Maxime TANAY

Master 2
Droit public général

Droit public

L'influence du Conseil d'État sur l'élaboration et la révision de la Constitution du 4 octobre 1958

Directeur du mémoire :
Stéphane MOUTON

UNIVERSITÉ TOULOUSE 1 CAPITOLE
INSTITUT FÉDÉRATIF de RECHERCHE
Mutation des normes juridiques

Collection des mémoires de l'IFR

Prix IFR 2019 des meilleurs mémoires de Master 2 Recherche

TANAY MAXIME

Master 2 Droit public général

Année universitaire 2018/2019

SUJET DU MEMOIRE

L'influence du Conseil d'État sur l'élaboration et la révision de la Constitution du 4 octobre 1958

DIRECTEUR DU MEMOIRE : STÉPHANE MOUTON
Professeur des universités agrégé de droit public

« L'université n'entend ni approuver ni désapprouver les opinions particulières de l'auteur »

Remerciements

Je voudrais exprimer toute ma gratitude au Professeur Mouton pour son accompagnement et sa bienveillance lors de nos rencontres.

Des remerciements sont aussi de rigueur pour l'ensemble du corps enseignant du Master 2 droit public général pour cette enrichissante année.

PREFACE DE L'OUVRAGE DE MAXIME TANAY

L'influence du Conseil d'État sur l'élaboration et la révision de la Constitution du 4 octobre 1958.

Stéphane Mouton
Professeur de droit public à l'Université Toulouse-Capitole
Directeur de l'Institut Maurice Hauriou

C'est avec un grand plaisir que je réponds à la demande de Monsieur Maxime Tanay de préfacer son ouvrage intitulé *L'influence du Conseil d'État sur l'élaboration et la révision de la Constitution du 4 octobre 1958*. Il est issu de son mémoire de Master 2 *Droit public général* de l'Université Toulouse-Capitole et vient consacrer un diplôme de fin d'étude obtenu de fort belle manière, avec une mention *Très bien* et un titre de *Major de promotion 2018-2019*. Ce texte en particulier, et ces résultats universitaires plus généralement, reflète un parcours d'études supérieures de très bonne qualité et au cours duquel Monsieur Tanay a déjà démontré sa curiosité intellectuelle, son appétence pour les grands questionnements juridiques aussi, et ce, par la réalisation d'études consacrées au principe de laïcité par exemple, ou au phénomène révolutionnaire. Il révèle encore la capacité de ce jeune chercheur à s'engager dans un parcours de doctorant prometteur.

Ces premières études ont pu le préparer à s'emparer de sujets difficiles, et la réalisation de celui qui lui fut proposé pour son mémoire de master prouve qu'il est apte à conjuguer de bonnes qualités scientifiques. Le sens de l'effort d'abord comme le démontre la rédaction d'un texte soigné de près de cent pages; le souci de la rigueur ensuite, ce que révèle la maîtrise de l'appareillage scientifique sollicité par un auteur qui a su ne pas reculer devant la nécessité de se saisir d'une doctrine souvent complexe ; le courage donc aussi de ne pas avoir notamment cédé à la tentation de la facilité, ou de céder face aux exigences que nécessitait la réalisation d'un projet dont les multiples dimensions obligeaient de se confronter aux problématiques les plus complexes du droit constitutionnel.

Consacré à l'influence du Conseil d'Etat sur le travail constituant effectué à l'égard de la Constitution de 1958, ce mémoire exigeait de se pencher sur un sujet dont le traitement exigeait d'affronter quelques questionnements difficiles à appréhender d'un point de vue juridique.

*

La notion de « pouvoir constituant » en premier lieu. Certes, ce pouvoir est bien connu dans la doctrine, où il fait l'objet d'une attention constante depuis plus d'un siècle et d'une littérature juridique importante. La réflexion sur ce thème repose d'ailleurs sur des travaux universitaires de grandes qualité, aujourd'hui comme hier, à l'instar par exemple des études de Claude Klein, ou encore la magistrale thèse toulousaine de Guy Héraud sur le pouvoir constituant et l'ordre juridique publiée en 1946. Il reste, aujourd'hui encore, un sujet dont les meilleurs théoriciens du droit constitutionnel s'emparent dès lors que l'on pousse jusqu'à son terme toutes réflexions de nature constitutionnelles. Comme le démontre par exemple les écrits de Michel Troper ou Olivier Beaud, de près ou de loin, le pouvoir constituant est à la source de tous les sujets. Mais même si le pouvoir constituant a toujours fait, et continue toujours de faire l'objet d'une réflexion doctrinale très fournie, il demeure difficile à saisir sur le plan juridique. Il reste un objet juridique « complexe » au regard de la situation extrêmement sensible et ambigu qu'il occupe dans le processus de création et de réformation de l'Etat et de son droit, à commencer sa Constitution.

Comme le soulignait déjà Georges Burdeau dans sa thèse, le pouvoir constituant n'est qu'un « *fait* ». Il n'existe pas originellement dans le domaine du droit. Cependant, il est le fait générateur du Droit, et d'abord de sa première norme, la Constitution de l'Etat. Telle est la raison pour laquelle le pouvoir constituant est d'abord et avant tout considéré comme un pouvoir de fondation de l'Etat et de son ordre juridique. C'est en ce sens qu'il est un pouvoir « fondateur » selon les termes du doyen Hauriou. Mais chargé de « fonder le droit », il n'en demeure pas moins un phénomène « *extra-juridique* ». Là est toute la difficulté. Situé dans une situation d' « extranéité » par rapport au droit, il en est la condition de son existence. Et l'ambiguïté de cette situation le rend toujours largement insaisissable pour la science du droit sur un plan épistémologique. Cristallisant encore sur un plan juridique une tension forte entre la « légitimité et la légalité », il véhicule une cohorte d'interrogations doctrinales parce qu'il demeure inéluctablement au centre d'enjeux théoriques et pratiques éminents pour les régimes politiques et les Constitutions qui les régissent. Telle est la raison pour laquelle il reste inlassablement au cœur de toutes les grandes controverses doctrinales, celles du Jus-positivisme et du Jus-naturalisme, du normativisme et du décisionnisme par exemple. Et même plus encore. Plus loin qu'une controverse sur ses origines et sa nature, le pouvoir constituant demeure toujours ambigu sur les fonctions qu'il remplit au sein même des ordres juridiques constitutionnels qu'il est appelé aussi à réformer. Pouvoir de création et de réformation de la Constitution, de fondation et de refondation, ce pouvoir crée et réforme la Constitution dans des mouvements souvent hostiles à l'emprise du droit et aux classifications théoriques qu'exigerait une saine distinction entre les processus de sa création et de ses révisions.

Or toutes ces problématiques viennent revêtir une acuité très particulière au moment des changements de Constitution. De ce point de vue la transition constitutionnelle entre les IV^{ème} et V^{ème} République met bien au jour les difficultés et les ambiguïtés qui travaillent ce pouvoir constituant, qui en 1958, commence comme un pouvoir de révision, et pour se clore par un pouvoir de fondation d'un nouveau régime et d'une nouvelle Constitution. Avec une belle maîtrise doctrinale, Maxime Tanay a su remettre en perspective ces différents questionnements à la lumière de cette période sensible politiquement et complexe juridiquement qui s'ouvre avec la nouvelle Constitution qui inaugure le régime politique de la France encore en vigueur aujourd'hui.

*

Deuxième aspect difficile du sujet proposé ici, l'étude de Maxime Tanay a voulu lier la « complexe » notion de pouvoir constituant à un acteur institutionnel éminent dans l'organisation de l'Etat républicain en France, le Conseil d'Etat. Le lien entre cet organe et le pouvoir constituant demeure évident à la lumière du processus inédit de réforme constitutionnelle dirigé par le dernier Gouvernement de la IV^{ème} République. Comme il l'est bien souligné dans ce mémoire, la question du lien entre le pouvoir constituant et Conseil d'Etat en 1958 ne peut qu'être essentielle dans un processus de réformation constitutionnelle piloté par un pouvoir gouvernemental auquel se trouve intimement lié cet organe de conseil politique d'abord et de rationalisation juridique de l'exercice du pouvoir de l'Etat ensuite. Depuis sa résurrection républicaine en 1799, le Conseil de l'Etat a toujours su se préserver une place privilégiée par rapport au pouvoir dans les régimes constitutionnels surtout ceux qui s'organisent autour d'une prévalence du pouvoir gouvernemental, à l'instar de son rôle sous le 2nd Empire par exemple. Ne pouvait-il donc pas en aller de même en 1958 ?

Par voie de conséquence, la question de l'influence et du rôle du Conseil d'Etat demeure bien évidemment au centre de toutes réflexions relatives à l'avènement du nouveau régime et sa nouvelle Constitution. Alors quel rôle exact le Conseil d'Etat jouera –t-il en 1958 ? Comment le Conseil d'Etat a t-il participé au travail d'écriture constitutionnelle en 1958 dans un projet constitutionnel mené par le Gouvernement? La réponse à ce qui reste encore largement nimbé dans le flou de

l'intuition n'est pas simple. Elle exige de dissiper une certaine culture du secret et de percer les mystères qui entourent inéluctablement « *la clandestinité* » selon le mot de Pierre Montané de la Roque dans le processus d'élaboration de la Constitution de 1958. Comme le souligne cette étude, le rôle du Conseil d'Etat se révèle essentiel dans un processus constituant qui s'est émancipé vis-à-vis des classiques procédures républicaines conventionnelles ou parlementaires de réforme constitutionnelle. De manière directe, le Conseil d'Etat a participé à l'œuvre constituante, d'un travail de consultation à un travail d'écriture, d'influence aussi, dans et hors de son enceinte. De manière indirecte, il a su atteler ce projet constitutionnel en rupture avec les républiques précédentes aux principes juridiques qui ont participés à l'affirmation du pouvoir de l'Etat par-delà les vicissitudes constitutionnelles. Acteur du travail de refondation en 1958, le Conseil d'Etat a toujours œuvré encore aux différents projets de révisions de la Constitution depuis sa naissance en 1958. Ainsi, cette étude du rapport entre le Conseil d'Etat et le pouvoir constituant permet d'apprécier la façon dont cet organe participe concrètement par le biais d'une entreprise juridique essentielle, celle de la révision de la Constitution, à asseoir l'autorité républicaine de l'Etat.

*

Par là même, cette étude permet enfin et surtout de réfléchir à une dimension essentielle de ce lien susceptible d'exister entre le pouvoir constituant et le Conseil d'Etat. Tel était le vrai intérêt de ce sujet pour nous et certainement la plus grande difficulté à résoudre. Car une fois la participation du Conseil d'Etat au travail constituant d'élaboration et de révision de la Constitution sous la V^{ème} République mis en lumière, ce qui paraissait naturel au regard du processus constituant mis en œuvre rappelons-le, la question la plus intéressante pour nous était de savoir comment le Conseil d'Etat participait (ou pas) à la construction et au développement d'une certaine conception du pouvoir mis en œuvre vis-à-vis de la société par l'Etat républicain. Ici encore, Maxime Tanay commence à apporter des réponses intéressantes qui continueront à être approfondies dans la thèse à venir. « *Puissante illustration d'une continuité institutionnelle* » comme il l'écrit, le Conseil d'Etat s'est toujours placé au centre de la continuité étatique. Il s'est révélé être un agent de la permanence de l'Etat dans le souci de transcender les évolutions de notre société politique, déchirée depuis la révolution par des courants contraires qui alimenteront une succession « chaotique » de Constitutions. S'inscrivant dans une tradition de stabilisation des institutions comme le démontrera Carré de Malberg dans sa *Contribution à la Théorie Générale de l'Etat* par exemple, le Conseil d'Etat a su mettre cette expérience au profit du Gouvernement, consacré à nouveau, dans le rôle de premier pouvoir de l'Etat en 1958. Par la même, il a su instiller une culture de l'Etat et de l'Administration dans le territoire constitutionnel, et participer à faire de la Constitution un texte d'organisation de l'autorité de l'Etat sur la société. Revenant par exemple sur les apports essentiels et discutés de Georges Vedel sur les bases constitutionnelles du droit administratif, Maxime Tanay dévoile aussi à rebours que le Conseil d'Etat a aussi été un agent d'une administrativisation du droit constitutionnel, révélant comme nous l'avions analysé dans notre travail sur la constitutionnalisation du droit, un mouvement complexe de rationalisation et de réception du droit administratif par le droit constitutionnel.

Bref, ce travail consolide scientifiquement par une analyse intéressante et rigoureuse une intuition partagée par tous. Depuis 1958, le Conseil d'Etat œuvre au lent façonnement de l'autorité de l'Etat et dont le ciment se compose d'une subtile conciliation des valeurs du constitutionnalisme politique exigée par les citoyens depuis la révolution de 1789, avec la nécessité d'apporter une justification à l'exercice de la puissance publique qui assure la bonne organisation, la sécurité et la prospérité de la société à l'intérieur de laquelle se déploient les conditions juridiques de leurs libertés. Le texte de Maxime Tanay démontre que le travail d'écriture constitutionnelle auquel participe le Conseil d'Etat dans les phases « exceptionnelles » d'élaboration comme dans les phases plus « ordinaires » de révision, dans les phases de « fondation » et de « refondation », s'inscrit dans un projet de

conciliation entre « *ordre et équilibre* », les deux principes fondamentaux du droit public comme le relève Maurice Hauriou dans son beau *Précis de droit public*. Par là même, son Mémoire retenu pour une publication aux presses de l'*Institut Fédératif de la Recherche* de l'Université Toulouse-Capitole ouvre sur de nouveaux questionnements relatifs à l'articulation opérée par le Conseil d'Etat entre les valeurs du libéralisme qui inspire son intervention dans les processus constituants, et sa nécessité de participer par ce biais à un travail de légitimation de l'autorité de l'Etat, le problème du droit public moderne par excellence.

Stéphane Mouton
Professeur de droit public
Directeur de l'Institut Maurice Hauriou

Abréviations

AJDA Actualité juridique – droit administratif
Art. Article
CJA Code de justice administrative
CC Conseil constitutionnel
CE Conseil d'État
DPC Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958
EDCE Études et documents du Conseil d'État
JORF Journal officiel de la République française
LGDJ Librairie générale de la jurisprudence
Pouvoirs Revue française d'études constitutionnelles et politiques
RDP Revue de droit public
Rev. ad. Revue administrative
RFDA Revue française de droit administratif
RFDC Revue française de droit constitutionnel
RFSP Revue française de science politique
RJC Revue de jurisprudence commerciale

Sommaire

SOMMAIRE 1

PROLEGOMENES 3

SECTION 1 : UN CONSEIL D'ÉTAT AU CŒUR DU DROIT CONSTITUTIONNEL 15

PARAGRAPHE 1 : LA TRADITIONNELLE LIAISON DU CONSEIL D'ÉTAT A LA CONSTITUTION 16

PARAGRAPHE 2 : LE CONSEIL D'ÉTAT METRONOME DES INSTITUTIONS DE LA VE REPUBLIQUE 20

SECTION 2 : LE DROIT ADMINISTRATIF AU CŒUR DU DROIT CONSTITUTIONNEL 25

PARAGRAPHE 1 : UN DROIT ADMINISTRATIF MATRICE DU DROIT CONSTITUTIONNEL 26

PARAGRAPHE 2 : LA MISE EN ŒUVRE CONCRETE DU DROIT CONSTITUTIONNEL PAR DES ORGANES ADMINISTRATIFS 30

SECTION 3 : PROBLEMATISATION DU SUJET 33

CHAPITRE 1 : L'INFLUENCE DU CONSEIL D'ÉTAT SUR L'ELABORATION DE LA CONSTITUTION DU 4 OCTOBRE 1958 : LA PARTICIPATION AU POUVOIR CONSTITUANT 36

SECTION 1 : SUR L'INFLUENCE DU CONSEIL D'ÉTAT EN CONSEIL D'ÉTAT 38

PARAGRAPHE 1 : LA CONTRIBUTION DU CONSEIL D'ÉTAT A LA REDACTION DE LA LOI CONSTITUTIONNELLE DU 3 JUIN 1958 : UNE LEGALITE AU SERVICE DE LA LEGITIMITE ... 39

PARAGRAPHE 2 : LA CONTRIBUTION DU CONSEIL D'ÉTAT A LA REDACTION DE LA CONSTITUTION PAR UNE PARTICIPATION JURIDIQUE 47

SECTION 2 : SUR L'INFLUENCE DU CONSEIL D'ÉTAT HORS CONSEIL D'ÉTAT 68

PARAGRAPHE 1 : L'OMNIPRESENCE DU CONSEIL D'ÉTAT DANS LE GOUVERNEMENT 69

PARAGRAPHE 2 : LA CENTRALITE DU CONSEIL D'ÉTAT DANS LE POUVOIR DE REVISION DE 1958 81

CHAPITRE 2 : L'INFLUENCE DU CONSEIL D'ÉTAT SUR LA REVISION DE LA CONSTITUTION DU 4 OCTOBRE 1958 : LA RESISTANCE DANS LE POUVOIR CONSTITUANT 96

SECTION 1 : SUR L'INFLUENCE SYNCHRONIQUE DU CONSEIL D'ÉTAT SUR LE POUVOIR DE REVISION : L'ACTION DIRECTE 98

PARAGRAPHE 1 : LES AVIS SUR LES PROJETS ET PROPOSITIONS DE LOI CONSTITUTIONNELLE : CONTINUITES ET INSUCCES DE L'INFLUENCE DU CONSEIL D'ÉTAT 99

PARAGRAPHE 2 : LE CONSEIL D'ÉTAT, LE PARLEMENT ET LES COMITES D'EXPERT : UNE INFLUENCE COMPLEMENTAIRE 116

SECTION 2 : SUR L'INFLUENCE DIACHRONIQUE DU CONSEIL D'ÉTAT SUR LE POUVOIR DE REVISION : L'ACTION INDIRECTE 130

PARAGRAPHE 1 : L'INFLUENCE MAJEURE DU CONSEIL D'ÉTAT DANS SES ETUDES ET AVIS 131

PARAGRAPHE 2 : L'INFLUENCE MINEURE DU CONSEIL D'ÉTAT PAR SES TRAVAUX PREPARATOIRES A LA CONSTITUTION ET PAR SA JURISPRUDENCE 144

CONCLUSION GENERALE 157

BIBLIOGRAPHIE 159

TABLES DES MATIERES 168

« Les problèmes de la politique constitutionnelle sont
en soi des problèmes d'équilibre »
Maurice Hauriou, *Principes de droit public*, Dalloz, 2018, p. 22.

Prolégomènes

Le Conseil d'État, dans cadre de sa participation à l'élaboration et la révision de la Constitution de 1958, remplit, au regard des fonctions essentielles qu'il réalise pour la société politique, une fonction juridique de légitimation des missions relevant de l'institution étatique. En ce sens, il assure d'abord une mission de protection de l'équilibre dans l'État. Si la Constitution est la norme supérieure de l'État, le statut juridique de l'État, il existe nécessairement une influence plus ou moins directe du Conseil d'État sur les processus politiques et juridiques de formation et de réformation de la Constitution.

La Constitution du 4 octobre 1958 atypique, dans l'histoire constitutionnelle française, pour sa pérennité, l'est aussi par son élaboration. Les vingt-quatre révisions constitutionnelles tempèrent en quelque sorte la continuité formelle absolue de la Constitution, avec la discontinuité relative des lois constitutionnelles de révision. En ce sens, la distinction opérée par Carl Schmitt entre la Constitution et les lois constitutionnelles prend tout son sens.[1] La loi constitutionnelle de révision de la Constitution de 1946 vaut Constitution.[2] Il ne s'agit pas seulement de prendre au sérieux les expressions du droit positif, « Constitution » et « lois constitutionnelles », mais de les importer dans le champ de la théorie du droit constitutionnel.

L'avènement de la Constitution de la Ve République amène à une réflexion sur la théorie du pouvoir constituant.[3] Celle-ci vieille de plus de deux siècles pourrait être réévaluée. Classiquement depuis Sieyès, la théorie du pouvoir constituant est abordée par son sujet : la Nation qui élabore sa Constitution.[4] Le moment de 1958 témoigne d'un détachement du sujet, la Nation, qui établit toute Constitution, de la Constitution élaborée : ce n'est pas la Nation souveraine qui érige la Constitution, mais un simple pouvoir constitué de validation – le peuple référendaire – après d'autres pouvoirs constitués d'élaboration. Le souverain n'est jamais dans la Constitution.[5] Le référendum de 1958 encadre juridiquement le peuple-nation dans une procédure : celui-ci n'est donc pas souverain. En outre, il serait alors possible de théoriser le pouvoir constituant, non plus par le sujet mais par la fonction qui est l'établissement d'une Constitution. La fonction constituante primerait donc sur le sujet.

Il existe deux sujets pouvant modifier la lettre constitutionnelle, le corps du texte ; le pouvoir constituant originaire qui est celui qui s'inscrit, soit en faux avec la légalité constitutionnelle

---

[1] C. Schmitt, *Théorie de la Constitution*, PUF, 2013, p. 152 : « Une notion de constitution n'est possible qu'à la condition de distinguer entre constitution (*Verfassung*) et loi constitutionnelle (*Verfassungsgesetz*) ».

[2] DPC, *Volume III, Du Conseil d'État au référendum 20 août – 28 septembre 1958,* La Documentation française, 1991, p. 716 : « La présente loi sera exécutée comme Constitution de la République et de la Communauté ».

[3] J-E. Sieyès, *Reconnaissance et exposition raisonnée des droits de l'Homme et du Citoyen*, in *Les grands orateurs de la Révolution française*, Gallimard, p. 1013 « Une Constitution suppose avant tout un pouvoir constituant ».

[4] J-E. Sieyès, *Qu'est-ce que le tiers état*, Éditions du Boucher, 2002, p. 50 : « Dans toute nation libre, et toute nation doit être libre, il n'y a qu'une manière de terminer les différends qui s'élèvent touchant la constitution. Ce n'est pas à des notables qu'il faut avoir recours, c'est à la nation elle-même. Si nous manquons de constitution, il faut en faire une ; la nation seule en a le droit ».

[5] O. Beaud, *« Le souverain »*, Pouvoirs, n°67, 1993, p. 37 : « S'il ne peut pas y avoir en théorie constitutionnelle de Souverain « dans la Constitution », il existe en revanche un Souverain « au-dessus de la Constitution ». Ce Souverain, c'est le détenteur du pouvoir qui fait et défait les constitutions, c'est-à-dire le titulaire du *pouvoir constituant* ».

antérieure s'il y en a une, soit sur du rien constitutionnel si l'État n'est pas formé ; le pouvoir constituant dérivé qui révise la constitution suivant la forme qu'elle prévoit. Cette distinction, à quelques nuances lexicales, a été défendue et développée avec force notamment par le Doyen Bonnard et le Professeur Burdeau.[6]

D'aucuns dans la doctrine rapprochent le pouvoir constituant originaire, de l'établissement d'une nouvelle Constitution, à la différence du pouvoir constituant dérivé qui ne serait voué qu'à opérer des modifications partielles de la Constitution.[7] Réviser n'est pas tout changer[8] contrairement à ce qu'implique le monisme du pouvoir constituant défendu par le Doyen Vedel.[9] Appliqué à l'élaboration en 1958, il ressort qu'une nouvelle Constitution est arrivée juridiquement par le pouvoir constituant dérivé. En effet, la « loi constitutionnelle du 3 juin 1958 [porte] dérogation transitoire aux dispositions de *l'article 90 Constitution* »[10], relatives à la révision, du 27 octobre 1946.

Il convient d'adopter la terminologie sélectionnée par le Professeur Beaud qui différencie le pouvoir constituant du pouvoir de révision.[11] Tous deux sont relatifs à la modification de la Constitution, mais leur nature juridique est très différente : le premier acte de la fondation de la Constitution, le second n'est qu'une refondation de celle-ci. Le moment de 1958 correspond, juridiquement, au pouvoir de révision, car il n'y a pas eu de modification du fondement souverain de l'ordre juridique. C'est toujours, en 1958, le souverain de 1946 qui est à l'origine

---

[6] R. Bonnard, *Les actes constitutionnels de 1940*, LGDJ, 1942, p. 9 : « Les révolutions sont souvent violentes et illégales, c'est-à-dire réalisées par la violence et l'illégalité. Mais il y a aussi des révolutions paisibles et légales, c'est-à-dire faites dans le calme et en vertu des constitutions existantes. Dans ces révolutions légales, c'est le pouvoir constituant institué qui intervient pour détruire et reconstruire. Ainsi, la juridicité des opérations constitutionnelles de destruction et de reconstruction n'est pas contestable ». G. Burdeau, *Traité de science politique, TIV, Le statut du pouvoir dans l'État*, LGDJ, 1983, p. 190 : « Lorsque au contraire on considère le pouvoir constituant à travers les formes et procédures qu'une constitution déterminée prescrit pour son exercice, on parlera de pouvoir constituant *institué*. Il est institué dans la mesure précisément où il est prévu par l'ordre juridique positif et mis en œuvre par un organe qui, crée par la constitution a la qualité de pouvoir constitué. La terminologie courante lui donne le nom de pouvoir de révision ».

[7] G. Héraud, *L'ordre juridique et le pouvoir constituant originaire*, Recueil Sirey, 1946, p. 5 : « *L'opposition du pouvoir originaire et des pouvoirs institués doit être, d'un point de vue strictement juridique, remplacée par l'opposition du pouvoir à compétence totale (pouvoir originaire dans une nouvelle acception) et des pouvoirs à compétence limitées* ».

[8] F. Moderne, *Réviser la Constitution : analyse comparative d'un concept indéterminé*, Dalloz, 2006, p. 97 : « Changer la Constitution n'est pas changer de Constitution ».

[9] G. Vedel, « *Schengen et Maastricht* », RFDA, 1992, p. 178 : « Le pouvoir constituant dérivé n'est pas un pouvoir d'une autre nature que le pouvoir constituant initial : la Constitution lui donne sa procédure (qui, d'ailleurs, peut faire l'objet elle-même d'une révision comme le prouve la loi constitutionnelle du 3 juin 1958) elle ne borne point son étendue (car même la prohibition concernant la forme républicaine du Gouvernement portée à l'article 89, dernier alinéa, serait tenue en échec par une révision de ce même dernier alinéa) ».

[10] DPC, *Volume I, Des origines de la loi constitutionnelle du 3 juin 1958 à l'avant-projet du 29 juillet 1958*, La Documentation française, 1987, p. 211.

[11] O. Beaud, *La puissance de l'État*, PUF, 1994, p. 310 : « La spécificité de la notion de constitution tient à la distinction à tracer entre les deux pouvoirs que sont le *pouvoir constituant* et le *pouvoir de révision*, ou leurs actes qui sont respectivement l'*acte constituant* et l'*acte de révision*. Il s'agit de deux actes juridiques incommensurables, de nature différente parce qu'ils ont un objet différent : respectivement la création ou mieux la *fondation* de la constitution et sa *modification*. Cette thèse entraîne une conséquence de taille : puisque l'acte de révision n'est pas un acte constituant, il ne peut donc l'*abroger* mais seulement l'*abolir* ».

de la Constitution de 1958.[12] À ce sujet, le Professeur Moderne utilise l'expression de « continuité du pouvoir constituant ».[13]

Les mots, susmentionnés, de « dérogation transitoire » sont importants, du point de vue de la théorie du pouvoir constituant, car ils permettent de considérer qu'il n'y a pas un abandon du pouvoir de révision car celui-ci reviendra à son titulaire voulu par le constituant originaire, une fois la transition terminée.[14]

Le pouvoir constituant, peu importe sa nature, n'en demeure pas moins un pouvoir. Certes, il possède une force spéciale[15] : le pouvoir constituant originaire à une origine extrajuridique et un rôle d'assise de tout l'ordre juridique[16]; le pouvoir de révision, exclusivement juridique, permet de modifier le texte fondamental. Évidemment, tout pouvoir de révision se rapporte nécessairement à une Constitution.[17] Il y a donc, à un moment, par une régression constitutionnelle, une Constitution qui est fondée sur du rien constitutionnel, positivement parlant.[18] Longtemps, la doctrine, sous l'influence du Professeur Carré de Malberg, a relégué l'étude du pouvoir constituant en dehors de la science du droit public.[19] Le droit public est le droit de l'État ; l'établissement d'une Constitution en rupture avec la légalité constitutionnelle tout en sortant partiellement de l'objet du droit constitutionnel, par la discontinuité constitutionnelle, n'en reste pas moins dans l'objet État. C'est le résultat, classique en doctrine, de la discontinuité constitutionnelle et de la continuité de l'État.[20] Sans trancher en faveur du

---

[12] F. Moderne, *op. cit.,* p. 97 : « Avec la révision totale, le Constitution disparaît pour être remplacée par une autre sous l'égide du même pouvoir constituant ».
[13] *Ibid*., p. 97.
[14] G. Héraud, *op. cit.,* p. 284 : « Un pouvoir constituant se suicide quand il cède ses pouvoirs intégralement, d'une façon durable ou définitive ».
[15] A. Négri, *Le pouvoir constituant : essai sur les alternatives de la modernité*, PUF, 1997, p. 35 : « Le pouvoir constituant se présente comme une dilatation révolutionnaire de la capacité humaine de faire l'histoire, comme acte fondamental d'innovation et donc comme procédure absolue. Le processus que le pouvoir constituant met en branle ne s'arrête plus. Il ne s'agit pas de le limiter, mais au contraire de le rendre illimité ».
[16] H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, LGDJ, 1999, p. 198 : « La norme fondamentale est cette norme qui est supposée lorsque l'on reconnaît le caractère objectif de fait créateur de normes, soit à la coutume par laquelle la Constitution a été fixée, soit à l'acte constituant fait ou posé consciemment par tels ou tels hommes ; ou encore, dans le second cas, lorsque l'on considère l'individu ou l'assemblée d'individus qui ont établi la Constitution sur laquelle l'ordre juridique repose comme autorité créatrice de normes. En ce sens, la norme fondamentale opère institution de l'élément fondamental des opérations de création du droit ; et en ce sens, on peut la désigner en parlant par opposition à la Constitution au sens du droit positif de Constitution au sens de la logique juridique ».
[17] C. Schmitt, *op. cit.,* p. 153 : « Les *lois constitutionnelles* n'ont de validité que sur le fondement de la constitution et présupposent une constitution ».
[18] H. Kelsen, *op. cit.,* p. 199 : « On fonde la validité de la Constitution étatique du moment en invoquant qu'elle a été établie conformément aux dispositions d'une Constitution étatique antérieure, qu'elle est issue d'une modification de la Constitution opérée conformément à cette Constitution, donc conformément à une norme positive posée par une autorité juridique ; mais en suivant cette voie, on arrive finalement à une Constitution qui est historiquement première, qui n'est plus née de la façon qui vient d'être caractérisée, et dont par suite la validité ne peut plus être rapportée à une norme positive créée par une autorité de droit ».
[19] G. Burdeau, *Essai d'une théorie de la révision des lois constitutionnelles en droit positif français*, Thèse Paris 1930, p. XV : « Le juriste ne devrait que parler du pouvoir de révision et jamais du pouvoir constituant, car le pouvoir constituant proprement dit, celui qui établit la première constitution, n'est qu'un fait ».
[20]A. Esmein, *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, Éd Panthéon-Assas, 2001, p. 403 : « La Constitution n'a pas pour but de créer l'État, qui lui est préexistant et qui résulte du fait naturel de la formation nationale ; elle a pour objet de déterminer simplement la forme de l'État et du gouvernement. C'est une loi qui, au fond, est de la même nature que les autres ». O. Beaud, *La puissance de l'État,* PUF, 1994, p. 209 : « La doctrine

monisme entre la Constitution et l'État, il est possible de dire que le droit constitutionnel comprend l'objet État, car celui-ci s'analyse avec l'objet Constitution. Toute la particularité de l'État est qu'il est l'objet premier du droit public et un des objets premiers du droit constitutionnel.

Le pouvoir constituant originaire, étant un pouvoir, se comprend à l'aune de la distinction entre le sujet et l'exercice, propre à toute institutionnalisation du pouvoir. Il est possible de penser que le sujet du pouvoir constituant, qui est la Nation, n'est pas juridique. Alors que l'exercice du pouvoir constituant relève du droit public car celui-ci, tout en se désintéressant relativement de l'étude de la Constitution positive, s'attache à l'objet État. La théorie du pouvoir constituant, dans son sujet relève du fait alors que son exercice appartient au droit. *A contrario* du Professeur Burdeau dans sa thèse, il nous semble possible de voir une demi-teinte juridique.[21] Dans le cadre du moment de 1958, cette teinture juridique est complète puisqu'il s'agit du pouvoir, exclusivement juridique, de révision.

La rupture de la légalité constitutionnelle ne se situe pas en 1958, mais en 1962.[22] À la suite du référendum, illégalement fondé *a priori* sur l'article 11 de la Constitution, l'équilibre du régime instauré en 1958 est bouleversé.[23] Le 4 octobre 1958 est un moment de rupture avec la culture française de la *tabula rasa* constitutionnelle. La continuité est un thème fort de l'élaboration constitutionnelle : une continuité formelle absolue, par l'utilisation de la procédure de révision, et une discontinuité matérielle relative quant au contenu de la Constitution.

L'École normativiste estime qu'une procédure de révision peut apporter des modifications fondamentales, n'en demeure-t-elle pas moins une révision qui marque la continuité de l'ordre juridique. [24] *A contrario* du Doyen Hauriou, qui confond l'établissement d'une Constitution et sa révision totale.[25]

---

française exprime cette antécédence de l'État par rapport à la constitution en opposant la discontinuité constitutionnelle à la continuité de l'État ».

[21] *Contra*, G. Burdeau, *Essai d'une théorie de la révision des lois constitutionnelles en droit positif français*, Thèse Paris, 1930, p. 325 : « Nous revenons à l'erreur que nous n'avons cessé de combattre et qui consiste à vouloir colorer d'une teinture juridique le fait qui a donné naissance à l'organisation étatique, soit originaire, soit après une rupture dans la continuité de l'ordre juridique ».

[22] L. Favoreu, P. Gaïa, R. Ghevontian, J-L. Mestre, O. Pfersmann, A. Roux, G. Scoffoni, *Droit constitutionnel*, Dalloz, 2016, p. 112 : « En 1962, la Constitution est modifiée en contradiction avec les règles concernant sa révision ».

[23] *Cf. Supra*.

[24] H. Kelsen, *Théorie général du droit et de l'État*, LGDJ, 1997, p. 272 « L'État conserve son identité tant que la continuité de l'ordre juridique étatique n'est pas brisée – tant que les modifications apportées à cet ordre résultent d'actes conformes à la constitution, quand bien même il s'agirait de modifications fondamentales de contenu des normes juridiques ou de la validité territoriales : tant que les modifications n'impliquent pas la fin de l'ordre juridique dans son intégralité ».

[25] M. Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, Dalloz, 2015, p. 249 : « Il faut distinguer deux cas : celui du premier établissement d'une constitution ou d'une révision totale et celui d'une révision partielle. Dans le premier cas, il est de droit commun qu'une *convention nationale constituante* soit spécialement élue ou que, tout au moins, les chambres législatives ordinaires soient soumises à une réélection. Dans le second cas, au contraire, la tradition s'est établie de faire opérer la révision partielle par les chambres législatives ordinaires, avec quelques formes spéciales, et sans les soumettre à une réélection ».

Sur le plan sémantique, il convient de distinguer la révision, la modification et la réforme. La proximité des termes est témoignée par la définition, dans le dictionnaire de l'Académie française, de la révision qui donne les deux autres termes pour expliquer le premier.[26] Il semble qu'il faille opter pour une définition strictement juridique. La révision est la procédure constitutionnelle formelle, voire avec quelques conditions matérielles, qui permettrait de changer la lettre de la Constitution.[27] « La révision en cause est celle des mots de la Constitution. »[28] La modification consiste dans le changement du sens de la lettre de la Constitution, sans en changer la lettre, et par voie de conséquence sans passer par la révision. La réforme constitutionnelle serait, quant à elle, une entreprise d'ensemble de changement de l'esprit de la Constitution, pouvant prendre la forme d'une révision ou d'une modification. Ainsi l'évolution du texte constitutionnel est protéiforme.[29]

Les Constitutions françaises prévoient quasiment toutes une procédure de révision constitutionnelle dans un titre particulier,[30] ou un article,[31] à l'exception des Chartes constitutionnelles.[32] Celles-ci prévoient implicitement la procédure de révision de la Constitution par la forme même de l'octroi : par un parallélisme des formes, seul le prince peut octroyer à nouveau. Le droit positif, depuis l'avènement de l'État moderne, est traversé en France, plus qu'ailleurs, par des dispositions sur la révision constitutionnelle. 1958 n'étant que le dernier avatar d'une histoire constitutionnelle riche.

Il faut mentionner le jugement extrêmement sévère sur la lettre de la Constitution de 1958 : le Professeur Capitant écrira que la Constitution de la Ve République est « le texte le plus mal rédigé de notre histoire constitutionnelle ».[33]

---

[26] https://www.dictionnaire-academie.fr/article/A9R2419 : « Revoir, examiner de nouveau quelque chose pour le modifier, le réformer, ou le mettre à jour ».

[27] G. Vedel, *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, Dalloz, 2002, p. 115 : « Quand le pouvoir est exercé en matière de révision, la Constitution fixe elle-même les conditions, aux moins les conditions de forme, dans lesquelles ce pouvoir constituant est exercé ; par exemple, la révision sera confiée à telle Assemblée ou devra être approuvée par référendum. Dans ce cas, le pouvoir constituant de révision n'est plus inconditionné. C'est un pouvoir dérivé ».

[28] J. Boudon, *Manuel de droit constitutionnel, La Ve République*, T2, PUF, 2016, p. 261.

[29] E. Brouillet, L. Massicotte, « *Introduction* », in *Comment changer une Constitution ?* PUL, 2012, p. 12 : « Les textes constitutionnels évoluent bien sûr à la suite de révisions formelles. Ils évoluent également de façon informelle par la jurisprudence constitutionnelle. Cette évolution, moins facilement perceptible et moins spectaculaire qu'une formelle de la Constitution, est néanmoins déterminante ».

[30] Constitution du 3 septembre 1791 : Titre VII, De la révision des décrets constitutionnels. Constitution du 24 juin 1793 : « *Des conventions nationales* » : Art. 115, 116, 117. Constitution du 22 août 1795 : Titre XIII, Révision de la Constitution. Constitution du 4 novembre 1848 : Chapitre XI, De la révision de la Constitution. Constitution du 27 octobre 1946 : Titre XI. Constitution du 4 octobre 1958 : Titre XIV, De la révision.

[31] Art. 28 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1793. Sénatus-consulte du 2 août 1802 : Art. 54. Cet article peut s'analyser comme le fondement juridique du Sénatus-consulte du 18 mai 1804 et de l'Acte additionnel aux Constitutions de l'Empire du 22 avril 1815. Constitution du 14 Janvier 1852, Art. 44. Loi constitutionnelle de 25 février 1875 relative à l'organisation des pouvoirs publics, Art. 8.

[32] Charte constitutionnelle du 4 juin 1814 : Art. 16. La Charte constitutionnelle du 14 août 1830 s'analyse comme une révision de celle de 1814, à laquelle le Roi a procédé : « Louis-Philippe, Roi des français, à tous présents et à venir, SALUT. – NOUS AVONS ORDONNÉ ET ORDONNONS que la Charte constitutionnelle de 1814, telle qu'elle a été amendée, par les deux Chambres le 7 août et acceptée par nous le 9 ».

[33] R. Capitant, préface à L. Hamon, *De Gaulle dans la République*, Plon, 1958, p. XIV.

L'immutabilité constitutionnelle serait une ineptie, en ce qu'elle entraînerait une rupture entre la Constitution et l'évolution de la société politique.[34] Condorcet estime, en effet, que l'éternité d'une Constitution est un danger pour le progrès[35] ; ce faisant, il est nécessaire de concevoir des procédures qui permettent de modifier la Constitution. Le révolutionnaire, pense déjà la différence entre la révision totale et la révision partielle, réciproquement pour les Conventions périodiques et non périodiques.[36] La Convention étant l'organe de révision. En arrière-plan de ce raffinement procédural au service de la vie constitutionnelle, il y a l'édification d'une véritable construction démocratique du pouvoir qui passe par la norme constitutionnelle.[37] La révision de la Constitution est un outil qui permet d'agir sur les droits naturels de l'homme qui sont la raison d'être de l'état social. Surtout, le marquis de Condorcet admet la représentation dans l'État des pouvoirs qui révisent le Constitution.[38] Ce qui sied parfaitement au sujet liant le Conseil d'État, pouvoir constitué, dans ce moment constituant de l'élaboration et de la révision.

De manière plus pratique, la doctrine contemporaine s'intéresse au concept de révision constitutionnelle[39] dans ce temps d'accélération des révisions. Une certaine tendance au révisionnisme constitutionnel, se fait sentir et devient dangereuse pour la Constitution.[40] La révision est un outil de perfectibilité de la Constitution dans le temps.[41] La révision constitutionnelle est une procédure juridique qui permet d'équilibrer la discontinuité, conséquence de la nécessite du consentement du peuple source du pouvoir en démocratie, avec la continuité inhérente à la vie normale de la Constitution qui est un texte qui fige.[42]

---

[34] G. Arnoult, *De la révision des Constitutions, établissement et révision des constitutions françaises, systèmes de révision des constitutions étrangères*, Librairies Nouvelle de droit et de jurisprudence, 1895, p. 3 : « Pas plus que ces lois, pas plus que la société qu'elle est appelée à régir, la constitution n'est immuable ».

[35] N. de Condorcet, Discours sur les conventions nationales, prononcé à l'Assemblée des Amis de la Constitution séance aux Jacobins, le 7 Août 1791, https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k6486931w/f1.image.r=Nicolas%20de%20Condorcet%20révision%20de%20la%20Constitution, p. 1 : « Les anciens législateurs aspirent à rendre éternelle les constitutions qu'ils présentent au nom des dieux à l'enthousiasme du peuple. Mais des constitutions dictées par la raison seule doivent en suivre les progrès, et la raison ne permet pas qu'elles se trainent à travers les siècles ».

[36] F. Alengry, *Condorcet, guide de la Révolution française ; théoricien du droit constitutionnel et précurseur de la science sociale*, Thèse Toulouse, 1903, p. 596.

[37] S. Mouton, « L'apport de la théorie du pouvoir constituant de Condorcet au droit constitutionnel contemporain », http://publications.ut-capitole.fr/21255/1/Mouton_21255.pdf, p. 2 : « Située au cœur même de la justification possible de cette nouvelle conception du pouvoir qui tente de concilier deux objectifs antagonistes, à savoir la nécessité de laisser le peuple changer de Constitution d'une part, et la nécessité de pérenniser les principes démocratiques d'autre part, il s'agissait d'une question difficile eu égard à la forte charge politique qu'elle véhiculait ».

[38] *Ibid*., p. 4 : « Si Condorcet reconnaît le principe d'un souverain composé de citoyens, il admet aussi que le pouvoir ne peut s'exercer que dans une dimension représentative où les conditions matérielles et concrètes de l'exercice du pouvoir sont créées dans l'État ».

[39] F. Moderne, *op. cit*., 106p.

[40] D-G. Lavroff, « *De l'abus des réformes : réflexions sur le révisionnisme constitutionnel* », RDDC, 2008/5, HS n°2, p. 64 : « Le révisionnisme constitutionnel s'est progressivement installé en France au fur et à mesure que le spectaculaire et la politique politicienne prévalurent sur la sagesse d'un gouvernement stable. […] C'est le Président Chirac qui déclencha la fureur révisionniste ; le mal couve actuellement ».

[41] F. Moderne, *op. cit*., p. 101 : « La révision de la Constitution est utile et permet de perfectionner l'œuvre du constituant originaire ».

[42] G. Burdeau, *Essai d'une théorie de la révision des lois constitutionnelles en droit positif français*, *op. cit*., p. X : « *Dès qu'on implique le consentement des hommes dans la formation des institutions, on doit reconnaitre leur caractère essentiellement provisoire et nécessairement relatif* ».

De plus, des universitaires toulousains soulignent le lien entre la continuité institutionnelle et la discontinuité constitutionnelle, dans le cas d'un pouvoir constituant de rupture.[43] Ce qui sied parfaitement au sujet qui mêle une nouvelle Constitution avec une institution multiséculaire dans la personne du Conseil d'État. Derrière la présence du *Huron du Palais Royal* se profile la question de la continuité du droit administratif par rapport à la discontinuité du droit constitutionnel.[44] Il serait envisageable de considérer que la remarquable continuité du droit constitutionnel sous la Ve République est causée par sa construction administrative : la continuité passe de l'un vers l'autre. *A fortiori*, dans le cas d'une révision constitutionnelle, qui s'épanouit dans une continuité constitutionnelle au moins sur le plan formel, la continuité institutionnelle est une tendance encore plus forte.

Le sujet portant sur l'élaboration et la révision de la Constitution, dans une grille de lecture institutionnaliste, amène à penser les entreprises de fondation et de refondation sous-jacentes aux actes juridiques modifiant la lettre constitutionnelle. Le pouvoir constituant est fondateur, d'après le Doyen Hauriou.[45] Au préalable, il faut rappeler qu'il n'y a pas d'identité entre l'État et la Constitution. La première constitution de l'État moderne est fondatrice de l'État – moderne – et en même temps de la Constitution. Ensuite, toute nouvelle Constitution, élaborée par le pouvoir constituant originaire, bien qu'étant fondatrice de celle-ci, ne procède qu'à une refondation de l'État qui lui préexiste. Dans le cas d'une simple révision constitutionnelle – fut-elle élaboratrice – il n'y a qu'une refondation de la Constitution et une refondation lointaine de l'État. Le sujet porté à l'étude se situe précisément dans ces deux derniers cas de refondation.[46]

1958 n'est pas le moment d'une Constituante, mais celui d'un conglomérat d'organes sous l'arbitrage du Gouvernement de Gaulle. Le Professeur Montané de la Roque, dans son cours d'institutions politiques et de droit constitutionnel, s'est ému de la « clandestinité »[47] de l'élaboration de la Constitution de 1958 qui aboutit, logiquement, à une publication parcellaire des travaux préparatoires Le décret du 8 juin 1984[48], portant création d'un Comité national chargé de la publication des travaux préparatoires des institutions de la Ve République et nommant les membres de ce Comité, charge celui-ci « de la publication de l'ensemble des

---

[43] A. Gaillet, N. Perlo, J. Schmitz, *Le phénomène constituant : un dialogue interdisciplinaire*, Presse de l'Université Toulouse 1 Capitole, p. 8 : « Le « phénomène constituant » déclenché par une rupture constitutionnelle apparaît ainsi comme une période au cours de laquelle la discontinuité constitutionnelle va de pair avec la continuité institutionnelle ». Cette continuité institutionnelle peut s'entendre de celle l'institution étatique suprême, comme des institutions dans l'État.

[44] G. Vedel, « *Discontinuité du droit constitutionnel et continuité du droit administratif : le rôle du juge », in Mélanges offerts à Marcel Waline, Le juge et le droit public*, TII, LGDJ, 1974, p. 777 : « Nous voudrions réfléchir à un phénomène parallèle : la stabilité du droit administratif en face de l'instabilité du droit constitutionnel ou, plus exactement, la très large indifférence du premier au variation du second ».

[45] M. Hauriou, *op. cit.,* p. 251 : « *Le pouvoir constituant est un pouvoir législatif fondateur* ».

[46] J-F. Aubert, *« La révision totale des Constitutions », in Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet, L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs*, Dalloz, 2013, p. 464 : « L'année 1958. Cette fois-ci, on a le sentiment qu'un régime change par l'effet d'une révision totale ».

[47] P. Montané de la Roque, *Écrits politiques et constitutionnels*, Presses de l'Institut d'études politiques de Toulouse, 1982, p. 130 : « À partir du vote de la loi constitutionnelle du 3 juin, l'élaboration de la Constitution entra dans la clandestinité ».

[48] JORF, 9 juin 1984.

travaux préparatoires des institutions de la Ve République »[49]. Ces travaux préparatoires sont autant de moyens pour éclairer la volonté des constituants au plus près de la réalité constituante.[50]

De la composition de ce Comité national, il ressort une représentation du Conseil d'État avec six membres sur trente-deux.[51] Il y a surtout un retour en force des professeurs des universités, écartés, pour l'écrasante majorité, de l'élaboration de la Constitution de 1958, qui représentent presque la majorité des membres du Comité national.[52] Le Professeur Passelecq souligne que la publication de ces travaux permet de rechercher davantage sur l'État.[53] La présence d'universitaires dans ce Comité national a pour conséquence un renouveau des études sur l'écriture de la Constitution. L'ouvrage issu du colloque organisé à Aix en Provence[54] ou encore celui autour de Raymond Janot[55] sont autant de preuves de cet intérêt doctrinal retrouvé.

Les années 1980 et 1990, moment de la confection des travaux préparatoires, correspondent au temps où l'Administration commence à s'ouvrir.[56] Une preuve, sur un plan formel, que la connaissance du droit constitutionnel est quelque peu dépendante du droit administratif.

L'idée générale, depuis 1958, est une publicité progressive : des avis aux comptes-rendus analytiques, pour finir aux comptes-rendus sténographiques. Dans le domaine des propositions sur le droit cela a une influence : les avis des différents organes permettent de suivre l'évolution du texte entre des organes. Les comptes-rendus analytiques donnent l'idée générale que se fait l'organe en question du texte tel qu'il lui a été soumis. Les comptes-rendus sténographiques sont utiles pour saisir dans le détail la pensée de l'organe et de ses membres.

L'édition par le Comité national, chargé de la publication des travaux préparatoires des institutions de la Ve République, permet de comprendre et d'analyser le moment de

---

[49] Art. 1er.

[50] B. François, *Naissance d'une Constitution, la Cinquième République, 1958-1962*, Presses de la fondation nationale de science politique, 1996, p. 139 : « La vertu des « travaux préparatoires » tient ici au fait qu'ils privilégient l'intervention des acteurs dans le processus constituant ; ils se situent au plus près de l'action, au cœur du moment constituant ».

[51] Le vice-président du Conseil d'État, M. Michel Aurillac, M. Guy Braibant, M. Jean-Louis Crémieux-Brilhac, M. Raymond Janot, M. Jean Mamert.

[52] M. Pierre Avril, M. Gérard Conac, M. Olivier Duhamel, M. Maurice Duverger, M. Jean Gicquel, M. Léo Hamon, M. Pierre Lalumière, M. François Luchaire, M. Pierre Pactet, M. Roger Pinto, M. Jean-Louis Quermone, M. René Raymond, M. André Tunc, M. Jean Favier.

[53] O. Passelecq, « *Les archives constitutionnelles : un nouveau champ d'études pour la recherche* », http://www.droitconstitutionnel.org/congresmtp/textes1/PASSELECQ.pdf, p. 14 : « Il est donc incontestable que les archives sont en train de prendre, pour le plus grand profit de la recherche, toute leur place dans le droit constitutionnel, démontrant s'il en était besoin que la mémoire de l'État est indissociable de la mémoire des normes et des pratiques juridiques ».

[54] D. Maus, L. Favoreu, J-L. Parodi, *L'écriture de la Constitution de 1958*, Presses universitaires d'Aix-Marseille Economica, 1992, 852p.

[55] D. Maus, O. Passelecq, *Témoignages sur l'écriture de la Constitution de 1958, autour de Raymond Janot*, La Documentation française, 1997, 118p.

[56] O. Beaud, « *Les archives saisies par le droit* », Genèses, 1, 1990, Les voies de l'histoire, p. 131 : « La loi du 3 janvier 1979 « sur les archives » qui est aujourd'hui le pilier du droit des archives. Brièvement, l'origine de cette loi se trouve dans le phénomène plus général d'ouverture de l'administration aux administrés ». Étant entendu que les documents pour servir à l'élaboration de la Constitution de 1958 sont basés sur un important travail d'archivage.

l'élaboration. Le premier volume[57] porte sur la loi constitutionnelle du 3 juin 1958 et sur l'avant-projet de constitution. De la préparation au vote de ladite loi, le Gouvernement, le Conseil d'État et le Parlement, dans cet ordre interviennent. L'avant-projet de Constitution est sous l'impulsion de l'Exécutif. Le deuxième volume[58] est relatif au le Comité consultatif constitutionnel. Le troisième volume[59] a trait aux séances du Conseil d'État précédant l'arrêt du projet et sa soumission au référendum. Ces trois volumes regroupent l'élaboration de la Constitution de la mise en place de la procédure de révision jusqu'à la sanctification référendaire. Un quatrième volume est relatif aux commentaires sur la Constitution.[60] La multiplicité des acteurs témoigne du caractère complexe de l'opération constituante.[61]

Une partie de la doctrine considère que ces travaux préparatoires n'en sont pas car le peuple n'en a pas eu connaissance.[62] Il y a ici la marque de la tradition française de la Constituante qui est habituée aux débats passionnés et publiés sur le champ. La distinction opérée par le Professeur Roblot-Troizier entre « l'auteur » – le peuple référendaire – et les « auteurs » – acteurs des travaux préparatoires – paraît judicieuse. Mais son rejet des travaux préparatoires, comme dénués de valeur juridique, semble peu soutenable. À notre sens, il convient d'admettre la qualification de travaux préparatoires puisqu'ils amènent à la Constitution : ils la pensent. Évidemment qu'ils ne sont en aucun cas du droit positif, mais ils n'en possèdent pas moins une valeur juridique doctrinale.

De ce point de vue, il convient de souligner une jurisprudence intéressante du Conseil constitutionnel qui se réfère expressément aux travaux préparatoires à la Constitution. La décision apporte deux éléments ; la mention des travaux préparatoires dans le corps de la décision ; la mention des travaux préparatoires tant de la Constitution de 1946 que de celle de 1958, comme pour montrer la filiation juridique du pouvoir constituant qui sera coupée en 1962.[63] D'ailleurs, la discontinuité du pouvoir constituant instaurée par la révision

---

[57] DPC, *Volume I, Des origines de la loi constitutionnelle du 3 juin 1958 à l'avant-projet du 29 juillet 1958*, La Documentation française, 1987, 613p.
[58] DPC, *Volume II, Le Comité consultatif constitutionnel de l'avant-projet du 29 juillet 1958 au projet du 21 août 1958*, La Documentation française, 1988, 787p.
[59] DPC, *Volume III, Du Conseil d'État au référendum 20 août – 28 septembre 1958,* La Documentation française, 1991, 777p.
[60] DPC, *Volume IV, Commentaire sur la Constitution (1958-1959),* La Documentation française, 2001, 403p.
[61] B. Mathieu, « *Les objectifs des auteurs, le jeu des acteurs* », in *Comment changer une Constitution ?* PUL, 2012, p. 87 : « La réforme de la constitution est une opération complexe qui répond à des objectifs variables, qui est soumise à un certain nombre de contraintes et qui fait intervenir un certain nombre d'acteurs suivant une procédure qui est amont est largement informelle puis qui obéit à des exigences précises formules par le texte constitutionnel lui-même ».
[62] A. Roblot-Troizier, *Contrôle de constitutionnalité et normes visées par la Constitution française. Recherches sur la constitutionnalité par renvoi*, Paris, Dalloz, 2007, p. 222 : « S'il peut être intéressant d'étudier les travaux préparatoires qui ont précédé l'adoption des révisions constitutionnelles introduisant de nouvelles références à des normes identifiées dans la Constitution, tel n'est pas le cas de l'ensemble des documents et débats antérieurs à l'adoption de la Constitution du 4 octobre 1958 par le peuple français dans la mesure où ces documents et débats ne peuvent pas être qualifiés de travaux préparatoires. En ce sens, une partie de la doctrine a démontré que le véritable auteur, au sens juridique du terme, de la Constitution de 1958 est le peuple souverain ; il a adopté, par référendum, un texte élaboré par ses rédacteurs, ou auteurs au sens littéral du terme. Or le peuple n'avait pas connaissance des discussions, débats et autres documents ayant conduit à l'élaboration du texte définitif ».
[63] CC, 21 fev. 2012, déc. n° 2012-297 QPC, Association pour la promotion et l'expansion de la laïcité : « Considérant, toutefois, qu'il ressort tant des travaux préparatoires du projet de la Constitution du 27 octobre 1946

constitutionnelle de 1962 ne blesse pas la continuité matérielle, notamment, de la disposition objet du litige.

Concernant le Conseil d'État, en dehors de la publication de l'avis du 28 août 1958 et des comptes-rendus sténographiques en 1991, il y avait quelques passages lacunaires dans les mémoires d'hommes ayant participé aux travaux. Jean-Louis Debré, pour ne prendre que l'exemple le plus manifeste, utilisa les archives de son père dans ses recherches pionnières.[64] Le vice-président Cassin, en introduction de l'étude de 1959 va donner quelques analyses du travail constituant du Conseil d'État. Du point de vue de la forme ; une Commission spéciale intersections a été créée pour l'occasion[65] ; il ressort une rapidité de l'examen du projet de Constitution en quatre jours : deux jours en Commission pour un total de vingt-sept heures et deux jours en Assemblée générale pour un total de vingt-cinq heures ; la présence immédiate du Conseil d'État à la mise en place définitive du projet soumis ensuite au peuple[66] ; l'annonce de la publication des travaux du Conseil d'État sous forme analytique.[67] Ledit compte-rendu analytique a bien eu lieu, mais il n'a pas été publié, pour le grand public, et se trouve dans les archives du Conseil d'État et du Conseil constitutionnel.[68] Sur le fond, le vice-président Cassin est plutôt lacunaire en ce qu'il ne mentionne que l'importance du Conseil d'État sur les futurs articles 34 et 37.[69]

La doctrine ne semble s'attacher aux travaux préparatoires que dans deux cas ; l'étude de l'évolution du texte, entre les organes dans la procédure d'élaboration[70] ; l'explication d'un article de la Constitution par une interprétation originelle.[71] Les travaux préparatoires peuvent encore être exploités, non plus sur un texte en particulier ou d'un texte sur l'autre entre les organes, mais concernant le rôle d'un organe sur le texte en entier. Une institution, de taille dans le droit public français dans son rôle d'écriture en 1958, a été délaissée : le Conseil d'État.

---

relatifs à son article 1er que de ceux du projet de la Constitution du 4 octobre 1958 qui a repris la même disposition ».

[64] J-L. Debré, *La Constitution de la Ve République*, PUF, 1975, 340p. J-L. Debré, *Les idées constitutionnelles du général de Gaulle*, LGDJ, 1974, 461p.

[65] R. Cassin, « Introduction », EDCE, n° 13, 1959, p. 18 : « Une Commission spéciale intersections, dénommée constitutionnelle, qui délibéra pendant plus de 27 heures presque consécutives, les 25 et 26 août ».

[66] *Ibid*., p. 18 : « L'Assemblée générale du Conseil d'État a consacré deux séances de vingt-cinq heures au total, tenues les 27 et 28 août 1958, à l'examen du projet constitutionnel qui a précédé immédiatement la mise au point finale par le Gouvernement, en vue de sa soumission au référendum populaire d'approbation du 28 septembre ».

[67] *Ibid*., p. 19 : « Les travaux préparatoires de la Constitution seraient, du moins en ce qui concerne la phase du Conseil d'État, publiés sous la forme d'un résumé analytique étendu, mais non *in extenso* ».

[68] *Ibid*., p. VII : « Les travaux du Conseil d'État ont fait l'objet d'un compte rendu analytique ; ce dernier, sur beaucoup de points, s'éloigne de la sténotypie, mais, contrairement à celui des travaux du Comité consultatif constitutionnel, ce compte rendu n'a pas été publié ; il en existait un exemplaire au Conseil d'État et un autre au Conseil constitutionnel ».

[69] *Ibid*., p. 19 : « Les organes chargés d'interpréter la Constitution, seront donc comme l'opinion publique mis en mesure de connaître exactement le rôle joué par le Conseil d'État en général, et spécialement, en ce qui concerne les domaines respectifs des articles 34 et 37 de la Constitution ».

[70] J-L. Debré, *La Constitution de la Ve République*, PUF, 1975, 340p.

[71] J-S. Boda, « *Retour sur l'élaboration du préambule de la Constitution de 1958* », RDFC, 2016/2, N°106, pp. 283 – 308.

Les Professeurs Constantinesco et Pierré-Caps, dans leur manuel de droit constitutionnel, soulignent que la pensée constitutionnelle de Charles de Gaulle n'est pas la seule influence sur la future Constitution de la Ve République.[72] Le sujet porté à l'étude s'inscrit en faux avec cette réduction schématique par une analyse de la contribution du Conseil d'État.

Le Conseil, peu importe les régimes politiques, se maintient. Il est une puissante illustration d'une continuité institutionnelle dans l'histoire constitutionnelle française. En 1791, il correspond à une sorte de conseil des ministres autour du monarque.[73] Après un passage à vide sous les tumultes de la Révolution, le Conseil d'État sous Bonaparte est au sommet de l'État, pour servir le monarque.[74] Trop proche de l'Empereur, à sa chute le Conseil d'État vît son influence diminuer.[75] Retrouvant son pouvoir sous Bonaparte avec Napoléon III, après quelques frayeurs en 1848, il fait ensuite l'objet d'une purge violente sous la IIIe République.[76] La difficile période de Vichy est surmontée par une institution qui a passé la IVe République sans encombre, jusqu'à ce qu'elle contribue fortement à l'élaboration de la Constitution de 1958. Le Comité juridique de la Libération n'avait pas vocation à remplacer durablement le Conseil d'État.[77] Classiquement, le contexte historique du début de la Ve République est marqué par un pays au bord de la guerre civile et du terrorisme.[78] La tendance consiste sous les régimes à exécutif fort, à une omniprésence du Conseil d'État sur le plan consultatif. *A contrario* des régimes à législatif fort qui se méfient de lui ; ce qui a pour conséquence de le faire refluer dans sa fonction juridictionnelle. Force est de constater que le Conseil d'État se place du côté de la continuité étatique, et non de la discontinuité constitutionnelle. Surtout, la place éminente du Conseil d'État tant dans la naissance que la vie de la Ve République, moins parlementaire

---

[72] V. Constantinesco, S. Pierré-Cap, *Droit constitutionnel*, PUF, 2016, p. 329 : « Il faut chercher à identifier les influences qui se sont exercées sur la nouvelle Constitution, dont on dit souvent, trop vite, qu'elle traduit les idées du général de Gaulle »

[73] F. Burdeau, *Histoire de l'Administration française*, Montchrestien, 1993, p. 43 : « Fut créé par la loi des 27 avril – 25 mai 1791 un Conseil d'État correspondant à la réunion des ministres autour du roi ».

[74] *Ibid*., p. 66 : « Le Conseil d'État, institué par la Constitution de l'an VIII, est à certains égards une résurrection du Conseil du Roi disparu en 1791. C'est pourtant sans référence à cette antique institution que fut décidée sa création. Elle procède tout logiquement de l'ambition napoléonienne de concentrer l'autorité et d'en faire l'usage le plus adéquat. Parce ce qu'il n'est ni un autocrate illuminé ni l'homme des décisions hâtives, Bonaparte a ressenti la nécessité d'avoir à sa disposition un corps de techniciens à même de l'éclairer et d'assurer l'effectivité de sa puissance. […] Comme son ancêtre monarchique, le Conseil d'État du Consulat et de l'Empire dispose d'une compétence très étendue. A côté d'attribution dans le domaine législatif, ses fonctions administratives le placent au sommet de tout le système »

[75] *Ibid*., p. 90 : « Dès la chute de l'Empire, le Conseil d'État, symbole du despotisme honni de l'usurpateur, est en butte à tous les assauts. La monarchie restaurée opta toutefois pour son maintien, avec des attributions analogues, mais en entamant notablement son influence ».

[76] *Ibid*., p. 204 : « La purge de 1879 valut au Conseil un indéniable discrédit auprès d'une partie de l'opinion publique disposée à n'y voir que l'instrument docile des basses œuvres gouvernementales ».

[77] L-A. Bouvier, *La confection de la loi*, LGDJ, 2015, p. 45 : « La situation de concurrence entre le Comité juridique et le Conseil a été toutefois conçue comme devant être provisoire et sans intention d'éliminer définitivement le second ».

[78] À titre exemplatif. F. Rouvillois, *Les origines de la Cinquième République*, éd CNRS, 2018, p. 59 : « La crise politique, les menaces terroristes, les risques de guerre civile n'ont pas disparu miraculeusement le 1er juin : ceux qui ont participé au travail constituant se souviennent du climat d'urgence de la rédaction, lié à une situation dont ils percevaient le caractère précaire et tragique ».

qu'elle ne l'était à ses débuts, démontre l'origine, si ce n'est l'exercice, monarchique de ce régime.[79]

Le second Empire offre, par l'influence du Conseil d'État dans les institutions, une période de comparaison avec la Ve République qui lui fait une place considérable. Il est possible de constater, concernant le Conseil d'État, un élément commun dans la vie du régime, et une différence fondamentale dans sa naissance. Victor Hugo décrit un Conseil en or, où tout ce qui a trait au pouvoir se passe, alors que le corps législatif est d'argent.[80] Durant le second Empire, le Conseil d'État se trouve au cœur du pouvoir,[81] par son alliance à l'Empereur, sauf, uniquement au moment de l'élaboration de la Constitution. En effet, le Conseil d'État à la suite du coup d'État du 2 décembre fut dissous.[82] Le moment de 1958, en ce qu'il place le Conseil d'État, à ce point au cœur de l'élaboration, est donc juridiquement inédit dans l'histoire constitutionnelle française. La nuance avec le second Empire dans la Cinquième République, réside dans la distance qu'à le Conseil d'État avec le texte objet de sa consultation : le Conseil n'écrit pas directement le texte, mais donne un avis, parfois à la limite de la réécriture, sur un texte préexistant.[83]

M. Gabriel de Broglie, conseiller d'État, souligne que « Le passage de la IVe à la Ve République ne provoqua aucune crise interne au Conseil mais produisit ce qui n'était encore jamais arrivé. Le Conseil devint l'un des moteurs du changement de régime. Le général de Gaulle, en tant que président du Conseil des ministres, s'appuya sur le Conseil d'État pour rédiger la nouvelle Constitution. Son ministre de la Justice, Michel Debré, était maître des requêtes. À toutes les étapes de l'élaboration de la Constitution, des membres du Conseil jouèrent un rôle déterminant ».[84] Ce travail de recherche, qui part de ce constat d'un Conseil d'État moteur dans le changement de régime, se situe au moment de l'érection de la Constitution du 4 octobre 1958, et a pour dessein de mesurer le rôle du Conseil d'État dans le travail constituant.

---

[79] B. Plessix, *Droit administratif général*, LexisNexis, 2018, p. 408 : « Compréhensible en période autoritaire de confusion des pouvoirs, cette rémanence monarchique du gouvernement par conseil a toutefois moins de sens en démocratie parlementaire, ou la loi est l'œuvre des chambres, expressions de la volonté générale ».

[80] V. Hugo, *Napoléon le petit*, Édition l'Escalier, 2013, p. 54 : « Le conseil d'État joyeux, payé, joufflu, rose, gras, frais, l'œil vif, l'oreille rouge, le verbe haut, l'épée au côté, du ventre, brodé en or ; le corps législatif, pâle, maigre, triste, brodé en argent ».

[81] À noter que le Conseil d'État dans la période dite autoritaire du régime à l'ascendant sur le corps législatif, sous la direction et la protection du Prince-Président, puisque le Conseil prépare les lois, que les parlementaires enregistrent.

[82] V. Wright, *« Le Conseil d'État et les changements de régime : le cas du Second empire », in Le Conseil d'État et les crises*, Rev. Ad. n° spécial, 1998, p. 13 : « Le Conseil d'État de la deuxième République, pour lequel le Prince Président était sans indulgence, fut dissous le 2 décembre – le matin même du coup d'État ».

[83] H. Hoepffner, « *Les avis du Conseil d'État, Essai de synthèse* », RFDA 2009, p. 899 : « Le Conseil d'État ne se contente nullement de donner un « avis » favorable ou défavorable à un projet élaboré par le Gouvernement : il va jusqu'à entreprendre la réécriture du projet de loi qui lui est soumis ». J-P. Negrin, *Le Conseil d'État et la vie publique en France depuis 1958*, PUF, 1968, p. 75 : « Le Conseil d'État n'est plus, comme sous le Consulat, le Premier Empire ou le Second Empire, directement chargé de l'élaboration même des projets de textes. Sa participation se limite le plus souvent à donner un avis sur un projet de texte en forme. Aussi peut-on la qualifier de contrôle bien que ce vocable ne traduise pas exactement l'idée que le Conseil d'État est associé à l'élaboration de textes législatifs, règlementaires, parfois même constitutionnels ».

[84] G. de Broglie, *« Les changements de régime », in Le Conseil d'État de l'an VIII à nos jours*, Adam Brio, 1999, p. 28.

Du point de vue des révisions ultérieures à celle établissant la Constitution du 4 octobre 1958, l'enjeu juridique de celles-ci est de s'intégrer convenablement au texte constitutionnel. Les vicissitudes de la vie politique au sommet de l'État, ne sauraient amener à un déséquilibre de la loi fondamentale. En effet, le Professeur Waline souligne que le Conseil d'État se concentre sur le risque principal de toute révision constitutionnelle : la rupture de l'équilibre.[85] Le Conseil d'État, s'érige précisément en véritable conseiller de l'État par sa préoccupation de l'harmonie constitutionnelle.

Ce sujet, qui porte sur l'influence du Conseil d'État sur l'élaboration et la révision de la Constitution de 1958, est l'objet d'une rencontre, au cœur du droit public, entre le droit administratif, par le Conseil d'État, et le droit constitutionnel, par la Constitution. La présence du Conseil d'État dans le droit constitutionnel (section 1) augure d'une construction administrative du droit constitutionnel (section 2).

Section 1 : Un Conseil d'État au cœur du droit constitutionnel

Sur le plan organique, dans les institutions de la Ve République, la puissance du Conseil d'État est illustrée par le mythe de « l'énarchie » qui postule la domination de toute l'Administration française par le seul corps des énarques. Uniquement ceux qui sortent de la « botte » peuvent espérer devenir auditeur au Conseil d'État, par la voie royale.

Le Conseil d'État est un juge de la Constitution. L'utilisation de celle-ci va véhiculer dans son usage les deux principes qui sont le fondement de toute Constitution : la garantie des droits et la séparation des pouvoirs.[86] Ce qui se traduit par une poussée du juge dans la protection des droits, ne serait-ce que par le truchement du principe de la légalité. Dans la jurisprudence du Conseil d'État la séparation des pouvoirs est aussi présente.[87] Dans le cadre de l'influence du Conseil d'État sur l'élaboration et la révision de la Constitution, il conviendra de mesurer la contribution du Conseil à la garantie des droits et à la séparation des pouvoirs.

La cardinalité du Conseil d'État dans nos institutions se mesure par le lien intime qu'il noue avec la Constitution (paragraphe 1) n'étant que la traduction normative d'un juge-conseiller qui est l'épicentre institutionnel de la Ve République (paragraphe 2).

---

[85] J. Waline, « *Les révisions de la Constitution de 1958 », in Mélanges en l'honneur de Philippe Ardant, Droit et politique à la croisée des cultures,* LGDJ, 1999, p. 243 : « Chaque fois que l'on révise la Constitution il y a le risque de jouer « l'apprenti-sorcier » c'est-à-dire de remettre en cause le très subtil équilibre que réalise la Constitution ».

[86] Art. 16 de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen : « Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution ».

[87] À titre exemplatif ; CE, 24 févr. 1971, *Sté « Le Crédit industriel de l'Ouest »*, nº 78694 ; CE, 22 déc. 1978, « Union des chambres syndicales d'affichage et de publicité extérieure », n° 04605.

Paragraphe 1 : La traditionnelle liaison du Conseil d'État à la Constitution

Le Conseil d'État a joué un rôle unique dans l'histoire constitutionnelle avec la rédaction de la Constitution (A), ce qui explique la place croissante de la Haute juridiction dans l'interprétation de la loi fondamentale (B).

A) La rédaction inédite de la Constitution par le Conseil d'État

La place de rédacteur constitutionnel du Conseil d'État est unique dans notre histoire constitutionnelle (1) ; cette novation s'est faite en silence (2).

1°) Une rupture tranchée avec la tradition de la Constituante

Le Conseil d'État, va pour la première fois, comme le souligne le conseiller d'État Deschamps[88], dans son rapport devant l'Assemblée générale le 27 août, donner un avis sur l'élaboration d'une Constitution.

Cette rupture avec la tradition Constituante, et par là même avec Sieyès,[89] va avoir un impact sur les travaux d'élaboration. Le Conseil d'État est une institution feutrée, ce qui tempère avec les débats des parlementaires durant l'élaboration, où toute écriture d'une Constitution en général. L'Assemblée nationale, durant des échanges sur le vote de la loi constitutionnelle du 3 juin 1958, devient un lieu d'attaques personnelles.[90] De plus, pour certifier cette rupture, le Comité consultatif constitutionnel n'est ni libre du texte, ni libre de l'interprétation de celui-ci. Il s'agit d'un avant-projet qui limite drastiquement le champ des débats. L'interprétation devant ledit Comité est dispensée par des commissaires du Gouvernement. Les parlementaires ne sont pas absents de la rédaction de la Constitution, ce sont des mineurs constitutionnels. Cette rupture avec la tradition Constituante se comprend à l'aune de la mise en garde du Professeur Carré de Malberg tenant à l'exagération que les constituants se font de leur pouvoir,[91] même si lors de l'élaboration de 1958, il s'agit uniquement de pouvoirs constitués.

---

[88] DPC, *Volume III, Du Conseil d'État au référendum 20 août – 28 septembre 1958,* La Documentation française, 1991, p. 270 : « C'est aujourd'hui la première fois, et je crois depuis plus d'un siècle, que le Conseil donne son avis sur une Constitution en devenir, qui ne sera pas discutée par le Parlement, mais sur laquelle le peuple sera appelé directement à se prononcer par voie de référendum ».

[89] J-E. Sieyès, *Qu'est-ce que le tiers état,* Éditions du Boucher, 2002, p. 56 : « Les représentants *ordinaires* d'un peuple sont chargés d'exercer dans les formes constitutionnelles toute cette portion de la volonté commune, qui est nécessaire pour le maintien d'une bonne administration sociale. Leur pouvoir est borné aux affaires du gouvernement. Des représentants *extraordinaires* auront tel nouveau pouvoir qu'il plaira à la nation de leur donner. Puisqu'une grande nation ne peut s'assembler elle-même en réalité toutes les fois que des circonstances hors de l'ordre commun pourraient l'exiger, il faut qu'elle confie à des représentants extraordinaires les pouvoirs nécessaires dans ces occasions. Si elle pouvait se réunir devant vous et exprimer sa volonté, oseriez-vous la lui disputer, parce qu'elle ne l'exerce pas dans une forme plutôt que dans une autre ? Ici la réalité est tout, la forme n'est rien. Un corps de représentants extraordinaires supplée à l'assemblée de cette nation. Il n'a pas besoin sans doute d'être chargé de la *plénitude* de la volonté nationale ; il ne lui faut qu'un pouvoir spécial, et dans des cas rares ; mais il remplace la nation dans son *indépendance* de toutes formes constitutionnelles. Il n'est pas nécessaire ici de prendre tant de précautions pour empêcher l'abus de pouvoir ; ces représentants ne sont députés que pour une seule affaire et pour un temps seulement ».

[90] DPC, *Volume I, Des origines de la loi constitutionnelle du 3 juin 1958 à l'avant-projet du 29 juillet 1958*, La Documentation française, 1987, p. 124 : « François Mitterrand. […] Il est vrai que j'ai eu plus souvent l'occasion de refuser un poste dans un Gouvernement que ce monsieur ! (*Rires*) ».

[91] R. Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'État*, Dalloz, 2003, p. 540 : « Une constituante sera naturellement portée à se faire une idée exagérée de sa puissance. Étant, en effet et par définition même, appelée à fonder tous les pouvoirs, elle pourra bien être tentée aussi d'admettre qu'elle les contient et les possède tous ».

Dans le cadre du sujet, portant en partie sur la révision de la Constitution, la procédure de révision figurant à l'article 89 de la Constitution du 4 octobre 1958, est symbolique d'un Parlement qui n'est pas dépossédé totalement, mais en partie.[92] Les parlementaires sont dépendants.

Cette faiblesse des parlementaires, durant la rédaction de la Constitution, a une signification forte dans les institutions, en ce qu'elle manifeste la fin de « la puissance souveraine du Parlement », pour reprendre l'expression du Professeur Carré de Malberg.[93] Les représentants du Parlement n'ont même plus la compétence de faire toute loi, en l'occurrence constitutionnelle. L'autre enseignement est la démonstration que l'importance du Gouvernement et dans son ombre, durant l'élaboration, du Conseil d'État, a pour résultat leur prégnance dans le régime Ve République.

2°) Une Constitution lancée dans les palais d'État

L'avant-projet de Constitution a été rédigé par un petit comité composé principalement de membres du Conseil d'État sous la direction de Michel Debré.[94] Cette rédaction s'est réalisée, pour sa finalisation, dans un palais d'État.[95] Il est intéressant de mentionner que les rédacteurs de l'avant-projet sont de jeunes auditeurs ou maîtres des requêtes du Conseil d'État. Le projet sera arrêté à l'Hôtel de Matignon, entre les deux le Comité consultatif constitutionnel se réunira. Projet qui arrivera au Palais Royal pour avis des conseillers d'État expérimentés, durant l'Assemblée générale. Sur un plan purement architectural, il est intéressant de dire que le Comité consultatif constitutionnel a été hébergé au Palais Royal, qui est l'antre du Conseil d'État.[96] Une coïncidence qui paraît lourde de sens.

Le secret autour de l'élaboration constitutionnelle se fond dans une certaine raison d'État, par l'incommunicabilité du moment.[97] En ce sens, comme a pu l'écrire Francine Batailler, « Le Conseil d'État a transposé la raison d'État du droit administratif au droit constitutionnel ».[98]

---

[92] G. Burdeau, *Traité de science politique, TIV, Le statut du pouvoir dans l'État*, LGDJ, 1983, p. 227 : « Avec la constitution de 1958, le Parlement n'est pas totalement dépossédé de son pouvoir car, s'il y est vraiment résolu, il peut encore modifier la constitution sous réserve, éventuellement d'une approbation populaire. Mais ce qui est nouveau, c'est qu'il ne peut pas s'opposer à une révision accomplie sans son concours ».

[93] R. Carré de Malberg, *La loi expression de la volonté générale,* Economica, 1984, p. 215.

[94] *Trois Républiques pour une France*, T2, Albin Michel, 1988, pp. 351-352. Raymond Janot, Jérôme Solal de Séligny, Françoise Duléry, Yves Guéna, Jacques Boitreaud, Jean Mamert, Michel Aurillac, Louis Bertrand, Michel Guillaume, André Jacomet, Michel Massenet, Alain Plantey, Max Querrien, Roger Bellin, Lucien Paoli, Jean Portemer, André Chandernagor, Jean Foyer, Georges Gerbod, Erwin Guldner, François Luchaire, Raymond Arasse. Liste réalisée à partir des mémoires de Michel Debré.

[95] *Ibid*., p. 353 : « Pour terminer dans les temps voulus et aussi pour un ultime examen du texte, qui sera en même temps une confrontation générale et sincère de l'œuvre, le groupe se réunit en séminaire pendant trois jours au château de La Celle-Saint-Cloud ».

[96] DPC, *Volume II, Le Comité consultatif constitutionnel de l'avant-projet du 29 juillet 1958 au projet du 21 août 1958*, La Documentation française, 1988, p. 37 : « M. le garde des Sceaux. […] Vous êtes ici, au Conseil économique, dans un immeuble que M. le Président Emile Roche a bien voulu mettre à la disposition du Gouvernement pour vos travaux ».

[97] *Cf. Infra*.

[98] F. Batailler, *Le Conseil d'État juge constitutionnel*, LGDJ, 1966, p. 651.

Cette Constitution de palais, rédigée à l'abri des regards va aboutir à une publicité parcellaire et longue. Les travaux de Comité consultatif constitutionnel sont publiés en 1960 sous forme d'un compte-rendu analytique.[99] La publication des travaux préparatoires n'est pas souhaitée.[100] Il conviendra, dans le traitement du sujet, de partir de ces travaux du Conseil d'État. En 1958, le grand public n'a pas l'avis du Conseil d'État à disposition, conformément au principe de secret de ses avis. Des travaux au Conseil d'État, n'est connu en 1959 que le discours du garde des Sceaux.[101] Il est possible d'y voir une manifestation formelle de l'effacement du Conseil d'État derrière le Gouvernement.

Les commentaires de la Constitution, parus à la documentation française en 1960, se cantonnent à l'explication des articles sous l'inspiration de Raymond Janot.[102] Guy Mollet, dans son ouvrage *Quinze ans après*, édité en 1973, souligne une nouvelle fois l'absence de publication de l'avis du Conseil d'État et la souhaite.[103] Le troisième volume sur l'histoire de l'élaboration de la Constitution de 1958 procède pour la première fois à la publication de l'avis du Conseil d'État et des comptes-rendus sténographiques.[104] En ce sens, notamment, ledit avis provient des archives de Michel Debré, et non de « sources publiées » ; ce qui achève de convaincre de leur non publication.[105]

La raison de cette publication de l'avis du Conseil d'État, en même temps que les comptes-rendus sténographiques, plus de quatre décennies après l'élaboration, se situe certainement dans

---

[99] *Ibid*., p. VII : « Si les travaux des groupes de travail n'avaient jusqu'à présent fait l'objet d'aucune publication, il n'en va pas de même pour ceux du Comité consultatif constitutionnel lui-même : en effet, la Documentation française a publié, en 1960, un compte-rendu analytique de ses débats ».

[100] J-L. Debré, *La Constitution de la Ve République*, PUF, 1975, p. 12 : « Cette publicité n'est pas acceptée en 1958. Ont seulement été rendus publics et diffusés dans leur quasi-intégralité, l'avant-projet soumis par le Gouvernement au Comité consultatif constitutionnel, le 29 juillet 1958, la lettre du président Paul Reynaud au général de Gaulle, à la suite de l'avis du C.C.C. du 14 août 1958, le discours de Michel Debré devant le Conseil d'État, enfin le texte arrêté par le Gouvernement après avis du Conseil d'État et soumis au référendum du 28 septembre 1958. Ni les directives du général de Gaulle aux rédacteurs de la Constitution et plus particulièrement au Garde des Sceaux Michel Debré, ni les discussions du Comité des experts et des diverses instances gouvernementales, ni les débats du C.C.C., ni les délibérations du Conseil d'État ne sont pas encore connus ».

[101] DPC, *Volume IV, Commentaires sur la Constitution (1958-1959),* La Documentation française, 2001, p. 157 : « Les travaux préparatoires de la Constitution du 4 octobre 1958 n'ont pas encore été publiés, exception faite de l'avis du Comité consultatif constitutionnel, reproduit au Journal officiel du 20 août 1958, de l'exposé préliminaire prononcé le 27 août 1958 devant l'assemblée générale du Conseil d'État par le garde des Sceaux, ministre de la justice, et de l'exposé général des motifs contenus dans le discours prononcé le 4 septembre 1958, place de la République, par le chef du Gouvernement ». *Cf*., M. Debré, « La nouvelle Constitution », *RFSP*, 1959, n°1, pp. 7-29.

[102] DPC, *Volume IV, Commentaires sur la Constitution (1958-1959),* La Documentation française, 2001, p. VII : « Ce commentaire [sur la Constitution du 4 octobre 1958] a été rédigé en utilisant les entretiens précités [de Raymond Janot avec la presse] ».

[103] G. Mollet, *Quinze ans après. La Constitution de 1958*, Albin Michel, 1973, p. 13 : « Ne serait-il pas opportun, au moment où il est de nouveau parlé de la Constitution, de publier officiellement au moins les documents N° 1, 2, 3, 10, 11 [avis du Conseil d'État du 28 aout], 12 et 13, le N°6 l'ayant déjà été en 1960 à la Documentation française ? ».

[104] DPC, *Volume III, Du Conseil d'État au référendum 20 août – 28 septembre 1958,* La Documentation française, 1991, p. 743 : « La plupart des documents antérieurs au 29 juillet 1958 étaient inconnus ; les débats du Comité consultatif constitutionnel n'étaient accessibles que sous la forme d'un compte rendu analytique, ceux du Conseil d'État ne l'étaient pas du tout ».

[105] *Ibid*., p. 745 : « Archives Michel Debré. […] – carton IV : Conseil d'État (texte adressé au Conseil d'État, avis du Conseil d'État… ».

la difficulté d'admettre au grand jour la puissance de l'Administration, y compris dans l'élaboration constitutionnelle. Est-ce, la manifestation originelle, dans la Ve République, de la construction d'un régime démocratique par l'Administration. Cette influence élaboratrice puise son origine dans l'utilisation silencieuse par le Conseil d'État, depuis plus d'un siècle, de la Constitution.

B) Une constante interprétation de la Constitution par le Conseil d'État

Le juge administratif utilise tant expressément (1) qu'implicitement (2) le texte constitutionnel.

1°) Le classicisme de l'utilisation expresse de la Constitution

Le juge administratif utilise expressément la Constitution. Évidemment, concernant le contrôle de constitutionnalité des actes administratifs, sous réserve de la théorie de l'écran législatif, la norme constitutionnelle sert de référence. La norme fondamentale se trouve fréquemment, de tout temps, dans les visas des décisions du juge administratif.[106] Aussi, dans le cadre du contrôle formel des conventions internationales, le juge applique l'article 53 de la Constitution.[107] Surtout, le célèbre arrêt de 1996, qui a divisé la doctrine, manifeste l'appropriation certaine de la Constitution.[108] À noter que le Conseil d'État dans ses fonctions consultatives a proposé la consécration d'un nouveau principe fondamental reconnu par les lois de la République « interdisant les français de naissance de leur nationalité »,[109] à l'occasion de l'examen du projet de loi constitutionnelle de protection de la Nation.

2°) Le dédoublement de l'utilisation implicite de la Constitution

Le juge administratif opère implicitement, un contrôle négatif de la constitutionnalité dans le cadre du mécanisme de la question prioritaire de constitutionnalité.[110] Par ailleurs, les principes généraux du droit, trouvent leur source dans les normes constitutionnelles.[111] À l'utilisation implicite de la norme fondamentale, par la voie des principes généraux du droit, s'est ajoutée une interprétation de la norme constitutionnelle dans le cadre du mécanisme de la question prioritaire de constitutionnalité. Il faut souligner que ces principes, dégagés par le juge, sont tirés de l'esprit de la législation républicaine.[112] Le Conseil d'État juge de la Constitution, se trouve au cœur de nos institutions.

---

[106] À titre exemplatif : CE, 8 août 1919, n° 56377, Labonne ; CE, 28 juin 1918, n° 63412, Heyriès ; CE, 10 mars 1995, n° 159981, HLM les Pavots ; CE, 14 avril 1995, n° 125148, Conistoire central des israélites de France.

[107] CE, Ass., 18 dec. 1998, SARL du parc d'activités du Blotzheim.

[108] CE, Ass., 3 juil. 1996, Koné.

[109] Conseil d'État, *Rapport public 2016 : activité juridictionnelle et consultative des juridictions administratives en 2015*, La documentation française, 2016, p. 226.

[110] D. Rousseau, P-Y. Gahdoun, J. Bonnet, *Droit du contentieux constitutionnel*, LGDJ, 2016, p. 206 : « Le contrôle négatif de la constitutionnalité des lois. […] Par ce filtre [le caractère sérieux], le législateur a voulu éviter l'engorgement du Conseil constitutionnel ; mais, ce faisant, il a mis les juges ordinaires en situation d'exercer un pré-contrôle de constitutionnalité ».

[111] B. Chantebout, *Droit constitutionnel*, Dalloz, 2014, p. 595 : « Certains de ces principes – et notamment celui capital et d'application multiples, de l'égalité des citoyens – trouvent leur source dans la déclaration de 1789 ou dans le Préambule de 1946 ».

[112] *Ibid*., p. 595 : « Ce sont des principes, en général non écrits que le Conseil d'État, soucieux d'éviter l'arbitraire de pouvoir règlementaire autonome, dégage de l'esprit de la législation républicaine ».

Paragraphe 2 : Le Conseil d'État métronome des institutions de la Ve République

Le Conseil d'État est central dans nos institutions (A) parce qu'il représente la Nation dans le cadre d'un service de l'État (B).

A) L'influence prééminente du Conseil d'État dans les institutions de la Ve République

Le Conseil d'État se situe au cœur de la confection législative (1) dans laquelle il contribue avec ses fonctions administratives aux côtés de l'Administration (2). Ce qui confirme la présence centrale du Conseil d'État dans l'action publique.[113]

1°) La prégnance du Conseil d'État dans le processus législatif

La rationalisation du parlementarisme, pour reprendre l'expression du Professeur Mirkine-Guetzévitch, a pour conséquence d'abaisser le Parlement. Ce qui se traduit sur le plan normatif par une hégémonie des projets de loi sur les propositions de loi. Derrière les projets de loi, il y a le Conseil d'État qui donne son avis sur ceux-ci, en vertu de l'article 39 alinéa 2 de la Constitution du 4 octobre 1958.[114] En effet, le Conseil d'État est un véritable atelier d'écriture, voire de réécriture, des textes gouvernementaux.[115] La primauté du Gouvernement, diminuant le rôle du Parlement, va de pair avec la puissance de son légiste.[116]

En ce sens, tout le droit parlementaire classique se trouve bouleversé. Le Parlement, ayant compétence pour voter la loi, est téléguidé par les projets de loi. Le manuel de référence, en la matière, ne mentionne pas dans son index analytique le Conseil d'État.[117] Il faut d'ailleurs citer un ouvrage récent, résultant d'un travail de thèse, qui témoigne de l'importance de l'étude du Conseil d'État dans ses fonctions consultatives : *Le Conseil d'État et la confection de la loi*.[118]

Prenant acte de ce rôle, la doctrine a tenté de théoriser la place du Conseil d'État dans le travail législatif. Le vice-président Long estimait que le Conseil était coauteur des actes juridiques.[119] Le caractère de coauteur pour les décrets pris en Conseil d'État semble logique.[120] Seulement,

---

[113] F. Chaltiel Terral, *Le Conseil d'État, acteur et censeur de l'action publique*, LGDJ, 2017, p. 160 : « La thèse que nous développons est celle d'une certaine omniprésence, même si le terme est sans doute un peu excessif, du Conseil d'État dans l'action publique, depuis l'écriture du texte jusqu'à son application et la sanction du non-respect de la hiérarchie des normes ».

[114] Art. 39 al. 2, Constitution du 4 octobre 1958 : « Les projets de loi sont délibérés en conseil des ministres après avis du Conseil d'État ».

[115] B. Latour, *La fabrique du droit. Une ethnographie du Conseil d'État*, La découverte / Poche, 2004, p. 57 : « Commence alors ce qu'il faut bien appeler un « atelier d'écriture » puisque c'est ligne à ligne que l'on se met collectivement à lire le texte et à le corriger, en retenant tour à tour soit le texte du rapporteur, soit, lorsque les commis des ministères se plaignent trop fort, le texte du gouvernement ».

[116] G. Braibant, « *Le rôle du CE dans l'élaboration du droit* », *in mélanges René Chapus*, Montchrestien, 1992, p. 92 : « L'importance de la fonction législative du Conseil d'État est inversement proportionnelle à celle du Parlement […] elle a trouvé, semble-t-il, un point d'équilibre, dans le cadre du « parlementarisme rationalisé » d'aujourd'hui ».

[117] P. Avril, J. Gicquel, J-E. Gicquel, *Droit parlementaire*, LDGJ, 2014, p. 387.

[118] L-A. Bouvier, *La confection de la loi*, LGDJ, 2015, 148 p.

[119] M. Long, « *Le Conseil d'État et la fonction consultative : de la consultation à la décision* », RFDA. 1992, p. 787 : « [Conseil d'État] est, en effet, à la frontière de la consultation et de la décision et, il est juridiquement, en bien des cas, coauteur de la décision ».

[120] H. Hoepffner, *op. cit.*, p. 900 : « « Il n'y a cependant pas de jurisprudence constitutionnelle confirmant cette thèse du colégislateur. Le Conseil constitutionnel censure le défaut de consultation du Conseil d'État en se plaçant sur le terrain du vice de procédure, ce qui accrédite plutôt l'idée selon laquelle le Conseil d'État serait un organe

concernant les lois, l'auteur juridique de la loi est le Parlement, lui-même, souvent, influencé par le Gouvernement, lui-même orienté par le Conseil d'État. Ce caractère lointain infirme la notion de coauteur en matière législative.

En revanche, il est possible de reprendre l'expression de « législateur négatif », du Professeur Kelsen, sous couvert d'en modifier la théorie. De prime abord, l'expression semble judicieuse du point de vue du rôle du Conseil dans la confection de la loi. Le théoricien autrichien traite, dans le cadre de la justice constitutionnelle, de l'annulation d'une loi en ce qu'elle crée une « norme vide » par sa suppression ; une norme aussi générale que celle annulée.[121] Déjà, pour le Conseil d'État, il ne s'agit pas d'un rapport d'annulabilité mais de confection. L'action dudit Conseil est négative, non pas en ce qu'elle défait, mais en ce qu'elle contribue à faire sans avoir la compétence juridique de pouvoir faire totalement. En outre, le Conseil d'État est législateur négatif, dans le cadre des projets de loi, car il a besoin de l'action positive du Gouvernement, qui doit retenir son avis, et du Parlement, qui doit reprendre le texte gouvernemental et en dernier ressort du peuple référendaire. Cette contribution du Conseil d'État au travail législatif du Gouvernement se réalise en étroite collaboration avec l'Administration.

2°) La complémentarité du Conseil d'État et de l'Administration dans le processus législatif[122]
Le cheminement de la loi, toujours dans le cadre de la rationalisation du parlementarisme, lie fortement l'Administration et le Conseil d'État dans sa préparation. Le déclenchement juridique du processus législatif passe par la prise d'initiative dans un ministère. C'est donc un juriste, placé dans la hiérarchie ministérielle, qui va rédiger un projet de loi. Un représentant du ministre vient ensuite devant le Conseil d'État pour une discussion sur la qualité de celui-ci.[123] Le Conseil d'État, dans ses formations administratives, est distinct de l'Administration active. Il s'en démarque d'autant plus dans le cadre de l'examen du projet de texte : aucune complaisance n'est d'augure pour les commissaires du Gouvernement.[124]

Sous la Ve République, l'abaissement du Parlement va de pair avec l'apparition d'un véritable droit gouvernemental qui témoigne de l'importance de l'Administration gouvernementale dans

---

consultatif et non le coauteur du projet de loi, alors que pour les textes règlementaires, le défaut de consultation du Conseil d'État est considéré comme un vice de compétence ». L'absence de consultation du Conseil d'État sur les textes règlementaires, dans la mesure où elle est sanctionnée sur le vice d'incompétence, semble justifier la théorie du coauteur sur ceux-ci.

[121] H. Kelsen, *« La garantie juridictionnelle de la Constitution »*, RDP. 1928, p. 224 : « Annuler une loi, c'est poser une norme générale ; car l'annulation d'une loi a le même caractère de généralité que sa confection, n'étant pour ainsi dire que la confection avec un signe négatif, donc elle-même une fonction législative ».

[122] Le processus législatif se distingue de la procédure législative, à proprement parler, qui est relative au vote d'une loi devant le Parlement. Le processus législatif comprendrait, non seulement vote de la loi, mais aussi l'intention, et la confection, gouvernementale, appuyée par l'administration d'aboutir à une loi votée.

[123] B. Latour, *op. cit.*, p. 56 : « Le ministre les envoie [les commissaires du Gouvernement] au Conseil d'État avec leur texte pour qu'ils subissent contrôle-qualité ».

[124] *Ibid.*, p. 56 : « L'épreuve est rude en effet pour les envoyés des ministres […] ils attendent pour subir l'examen qu'un huissier les autorise à entrer dans la salle, puis les fasse asseoir au beau milieu des conseillers qui les cernent des quatre cotés et les assaillent de questions plus ou moins acerbes ».

l'initiative et la prise des actes juridiques.[125] Le Conseil d'État, se situant dans l'Administration avec ses fonctions consultatives, est au cœur même du processus législatif, car il est l'expert juridique du Gouvernement.

L'Administration, dans le cadre de sa préparation des textes juridiques, intervient de manière synchronique à l'écriture de la norme, suite à une volonté normative, ou de manière diachronique, de son propre chef pour solliciter l'édiction d'une norme juridique.[126] Le Professeur Chevallier souligne toute la complexité de la décision politique, se traduisant elle-même en un texte juridique, qui comprend une série de décisions la préparant.[127] Il conviendra de garder à l'esprit ces réflexions dans le cadre de l'étude de la contribution du Conseil d'État aux lois constitutionnelles. Texte de rang constitutionnel qui place la Haute juridiction à la frontière du droit et de la politique.

B) Le Conseil d'État à la croisée de la Nation et de l'État dans l'écriture de la Constitution

Avec l'écriture de la Constitution, le Conseil d'État s'inscrit dans une logique de représentation de la Nation (1) cadrée dans un service de l'État (2).

1°) L'influence du Conseil d'État, sur l'écriture de la Constitution, au nom de la Nation

Marcel Gauchet dresse le constat de « *l'élévation du juge dans l'ordre politique* ».[128] Ce qui, *a priori*, arrive à son paroxysme avec la contribution du Conseil d'État à l'élaboration et la révision de la Constitution. Seulement, en 1958 le Conseil d'État n'intervient pas, en toute rigueur, en tant que juge. Durant l'élaboration, la double culture de ses conseillers se fera ressentir, mais c'est par son rôle consultatif qu'il intervient. De même dans la révision, le Conseil d'État contribue en vertu de sa fonction consultative.

---

[125] O. Beaud, *Qu'est-ce que le droit constitutionnel peut-il encore faire de l'État*, QSQ 6, Université Toulouse 1 Capitole, 29 et 30 octobre 2016, https://www.dailymotion.com/video/x5h8tiq : « Le développement, de moi ce que j'appelle, le droit gouvernemental. C'est-à-dire un droit, qui très largement coutumier, qui naît du processus de fabrication des décisions, au sein de l'État, où les parties prenantes ne sont pas seulement les hommes politiques mais l'Administration ».

[126] *P. Gonod, « L'administration et l'élaboration des normes », in Traité de droit administratif*, T1, Dalloz, 2011, p. 534 : « Classiquement on affecte à l'administration la fonction de conception et de rédaction des textes normatifs, qui correspondrait à une phase de préparation. En d'autres termes, le travail administratif de préparation serait réalisé entre l'initiative de l'élaboration d'une norme nouvelle et de la décision d'édiction de l'acte. Or, cette présentation – fondée sur le moment de l'intervention administrative, la temporalité du processus d'élaboration – tronquée : l'intervention de l'administration s'opère à différents stades du processus de la confection de la norme qui dépassent le moment de ces seules opérations. En effet, non seulement la fonction d'information autant que le pouvoir de recommandation pèsent sur l'initiative ».

[127] J. Chevallier, *Science administrative*, PUF, 2013, p. 497 : « La décision ne peut être considérée comme un phénomène isolé : elle est en fait intégrée dans un ensemble plus vaste, formé d'une constellation de décisions imbriquées les unes dans les autres. Sur le plan *diachronique*, elle prend place dans une série décisionnelle […]. Sur le plan *synchronique*, la décision est en générale insérée dans un faisceau, un groupe de décisions sur le même objet ».

[128] M. Gauchet, *La révolution des pouvoirs*, Gallimard, 1995, p. 40.

Cette élévation du juge se traduit du point de vue de la séparation des pouvoirs, qui dans l'histoire constitutionnelle française s'est toujours réalisée à deux.[129] La liaison, par le fait majoritaire et la fidélité partisane, de l'Exécutif et du Législatif a fait émerger, mécaniquement, face à eux le pouvoir juridictionnel : la fusion de ceux-là et la montée de celui-ci. Le Doyen Hauriou avait prévu ce jeu de chaise musicale entre les pouvoirs.[130]

Derrière son constat, l'auteur de la *Révolution des pouvoirs* pose l'éternelle question du juge représentant de la Nation. S'élevant dans l'ordre politique, il ne peut le faire que par un rapprochement avec la source de tout pouvoir. De nombreux développements ont eu lieu, dans le cadre de la théorie de la représentation, à propos du Conseil constitutionnel. Le principal argument étant que ledit Conseil impose la volonté du Souverain, exprimée dans le Constitution, au législateur.[131] Il y a une liaison indéfectible entre le contrôle de constitutionnalité et la théorie du juge constitutionnel comme représentant.

Le Conseil d'État opère un contrôle de constitutionnalité, non seulement négatif dans ses fonctions juridictionnelles, mais aussi positif dans ses fonctions consultatives. Le Professeur Luchaire souligne, dès 1979, l'existence de ce contrôle de constitutionnalité dans ses fonctions consultatives, qui intéresse particulièrement le sujet porté à l'étude.[132] En outre, dans son rôle consultatif sur les projets de loi ordinaire et organique, le Conseil d'État, opérant un véritable contrôle de constitutionnalité, répond de l'argument qui fait du juge un représentant de la Nation. La problématique devient plus ardue pour les lois constitutionnelles.[133] Il conviendra d'appeler ce contrôle de constitutionnalité, dans le cadre de sa compétence consultative, le conseil de constitutionnalité. Par ailleurs, au contentieux, le Conseil d'État se comporte aussi en juge constitutionnel, de manière plus indirecte, puisqu'il a tendance à s'inspirer du droit constitutionnel dans sa politique jurisprudentielle.[134] Ce rapprochement du Conseil d'État de la Nation se réalise dans le cadre d'une culture de l'État.

2°) La finalisation de l'action du Conseil d'État par le pouvoir de l'État

Le service du Conseil d'État est dirigé par une idée : construire « la puissance de l'État » au moyen du droit.[135] L'influence sur les mots écrits de la Constitution est un levier puissant

[129] M. Hauriou, *Principes de droit public*, Dalloz, 2010, p. 450 : « Il n'y a donc guère, jusqu'ici, dans les États modernes, que deux pouvoirs constitutionnels effectifs et la séparation des pouvoirs n'a réalisé qu'un équilibre à deux ».

[130] *Ibid*., p. 451 : « Si jamais les organes juridictionnels doivent entrer dans la vie constitutionnelle, c'est qu'alors un autre des pouvoirs leur cèdera la place ».

[131] P. Brunet, *Vouloir pour la nation*, LGDJ, 2004, p. 341 : « Pourquoi voir le juge constitutionnel, en France ou ailleurs, comme le représentant de la souveraineté de peuple ? Parce que le juge constitutionnel oblige le législateur à respecter la volonté du peuple souverain déclarée dans la Constitution ».

[132] F. Luchaire, « *Le Conseil d'État et la Constitution* », Rev. adm 1979, n°189, p. 141 : « Dans son rôle consultatif, le Conseil d'État assure un contrôle de constitutionnalité ».

[133] *Cf. Infra*.

[134] F. Batailler, *Le Conseil d'État juge constitutionnel*, LGDJ, 1966, p. 225 : « Le respect du principe révolutionnaire de la séparation des pouvoirs domine toute la politique jurisprudentielle du Conseil d'État, quant au problème de la recevabilité du recours contre les actes émanés d'organes administratifs ».

[135] S. Leroyer, *op. cit.,* p. 33 : « L'histoire du Conseil d'État suit l'histoire de la dépersonnalisation du pouvoir. Elle suit l'histoire de l'État en tant qu'entité fonctionnant au moyen du droit, lequel n'est pas édicté en premier lieu pour limiter la puissance de l'État, mais pour la construire ».

d'influence sur l'État par le droit. Ce service rendu à l'État se manifeste aussi par la discrétion des conseillers d'État dans l'espace public : une sorte d'effacement derrière l'État d'un corps qui se trouve liée à celui-ci, depuis ses origines lointaines à la royauté.[136]

Il est possible de différencier deux types d'influences du Conseil d'État : celle à proprement parler sur les révisions de la Constitution et celle portant sur la mise en œuvre des révisions de la Constitution. Le sujet porté à l'étude correspond *stricto sensu* à la première contribution : l'influence du Conseil sur le pouvoir constituant n'est pas le même objet que sa concrétisation par le contrôle de légalité, au sens large, et par les avis sur les normes infraconstitutionnelles. La Haute juridiction mobilise toutes ses compétences et son savoir-faire sur l'objet de l'écriture de la Constitution.

Pour caractériser le juge-légiste, le Professeur de Laubadère insiste, sur la stabilité et la continuité sans faille qui place le Conseil d'État indéfectiblement du côté de l'État.[137] Ce témoignage, contemporain de l'élaboration de la Constitution de 1958 et de quelques révisions ultérieures, devra s'appliquer au sujet étudié. D'autant plus que dans le cadre de sa fonction consultative, le Conseil d'État a pour objet unique la protection de l'État [138] : l'élaboration et les révisions n'y font pas exception. La continuité et la stabilité de l'État y sera encore plus prononcée.[139]

Le Professeur Beaud souligne que l'étude du Conseil d'État est un élément majeur pour les constitutionnalistes qui veulent ériger une théorie de l'État. Le Palais Royal est l'un des plus importants lieux de pouvoir sous la Ve République.[140] Cette appropriation de la norme constitutionnelle par le Conseil d'État couplée à la puissance de ce dernier dans l'État amène à penser la relation intense entre le droit administratif et le droit constitutionnel.

---

[136] M-C. Kessler, *Les grands corps de l'État*, Presses de la fondation nationale des Sciences politiques, 1986, p. 24 : « Cour des comptes et Conseil d'État. Ce sont les corps dont l'origine est la plus solennelle car la plus intimement liée aux origines de la royauté ».

[137] A. de Laubadère, « *Le Conseil d'État et l'incommunicabilité* », *EDCE*, n° 31, 1980, p. 17 : « « Qu'est-ce qui vous paraît avoir le plus changé, ou même simplement avoir changé, dans le visage du Conseil d'État, au cours des quelques quarante ans durant lesquels vous avez eu l'occasion, depuis le début de votre carrière, de l'observer ? » Cette embarrassante question me fût posée, il y a quelques semaines, au lendemain de ma mise à la retraite, par un ami, membre de la Haute juridiction. Sur le moment, je n'ai su répondre. Une réflexion ultérieure ne m'a guère davantage fait apercevoir, avec un caractère d'évidence, le changement majeur qui aurait dû inspirer ma réponse. A vrai dire, aussi bien dans l'institution elle-même que dans son produit jurisprudentiel, c'est plutôt la stabilité, la continuité, qui me frappent ».

[138] N. Belloubet, « *Conseiller l'État* », Pouvoirs n°123, nov. 2007, p. 48 : « Au contentieux, la ligne directrice des juges est aujourd'hui davantage axée sur la défense des droits et libertés des administrés que sur la protection de l'État, porteur de l'intérêt général. C'est à la fonction consultative qu'il revient désormais de conforter l'État dans cet ancrage fondateur ».

[139] J. Chevallier, « *Le Conseil d'État au cœur de l'État* », Pouvoirs n°123, nov. 2007, p. 7 : « L'identification à l'État conduira le Conseil à se poser en garant de la continuité´ de l'État, en s'efforçant de réduire l'impact des changements politiques. Cette résistance au changement se manifestera d'abord par un travail d'interprétation destiné à désamorcer le risque de subversion des principes d'organisation de l'État : le recours à ces techniques a ainsi permis au Conseil d'atténuer la portée des innovations les plus spectaculaires de la Constitution de 1958 ».

[140] O. Beaud, *Qu'est-ce que le droit constitutionnel peut-il encore faire de l'État*, QSQ 6, https://www.dailymotion .com/video/x5h8tiq : « Un thème très important pour comprendre l'État français, c'est la colonisation de l'État français par le Conseil d'État. On ne peut pas aujourd'hui faire du droit constitutionnel, analyser l'État, sans comprendre qu'on a désormais une corporation qui gouverne cet État ».

Section 2 : Le droit administratif au cœur du droit constitutionnel

La relation entre le droit constitutionnel et le droit administratif a connu une fortune considérable à partir de l'article sur *les bases constitutionnelles du droit administratif*.[141] Ultérieurement, le Doyen Vedel semble dire que ces bases ne sont pas aussi claires que ce qu'il a pu avancer dans sa publication de 1954.[142] Loin d'invalider son idée initiale, cela signifie seulement que droit constitutionnel et droit administratif, dans leurs relations, peuvent encore faire l'objet de travaux de recherche.[143] Un chercheur a eu l'idée de poser la question des relations dans l'ordre inverse : *quid juris* des bases administratives du droit constitutionnel ?[144] Ce qui dans le cadre de l'influence du Conseil d'État sur l'élaboration et la révision de la Constitution prend tout son sens ; il s'agit de mesurer la part de culture administrative, qui plane derrière la figure du Conseil,[145] sur le texte constitutionnel.

La relation entre le droit administratif et le droit constitutionnel connaît deux courants, qui bien que dans des sens contraires coexistent. D'abord, le courant principal de la constitutionnalisation du droit qui correspond aux bases constitutionnelles du droit administratif.[146] Le phénomène de constitutionnalisation du droit peut se définir comme le ruissellement de la norme constitutionnelle, dans toutes les branches du droit. Le ruissellement s'entend ici, au sens littéraire, d'un éclairage ample de l'ordre juridique par la norme constitutionnelle. Sortie des ténèbres du légicentrisme, la constitutionnalisation du droit répandit la lumière constitutionnelle, notamment et surtout, sur la loi. Il y a donc un lien intime entre la norme constitutionnelle et les lois, au terme duquel existe une interdépendance. Ce n'est pas l'une ou l'autre, mais l'une et l'autre. Il s'agit de trouver dans la Constitution les normes qui déterminent les fondements du droit administratif. Ensuite, le contre-courant de l'administrativisation du droit constitutionnel qui correspond à la culture administrative du droit constitutionnel. Cette culture se manifeste, par le pivot du Conseil d'État, directement par l'exercice d'une compétence constitutionnelle et indirectement par l'influence de celui-ci sur le droit constitutionnel à partir de ses compétences administratives.[147] La qualité administrative

---

[141] G. Vedel, *Les bases constitutionnelles du droit administratif*, EDCE, n° 8, 1954, pp. 21-53.

[142] G. Vedel, Préface, *in Les sources constitutionnelles du droit administratif : introduction au droit public*, LGDJ, 2008, p. VI : « Des fondements assez peu visibles ou même assez peu reconnus ».

[143] *Cf*. J-J. Bienvenu, J. Petit, B. Plessix, B. Seiller, *La Constitution administrative de la France*, Dalloz, 2012, 395p. Il s'agit d'une étude sur l'identité du droit administratif, à l'occasion de laquelle la recherche remonte vers le droit constitutionnel, par la définition notamment de la police administrative qui instaure une discipline dans l'État et concrétise la Puissance publique. Aussi, un mouvement descendant du droit constitutionnel vers le droit administratif dans une perspective de constitutionnalisation de ce dernier. Le caractère matriciel du droit administratif dans le droit constitutionnel fait qu'une étude sur l'identité administrative de la France se rapporte inexorablement, sans pour autant se superposer, au droit constitutionnel et aux institutions politiques. L'identité précède son déversement dans le droit constitutionnel.

[144] A. Faye, *Les bases administratives du droit constitutionnel français. Recherche sur la culture administrative du droit constitutionnel*, Institut universitaire de Varenne, 2017, 596p.

[145] *Ibid*., p. 44 : « La culture du droit administratif se manifeste autour de l'institution-pivot qu'est le Conseil d'État ».

[146] S. Mouton, *La constitutionnalisation du droit en France. Rationalisation du pouvoir et production normative*, Thèse Toulouse, Université Toulouse 1 Capitole, 1998, p. 529 : « La solidité de la construction du Doyen Vedel qui non seulement a survécu à cette attaque [du Professeur Eisenmann], mais qui se trouve sollicitée aujourd'hui pour expliquer le processus de constitutionnalisation du droit ».

[147] A. Faye, *op. cit.,* p. 493 : « La culture administrative se manifeste principalement dans deux dimensions. D'abord, par la prise en charge par le Conseil d'État de compétences matériellement constitutionnelles. Ensuite, par la diffusion, au sein du droit constitutionnel, de ses normes, de sa jurisprudence, des comportements de ses

ou constitutionnelle d'une compétence se définit par le degré de la norme qui octroie ladite compétence. Une norme constitutionnelle emporte une compétence constitutionnelle ; une norme administrative donne une compétence administrative. La qualification d'une norme comme étant constitutionnelle ou administrative s'analyse par rapport au droit qui la prévoit ; une norme constitutionnelle se rapporte au droit constitutionnel, et réciproquement une norme administrative provient du droit administratif. Dans le cas où il y aurait une norme placée dans le droit administratif, qui correspondrait à une source constitutionnelle de celui-ci, il faudra considérer que la norme en question est rattachée au droit constitutionnel.

Sur un plan purement sémantique, la présence du droit administratif au cœur du droit constitutionnel, se manifeste par l'appellation même de l'organe. Le Conseil d'État, c'est avant tout le conseil de l'État : cela signifie que c'est le légiste princier. Le Conseil d'État pour être un bon conseiller du prince se trouve nécessairement avec lui.

Ce phénomène d'administrativisation du droit constitutionnel place le droit administratif au cœur du droit constitutionnel. Ce qui rend celui-ci dépendant sur le plan matériel (paragraphe 1) et organique (paragraphe 2) de celui-là.

Paragraphe 1 : Un droit administratif matrice du droit constitutionnel

Le droit constitutionnel, centré sur une culture de l'État, tente de retrouver l'objet société grâce au droit administratif (A). L'influence de celui-ci, sur le droit constitutionnel en fait un des poumons de la matière constitutionnelle (B).

A) Le difficile retour du droit constitutionnel vers la société par le droit administratif

Le droit constitutionnel du culte de l'État (1) tente difficilement de passer vers son autre objet qu'est la société (2) grâce au droit administratif.

1°) L'irrésistible culte de l'État du droit constitutionnel

Classiquement, le droit constitutionnel est défini organiquement comme le droit du pouvoir de l'État.[148] Tous les travaux de droit constitutionnel s'échinent à définir l'État, souvent malheureusement avec les critères internationalistes. La Constitution, qui est l'objet du droit constitutionnel, a pour sujet l'État. Le critère est donc organique, la personne juridique suprême.

Le Doyen Hauriou dans ses *Principes de droit public* fait de l'ordre et de l'équilibre les deux principes fondamentaux du droit public.[149] Ce deux principes, s'appliquant au droit public ruissellent dans le droit constitutionnel, et seront au cœur de la compréhension du sujet porté à

acteurs ou de sa doctrine, de constructions et de raisonnements administrativistes ». À la différence de l'auteur, il nous semble plus judicieux de reconnaître une compétence constitutionnelle suivant un critère formel. Aussi, la reconnaissance de compétences administratives complète, par un retour à la norme juridique, la culture administrative dans le droit constitutionnel. L'objet, matériellement constitutionnel, est actionné par des compétences tant constitutionnelles qu'administratives.

[148] O. Beaud, *« Constitution et droit constitutionnel », in Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003, p. 262 : « Il existe une relation intime entre la Constitution et le pouvoir politique, c'est-à-dire entre la Constitution et l'État, l'entité politique qu'elle a vocation à régir ».

[149] M. Hauriou, *Principes de droit public*, Dalloz, 2010, p. 1 : « Le point de vue de l'ordre et de l'équilibre ».

l'étude. 1958 est un moment fort de restauration du pouvoir de l'État[150] : la matière constitutionnelle est donc au cœur du sujet.

Le rattachement du droit public à la personne suprême a pour conséquence de déplacer, scientifiquement, le problème sur la définition de ce qu'est l'État. Le Professeur Burdeau définit l'État comme une idée.[151] Certes, les philosophes platoniciens pourraient rétorquer que les idées sont plus réelles que le réel lui-même, en ce qu'elles ne sont pas aussi protéiformes, mais chacune unique. Toute la tension au cœur de l'État entre la majorité gouvernée et la minorité gouvernante a besoin de plus qu'une idée, lointaine du commun des mortels, pour se règlementer. C'est ici que le droit administratif donne au droit constitutionnel les moyens de conserver l'ordre entre les hommes, qui peuvent se malmener si l'État vacille.

2°) Le droit administratif, droit de la concrétisation du pouvoir de l'État sur la société

La définition du droit administratif comme le droit de la concrétisation du pouvoir de l'État sur la société a le mérite sémantique de démontrer une superposition partielle des deux matières. Le droit constitutionnel est plus vaste, car il porte sur les relations entre l'État et la société mais aussi sur l'État en lui-même. Le droit administratif a donc un des objets du droit constitutionnel. Le Doyen Hauriou, avec sa définition du droit administratif permet de comprendre le pont entre les deux droits. La Puissance publique, critère du droit administratif, se trouve aussi dans la définition de l'État.[152] Le droit administratif peut être analysé comme un droit constitutionnel d'action[153] qui a pour objet de mettre en œuvre les principes constitutionnels.[154]

Cette liaison des deux droits doit passer par la compréhension de la distinction entre la fonction administrative et gouvernementale. Le Doyen Hauriou estime que la seconde s'attache à un moment exceptionnel qui touche l'intérêt de la Nation, alors que la première expédie les affaires courantes de tous les jours.[155] Le Conseil d'État dans sa contribution à l'élaboration et la

---

[150] G. Burdeau, « *La restauration du Pouvoir d'État dans le Constitution française de 1958* », in *Écrits de Droit constitutionnel et de Sciences politique*, Éditions Panthéon-Assas, 2011, p. 281 : « Les conditions particulières de son élaboration ont permis à ses auteurs d'aborder au fond le problème que l'on s'accordait en France à considérer comme essentiel, celui de la restauration du pouvoir étatique ».

[151] G. Burdeau, *L'État*, Éditions du Seuil, 1970, p. 10 : « L'État est, au sens plein du terme, une idée. N'ayant d'autre réalité que conceptuelle il n'existe que parce qu'il est pensé ».

[152] M. Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, Dalloz, 2015, p. 103 : « L'idée sur laquelle repose l'institution de l'État étant celle de la chose publique ou entreprise publique, le pouvoir du gouvernement de l'État mis au service de cette entreprise a tout naturellement pris les allures d'une puissance publique et en porte le nom ».

[153] M. Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public*, Dalloz, 2002, p. 7 : « Si l'on veut analyser les éléments qui, réunis, instituent le régime administratif, on peut donc en distinguer trois : Un principe d'action, *le pouvoir administratif*, dérivé du pouvoir exécutif ; Un objectif à atteindre, *l'accomplissement de la fonction administrative* ; Une méthode pour atteindre ce but, *l'entreprise de la gestion administrative* ».

[154] D. Baranger, O. Beaud, « *Un regard de constitutionnaliste sur le rapport Jospin* », RFDA 2013, p. 393 : « Ce qu'on pourrait donc appeler la doctrine constitutionnelle d'origine administrative possède une propension naturelle à insister sur une dimension souvent sous-estimée de la vie constitutionnelle concrète. C'est le thème de l'administration dans la Constitution, ou si l'on veut des « modalités » administratives et normatives permettant la mise en œuvre des principes constitutionnels ».

[155] M. Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public*, Dalloz, 2002, p. 417 : « Le gouvernement a pour fonction de résoudre les affaires exceptionnelles et de veiller aux intérêts nationaux, tandis que l'administration a pour fonction de faire les affaires courantes du public ».

révision constitutionnelle se situe irrésistiblement dans la fonction gouvernementale, car l'écriture de la Constitution est un moment politique et juridique extraordinaire.

Certains estiment pouvoir reconnaître l'existence d'un pouvoir, administratif ou gouvernemental, dès que l'on est en présence d'une fonction, administrative ou gouvernementale.[156] Il faut souligner que l'existence d'un pouvoir administratif est certifiée en France par la puissance de l'Administration dans l'État. Administrer et gouverner sont deux fonctions, deux pouvoirs, se rattachant à un même pouvoir : l'Exécutif. Dans celui-ci, la distinction entre l'administratif et le gouvernemental a pour dessein de mettre de l'ordre dans le protéiforme : le pouvoir Exécutif a capté des compétences, naguère appartenant au Parlement, qui ne s'apparente pas à l'exécution de la loi.[157]

La restauration du pouvoir administratif, en tant que force de résistance au pouvoir gouvernemental ou en tant que moteur de ce dernier, doit être replacée dans la cadre du « gouvernement parlementaire »[158]. Ce dernier instaure une liaison forte entre l'Exécutif et le Législatif qui sont deux pouvoirs, par nature, gouvernementaux.[159] La Ve République est le témoignage de cette fusion, sur le plan des institutions politiques, entre ceux-ci. Le pouvoir, concentré jadis dans le Parlement souverain, réside maintenant dans le pouvoir de gouvernement sous la conduite du pouvoir gouvernemental.

Une thèse récente sur le droit gouvernemental donne une définition de ce dernier comme comprenant l'ensemble des règles écrites et non écrites « *crée par le Gouvernement de manière autonome pour s'organiser* ».[160] Ce qui aura son importance dans la conduite par le Gouvernement de Gaulle de l'élaboration constitutionnelle en 1958.

Les articles 20 et 21 de la Constitution sont relatifs à cette constitutionnalisation du droit administratif qui fonde théoriquement les relations entre le droit constitutionnel et administratif. Réciproquement, l'article 20 énonce notamment que l'Administration est à la disposition du Gouvernement[161] et l'article 21 ventile le pouvoir règlementaire dans le Gouvernement.[162] Ce droit positif augure de l'existence d'un pouvoir gouvernemental qui lie – liaison qui n'est en

---

[156] O. Beaud, « *La multiplication des pouvoirs* », 2012, Pouvoirs n°143, p. 51 : « L'intuition selon laquelle la distinction entre le gouvernement et l'administration recouvre une distinction entre deux pouvoirs ».

[157] P. Serrand, « Administrer et gouverner. Histoire d'une distinction », 2010, Jus politicum n°4, http://juspoliticum.com/uploads/pdf/JP4_Serrand-3.pdf, p. 2 : « Le pouvoir exécutif se renforçant, il devenait de plus en plus difficile de ranger toutes les attributions exercées par lui sous le label « exécutif » sans faire perdre toute signification à cette notion. En effet, de nombreuses attributions des organes exécutifs sont étrangères à l'idée d'exécution ».

[158] M. Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, Dalloz, 2015, p. 196.

[159] M. Hauriou, *Principes de droit public*, Dalloz, 2010, p. 442 : « Tous les organes investis par la nation, y compris l'organe législatif, sont des organes de gouvernement ».

[160] M. Caron, *L'autonomie organisationnelle du Gouvernement, Recherche sur le droit gouvernemental de la Ve République*, Institut universitaire de Varenne, 2015, p. 734.

[161] Art. 20, alinéa 2, de la Constitution de 4 octobre 1958 : « Il dispose de l'administration ».

[162] Art. 21 de la Constitution de 4 octobre 1958 : « Il [le Premier ministre] exerce le pouvoir règlementaire […] Il peut déléguer certains de ses pouvoirs aux ministres ».

aucun cas une subordination – le pouvoir administratif : l'Administration est un vrai pouvoir car elle a une puissance juridique de contrainte.[163]

La puissante relation entre le droit constitutionnel et le droit administratif se trouve vérifiée par l'unité du droit public, qu'il est possible de définir comme le droit de l'État. Le droit public et son pouvoir étant la conséquence de la sociabilité naturelle de l'homme. De la sociabilité à la société il n'y a qu'un pas, étymologique et juridique.

Le plus auguste article, de notre droit public de l'État moderne, place la société au cœur du droit constitutionnel. L'article 16 de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen : « Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée n'a point de constitution ». Ce n'est pas « Tout État » mais « Toute société ».[164] La société est l'objet mal-aimé du droit constitutionnel qui s'est construit sur un déséquilibre au profit de l'objet État. Le droit administratif, en se trouvant dans un lien intime avec le droit constitutionnel, offre la possibilité à celui-ci de retourner vers la société. Le droit administratif, dans le droit constitutionnel, possède une qualité motrice.

B) L'inspiration administrative du droit constitutionnel

Le droit administratif possède une antériorité historique (1) et une place de choix dans le droit constitutionnel contemporain (2).

1°) L'antériorité historique du droit administratif

Historiquement, la volonté du prince suffisait à la légalité de sa décision. Celle-ci s'est trouvée limitée d'abord sur le plan théologique, puis à mesure du développement de l'idée démocratique, par un corps de règles encadrant le gouvernant. Le droit constitutionnel d'un jour est venu poser les libertés de tous les jours, qui devaient être protégées face à l'État en action, c'est-à-dire face à l'Administration.

Le constat de l'antériorité de l'étude du droit administratif, par rapport à celle du droit constitutionnel, se comprend par la volonté de ne pas dévoiler l'artefact qu'est l'État. Sa superficialité mise au jour des hommes lui serait fatale. À la place, les propositions portant sur le droit administratif illustrent un État dans la toute-puissance.

2°) Un droit administratif d'adhésion à l'État

La question sociale submerge toujours la question politique. Hannah Arendt constate ce recul de l'espace politique à cause d'une société contemporaine de masse qui se fracture.[165] Louis

---

[163] M. Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public*, Dalloz, 2002, p. 10 : « De sa liaison avec le pouvoir exécutif gouvernemental, l'administration publique reteint des prérogatives de puissance publique ».

[164] D. Rousseau, P-Y. Gahdoun, J. Bonnet, Droit du contentieux constitutionnel, LGDJ, 2016, p. 800.

[165] H. Arendt, *La condition de l'homme moderne*, Pocket, 1983, p. 92 : « Le domaine public, monde commun, nous rassemble mais aussi nous empêche, pour aussi dire, de tomber les uns sur les autres. Ce qui rend la société de masse si difficile à supporter, ce n'est pas, principalement du moins, le nombre de gens ; c'est que le monde qui est entre eux n'a plus le pouvoir de les rassembler, de les relier, ni de les séparer ».

Napoléon Bonaparte avance, en 1844, que la question sociale est au cœur de la stabilité de tout régime politique.[166] Dans ces considérations, l'Administration a un rôle à jouer dans l'État. Il s'agit d'encadrer la nécessité sociale, d'éviter une société fracturée, pour un État stable. Le XIXe siècle avec son phénomène de prolétarisation de masse, le XXe siècle avec ses horreurs, le XXIe siècle avec sa disparition annoncée de la classe moyenne, posent la question sociale avec acuité et constance. L'Administration a pour rôle de pallier la misère sociale, avec pour but ultime la stabilité de l'État.

Dans l'approche institutionnaliste, le droit administratif peut s'analyser pour une partie comme des manifestations de communion. L'Administration fait l'aumône aux pauvres, aide les femmes enceintes, guérit les malades, protège les hommes. Ce sont autant de moments, de droit administratif, qui rapprochent l'individu de l'État.

Ces considérations définitionnelles avaient pour but de souligner que le droit administratif et le droit constitutionnel ont une prédisposition théorique à se croiser. Matériellement le droit administratif se met au service du droit constitutionnel, tout autant qu'il le fait organiquement.

Paragraphe 2 : La mise en œuvre concrète du droit constitutionnel par des organes administratifs

L'Administration se trouve au cœur de l'institution étatique (A) et contribue à sa légitimation (B).

A) La cardinalité de l'Administration dans l'État

La France est un pays qui fut toujours administré (1) ce qui suscita insidieusement une véritable culture administrative du droit constitutionnel (2).

1°) Un pays constamment administré

L'histoire constitutionnelle française rappelle le poids de l'Administration, comme élément de continuité et d'ordre, pour contrebalancer les valses ministérielles durant la IIIe et la IVe République. 1958 est d'ailleurs un moment de rupture avec des organes constitutionnels incapables de réformer les institutions en temps de crise. C'est donc logiquement que l'Administration demeure un pouvoir fort dans l'État.

Seulement cette puissance de l'Administration perdure aussi dans un pays gouverné. Elle est un élément déterminant de l'adhésion des administrés à l'État. Mais surtout, l'Administration est la pièce centrale du fonctionnement de l'institution étatique. De manière pratique, un ministère ne marche correctement que par son organisation pyramidale du chef de bureau jusqu'au ministre.[167] Les décideurs politiques ont besoin de l'expertise des administrateurs pour prendre les décisions, mesurer leurs impacts. La puissance administrative s'inscrit dans une

[166] L-N. Bonaparte, *Extinction du paupérisme*, éd Pagnerre, 1844, p. 51 : « Que le gouvernement mette à exécution notre idée [d'extinction de paupérisme] […] qu'il établisse le bien-être des masses sur des bases inébranlables, et il sera inébranlable lui-même. La pauvreté ne sera plus séditieuse, lorsque l'opulence ne sera plus oppressive ».
[167] J. Waline, *Droit administratif*, Dalloz, 2016, p. 78 : « La subdivision essentielle est la *direction*, ou *direction générale*, regroupant des *bureaux* et des *divisions* ».

culture de la décision. Concernant le Conseil d'État, la domination hégémonique des projets de loi, dans le travail législatif, fait de lui un élément incontournable dans l'écriture des lois. Le Conseil d'État est, dans l'Administration, l'expert du droit. [168]

2°) L'irrésistible culture administrative du droit constitutionnel français

Cette culture administrative du droit constitutionnel français est incarnée et réalisée par le Conseil d'État qui est l'épicentre de l'Administration d'État. Le Professeur Caillosse y voit l'intellectuel organique de l'État.[169] Les conseillers d'État sont, s'ils ne sont pas dans leur maison, dans des cabinets ministériels où les choix politiques se font. L'élaboration de la Constitution en est un exemple éloquent.

Le constat de la domination d'une sphère politico-administrative, qui est une particularité de l'État en France,[170] sied au sujet de l'influence du Conseil d'État. Celui-ci qui tout en étant le cœur de l'Administration va contribuer à l'écriture de la Constitution, texte aux confins du droit et de la politique. Le Conseil est une source d'inspiration formelle et un vivier pour la sphère politique. Les hommes de la haute institution se rendent, avec leur culture administrative dans le champ politique. Mais surtout, le Conseil d'État a inspiré, sur leur architecture institutionnelle, les cabinets ministériels ou une grande partie du pouvoir sous la Ve République se trouve.[171]

La relation multiple entre l'action politique et celle administrative est un élément fort pour aborder les rouages du fonctionnement de l'État.[172] La culture administrative du droit constitutionnel existe, principalement, grâce aux hommes qui l'importent dans la sphère politique et surtout par l'exportation depuis le Conseil d'État d'une forme institutionnelle. Dans un aspect plus de sociologie juridique, la tradition française de formation d'une élite administrative, qui se situe au cœur de l'appareil d'État, assoit cette puissance de l'Administration dans la puissance publique.[173]

---

[168] S. Leroyer, *op. cit.,* p. 31 : « Le Conseil d'État est légiste et juridiction : il possède l'art, la science, la technique, la connaissance, de l'outil « droit ». Telle est sa qualification : il sait écrire, rédiger, codifier, manier, dire le droit. Mais son idée fondamentale, sa raison d'être, son idée d'œuvre à accomplir, reste l'État ».

[169] J. Caillosse, *L'État du droit administratif*, LGDJ, 2015, p. 302 : « Ne peut-on pas dire du Conseil d'État qu'il fait fonction, et de plus en plus, d'« intellectuel organique » de l'État ? ».

[170] J-M. Eymeri-Douzans, X. Bioy, *Introduction*, in *Le règne des entourages. Cabinets et conseillers de l'exécutif*, Presses de Sciences Politiques, 2015, p. 84 : « Cette cour constituée du Prince, des Princes et de leurs entourages n'est pas « politique » mais « politico-administrative » : telle est bien l'une des grandes particularités du mode français d'exercice du pouvoir dans l'État et de l'État ».

[171] J-R. Catta, *Généalogie des cabinets ministérielles. Une approche constitutionnelle, in Le règne des entourages. Cabinets et conseillers de l'exécutif*, Presses de Sciences Politiques, 2015, p. 139 : « Un véritable lien de filiation institutionnel entre le Conseil d'État et les cabinets ministériels dévoile l'unité profonde l'histoire constitutionnelle française ».

[172] D. Baranger, O. Beaud, *op. cit*., p. 391 : « C'est d'ailleurs un des intérêts de ce rapport que de juxtaposer ces deux versants de l'action de l'État que sont l'action politique et l'action administrative ».

[173] Jacques Chevallier, *L'élite politico-administrative : une interpénétration discutée*, Pouvoirs - Revue française d'études constitutionnelles et politiques, Le Seuil, 1996, L'ENA, n° 80, pp. 89-100, hal- 01731375, p. 4 : « Le constat est donc sans équivoque : l'élite politique française est dominée par des hauts fonctionnaires, énarques ou plus précisément encore membres des grands corps administratifs qui forment l'élite administrative : l'appartenance à cette élite donne donc en France un atout essentiel, non seulement pour accéder au champ politique, mais surtout pour conquérir une position dominante dans ce champ ».

Le terme de technocratie témoigne dans l'État contemporain de la place de premier plan de la technique. Ce qui fait écho à une Administration, technicienne de l'action de l'État sur la société.[174] Toute la difficulté est de concilier la technocratie avec la démocratie : la source du pouvoir ne peut résider également dans deux foyers. La technocratie administrative se retrouve dans l'élaboration et la révision de la Constitution du 4 octobre 1958.

Surtout, cette culture administrative du droit constitutionnel se comprend par la rencontre de la vision de l'État du général de Gaulle, avec la définition du droit constitutionnel. L'homme politique entend, classiquement, donner la liberté comme but de l'État. Celle-ci étant accomplie par un État fort, par un pouvoir fort.[175] L'élaboration de la Constitution de 1958 s'entend d'une « restauration du pouvoir étatique ».[176] Une domination de tous au nom de la liberté de chacun, au service de tous. Ce qui correspond parfaitement à un droit du pouvoir de l'État sur la société. À cette construction de la liberté par l'État, le Conseil d'État va apporter sa contribution. Cette vision de l'État fort, qui est la base idéologique de la Ve République achève de convaincre, par un retour à la genèse, d'une Administration forte dans un État fort. À cette puissance de l'Administration correspond une influence du Conseil d'État sur la légitimation de l'action de l'État sur la société.

B) La légitimation de l'action de l'État sur la société par le Conseil d'État

Le Conseil d'État va garantir la démocratie par l'État de droit (1) pour canaliser la puissance de l'intervention de l'État sur la société (2).

1°) Le Conseil d'État garant de l'État de droit en démocratie

La distinction classique entre État de droit et démocratie s'applique à l'action du Conseil d'État. En effet, l'État de droit se comprend comme une architecture normative de la légalité des normes entre elles. L'État est soumis au droit, et en premier lieu à celui de la Constitution. Cette soumission permet de limiter le pouvoir de l'État. Ce qui par ricochet peut aboutir à un régime démocratique, protecteur des libertés de tout un chacun.

Le Professeur Kelsen estime que la bureaucratie n'est pas inconciliable avec la démocratie.[177] L'Administration permet une continuité qui est nécessaire aux règles de droit qui sont élaborées

---

[174] S. Goyard-Fabre, *L'État au XXe siècle*, Vrin, 2004, p. 290 : « Le terme *technocracy*, forgé par W. H. Smyth en 1919 pour une revue d'affaires américaine, signifie exactement le « pouvoir », *kratos*, de la technique, *technè*, tel qu'il s'impose aux sociétés développées du monde industriel. Celles-ci seraient désormais dirigées, non plus par le personnel politique traditionnel, mais par les administrateurs cooptés aux leviers de commande des grandes entreprises privées ou publiques, des instituts de recherche scientifique et, au plus haut niveau de l'État ».

[175] J-L. Debré, *Les idées constitutionnelles du général de Gaulle*, LGDJ, 1974, p. 103 : « L'État fort est le garant, en démocratie, de la liberté. Pour le général de Gaulle, il faut s'opposer aux doctrines qui répandent l'idée que l'État fait peser une menace sur les libertés, sur l'homme ».

[176] G. Burdeau, *Écrits de Droit constitutionnel et de Sciences politique*, Éditions Panthéon-Assas, 2011, p. 281 : « Les conditions particulières de son élaboration ont permis à ses auteurs d'aborder au fond le problème que l'on s'accordait en France à considérer comme essentiel, celui de la restauration du pouvoir étatique ».

[177] H. Kelsen, *La démocratie, Sa nature – Sa valeur*, Dalloz, 2004, p. 84 : « Démocratie et bureaucratie ne semblent s'opposer de façon absolue que d'un point de vue idéologique, mais non pas si l'on considère la réalité. Bien au contraire, la bureaucratie signifie, à certaines conditions, le maintien de la démocratie. Précisément parce que le principe démocratique s'applique principalement aux couches supérieures et ne peut pas, sans se mettre lui-même,

par des représentants sur une logique démocratique. L'Administration peut devenir le serviteur du principe démocratique. C'est précisément ce qui se passe en 1958, et ce qui se passerait si les révisions constitutionnelles passaient par une onction populaire, organisée par l'Administration, et non systématiquement par le Congrès.

La principale influence du Conseil d'État sur le régime démocratique se fait par le biais de l'État de droit, illustré en contentieux administratif par le recours pour excès de pouvoir. Dans le cadre de l'élaboration et la révision de la Constitution de 1958, le légiste se heurte à l'absence de droit positif. En effet, il n'y a pas, positivement, de droit de rang normatif supérieur à la Constitution qui permettrait de soumettre l'élaboration ou la révision. Dans l'écriture constitutionnelle, le Conseil d'État semble, plutôt que de se référer à l'État de droit, dire le droit de l'État. Ce gardiennage du droit de l'État par le juge-conseiller débouche sur une protection de la société.

2°) Le Conseil d'État protecteur de l'intervention de l'État sur la société

L'État et la société ne sont plus distincts comme ils l'étaient avant. L'intervention de l'État est devenue nécessaire, pour une société libre.[178] Le Conseil d'État dans le moment de l'élaboration de la Constitution va s'attacher à la liberté politique, en ce que celle-ci est nécessaire dans un régime démocratique. Les pouvoirs ne doivent pas être mis à même, par des compétences trop généreuses, de saper la liberté des citoyens.

L'écriture et la révision d'une Constitution sont toujours des moments démocratiques car, quand bien même le peuple n'en serait pas l'auteur effectif, celle-ci a pour objet de garantir les droits des individus face au pouvoir.

Section 3 : Problématisation du sujet

Le sujet de l'influence du Conseil d'État sur l'élaboration et la révision de la Constitution du 4 octobre 1958 se trouve au croisement dans le droit public entre le droit constitutionnel et le droit administratif. Réciproquement, les objets État, État et Constitution et Administration, sont au cœur dudit sujet. L'approche sera donc, sur le plan matériel, parfaitement juridique.

---

c'est-à-dire son application dans le domaine de l'élaboration des règles générales, en question, pénétrer dans les couches inférieures d'un procès dans lequel le corps de l'État se crée et se renouvelle incessamment ».

[178] E. Wolfgang Böckenförde, *Le droit, l'État et la constitution démocratique*, LGDJ, 2000, p. 176 : « À la place de la séparation, qui appartiendrait au XIXe siècle, seraient apparus une association et un amalgame nécessaires de l'État et de la société : d'un point de vue empirique, il n'existerait plus de société affranchie de l'État, c'est-à-dire se régulant elle-même et, au contraire, l'intervention ciblée de l'État dans les mécanismes sociaux et la régulation à partir d'objectifs politiques et sociaux seraient un phénomène nécessaire et habituel ; inversement, du point de vue théorique et normatif, l'État ne pourrait plus être considéré, au nom du principe démocratique, comme étant détaché de la société et en position d'autonomie en face d'elle, mais seulement comme une fonction de celle-ci, comme une forme de l' « auto-organisation de la société » ».

Le Doyen Favoreu a pu dire de la Constitution qu'elle a été « *écrite par et pour des juges* ».[179] À savoir, par ceux du Conseil d'État et pour principalement, le Conseil constitutionnel. De cette écriture, il ressort une forte liaison, qu'il conviendra d'avoir à l'esprit, des deux fonctions de conseiller et de juge, qui s'influencent réciproquement. L'étude juridique, de l'élaboration et la révision constitutionnelle, est justifiée sur le plan organique par la présence d'un serviteur de l'État.

Le constat de l'appropriation par le Conseil d'État de la norme constitutionnelle et de sa place institutionnelle centrale permet de comprendre son rayonnement dans le droit constitutionnel de la Ve République. Ce qui amène la doctrine contemporaine à penser une sorte de droit constitutionnel « administrativisé ».

L'état de la recherche sur la contribution du Conseil d'État au pouvoir constituant amène à un double constat. D'une part, les administrativistes ne s'attachent que peu à la fonction consultative[180] dans la matière constitutionnelle ; ceci s'explique par les objets principaux au support de la recherche – les consultations constitutionnelles – qui étaient partiellement secrets, concernant l'étape des révisions. La récente publicité des avis sur les projets de loi constitutionnelle ne manquera pas de susciter la recherche. D'autre part, les constitutionnalistes n'ont pas encore pénétré le rôle du Conseil d'État sur les mots écrits de la Constitution. Les manuels se contentent de mentionner la consultation en vertu de la loi constitutionnelle du 3 juin 1958 et l'avis qui en a découlé. Les travaux de recherche se concentrent sur la mesure les modifications apportées au projet de Constitution à la suite de l'avis. Souvent les travaux préparatoires, le troisième volume n'y fait pas exception, servent à éclairer la compréhension d'un article en particulier par un retour à la volonté originelle. L'état de la doctrine laisse le champ libre à une étude de l'influence de l'institution sur l'élaboration et la révision. Le juge-légiste va avoir un rôle dans le pouvoir constituant, puisqu'il se situe au cœur des deux moments de l'élaboration et la révision. Intuitivement, les travaux préparatoires et les avis sur les projets de loi constitutionnelle sont un outil pour mesurer l'emprise du Conseil d'État sur la Ve République par son influence sur l'écriture de la norme constitutionnelle.

Ce sujet devra suivre l'échelle du temps, d'où la distinction élémentaire entre élaboration et la révision. L'étude juridique appellera à un retour aux normes. La consultation du Conseil d'État, qui aboutit éventuellement à la prise d'une norme juridique, est systématiquement basée sur

---

[179] L. Favoreu, *Rapport introductif*, in *L'écriture de la Constitution de 1958*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille Economica, 1992, p. 30 : « *Une constitution écrite par des juges*. On a souvent dit que la Constitution avait été faite par des légistes. Certains peuvent s'en féliciter, d'autres peuvent y ajouter une nuance péjorative. J'irai plus loin en disant qu'elle a été écrite par les « juges » en ce sens qu'elle a été rédigée par des hommes formés à une technique rigoureuse, celle de la rédaction des arrêts et projets de décisions ou avis. Dans une constitution écrite par les juges du Conseil d'État, ce qui frappe lorsqu'on lit des travaux c'est la continuité. Du début jusqu'à la fin c'est le Conseil d'État qui a la haute main sur la rédaction. […] *Une constitution écrite pour des juges*. Ce n'est pas ce qui apparaîssait évident ; mais si l'on observe la Constitution sous cet angle, on constate qu'elle se prête particulièrement bien à une interprétation par le juge. Cependant, ce juge n'a pas été le Conseil d'État, mais le Conseil constitutionnel ».

[180] Y. Jégouzo, « *À propos de la fonction consultative du Conseil d'État », in Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle*, *Juger l'administration, administrer la justice,* Dalloz, 2007, p. 505 : « Il est certain que la fonction consultative du Conseil d'État n'est pas au centre de l'abondante littérature qui est consacré à l'institution ».

une compétence juridique, qu'il conviendra de qualifier. Aussi, l'écriture de la Constitution se place dans un siècle de complexification du droit : le Conseil d'État devra être replacé dans la multiplicité des acteurs. L'idée est d'analyser dans ces deux temps de la Constitution, que sont l'élaboration et la révision, les lignes forces de la contribution du Conseil d'État.

Le Doyen Hauriou fait de l'ordre et de l'équilibre les deux principes axiologiques du droit public. Le Gouvernement de Gaulle se place évidemment dans le champ de l'ordre, par la restauration du pouvoir de l'État dans un pays au bord de l'implosion. Le Conseil d'État se range du côté de l'équilibre, qui est essentiel à toute question de politique constitutionnelle. Cette recherche de l'équilibre, se divisant en deux temps, entre l'élaboration et la révision, accouche de deux tendances principales ; la participation du Conseil d'État durant l'élaboration et sa résistance dans les révisions. Il conviendra de s'attacher à l'influence du Conseil d'État sur l'élaboration de la Constitution (chapitre 1) et sa révision (chapitre 2).

Chapitre 1 : L'influence du Conseil d'État sur l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958 : la participation au pouvoir constituant

Le Conseil d'État débute son influence sur l'élaboration de la Constitution par sa contribution à l'écriture de la loi constitutionnelle du 3 juin 1958 portant dérogation transitoire aux dispositions de l'article 90 de la Constitution. De l'article unique de cette loi constitutionnelle, il ressort, relativement au Conseil d'État, l'attribution d'une compétence constitutionnelle, en vertu de laquelle le « projet de loi arrêté en conseil des ministres, après avis du conseil d'État, est soumis au référendum ».[181] Cette rédaction, qui a été prise après avis du Conseil d'État, est importante car elle témoigne l'attachement du Conseil tant à la légalité de son intervention qu'à sa légitimité. Cette influence se poursuivra, ensuite, sur le travail à proprement parler d'écriture de l'avant-projet puis du projet de loi constitutionnelle.

Dans cette pluralité d'organes, contribuant à l'élaboration constitutionnelle, le Conseil d'État, en tant qu'institution ou par ses membres, exerce une influence sur tous. Le Gouvernement de Gaulle est impulsé par Michel Debré et son équipe composée d'auditeurs et de maîtres des requêtes au Conseil d'État. Le Comite consultatif constitutionnel est éclairé, notamment, par le rapporteur du Gouvernement et maître des requêtes, Raymond Janot. À noter que le Comité consultatif exerce une influence moindre, mais non négligeable par l'autorité personnelle de certains de ses membres,[182] sur le Gouvernement et le Conseil d'État : ce sont ceux-ci qui sont les organes majeurs de la rédaction constitutionnelle.

Il est possible de dégager un paradoxe relatif aux travaux du Conseil d'État : celui de la dépendance organique du Conseil d'État, situé dans l'ombre du Gouvernement, qui contraste avec son indépendance fonctionnelle, dans le contenu de son avis du 28 août. Le juge du Palais Royal est présent deux fois en lui-même, en tant qu'institution, et dans le Gouvernement, par la présence de certains de ses membres placés sous la direction de ministres. La publication des documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958, permet de mesurer l'influence du Conseil d'État en lui-même, qui avait tendance à être minorée à cause de sa contribution issue de sa présence dans le Gouvernement. La présence du Conseil d'État dans la procédure constituante est caractérisée par une omniprésence.

Le Gouvernement de Gaulle a pour ambition de restaurer la puissance de l'État français. Ce qui sied parfaitement au rôle du Conseil d'État qui a pour idée directrice la perpétuation de la puissance étatique. Cette convergence théorique fait le lit d'une participation du Conseil d'État au pouvoir constituant de 1958. Seulement, cette participation, sous la direction du Gouvernement ne va pas sans quelques résistances du Conseil d'État qui sert, avant tout

[181] JORF. 4 juin 1958.
[182] Le président Paul Reynaud est un homme expérimenté de la IVe République et respecté de tous. DPC, *Volume II, Le Comité consultatif constitutionnel de l'avant-projet du 29 juillet 1958 au projet du 21 août 1958*, La Documentation française, 1988, p. 38 : « Je suis entré dans l'hémicycle du Palais-Bourbon il y a trente-neuf ans ».

Gouvernement, l'État.[183] Cette tension dans le travail du Conseil d'État entre la participation et la résistance est fondamentale pour mesurer son influence dans le moment constituant.

Le Conseil est souvent mentionné, relativement au sujet porté à l'étude, pour son apport sur la répartition des compétences entre ce qui deviendra les articles 34 et 37 de la Constitution. Le Gouvernement s'en est remis à son avis sur ce difficile problème. Derrière la vision classique d'un conseil technique émerge un conseil libre au nom de l'État. Cette liberté – manifestée par lesdites résistances – du Conseil d'État dans l'écriture de la Constitution du 4 octobre 1958 n'a d'égal que l'immense responsabilité qui est la sienne, en ce qu'il est le dernier avis avant la finalisation du projet qui sera soumis au peuple.

Pour mesurer, avec complétude et exactitude, la contribution-participation du Conseil d'État en 1958, il faut se pencher sur son influence en Conseil d'État (section 1) et hors Conseil d'État (section 2).

[183] J-E. Schoettl, « *Le Conseil d'État et les révisions constitutionnelles », in Les 60 ans de la Constitution*, Dalloz, 2018, p. 191 : « À la lecture des débats d'assemblée générale et ce, depuis l'affaire de l'élection du président de la République au suffrage universel (1962), il apparaît que le Conseil d'État n'a jamais fait preuve de timidité en matière de révision constitutionnelle ». Cette remarque est transposable aussi pour l'élaboration de 1958.

Section 1 : Sur l'influence du Conseil d'État en Conseil d'État

La contribution du Conseil d'État par lui-même, en tant qu'institution, débute par l'avis du 1er juin 1958[184] relatif au projet de loi constitutionnelle modifiant l'article 90 de la Constitution. Sur le plan historique, la loi constitutionnelle du 3 juin 1958 cristallise toutes les passions car elle rappelle le précédent de 1940. Le dessaisissement funeste de pouvoir constituant par les parlementaires est une évidente violation constitutionnelle, qui blesse, derrière la lettre du texte, la volonté du peuple.[185] La mise en garde du Professeur Laferrière de la nécessité d'une révision suivant les formes constitutionnelles a été suivie[186] : 1958 contrairement à 1940 respecte la procédure de révision. Cet arrière-plan d'histoire constitutionnelle se met au service de la filiation juridique, entre les Républiques, dans l'élaboration de la Constitution.[187] Surtout, la loi constitutionnelle du 3 juin délègue la compétence relative au pouvoir de révision à une institution, le « Gouvernement investi le 1er juin »[188], contrairement à la loi du 10 juillet 1940 qui délègue « tout pouvoir » *intuitu personae* au maréchal Pétain.[189] Les débats parlementaires montrent une présence forte dans les esprits de la débâcle constitutionnelle de 1940. En effet, les parlementaires sont majoritairement centrés sur une analyse du projet de loi à l'aune de la théorie du pouvoir constituant.[190]

Concernant, la loi constitutionnelle, la doctrine s'attache systématiquement à l'énonciation des cinq principes cadrant la révision.[191] Ces principes constitutionnels de base sont le fruit d'une concertation politique, entre le Gouvernement de Gaulle et les parlementaires, de laquelle le Conseil d'État, en tant qu'institution, ne s'est pas mêlé. Son influence sur la loi constitutionnelle est ailleurs.

---

[184] DPC, *Volume I, Des origines de la loi constitutionnelle du 3 juin 1958 à l'avant-projet du 29 juillet 1958*, La Documentation française, 1987, p. 101.

[185] S. Arne, « *La prise de pouvoir du maréchal Pétain (1940) et le général de Gaulle (1958)* », RDP 1969, p. 59 : « Qu'un Parlement ne puisse se dessaisir du pouvoir constituant sans porter atteinte à la Constitution et aux droits du peuple est tellement évident qu'on se demande pourquoi la question a pu être soulevée ».

[186] J. Laferrière, *Manuel de droit constitutionnel*, Éditions Domat-Montchrestien, 1943, p. 791 : « Faire la réforme constitutionnelle envisagée n'était donc pas substituer une constitution nouvelle à une constitution disparue, mais réformer la constitution de 1875 qui, jusqu'à ce qu'elle fût modifiée, et modifiée régulièrement, concevrait sa valeur impérative et s'imposait à tous les pouvoirs publics qui n'existaient que par elle. La seule voie ouverte était celle d'une révision dont la constitution de 1875 fixait les conditions dans lesquelles elle devait avoir lieu ».

[187] C. Leclercq, « *Les mécanismes juridiques de disparition de la République* », RDP, 1986, p. 1039 : « La filiation juridique d'un régime à l'autre, d'une république à l'autre serait, cette fois, établie. On fit un savant dosage de mécanismes utilisés par le Premier Consul, le Prince-Président et le Maréchal Pétain, tout en prenant garde de ne pas oublier ce qui avait fait défaut en 1940 ».

[188] DPC, *Volume I, op. cit.*, p. 211.

[189] J. Gaudechot, H. Faupin, *Les Constitutions de la France depuis 1789*, Flammarion, 2018, p. 343.

[190] À titre exemplatif. DPC, *volume I, op. cit.*, p. 172 : « M. Jean-Louis Tixier-Vignancour. […] Il me sera impossible de voter la délégation de la fraction du pouvoir constituant qui m'a été déléguée par le suffrage universel ». Ibid., p. 174 : « M. Jacques Duclos. […] Il me semble que le Gouvernement prenne plaisir à exiger de l'Assemblée nationale qu'elle se dépouille elle-même de son pouvoir constituant ».

[191] *Ibid.*, p. 211 : « Le Gouvernement de la République établit un projet de loi constitutionnelle mettant en œuvre les principes ci-après : 1° Seul le suffrage universel est la source du pouvoir. C'est du suffrage universel ou des instances élues par lui que dérivent le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif ; 2° Le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif doivent être effectivement séparés de façon que le Gouvernement et le Parlement assument chacun pour sa part et sous sa responsabilité la plénitude de leurs attributions ; 3° Le Gouvernement doit être responsable devant le Parlement ; 4° L'autorité judiciaire doit demeurer indépendante pour être à même d'assurer le respect des libertés essentielles telles qu'elles sont définies par le préambule de la Constitution de 1946 et par la Déclaration des droits de l'homme à laquelle il se réfère ; 5° La Constitution doit permettre d'organiser les rapports de la République avec les peuples qui lui sont associés ».

Le vote de la loi constitutionnelle du 3 juin 1958 marque le commencement juridique de la phase de rédaction de la future Constitution. La contribution du Conseil d'État recèle plus qu'une simple technicité dans l'écriture. Une loi constitutionnelle, tout en demeurant une loi, va avec ses spécificités politiques et juridiques. Ce qui se répercutera sur le travail de rédaction.

Il conviendra, tant par respect du temps que de la continuité juridique, d'aborder l'influence du Conseil d'État sur la loi constitutionnelle du 3 juin 1958 (paragraphe 1) puis celle sur la rédaction du texte de la Constitution (paragraphe 2).

Paragraphe 1 : La contribution du Conseil d'État à la rédaction de la loi constitutionnelle du 3 juin 1958 : une légalité au service de la légitimité

L'influence du Conseil d'État sur la loi constitutionnelle du 3 juin s'analyse tant du point de vue de la légalité (A) que de la légitimité (B), celle-là contribuant à celle-ci.

A) Le souci de la légalité par une rédaction technicienne de la loi constitutionnelle

La contribution à la rédaction de ladite loi constitutionnelle passe par l'avis du 1er juin 1958 qui, reposant sur une compétence juridique, (1) se traduit par une écriture technique (2).

1°) L'indéniable compétence juridique du Conseil d'État sur la consultation du 1er juin 1958

La Constitution du 27 octobre 1946 ne contient aucune disposition sur le Conseil d'État en général, et en particulier sur sa fonction consultative.[192] En toute logique, la loi constitutionnelle du 3 juin 1958 ne saurait elle-même fonder la compétence juridique du Conseil sur ladite loi. Il faut remonter à l'article 21 de l'ordonnance n° 45-1708 qui énonce la participation du Conseil d'État à la confection de la loi.[193] Cette disposition, abrogée depuis, a été codifiée, sur le plan légal, à l'article L. 112-1 du Code de justice administrative.[194] L'actuel article 39 de la Constitution reprend le rôle consultatif du Conseil d'État sur tout projet de loi.

Déjà, il faut observer que les trois dispositions susmentionnées ne précisent pas la nature juridique de la loi. Par conséquent, il peut s'agir de n'importe quel type de loi, y compris constitutionnelle. Ce rappel au droit positif à une importance concernant la qualification juridique du Conseil d'État, en tant qu'organe, quand il est intervenu dans l'élaboration de la loi constitutionnelle du 3 juin 1958. Ainsi, l'article 21 du l'ordonnance n° 45-1708 octroie une

---

[192] G. Burdeau, « *Le régime des pouvoirs publics dans la Constitution du 27 octobre 1946* », RDP 1946, p. 545 : « En 1946, le Conseil d'État n'est pas mentionné, ni d'ailleurs dans le premier projet de Constitution ».

[193] Art. 21, ordonnance n° 45-1708 du 31 juillet 1945 portant sur le Conseil d'État : « Le Conseil d'État participe à la confection des lois ou ordonnances dans les conditions fixées par l'ordonnance du 31 juillet 1945.
Il est saisi par le Premier ministre des projets établis par les ministres, il donne son avis sur ces projets et propose les modifications de rédaction qu'il juge nécessaires.
Il prépare et rédige les textes qui lui sont demandés.
Le vice-président peut, à la demande des ministres désigner un membre du Conseil d'État pour assister leur administration dans l'élaboration d'un projet d'ordonnance déterminé ».

[194] Art. L112-1 CJA : « Le Conseil d'État participe à la confection des lois et ordonnances. Il est saisi par le Premier ministre des projets établis par le Gouvernement.
Le Conseil d'État donne son avis sur les projets de décrets et sur tout autre projet de texte pour lesquels son intervention est prévue par les dispositions constitutionnelles, législatives ou réglementaires ou qui lui sont soumis par le Gouvernement.
Saisi d'un projet de texte, le Conseil d'État donne son avis et propose les modifications qu'il juge nécessaires.
En outre, il prépare et rédige les textes qui lui sont demandés ».

compétence administrative au Conseil d'État car elle est fondée sur une norme administrative. En ce sens, le Professeur Luchaire argue que la participation d'un Conseil d'État à l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958 participe d'un « esprit de revanche de la compétence administrative sur le monde politique ».[195] Cet esprit n'aura de cesse de s'affermir sous les révisions dans le Ve République. Le Conseil peut se comprendre, non seulement dans sa double fonction de conseiller et de juge, mais aussi par sa double qualité organique constitutionnelle et administrative. Quand, peu importe sa fonction, il possède une compétence constitutionnelle, il est un organe constitutionnel ; quand il possède une compétence administrative, c'est un organe administratif. Ce qui est une traduction de l'administrativisation du droit constitutionnel, en ce que l'approche normativiste de la compétence, et *in fine* de la qualité organique, permet de distinguer celle-ci de l'objet sur lequel s'exerce la compétence en question. Une compétence administrative peut être utilisée sur un objet constitutionnel, et réciproquement. Ayant une compétence administrative, par l'article 21 de l'ordonnance n°45-1708, le Conseil d'État est un organe administratif dans son avis du 1er juin 1958.

La justification de l'avis du 1er juin 1958 remonte aussi à son avis du 6 février 1953 relatif à l'article 90 de la Constitution. Le Conseil d'État va avancer que le Gouvernement « peut à la suite d'une résolution de révision déjà prise par l'Assemblée nationale, déposer un projet de loi portant révision de la Constitution ».[196] Le Conseil d'État justifie l'intervention du Gouvernement dans la procédure de révision, par la possibilité du dépôt d'un projet de loi, et *in fine* le Conseil affermit sa propre compétence en tant que légiste sur tout projet de loi. En effet, l'article 90 de la Constitution de 1946,[197] oblige seulement le vote d'une résolution portant sur une révision envisagée.[198] Résolution qui fut adoptée le 24 mai par l'Assemblée nationale et adoptée définitivement par le Conseil de la République le 19 juillet 1955.[199] Le rapporteur

---

[195] F. Luchaire, *« Le Conseil d'État et la crise du printemps 1958 », », in Le Conseil d'État et les crises*, Rev. Ad. N° spécial, 1998, p. 53 : « C'est même avec un certain enthousiasme que les membres du Conseil d'État qui ont participé à cette tache [de l'élaboration de la Constitution], l'ont accompli avec un certain esprit de revanche de la compétence administrative sur le monde politique ».

[196] M. Duverger, *Constitutions et documents politiques*, PUF, 1981, p. 208.

[197] Art. 90 : « La révision a lieu dans les formes suivantes.
La révision doit être décidée par une résolution adoptée à la majorité absolue des membres composant l'Assemblée nationale.
La résolution précise l'objet de la révision.
Elle est soumise, dans le délai minimum de trois mois, à une deuxième lecture, à laquelle il doit être procédé dans les mêmes conditions qu'à la première, à moins que le Conseil de la République, saisi par l'Assemblée nationale, n'ait adopté à la majorité absolue la même résolution.
Après cette seconde lecture, l'Assemblée nationale élabore un projet de loi portant révision de la Constitution. Ce projet est soumis au Parlement et voté à la majorité et dans les mêmes formes prévues pour la loi ordinaire.
Il est soumis au référendum, sauf s'il a été adopté en seconde lecture par l'Assemblée nationale à la majorité des deux tiers ou s'il a été voté à la majorité des trois cinquièmes par chacune des deux assemblées.
Le projet est promulgué comme loi constitutionnelle par le président de la République dans les huit jours de son adoption.
Aucune révision constitutionnelle relative à l'existence du Conseil de la République ne pourra être réalisée sans l'accord de ce Conseil ou le recours à la procédure de référendum ».

[198] P. Dreuet, *La procédure de révision de la Constitution du 27 octobre 1946 : ses applications, sa modification par la loi du 3 juin 1958*, LGDJ, 1959, p. 175 : « On avait en effet considéré qu'il était constitutionnellement possible de déposer directement un projet de loi constitutionnelle modifiant l'article 90 du moment que la résolution des 24 mai – 19 juillet 1955 l'avait compris dans la liste des articles à réviser ».

[199] DPC, *Volume I, Des origines de la loi constitutionnelle du 3 juin 1958 à l'avant-projet du 29 juillet 1958*, La Documentation française, 1987 ; p. 63, p. 99.

devant la Commission du suffrage universel du Conseil de République est Michel Debré, et son rapport présage de la présence future du Gouvernement dans la procédure révision constitutionnelle. Il estime que Parlement n'a pas le monopole de celle-ci.[200]

Assurément, certains, à la suite du Doyen Favoreu, estiment que *la Constitution a été écrite par et pour des juges*.[201] Ce qui est juste dans cette liaison forte entre ses fonctions de juge et de conseiller. Mais d'un point de vue strictement juridique, avec l'ordonnance n° 45-1708, le Conseil d'État intervient en tant que conseiller. L'influence du Conseil d'État sur l'écriture de la loi constitutionnelle du 3 juin est, de prime abord, technique par son rôle de légiste.

2°) L'écriture technique de la loi constitutionnelle du 3 juin 1958

Le Conseil d'État est classiquement vu, dans le cadre de son avis sur la loi constitutionnelle du 3 juin, comme un technicien, contrairement au Comité consultatif constitutionnel qui rend un avis politique.[202] Le même sentiment ressort des mémoires de Michel Debré.[203] Cette vision technicienne du Conseil d'État, dans le cadre du pouvoir constituant, est confirmée par le rôle du Conseil d'État, concernant les actes constitutionnels de 1940, qui avait pour mission de mettre en forme des principes constitutionnels issus de la pensée pétainiste.[204]

L'avis du 1er juin 1958 est marqué par plusieurs tendances. L'urgence apparaît par la saisine de la commission permanente[205] du projet de loi constitutionnelle qui a été rédigé par le Gouvernement le 31 mai 1958. La commission permanente est une formation administrative du Conseil d'État qui est spécialement vouée à examiner promptement les textes juridiques. Aussi, le souci de la clarté occupe le Conseil dans sa proposition de reformulation du début de l'article unique.[206] Le Conseil d'État, va donner un « avis favorable sur l'ensemble du projet »[207] ; ce qui témoigne de la reconnaissance d'un pouvoir constitutionnel discrétionnaire tant au Gouvernement qu'aux parlementaires, pour l'érection des principes politiques axiologiques du régime en devenir. Ce pouvoir constitutionnel discrétionnaire peut s'analyser comme la zone

---

[200] *Ibid*., p. 69 : « C'est une fausse conception que celle qui laisserait au Parlement et à lui seul la responsabilité des révisions constitutionnelles ! Rien de ce qui intéresse l'avenir de la nation ne peut échapper à la responsabilité du Gouvernement ».

[201] Cf. *supra*.

[202] L. Favoreu, P. Gaïa, R. Ghevontian, J-L. Mestre, O. Pfersmann, A. Roux, G. Scoffoni, *Droit constitutionnel*, Dalloz, 2016, p. 590 : « La loi constitutionnelle du 3 juin 1958 confie au gouvernement la mission d'établir un projet de Constitution après avoir recueilli deux avis, l'un politique [du Comité consultatif constitutionnel] et l'autre technique [du Conseil d'État] ».

[203] M. Debré, *Trois Républiques pour une France*, T2, Albin Michel, 1988, p. 351 : « Avec Raymond Janot et Yves Guéna, nous établissons une liste de jeunes hommes de qualité, en même temps de bons techniciens du droit public ».

[204] J. Bougrab, *Aux origines de la Constitution de la IVe République*, Thèse Paris 1, Dalloz, 2002, p. 167 : « Le rôle du Conseil d'État était donc de mettre en forme dans un texte normatif des principes assez vagues reflétant la prétendue pensée constitutionnelle du maréchal Pétain. L'avant-projet de constitution rédigé par le Conseil d'État était très exhaustif, il comportait plus de 180 articles. […] Le chef de l'État ne se sentit pas lié par le texte rédigé par le Conseil d'État et ne le cautionna pas ».

[205] DPC, *Volume I, Des origines de la loi constitutionnelle du 3 juin 1958 à l'avant-projet du 29 juillet 1958*, La Documentation française, 1987, p. 103 : « La commission permanente du Conseil d'État ».

[206] *Ibid*., p. 103 : « Pour mettre en œuvre les principes énoncés dans l'exposé des motifs de la présente loi, l'article 90 de la Constitution est remplacé par les dispositions suivantes ».

[207] *Ibid*., p. 103.

de l'opportunité, reconnue aux Pouvoirs publics, en matière de grands choix de politique constitutionnelle[208] ; ce qui emporte corrélativement un contrôle réduit du juge constitutionnel sur l'exercice dudit pouvoir discrétionnaire. Le Conseil d'État, durant l'élaboration et la révision de la Constitution du 4 octobre 1958, aura une influence mesurée, dans son conseil de constitutionnalité, par la reconnaissance de cette discrétion constitutionnelle. L'aspect technicien du conseiller est confirmé dans cet avis qui se conclut par une proposition de modification, du dernier alinéa du projet, dans le but de faciliter et de clarifier la promulgation de la loi constitutionnelle.[209] Le Conseil d'État opère un conseil de perfectibilité sur le plan juridique.

L'avis mentionne trois modifications souhaitables de la loi constitutionnelle. La première suggestion de modification détermine les normes de référence – les principes contenus dans l'exposé des motifs – qui devront cadrer le travail constituant. La troisième proposition de modification s'attache à l'entrée en vigueur dans l'ordre juridique de la révision envisagée. Réciproquement, le Conseil d'État insiste sur le contrôle de la norme et sur sa normativité.

Il reste, la deuxième proposition qui porte, d'un point de vue strictement formel, sur la réécriture du rôle du Conseil d'État dans l'élaboration constitutionnelle. La future Constitution sera établie « après avis du Conseil d'État » et non pas « en Conseil d'État » comme le projet de loi le prévoyait.[210] Ce qui a pu être vu par certains comme un « lapsus originel ».[211]

Sur le plan temporel, il faut mentionner la réunion tardive du Conseil des ministres qui fait suite à l'avis du Conseil du même jour.[212] La réception de l'avis du Conseil d'État, par rapport au texte présenté par le Gouvernement au Parlement, est bonne puisque toutes les modifications suggérées par le Conseil sont reprises dans le projet de loi constitutionnelle. Les modifications proposées par le Conseil d'État seront conservées jusqu'au vote de la loi.[213]

Une modification entre le projet soumis au Conseil d'État et la loi constitutionnelle, telle que votée, doit être énoncée. Le projet de loi soumis au Conseil d'État le 1er juin comporte un exposé des motifs qui mentionne les cinq principes de base du régime en devenir. L'article unique ne comporte aucun renvoi auxdits principes. C'est le Conseil d'État qui va proposer, et le Gouvernement suivra cette idée, de renvoyer dans l'article unique, sans les mentionner, auxdits principes compris dans l'exposé des motifs. La loi constitutionnelle du 3 juin 1958, telle que votée, comprend dans son article unique les cinq principes.[214] Cet essor des principes dans la

---

[208] M. Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public*, Dalloz, 2002, p. 351. Pour une analogie avec le pouvoir administratif discrétionnaire.
[209] *Ibid*., p. 103 : « La loi constitutionnelle portant révision de la Constitution est promulguée par le Président de la République dans les huit jours de son adoption ».
[210] *Ibid*., p. 103.
[211] S. Leroyer, *L'apport du CE au droit constitutionnel de la Vème République. Essai sur une théorie de l'État*, Dalloz, 2011, p. 76.
[212] *Ibid*., p. 135 : « *La séance est levée à 22 heures 15* ».
[213] *Ibid*., p. 211.
[214] JORF. 4 juin 1958 : « *Article unique*. Le Gouvernement de la République établit un projet de loi constitutionnelle mettant en œuvre les principes ci-après :

loi du 3 juin témoigne sur le plan normatif de leur primordialité. Le Conseil d'État ne s'attache en aucun cas, dans l'examen du projet de loi, au contenu des principes.

Le Conseil, par son avis du 1er juin 1958, agit en expert du droit par ses propositions de modifications formelles, qui portent sur l'organisation du pouvoir constituant. Ce faisant, le Conseil d'État s'influence, en ce qu'il est partie à l'élaboration constitutionnelle.

B) La double limitation du Conseil d'État vectrice de sa légitimité

Par sa contribution directe à la loi constitutionnelle du 3 juin 1958, le Conseil d'État légitime sa participation au pouvoir constituant grâce à une limitation de celle-ci (1). Ce qui met en perspective l'effacement du Conseil derrière le Gouvernement (2).

1°) L'autolimitation du Conseil d'État, par la loi constitutionnelle du 3 juin, dans l'élaboration de la Constitution de 1958

Derrière une modification qui peut paraître purement formelle se profile, un impact matériel primordial. Le Conseil d'État opère une politique d'autolimitation, par la réduction de sa participation à un avis, et non à une rédaction en Conseil d'État. La confection de la loi en Conseil renvoie très clairement aux régimes impériaux, ce qui semble inconcevable dans l'édification d'un régime républicain. Ainsi, l'influence du Conseil d'État sur le pouvoir constituant est légitimée par sa validité dans le système juridique, grâce à la loi du 3 juin, et parce que celle-ci se conforme à une valeur qui porte l'impossibilité pour le Gouvernement d'établir la Constitution républicaine en Conseil d'État.[215]

La question de la légalité de l'intervention du Conseil d'État, par son influence sur l'élaboration constitutionnelle, amène à une légitimation de son intervention. En plus de sa connaissance de l'État, par le lien intime qu'il entretient avec lui depuis l'Ancien Régime, le Conseil d'État est consacré dans sa place cardinale dans le pouvoir constituant de 1958 par le Parlement. En effet, le Conseil d'État intervient en vertu de la volonté du législateur. Il y a donc une distinction entre l'auteur de l'acte préconstituant, qu'est la loi constitutionnelle du 3 juin, et l'acte constituant, la Constitution du 4 octobre 1958. Le Parlement est l'auteur de l'acte préconstituant, sur la base d'un projet de loi qui fut soumis pour avis au Conseil d'État. Le Gouvernement, sur la volonté liante du peuple référendaire et sous les avis du Comité consultatif constitutionnel et du Conseil d'État, est l'auteur de l'acte constituant. La consultation du Conseil d'État sur l'acte

1° Seul le suffrage universel est la source du pouvoir. C'est du suffrage universel ou des instances élues par lui que dérivent le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif ;
2° Le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif doivent être effectivement séparés de façon que le Gouvernement et le Parlement assument chacun pour sa part et sous sa responsabilité la plénitude de leurs attributions ;
3° Le Gouvernement doit être responsable devant le Parlement ;
4° L'autorité judiciaire doit demeurer indépendante pour être à même d'assurer le respect des libertés essentielles telles qu'elles sont définies par le préambule de la Constitution de 1946 et par la Déclaration des droits de l'homme à laquelle il se réfère ;
5° La Constitution doit permettre d'organiser les rapports de la République avec les peuples qui lui sont associés ».

[215] M. Troper, *La théorie du droit, le droit, l'État*, PUF, 2001, p. 254 : « On peut appeler « légitime » une décision ou une action conforme à une valeur ou à une norme et qui, en raison de cette conformité, doivent être exécutées. S'agissant de la légitimité des actions imputées à l'État, on peut distinguer deux types de légitimité : la légitimité interne au système juridique et la légitimité externe ».

préconstituant et sur l'acte constituant est une constante. Tout comme l'augmentation de la puissance du Gouvernement, qui formellement, passe d'une proposition d'un projet de loi – pour l'acte préconstituant – à la conduite de l'écriture de l'acte constituant. Le Conseil d'État limite sa participation à l'acte constituant au moyen de sa consultation relative à l'acte préconstituant.

La légalité républicaine a contribué à légitimer l'intervention du Conseil dans la procédure de révision. Pierre Mendès France avait pu dire durant l'investiture du Gouvernement de Gaulle, qui annonçait déjà la révision du mode de révision de la Constitution de 1946, que les parlementaires n'étaient plus libres.[216] Indéniablement, les évènements d'Algérie sont une contrainte politique dans le choix des parlementaires, mais cela ne remet en aucun cas en cause le respect du droit.

Le Conseil d'État limite son rôle pour mieux l'affermir : dans son avis, il ne s'occupe pas des considérations politiques mais du droit de l'État. La place du Conseil d'État dans le pouvoir constituant nécessite de trouver un juste équilibre entre les organes historiques d'élaboration – le Législatif et l'Exécutif – et le nouveau venu dans la personne du conseiller-juge. La loi constitutionnelle du 3 juin 1958 est la première manifestation, en droit positif, du nouvel équilibre entre les pouvoirs sous la Ve République. L'onction du suffrage se situe chez les parlementaires et la légitimité historique dans la personne de Charles de Gaulle. Le Conseil d'État est l'expert du droit de l'État, et un expert n'est jamais seul mais au service de quelqu'un.

2°) La déférence originelle du Conseil d'État devant le Gouvernement instrument de sa légitimation

Les débats sur la loi constitutionnelle, à la commission du suffrage universel de l'Assemblée nationale, donnent lieu à quelques développements sur les caractéristiques juridiques de l'avis en devenir des légistes du Palais Royal. M. Giacobbi soulève la question de la publicité de l'avis du Conseil d'État.[217] M. Cot propose de mettre en place un avis conforme en assemblée générale.[218] Les échanges dans l'hémicycle de l'Assemblée nationale ne donnent pas lieu à des développements sur le rôle du Conseil d'État. Avant le vote de la loi du 3 juin, il y a un échange qui manifeste l'oubli des parlementaires de mesurer la place du Conseil d'État dans la procédure constituante à venir. La seule mention du Conseil d'État, en dehors de la présentation de la procédure de révision de la Constitution, est une attaque envers M. Brocas qui, avant d'être parlementaire est membre du Conseil d'État : « Le Conseil d'État est bien trop rétrograde ».[219]

---

[216] DPC, *Volume I, op. cit.,* p. 108 : Pierre Mendès France à l'AN pour l'investiture : « Le peuple français nous croit libre ; nous ne le sommes plus ».

[217] *Ibid*., p. 146 : « M. Giacobbi. […] Le Gouvernement préparera un projet en Conseil d'État et en Conseil des ministres. Je ne sais pas si l'avis du Conseil d'État sera connu ».

[218] *Ibid*., p. 149 : à la Commission du SU de l'AN, Pierre Cot « Vous déclarez que votre projet de Constitution ne sera déposé qu'après avis du Conseil d'État. Il me semble qu'il serait nécessaire de préciser qu'il s'agit d'un avis du Conseil d'État comme d'une chose extrêmement importante donnée en assemblée générale, d'une part, et, d'autre part, d'un avis conforme du Conseil d'État. Nous savons qu'elle est l'organisation actuelle du Conseil d'État et une commission pourra être amenée à donner un avis sommaire et rapide qu'on suivra ou non ».

[219] *Ibid*., p. 127.

Cependant, deux prises de parole témoignent de la compréhension de certains parlementaires du rôle en devenir du Conseil. Le même M. Giacobbi avance l'importance de la rédaction qui est cruciale pour la mise en œuvre des principes.[220] Surtout, M. Gilbert-Jules, en séance au Conseil de la République, estime que l'avis du Conseil d'État aura pour fonction de veiller au respect des principes de base figurant dans la loi du 3 juin.[221]

Dès l'origine de la Ve République, la question du contrôle de constitutionnalité des lois constitutionnelles se pose, même si en toute rigueur juridique il s'agit d'un contrôle de constitutionnalité d'un projet de loi constitutionnelle. Les décisions du Conseil constitutionnel ont captivé le débat sur la question de la supraconstitutionnalité.[222] Une partie de la doctrine contemporaine admet conditionnellement l'existence d'un contrôle de constitutionnalité des lois constitutionnelles.[223] Le Doyen Favoreu soulignait que la censure du juge par le législateur expose celui-là à un appel devant le pouvoir constituant.[224] L'analyse des relations entre le juge et le législateur doit porter sur toutes les juridictions constitutionnelles : la visibilité du Conseil constitutionnel, par ses décisions, a causé un délaissement de l'observation de l'influence du Conseil d'État sur la question de la supraconstitutionnalité. Il serait envisageable de considérer que le conseil de constitutionnalité sur les projets de loi constitutionnelle se comprend comme un contrôle de constitutionnalité, en amont, commandé par la raison d'État. Le secret propre à celle-ci faisait du Conseil d'État - toute la question est de savoir s'il le peut encore eu égard à la visibilité accrue de ses consultations constitutionnelles - un lieu où les normes supraconstitutionnelles orientent l'établissement des projets de loi constitutionnelle. Au renoncement du Conseil constitutionnel d'exercer un contrôle de constitutionnalité des lois constitutionnelles s'ajoute la persistance du conseil de constitutionnalité, du Conseil d'État, sur les projets de loi constitutionnelle. La loi constitutionnelle du 3 juin comporte les normes de référence dont le Conseil d'État aura besoin pour conseiller le Gouvernement sur la rédaction de la Constitution en devenir. L'écrasante majorité des parlementaires, en centrant leurs réflexions sur la théorie du pouvoir constituant, se concentre sur le rôle du Gouvernement dans l'élaboration constitutionnelle, en oubliant quasiment l'influence du Conseil d'État.

Cette visibilité du Gouvernement est couplée avec la déférence du Conseil d'État devant celui-ci, qui se manifeste originellement par le discours de politique constituante du garde des Sceaux, le 27 août 1958. Cette intervention est une illustration de l'emprise relative du

---

[220] *Ibid*., p. 147 : « M. Giacobbi. […] En matière constitutionnelle ce n'est ni les principes ni la façon dont ils sont exposés qui compte mais les textes, voire les virgules ».
[221] *Ibid*., p. 202 : : « L'avis du Conseil d'État est prévu pour s'assurer, s'il en était besoin – je parle en tant que juriste – que le projet respecte bien les principes fixés par le texte soumis à votre accord ».
[222] CC, 6 nov. 1962, n° 62-20 DC, Loi relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel direct, adoptée par le référendum du 28 octobre 1962 ; CC, 2 sep. 1992, n° 92-312 DC, Maastricht II ; CC, 23 sep. 1992, n° 92-313 DC, Loi autorisant la ratification du traité sur l'Union européenne ; CC, 26 mars 2003, n° 2003-469 DC, Révision constitutionnelle relative à l'organisation décentralisée de la République.
[223] A. Le Divellec, A. Levade, C-M. Pimentel, « *Le contrôle de constitutionnalité des lois constitutionnelles, Avant-propos* », Cahiers du Conseil constitutionnel, n° 27, 2010, p. 4 : « Le contrôle de constitutionnalité des lois constitutionnelles, plus que jamais, prend les allures d'une probabilité raisonnable à condition d'être raisonné ».
[224] L. Favoreu, « *Souveraineté et supraconstitutionnalité* », Pouvoirs no 67, 1993, p. 75 : « Il est vrai que le juge constitutionnel peut difficilement censurer le législateur sans que ses décisions soient susceptibles d'appel devant le pouvoir constituant ».

Gouvernement sur travaux des membres de l'institution du Palais Royal, au début de la consultation constitutionnelle sur le texte de la Constitution. L'intervention de Michel Debré s'inscrit dans la continuité de la loi constitutionnelle du 3 juin. Sans commenter le discours en entier, il est possible de dégager cinq tendances relatives au sujet porté à l'étude : 1°) la reconceptualisation du pouvoir de gouvernement est en adéquation avec la conception du pouvoir de l'État du Conseil d'État[225] ; 2°) le parlementarisme ne doit pas être supprimé mais rénové[226] ; 3°) le travail de révision est la mise en œuvre de la volonté du Parlement par sa loi constitutionnelle[227] ; 4°) le Gouvernement, par la personne du garde des Sceaux, donne les grandes orientations du travail d'élaboration au Conseil d'État [228] ; 5°) le rappel aux grands principes de la loi constitutionnelle du 3 juin 1958 est un point essentiel du discours.[229]

La seule publication du discours de Michel Debré, dès 1959, alors que le reste des travaux ne l'est pas, témoigne de l'effacement du Conseil d'État derrière le Gouvernement, car le garde des Sceaux procède à un véritable discours de politique constituante qui permet de mesurer l'intervention du Conseil dans la procédure de révision. Les cinq tendances dégagées précédemment, réciproquement, manifestent : 1°) la prédisposition du Conseil d'État, dans le travail constituant, qui possède une même conception du pouvoir de l'État ; 2°) l'attachement des membres du Conseil au régime parlementaire auquel ils ont contribué ; 3°) le respect de la légalité dans cette élaboration constitutionnelle ; 4°) la marge de manœuvre dont disposera le Conseil d'État dans les propositions de son avis et le respect du Gouvernement pour l'expert du droit de l'État ; 5°) la cardinalité de la loi constitutionnelle du 3 juin qui encadre tous les acteurs du pouvoir constituant. Ainsi, le Gouvernement délimite, avec une certaine liberté, le travail constituant du Conseil d'État.

Le Conseil d'État, à travers la loi du 3 juin 1958, est venu légitimer son intervention, au-delà du respect de la légalité. La double limitation du Conseil par lui-même, par l'avis du 1er juin 1958, et par sa dépendance vis-à-vis du Gouvernement de Gaulle, qui cadre sa politique constituante et cristallise quasiment toute l'attention des acteurs de la révision, permet au Conseil d'État d'affermir son influence dans le cadre de l'élaboration constitutionnelle. Tant les textes juridiques que les institutions politiques donnent une place de choix au Conseil dans la rédaction de la Constitution.

---

[225] DPC, *Volume III, op. cit.,* p. 255 : « L'objet de la réforme constitutionnelle est donc clair. Il est d'abord, et avant tout, d'essayer de reconstruire un pouvoir sans lequel il n'est ni État, ni démocratie, c'est-à-dire en ce qui nous concerne, ni France, ni République ».

[226] *Ibid*., p. 255 : « Le Gouvernement a voulu rénover le régime parlementaire ».

[227] *Ibid*., p. 256 : « Ni le Parlement, dans sa volonté de réforme manifestée par la loi du 3 juin, ni le Gouvernement lorsqu'il a présenté, puis appliqué, cette loi, n'ont succombé à cette tentation, et c'est je crois, sagesse. La démocratie en France suppose un Parlement doté de pouvoirs politiques ».

[228] *Ibid*., p. 257 : « Le projet de Constitution, tel qu'il est soumis, a l'ambition de créer un régime parlementaire. Il le fait par quatre mesures ou séries de mesures : 1°) un strict régime des sessions ; 2°) un effort pour définir le domaine de la loi ; 3°) une réorganisation profonde de la procédure législatif et budgétaire ; 4°) une mise au point des mécanismes juridiques indispensables à l'équilibre et à la bonne marche des fonctions politiques ».

[229] *Ibid*., p. 266 : « Ai-je besoin de vous dire en terminant que cette tâche a été entreprise dans le respect des principes fixés d'un commun accord entre le gouvernement du général de Gaulle et les Assemblées parlementaires, accord qui s'est manifesté par la loi du 3 juin dernier ».

Paragraphe 2 : La contribution du Conseil d'État à la rédaction de la Constitution par une participation juridique

La participation juridique du Conseil d'État à l'élaboration de la Constitution suscite quelques spécificités par rapport au travail consultatif ordinaire (A), qui aboutit à la qualification juridique du Conseil d'État d'autorité constituante négative (B).

A) Le travail de consultation constitutionnelle du Conseil d'État : une méthode au service de la construction du pouvoir

La consultation constitutionnelle du Conseil d'État regroupe des techniques ordinaires et extraordinaires (1), qu'il conviendra d'avoir à l'esprit pour aborder sa participation à la construction du pouvoir de gouvernement (2).

1°) L'alliance de l'ordinaire et de l'extraordinaire dans la consultation constitutionnelle

L'examen du projet de loi constitutionnelle tranche avec le cheminement ordinaire de textes juridiques soumis au Conseil d'État dans ses fonctions consultatives. Dans le cadre des consultations ordinaires, le texte juridique – projet de règlement ou projet de loi – ou la demande d'avis passe devant une section administrative du Conseil d'État. En 1958, il en existe quatre : l'intérieur, les finances, la sociale, les travaux publics [230] Le conseiller d'État Guy Braibant, relève que, concernant l'élaboration de la Constitution, le Conseil d'État a choisi de créer une commission spéciale dite Commission constitutionnelle.[231] L'importance juridique du projet de loi objet de la consultation nécessite un formalisme qui sort de l'ordinaire.

La composition de la Commission constitutionnelle témoigne du caractère extraordinaire de la consultation. Le vice-président Cassin préside cette Commission composée des présidents des sections administratives[232] du Conseil d'État. Huit autres conseillers d'États sont présents, dont un, en service extraordinaire.[233] Surtout, il faut mentionner le conseiller Deschamps, assisté de deux rapporteurs maîtres des requêtes,[234] qui jouera un rôle crucial tant devant la Commission que l'Assemblée générale. Les commissaires du Gouvernement, devant cette Commission, viennent du Conseil d'État,[235] de l'Université,[236] de la direction du budget et de l'inspection générale des finances[237] et du Gouvernement.[238] Deux hommes témoignent de la continuité de l'influence du Conseil d'État par ses membres, entre le Comité consultatif constitutionnel, le Gouvernement et le Conseil d'État : Raymond Janot et Jean Mamert qui sont présents audit Comité, réciproquement en tant que commissaire du Gouvernement et secrétaire.

---

[230] *Ibid*., p. IX : « Les projets de loi, d'ordonnance ou de décret, ainsi que les demandes d'avis émanant des ministres, sont soumis d'abord à l'une des quatre sections consultatives : de l'intérieur, des finances, de travaux publics, sociale ».

[231] DPC, *Volume III, op. cit*., p. X : « Pour le projet de Constitution, c'est la formule de la commission sociale qui a été retenue ».

[232] M. Georges Michel, M. Josse, M. Brasart, M. Latournerie.

[233] M. Burnay, M. Maspétiol, M. Jouany, M. Sabatier, M. René Martin, M. Farat, M. Racine et M. Blocq-Mascart.

[234] M. Marcel Martin et M. Solal-Céligny.

[235] M. Janot, M. Guldner, M. Plantey et M. Mamert.

[236] M. Foyer et M. Luchaire.

[237] M. Devaux et M. Goetze.

[238] M. Marcel.

À la suite des travaux de la Commission constitutionnelle, l'Assemblée générale du Conseil d'État a connaissance de l'évolution du texte à travers les interventions des autres acteurs du travail constituant grâce à un polycopié regroupant cinq textes, comme le souligne le rapporteur général devant l'Assemblée générale du Conseil d'État.[239] Surtout, les articles qui servent de base à la discussion en Assemblée générale sont ceux résultant des modifications apportées par la Commission constitutionnelle.[240]

À la lumière de ces précisions formelles que le Conseil d'État réalise, dans son rôle consultatif, un travail quasi-parlementaire. La Commission constitutionnelle prépare et l'Assemblée générale décide.[241] Il faut mentionner toute la liberté, sur le plan formel, du Conseil d'État en ce que l'Assemblée générale va discuter du texte établi par sa Commission constitutionnelle et non l'avant-projet préparé par le Gouvernement. Ce qui tranche parfaitement, pour faire une analogie avec les parlementaires, avec ce qui deviendra l'article 42 de la Constitution qui fait du texte gouvernemental celui qui est discuté en séance dans les chambres législatives. La loi constitutionnelle du 23 juillet 2008 modifiera la discussion du texte en faisant, par principe, de la rédaction issue de commission saisie celle débattue en assemblée ; par exception le texte gouvernemental est discuté en séance.[242]

La reconnaissance d'un travail quasi-parlementaire du Conseil d'État se poursuit, au-delà de la dialectique entre la Commission constitutionnelle et l'Assemblée générale, par les formes de la discussion sur le texte de l'avant-projet. Le Conseil procède à une lecture des dispositions objets de sa consultation,[243] une discussion s'engage et des amendements sont apportés.[244] Il y a des votes portant sur les amendements modifiant le texte,[245] mais aussi des votes relatifs au système proposé par le Gouvernement. Le plus connu étant le vote défavorable au système gouvernemental sur les futurs articles 34 et 37 de la Constitution.[246] Ce vote systémique, bien que défavorable dans l'exemple susmentionnée, témoigne de la véritable participation du

---

[239] DPC, *Volume III, op. cit.*, p. 271 : « Vous avez actuellement entre les mains cinq textes successifs qui vous paraîtront peut-être former une trop grande masse de documents. Mais nous avons estimé qu'il était indispensable que vous puissiez vous former le plus nettement possible une idée sur les pensées successives qui ont abouti à la rédaction de chacun des articles ».

[240] *Ibid.*, p. 235 : « Texte adopté par la Commission constitutionnelle et soumis à l'Assemblée générale ».

[241] P. Avril, J. Gicquel, J-E. Gicquel, *Droit parlementaire*, LGDJ, 2014, p. 206 : « L'élaboration de la loi comporte deux phases distinctes que l'on retrouve dans presque tous les parlements : une phase de préparation, qui appartient aux commissions, et une phase de discussion et de décision, qui se déroule exclusivement en séance plénière ».

[242] Art. 42 de la Constitution du 4 octobre 1958 : « La discussion des projets et des propositions de loi porte, en séance, sur le texte adopté par la commission saisie en application de l'article 43 ou, à défaut, sur le texte dont l'assemblée a été saisie ».

[243] DPC, *Volume III, op. cit.*, p. 287 : « *La rédaction des articles, lus respectivement par MM. Marcel Martin et Solal-Céligny, est celle du texte préparé par ces deux rapporteurs et le rapporteur général, M. le conseiller Deschamps, compte tenu des modifications apportées à leur avant-projet par la Commission spéciale siégeant au Conseil d'État les 25 et 26 août 1958* ».

[244] *Ibid.*, p. 47 : « M. le Président. […] Personne ne présente d'amendement ? ». *Ibid.*, p. 463 : « M. Maleville. […] L'amendement qui vous est présenté est tout-à-fait dans la tradition du Conseil d'État ».

[245] *Ibid.*, p. 343 : « M. le Président. Alors, maintenant je dois soumettre au vote, l'amendement le plus ancien. Je vais demander à nos collègues, quels sont ceux qui sont favorables à l'amendement de M. Delvolvé, qui rétablit le vœu de Comité consultatif constitutionnel … qu'ils veuillent bien lever la main ».

[246] *Ibid.*, p. 407 : « M. le Président. Quels sont ceux qui acceptent le principe du système du Gouvernement, qui est un système cohérent ? 19 voix pour ; 24 voix dans le sens contraire ».

Conseil d'État qui contribue à un texte qui a déjà été pensé. La participation est manifestée par la préexistence d'un projet de texte avant son intervention.

Cette participation n'est en aucun cas synonyme de soumission du Conseil d'État face à la volonté du Gouvernement. Le conseiller Blondel a proposé purement et simplement, en Assemblée générale, une suppression de ce qui deviendra l'article 11 de la Constitution.[247] Le service de l'État lui offre une liberté de ton. Il faut cependant mettre en avant l'autolimitation matérielle du Conseil d'État qui, sur certaines questions politiques, refuse de trancher et se range derrière le choix du Gouvernement.[248] Ce qui donne lieu, à propos de la responsabilité du Gouvernement devant le Parlement, à la mise en avant du caractère politique de la question de droit, par un commissaire du Gouvernement[249] ou par un conseiller d'État.[250] Une manière de rappeler de implicitement au Conseil d'État son autolimitation matérielle.

Ce travail quasi-parlementaire du Conseil d'État s'inscrit dans un exercice de la fonction consultative qui lie des techniques ordinaires – une loi constitutionnelle est avant tout une loi – et extraordinaires – une loi constitutionnelle n'est pas n'importe quelle loi. À l'occasion de sa participation à l'élaboration de la Constitution les techniques ordinaires s'entendent de celles qui sont importées de ses fonctions administratives et contentieuses. Pour mesurer l'influence du Conseil d'État sur l'élaboration de la Constitution, il faut comprendre ses mots écrits, ce qui passe avant tout par une analyse de la méthodologie juridique.

De prime abord, la vision du Conseil d'État technicien dans la révision de la Constitution est justifiée. Le Conseil s'attache au choix entre formuler une phrase ou deux,[251] à l'inclusion d'un « notamment » dans un article,[252] aux erreurs de rédaction.[253] Cette vision technicienne est illustrée de manière paroxystique par un souci du détail concernant le collège électoral du président de la République.[254] Ces réflexions sémantiques doivent être dépassées pour comprendre le cheminement méthodologique du Conseil d'État qui commande sa consultation.

Dans le champ des techniques ordinaires, d'une part, l'importation de celles venues du contentieux. Dans un premier temps, il s'agira de s'attacher à l'attitude du Conseil dans l'élaboration à partir de la loi constitutionnelle du 3 juin. Le juge, avant même de trancher tout litige, doit ordonner sa pensée et mettre en accord le litige posé devant lui avec l'état du droit.[255]

---

[247] *Ibid*., p. 318 : « M. Blondel. Je supprimerais purement et simplement l'article 9 ».
[248] *Ibid*., p. 287 : « M. Blondel. […] Cette responsabilité du Conseil d'État, en tant que Conseil d'État, ne peut pas être totale et qu'il y a des options politiques – c'est du moins mon avis – qui nous échappent ».
[249] *Ibid*., p. 155 : « M. Janot. Monsieur le président, je comprends parfaitement ce qui vient d'être exposé. Néanmoins, je dois dire que le problème a, dans une très grande mesure, un aspect politique ».
[250] *Ibid*., p. 152 : « M. le président Michel. […] Dans l'esprit même du Gouvernement, quelle est la solution ? En ce qui me concerne, j'avoue que je me rallierais volontiers à son désir en un cas comme celui-là ».
[251] *Ibid*., p. 51 : « M. le président Brasart. Je crois qu'on affaiblit beaucoup la première phrase, subordonnée avec le « qui ». J'aime mieux avoir deux phrases ».
[252] *Ibid*., p. 106 : « M. le président Brasart. Si on met « notamment », on ouvre la porte. Cela ne veut rien dire, il ne faut pas de « notamment » ».
[253] *Ibid*., p. 291 : « M. Delvolvé. […] Une bavure de rédaction regrettable ».
[254] *Ibid*., p. 60.
[255] Y. Gaudemet, *Les méthodes du juge administratif*, LGDJ, 2014, p. 25 : « La première tâche du juge est un travail de mise en ordre, d'intégration des données concrètes de l'espèce à un système qui préexiste ».

Ainsi, tout le rappel du contexte historique, dans les discours du garde des Sceaux devant l'Assemblée générale, de l'état du pouvoir de l'État cadre la restauration de celui-ci.[256] Cette volonté de retrouver une puissance étatique se trouve mise juridiquement en musique, par la loi du 3 juin 1958 qui avance les grands principes du régime en devenir.

Ces principes brillent par leur généralité, ce qui implique que toute l'action du Conseil d'État sera orientée, avec une certaine liberté, par ceux-ci. Le Professeur Gaudemet avance que « les principes sont à la frontière du droit ; ils gouvernent celui-ci, et guident le juge ».[257] Ces considérations relatives à l'étude des méthodes juridictionnelles du juge administratif trouvent tout particulièrement à s'appliquer à l'élaboration constitutionnelle : les principes constitutionnels du 3 juin, en ce qu'ils déterminent les institutions en devenir, se trouvent aux confins du droit et de la politique, comme toute élaboration constitutionnelle.

Dans un second temps, le Conseil d'État va importer des techniques contentieuses dans l'élaboration à proprement parler. Déjà, d'un point de vue strictement formel les décisions du Conseil d'État sont marquées par un caractère essentiel : il s'agit de dire tout ce qu'il faut pour trancher le litige avec les vocables strictement nécessaires à cet effet. Les débats au Conseil d'État illustrent cette même tendance à ne vouloir mettre dans la Constitution que ce qui est nécessaire.[258] Sur le plan normatif cela se traduit par un renvoi systématique aux lois organiques pour tout ce qui encombrerait dans la Constitution.[259] En outre, la norme constitutionnelle est succincte, mais extrêmement dense juridiquement sous l'influence du Conseil d'État.[260] Aussi, l'existence d'un empirisme dans la jurisprudence administrative, qui rechigne à se plier dans les constructions doctrinales,[261] se retrouve dans les travaux de 1958. L'idée, avancée en Assemblée générale, d'un référendum provoqué par des citoyens suscite une opposition du vice-président : l'argument principal tient à dire qu'il faudra déjà voir ce que le référendum du futur article 11 de la Constitution donnera, et éventuellement par la suite il conviendra de l'étendre.[262] Le même argument sera utilisé pour la possibilité de parfaire le système du contrôle de constitutionnalité par l'ajout, dès 1958, de la voie *a posteriori*.[263] L'influence du Conseil d'État sur les constructions juridiques de la Constitution est imprégnée de pragmatisme.

---

[256] DPC, *Volume III, op. cit.*, p. 255 : « Avec une rapidité inouïe, au cours des dernières années, l'unité et la force de la France se sont dégradées, nos intérêts essentiels ont été gravement menacés, notre existence en tant que nation indépendante et libre mise en cause ».
[257] *Ibid.*, p. 35.
[258] *Ibid.*, p. 110 : « M. Foyer. Une mention est inutile ». *Ibid.*, p. 168 : « M. le Président Michel. Vouloir fixer tous les détails de l'organisation, cela paraît complètement inutile ».
[259] *Ibid.*, p. 65 : « M. Janot. […] Un texte organique devra intervenir ».
[260] G. Vedel, *Séance d'ouverture, in L'écriture de la Constitution de 1958*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille Economica, 1992, p. 22 : « Le texte est rédigé avec une très grande précision, au moins dans certains cas, par des gens de plume rompus au maniement des concepts juridiques ».
[261] Centre National de la Recherche Scientifique, *Le Conseil d'État, son histoire à travers les documents d'époque*, 1799-1974, 1974, Éditions du Centre National de la Recherche Scientifique, p. 887 : « Trois caractères de la jurisprudence du Conseil d'État : la subtilité de ses solutions, cause d'hermétisme ; le laconisme de ses décisions, source d'incertitude ; l'empirisme de son inspiration, qui rend malaisé tout effort de systématisation logique ».
[262] DPC, *Volume III, op. cit.*, p. 314 : « M. le président. […] Nous allons voir, d'abord, comment va fonctionner l'institution ; puis on verra si elle réussit, si elle ne pourrait pas être étendue ».
[263] *Ibid.*, p. 377 : « M. le président. […] Avant de créer un grand système, il serait peut-être désirable de faire un essai ».

De plus, le panel de raisonnements syllogistiques,[264] analogiques,[265] *a contrario*,[266] systémiques,[267] exégétiques[268] en passant par téléologiques[269] est utilisé par le Conseil dans son conseil de constitutionnalité.

De même, il faut souligner que les débats se drapent parfois de l'autorité d'un intervenant qui va influencer la solution : à l'image d'un commissaire du gouvernement dont le sens de ses conclusions sera respecté par ses pairs. Le vice-président Cassin est le meilleur exemple de la figure d'autorité dans des travaux tant de la Commission constitutionnelle[270] que de l'Assemblée générale.[271] Plus surprenant, certains membres du Conseil d'État avancent des jugements de valeur, qui restent tout de même sur la valeur de la refondation du pouvoir de l'État.[272] Ces jugements de valeur ne sont présents ni dans ses décisions de justice, ni dans ses consultations, mais dans leurs environnements immédiats. Le juge défenseur des principes libéraux, au même titre que le conseiller de l'État, ne saurait trancher vers une atteinte à la liberté.

---

[264] DPC, *Volume III, op. cit.*, p. 46 : « M. le président. Le mot « solidarité » signifie, sans préciser, que l'on ne veut pas, en même temps, la tentation de l'indépendance et le bénéfice de l'appartenance à la Communauté. Les liens ne sont pas du même ordre. Si l'on n'est pas à l'extérieur de la Communauté, l'assistance technique ne se conçoit pas ; si l'on est au stage de la Tunisie, on conçoit l'assistance technique ».

[265] *Ibid.*, p. 42 : « M. le président. C'est en connaissance de cause que ce Préambule fait sien la jurisprudence du Conseil d'État qui a distingué, parmi les diverses dispositions, celles qui avaient une force obligatoire et majeure (par exemple, l'égalité de l'homme et de la femme, dont nous avons plusieurs fois censuré la méconnaissance, et le droit de grève) et celles qui n'ont que le caractère de directives. Je trouve que, eu égard au peu de temps dont nous disposons, aux certitudes que nous avions, la solution consistant à s'approprier le Préambule de 1946, en même temps que de Déclaration de 1789 était le mode le plus raisonnable ». Le vice-président Cassin procède à une analogie par rapport à la jurisprudence qui distingue les dispositions ayant force obligatoire des déclarations de principe.

[266] *Ibid.*, p. 290 : « M. Juliot de la Morandière. […] Le Conseil d'État et la Cour de cassation – à propos du droit de grève, notamment – ont reconnu une valeur juridique précise aux formules qui se trouvaient dans le Préambule de la Constitution de 1946. Tandis que la Déclaration universelle des droits de l'homme, c'est un souhait, mais qui n'aura une valeur juridique positive dans chaque État que lorsqu'il sera introduit, soit par la législation particulière, soit par un traité. On ne peut donc pas juridiquement mettre sur le même plan la Déclaration universelle des droits de l'homme et la référence à la Déclaration ou au Préambule de 1946 ».

[267] *Ibid.*, p. 398 : « M. René Martin. Monsieur le président, la nouvelle rédaction de l'article 31[le domaine de la loi] va rendre difficile l'application des articles 33[le domaine règlementaire] et 35 [les irrecevabilités] ».

[268] *Ibid.*, p. 150 : « M. Janot. […] Et la raison essentielle qui est donnée est une raison juridique disant que, parmi les principes de la loi constitutionnelle, figure la responsabilité du Gouvernement devant le Parlement. Le Parlement se composant de deux Assemblées, il faut bien que, d'une façon ou d'une autre, joue sa responsabilité devant ces deux Assemblées. Ce raisonnement, à la vérité ne me paraît pas tout-à-fait convaincant ». En dépit du scepticisme du commissaire du Gouvernement, la logique littérale est imparable.

[269] *Ibid.*, p. 49 : « Le but du Gouvernement ne serait-il pas atteint et l'inconvénient que je signalais ne serait-il pas éliminé, si on condensait le texte […] ? ».

[270] *Ibid.*, p. 77 : « M. le président Cassin. Voilà un texte qui a fait couler beaucoup d'encre. Finalement, on est arrivé à une rédaction satisfaisante pour l'opinion. Je crois qu'il y a eu des craintes injustifiées. Nous les apaisons ».

[271] *Ibid.*, p. 312 : « M. le président. Je dois indiquer que l'interprétation de cet alinéa a été donnée par le président du Conseil, lui-même. D'après ses indications, le président de la République se trouve lié par les propositions faites par le Premier ministre, aussi bien en ce qui concerne la nomination des collaborateurs de celui-ci qu'en ce qui concerne leur élimination ». Il s'agit, ici, d'une autorité du vice-président par l'autorité de Charles de Gaulle.

[272] *Ibid.*, p. 44 : « M. le président Brasart. Je répugnerais beaucoup à abandonner la République ». *Ibid.*, p. 51 : « M. le président Latournerie. Je n'ai qu'une sympathie mitigée pour les formules qui ne font qu'allusion à la situation de l'opinion publique ».

Surtout, les travaux préparatoires sont importants par ce qu'ils disent tout autant que par ce qu'ils taisent. Les non-dits rappellent logiquement le caractère lapidaire des jurisprudences du Conseil d'État qui doit susciter une réflexion sur ce qui manque. L'exemple de l'irresponsabilité du Premier ministre devant le président de la République ne correspond pas du tout avec la personnalité de Charles de Gaulle et sa vision d'une restauration du pouvoir de l'État, par les institutions autour de sa personne.[273] Un conseiller d'État va percevoir, toute l'ambiguïté des relations entre le président de la République et le Premier ministre dans le projet de Constitution, qui perdure dans nos institutions. Le texte juridique soumis au Conseil d'État est paradoxal car il aspire à redonner du pouvoir au chef de l'État bien que la lettre du projet de loi octroie des pouvoirs moins larges que ceux que possédaient le maréchal de Mac-Mahon.[274] Un autre exemple de non-dits, sur la procédure budgétaire, se situe entre l'erreur et le silence. D'après certains membres du Conseil d'État, le Parlement conserve les cordons de la bourse.[275] La Constitution du 4 octobre 1958 offre au Gouvernement tous les mécanismes budgétaires pour contourner l'absence de vote du projet de loi de finances.[276] La raison, de cette absence de mention de la perte de souveraineté budgétaire du Parlement par certains intervenants au Conseil d'État, se rapporte certainement à l'attachement aux régimes parlementaires précédents, dans lesquelles le Parlement maîtrisait la bourse. Les silences du Conseil d'État sont parfois lourds de sens.

Les deux tendances importantes, illustrant l'inspiration contentieuse du travail de consultation constitutionnelle, se trouvent dans la découverte de principes et de la reconnaissance d'une marge de manœuvre au pouvoir politique. Les principes généraux du droit ont suffisamment été étudiés pour ne pas y revenir, et seulement dire ceci : la consultation du Conseil d'État en 1958 regorge de principes généraux du droit de l'État. Ces principes portent sur l'histoire constitutionnelle française, sur les constances entre les différentes Constitutions, sur les continuités entre les Républiques, sur l'esprit de la Constitution.[277] Toute l'influence politique du Conseil, à l'image de ce qu'il fait au contentieux, se retrouve dans sa participation au pouvoir constituant, par le traitement de questions hautement politiques, grâce aux principes généraux du droit de l'État.[278] Derrière ces principes, se situe une norme créée par le Conseil d'État pour

---

[273] DPC, *Volume III, op. cit.*, p. 67 : « M. Deschamps, *rapporteur général*. […] Les ministres sont nommés, en fait, par le premier ministre qui n'est pas responsable devant le président de la République. Celui-ci ne peut pas le révoquer ».

[274] *Ibid.*, p. 312 : « M. Séligman. Je suis un peu surpris que, dans ce projet de Constitution qui veut donner au président de la République des pouvoirs plus étendus que ceux prévus par la Constitution de 1875, le président ait, en fait, des pouvoirs moins larges que ceux du maréchal de Mac-Mahon. Il y a tout de même, dans cette rédaction, quelque chose qui semble indiquer que le premier ministre, peut parfaitement résister au président de la République ».

[275] *Ibid.*, p. 443 : « M. Brunay. […] Il faut bien dire aussi que, quel soit le système envisagé, c'est le Parlement qui aura toujours le dernier mot. Le Parlement peut refuser l'argent, le Parlement peut chasser le Gouvernement ».

[276] Le cas des ordonnances financières, qui bien que jamais utilisées.

[277] *Ibid.*, p. 80 : « M. Maspétiol. […] L'esprit de la Constitution actuelle ». *Ibid.*, p. 133 : « M. le président Latournerie. […] Les principes généraux du droit public ». *Ibidem.*, p. 260 : « Michel Debré. […] L'esprit du régime parlementaire ». *Ibid.*, p. 260 : « Michel Debré. […] La tradition française ». *Ibid.*, p. 307 : « M. Janot. […] Traditions historiques de ce pays ». *Ibid.*, p. 337 : « M. Lefas. […] Une longue tradition républicaine ».

[278] D. Lochak, *Le rôle politique du juge administratif français*, LGDJ, 1974, p. 87 : « Au niveau de généralité le plus élevé, certains principes reflètent « les aspirations latentes qui se partagent la conscience nationale ». Constituant le fondement de l'organisation politique et sociale en France, ils se rapprochent tantôt au

conduire sa consultation. Le contrôle du texte gouvernemental par le Conseil d'État au moyen de ses principes généraux du droit pourrait laisser présager une résurgence de la notion de supraconstitutionnalité.[279] Cette utilisation des principes généraux du droit de l'État est à rapprocher de la notion de pouvoir constituant secondaire du Professeur Lavroff.[280] Par ailleurs, le Conseil d'État laisse au Gouvernement une véritable liberté d'action, qui fait écho à la retenue du juge administratif face à des actes de natures politiques – les actes de gouvernement pour ne citer qu'eux.[281] Cette liberté d'action, qui est traduite par la reconnaissance de l'opportunité politique au Gouvernement dans ses choix, n'est que la manifestation juridique de la déférence du Conseil d'État devant ce dernier.

Dans le champ des techniques ordinaires, d'autre part, l'importation de celles venues des formations administratives. Dans sa fonction consultative, le Conseil d'État va veiller à la clarté du texte et à son insertion dans l'ordre juridique.[282] Pendant l'élaboration de la Constitution, ce souci de l'inclusion normative est plus souple car la loi constitutionnelle du 3 juin est générale. Elle n'est donc pas une contrainte trop forte pour le Conseil d'État ou le Gouvernement. En ce sens, les commissaires du Gouvernement vont avoir tendance à diriger de manière subtile l'avis juridique du Conseil. Il s'agit de demander à ce dernier si la position gouvernementale est insoutenable.[283] Ce qui revient au final, en plus de lui avoir présenté un texte, à rigidifier la possibilité d'une inflexion du texte du Gouvernement.

---

fonctionnement des pouvoirs publics – tel le principe de séparation des pouvoirs –, tantôt aux libertés publiques ou à l'égalité entre les citoyens ».

[279] C. Klein, *Théorie et pratique du pouvoir constituant*, PUF, 1996, p. 203 : « Il est, en effet, incontestable qu'en l'absence de contrôle nul ne saurait parler, à tout le moins sérieusement, de principes supraconstitutionnels ». *Contra*, K. Gözler, Le pouvoir de révision constitutionnelle, Presses universitaires du Septentrion, 1997, p. 720 : « A notre avis, les thèses favorables à l'existence de *principes supraconstitutionnels* s'imposant à l'exercice du pouvoir de révision constitutionnelle ne sont pas fondées, car ces principes ne sont juridiquement pas valables. En effet, ces principes sont privés de toute existence matérielle. Ils ne figurent dans aucun document positif. Par conséquent, les limites déduites de ces principes ne s'imposent pas à l'exercice du pouvoir de révision constitutionnelle ». La catégorie des principes généraux du droit, bien que non positive, n'en demeure pas moins matériellement contraignante.

[280] D-G. Lavroff, « *À propos de la Constitution », in Mélanges Pactet, L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs*, Dalloz, 2003, p. 294 : « La notion de pouvoir constituant secondaire est peu utilisée en droit français puisque la conception démocratique du pouvoir exige que le peuple ou ses représentants soient investis du pouvoir constituant. On qualifie de pouvoir constituant secondaire celui qui peut émettre ou constater l'existence, jusqu'alors cachée, de règles de valeur constitutionnelle, sans porter atteinte au pouvoir du peuple souverain puisque celui-ci a toujours la possibilité d'annihiler la norme ou le principe défini ».

[281] Y. Gaudemet, *op. cit.*, p. 188 : « La jurisprudence administrative illustre en effet la conscience très vive que le juge a toujours manifesté de la nécessité d'une libre action du pouvoir politique ».

[282] G. Braibant, « *Le rôle du CE dans l'élaboration du droit », in Mélanges Chapus*, 1992, Montchrestien, p. 95 : « On doit donc se borner à rappeler les caractères principaux de l'intervention consultative du conseil. Elle porte sur la forme et le style des textes, et elle doit contribuer aussi à améliorer leur clarté. Elle vise ainsi à la cohérence générale du droit au double point de vue de la conformité des textes aux normes supérieures (Constitutions, traités, lois, principes généraux du droit) et de leur harmonisation. Elle se traduit par des retouches, la disjonction de certaines dispositions ou même, plus rarement, le rejet total du texte ».

[283] *Ibid*., p. 150 : « M. Janot. […] Évidemment, si le Conseil d'État considère qu'il y a une sorte d'impossibilité juridique à dire que le Gouvernement engage sa responsabilité devant la seule Assemblée nationale, si vraiment c'est, sur le plan de la comparaison avec la loi constitutionnelle, une exigence impérative, le Gouvernement sera sans doute amené à reconsidérer sa position ».

Le Conseil d'État, dans un avis de 1948, établit une présomption de bonne foi du législateur dans l'interprétation de la loi.[284] Dans le cadre de l'écriture constitutionnelle, la retenue du Conseil va parfois jusqu'à une bonne foi constructive avec le Gouvernement. Les échanges entre les commissaires du Gouvernement et les conseillers d'État sont marqués par un implicite qui démontre l'inverse de ce qui est dit. Ce qui renvoie aux non-dits dans l'élaboration constitutionnelle. Par ailleurs, la « tradition constitutionnelle républicaine », mentionnée dans l'avis du 6 février 1953, de la commission de la fonction publique, est très présente dans l'élaboration de la Constitution de 1958.[285] Cet avis apporte un éclairage fondamental sur le futur article 34 de la Constitution qui réserve la généralité – les garanties fondamentales et les principes fondamentaux – au législateur et le particulier au pouvoir règlementaire.[286] Le Conseil d'État exerce une influence par les techniques utilisées dans ses avis, mais aussi par le fond de cet avis relatif au domaine de la loi et du règlement.

De l'avis relatif à l'article 90 de la Constitution se dégage un raisonnement systémique du Conseil d'État par une interprétation constitutionnelle croisée de l'article 90 de la Constitution de 1946 à l'aune des articles 14 et 53. Le juge du Palais Royal mentionne son attachement à « la terminologie constitutionnelle et parlementaire ».[287] Ce qui illustre le double retour du Conseil d'État à la norme et au pouvoir. Retour à la norme qui alimente l'aspect technicien du Conseil en matière de conseil de constitutionnalité. Retour au pouvoir par la mention de la terminologie parlementaire pour interpréter un article le Constitution ; le Parlement derrière ses mots est le lieu du pouvoir sous la IVe République. L'avis sur l'article 90 de la Constitution de 1946 mentionne un renvoi à « la coutume constitutionnelle » qui nécessairement transcende la norme constitutionnelle interprétée. Le Conseil d'État pour dire le sens du droit de la Constitution va se référer à une norme constitutionnelle non positive.

Dans ses fonctions consultatives, pour rédiger un texte, il arrive au Conseil d'État de s'inspirer du droit étranger. Il y a dans les débats, tant à la Commission constitutionnelle qu'à l'Assemblée générale, des allusions au droit comparé pour étayer une proposition de modification.[288]

Par ailleurs, les techniques extraordinaires ne sont pas une création *ex nihilo* du Conseil d'État spécialement pour le moment constituant, mais plutôt une réutilisation de techniques ordinaires avec des modifications de celles-ci à raison du moment constituant. De l'élaboration de Constitution de 1958, il est possible de dégager trois principales techniques extraordinaires : 1°) une liberté d'action plus grande pour le pouvoir politique ; 2°) une référence plus dense aux principes généraux du droit de l'État, qui ne sont qu'un succédané des principes généraux du droit ; 3°) une interprétation croisée des normes constitutionnelles envisagées.

---

[284] CE, Section des travaux publics, 16 mars 1948, avis n° 242.342 : « Il n'est pas possible de supposer que le législateur, en confiant des exploitations industrielles et commerciales à des établissements publics créés pour cet objet, ait voulu paralyser le fonctionnement de ces exploitations ».
[285] *Ibid*., p. 337 : « M. Lefas. […] Une longue tradition républicaine ».
[286] CE, Commission de la fonction publique, 6 février 1953, avis n° 60.497 : « Qu'il [le législateur] se borne à poser les règles essentielles en laissant au Gouvernement le soin de les compléter ».
[287] M. Duverger, *op. cit*., p. 207.
[288] DPC, *Volume III, op. cit*., p. 296 : « M. Reinach. […] C'est une règle qui existe dans le droit anglais ». *Ibidem*., p. 78 : « M. le président Cassin. La Constitution hollandaise prévoyait déjà des circonstances extraordinaires ».

Le Conseil d'État dans le cadre de sa consultation constitutionnelle de 1958 influence l'écriture de la Constitution avec sa dualité juridictionnelle et consultative, en adaptant si besoin sa méthodologie consultative. Ces observations formelles sont nécessaires pour aborder l'impact du Conseil d'État sur les normes constitutionnelles relatives au Gouvernement, dans une approche plus matérielle de construction du pouvoir de l'État par la puissance de l'Administration.

2°) La conceptualisation du pouvoir de gouvernement en un *modus vivendi*

La particularité française d'une sphère politico-administrative se trouve doublement dans l'élaboration de la Constitution de 1958. Le Conseil d'État – en plus de sa présence qui témoigne de la proximité entre le Gouvernement et l'Administration – influence la conceptualisation du pouvoir de gouvernement sous la Ve République en se centrant sur son expertise juridique. Il conviendra de s'attacher aux futurs articles 5 et 13 de la norme fondamentale pour mesurer la place du président de la République dans le pouvoir de gouvernement. Ainsi qu'aux futurs articles 20 et 21 de la Constitution pour comprendre les liens entre l'Administration et le Gouvernement. Aussi aux articles 34 et 37 en devenir pour aborder la compétence matérielle de l'Administration. Sans oublier la place de l'Administration dans le processus législatif par le futur article 39.

La distinction entre le pouvoir gouvernemental qui est un pouvoir dans le pouvoir Exécutif, et le pouvoir de gouvernement, correspondant à la liaison de l'Exécutif et du Législatif, se trouve à l'épicentre de l'influence du Conseil d'État dans le moment constituant. Seulement, le Conseil d'État, dans la cadre de l'écriture de la Constitution, remplit une fonction gouvernementale particulière en ce qu'il est inspiré de la fonction administrative et a pour objet l'élévation de celle-ci dans le pouvoir de l'État. D'une part, l'inspiration de sa fonction administrative, se mesure par l'utilisation d'un savoir-faire, de techniques, contentieuses et consultatives.[289] D'autre part, le Conseil d'État dans le cadre de sa restauration du pouvoir de l'État contribue à placer hautement le pouvoir administratif ; par sa mise à disposition du Gouvernement, l'Administration est l'État en action. En outre, le Conseil d'État, durant l'écriture de la Constitution, est un pouvoir gouvernemental – car exerçant une fonction gouvernementale – d'une nature particulière par sa liaison intime avec sa fonction administrative. Ce qui est la manifestation, dans le champ de la théorie du droit constitutionnel, de cette sphère politico-administrative française.

À partir de la volonté politique émise au sommet de l'État en faveur d'une reconfiguration du pouvoir de gouvernement, le Conseil d'État sert l'État en répartissant les compétences entre les organes. Tout pouvoir pour agir juridiquement a besoin de compétences qui enserrent son action. Le Conseil d'État détermine les compétences du Gouvernement, et par voie de conséquence celles de l'Administration, en opposition à celles du législateur, tout en s'attachant au préalable à la liaison du Gouvernement et de l'Administration.

[289] *Cf. Supra*.

Il s'agira de procéder à une sorte de généalogie constitutionnelle, en s'attachant à l'évolution, dans les travaux préparatoires du Conseil d'État, des articles de la future Constitution relatifs au pouvoir gouvernemental. Pour ensuite se pencher sur l'impact de ces articles sur la construction dudit pouvoir.

L'article 5 en devenir, de la Constitution, est marqué par une certaine unanimité entre l'avant-projet gouvernemental, l'avis du Comité consultatif constitutionnel et les travaux du Conseil d'État.[290] Le Conseil d'État, dans son avis du 28 août, proposera une reformulation sur le rôle international et dans la Communauté du président de la République.[291] Les débats au Conseil se situent sur le concept d'arbitrage ; Raymond Janot plaida en faveur d'un arbitre actif qui a la faculté de prendre des décisions.[292] Les travaux de la Commission constitutionnelle se centrèrent sur les compétences juridiques du président de la République, plutôt que sur, en quelque sorte, un débat d'exégèse relatif à la notion d'arbitrage.[293] Le vice-président, en Assemblée générale, donnera son appui au concept d'arbitrage qui concentrera quasiment tous les échanges.[294]

Concernant le pouvoir normatif du président de la République, le futur article 13 de la Constitution, est relatif à tous « décrets et ordonnances délibérés en Conseil des ministres ». La formulation sera constante jusqu'au texte de la Constitution du 4 octobre 1958.

La question de l'étendue du pouvoir de nomination du président de la République a fait l'objet d'un affinement durant les travaux du Conseil d'État. La nomination aux emplois civils et militaires de l'État ne doit se faire que pour les postes les plus importants : cette importance est manifestée par la nomination, par un décret délibéré en Conseil des ministres, en vertu de la liste prévue dans la Constitution ou sur l'habilitation d'une loi. D'une part, la liste prévue dans la Constitution a été énoncée par les rapporteurs du Conseil d'État, devant l'Assemblée générale.[295] Il faut relever que ladite liste reprend celle dressée par Louis Bertrand et Jérôme Solal-Céligny, dans la note adressée au garde des Sceaux en date du 18 juin 1958 : le second étant rapporteur devant le Conseil d'État, cela lui permet de reprendre ses travaux en amont de l'intervention du Conseil d'État. [296] D'autre part, le renvoi à une loi pour prévoir lesdites nominations permet une certaine flexibilité au pouvoir de nomination. La ventilation des nominations dans le Gouvernement est la conséquence de la volonté de ne concerner que les

[290] *Ibid*., p. 54 : « M. Deschamps, *rapporteur général*. Monsieur le président, j'ai développé dans mon rapport général ce qui a été adopté sans modification par le Comité consultatif constitutionnel. Tout le monde est d'accord sur cet article. On peut faire grammaticalement toutes les exégèses qu'on veut, mais il semble être accepté par tout le monde, je crois que nous pouvons aussi l'adopter ».
[291] *Ibid*., p. 468 : « du respect des accords de la Communauté et des traités » au lieu de du respect des traités et des accords fédéraux.
[292] *Ibid*., p. 54 : « On peut concevoir aussi un arbitre comme quelqu'un qui, dans un certain nombre de cas précis, prend un certain nombre de décisions ».
[293] *Ibid*., p. 54 : « M. Deschamps, *rapporteur général*. Ce qui est important, c'est de bien définir ce que peut faire le président ».
[294] *Ibid*., p. 303 : « Je crois que nous commettrions une erreur de supprimer ce mot qui symbolise vraiment la différence entre un chef du Gouvernement et le président de la République ».
[295] *Ibid*., p. 319 : « Article 11 ».
[296] *Ibid*., p. 39.

hauts emplois pour le président de la République, de manière décroissante pour les autres emplois, du Premier ministre jusqu'aux ministres.[297]

Sur le plan de la rédaction, l'actuel article 20 est marqué par une certaine constance entre le projet de Constitution transmis au Conseil d'État le 21 août 1958,[298] le texte tel que modifié par la Commission constitutionnelle[299] et l'avis du Conseil du 28 août.[300] Seules quelques modifications littérales mineures sont constatables : le singulier de la force armée et la renumérotation de l'article relatif à la responsabilité gouvernementale devant le Parlement.

La disposition de l'Administration par le Gouvernement est une nouveauté constitutionnelle.[301] Elle est surtout la clé de compréhension pour aborder la constitutionnalisation du droit administratif, l'Administration est constitutionnellement au service du Gouvernement en vertu d'une disposition constitutionnelle, et la culture administrative du droit constitutionnel, l'Administration est au cœur de l'actionnement de la politique de la Nation.

Par ailleurs, l'actuel article 20 de la Constitution inaugure la relation entre la Nation, le Gouvernement et l'Administration. La conduction de la politique de la Nation rend le Gouvernement responsable devant le Parlement, pour les actes et faits juridiques accomplis en son nom par l'Administration dont il dispose. Seulement, se pose, la problématique non exposée en 1958, de la responsabilité de l'Administration qui conquiert une véritable indépendance face au Gouvernement : le cas des autorités administratives indépendantes est éloquent. Cette relation à trois interroge sur le lien entre la Nation et l'Administration : tous deux sont stables là où les gouvernements passent. Durant l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958, le Conseil d'État, représentant l'Administration, rend un service à la Nation en participant à la refondation de son établissement politique.[302]

La Commission constitutionnelle passe extrêmement rapidement sur l'étude l'article 18 du projet de Constitution, futur article 20. L'Assemblée générale vote l'article sans le discuter.[303] Cela souligne que le principe de la soumission de l'Administration au pouvoir politique est une chose naturelle, y compris pour les administrateurs.

---

[297] *Ibid.,* p. 320 : « M. le président. Justement, on n'a pas voulu, pour pouvoir peut-être autoriser par la loi des autorités moins élevées que le Premier ministre à faire certaines nominations. Par exemple, les nominations par arrêté ministériel, qui sont fréquentes pour les petits fonctionnaires ».
[298] *Ibid*., p. 9 : « Art. 18. Le Gouvernement détermine et conduit la politique de la nation.
Il dispose de l'Administration et des forces armées.
Il est responsable devant le Parlement dans les conditions et suivant les procédures prévues à l'article 45 ».
[299] *Ibid*., p. 239 : « Art. 18. Le Gouvernement détermine et conduit la politique de la nation.
Il dispose de l'Administration et de la force armée.
Il est responsable devant le Parlement dans les conditions et suivant les procédures prévues à l'article 45 ».
[300] *Ibid*., p. 472 : « Art. 19. Le Gouvernement détermine et conduit la politique de la nation.
Il dispose de l'Administration et de la force armée.
Il est responsable devant le Parlement dans les conditions et suivant les procédures prévues à l'article 47 ».
[301] *Ibid*., p. 81 : « M. le président Latournerie. Pour le terme : « il dispose de l'Administration » ? M. le Président. Cela n'existait pas ».
[302] *Cf. supra*.
[303] *Ibid*., p. 333.

Sur le plan de la rédaction de l'actuel article 21, celle-ci est marquée par une certaine constance entre le projet de Constitution transmis au Conseil d'État le 21 août 1958,[304]le texte tel que modifié par la Commission constitutionnelle[305] et l'avis du Conseil du 28 août.[306] Dans la construction du pouvoir gouvernemental, l'actuel article 21 de la Constitution est important car il octroie l'exercice du pouvoir règlementaire au Premier ministre pour faire le règlement et appliquer la loi.[307]

L'articulation entre le pouvoir règlementaire de principe du Premier ministre et d'exception du président de la République est mise en œuvre par une écriture juridique du Conseil d'État. La réserve de compétence du chef de l'État, par le « sous réserve », fait du chef du Gouvernement le sommet du pouvoir gouvernemental. L'article 21 n'est que la mise en œuvre de l'article 20 de la Constitution ; il faut une répartition ordonnée dans l'Exécutif pour que l'Administration fonctionne correctement. La délégation du Premier ministre vers les ministres est une nécessité pratique du pouvoir gouvernemental. La vision de l'Administration comme étant une cathédrale regroupant des chapelles, nécessite de lier juridiquement une administration et son ministre.

Le Conseil d'État, juge des actes de l'Administration, est un expert sur ces questions de compétences juridiques. Raymond Janot reconnaîtra la supériorité de la rédaction de la Commission constitutionnelle sur celle du projet gouvernemental.[308] En Assemblée générale, le Conseil d'État s'attache à l'équilibre à trouver entre les compétences du Premier ministre et celles du président de la République. Ainsi, le Conseil d'État va participer à la confection du pouvoir normatif du Gouvernement uniquement dans une dimension juridique. Les débats sont lapidaires. Le Conseil se limite à établir une répartition des compétences dans le pouvoir gouvernemental. Ce qui est lié, d'autre part, à la détermination du domaine règlementaire par rapport à celui législatif. La matière du pouvoir gouvernemental passe par une répartition des compétences dans le pouvoir de gouvernement.

---

[304] *Ibid*., p. 9. « Art. 19. Le premier ministre dirige l'action du Gouvernement. Il est responsable de la défense nationale. Il assure l'exécution des lois et des ordonnances. Il exerce le pouvoir règlementaire et nomme aux emplois civils et militaires dans les conditions prévues à l'article 11.
Il supplée, le cas échéant, le président de la République dans l'exercice des présidences prévues à l'article 13. Il peut déléguer certains de ces pouvoirs à un ministre ».

[305] *Ibid*., p. 239 : « Art. 19 « Le premier ministre dirige l'action du Gouvernement. Il est responsable de la défense nationale. Il assure l'exécution des lois. Sous réserve des dispositions de l'article 11, il exerce le pouvoir règlementaire et nomme aux emplois civils et militaires.
Il peut déléguer certains de ses pouvoirs aux ministres.
Il supplée, le cas échéant, le président de la République dans l'exercice de la présidence des Conseils prévue à l'article 13 ».

[306] *Ibid*., p. 472 : « Art. 20. Le premier ministre dirige l'action du Gouvernement. Il est responsable de la défense nationale. Il assure l'exécution des lois. Sous réserve des dispositions de l'article 12, il exerce le pouvoir règlementaire et nomme aux emplois civils et militaires.
Il peut déléguer certains de ses pouvoirs aux ministres.
Il supplée, le cas échéant, le président de la République dans l'exercice de la présidence des Conseils prévue à l'article 14 ».

[307] *Ibid*., p. 82 : « M. Marcel Martin, rapporteur. Le Premier ministre a le pouvoir de faire les règlements et d'appliquer les lois ».

[308] *Ibid*., p. 83 : « M. Janot. Je trouve personnellement la rédaction des rapporteurs meilleure que la nôtre ».

Sur le plan de la rédaction, l'actuel article 34 est marqué par une inflexion certaine entre le projet de Constitution transmis au Conseil d'État le 21 août 1958,[309] le texte tel que modifié par la Commission constitutionnelle[310] et l'avis du Conseil du 28 août.[311] Déjà, le Gouvernement s'en est remis à l'avis du Conseil d'État sur la délicate question de la détermination du domaine de la loi.[312]

Les développements à la Commission constitutionnelle sont extrêmement fournis sur la délimitation du domaine de la loi. Le vice-président Cassin oriente les débats en demandant à ses collègues de trouver un système moins « rude » que celui qui fait de la loi, l'exception.[313] Le Conseil d'État, en parallèle de sa relation intime avec le Gouvernement, tente de ne pas rationaliser à l'excès le parlementarisme. Le rapporteur Solal-Céligny souligne en ce sens le caractère non exhaustif de la liste dressée par la Commission constitutionnelle.[314] Il s'agit de ne pas passer de l'omnicompétence à une compétence strictement limitée.

Sous les régimes parlementaires des IIIe et IVe République, le juge administratif démontra une certaine déférence face au Parlement. Le Conseil d'État s'est reconnu incompétent, dans sa décision Arrighi, pour contrôler la constitutionnalité d'une loi sur le fondement de laquelle fût édicté un acte règlementaire.[315] Le commissaire du Gouvernement sur cette affaire est Roger Latournerie, père de Dominique Latournerie, qui refuse de contrôler la constitutionnalité d'une loi, car ce contrôle aurait pour conséquence, en toute hypothèse, de priver d'effet l'acte législatif contrôlé.[316] Son fils, dans le travail d'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958, n'aura de cesse que de tempérer la rationalisation du parlementarisme.[317] En outre, le Conseil d'État, tout en participant à la restauration du pouvoir de l'État, par l'instauration d'un pouvoir gouvernemental fort, se garde de rabaisser le Parlement. Le Conseil, lié à l'État, ne peut ignorer la tradition parlementaire qu'il contient.

---

[309] *Ibid*., p. 12. « Sont réglées par la loi les questions relatives »

[310] *Ibid*., p. 240. « Art. 31. Sont fixées par la loi les règles concernant ».

[311] *Ibid*., p. 474 : « Art. 33 [alinéa 2] […] Elle pose des principes et fixe les règles générales dont le Gouvernement assure l'exécution ».

[312] *Ibid*., p. 11 : « Art. 31 – (Le texte de cet article ne sera arrêté qu'après examen par le Conseil d'État) ».

[313] *Ibid*., p. 97 : « N'y a-t-il pas la possibilité pour la Constitution d'apporter un remède à la situation ancienne sans procéder d'une manière aussi rude ? ».

[314] *Ibid*., p. 96 : « Cette énumération n'est pas une liste exhaustive de toutes les questions qui sont réservées, confiées à la loi ».

[315] Lebon, Librairie du recueil Sirey, 1936, p. 966 : « 6 nov. – Section – 41. 221. Sieur Arrighi. – MM. Rain, rapp. ; Latournerie, c. du g.) […] *Sur le moyen tiré de ce que l'art. 36 de la loi du 28 févr. 1934, en vertu duquel ont été pris les décrets des 4 avril et 10 mai 1934 serait contraire aux lois constitutionnelles* : – Cons. qu'en l'état actuel du droit public français ce moyen n'est pas de nature à être discuté devant le Conseil d'État statuant au contentieux ».

[316] Rec. Dalloz, 1er Cahier, 3e Partie, 1938, p. 7 : « Si large qu'ait été en effet l'extension des pouvoirs du juge dans l'interprétation de la loi, elle ne saurait aller jamais jusqu'à priver de force un acte législatif, du moins émanant du Parlement ».

[317] *Ibid*., p. 440 : « Je ne reviens pas sur les raisons d'importance majeure qui ont paru décisives à la majorité de l'Assemblée. Je ne crois pas me tromper en disant qu'on s'est référé d'abord à une coutume constitutionnelle. On a interprété le texte comme, en quelque sorte, un attentat – le mot est à peine exagéré – porté aux pouvoirs du Parlement ».

Le Conseil d'État influe sur la construction du pouvoir gouvernemental par la délimitation des compétences du règlement et de la loi. La reconnaissance d'un pouvoir règlementaire d'exécution de la loi, et aussi du pouvoir règlementaire autonome,[318] permet de construire solidement à partir de la norme constitutionnelle les normes gouvernementales. Aussi, en enfermant la loi à la généralité, dans les domaines déterminés, le Gouvernement et le Conseil d'État laissent une possibilité pour le développement d'un droit administratif en dehors de la loi – celle-ci n'ayant pas compétence en toute chose – et au-delà des dispositions constitutionnelles qui ne rentrent pas dans les détails, avec son raisonnement *a contrario* entre les articles 34 et 37, sur les matières règlementaires.[319]

Entre le projet de Constitution transmis au Conseil d'État le 21 août 1958,[320] la rédaction issue de la Commission constitutionnelle[321] et l'avis du 28 août 1958,[322] il n'y a pas de modification concernant la logique *a contrario* pour déterminer le domaine règlementaire. La Commission constitutionnelle et l'Assemblée générale vont, cependant, apporter une modification sémantique, qui souligne la réticence à limiter drastiquement le domaine de la loi. Celui-ci est déterminé par la Constitution, dans son ensemble, et non par une liste dans un article en particulier. Cette formulation ne sera pas retenue dans le projet qui sera soumis au référendum.[323] Surtout, le Conseil d'État refuse le système gouvernemental d'une liste limitative du domaine de la loi.[324] Dans sa participation à la reconstruction du pouvoir de l'État, le Conseil d'État résiste à l'excès de rationalisation du parlementarisme.

Concernant, la construction du pouvoir de gouvernement, le Conseil d'État à l'occasion du système des futurs articles 34 et 37 de la Constitution instaure un *modus vivendi* entre l'Exécutif et le Législatif : l'expression est du président Latournerie.[325] Ce vitalisme dans les rapports des pouvoirs de gouvernement, que sont, le Législatif, l'Exécutif et dans une moindre mesure l'administratif, se trouve au cœur de la participation du Conseil d'État à l'élaboration constitutionnelle. Le pouvoir de l'Administration dans la Ve République n'est que le résultat de sa puissance sous les régimes précédents qui lui ont permis de s'élever politiquement, jusqu'à une participation à l'écriture de la Constitution. La rationalisation laisse place à un pouvoir gouvernemental, qui a besoin dans son action quotidienne du pouvoir administratif.

---

[318] *Ibid*., p. 97 : « M. le président Latournerie. L'exécutif a un pouvoir propre qui peut s'exercer indépendamment d'une disposition législative, et directement en vertu du caractère exécutif que les autorités gouvernementales tiennent de la Constitution ».
[319] *Cf*. *Supra*.
[320] *Ibid*., p. 13 : « Art. 33. Les matières autres que celles visées à l'article 31 ont un caractère règlementaire ».
[321] *Ibid*., p. 240 : « Art. 33 [alinéa 1]. Les matières autres que celles qui sont du domaine de la loi en vertu de la présente Constitution ont un caractère règlementaire ».
[322] *Ibid*., p. 475 : « Art. 35 [alinéa 1] « Les matières autres que celles qui sont du domaine de la loi en vertu de la présente Constitution ont un caractère règlementaire ».
[323] Art. 37, al. 1 de la Constitution du 4 octobre 1958 : « Les matières autres que celles qui sont du domaine de la loi ont un caractère réglementaire ».
[324] *Ibid*. p. 447 : « M. Renaudin. […] Un vote est acquis, qui a repoussé cet article 31 essentiellement sur ce point que le Gouvernement déterminait, de façon limitative et définitive, de domaine de la loi ».
[325] *Ibid*., p. 442 : « Je ne prétends pas que le nouveau système soit parfait, mais il a le mérite de sortir de l'impasse où nous étions engagés, de s'adapter peu à peu, discrètement, par une série de transactions, de compromis justement entre le législatif et l'exécutif, à un *modus vivendi* que je souhaite viable ».

Du point de vue du pouvoir de gouvernement, il convient de traiter de l'initiative des lois. L'actuel article 39 de la Constitution est marqué par une remarquable constance dans sa rédaction, entre le projet de Constitution transmis au Conseil d'État le 21 août 1958,[326] le texte tel que modifié par la Commission constitutionnelle[327] et l'avis du Conseil du 28 août.[328] Devant la Commission constitutionnelle, le vice-président Cassin souligne que la constitutionnalisation du rôle consultatif du Conseil d'État s'inscrit dans la continuité juridique de l'ordonnance n° 45-1708.[329] Les débats devant la commission sont expéditifs, tout comme ceux devant l'Assemblée générale. L'un des éléments les plus marquants de la puissance du Conseil d'État dans l'État, par cette compétence désormais constitutionnelle, est passé sous un silence pudique.[330] Le Conseil d'État n'aime pas parler de lui-même. Une précision d'importance concerne la possibilité de saisir le Conseil d'État sur un projet de loi soumis au référendum,[331] ce qui aura son intérêt dans le cadre de la révision de la Constitution.

Le travail de consultation constitutionnelle du Conseil d'État – qui mobilise tout son savoir-faire institutionnel au service de la restauration du pouvoir de l'État – étant une œuvre extraordinaire, nécessite de le qualifier juridiquement dans sa nature organique et dans sa mission constitutionnelle.

B) La quête permanente de l'équilibre par le Conseil d'État autorité constituante négative

Sur le plan formel la qualification juridique du Conseil d'État en tant qu'autorité constituante négative (1) va de pair avec son rôle, au fond, sur l'équilibre constitutionnel (2).

---

[326] *Ibid*., p. 13 : « Art. 32. L'initiative des lois appartient concurremment au premier ministre et aux membres du Parlement.
Les projets de loi sont délibérés en Conseil des ministres après avis du Conseil d'État et déposées sur le bureau de l'une des deux Assemblées, à l'exception des projets déterminant les ressources et les charges de l'État qui sont présentés d'abord à l'Assemblée nationale ».

[327] *Ibid*., p. 241 : « Art. 34 bis. L'initiative des lois appartient concurremment au premier ministre et aux membres du Parlement.
Les projets de loi sont délibérés en Conseil des ministres après avis du Conseil d'État et déposés sur le bureau de l'une des deux Assemblées. Les projets déterminant les ressources et les charges de l'État qui sont soumis en premier lieu à l'Assemblée nationale ».

[328] *Ibid*., p. 476 : « Art. 37. L'initiative des lois appartient concurremment au premier ministre et aux membres du Parlement.
Les projets de loi sont délibérés en Conseil des ministres après avis du Conseil d'État et déposés sur le bureau de l'une des deux Assemblées. Les projets déterminant les ressources et les charges de l'État qui sont soumis en premier lieu à l'Assemblée nationale ».

[329] *Ibid*., p. 129 : « Il y a une sorte de constitutionnalisation de l'ordonnance du 31 juillet 1945 qui nous donnait la prérogative de délibérer sur les projets de lois gouvernementaux. Je ne dis rien de plus ».

[330] G. Drago, « *Fonction consultative du Conseil d'État et fonction de Gouvernement : de la consultation à la codécision* », AJDA 2003, p. 949 : « Lors des travaux préparatoires de la Constitution de 1958, la constitutionnalisation de la procédure de consultation du Conseil d'État au futur article 39 n'a quasiment pas donné lieu à débat lors de l'examen du projet de Constitution par ... le Conseil d'État, le vice-président Cassin faisant remarquer à deux reprises ce phénomène de constitutionnalisation de l'avis du Conseil d'État sur les projets de lois, sans que cela soulève d'objections ou de remarques ».

[331] *Ibid*., p. 452 : « M. le président. […] On pourrait se demander ici – si, lorsque le Gouvernement veut faire un référendum, le projet de loi soumis au référendum doit être présenté au Conseil d'État. M. Janot. Je crois que cela résulte, *a fortiori*, d'un projet de loi, par conséquent, c'est vrai ».

1°) Un Conseil d'État « autorité constituante négative »

Le Conseil d'État peut être qualifié juridiquement d'autorité constituante négative. La définition d'une autorité,[332] comme une entité juridique qui a du pouvoir en vertu d'un pouvoir, permet de mettre en perspective le double niveau entre pouvoir et autorité. Le pouvoir est supérieur à l'autorité en ce qu'il la fonde juridiquement, dans ses compétences.

La qualité d'autorité se comprend doublement ; positivement, en ce que le Conseil d'État est déterminé dans ses compétences par le pouvoir de révision, de l'article 90 de la Constitution de 1946, révisant temporairement le mode de révision ; négativement, en ce que le Conseil d'État n'est pas le pouvoir de révision de la Constitution.

Le pouvoir constituant de 1946 est celui qui fonde juridiquement le pouvoir de révision actionnée en 1958. Ce qui permet de justifier l'impossibilité de qualifier le Conseil d'État de pouvoir constituant, puisque celui-ci est ailleurs et dans un autre temps. Le Conseil se place du côté du pouvoir de révision ; les réflexions théoriques à son propos, portant sur l'autorité constituante, le feront aussi. L'expression d'autorité constituante, déjà formulée en doctrine,[333] doit être complétée pour qualifier le rôle du Conseil d'État.

La qualification juridique du Conseil d'État en tant qu'autorité constitution négative s'analyse doublement du point de vue de la négativité : 1°) le Conseil d'État n'a qu'une plume suggestive, en ce sens il a besoin que le Gouvernement retienne ses propositions de rédaction ; 2°) le Conseil d'État n'a pas la possibilité de donner vigueur normative au texte auquel il contribue. En effet, la révision de la Constitution de 1946 actionnée en 1958, a la particularité de faire intervenir un conglomérat d'organes dont aucun, avant l'intervention du référendum constituant, ne détient la compétence de donner vigueur juridique au texte en discussion. Le Comité consultatif constitutionnel, le Conseil d'État et le Gouvernement avant le référendum constituant du 28 septembre 1958, ne peuvent que préparer un texte qui ne peut avoir de valeur juridique en droit positif. Alors que le Gouvernement post-référendum, vertu de la volonté du peuple référendaire, peut donner vigueur juridique. D'où la reprise de la négativité issue de la théorie adaptée du législateur négatif.[334]

La Constitution est un point de touche entre le juridique et le politique. Toutes les autorités constituantes en 1958 connaîssent cette double nature dans leur intervention, avec des nuances dans la répartition des deux qualités politique et juridique. Le Comité consultatif constitutionnel et le Gouvernement connaissent une proportion plus importante de politique que de juridique. La perspective est inversée pour le Conseil d'État. Quant au peuple référendaire, il connait, avec la dimension politique forte véhiculée par le choix d'un nouveau régime, une dimension juridique car il est la condition constitutionnelle – car comprise dans la loi du 3 juin – de la promulgation de la future Constitution.

---

[332] G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, PUF, 2014, p. 108 : « Lat. auctoritas : pouvoir donné pour l'exercice d'une fonction ».

[333] S. Leroyer, *op. cit.*, p. 137 : « Le Conseil d'État, autorité constituante ».

[334] Cf. *supra*.

Assurément, l'autorité constituante, positive ou négative, est un pouvoir constitué dans l'ordre juridique. L'étude de toutes les autorités constituantes en 1958 permet de comprendre le pouvoir de révision. Dans ce jeu entre les acteurs de la rédaction constitutionnelle, la participation du Conseil d'État se concentre sur le maintien de l'équilibre constitutionnel.

2°) Une participation du Conseil d'État centrée sur l'équilibre constitutionnel

Le Conseil d'État en 1958, dans sa participation à la restauration du pouvoir de l'État, se concentre sur le thème de l'équilibre constitutionnel, qui d'après le Doyen Hauriou se situe au cœur de toute question de politique constitutionnelle.[335] Le Gouvernement de Gaulle s'attache particulièrement à la restauration de l'ordre par un État fort, mais la viabilité de celui-ci nécessite un équilibre des pouvoirs en présence en son sein. Les deux principes hauriouistes du droit public sont réunis. Des travaux préparatoires, il est possible de distinguer l'attachement du Conseil d'État à la question de l'équilibre constitutionnel sous plusieurs formes : de l'équilibre des pouvoirs constitutionnels, à l'équilibre dans la phraséologie constitutionnelle en passant par un équilibre dans l'architecture de la Constitution.

D'abord, l'attachement du Conseil d'État à l'équilibre constitutionnel se manifeste par le souci de l'instauration d'un équilibre entre les pouvoirs en présence dans la future Constitution. Le Conseil d'État va, dans sa volonté d'équilibrer les pouvoirs, exercer une fonction de prédiction constitutionnelle, qui consiste dans la prévision de l'état futur des rapports entre les pouvoirs.[336] Il s'agit de prédire la vie des pouvoirs pour poser un équilibre viable. Dans le cadre des rapports entre Exécutif et Législatif, le Conseil d'État s'échine à ne pas trop appauvrir l'autorité législative dans la construction du pouvoir gouvernemental.[337]

Cet équilibre entre les pouvoirs, au-delà d'un équilibre inter-pouvoir, passe par la recherche d'un équilibre intra-pouvoir. Le cas de la confection du Conseil constitutionnel est éloquent.[338] L'objectif est de créer un contrôle de constitutionnalité, qui est l'outil du respect de l'équilibre qu'instaure la Constitution, sur le plan matériel, entre l'Exécutif et le Législatif. Objectif qui ne peut prospérer que grâce à une institution viable : le Conseil constitutionnel. Le Conseil d'État s'attache donc à l'équilibre de cette institution nouvellement créée, qui par une de ses compétences a pour dessein ultime d'équilibrer les pouvoirs. À noter que l'influence du Conseil d'État sur le Conseil constitutionnel est d'autant plus grande qu'il importe dans ce nouveau juge constitutionnel son savoir-faire. En matière de politique constitutionnelle, le Conseil d'État s'attache aux équilibres tant intra-pouvoir qu'inter-pouvoir.

---

[335] Maurice Hauriou, *Principes de droit public*, Dalloz, 2018, p. 22.

[336] DPC, *Volume III, op. cit.,* p. 49 « M. le président Latournerie. […] Je suppose que dans l'état prochain de la vie constitutionnelle ».

[337] *Ibid*., p. 97 : « M. le président Latournerie. […] Il faut une pondération convenable, il faut éviter aussi un appauvrissement de l'autorité législative, il faut veiller à ce qu'il y ait un équilibre suffisant entre les institutions ».

[338] *Ibid*., p. 373 : « M. le président Latournerie. […] Si, du moins, on avait la certitude qu'il y ait un certain équilibre à l'intérieur de l'institution, on aurait des chances supplémentaires d'atteindre cette justice à laquelle chacun songe ».

L'influence majeure du Conseil d'État sur l'équilibre des pouvoirs passe aussi par une protection des pouvoirs dans l'État au service de la restauration du pouvoir de l'État. Le cas relatif aux compétences respectives du président de la République et du Premier ministre, concernant leurs pouvoirs de nomination, est intéressant. Le vice-président Cassin, devant la Commission constitutionnelle, s'érige en protecteur du président de la République en refusant de lui octroyer tout pouvoir de nomination dans l'Administration.[339] Derrière la volonté simple de ne pas submerger le chef de l'État avec des nominations, il y a la création d'une répartition équilibrée des compétences respectives, pour la protection du président de la République.

Ces équilibres des pouvoirs se traduisent, sur le plan formel, par la création de procédures équilibrées, liant ceux-ci dans l'idée de restaurer l'ordre, dans le régime politique, par le pouvoir Exécutif. En ce sens, l'initiative législative témoigne de ce croisement entre deux pouvoirs qui en cachent un autre. L'article 39 de la Constitution partage l'initiative des lois entre le Premier ministre et les membres du Parlement : Exécutif et Législatif. Le premier comprenant le pouvoir administratif qui joue un rôle fondamental dans le processus législatif.[340]

Par ailleurs, dans le sujet de l'élaboration et de la révision de la Constitution du 4 octobre, l'article 89 instaure un équilibre entre les pouvoirs gouvernementaux. Clairement, au profit du pouvoir Exécutif dans cette entreprise de rationalisation du parlementarisme. Les débats en Commission constitutionnelle, sur l'article 76 projet de Constitution, sont expéditifs.[341] À l'Assemblée générale, une intervention de Raymond Janot traite du lien entre la procédure de révision et la restauration du pouvoir de l'État en 1958. La procédure de révision est une procédure de rétention du pouvoir de l'État au profit de l'Exécutif ; il s'agit de ne pas donner la possibilité aux parlementaires de modifier les articles fondamentaux de la rationalisation du parlementarisme.[342] La rigidité de la norme constitutionnelle protège non seulement la lettre de la Constitution, mais aussi le nouvel équilibre des pouvoirs.

Concernant l'article 89, cet équilibre au profit du président de la République se traduit, sur le plan procédural, par la faculté de choisir qu'il possède à la suite du vote du projet de loi constitutionnelle – jamais dans l'histoire constitutionnelle de la Ve République une proposition de loi constitutionnelle n'a été votée par le Parlement – : passer par le Congrès ou par le référendum, ou encore abandonner la révision envisagée. Le président de la République peut, en toute hypothèse, passer outre les parlementaires. Ce qui témoigne d'un équilibre de rupture par rapport aux IIIe et IVe République.

---

[339] *Ibid*., p. 72 : « M. le président. […] Je crois que nous ne devons pas transférer au président le pouvoir de faire toutes les nominations. Ce serait le plus mauvais tour qu'on puisse lui jouer ».
[340] *Cf. supra*.
[341] *Ibid*., p. 226.
[342] *Ibid*., p. 434 : « M. Janot. Le Gouvernement maintient absolument le texte, parce qu'il est évident que – il faut parler franchement – certaines des dispositions de la Constitution sont telles qu'une révision pourra constituer une tentation permanente pour certains membres du Parlement, et nous ne voulons pas qu'ils tombent tout de suite dans cette tentation ».

Puis, l'attachement à l'équilibre du Conseil d'État dans l'élaboration se manifeste au niveau de l'architecture constitutionnelle – expression qui a été employé par le Président Mazeaud.[343] Il ne s'agit plus d'un équilibre entre les pouvoirs, mais dans le texte de la Constitution. La Commission constitutionnelle va se demander s'il ne faudrait pas diviser la Constitution entre la « Maison France » et la « Maison Commune ».[344] Derrière une remarque purement formelle, il y a en jeu tout le rapport de force et un équilibre à trouver avec l'Empire colonial français qui menace de faire vaciller la République.

Aussi, les membres du Conseil d'État s'attacheront à placer le bon article au bon endroit de la Constitution. Le cas de la discussion sur l'article dit d'*habeas corpus* est en ce sens patent. Le conseiller d'État Delvolvé défendra le repositionnement dudit article devant l'Assemblée générale.[345] Cet exemple qui porte sur la garde de la liberté individuelle démontre que le Conseil d'État, derrière une question d'architecture constitutionnelle, s'attache à la garantie des droits et libertés. Le Professeur Rivero soulignait que le juge administratif était attaché aux principes du libéralisme.[346] Ce qui est aussi résolument le cas du Conseil d'État durant l'élaboration de 1958.

Le souci de l'équilibre dans l'architecture constitutionnelle se manifeste par le renvoi systématique aux lois organiques pour tout ce qui serait superfétatoire dans le texte constitutionnel.[347] Le vice-président Cassin, par un arrêté du Conseil d'État en date du 15 octobre 1958, sur la base de ses arrêtés créant une Commission intérieure chargée de l'examen du projet de réforme constitutionnelle, forma une Commission pour l'examen des lois organiques.[348] Cela signifie que l'influence du Conseil d'État, dans le cadre de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958, se poursuit jusqu'à la concrétisation de celle-ci par des lois organiques. Il ne s'agira pas, dans ce travail de développer l'influence du Conseil d'État sur les lois organiques issues de l'élaboration de la Constitution de 1958, car ce n'est pas tout-à-fait l'objet de notre étude. Seulement, il faut mentionner que le Conseil d'État est parfaitement à même de procéder à un conseil de constitutionnalité concernant les lois organiques, car ayant participé à l'établissement de la Constitution, il en connaît tous les rouages.

---

[343] Y. Gaudemet, « *Rapport de la Commission Balladur : libres propos croisés de Pierre Mazeaud et Olivier Schrameck* », RDP 2008, p. 3 : « D. R. : […] L'architecture constitutionnelle – je crois que c'est vous, Monsieur le président, qui avez employé cette formule ».

[344] DPC, *Volume III, op. cit.*, p. 41 : « M. le président Cassin. […] La Commission aura à statuer pour savoir, à défaut de modifier l'ordre, s'il ne serait pas bon de faire de grandes parties dans la Constitution ».

[345] *Ibid.*, p. 293 : « M. Delvolvé. Monsieur le président, je me demande si la place de cet article est bien là, s'il ne vaut pas mieux le mettre à l'endroit où il était précédemment ». *Ibid.*, p. 383 : « M. Delvolvé. Monsieur le président, je me permets, d'abord, de faire remarquer que cet article est bizarrement situé dans le titre VIII « De la Justice ». On ne voit pas ce qu'il vient y faire. On le verrait plutôt dans les textes relatifs aux droits de l'individu, et non pas ici ».

[346] J. Rivero, « *Le juge administratif français : un juge qui gouverne ?* », Dalloz, 1951, p. P24 : « La suprême garantie de la liberté des français réside aujourd'hui dans l'attachement de leur juge administratif aux principes du libéralisme ».

[347] DPC, *Volume III, op. cit.*, p. 65 : « M. Janot. […] Un texte organique devra intervenir ».

[348] Archives constitutionnelles de la Ve République, Vol. 1, 4 octobre 1958 – 30 novembre 1958, La documentation française, 2008, p. 110.

Sur un plan plus réduit, le Conseil d'État s'attache au bon équilibre du système compris dans un article.[349] À titre exemplatif, l'équilibre apparent des sanctions dans le cas où la loi de finances n'est pas votée. Les finances de l'État doivent continuer à fonctionner tout de même. Si la faute vient du gouvernement, la technique des services votés s'applique. Au contraire, si le retard provient du Parlement, le budget est appliqué sans vote.

Enfin, l'attachement du Conseil d'État à l'équilibre dans l'élaboration traduit au niveau de la phraséologie constitutionnelle, tant du point de vue des mots que de la ponctuation. Le Conseil procède au choix du bon mot, dans la mesure où il peut emporter une différence de la signification juridique. Les expressions « autorités administratives et judiciaires » et « autorités administratives et juridictionnelles »[350] n'ont pas du tout la même portée, surtout quand il s'agit de l'autorité des décisions du Conseil constitutionnel. En effet, dans le premier cas, elles n'ont pas nécessairement d'autorité sur le juge administratif, contrairement à la seconde acception. Cette volonté de trouver le bon mot, amène des critiques sur la rédaction du Gouvernement.[351] Ce qui n'est pas sans rappeler le souci du mot juste du juge administratif et le travail consultatif sans concession du Conseil d'État.[352]

Cependant, la phraséologie constitutionnelle ne saurait être en tout point similaire à la rédaction d'un simple projet de loi. La Constitution a besoin de passer les âges dans un constant rééquilibrage des rapports entre les pouvoirs. Dans sa fonction juridictionnelle, le calibrage des mots, qui ne peuvent signifier qu'un sens, est en contradiction avec la nature du texte constitutionnel qui nécessite une certaine flexibilité. C'est pourquoi, le Conseil d'État tente de lier souplesse et précision.[353] À titre d'illustration, la notion de « territoires d'outre-mer » est suffisamment flexible pour faire face aux défis de la décolonisation.

Les conseillers d'État se penchent aussi, plus dans le détail, sur le choix de la ponctuation. Choisir deux phrases principales, plutôt qu'une subordonnée permet de renforcer ce qui serait subordonné.[354] Mettre en évidence, par leur non subordination sémantique, « le respect des principes de souveraineté », c'est mieux rappeler aux partis politiques, organes constitutionnels, leurs obligations. Le Conseil d'État, de la conceptualisation des relations entre les pouvoirs à

---

[349] DPC, *Volume III, op. cit.*, p. 354 : « M. Devaux. […] L'article est équilibré ».

[350] *Ibid.*, p. 165 : « M. le président Latournerie. On pourrait dire : « … s'imposent aux Pouvoirs publics et à l'ensemble des autorités administratives et juridictionnelles ». M. Racine. C'est mieux. M. Marcel Martin, *rapporteur*. « … aux Pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et judiciaires ». M. le président Latournerie. « Juridictionnelles » ! Il ne faut pas restreindre ».

[351] *Ibid.*, p. 115 : « M. le président Josse. Il n'y a jamais eu de définition des mots : « société nationale ». Il est très fâcheux de mettre dans un texte constitutionnel une expression dont on ignore le sens. M. Devaux. Ce sont des personnes morales de droit public. M. Janot. Cette société fait en tout cas partie du secteur public. M. le Président Josse. Pas du tout ! C'est très contestable ! M. Janot. C'est fortement majoritaire. M. le président Josse. Votre texte n'est pas précis ».

[352] *Cf. Supra*.

[353] *Ibid.*, p. 292 : « M. Marcel Martin. […] La formule : « les peuples des territoires d'outre-mer » a pour effet, si vous voulez, de fixer le passé et de ne pas donner à cette notion de territoires d'outre-mer le caractère d'une notion technique, qui nous gênerait par la suite. M. Deschamps. La formule garde non pas une ambiguïté mais une certaine souplesse qui n'est peut-être pas d'une logique parfaite, mais qui a le mérite d'être claire ».

[354] *Ibid.*, p. 51 : « M. le président Brasart. Je crois qu'on affaiblit beaucoup la première phrase, subordonnée avec le « qui ». J'aime mieux avoir deux phrases principales : « Les partis ou groupements politiques concourant à la formation de l'opinion. Ils doivent respecter les principes de souveraineté » ».

la mise en forme de l'architecture constitutionnelle, en passant par une attention détaillée à la phraséologie constitutionnelle, se concentre sur l'équilibre constitutionnel sous toutes ses formes à travers son influence sur les mots écrits de la Constitution.

Conclusion Section 1

L'influence du Conseil d'État en Conseil d'État s'épanouit avec la loi constitutionnelle du 3 juin, qui lui donne une compétence constitutionnelle de consultation sur le projet de loi constitutionnelle. Le Conseil est légitime, dans sa contribution au moment constituant, car il se limite plus que le projet de loi constitutionnelle, relatif à l'article 90 de la Constitution de 1946, ne l'avait fait. Le Conseil d'État républicain s'autolimite. Cette légitimité se traduit par sa limitation par le droit : la légalité au service de la légitimité.

Le Conseil se voit attribuer une compétence administrative, par l'ordonnance n° 45-1708, pour son avis sur la loi constitutionnelle du 3 juin et, par ladite loi, une compétence constitutionnelle pour son avis sur le projet de Constitution. Le Conseil d'État dans son influence, en tant qu'institution, a donc une double qualité organique, administrative et constitutionnelle.

À la conception du Conseil d'État technicien juridique dans l'écriture constitutionnelle, qui est vraie, il faut ajouter une liberté d'action et de ton au service de la restauration du pouvoir de l'État. Celle-ci passe par la recherche d'un équilibre constitutionnel multiniveaux, qui nécessite de ne pas se soumettre purement et simplement au texte gouvernemental. La participation du Conseil d'État à l'écriture constitutionnelle connaît donc son lot de résistance : le rejet du système du domaine de la loi est un exemple fondamental.

L'influence du Conseil d'État est abordable par la méthodologie du conseiller-juge, qui nourrit une liaison entre les techniques ordinaires et extraordinaires. Extraordinaires en ce qu'elles portent sur le moment constituant. Celles-ci n'étant que la reprise et la modification de celles-là à l'aune des trois principaux principes dégagés précédemment ; une liberté d'action non absolue reconnue au Gouvernement ; un dégagement intense des principes généraux du droit de l'État ; une interprétation globale de la Constitution.

Ces techniques ordinaires, venues tant des formations administratives que contentieuses certifient que le juge et le conseiller ne font qu'un dans la consultation constitutionnelle.

La qualification juridique du Conseil d'État, comme étant une autorité constituante négative témoigne de sa dépendance juridique : ses propositions, à l'issue de cette consultation constitutionnelle, doivent être retenues par le Gouvernement, et elles ne peuvent être juridiquement en vigueur sans ce même Gouvernement post-référendum. Il y a donc une tension entre le Conseil d'État et le Gouvernement de Gaulle qui se manifeste dans les deux sens. Le Gouvernement se situe dans le Conseil d'État durant sa consultation en Conseil d'État, mais le Conseil d'État est au cœur Gouvernement quand il écrit son projet de loi constitutionnelle. L'influence du Conseil d'État en Conseil d'État a pour reflet sa contribution hors Conseil d'État dans le cadre de sa participation à l'élaboration constitutionnelle.

Section 2 : Sur l'influence du Conseil d'État hors Conseil d'État

Le Conseil d'État existe en soi en tant qu'institution, mais aussi à l'extérieur de celle-ci par ses membres. Le conglomérat d'organes, durant l'étape de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958, rend nécessaire de regarder en dehors des travaux portant sur l'avis relatif à la loi constitutionnelle du 3 juin 1958 et sur l'avis sur le projet de Constitution.

La liaison intime entre le Conseil d'État et l'Exécutif, plus particulièrement le Gouvernement, se retrouve dans l'écriture de la Constitution. La compétence constitutionnelle du Conseil d'État de la loi du 3 juin ne saurait être la base juridique de la présence des membres du Conseil d'État, dans les rouages gouvernementaux, ni pour la préparation de ladite loi constitutionnelle, ni pour le projet de Constitution lui-même.

Concernant, l'écriture de la loi constitutionnelle et du projet de Constitution, la mise en disponibilité des membres du Conseil d'État vers le Gouvernement est consacrée, notamment, dans l'ordonnance n° 45-1708.[355] Il s'agit d'une constante de l'Administration qui permet de ventiler ses membres. La compétence fondant la participation des membres du Conseil d'État qui se trouvent dans le Gouvernement est la compétence constitutionnelle du Gouvernement, qui est disposée aussi à l'article unique de la loi du 3 juin 1958, pour l'élaboration constitutionnelle. Cette compétence constitutionnelle s'exerce, par les membres du Conseil d'État, avec toutes leurs habitudes issues de la fonction administrative.

Tout en agissant en vertu d'une compétence constitutionnelle, le Conseil d'État, dans le cadre de sa participation en dehors de son institution, va être qualifié d'organe administratif. Le Gouvernement est un organe constitutionnel, avec sa compétence constitutionnelle, et les membres du Conseil d'État dans le Gouvernement, durant l'écriture de la Constitution, vont agir dans le cadre d'organes administratifs qui concrétisent la compétence constitutionnelle du Gouvernement. Ces conseillers de l'État se trouvent intégrés dans l'architecture gouvernementale, dans l'Administration.

La manifestation de l'administrativisation du droit constitutionnel est évidente avec l'existence d'organes administratifs pour contribuer à la compétence gouvernementale d'élaboration constitutionnelle.

En plus de sa relation étroite avec le Gouvernement, le Conseil d'État est en interaction avec le Comité consultatif constitutionnel. Ce qui fait de lui un organe incontournable dans l'opération constituante, en ce qu'il se trouve dans toutes les autorités constituantes, alors que toutes ne sont pas en lui.

Il conviendra de s'attacher à la présence notable du Conseil d'État dans le Gouvernement (paragraphe 1) pour ensuite mesurer sa place dans le pouvoir de révision de la Constitution de 1946 (paragraphe 2).

[355] Art. 15.

Paragraphe 1 : L'omniprésence du Conseil d'État dans le Gouvernement

Les membres du Conseil d'État, présents avec le Gouvernement, se situent avant que l'institution ne donne ses avis (A) mais aussi après (B).

A) Des conseillers d'État en amont du Conseil d'État : la puissance de l'Administration

La participation des membres du Conseil d'État, avant les travaux de leur institution, porte sur la préparation de la décision politique avec l'équipe gouvernementale (1), pour ensuite se déployer dans la prise de la décision politique (2). La détermination de ce qui est en amont et en aval se fera, par souci de simplification, à partir de l'avis du 28 août 1958.

1°) La préparation de la décision politique avec les politiques : l'influence puissante

Pour étudier l'influence des membres du Conseil d'État sur la décision politique, il faudra s'en remettre, d'abord, aux mémoires et témoignages des hommes ayant contribué au moment constituant. Ce temps largement informel, dans lequel la puissance administrative se déploie, est le commencement de la décision politique.[356] Il conviendra de se centrer sur un acteur en particulier qui a joué un rôle fondamental : Raymond Janot. Celui-ci est présent dans le Comité consultatif constitutionnel et au Conseil d'État, en qualité de commissaire du Gouvernement, à raison de sa place centrale dans le travail gouvernemental.

Ce rôle dans la décision politique, toujours sous l'angle du droit, permet de penser l'inspiration du pouvoir par le Conseil d'État.[357] Même lorsqu'ils participent à la décision politique, les membres du Conseil d'État sont conviés à raison de leur qualité d'expert du droit. Seulement, au moment du choix politique, le conseil juridique détermine plus qu'un simple point de détail du droit. Le conseil de droit emporte une orientation politique.

D'une part, en amont de la loi constitutionnelle du 3 juin 1958, Raymond Janot va jouer un rôle fondamental dans l'application de la mise en garde du Professeur Laferrière, qui ne voulait surtout pas une rupture de la légalité pour établir une nouvelle Constitution.[358] L'éclairage qu'il donne à Georges Pompidou, puis à Charles de Gaulle, est juridique ; tout autant qu'il est politique par son objet : organiser un changement de régime dans la légalité républicaine. Les parlementaires, durant les débats sur la loi constitutionnelle, échangeront sur le même sujet, à savoir l'impossibilité de répéter le fâcheux précédent de 1940. Juristes et parlementaires parlent de la même chose.

Raymond Janot, durant un déjeuner avec Georges Pompidou lui énonce la nécessité de réviser le mode de révision pour refonder l'État.[359] Quelque temps après, Georges Pompidou présente

---

[356] J. Chevallier, *op. cit.*, p. 485 : « La construction des politiques dépend de l'intervention d'un « système décisionnel » placé en amont du « système de décision formel », et au sein duquel l'administration occupe cette fois une place de choix ».

[357] S. Leroyer, *L'apport du CE au droit constitutionnel de la Vème République. Essai sur une théorie de l'État*, Dalloz, 2011, p. 80 : « On peut se demander si cette participation massive de l'institution ne pourrait pas s'analyser sous un angle inversé, et si le Conseil d'État, loin de n'avoir été que l'auxiliaire de pouvoir constituant, n'en a pas été l'inspirateur ».

[358] *Cf. Supra*.

[359] D. Maus, O. Passelecq, *Témoignages sur l'écriture de la Constitution de 1958, autour de Raymond Janot*, La Documentation française, 1997, p. 11 : « Un jour, nous déjeunions ensemble [avec Georges Pompidou] à

Raymond Janot à Charles de Gaulle, pour qu'il lui explique sa vision de la transition constitutionnelle.[360] Cette rencontre entre le maître des requêtes et le libérateur de la France se passe dans une voiture sur le chemin de Paris. Ce qui peut paraître comme une anecdote est en réalité lourd de sens, sur l'exercice du pouvoir. Ce conseil d'État « en calèche » impulse la procédure qui se trouvera dans l'article unique de la loi constitutionnelle du 3 juin 1958. Il est tout-à-fait possible de supposer que le Conseil d'État, dans son avis du 1er juin 1958, aurait pu ne pas trancher ce choix – entre une révision de la révision et une délégation – à la frontière du droit et de la politique, en ce qu'elle fonde le régime envisagé.

À la suite de cette rencontre informelle, au fondement même de l'élaboration constitutionnelle, Raymond Janot est appelé au cabinet du président du conseil pour traiter des questions constitutionnelles.[361] La retenue du Conseil d'État, quand il agit en tant qu'institution, contraste avec sa puissance lorsque par ses membres, siégés dans le Gouvernement, il se drape de sa légitimité politique.

Un autre témoignage de Raymond Janot achève de convaincre de sa place majeure dans le choix politique dans le moment constituant.[362] La lettre rectificative au projet de loi constitutionnelle, en date du 2 juin 1958,[363] bien que comportant la signature de Charles de Gaulle n'a jamais été signée par lui, mais par le maître des requêtes. Raymond Janot dans ses explications au

---

l'Automobile-club et je lui ai dit : « *J'ai le sentiment que le général va revenir aux affaires et j'appelle votre attention sur le fait qu'il y a une erreur fondamentale à ne pas commettre : il faut surtout, à tout prix, pour des raisons de convenance et pour des raisons juridiques essentielles, ne rien faire qui ressemble à la loi constitutionnelle du 11 juillet 1940. Pour cela, il n'y a qu'un moyen : la révision doit porter sur le mode de révision de la Constitution* » ».

[360] *Ibid*., p. 11 : « Georges Pompidou parle au général de Gaulle, me fait signe d'avancer, me présente. Le Général me dit : « *Il parait que vous avez des choses à me dire, montez dans ma voiture, on va voir cela* », ce que j'ai fait. C'était très impressionnant pour un maître des requêtes au Conseil d'État de se trouver auprès d'un tel personnage. Ma stupeur n'a fait que s'accroître lorsque le Général me dit : « *Eh bien moi, je vais voir le Président Coty, qui m'a appelé. Voilà le projet de communiqué que j'ai fait, je voudrais savoir ce que vous en pensez pour le cas où cela marche* »

[361] *Ibid*., p. 12 : « Le général m'a dit : « *Bon, je suis d'accord avec ce que vous dites sur le communiqué, avec ce que vous pensez de la nécessité de procéder, non pas par délégation, mais par une révision du mode de révision de la Constitution et, à partir de ce moment-là, si les choses vont comme je le souhaite, vous viendrez à mon cabinet vous occuper des questions constitutionnelles* ».

[362] *Ibid*., p. 22 : « Le président Pflimlin qui représentait le Général à la commission du suffrage universel de l'Assemblée nationale est revenu avec la conviction que, pour que notre loi constitutionnelle passe, il fallait une lettre rectificative faite de telle sorte que l'on associe le Parlement, d'où cette idée du Comité consultatif constitutionnel. Cela a été mis sur pied très rapidement avec Michel Debré et Georges Pompidou. Ensuite, le gros problème a été la signature de cette lettre rectificative. […] C'était tout de même au Général de Gaulle de signer cette lettre. Les ministres estimaient que ce n'était vraiment pas de leur responsabilité, mais de celle du président du Conseil des ministres. J'en ai référé à Georges Pompidou, je lui ai demandé ce qu'il fallait faire et s'il donnait le feu vert. Georges Pompidou a, sans doute, voulu me mettre à l'épreuve et il m'a dit : « *Vous êtes chargé du dossier, eh bien, allez-y faites ce que vous voulez* ». C'est ainsi que j'ai finalement dit à Roger Belin : « *On y va*. » […] Le Général me regarda avec un œil noir. […] Il me dit : « *Qu'est-ce que c'est que cela ? Ce papier rectificatif est signé Charles de Gaulle. Je n'ai jamais signé cela, qu'est-ce que c'est que ces méthodes ?* ». J'ai écouté… Et quand cette indignation – justifiée – s'est complètement exprimée, je lui ai dit : « *Mon général, vous avez tout à fait raison. Ce sont des méthodes de travail abominables, j'en suis le premier convaincu, mais la situation était la suivante : puisqu'on m'avait dit que c'était à moi de régler ce problème, je me trouvais devant un choix ; ou bien on allait vers une crise grave avec l'Assemblée et on risquait de revenir au point de départ, ce qui aurait été catastrophique, ou bien je donnais moi-même votre accord. J'ai pensé que je devais le donner. J'ai pris ce risque et j'en assume la responsabilité* ».

[363] DPC, *Volume I*, *op. cit*., p. 165.

président du Conseil motive son choix, de signer en lieu et place de ce dernier – sans quelconque délégation de signature – par une raison politique : éviter une crise avec le Parlement qui aurait eu pour effet de bloquer le vote de la loi constitutionnelle. Le membre du Conseil d'État, en plus de s'accommoder des formes juridiques, agit dans le seul champ de la politique.

Ladite lettre rectificative est éminemment importante car elle porte sur l'insertion dans la procédure constituante de ce qui deviendra le Comité consultatif constitutionnel. Ce qui est résolument un choix politique majeur portant sur les rapports de force dans le pouvoir de révision constitutionnelle. La compétence constitutionnelle, dans un de ses éléments fondamentaux, est basée, fut-ce partiellement, sur une incompétence administrative.

De plus, d'après son témoignage, les ministres du Gouvernement de Gaulle ne s'estimaient pas responsables pour opérer un tel choix – l'insertion des parlementaires dans la procédure de révision. Ce qui est évidemment invalidé par l'article 48 de la Constitution du 27 octobre 1946 qui avance la responsabilité collective des ministres devant l'Assemblée nationale.[364] *In fine*, c'est un agent administratif, qui n'est pas responsable politiquement, qui modifie, avec importance, le projet de loi constitutionnelle. À la lumière de cet exemple, le constat du dysfonctionnement du pouvoir gouvernemental, avec le Gouvernement de Gaulle, est tout aussi certain du risque pris par Raymond Janot pour protéger la bonne suite de l'élaboration constitutionnelle. Il a été plus qu'un conseiller juridique en jouant un rôle fondamental dans un choix politique qu'il a préparé, avec d'autres, et signé, illégalement.

D'autre part, en amont de la rédaction du projet de Constitution, et en aval du vote de la loi constitutionnelle du 3 juin, Raymond Janot attend que la compétence constitutionnelle du Gouvernement soit consacrée. Il s'est limité, avec le garde des Sceaux, à constituer une équipe en réunissant les noms des futurs membres du groupe de travail.[365] Étaient-ils certainement en train de penser le nouveau régime, mais uniquement dans leurs consciences.

Sur le plan formel, la préparation de la décision politique connaît une différence en ce qu'elle se situe soit en amont de la loi constitutionnelle du 3 juin, soit en amont de la présentation du projet de Constitution au Conseil d'État. Concernant ce qui précède la loi constitutionnelle du 3 juin, la préparation juridique du choix politique s'est réalisée de manière informelle. Et entre l'investiture du Gouvernement de Gaulle et le vote du 3 juin, les acteurs politiques avaient déjà arrêté leurs idées sur la révision du mode de révision. Ce qui rend d'autant plus important le conseil d'État en voiture pour Paris de Raymond Janot à Charles de Gaulle.

Pour ce qui va du vote de la loi constitutionnelle à la consultation du Conseil d'État, se sont enchaînées des réunions du groupe de travail autour de Michel Debré,[366] des réunions

[364] Article 48. - Les ministres sont collectivement responsables devant l'Assemblée nationale de la politique générale du Cabinet et individuellement de leurs actes personnels.
Ils ne sont pas responsables devant le Conseil de la République.
[365] *Cf. Supra*.
[366] DPC, *Volume I*, *op. cit.*; p. 241 : « Compte rendu de la réunion du groupe de travail du 12 juin 1958 » ; p. 269 : « Compte rendu de la réunion du groupe de travail du 19 juin 1958 » ; p. 291 : « Compte rendu de la réunion du groupe de travail du 27 juin 1958 » ; p. 319 : « Compte rendu de la réunion du groupe de travail du 1 juillet 1958 » ;

constitutionnelles,[367] des conseils interministériels[368] et des conseils de cabinet.[369] La participation des membres du Conseil d'État, et notamment de Raymond Janot, à la préparation de la décision politique se joue dans les réunions du groupe de travail. Ceux-ci sont le prélude des réunions constitutionnelles et conseils interministériels qui transcrivent l'éclairage juridique en une positon politique, celle-ci étant définitivement arrêtée en Conseil de cabinet. Cet enchevêtrement d'organes ayant des fonctions particulières, en eux-mêmes et entre eux, caractérise la méthode administrative d'élaboration de la Constitution de 1958.

Raymond Janot rédige pour le président du Conseil des notes sur des questions constitutionnelles. Dans celle du 16 juin 1958, il prend parti sur le rôle d'arbitre du futur président de la République, en faveur d'un arbitre-actif.[370] Sur le plan purement formel, la rédaction de note est courante dans la vie administrative.

Le constat d'une division du travail entre les groupes de travail qui préparent, les réunions constitutionnelles qui orientent, les conseils interministériels qui décident et les conseils de cabinet qui entérinent, correspond à une des caractéristiques du modèle bureaucratique wébérien. Aussi, la division entre des fonctions pré-politiques, pour le groupe de travail, et politiques des autres formations se fond dans le critère de la séparation des fonctions dans le pouvoir gouvernemental.[371]

Pour reprendre, l'exemple de la construction du pouvoir gouvernemental, il convient de se centrer sur l'influence du groupe de travail, autour du garde des Sceaux, sur les futurs articles 5, 13, 20, 21, 34, 37 et 39 de la Constitution du 4 octobre 1958.

Le futur article 5 de la Constitution est traversé par deux axes qui sont présents dès le début des réflexions constitutionnelles suivant la loi constitutionnelle du 3 juin : le président de la République ne s'occupe que des domaines essentiels à l'intérêt de la Nation, au contraire du Gouvernement qui s'attache à « la gestion normale du pays »[372] ; le Gouvernement procède du

---

p. 327 : « Compte rendu de la réunion du groupe de travail du 2 juillet 1958 » ; p. 341 : « Compte rendu de la réunion du groupe de travail du 3 juillet 1958 » ; p. 381 : « Compte rendu de la réunion du groupe de travail du 8 juillet 1958 » ; p. 391 : « Compte rendu de la réunion du groupe de travail du 9 juillet 1958 » ; p. 401 : « Compte rendu de la réunion du groupe de travail du 10 juillet 1958 » ; p. 443 : « Modifications proposées par le groupe de travail du 16 juillet 1958 » ; p. 449 : « Compte rendu de la réunion du groupe de travail du 18 juillet 1958 ».

[367] *Ibid*. ; p. 245 : « Compte rendu de la réunion constitutionnelle du 13 juin 1958 » ; p. 277 : « Compte rendu de la réunion constitutionnelle du 23 juin 1958 ».

[368] *Ibid*. ; p. 303 : « Conseil interministériel du 30 juin » ; p. 371 : « Conseil interministériel du 7 juillet » ; p. 389 : « Conseil interministériel du 8 juillet 1958 » ; p. 399 : « Conseil interministériel du 9 juillet 1958 » ; p. 413 : « Conseil interministériel du 10 juillet 1958 ».

[369] *Ibid*. ; p. 473 : « Avant-projet de Constitution soumis au Conseil de cabinet les 23 et 25 juillet 1958 ». DPC, *Volume III, op. cit*., p. 3 : « Conseil de cabinet du 20 août 1958 ».

[370] DPC, *Volume I*, *op. cit*., p. 257.

[371] M. Weber, *Économie et société 1*, Pocket, 1995, p. 294 : « La totalité de la direction administrative se compose, dans le type de plus pur, de *fonctionnaires individuels* […], lesquels, 1) personnellement libres, n'obéissent qu'aux devoirs objectifs de leur fonction, 2) dans une *hiérarchie* de la fonction solidement établie, 3) avec des *compétences* de la fonction solidement établie […] ».

[372] DPC, *Volume I*, *op. cit*.,, p. 238 : « Note sur les travaux constitutionnels établie par M. Jean Mamert ».

président de la République.[373] Les groupes de travail,[374] réunions constitutionnelles,[375] conseils interministériels[376] et Conseil de cabinet[377] confirmeront ces orientations. Jusqu'à l'avant-projet du 29 juillet 1958 le contenu de l'article reste le même, à quelques nuances de formulation : le fonctionnement régulier des Pouvoirs publics, la continuité de l'État, l'indépendance de la nationale et le respect des traités et accords fédéraux.[378]

L'article 13 en devenir, de la loi constitutionnelle du 3 juin à la consultation du Comité consultatif, connaît un élément de constance et une certaine flexibilité dans sa rédaction. De manière constante est prévu le pouvoir normatif du président de la République qui « signe les ordonnances et le décret délibérés en Conseil des ministres ».[379] Relativement à la nomination aux emplois civils et militaires aucune liste, comme c'est le cas dans la Constitution du 4 octobre 1958, ne figure dans les projets de texte. Il y a simplement un raisonnement *a contrario* : le Premier ministre « nomme aux emplois civils et militaires auxquels il n'est pas pourvu en Conseil des ministres ».[380] Une note rédigée par MM. Louis Bertrand et Jérôme Solal-Céligny, en date du 18 juin 1958, mentionne une liste des emplois qui sont pourvus en Conseil des ministres.[381] Dans cette liste sont présents des postes très importants dans l'Administration étatique. Aussi, l'avant-projet du 19 juillet prévoit la technique de la loi organique pour délimiter la liste desdits emplois.[382] Le texte de la Constitution de 1958 joint ces deux outils juridiques qui ont été pensés durant la phase administrative d'élaboration de la Constitution.

Le futur article 20 connait une nuance sémantique entre le projet soumis au Conseil interministériel du 7 juillet 1958, qui avance que le Gouvernement « dirige »[383] l'Administration, alors que l'avant-projet de Constitution, établit vers le 10 juillet, argue que le Gouvernement « dispose »[384] de l'Administration. Cette dernière formulation sera constante jusqu'à la soumission du projet de Constitution au Conseil d'État.[385]

---

[373] *Ibid*., p. 241.
[374] *Ibid*., p. 269 – 273. Ce groupe de travail, du 19 juin 1958, a pour dessein de traduire juridiquement les deux axes relatifs à la place du président de la République dans les pouvoirs.
[375] *Ibid*., p. 246.
[376] *Ibid*., p. 306 : « ARTICLE 1er ».
[377] *Ibid*., p. 474 : « Art. 3 ».
[378] *Ibid*. ; p. 281 : « Art. 1er » ; p. 306 : « Art. 1er » ; p. 415 : « Art. 1er » ; p. 430 : « Art. 1er » ; p. 458 : « Art. 3 » ; p. 502 : « Art. 1er ».
[379] À titre non exhaustif. *Ibid*. ; p. 307 – Articles relatifs au président de la République adoptés lors du Conseil interministériel du 30 juin 1958 – : « Art. 9 » ; p. 418 – Avant-projet de Constitution (vers le 10 juillet 1958) – : « Art. 2 » ; p. 505 – Avant-projet de Constitution des 26/29 juillet 1958 (avec nuances sémantiques) – : « Art. 19 ».
[380] À titre non exhaustif. *Ibid*. ; p. 417 – Avant-projet de Constitution (vers le 10 juillet 1958) – : « Art. 9 » ; p. 504 – Avant-projet de Constitution des 26/29 juillet 1958 – : « Art. 11 ».
[381] *Ibid*., p. 266 : « Art. 4 – Le président de la République nomme les conseillers d'État, le grand chancelier de la Légion d'honneur, les ambassadeurs et les envoyés extraordinaires, les représentants de l'État dans les départements et territoires français, les secrétaires généraux et les directeurs des administrations centrales, les officiers généraux et les recteurs des universités ».
[382] *Ibid*., p. 459 : « Art. 11 ».
[383] *Ibid*., p. 360.
[384] *Ibid*., p. 418.
[385] *Ibid*. ; p. 418 : « Avant-projet de Constitution (vers le 10 juillet 1958) » ; p. 432 : « Avant-projet de Constitution du 15 juillet 1958 » ; p. 460 : « Avant-projet de Constitution du 19 juillet 1958 » ; p. 478 : « Avant-projet de constitution soumis au Conseil de Cabinet les 23 et 25 juillet » ; p. 505 : « Avant-projet des 26/29 juillet 1958 ». DPC, *Volume III, op. cit*., p. 9 : « Projet de Constitution transmis au Conseil d'État le 21 août 1958 ».

Concernant, l'article 21 en devenir, dès l'avant-projet préparé à la mi-juin, il y a l'appartenance du pouvoir règlementaire, par principe, au Premier ministre.[386] Aussi la prévision de la ventilation du pouvoir règlementaire du Premier ministre aux ministres par voie de délégation.[387] Ce système de compétences normatives dans le pouvoir gouvernemental sera maintenu jusqu'à l'examen du Conseil d'État, et jusqu'au vote de la loi constitutionnelle valant Constitution.

Relativement aux futurs articles 34 et 37, le choix du système de répartition, dans le pouvoir de gouvernement, entre l'Exécutif et le Législatif fût plus difficile en amont du Conseil d'État. Dans un premier temps, le groupe de travail avait préparé plusieurs possibilités de systèmes. Deux variantes ont été pensées : des matières strictement réservées à la loi ; la possibilité pour le législateur de donner compétence au Premier ministre, sans limitation matérielle, de modifier des dispositions législatives par voie d'ordonnance.[388] Dans un deuxième temps, le Conseil interministériel est venu confirmer la répartition opérée, dans la seconde variante par le groupe de travail de Michel Debré : le législateur peut déléguer toute partie de sa compétence, étant entendue que celle-ci est limitée sur certaines questions.[389]

Ledit Conseil interministériel du 7 juillet 1958, en choisissant ce système, à écarter deux autres suggestions systémiques du groupe de travail ; la prise d'ordonnances conformément à une déclaration de politique générale ; une délimitation plus étanche du domaine législatif et règlementaire sans possibilité de délégation.[390] Ce qui témoigne de la participation du groupe de travail – manifestation du conseil d'État hors Conseil d'État – à la décision constitutionnelle par une fonction de propositions aux décideurs politiques. Le groupe de travail va jouer le même rôle que l'administrateur qui énonce les différentes options juridiques à l'arbitrage politique de son ministre.

Le groupe de travail tente de joindre la limitation matérielle du domaine de la loi et la possibilité pour le législateur de déléguer, sous conditions, une partie de son domaine. Le système, retenu par le Conseil interministériel du 7 juillet, sera présenté au Comité consultatif constitutionnel.[391]

Les conditions de la délégation, dans un des systèmes écartés par le Conseil interministériel susmentionné, sont intéressantes, dont une en particulier : les ordonnances sont prises sur un programme approuvé par l'Assemblée nationale et dans la mesure où elle contribue à l'exécution dudit programme.[392] Il s'agit de la traduction juridique de la pensée de Michel

---

[386] *Ibid*., p. 253 : « *Titre B*. Le Gouvernement […] Art. 5 Le pouvoir règlementaire, exercé tant en vertu des dispositions de l'article D 8 qu'en vue d'assurer l'exécution des lois, appartient au Premier ministre, sauf sur ce qui est dit à l'article X (matières fédérales) ».
[387] *Ibid*., p. 254 : « *Titre B*. Le Gouvernement […] Art. 8 [al 2] Le Premier ministre peut déléguer certaines de ses attributions à un ministre ».
[388] DPC, *Volume I*, *op. cit*., p. 255.
[389] *Ibid*., p. 365.
[390] *Ibid*., p. 369.
[391] *Ibid*., p. 481.
[392] *Ibid*., p. 482.

Debré, qui fait passer la restauration du pouvoir de l'État par l'État en action.[393] Cette délégation juridique, derrière l'augmentation limitée et temporaire de la compétence gouvernementale pour la réalisation de son programme, sollicite le pouvoir administratif, par l'édiction et l'application d'ordonnances, pour réaliser ce dernier. La vision réaliste du pouvoir, du garde des Sceaux, instaure un lien intime en l'Administration et le Gouvernement.

Le futur article 39 de la Constitution, relatif à l'initiative législative est marqué par une constance depuis l'avant-projet aux alentours du 10 juillet[394], en ce que celui-ci consacre une initiative partagée et une consultation obligatoire du Conseil d'État sur les projets de loi. Avec quelques nuances sémantiques mineures, la rédaction de l'article sera maintenue jusqu'à sa soumission au Conseil d'État.[395] La fonction de proposition aux décideurs politiques doit s'analyser avec la participation à la prise de décision politique.

2°) La participation à la prise de décision politique avec les politiques : l'influence modérée

Dans la palette des organes administratifs – réunions du groupe de travail autour de Michel Debré, réunions constitutionnelles, conseils interministériels et Conseils de cabinet – tous à l'exception des réunions du groupe de travail sont relatifs à la décision politique. Cet enchevêtrement organique est une manifestation, du point de vue de la science administrative, de la complexité du processus décisionnel relatif au pouvoir constituant.[396] Les membres du Conseil d'État sont des acteurs importants dans les réunions constitutionnelles. En effet, le Conseil de cabinet est un lieu où les ministres arrêtent définitivement la position. Le pouvoir administratif s'efface devant le pouvoir gouvernemental.

Michel Debré, qui en plus d'être garde des Sceaux appartient aux corps de maître des requêtes, est une figure de la relation entre l'administratif et le politique. Il participe à tous les organes travaillant sur la Constitution. La présence du vice-président Cassin aux réunions constitutionnelles, conseils interministériels[397] démontre la position particulière du Conseil d'État, derrière sa personne, dans les choix politiques. Il est, avec Roger Belin, le seul membre du Conseil interministériel qui soit un non-politique.[398]

Le vice-président ne se prive pas de donner son avis sur les points cruciaux, en ce que ceux-ci portent sur la refondation de l'État. Dans la première réunion constitutionnelle du 13 juin 1958,

---

[393] DPC, *Volume III, op. cit.*, p. 257 : « L'impuissance de l'État, du fait que l'Administration était ligotée par des textes inadmissibles ».
[394] DPC, *Volume I*, *op. cit.*, p. 421.
[395] DPC, *Volume III, op. cit.*, p. 13.
[396] J. Chevallier, *op. cit.*, p. 496 : « La décision se présente comme un processus extraordinairement enchevêtré, dans lequel les différentes phases interfèrent les unes sur les autres, sans qu'il soit possible de localiser nettement le moment du choix ».
[397] DPC, *Volume I*, *op. cit.,* p. 355 : « Les textes ainsi élaborés sont soumis à l'examen du Conseil interministériel, composé du garde des Sceaux, des ministres d'État et de M. Cassin ».
[398] D. Maus, « *René Cassin et la genèse de la Constitution de 1958* », in *De la France libre aux droits de l'homme. L'héritage de René Cassin*, La documentation française, 2009, p. 87 : « Dans les non-politiques qui participent à ces réunions régulières, il n'y a que Roger Belin, secrétaire général du Gouvernement, et lui. […] À lui tout seul, il est l'un des acteurs et un des écrivains. Il l'est par sa présence ; il l'est par ses interventions ».

le vice-président du Conseil d'État va aborder pas moins de quatre sujets fondamentaux dans notre histoire constitutionnelle.[399] Premièrement, la nécessité de ne pas désarmer le futur Premier ministre, qui prend une place politique importante, dans le même temps du renforcement des pouvoirs du président de la République. Cette relation, actuellement, entre président de la République et Premier ministre est le nœud gordien du droit constitutionnel français. Il faut remarquer que René Cassin dit cela devant le général de Gaulle, dont la conception forte de l'État est déjà connue. Deuxièmement, le vice-président insiste sur la liaison des fonctions gouvernementales et parlementaires. Ce qui correspond à la conception du pouvoir de gouvernement du Doyen Hauriou. Troisièmement, René Cassin traite de la question du devenir juridique, dans le cadre d'un principe fédéral, de l'Empire colonial français. Quatrièmement, le vice-président du Conseil d'État fait savoir son hostilité au projet, paru dans la presse, de la création d'une Cour constitutionnelle. Le compte-rendu de la réunion ne donne pas plus d'explication sur ce dernier point. René Cassin s'accorde une liberté de ton et traite de sujets fondamentaux dans l'élaboration constitutionnelle. Ceci s'explique par un soutien conditionnel au pouvoir politique en 1958 : la condition étant le service de l'État.[400]

Durant la réunion constitutionnelle du 23 juin 1958, le vice-président du Conseil d'État aura une remarque qui témoigne de son attachement à une construction démocratique du pouvoir. Il s'agit du collège électoral du président de la République, qui ne devrait pas être trop vaste : cela aboutirait, d'après René Cassin, à une surreprésentation des campagnes et à une campagne électorale trop vaste, toutes deux nuisibles à la vie démocratique.[401] L'équilibre, présent dans toute politique constitutionnelle, entre les villes et les campagnes et pour tempérer le gigantisme électoral, est au cœur de sa remarque.

René Cassin est un rouage important du lien entre la prise de décision politique et le Conseil d'État. Étant présent avec le Gouvernement au moment des choix qui détermineront la transition constitutionnelle, il va pouvoir éclairer ses collègues sur ce qu'entend l'Exécutif sur tel ou tel article.[402] Ce qui, en plus de renforcer son autorité en séance au Conseil d'État,[403] permet une véritable participation de l'institution à la refondation de l'État sous la conduite du Gouvernement. Le vice-président choisit André Deschamps, qui est un résistant et gaulliste de la première heure, comme rapporteur général.[404]

---

[399] DPC, *Volume I*, *op. cit.*, p. 249.
[400] S. Leroyer, *op. cit.*, p. 169 : « Durant toute la transition constitutionnelle, René Cassin veille à maintenir le Conseil d'État dans le cadre de sa vocation fondamentale, l'État. Pour cela, il doit se livrer à un véritable jeu d'équilibriste, consistant, d'un côté, à soutenir le pouvoir politique, puisque tel est, à ce moment, l'intérêt de la continuité de l'État, tout en conservant, de l'autre une certaine autonomie vis-à-vis de ce même pouvoir politique, afin de conserver une neutralité essentielle à l'accomplissement de sa mission de gardien de l'État ».
[401] DPC, *Volume I*, *op. cit.*, p. 279.
[402] DPC, *Volume III, op. cit.*, p. 40 : « *La séance est ouverte*. M. le président. Messieurs, il y a eu successivement un premier comité ministériel dont j'ai fait partie et qui a fait un avant-projet ».
[403] E. Burin des Roziers, « *Le Conseil d'État et l'écriture de la Constitution* », in *L'écriture de la Constitution de 1958*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille Economica, 1992, p. 814 : « René Cassin dirigeait les débats avec l'autorité que lui conférait sa vaste culture juridique, la sagesse acquise au cours de longues années dans les conseils du Gouvernement, et le crédit personnel que faisait le général de Gaulle à ce compagnon de la Libération. Pouvant se réclamer, à l'occasion, de la pensée personnelle du futur président de la République, ayant pris part, à côté des ministres d'État, au sein du comité interministériel, à la gestation du projet ».
[404] A. Prost, J. Winter, *René Cassin*, Fayard, 2011, p. 354.

René Cassin dans une lettre adressée à Charles de Gaulle, avant que celui-ci ne soit président du Conseil, argue clairement que si ce dernier veut que sa politique soit un succès, il doit avoir « l'appareil d'État » derrière lui.[405]

Dans le Conseil de Cabinet, les membres du Conseil d'État ne sont pas pour autant absents. Il y a des hommes politiques qui viennent de l'institution. Michel Debré et Bernard Chenot[406], ministres dans le Gouvernement de Gaulle, sont deux exemples de l'empreinte du Conseil d'État.

Le caractère moindre de la participation des membres du Conseil d'État à la prise de décision politique se comprend à l'aune de leur puissance en amont durant sa préparation. Les membres du Conseil d'État, à l'image du Conseil d'État dans l'exercice de ses compétences consultatives, limitent leur influence dans le Gouvernement pour mieux se centrer sur un service de l'État par le droit. À la densité de l'influence des membres du Conseil d'État en amont du Conseil d'État succède une contribution plus réduite en aval.

B) Des conseillers d'État en aval du Conseil d'État : une Constitution par et pour l'Administration

Les membres du Conseil d'État présents dans le Gouvernement réceptionnent relativement bien l'avis du Conseil d'État (1). Cette présence des membres du Conseil d'État à tous les moments de la procédure constituante a pour résultat ultime l'érection d'une Constitution taillée sur mesure pour le pouvoir administratif (2).

1°) La bonne réception des avis du Conseil d'État

La présence des membres du Conseil d'État à tous les moments de l'écriture constitutionnelle a pour conséquence la bonne réception de l'avis du 28 août 1958. Les articles relatifs au pouvoir gouvernemental témoignent l'influence de la rédaction du Conseil par rapport au texte final de la Constitution. Le futur article 5 de la Constitution suit, mot pour mot, la formulation de l'avis du 28 août,[407] malgré une proposition de modification des commissaires du Gouvernement lors du Comité interministériel du 1er septembre 1958.[408] La proposition de rédaction du Conseil d'État relative au pouvoir normatif du président de la République a fait l'objet d'une réorganisation de l'ordre de l'article qui ne modifie rien au fond.[409] Les commissaires du

[405] *Ibid*., p. 350 : « Il faut donc que l'opinion du pays vous appelle ; qu'elle obtienne du Président de la République qu'il vous offre une investiture régulière dès que le pouvoir deviendrait vacant ; que vous l'acceptiez après avoir formulé publiquement l'ensemble de votre programme, y compris les modifications constitutionnelles […] Si, au départ vous avez l'appareil d'État avec vous – position toute opposée à celle de 1940 – vous pourrez consacrer toute votre autorité légitime à la poursuite des grands objectifs pour lesquels vous êtes attendu et serez suivi par le pays ».

[406] DPC, *Volume I*, *op*. *cit*., p. 476 : « Après des observations de MM. Chenot […] ».

[407] DPC, *Volume III, op*. *cit*.; p. 468 : « Art. 4 » ; p. 696 : « Article 5 ».

[408] *Ibid*., p. 495 : « Le président de la République est le chef de l'État. Il veille au respect de la Constitution. Il assure, par son arbitrage, le fonctionnement régulier des Pouvoirs publics ainsi que la continuité de l'État.
Il est le garant de l'indépendance nationale, de l'intégrité du territoire, des accords de Communauté et du respect des traités ».

[409] *Ibid*., p. 470 : « Art. 12 – Le président de la République signe les ordonnances et les décrets en Conseil des ministres.

Gouvernement, durant ledit Comité, vont proposer de lister dans une « loi »[410] les autres emplois qui doivent faire l'objet d'une nomination en Conseil des ministres. La rédaction finale de l'article exigera loi organique. Les futurs articles 20 et 21 sont inchangés, sauf une adjonction mineure, qui n'était pas présente dans l'avis du 28 août, au dernier alinéa de l'actuel article 21.[411] L'article 39 en devenir conserve la même formulation, en dehors du changement de l'expression « projet de loi déterminant les ressources et les charges de l'État »[412], issue de l'avis du Conseil d'État, pour celle de « loi de finances ». Quant au système de l'article 34 et 37, à quelques nuances phraséologiques et de réagencement, l'avis du Conseil d'État a été suivi.[413]

Le même constat, de la réception des travaux du Conseil d'État, s'étend au reste des articles de la future Constitution.[414] En effet, le Comité interministériel du 1er septembre 1958 en retenant les suggestions de rédaction du Conseil d'État ne modifie pas son projet, puisque le Conseil sur de nombreux articles ne va proposer aucun changement ou que des modifications de formes.[415] La seule opposition de taille du Conseil repose sur le domaine de la loi. Les commissaires du Gouvernement, à quelques exceptions près,[416] se rangent à la rédaction du Conseil d'État : soit qu'elle reprend celle du Gouvernement sans changement, soit qu'elle la modifie.
Durant le Comité interministériel du 1er septembre 1958, les commissaires du Gouvernement proposent systématiquement une rédaction à partir des suggestions du Conseil d'État, avec parfois des modifications plus ou moins importantes. Dans 67,39% des cas,[417] la proposition des commissaires du Gouvernement aboutit à une reprise de la rédaction de l'avis du 28 août, soit que celle-ci diffère du texte gouvernemental ou qu'elle le reprenne. Dans 25% des cas,[418] la rédaction des articles de la future Constitution, sur la proposition des commissaires du Gouvernement, reprend la formulation dudit avis en apportant quelques modifications mineures. Seulement dans 7,61% des cas,[419] la rédaction suggérée par les commissaires du Gouvernement aboutit à des modifications majeures du libellé de l'avis du 28 août. Ces pourcentages achèvent de témoigner de l'influence du Conseil d'État sur l'élaboration constitutionnelle.

Il nomme en Conseil des ministres les conseillers d'État, le grand chancelier de la Légion d'honneur, les ambassadeurs et envoyés extraordinaires, les recteurs des académies, les préfets, les directeurs des administrations centrales, les officiers généraux, les représentants du Gouvernement dans les territoires d'outre-mer.
Il nomme aux autres emplois civils et militaires de l'État ; la loi détermine les conditions dans lesquelles ce pouvoir de nomination peut être exercé en son nom ». Il s'agit de la rédaction de l'avis du Conseil d'État.

[410] *Ibid*., p. 499.

[411] Art. 21. al 4 : « Il peut, à titre exceptionnel, le suppléer pour la présidence d'un conseil des ministres en vertu d'une délégation expresse et pour un ordre du jour déterminé ».

[412] *Ibid*., p. 476 : « Art. 37 ».

[413] J-L. Debré, *Les idées constitutionnelles du général de Gaulle*, LGDJ, 1974, p. 220 – 222.

[414] *Cf. Supra*.

[415] DPC, *Volume III, op. cit.,* pp. 491 – 535. La mentions « *sans changement* » revient souvent dans la colonne consacrée aux propositions de modifications du Conseil d'État.

[416] À titre exemplatif. *Ibid*. ; p. 495 : « Article 4 », celui-ci étant relatif au rôle d'arbitre du Président de la République ; p. 521 : « Article 63 », les commissaires du Gouvernement proposent un délai de 24h, concernant le dépôt et le vote d'une mention de censure sur une question de confiance du Gouvernement sur un texte, alors que le texte soumis à l'avis du Conseil d'État prévoyait trois jours – délai que le Conseil d'État avait validé.

[417] (62/92) x 100.

[418] (23/92) x 100.

[419] (7/92) x 100.

À noter que le Conseil d'État dans son avis susmentionné propose deux nouveaux articles, non prévus dans le texte gouvernemental.[420] Les commissaires du Gouvernement suggèrent de reprendre une formulation de la Commission constitutionnelle du Conseil d'État, que l'Assemblée générale n'avait pas retenue.[421]

La consultation du Conseil d'État terminée le 28 août ne marque pas la fin de son influence juridique sur l'élaboration de la Constitution. Celui-ci aura à connaître des décrets et ordonnances[422] de mise en œuvre du référendum. L'étude du Conseil d'État de 1959 ne fera que mentionner la consultation sur les décrets et ordonnances relatifs au référendum.[423] Les études et documents du Conseil d'État sont une source importante pour mesurer, dans le sujet porté à l'étude, la connaissance du Conseil d'État de questions constitutionnelles.

La formation administrative de préparation de la Constitution, et les formations politico-administratives, laissent place à des formations plus politisées. Le Comité interministériel du 1er septembre ne fait mention d'aucune présence d'un membre du Conseil d'État. Il y a une présence implicite « dans le tableau à l'italienne »[424] préparé pour ce Comité, qui fait place dans une colonne aux propositions des commissaires du gouvernement. Enfin, l'effacement est total dans le Conseil des ministres du 3 septembre 1958, qui arrête le texte du projet de loi constitutionnelle qui sera soumis à référendum. Ledit Conseil ne réunit, en toute logique, que les membres du Gouvernement.[425]

À noter que les documents disponibles dans les archives publiques relatifs à ce moment politique de l'élaboration constitutionnelle sont moins accessibles, à cause du secret qui entoure les délibérations du Gouvernement, caractère opaque qui est un trait fort du droit gouvernemental. Ce qui accentue l'inégalité entre l'influence du Conseil d'État en amont, dans la préparation, et en aval, pour la réception des travaux de l'institution Conseil d'État.[426]

Durant la campagne référendaire, la vie politique reprend ses droits. Le Conseil d'État se fait discret. La reprise en main du Gouvernement se traduit, sur le plan formel, par les signatures apposées en bas de la Constitution du 4 octobre 1958 : seuls le président de la République et les membres du Gouvernement sont signataires.[427] Le Conseil d'État est un auteur qui ne signe pas. La réception de l'avis du Conseil d'État, par le Gouvernement, nécessairement bonne par sa présence dans celui-ci, a pour effet de créer un texte cohérent.

---

[420] *Ibid.* ; p.520 : « Disposition non prévue » ; p. 530 : « Disposition non prévue ».
[421] *Ibid.*, p. 493 : « Reprise du texte dans la rédaction proposée par la Commission du Conseil d'État ».
[422] À titre exemplatif. JORF, 22 août 1958 ; Ordonnance n° 58-734 du 20 août 1958 portant organisation du référendum ; Décret n° 58-737 du 20 août 1958 relatif au contrôle des opération du référendum constitutionnel en Algérie.
[423] À titre exemplatif. EDCE, n° 13, 1959, p. 85.
[424] DPC, *Volume III, op. cit.,* p. 491.
[425] *Ibid.*, p. 593.
[426] Ce qui est volontairement traduit dans le présent travail par une inégalité dans le développement, pour mieux se conformer au réel.
[427] *Ibid.*, p. 716 – 717.

2°) La présence silencieuse du pouvoir administratif dans la Constitution : l'Administration matrice du droit constitutionnel

Les articles 5, 13, 20, 21, 34, 37 et 39 de la Constitution du 4 octobre 1958 ont le point commun, derrière la construction du pouvoir gouvernemental en lui-même et dans le pouvoir de Gouvernement, de percer jusqu'au pouvoir administratif.

La lecture combinée, des articles 5 et 13 de la Constitution, permet de constater que la Haute administration publique est assurée d'une forte stabilité et d'une prééminence sous la Ve République. Le chef de l'État, dans la conceptualisation de son rôle d'arbitre *supra partes*, va incarner la stabilité et la continuité de l'État. Tout comme le droit administratif qui se construisait sur la durée dans le même temps d'une histoire constitutionnelle en ligne brisée. La liste présente à l'alinéa 3 de l'article 13 balaye les champs de l'Administration publique[428] : la figuration en tête des « les conseillers d'État » est extrêmement démonstrative.

Au-delà de cette liste limitative, le renvoi, au dernier alinéa dudit article, à une loi organique permettra une dilatation considérable du pouvoir de nomination du président de la République. L'impressionnant tableau en annexe de la loi organique du 23 juillet 2010, relative à l'application du cinquième alinéa de l'article 13 de la Constitution,[429] élargit le pouvoir de nomination, notamment, aux présidents des autorités de régulation, à l'audiovisuel public et aux instituts nationaux de recherche. Le dernier ajout en date à ce pouvoir de nomination du président de la République est le défenseur des droits, en 2011. [430]

L'article 20 de la Constitution fait de l'Administration l'objet de la politique gouvernementale, c'est uniquement par elle que celle-ci peut se mettre en œuvre. Derrière cette disposition de l'Administration par le Gouvernement se profile une interdépendance : l'Administration n'est pas tant un objet du Gouvernement, mais plus un sujet incontournable de la politique de la Nation.

La lecture jointe, des articles 21 et 39 de la Constitution du 4 octobre 1958, illustre l'omniprésence de l'Administration de la confection de la norme à son exécution. L'alinéa 2 de l'article 39 oblige la consultation du Conseil d'État sur tout projet de loi ; représentant l'écrasante majorité du travail législatif, l'Administration, par l'institution du Palais Royal, est au décollage de la norme juridique. Tout comme l'Administration d'exécution des textes juridiques, qu'ils soient législatifs ou non, se trouve à l'atterrissage.

Le système des articles 34 et 37 de la Constitution, qui fait de la loi un archipel et du règlement un océan, offre une large compétence au pouvoir gouvernemental et dans son sillage une large action à l'Administration. Le retour à l'étude des normes constitutionnelles permet de justifier

[428] Art. 13, alinéa 3 : « Les conseillers d'État, le grand chancelier de la Légion d'honneur, les ambassadeurs et envoyés extraordinaires, les conseillers maîtres à la Cour des comptes, les préfets, les représentants de l'État dans les collectivités d'outre-mer régies par l'article 74 et en Nouvelle-Calédonie, les officiers généraux, les recteurs des académies, les directeurs des administrations centrales, sont nommés en Conseil des ministres ».
[429] Loi organique n°2010-837.
[430] Art. 1, Loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits.

la traduction dans la refondation du pouvoir de l'État, en 1958, de la puissance de l'Administration. Le rehaussement du pouvoir gouvernemental va de pair avec une puissance du pouvoir administratif. Les réflexions du Doyen Hauriou, sur celui-ci, trouve à se concrétiser dans le droit positif de la Ve République. La liaison du Gouvernement et du Conseil d'État permet au légiste de se loger au centre du pouvoir de révision.

Paragraphe 2 : La centralité du Conseil d'État dans le pouvoir de révision de 1958

La centralité du Conseil d'État, dans le pouvoir de révision de la Constitution de 1958, se comprend pleinement par son service, en plus de celui au Gouvernement, au Comité consultatif constitutionnel (A) ; l'analyse institutionnelle de cette influence du Conseil d'État, dans la procédure d'élaboration constitutionnelle, aboutit aussi au constat de sa cardinalité (B).

A) Le service du Conseil d'État au Comité consultatif constitutionnel : un levier de conquête de la légitimité démocratique

La représentation du Gouvernement, notamment par des membres du Conseil d'État, dans le Comité consultatif constitutionnel (1), a pour objet un éclairage de ce dernier détenteur de la légitimité démocratique (2).

1°) La figuration du Conseil d'État dans le Comité consultatif constitutionnel

Avant de s'attacher à la représentation des membres du Conseil d'État, dans le Comité consultatif constitutionnel, il faut mentionner un élément traduisant la rupture dans la tradition Constituante française : il s'agit de la présence, dans un organe qui se veut parlementaire, d'un tiers de membres nommés par l'Exécutif.[431]

Un tiers des membres du Comité consultatif constitutionnel sont nommés par le Gouvernement. Par un décret en date du 26 juillet 1958 portant nominations au Comité consultatif constitutionnel, seul un conseiller d'État en service extraordinaire est présent avec des Universitaires, des politiques et d'autres haut-fonctionnaires : il s'agit de M. Blocq-Mascart.[432] La figuration principale du Conseil d'État dans le Comité consultatif constitutionnel va passer par la représentation du Gouvernement dans ledit Comité. Le décret n°58-599 du 16 juillet 1958, concernant le Comité consultatif constitutionnel, prévoit la représentation du Gouvernement par des commissaires du Gouvernement. [433] Ceux-ci sont durant tous les travaux dudit Comité, MM. Janot, Luchaire, Guldner, Plantey, Chandernagor, Foyer.[434] Quatre d'entre eux sont membres du Conseil d'État : Raymond Janot, Erwin Guldner,[435] Alain Plantey[436] et André Chandernagor.[437] La figuration du Conseil d'État se réalise aussi par Jean Mamert,

[431] JORF, 17 juillet 1958, Décret du 16 juillet 1958 concernant le Comité consultatif constitutionnel, Art. 1er.
[432] JORF, 27 juillet 1958, Décret du 26 juillet 1958 portant nominations au Comité consultatif constitutionnel, Art. 1er.
[433] Art. 5.
[434] DPC, *Volume II, op. cit.,* p. 18.
[435] R. Drago, J. Imbert, J. Tulard, F. Monnier, *Dictionnaire biographique des membres du Conseil d'État 1799-2002*, Fayard, 2004, p. 499 : « Le 14 mai 1952, il fût nommé maître des requêtes au Conseil d'État, au tour extérieur ».
[436] *Ibid*., p. 870 : « 1950 1er janvier : auditeur 2e classe au Conseil d'État ».
[437] *Ibid*., p. 681 : « 1952 9 janvier – 1953 18 juillet : auditeur 2e classe au Conseil d'État ».

nommé secrétaire général du Comité consultatif constitutionnel, qui a pris une part importante à la réalisation de l'avant-projet.[438] Cette nomination se fait, par le Comité consultatif constitutionnel lui- même, sur la suggestion du garde des Sceaux, avec l'assentiment général.[439] Jérôme Solal-Céligny, qui lui aussi a participé à l'écriture de l'avant-projet, est désigné comme expert auprès du Comité.[440]

La présence des membres du Conseil d'État, dans les travaux, se déroule en séance et dans les groupes de travail du Comité. Ceux-ci sont réunis préalablement aux séances afin de préparer celles-ci. Les commissaires du Gouvernement n'assistent jamais aux groupes de travail. Seul le secrétaire général et le conseiller technique du Comité consultatif constitutionnel sont observateurs dans lesdits travaux.[441]

Le Professeur Waline, dans une de ses interventions, en séance, dira toute la dualité de Raymond Janot, un « commissaire du Gouvernement qui est aussi, comme chacun sait, un membre éminent du Conseil d'État ».[442] Certains membres du Comité consultatif constitutionnel ont conscience de l'influence du Conseil d'État sur le travail constituant. Il convient d'observer que les membres du Conseil d'État représentant le Gouvernement, le font à raison de leur participation aux travaux ayant mis au point l'avant-projet gouvernemental. L'idée initiale qui explique leur présence dans le Comité consultatif constitutionnel est d'éclairer les parlementaires sur la volonté gouvernementale.

2°) La recherche de la légitimité démocratique par l'expertise auprès du Comité consultatif constitutionnel

S'il y a un homme qui manifeste l'éclairage du Comité consultatif constitutionnel par la présentation de la pensée des rédacteurs, c'est Raymond Janot. Ce dernier procède à de véritables leçons constitutionnelles, qui sont principalement caractérisées par leur longueur et leur exhaustivité.[443] La méthode de présentation est toujours la même ; dégager la volonté générale du texte en discussion ; répondre aux échanges avec les parlementaires conformément aux directives gouvernementales, en se gardant de donner un avis personnel sur les positions politiques des membres du Comité.[444]

---

[438] DPC, *Volume II, op. cit.,* p. 37 : « [Allocution de Michel Debré à la séance du Comité consultatif constitutionnel du 29 juillet 1958] Un certain nombre de fonctionnaires du Conseil d'État et des administrations centrales peuvent être mis à votre disposition comme expert, car ils ont travaillé à la préparation de l'avant-projet. Vous avez, à ma gauche, M. Mamert qui a préparé cette organisation et qui est à votre disposition ».

[439] *Ibid*., p. 39 : « Paul Reynaud. […] Il nous reste à désigner notre secrétaire général ; je pense que le Comité sera d'accord pour confirmer M. Mamert dans ses fonctions. (*Assentiment*.) (*M. Mamert est nommé secrétaire général du Comité consultatif constitutionnel*) ».

[440] R. Drago, J. Imbert, J. Tulard, F. Monnier, *op. cit.,* p. 603 : « Membre du groupe d'expert réuni autour de Michel Debré, il est désigné comme expert auprès du Comité consultatif constitutionnel et comme rapporteur adjoint devant le Conseil d'État ».

[441] À titre exemplatif. DPC, *Volume II, op. cit*.; p. 117, p. 145, p. 189, p. 233.

[442] *Ibid*., p. 86.

[443] *Ibid*., p. 67 : « Raymond Janot. [..] Je vais essayer de dégager les grandes lignes ». Une intervention qui durera des pages 67 à 74.

[444] *Ibid*., p. 64 : Raymond Janot. […] Il y a une série de déclarations qui constituent des prises de positions au fond, et qui ont un caractère politique, portant sur une conception de politique générale. Ces déclarations, je les

Les commissaires du Gouvernement vont, en séance au Comité consultatif constitutionnel, sans cesse se référer à la volonté gouvernementale, pour expliquer le sens du texte.[445] Ce qui entraîne une certaine imprécision, dans la mesure où les commissaires du Gouvernement ne sont pas absolument certains du sens qu'ils donnent au texte : ils font au mieux en toute honnêteté.[446] Plus surprenant, les représentants du Gouvernement s'adonnent, parfois, à des critiques sur la formulation de l'avant-projet.[447] Une constante de la fonction de commissaire du Gouvernement est l'impossibilité de prendre des engagements.[448]

Seulement, cette présentation, en dehors de l'exhaustivité va avec ses duplicités. Celle-ci consiste dans l'explication de la volonté gouvernementale en sachant, à tout le moins, qu'elle est inexacte. Les commissaires du Gouvernement reprennent les explications du président du Conseil pour avancer que le président de la République ne peut pas révoquer le Premier ministre.[449]

Les commissaires du Gouvernement tentent aussi de minimiser les changements importants impliqués par la rationalisation du parlementarisme, sujet qui émeut particulièrement le Comité consultatif constitutionnel. Raymond Janot expliquera que la prévision d'un domaine règlementaire – dans lequel si le Parlement intervient les dispositions législatives prises peuvent être modifiées par voie règlementaire – et la limitation du droit d'amendement, ne sont pas une révolution juridique.[450] Il s'agit pourtant de la limitation normative du Parlement dans un régime parlementaire.

Le caractère dominant de cet éclairage se comprend par la dépendance des parlementaires, et autres membres dudit Comité, pour comprendre le texte. En effet, le texte de la Constitution a été rédigé par des juristes habitués au maniement des notions et concepts juridiques. Ce que ne sont pas, majoritairement, les membres du Comité consultatif constitutionnel. Les travaux du Comité, certes drapés d'une autorité morale et politique, bien qu'ayant grandement influé sur certains points du projet constitutionnel,[451] n'ont pas infléchi les lignes de force de l'avant-projet gouvernemental. Le Comité apporte son aide et ne peut pas faire un autre projet de texte : il ne peut donc opérer que des retouches. De plus, la consultation du Comité consultatif

---

enregistre. Un certain nombre d'autres comportaient des questions sur le texte constitutionnel. À ces questions, je vais essayer de répondre ».

[445] *Ibid*., p. 74 : « M. Janot, commissaire du Gouvernement. Je ne crois pas, pas tout à fait… que les rédacteurs du texte imputent ».

[446] *Ibid*., p. 54 : « M. Janot. […] Très honnêtement, je crois que c'est la signification de ce texte ».

[447] *Ibid*., p. 55 « M. Janot. […] Je ne suis pas du tout persuadé que le Gouvernement ait choisi la meilleure. Mais je crois que c'est assez cohérent ».

[448] *Ibid*., p. 61 : « M. Janot, commissaire du Gouvernement. Ce seront les questions à étudier. Je vous explique le texte. L'essaie de comprendre ce que vous dites mais je ne prends pas d'engagement ».

[449] *Ibid*., p. 300 : « M. le président. La deuxième question vise le premier. Il paraît évident que le président de la République, qui met fin aux fonctions des ministres sur proposition sur Premier ministre, ne peut révoquer ce dernier. M. le président de Conseil. Mais non, il ne peut pas révoquer le Premier ministre, sans quoi d'ailleurs le premier ministre ne pourrait pas gouverner avec l'esprit libre ».

[450] *Ibid*., p. 102 : « Raymond Janot. […] J'ai été très frappé par le fait que, si l'esprit de l'article 31 ne choquait pas tellement, par contre les articles 33 et 35 apparaîssent, notamment à M. le professeur Waline, comme franchement dérogatoires au droit commun et comme un peu révolutionnaires ».

[451] F. Goguel, « *L'élaboration des institutions de la République dans la Constitution du 4 octobre 1958* », RFSP, n°1, 1959, pp. 80 – 84.

constitutionnel, par son vote article par article, à un caractère discontinu qui lui enlève une force dans la procédure constituante.[452]

L'enjeu de la participation du Comité consultatif constitutionnel, plus que dans ce qu'il a fait dans ses travaux, se situe dans ce qu'il représente. Ledit Comité apporte à la phase de préparation de la Constitution la légitimité démocratique, qui manque au Conseil d'État et au Gouvernement. Il serait possible d'avancer que la participation des parlementaires, par le Comité consultatif constitutionnel, n'est pas une fin en soi, mais un outil au service de la bonne marche de l'élaboration constitutionnelle. Le Comité répond, comme le Conseil d'État, d'un principe de participation avec le Gouvernement à l'écriture de la Constitution. Seulement, cette participation ne va pas avec les mêmes possibilités de résistances à la volonté gouvernementale. Le rôle du Comité consultatif constitutionnel dans la procédure de révision, relativement à l'approche de l'influence du Conseil d'État sur celui-ci, illustre l'existence de relations complexes entre les acteurs de la révision. Cette complexité conduit à penser l'élaboration de 1958 par la théorie institutionnaliste.

B) La place institutionnelle axiale du Conseil d'État dans la révision constitutionnelle de 1958

La théorie de l'institution du Doyen Hauriou permet de mesurer l'influence du Conseil d'État (1) comme l'épicentre de la fonction constituante (2).

1°) Le Conseil d'État sujet nouveau de l'institution incorporée de la révision constitutionnelle

La procédure de révision constitutionnelle est une institution incorporée. La lecture de l'influence du Conseil d'État doit passer par la présentation de cette institution de la révision. La théorie de l'institution du Doyen Hauriou, inspirée du vitalisme bergsonien,[453] est traversée par une oscillation constante entre l'objectif et le subjectif.[454] Ce qui dans le cadre de l'étude l'influence du Conseil d'État sur le pouvoir constituant donne deux sources pour commencer à penser : l'une normative, il s'agit des compétences de l'article unique de la loi constitutionnelle du 3 juin 1958 et de celle de l'ordonnance de 1945 ; l'autre intersubjective, il s'agit des contributions réciproques des autorités constituantes : d'où l'intérêt des travaux préparatoires.

---

[452] J-M. Denquin, *La Genèse de la Ve République*, PUF, 1988, p. 203 : « Le Comité ne s'est pas prononcé globalement sur le texte. Il s'est borné à prendre position article par article. La différence est considérable, car cette méthode confère à son intervention un caractère à la fois technique et discontinu ».

[453] H. Bergson, *L'évolution créatrice*, PUF, 2018, p. 88 : « Nous revenons ainsi, par un long détour, à l'idée d'où nous étions partis, celle d'un élan originel de la vie, passant d'une génération de germes à la génération suivante de germes par l'intermédiaire des organismes développés qui forment entre les germes des traits d'union ». Par analogie au sujet étudié les générations de germes correspondent aux régimes politiques prévus dans différentes Constitutions et le germe trait d'union, en 1958, serait la procédure de révision.

[454] M. Hauriou, « *La théorie de l'institution et de la fondation. Essai de vitalisme social », in Miscellanées Maurice Hauriou*, Éditions L'Épitoge – Lextenso, 2013, p. 151 : « On touche du doigt l'erreur fondamentale de toute cette construction : elle consiste à prendre la réaction pour l'action et la durée pour la création ; ce sont les éléments subjectifs qui sont les forces créatrices et qui sont l'action ; les éléments objectifs, la règle de droit, le milieu social, l'ordre public, ne sont que des éléments de réaction, de durée et de continuité ; attribuer aux uns le rôle des autres, c'est mettre la maison à l'envers ».

La théorie institutionnaliste du Doyen Hauriou est présentée dans son manuel *Principes de droit public* comme suit : « *Nous définirons donc l'institution incorporée de la manière suivante : une organisation sociale, en relation avec l'ordre général des choses, dont la permanence individuelle est assurée par l'équilibre interne d'une séparation des pouvoirs, et qui a réalisé dans son sein une situation juridique* ».[455]

La révision de la Constitution, comme a pu le montrer Condorcet est en relation avec l'ordre des choses, et plus particulièrement avec l'ordre social, car elle est une procédure qui permet de mettre en harmonie la norme juridique avec l'état de la société.[456] Cette séparation entre la norme juridique et la norme sociale se traduit en droit par la prévision d'une procédure juridique d'une force particulière : la révision constitutionnelle. Il en va de même pour un pouvoir constituant originaire qui est un moment de saisissement par le droit du phénomène politique, durant lequel il y a la formulation du texte du pouvoir de l'État sur la société. Même si le caractère juridique, fut-ce partiellement, du pouvoir constituant originaire est plus discutable.[457]

Assurément dans la procédure d'élaboration ou de révision de la Constitution, il y a une organisation sociale. Les Constituantes, dans le cadre du pouvoir constituant originaire, sont la réunion d'un groupe particulier, les parlementaires, avec leur sens de la représentation de la Nation. Dans le cadre du pouvoir de révision, il s'agit d'un pouvoir constitué qui est sollicité, avec ses pratiques et ses membres, pour modifier les mots écrits de la Constitution. L'histoire constitutionnelle française, relative à l'élaboration et la révision de la Constitution, comprend une organisation sociale autant parlementaire qu'exécutive suivant les régimes.[458]

Pour ce qui a trait à la séparation des pouvoirs, la qualification juridique de la révision constitutionnelle se réalise bien souvent par le critère élémentaire de la rigidité, qui aboutit *in fine* à une définition par rapport aux procédures d'autres normes. Par exemple, la procédure de la Constitution est décelable parce qu'elle est plus rigide que la procédure législative. Ce qui tout en étant vrai, n'en demeure pas moins en dehors de la définition du critère de la séparation des pouvoirs dans l'institution corporative. Celle-ci se caractérise par un équilibre interne des pouvoirs : il s'agit des pouvoirs dans la révision constitutionnelle. Les réflexions sieyèsiennes sur le pouvoir constituant ont miné l'étude de la séparation des pouvoirs dans celui-ci ; il n'y a pas lieu de séparer dans le pouvoir constituant car la Nation est une. La situation juridique dans le moment constituant, pour l'ingénieur en Constitution de la Révolution, se résume à l'omnicompétence du Souverain constituant.[459] Ainsi, la révision constitutionnelle est un lieu de rencontre entre des organes constitués prévus par le droit et cette interaction entre des

---

[455] M. Hauriou, *Principes de droit public*, Dalloz, 2010, p. 129.
[456] *Cf. Supra*.
[457] *Cf. Supra*.
[458] De la puissance du législatif dans l'écriture constitutionnelle : 1791, 1793, 1795, 1830, 1848, 1875, 1946. De la puissance de l'Exécutif dans l'écriture constitutionnelle : 1799, 1802, 1804, 1814, 1815, 1852, 1940, 1958.
[459] J-E. Sieyès, *Reconnaissance et exposition raisonnée des droits de l'Homme et du Citoyen*, in *Les grands orateurs de la Révolution française*, Gallimard, p. 1013 : « Les pouvoirs compris dans l'établissement publics sont tous soumis à des lois, à des règles, à des formes, qu'ils ne sont point maîtres de changer. Comme ils n'ont pas pu se constituer eux-mêmes, ils ne peuvent pas non plus changer leur constitution ; de même ils ne peuvent rien sur la constitution les uns des autres. Le pouvoir constituant peut tout en ce genre ».

organes, dans l'institution de la révision, amène logiquement à une mise en ordre équilibrée par une séparation des pouvoirs.

Pour que l'institution de la révision constitutionnelle existe comme telle, il faut qu'elle soit une individualité. Cette permanence individuelle se trouve dans la constance du droit positif : pas une Constitution depuis celle de 1791 a omis de prévoir, directement ou indirectement, une procédure de révision constitutionnelle.[460] Concernant, le pouvoir constituant originaire, toute Constitution, dans l'histoire constitutionnelle française, se rapporte directement ou indirectement à celui-ci.

Indubitablement, le pouvoir de révision procède d'une situation juridique qui a la particularité de le prévoir dans sa totalité. Le pouvoir de révision n'est que l'émanation du droit. La situation juridique du pouvoir constituant est plus discutable, même s'il est possible de considérer que l'exercice du pouvoir constituant est sujet du droit de l'État.[461] Relativement à l'analyse institutionnaliste du pouvoir de révision de la Constitution, il faut admettre que celui-ci est une institution incorporée. Cette institution, qui va naître et se pérenniser à l'aube de l'État moderne, se retrouve en 1958.

L'opération de fondation, trait caractéristique de l'institution, se compose de quatre éléments : « *1° la manifestation de volonté commune avec intention de fonder ; 2° la rédaction des statuts ; 3° l'organisation de fait de l'institution corporative ; 4° la reconnaissance de sa personnalité juridique* ». Premièrement, la révision de la Constitution de 1958 est née d'une manifestation de volonté indirecte : l'impossibilité du fonctionnement du régime politique avait fait naître la volonté commune de changer les règles de celui-ci. Ce qui s'est traduit par un désir de révision de la Constitution qui a abouti politiquement le 1er juin 1958, et juridiquement le 3 juin 1958. L'intention de fonder des institutions durables se comprend par les régimes politiques précédents. Deuxièmement, ce souhait de réviser la Constitution s'est traduit par un statut juridique, des autorités constituantes dans le pouvoir de révision, avec la loi constitutionnelle du 3 juin 1958. Comme toute loi, elle fut votée par le Parlement, qui demeure une pièce maîtresse de la révision de 1958. Troisièmement, l'organisation de fait du pouvoir de révision s'est réalisée avec l'état des pouvoirs dans le régime de la IVe République et, pour une autre partie, avec une organisation factuelle nouvelle. Le Gouvernement a préparé le texte dans ses palais d'État utilisés depuis plusieurs siècles. Le Comité consultatif constitutionnel, est un exemple d'une organisation de fait nouvelle car étant une organisation de droit nouvelle : la nouveauté factuelle se situe dans la mise à disposition d'une partie du Palais Royal pour ses locaux. Quatrièmement, la reconnaissance de la personnalité juridique au pouvoir de révision en 1958 est la condition *sine qua non* de l'entrée en vigueur juridique de la Constitution envisagée. Le pouvoir de révision est fondé dans son individualité par le droit.

Toutefois, le moment de 1958 est un temps de rupture dans la continuité de l'institution de la révision constitutionnelle, par une refondation de celle-ci. Il ne s'agit pas ici de s'attacher aux

[460] *Cf. Supra*.
[461] *Cf. Supra*.

différences dans le contenu de la réforme envisagée, mais aux modifications de la révision constitutionnelle. La manifestation de volonté avec pour dessein de fonder un régime équilibré est commune. La rédaction des statuts juridiques, au-delà du constat du vote, suivant les formes constitutionnelles, est marquée par une puissance gouvernementale. Le Parlement est conduit par la volonté de Charles de Gaulle, qui se trouve dans un lien historique direct avec le peuple. L'écriture des statuts est juridiquement du Parlement et politiquement du Gouvernement, ce qui était impensable dans les régimes de souveraineté parlementaire. L'organisation de fait de la révision est marquée par une double considération : la puissance de fait des membres du Gouvernement sur les autres autorités constituantes et l'existence d'une organisation de droit administratif – notamment dans la préparation de la décision politique – au service d'une entreprise qui se veut parlementaire. Derrière la reconnaissance de la personnalité juridique à l'institution de la révision, il serait possible de considérer que c'est l'Exécutif qui exerce cette personnalité juridique. Seuls le président de la République et les membres du Gouvernement signent la Constitution. Dans cette personnalité juridique totale, une partie dominante se dégage.

Après avoir démontré la refondation en 1958 de la révision constitutionnelle, il faut s'attacher aux éléments saillants, caractérisant l'influence du Conseil d'État, dans le cadre de la définition de l'institution. La révision totale de 1958 se cadre dans un rehaussement du pouvoir de l'État, qui fait suite à un désordre institutionnel et politique : l'ordre des choses nécessite une révision. Surtout, la transition constitutionnelle de 1958, est atypique du point de vue de l'organisation sociale pour deux raisons ; d'une part, elle est un carrefour entre différentes organisations sociales : parlementaires, gouvernementales, juridictionnelles ; d'autre part, elle est le moment de l'abaissement de l'organisation sociale parlementaire au profit d'un rehaussement des organisations sociales du Gouvernement et du juge-conseiller. Le repositionnement social en question par sa relative éviction des parlementaires, dans le cadre d'une rénovation du parlementarisme, est une nouveauté dans l'histoire constitutionnelle française. Toute la double influence, en et hors Conseil d'État du Conseil d'État, trouve sa source dans la refondation du critère de l'organisation sociale.

Deux autres particularités de l'élaboration constitutionnelle de 1958 résident dans la permanence relative et l'importance de la séparation des pouvoirs des autorités constituantes dans le pouvoir de révision. C'est l'article unique de la loi constitutionnelle du 3 juin qui avance le caractère temporaire de la procédure disposée, et par là même une permanence individuelle circonscrite. Il s'agit d'une transition constitutionnelle, et non pas seulement d'une simple révision dans le cadre d'une continuité du même régime politique. Aussi, ledit article prévoit la présence de plusieurs organes contribuant à la révision. Certains vont rendre des avis, plus politique que juridique et moins politique que juridique, un autre conduit la procédure. Il faut trouver un équilibre entre, réciproquement, le Comité consultatif constitutionnel, le Conseil d'État et le Gouvernement. Reste, évidemment, le dernier organe dans la personne du peuple qui achève de lier le juridique et le politique.

Tous ces éléments sur la procédure de révision de la Constitution de 1946 recèlent de particularités qui permettent de penser l'influence du Conseil d'État. Ce dernier a une

prédisposition théorique pour intervenir dans le désordre, causé par l'impuissance de l'État, en tant qu'il est une manifestation de la puissance de l'État.[462] Une grande partie de l'influence du Conseil d'État réside dans l'autorité de son corps. Les membres du Conseil d'État sont dotés d'une aura par sa liaison avec l'État. Cette organisation sociale se retrouve dans l'élaboration. L'avancement de ses membres dans son institution se fait à l'ancienneté. Il y a des différences entre les âges dans l'élaboration de la Constitution de 4 octobre 1958, les « jeunes » qui élaborent dans le Gouvernement et les « sages » qui jugent de leur travail en Commission constitutionnelle et en Assemblée générale. Les techniques constitutionnelles, susmentionnées, dégagées ne sont que la traduction de l'existence de ce corps administratif avec ses habitudes. La situation juridique passagère de la procédure dérogatoire à l'article 90 de la Constitution contraste avec la permanence du Conseil d'État, dans l'histoire constitutionnelle et dans le régime passé et à venir. Le Conseil d'État apporte de la permanence dans le temporaire.

Le Conseil répond par sa nature d'un lien fort avec les caractéristiques de la théorie institutionnaliste. Finalement, il faut mesurer l'influence du Conseil d'État sur les éléments constitutifs de la théorie de l'institution que sont l'idée d'œuvre à réaliser dans un groupe social, l'organisation du pouvoir au service de cette idée et les manifestations de communion dans le groupe social en question.[463]

Premièrement, l'idée d'œuvre semble aisée à découvrir : la restauration du pouvoir de l'État, comme l'indique le vice-président Cassin dans son discours devant l'Assemblée générale, pour passer les troubles interconstitutionnels.[464] Les références constantes aux principes généraux du droit de l'État manifestent cette intériorisation par les membres du Conseil d'État de cette idée d'œuvre à réaliser. L'État en France, dans le temps constituant de 1958, n'est pas n'importe quel État, c'est un État démocratique. Cela implique que l'idée d'œuvre du Conseil d'État est la construction démocratique du pouvoir de l'État. Plusieurs éléments, dans l'influence du Conseil d'État, en et hors, semblent aller dans ce sens.

D'une part, en Conseil d'État, les conseillers d'État vont marteler que la rédaction qu'ils proposent du Préambule emporte le maintien de leur jurisprudence.[465] Cette jurisprudence est relative au texte au fondement du droit public moderne, pour reprendre l'expression du Doyen Duguit, et au Préambule de 1946. La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, des 24 et 26 août, a pour objet premier de garantir les droits naturels de l'homme dans l'état social. Ce qui prouve la dualité du service du Conseil d'État tant à l'État qu'à la Nation, avec sa volonté

---

[462] S. Leroyer, *op. cit.,* p. 31.

[463] M. Hauriou, « *La théorie de l'institution et de la fondation. Essai de vitalisme social », in Miscellanées Maurice Hauriou*, Éditions L'Épitoge – Lextenso, 2013, p. 152 : « Les éléments de toute institution corporative sont, nous le savons, au nombre de trois : 1°) l'idée d'œuvre à réaliser dans un groupe social ; 2°) le pouvoir organisé mis au service de cette idée pour sa réalisation ; 3°) les manifestations de communion qui se produisent dans le groupe social au sujet de cette réalisation ».

[464] DPC, *Volume III, op. cit.,* p. 284 : « Il a une existence permanente qui survit à travers les régimes politiques divers et, à ce titre, il est appelé à rendre des services particuliers à l'État dans les périodes de crises interconstitutionnelles ou de troubles ».

[465] *Ibid.* ; p. 42 : « M. le Président. C'est en connaissance de cause que ce Préambule fait sien la jurisprudence du Conseil d'État » ; p. 288 : « M. Blondel. […] La section du contentieux a reconnu une valeur juridique au Préambule de la Constitution de 1946 à propos du droit de grève ».

de conserver sa jurisprudence libérale, en maintenant – sans présager de l'essor extraordinaire de la référence à l'auguste texte – le lien dans le droit positif entre l'actuelle Constitution et la Déclaration de 1789. Le Conseil d'État dans sa contribution à la restauration de la puissance de l'État, ne va pas oublier de contrebalancer celle-ci par les droits des individus.

De plus, le travail constituant de 1958 s'échine à restaurer le pouvoir de l'État par la puissance de l'Administration dans celui-ci et sur la société. L'esprit du juge administratif, présent dans les travaux préparatoires, n'aura de cesse de faire appel au recours pour excès de pouvoir pour limiter ce dernier.[466] Clairement, le juge devient un instrument fondamental de garantie de l'État démocratique.

D'autre part, le conseil d'État hors Conseil d'État, réalise une construction démocratique du pouvoir de l'État, en ce qu'il diminue son influence sur les décideurs quand ceux-ci entrent dans le champ du choix politique.[467] Ce n'est plus au Conseil d'État mais au peuple d'avoir une emprise sur le Gouvernement. À partir de cette idée de la construction démocratique du pouvoir de l'État, le Conseil va organiser toute son influence au service de celle-ci.

Deuxièmement, l'organisation du pouvoir du Conseil d'État dans la révision constitutionnelle s'exécute, toujours sur le même double plan, en et hors Conseil d'État. En Conseil d'État, l'institution va réutiliser ses formes et techniques juridiques en les adaptant. La création d'une Commission constitutionnelle et l'utilisation de techniques extraordinaires.[468] L'organisation interne des pouvoirs permet de rationaliser le travail du Conseil d'État au service de l'accomplissement de son idée d'œuvre.

L'influence du Conseil d'État sur les autres autorités constituantes est beaucoup plus dense car il se trouve à l'épicentre du pouvoir de révision de la Constitution. Le Gouvernement l'écoute attentivement et suit son avis, quand il n'est pas déjà influencé par les membres du Conseil présents dans le Gouvernement ; le Comité consultatif constitutionnel est sujet des longues présentations de Raymond Janot et de l'avant-projet préparé par le groupe de travail de Michel Debré ; le peuple référendaire, sans le savoir, est sous l'influence du Conseil d'État par sa construction démocratique du pouvoir et par l'emprise du légiste sur la seule autorité constituante positive dans la personne du Gouvernement.

Dans cette organisation du pouvoir dans l'institution, le principe représentatif s'immisce.[469] L'identité de ceux qui représentent le Conseil d'État est assez élémentaire : elle se rapportent à tous les membres du corps administratif où qu'ils soient. Les membres du Conseil d'État hors Conseil d'État ont une double qualité représentative, en ce qu'ils figurent tant implicitement le

---

[466] L'appel au recours pour excès de pouvoir ruisselle du rappel du Conseil d'État à sa jurisprudence, dont ledit recours contentieux est un élément cardinal.
[467] *Cf. Supra*.
[468] *Cf. Supra*.
[469] M. Hauriou, « *La théorie de l'institution et de la fondation. Essai de vitalisme social », in Miscellanées Maurice Hauriou*, Éditions L'Épitoge – Lextenso, 2013, p. 156 : « Il faut que le pouvoir de gouvernement d'une institution corporative agisse au nom du corps, que ses décisions puissent être considérées comme celles du corps lui-même ».

Conseil d'État qu'explicitement l'organe dans lequel ils sont. Plus difficile est la question de l'identité de celui que représente la Haute juridiction. Formellement, la compétence consultative du Conseil d'État en tant qu'institution se rapporte au Gouvernement, car l'avis est réalisé pour son compte. Ce qui est en accord avec le principe de participation du Conseil à la reconstruction gouvernementale du pouvoir de l'État. Seulement, derrière cette approche strictement formelle, il semble que le Conseil d'État, par son idée d'œuvre de construction démocratique du pouvoir de l'État, soit aussi au service de la Nation.

Troisièmement, il y a des manifestations de communion « *soit en l'idée d'œuvre à réaliser, soit en celle des moyens à employer* ».[470] D'une part, la communion de l'idée d'œuvre à réaliser se situe sur le double plan, en et hors Conseil d'État, avec quelques nuances. Durant la Commission constitutionnelle et l'Assemblée générale, les membres du Conseil d'État vont au début des travaux de ces deux formations manifester une prise de conscience de l'enjeu de la restauration du pouvoir de l'État. Devant l'Assemblée générale, Michel Debré,[471] le rapporteur général Deschamps[472] et le vice-président Cassin[473] témoignent de la recherche de la grandeur de la France, et plus particulièrement dans le cadre du rôle du Conseil d'État de la recherche juridique de cette grandeur. Les allocutions introductives sont destinées à cadrer le travail du Conseil d'État, mais aussi à créer un moment de rencontre, de communion, entre les membres de l'Assemblée générale. La particularité de la communion en Conseil d'État, est qu'elle ne se limite pas à ses membres. En effet, elle s'étend jusqu'au Gouvernement, que ce soit par le discours de politique constituante du garde des Sceaux[474] ou par les références de ses membres à la volonté du gouvernement. Il faut mentionner les quelques manifestations de communion, dans les débats au Conseil, avec le Comité consultatif constitutionnel[475] : il s'agit d'une communion moindre par rapport à celle avec le Gouvernement.

D'autre part, la communion sur les moyens à employer se situe en Conseil d'État et hors Conseil d'État. Le Conseil d'État, dans le cadre de sa compétence constitutionnelle et administrative, utilisera ses méthodes administratives pour l'élaboration de la Constitution. Les membres du Conseil d'État dans le Gouvernement, qui agissent en vertu de la compétence constitutionnelle de ce dernier, utiliseront les mêmes méthodes administratives.

---

[470] *Ibid*., p. 157.
[471] DPC, *Volume III, op. cit.,* p. 255 : « L'objet de la réforme constitutionnelle est donc clair. Il est d'abord, et avant tout, d'essayer de reconstruire un pouvoir sans lequel il n'est ni État, ni démocratie, c'est-à-dire en ce qui nous concerne, ni France, ni République ».
[472] *Ibid*., p. 283 : « Nous devons examiner cette Constitution, la discuter avec toute l'ampleur qu'elle mérite, avec le sens de grandeur de notre pays basé sur des institutions solides et cohérentes, avec le sens, Messieurs, de la grandeur de la France ».
[473] *Ibid*., p. 284 : « Notre rôle est, lorsque le pouvoir politique a dégagé les grandes tendances et choisi ses orientations, d'une part, de les intégrer dans la vie de la nation dans la mesure où elles sont compatibles avec son esprit et avec « les principes généraux » qui gouvernent la République française moderne et, d'autre part, de le faire en suivant les règles d'une bonne technique juridique ».
[474] *Cf. Supra*.
[475] À titre exemplatif. *Ibid*., p. 343 : « M. le président. Alors, maintenant je dois soumettre au vote, l'amendement le plus ancien. Je vais demander à nos collègues, quels sont ceux qui sont favorables à l'amendement de M. Delvolvé, qui rétablit le vœu du Comité consultatif constitutionnel… qu'ils veuillent bien lever la main ».

Par ailleurs, il faut s'attacher aux phénomènes d'intériorisation, d'incorporation et de personnification.[476] L'intériorisation s'entend de l'appropriation intersubjective, de l'idée d'œuvre, par les membres du groupe social d'une institution. L'incorporation est une représentation de l'idée directrice dans l'institution ou les membres ont intériorisé ladite idée. Enfin, la personnification se comprend comme l'existence à l'état objectif de l'idée dans l'institution étudiée – c'est l'incorporation – et l'existence subjective de l'institution en question.

Dans le cadre de l'influence du Conseil d'État sur l'écriture de la Constitution de 1958, cela signifie que : 1°) les membres du Conseil d'État vont intérioriser, par leur liaison ancestrale avec l'État, l'idée de restauration du pouvoir de l'État, dans un cadre démocratique ; 2°) le Conseil d'État en tant qu'institution et les membres du Conseil d'État, dans le cadre des travaux préparatoires de la révision constitutionnelle, baignent dans cette idée directrice de restauration du pouvoir de l'État ; 3°) l'incorporation de l'idée directrice par l'institution du Conseil d'État suscite une personnification qui se surajoute à l'incorporation et fait exister le Conseil en tant que personne juridique – autorité constituante – dans l'institution corporative de la révision constitutionnelle.

La théorie de l'institution du Doyen Hauriou permet d'éclairer le rôle du Conseil d'État et son influence dans l'écriture de la Constitution, par la compréhension de ce qu'il est dans le pouvoir constituant. Sa liaison avec le Gouvernement et son lien avec le Comité consultatif constitutionnel fait de lui le cœur de la procédure constituante, ce qui présage le régime en devenir.

2°) Le Conseil d'État épicentre de la fonction constituante

Le Conseil d'État durant l'élaboration de la Constitution de 1958 est l'autorité constituante qui se trouve au centre de la procédure. Cette centralité se manifeste par une présence organique de ses membres dans toutes les autorités constituantes, sauf, évidemment, dans le peuple référendaire. La figuration des membres du Conseil d'État dans le groupe de travail et parmi les commissaires du Gouvernement, ces derniers bien souvent étaient les premiers, est indéniable. La retenue des commissaires du Gouvernement en séance contraste avec leur liberté dans l'intimité du travail gouvernemental. Toujours sur le plan organique, les membres du Conseil d'État sont au Comité consultatif en qualité de commissaire du Gouvernement et de secrétaire général dudit Comité.

La rencontre entre les autorités se manifeste aussi sur le plan fonctionnel. Le Gouvernement exercera sa compétence d'élaboration de la Constitution en fonction de l'avis et du savoir-faire

[476] M. Hauriou, « *La théorie de l'institution et de la fondation. Essai de vitalisme social », in Miscellanées Maurice Hauriou*, Éditions L'Épitoge – Lextenso, 2013, p. 158 : « Les institutions corporatives subissent le phénomène de l'incorporation, qui les conduit à celui de la personnification. Ces deux phénomènes sont, eux-mêmes, sous la dépendance d'un mouvement d'intériorisation qui fait passer dans le cadre de l'idée directive de l'entreprise, d'abord, les organes de gouvernement avec leur pouvoir de volonté, ensuite, les manifestations de communion des membres du groupe ».

du Conseil d'État. Concernant, le Comité consultatif constitutionnel il faut mentionner qu'il a la même compétence sur le plan formel : rendre un avis. Seulement ladite consultation n'a pas la même puissance, que celle du Conseil d'État, par la pratique politique et non par le droit qui revêt une identité consultative. Cette relative similitude fonctionnelle des autorités constituantes n'est que le témoignage du travail quasi-parlementaire du Conseil d'État en 1958.

Il reste une autorité constituante avec laquelle le Conseil d'État n'est pas en lien direct : le peuple référendaire de l'article unique de la loi constitutionnelle du 3 juin 1958. Le peuple a été grandement influencé par les travaux du Conseil d'État, mais il ne le sait pas. Ces relations dans le pouvoir de révision de la Constitution augure de l'état des pouvoirs instauré dans la Ve République.

La procédure de révision de la Constitution est un bon témoignage de l'équilibre en présence dans le régime.[477] La séparation des pouvoirs dans l'élaboration de 1958 s'analyse comme un rabaissement du Parlement et un rehaussement du Gouvernement et du Conseil d'État dans la fonction constituante. La rationalisation du parlementarisme, pour reprendre l'expression du Doyen Mirkine-Guetzévitch, qui existe indéniablement dans le régime de la Ve République, débute dans l'élaboration de celui-ci. La genèse constitutionnelle en 1958 avec l'influence du Conseil d'État, procède d'autant plus à une rationalisation du pouvoir.[478] En effet, l'écriture juridique de la Constitution, lieu du pouvoir politique, par un juriste s'inscrit dans cette vague de juridicisation du pouvoir de l'État. La contribution du Conseil d'État se déroule dans la continuité de l'approche du pouvoir par le droit, et de la rationalisation de celui-là par celui-ci.

Le Conseil d'État devient un outil au service de la rationalisation du parlementarisme. La preuve en est que le légiste édifie la matière de la procédure législative. Cette dernière étant la manifestation de la limitation des pouvoirs du Parlement.[479] Le pouvoir de révision de la Constitution étant un pouvoir dans l'État se fond parfaitement dans une analyse rationnelle, en ce qu'il dispose d'un statut juridique. À la suite du constat de la possibilité de l'approche rationnelle du pouvoir de révision, il serait possible d'affirmer qu'il existe une rationalisation du parlementarisme dans la procédure de l'article unique de la loi constitutionnelle du 3 juin 1958.

Le Comité consultatif constitutionnel n'a qu'un pouvoir de sollicitation par son avis du 20 août 1958 sur l'avant-projet de Constitution. Surtout, les organes forts de la révision constitutionnelle – le Gouvernement et le Conseil d'État – sont ceux qui auront le plus de

---

[477] W. Zimmer, « *La loi du 3 juin 1958 : contribution à l'étude des actes pré-constituants* », RDP, 1995, p. 396 : « La compétence de révision constitutionnelle est un élément essentiel de l'équilibre du régime et un indice déterminant de sa forme. La répartition de cette compétence entre les divers organes constitués ou son attribution à un organe spécifique est une expression de la volonté du Constituant qui trouve sa légitimation dans le souci de ne pas laisser la Constitution à la portée d'un seul organe. Cette domination d'un seul organe, par exemple, crée un déficit dans l'équilibre institutionnel ».

[478] B. Mirkine-Guetzévitch, *Les constitutions européennes*, PUF, 1951, T.1, p ; 17 : « La rationalisation du pouvoir tendant à remplacer le fait métajuridique du pouvoir par des règles de droit écrit, est un phénomène constant du devenir constitutionnel moderne ».

[479] *Ibid*., p. 17 : « Les Constitutions européennes de 1919-22 ont surtout rationalisé le régime parlementaire, en créant un nouveau droit, celui de la procédure parlementaire ».

pouvoir sous la Ve République. En outre, la rationalisation constituée, entre les pouvoirs constitués, n'est que la continuation de la rationalisation constituante, en 1958, entre les autorités constituantes dans le pouvoir de révision.

Conclusion Section 2

L'influence du Conseil d'État hors Conseil d'État est double entre le Gouvernement, qui est l'autorité constituante dominante dans la révision, et le Comité consultatif constitutionnel. La contribution hors Conseil se situe, principalement, dans la compétence constitutionnelle, dont dispose le Gouvernement, en vertu de l'article unique de la loi du 3 juin : les membres du Conseil d'État au service du Gouvernement agissent dans des organes administratifs en vertu de la compétence constitutionnelle gouvernementale. Accessoirement, les juristes du Palais Royal, qui travaillent pour le Comité consultatif constitutionnel, interviennent d'après la compétence constitutionnelle dudit Comité, prévue au même article unique. Les membres du Conseil d'État, peu importe l'autorité constituante dans laquelle ils se trouvent, importent une méthode administrative d'élaboration de la Constitution.

Des liens entre le Conseil d'État et les politiques, à savoir le Gouvernement et le Comité consultatif constitutionnel, s'instaurent par la dilapidation de ses membres dans ceux-ci. D'une part, les membres du Conseil d'État, situés en dehors de leur institution, vont jouer un rôle de relais vers ce dernier. La présence du vice-président Cassin aux réunions constitutionnelles permettra à ce dernier de saisir complètement la pensée gouvernementale, pour mieux la transmettre à ses collègues durant les séances en Commission constitutionnelle et en Assemblée générale. La présence de Jérôme Solal-Céligny comme expert juridique auprès du Comité consultatif est finalisée par l'idée de transmettre la pensée des rédacteurs de l'avant-projet. Aussi, l'évocation du Comité consultatif constitutionnel, dans les travaux en Conseil d'État, se réalise d'autant plus aisément par la présence de membres du Conseil dans ledit Comité. D'autre part, l'emprise du Conseil d'État sur le Gouvernement se mesure par le respect de son avis qui est très majoritairement suivi dans la détermination du projet gouvernemental.

L'emprise du Conseil d'État, par ses membres, sur le Comité consultatif constitutionnel tranche avec celle sur le Gouvernement. Les conseillers d'État, au sens large, aident le Gouvernement à arrêter son projet de loi. Même si les parlementaires auront une influence, par leur avis, c'est plutôt ledit Comité qui rend un service au Gouvernement, par l'inclusion dans la procédure de révision de la légitimité démocratique, qu'il représente. Le Conseil d'État dans cette relation, entre les deux autorités constituantes, devient un instrument de légitimation de la captation de la légitimité démocratique.

Les membres du Conseil durant l'élaboration de 1958, sont omniprésents avec les politiques, ce qui leur permet d'influencer considérablement le travail constituant. Seulement, leur influence est mesurée, en ce sens que la méthode administrative d'élaboration de la Constitution procède d'un équilibre avec le politique : plus la question juridique se politise, plus la décision revient au politique. L'autolimitation des membres du Conseil d'État se trouve aussi dans l'influence du Conseil d'État hors Conseil d'État.

Conclusion Chapitre 1

L'influence du Conseil d'État sur l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958 est marquée par une complétude fonctionnelle et spatiale. Le conseiller de l'État utilise ses méthodes provenant tant de ses fonctions consultatives que juridictionnelles. Et l'emprise du Conseil sur l'écriture du projet de loi constitutionnelle se situe, dans l'espace, en Conseil d'État, avec les travaux amenant à l'avis du 28 août 1958, et hors Conseil d'État, par la ventilation de ses membres, principalement dans le Gouvernement et accessoirement dans le Comité consultatif constitutionnel.

Toute influence, toute activité juridique, repose nécessairement sur une compétence. L'élaboration constitutionnelle, en 1958, se fonde sur des compétences tant administrative que constitutionnelles, qui sont réparties, réciproquement par l'article 27 de l'ordonnance n° 45-1708 – pour l'avis du Conseil d'État du 1er juin 1958 – et par l'article unique de la loi constitutionnelle du 3 juin, entre les différentes autorités constituantes.

D'une part, le Conseil d'État, en tant qu'institution qui rendra un avis sur l'avant-projet gouvernemental, possède une compétence constitutionnelle. Celle-ci, ayant été mise au point par un avis relatif à la loi constitutionnelle du 3 juin. Ledit avis du Conseil d'État, du 1er juin 1958, repose sur une compétence administrative. Que la compétence soit constitutionnelle ou administrative, elle a dans tous les cas un objet constitutionnel : une influence sur l'écriture de la Constitution.

D'autre part, les membres du Conseil d'État se situant hors de leur institution – qui sont la manifestation de l'influence du Conseil d'État en dehors de lui-même – vont jouir de la compétence constitutionnelle de l'organe dans lequel ils figurent. Dans le Gouvernement, le groupe de travail du garde des Sceaux, pour ne prendre que l'exemple le plus topique, exerça un rôle fondamental dans la mise en forme du texte. Il agit en vertu de la compétence constitutionnelle du Gouvernement, qui doit établir un projet de loi constitutionnelle. Dans le Comité consultatif constitutionnel, le secrétaire général existe d'après la compétence constitutionnelle consultative de ladite institution, figurant à l'article unique du la loi du 3 juin. En revanche, les commissaires du Gouvernement, qu'ils soient devant le Conseil d'État ou devant le Comité, relèvent de la compétence constitutionnelle du Gouvernement qu'ils représentent.

La méthode administrative d'élaboration de la Constitution, qui s'épanouit dans la contribution spatiale double du Conseil d'État, s'exerce dans une indifférence totale avec la compétence constitutionnelle en cause. Les membres du Conseil d'État, où qu'ils se trouvent, contribuent à la rédaction de la Constitution avec leur bagage de légiste et de juge. Cette méthode administrative dans l'écriture constitutionnelle répond d'une administrativisation du droit constitutionnel.

La complexité de la procédure de révision de la 1958, par le foisonnement de ses acteurs et des interactions entre ceux-ci, appelle une mise en ordre du réel par la théorie institutionnaliste pour saisir l'influence du Conseil d'État. L'avènement de la Ve République est un moment de

refondation de l'institution incorporée de la révision constitutionnelle, qui témoigne d'un rehaussement de l'Exécutif, et dans son sillage du Conseil d'État. Cette approche institutionnaliste permet de saisir l'idée directrice qui anime la Haute juridiction : la reconstruction démocratique du pouvoir de l'État. Cet attachement à l'aspect démocratique est emporté par la nature même de l'État en France, dans ce moment constituant, qui est un État démocratique.

Dans la reconstruction du pouvoir de l'État, au-delà d'une augmentation de la puissance du pouvoir gouvernemental dans le pouvoir de gouvernement, perce une construction par la norme constitutionnelle de l'Administration : le moment de 1958 procède à une constitutionnalisation du pouvoir administratif. La formalisation de ce dernier, dans le droit positif, est d'autant plus facile par une méthode administrative d'écriture de la Constitution. Toute la complétude dans l'élaboration de 1958, réside en ce que la constitutionnalisation du pouvoir administratif se marie *in fine* avec une administrativisation du droit constitutionnel. La compréhension de ce dernier doit passer par un détour vers les rouages de l'Administration. Le Conseil d'État, dans sa participation au pouvoir constituant, instilla une puissance administrative dans l'État.

L'objet même de la construction du pouvoir de l'État se réduit, comme toute question de politique constitutionnelle, d'après le Doyen Hauriou, à la recherche d'un équilibre. Les membres du Conseil d'État dans le Gouvernement, tout autant que l'institution de Palais Royal, n'auront de cesse de chercher un nouvel équilibre entre les pouvoirs de l'État.

L'influence du Conseil d'État, durant l'élaboration constitutionnelle de 1958, est traversée par le principe d'une participation à la refondation de l'État, au moyen de la norme constitutionnelle. Le Gouvernement établit un projet de Constitution et le Conseil d'État, dans tous ses états, va apporter son concours. Ce principe participatif ne saurait être absolu, car il existe des foyers de résistance du Conseil d'État. Toute la contribution de Conseil d'État est marquée par cette tension, dans la participation, avec la faculté de résistance. L'épanouissement du Conseil d'État, dans l'institution incorporée de la révision constitutionnelle, se poursuit sous la Ve République.

Chapitre 2 : L'influence du Conseil d'État sur la révision de la Constitution du 4 octobre 1958 : la résistance dans le pouvoir constituant

La Ve République est marquée par un révisionnisme qui souligne tout l'intérêt du sujet. La procédure de révision est un outil de continuité formelle de la Constitution lié à un ajustement matériel. Il est possible de manière élémentaire de distinguer deux phases dans les révisions opérées depuis 1958 : avant et après le traité de Maastricht en 1992. Le droit institutionnel de l'Union européenne aura donc une place toute particulière, eu égard à son impact dans l'institution incorporée de la révision constitutionnelle.

Sur le plan de l'ingénierie constitutionnelle, les révisions postérieures à celle de 1958 ont la particularité de se trouver dans une rigidité plus considérable que cette dernière. En 1958, le texte juridique envisagé ne doit être enserré que dans les principes de base de la loi constitutionnelle du 3 juin 1958, et dans les principes généraux du droit de l'État dégagés par le Conseil d'État. En plus de ces principes, postérieurement à l'établissement de la Constitution du 4 octobre 1958, les révisions proposées doivent s'intégrer correctement à l'ensemble des normes constitutionnelles en vigueur. La rencontre des corps, en vertu de l'article 89 de la Constitution de la Ve République, est plus exigeante dans la révision que dans l'élaboration.

Le Comité consultatif constitutionnel ne modifie la procédure de révision de la Constitution, prévue dans l'avant-projet, que concernant l'interdiction de réviser lorsque l'intégrité du territoire est atteinte.[480] En Commission constitutionnelle, au Conseil d'État, il n'y a aucun débat, si ce n'est une pure précision de grammaire.[481] La discussion en Assemblée générale fournit plus de précisions. La distinction entre les projets de loi constitutionnelle et les propositions de loi constitutionnelle est clairement explicitée.[482] Cela signifie que la compréhension de la procédure de révision constitutionnelle passe par une analyse croisée avec l'article relatif à l'initiative législative. De ce qui deviendra l'article 39 de la Constitution, et qui a déjà été étudié, il ressort une rapidité dans l'examen par le Conseil d'État.[483] Le vice-président Cassin, en mentionnant la distinction entre projet et proposition de loi constitutionnelle, va renvoyer à la compétence du Conseil d'État, qui est consulté sur tout projet de loi. Il faut aussi souligner le caractère subsidiaire du référendum de l'article 89 qui est énoncé par le commissaire du Gouvernement Janot.[484]

Ce dernier aura une remarque plus lourde de sens sur la signification de la procédure de révision, qui déterminera l'influence du Conseil d'État dans celle-ci : la procédure du futur

---

[480] DPC, *Volume II*, *op. cit.*, p. 613.
[481] DPC, *Volume III, Du Conseil d'État au référendum 20 août – 28 septembre 1958,* La Documentation française, 1991, p. 226.
[482] *Ibid.*, p. 433 : « M. le président. Si je comprends bien, le président de la République prend l'initiative de la révision, mais c'est un projet de loi déposé par le Gouvernement sur le bureau de chaque Assemblée qui traduit cette initiative. M. Solal-Céligny, *rapporteur*. C'est cela, Monsieur le président. M. le président. Si, au contraire, ce sont les membres du Parlement, c'est une proposition de loi ».
[483] *Cf. Supra*.
[484] *Ibid.*, p. 433 : « M. Janot. L'idée est que le référendum intervient toujours, on l'a dit. Seulement, dans le cas où il ne serait pas possible, pour des raisons majeures, d'y parvenir, le président peut s'en dispenser ».

article 89 de la Constitution est érigée contre les parlementaires, afin que ceux-ci ne puissent pas réviser – fut-ce temporairement – certains articles au fondement du nouveau régime.[485] En outre, la rigidité constitutionnelle est pensée contre le Parlement. C'est dans ce contexte que le Conseil d'État, toujours dans ce principe de participation au pouvoir constituant, accentue, au besoin, sa faculté de résistance dans la révision constitutionnelle. À noter que cette faculté de résistance du Conseil d'État est à mettre en parallèle avec « le pouvoir d'empêcher les révisions de la Constitution de 1958 » dont bénéficie le Conseil constitutionnel.[486] Ce qui fait dire à certains que le Conseil d'État, dans ses avis sur les projets de loi constitutionnelle, joue le rôle d'un « aiguilleur non contraignant ».[487] Sous la Ve République, l'inclusion d'une loi constitutionnelle dans la norme fondamentale s'inscrit dans la rigidité de toute la Constitution : une loi constitutionnelle, sans être dans un rapport de conformité avec les normes constitutionnelles, se doit d'être dans une certaine comptabilité avec celles-ci. Le rapport de conformité existe relativement aux normes supraconstitutionnelles. Durant l'élaboration de 1958, le projet de loi constitutionnelle ne doit respecter que les principes de la loi constitutionnelle du 3 juin et les principes généraux du droit de l'État. La rigidité constitutionnelle est donc plus importante dans le cadre des révisons ultérieures à celle de 1958. Le Conseil d'État utilise sa faculté de résistance au service de la norme, en faisant en sorte que l'harmonie constitutionnelle demeure à travers les révisions. Aussi, la résistance du Conseil d'État permet de contrebalancer la puissance de l'Exécutif dans la procédure de révision. La faculté de résistance constitutionnelle du Conseil d'État se rapporte à la recherche de l'équilibre théorisée par le Doyen Hauriou.

Dans le cadre des révisions ultérieures à celle élaboratrice, le Conseil d'État en tant qu'institution va agir en vertu de deux types de compétences : l'un constitutionnel avec la lecture croisée des articles 39 et 89 de la Constitution du 4 octobre 1958 ; l'autre administratif, au sens où elle ne se rapporte pas à une norme constitutionnelle.

L'étude de l'élaboration de la Constitution de 1958 a suivi le temps, de la contribution du Conseil d'État à la loi du 3 juin 1958 à l'écriture du projet de loi constitutionnelle. Il conviendra de conserver cette approche temporelle en s'attachant à son influence synchronique (section 1) et diachronique (section 2) sur les révisions de la Constitution de 1958.[488]

---

[485] *Ibid*., p. 434 : « M. Janot. Le Gouvernement maintient absolument le texte, parce qu'il est bien évident que – il faut parler franchement – certaines des dispositions de cette constitution seront telles qu'une révision constituer une tentation permanente pour certains des membres du Parlement, et nous ne voulons pas qu'ils tombent tout de suite dans cette tentation ».

[486] S. Pierré-Caps, « *Les révisions de la Constitution de la V^e^ République : temps, conflits et stratégies* », RDP, 1998-2, p. 417.

[487] E. Kohlauer, *« » in, Pouvoir constituant au XXIe siècle*, Institut universitaire de Varenne, 2017, p. 171.

[488] Il faudra noter, par rigueur scientifique, que la distinction entre l'influence synchronique et celle diachronique est parfois ténue. Certaines contributions du Conseil peuvent se situer à la frontière des deux temps. Sans avoir la prétention de réduire la totalité du réel à cette classification, il n'en demeure pas moins qu'elle caractérise une tendance de la contribution du Conseil d'État sur la révision constitutionnelle.

Section 1 : Sur l'influence synchronique du Conseil d'État sur le pouvoir de révision : l'action directe

La synchronie de l'influence du Conseil d'État s'entend de sa contribution à la révision constitutionnelle au moment où celle-ci s'opère. Le Conseil d'État intervient, dans le même temps que les autres acteurs de la révision constitutionnelle, en donnant un avis sur le projet de loi constitutionnelle. Il faut remarquer que, jamais dans notre histoire constitutionnelle de la Ve République, une révision de la Constitution ayant abouti, ne fut initiée par une proposition de loi. Les avis du Conseil d'État, sur les projets de loi constitutionnelle, sont donc des actes juridiques synchroniques à la procédure de révision.

La compétence de cette intervention, par lesdits avis, est résolument constitutionnelle car elle se rapporte à une norme constitutionnelle – l'article 39 de la Constitution –, ce qui a pour conséquence de faire du Conseil d'État un organe constitutionnel. La mesure de l'influence du Conseil d'État, dans les révisions de la Constitution du 4 octobre 1958, passe par la présentation des acteurs de celles-ci. Les deux organes constitutionnels ordinaires, le Gouvernement et le Parlement, possèdent des relations à la faveur du premier. Juridiquement le Parlement partage l'initiative d'une révision : pratiquement, il ne l'exerce pas effectivement. Plus encore, l'article 89 alinéa 2 offre la possibilité juridique au président de la République de contourner les parlementaires, pour le vote de la loi constitutionnelle, en passant par le peuple, et non par le Congrès – organe constitutionnel extraordinaire –, sur un projet de loi.[489] Même s'il s'agit d'une hypothèse juridique, eu égard à la défiance à l'endroit du référendum dans la culture constitutionnelle française, cela démontre que le rapport de force dans la procédure de la révision est à la faveur de l'Exécutif.

Les temps contemporains, marqués par un essor de la technique, témoignent une certaine révérence pour l'expertise. Le droit constitutionnel n'y échappe pas. L'institution incorporée de la révision constitutionnelle, en non *stricto sensu* la procédure de l'article 89, voit apparaître en elle des comités d'experts. Ceux-ci, en ce qu'ils sont des acteurs du processus de révision, auront nécessairement une influence sur le travail du Conseil d'État, et réciproquement.

L'institution incorporée de la révision constitutionnelle, avec la procédure prévue dans la norme constitutionnelle et avec le développement des mécanismes informels – au sens de la forme constitutionnelle – est traversée par des continuités et nouveautés qui impacteront l'influence du Conseil d'État.

Pour mesurer la contribution synchronique du Conseil d'État aux révisions constitutionnelles de la Constitution du 4 octobre 1958, il conviendra de s'attacher, aux avis qu'il rend sur les projets de loi constitutionnelle (paragraphe 1) et à sa collaboration avec les parlementaires et les experts (paragraphe 2).

[489] Art. 89, al. 2, Constitution du 4 octobre 1958 : « Le projet ou la proposition de révision doit être examiné dans les conditions de délai fixées au troisième alinéa de l'article 42 et voté par les deux assemblées en termes identiques. La révision est définitive après avoir été approuvée par référendum ».

Paragraphe 1 : Les avis sur les projets et propositions de loi constitutionnelle : continuités et insuccès de l'influence du Conseil d'État

La consultation de la Haute juridiction, dans la révision de la Constitution, se réalise juridiquement tant à l'égard du Gouvernement que, hypothétiquement, du Parlement (A) dans le cadre d'une publicité (B).

A) L'élargissement de la compétence consultative du Conseil d'État : une influence inchangée

Le Conseil d'État est consulté systématiquement sur tout projet de loi constitutionnelle (1) et peut l'être, en toute hypothèse, sur toute proposition de loi constitutionnelle (2).

1°) L'influence puissante par la consultation de droit sur les projets de loi constitutionnelle

L'article 39 de la Constitution a été modifié par trois révisions constitutionnelles.[490] La Constitution fixe le principe de la consultation du Conseil d'État sur les projets de loi depuis 1958. La jurisprudence du Conseil constitutionnel est extrêmement développée relativement à la procédure d'examen des projets de loi devant le Conseil d'État. L'obligation de consultation a été précisée par rapport à son objet : encore faut-il savoir sur quoi l'avis du Conseil porte. Naturellement, le conseiller du Gouvernement est saisi sur les projets de loi avant leur dépôt sur le bureau de la première assemblée saisie et non pour les amendements.[491] Cela signifie que l'examen ne peut porter que sur le projet de loi dans sa totalité, et non une partie ultérieure, un amendement. En matière constitutionnelle, l'examen de l'entièreté du projet permet une meilleure consultation au service de l'intégration de la loi constitutionnelle projetée dans la Constitution.

Le Conseil constitutionnel affirme la nécessité d'une complétude matérielle dans la saisine du Conseil d'État pour avis. En effet, le projet de loi adopté en Conseil des ministres doit avoir été soumis, sur l'ensemble des questions qu'il pose, au Conseil d'État.[492] S'il y a des questionnements de droit nouveaux, le Conseil d'État doit se prononcer à nouveau. Le droit constitutionnel jurisprudentiel dit explicitement que le Conseil d'État doit éclairer le Gouvernement.

Une fois le principe de la consultation du Conseil d'État sur toute question posée par un projet de loi, il faut aménager certains assouplissements, causés par l'évolution de la procédure législative. Les lettres rectificatives à un projet de loi, qui sont des modifications apportées à un texte déjà déposé sur le bureau de l'une des deux assemblées, apportent un caractère évolutif au texte juridique. Seulement, il ne faudrait pas que cette évolution amène à contourner la consultation du Conseil d'État avant le dépôt du projet de loi sur le bureau de l'une des deux

[490] Loi const. n° 96-138, 22 fév. 1996 ; Loi const. n° 2003-276, 28 mars 2003 ; L. const. n° 2008-724, 23 juill. 2008.

[491] À titre exemplatif. CC, déc. 30 mar. 2006, n°2006-535 DC, consid. 8. CC, déc. 9 dec. 2010, n°2010-618 DC, consid. 3.

[492] CC, déc. 3 avr. 2003, n°2003-468 DC, consid. 7 : « Considérant que, si le Conseil des ministres délibère sur les projets de loi et s'il lui est possible d'en modifier le contenu, c'est, comme l'a voulu le constituant, à la condition d'être éclairé par l'avis du Conseil d'État ; que, par suite, l'ensemble des questions posées par le texte adopté par le Conseil des ministres doivent avoir été soumises au Conseil d'État lors de sa consultation ». CC, déc. 13 dec. 2012, n°2012-658 DC, consid. 51.

assemblées. Le Conseil constitutionnel a estimé que la procédure de l'article 39 de la Constitution est respectée dans la mesure où la lettre rectificative a fait l'objet d'une autre consultation du Conseil d'État.[493] Les formalités de la lettre rectificative sont assouplies, en ce qu'elles se limitent au strict nécessaire pour la production d'effet juridique : le Conseil constitutionnel va même jusqu'à rendre inutile, sur un projet de loi, le contreseing ministériel de la lettre rectificative délibérée en Conseil des ministres.[494] Il s'agit d'une sorte de jurisprudence sur les formalités substantielles avant celle du Conseil d'État.

L'autre outil juridique, classique dans un régime parlementaire, pour modifier un projet de loi, est le droit d'amendement. En première lecture, sont recevables les amendements qui ont un lien direct avec le projet de loi tel qu'il a été déposé, lui-même auparavant examiné par le Conseil d'État.[495] Il s'agit de faire en sorte que le Gouvernement n'utilise pas son droit amendement pour éluder la consultation obligatoire du Conseil d'État.

Les avis, à l'image de ce qui se passe en droit administratif, prennent une importance croissante en droit constitutionnel. Les projets de loi, soumis à la consultation du Conseil d'État, sont parfois eux-mêmes assujettis à des consultations préalables. La décision n° 2012-658 DC est démonstrative du principe du rendu de l'avis d'une autorité consultative avant la consultation obligatoire du Conseil d'État. Par principe, l'avis du Haut Conseil des finances publiques sur les lois de programmation des finances publiques devra précéder l'examen du projet de loi par le Conseil d'État.[496] Si l'avis en question n'est pas donné avant l'intervention du Conseil d'État, c'est, par exception, le Conseil constitutionnel qui appréciera ce que le juge du Palais Royal aurait dû faire.[497] Ces remarques sur les avis ont une certaine résonance analogique dans le processus constituant : les comités d'experts jouent le même rôle et se situent en amont de l'examen du projet de loi par le Conseil d'État.

De ce régime juridique, il est possible de dégager une stabilité de la présence du Conseil d'État dans les révisions de la Constitution. D'une part, l'obligatoriété formelle, consistant dans la consultation, est absolue. Le Conseil d'État, en tant qu'institution, avec ses méthodes, ponctue la phase administrative de préparation de la loi avant la décision politique. D'autre part, l'obligatoriété matérielle relative, en ce que le Conseil d'État ne peut que suggérer au Conseil des ministres une nouvelle rédaction ou maintenir celle initiale.

---

[493] CC, déc. 28 dec. 1990, n°90-285 DC, consid. 6 : « Considérant que le dépôt sur le bureau de l'Assemblée nationale, le 4 octobre 1990, d'une lettre rectificative au projet de loi de finances pour 1991 relative à la "contribution sociale généralisée" a été précédé de la consultation du Conseil d'État et de la délibération du Conseil des ministres ; qu'il a été ainsi satisfait aux exigences posées par le deuxième alinéa de l'article 39 de la Constitution ».

[494] *Ibid*. : « Que le fait que la lettre rectificative n'ait pas été contresignée n'en affecte pas la régularité dès lors que ce document comporte par lui-même toutes les dispositions nécessaires à la production de ses effets juridiques au regard du premier alinéa de l'article 39 de la Constitution ».

[495] CC, déc. 9 dec. 2010, n°2010-618 DC, consid. 8.

[496] CC, déc. 13 dec. 2012, n°2012-658 DC, consid. 52.

[497] *Ibid*., consid. 54.

L'influence du Conseil d'État, à partir de l'article 39 de la Constitution, dans son aspect relatif au projet de loi, doit aboutir à une lecture croisée avec l'article 42 alinéa 2[498] de la norme fondamentale. L'étude en première lecture, d'un projet de révision constitutionnelle, par la première assemblée saisie porte sur le projet de texte transmis par le Gouvernement. Celui-ci procède en même temps qu'une présentation du projet de texte gouvernemental, à une analyse implicite de l'avis du Conseil d'État, suivi ou non dans la rédaction finale du projet de loi. Tout comme dans l'élaboration de la Constitution de 1958, le Conseil d'État est présent dans le projet de loi. Depuis 2008 le droit constitutionnel offre la possibilité au Conseil d'État d'être saisi sur des propositions de loi. Au 1er Janvier 2017, le Conseil a examiné vingt-deux propositions de loi, dont aucune n'était constitutionnelle.[499]

2°) L'influence manquée par la constitutionnalisation d'une consultation sur les propositions de loi

La loi constitutionnelle du 23 juillet 2008,[500] dernière modification en date de l'article 39 de la Constitution, est venue dans son article 15 prévoir la consultation du Conseil d'État sur les propositions de loi. La possibilité, pour le Conseil d'État, d'examiner des propositions de loi, avait déjà été évoquée dans les débats de 1958 en Assemblée générale.[501] L'article 1 de la loi n°2009-689 du 15 juin 2009,[502] pris en application de la loi constitutionnelle n°2008-724, prévoit la procédure de consultation du Conseil d'État sur une proposition de loi. Le Conseil d'État notamment dans son rapport public de 2017 expose les modalités de ce nouveau droit d'une consultation sur les propositions de loi constitutionnelle.[503] Sous réserve de la non opposition du parlementaire à l'origine de la proposition dans les cinq jours, le président de l'une des deux assemblées parlementaires peut saisir le Conseil d'État d'une demande d'avis. Cette soumission au Conseil ne peut se faire qu'avant l'examen de la proposition en commission. La procédure nouvellement créée ne rationalise pas suffisamment la procédure parlementaire pour espérer donner au Conseil d'État une véritable influence sur le travail législatif : le caractère facultatif des avis et le secret[504] soumettent le légiste au bon vouloir des

---

[498] « Toutefois, la discussion en séance des projets de révision constitutionnelle, des projets de loi de finances et des projets de loi de financement de la sécurité sociale porte, en première lecture devant la première assemblée saisie, sur le texte présenté par le Gouvernement et, pour les autres lectures, sur le texte transmis par l'autre assemblée ».

[499] EDCE, n° 69, 2018, Vol. 1, pp. 205 – 209.

[500] Art. 15.

[501] DPC, Volume III, *op. cit.*, p. 129 : « M. le président. Mais enfin, quand il s'agit d'une proposition qui paraît importante ou, suivant les cas, dangereuse pour le Gouvernement, je crois qu'il ne perdrait rien à nous la présenter ».

[502] Art. 1, loi n°2009-689 du 15 juin 2009, Tendant à modifier l'ordonnance n°58-1100 du 17 novembre 1958 relative au fonctionnement des assemblées parlementaires et à compléter le code de justice administrative : « « Art. 4 bis. Le président d'une assemblée parlementaire peut saisir le Conseil d'État d'une proposition de loi déposée par un membre de cette assemblée, avant l'examen de cette proposition en commission. L'auteur de la proposition de loi, informé par le président de l'assemblée concernée de son intention de soumettre pour avis au Conseil d'État cette proposition, dispose d'un délai de cinq jours francs pour s'y opposer. L'avis du Conseil d'État est adressé au président de l'assemblée qui l'a saisi, qui le communique à l'auteur de la proposition ».

[503] EDCE, n° 68, 2017, Vol. 2, p. 216.

[504] Art. L.123-3 CJA : « L'avis du Conseil d'État est adressé au président de l'assemblée qui l'a saisi ». La transmission au président de l'assemblée implique le principe du secret que ce dernier peut le cas échéant lever.

parlementaires pour sa saisine et pour les suites à tirer de son avis.[505] La dilatation organique opérée dans l'accès au Conseil d'État ne semble pas tenir ses promesses.

Cette consultation du Conseil d'État sur les propositions de loi serait « contre-nature ».[506] Le vice-président Denoix de Saint-Marc ne pouvait pas imaginer, à l'aube des années 2000, que le Conseil d'État deviendrait, dans la lettre constitutionnelle, le conseiller du Parlement.[507] Les conseillers d'État, concurremment au service du législateur, deviendraient un tampon entre l'Exécutif et le Législatif. Historiquement niché dans l'Exécutif, en venant rendre des services au Législatif, il serait un pont entre les pouvoirs dans le pouvoir de gouvernement. Surtout, le but premier de cette nouvelle procédure était d'éclairer les parlementaires sur le contenu de leurs propositions. Un certain scepticisme, sur l'utilisation de l'avis du Conseil d'État durant les débats et amendements, est possible.[508]

Les propositions de loi constitutionnelle, en toute hypothèse, peuvent faire l'objet de cette procédure. Cette nouvelle possibilité, qui place le Conseil d'État avec le Parlement dans le cadre d'une révision constitutionnelle, semble être une rencontre manquée du Conseil d'État et cet aspect hypothétique du pouvoir de révision. Les parlementaires ont toute la compétence constitutionnelle pour émettre une proposition de loi constitutionnelle, mais le fait majoritaire, couplé avec la discipline partisane, rend peu probable l'exercice de cette compétence constitutionnelle.

Même si certains, dans la lignée du président Schrameck,[509] appellent de leur vœux l'émergence d'un conseil complet de l'État par le Conseil d'État, y compris sur le Parlement, il semble que l'influence du Conseil d'État sur le pouvoir de révision par la voie de propositions de loi constitutionnelle, bien qu'ayant le statut juridique, ne se réalise pas tant que le Parlement sera dominé dans la procédure de l'article 89 de la Constitution. L'avenir dira si cette potentialité juridique sera exploitée. La contribution fondamentale du Conseil d'État depuis l'origine de la Ve République se situe sur les avis sur les projets de loi constitutionnelle : cette influence ne cesse de grandir.

---

[505] A. Roblot-Troizier, J-G. Sorbara, « *Limites et perspectives de la nouvelle fonction législative du Conseil d'État* », AJDA, 2009, p. 1996 : « Pourtant, les conditions et les modalités dans lesquelles le Conseil d'État exercera sa mission ne garantissent pas une amélioration sensible de la qualité du travail législatif dès lors que son intervention reste limitée : non seulement parce qu'elle est facultative, mais en outre parce que l'absence du caractère public de ses avis réduit leur portée ».

[506] P. Gonod, « *Le Conseil d'État, conseil du Parlement* », RFDA 2008, p. 872.

[507] R. Denoix de Saint Marc, « Le rôle du Conseil d'État dans la préparation et d'application des lois », RJC, 1997, p. 175 : « Le Conseil d'État n'est pas le conseil juridique du Parlement ».

[508] P. Gonod, *op. cit.*, p. 876 : « En revanche, sauf à envisager cette situation que l'avis puisse être utilisé comme frein à l'avenir de la proposition de loi qui en est l'origine, la consultation semble ne pas devoir satisfaire ce qui en fonde l'instauration. En effet, s'il s'agit de parfaire la facture même de la loi, le Conseil d'État devant veiller tout à la fois à la clarté et à la cohérence de sa rédaction ainsi qu'à sa correction juridique, ne sera jamais pris en compte l'apport du débat parlementaire qui s'exprime en particulier dans l'exercice du droit d'amendement ».

[509] Y. Gaudemet, « *Rapport de la Commission Balladur : libres propos croisés de Pierre Mazeaud et Olivier Schrameck* », RDP 2008, p. 11 : « O. S. : […] Pourquoi ne pas considérer que le Conseil d'État, c'est le Conseil de l'État et l'État c'est l'exécutif et le législatif ».

B) L'accroissement de la visibilité de l'influence du Conseil d'État dans le pouvoir de révision

L'influence du Conseil d'État sur la révision constitutionnelle était difficilement mesurable (1), ce qui est terminé depuis l'annonce de la publication de ses avis (2).

1°) La visibilité relative du Conseil d'État *ante* publication

Avant l'annonce de la publicité des avis sur les projets de loi constitutionnelle en 2015, l'influence sur Conseil d'État sur la procédure de révision n'était pas nulle. À chaque révision de la Constitution, le Conseil d'État mentionne dans ses études et documents qu'il a rendu un avis. La consultation du Conseil d'État sur ; la loi constitutionnelle n° 60-525 du 4 juin 1960[510] est mentionnée dans l'étude de 1960[511] ; la loi n° 62-1292 du 6 novembre 1962[512] figure dans l'étude de 1963[513] ; la loi constitutionnelle n° 63-1327 du 30 décembre 1963[514] est marquée dans l'étude de 1961 [515] ; la loi constitutionnelle n° 74-904 du 29 octobre 1974[516] figure dans l'étude de 1974-1975[517] ; la loi constitutionnelle n° 76-527 du 18 juin 1976[518] est mentionnée dans l'étude de 1976[519] ; la loi constitutionnelle n° 92-554 du 25 juin 1992[520] apparaît dans l'étude de 1992[521] ; les lois constitutionnelles n° 93-952 du 27 juillet 1993[522] et n° 93-1256 du 25

[510] États de la communauté.

[511] EDCE, n°14, 1960, p. 185 : « Projets de lois : - tendant à compléter des dispositions du titre XII de la Constitution (possibilité pour certains États membres d'accéder à l'indépendance sans cesser d'appartenir à la Communauté et pour des États indépendants non membres de la Communauté d'adhérer à celle-ci sans cesser d'être indépendant ».

[512] Élection du Président de la République au suffrage universel.

[513] EDCE, n°17, 1963, p. 144 : « Rapport activité consultative. Commission permanente. […] Au cours de cette année judicaire, deux commissions spéciales ont été constitués par le Vice-Président : l'une le 27 septembre 1962 pour l'examen du projet de loi relatif à l'élection du Président de la République au suffrage universel, soumis au référendum du 6 novembre 1962 ».

[514] Session parlementaire.

[515] EDCE, n° 14, 1960, p. 108 : Commission permanente a eu à connaître du « projet de loi constitutionnelle portant modification des dispositions de l'article 28 de la Constitution. Ce projet a pour objet d'avancer de deux semaines la date d'ouverture de la session parlementaire d'avril et de fixer celle-ci au deuxième mardi d'avril ».

[516] Possibilité pour 60 députés ou 60 sénateurs de déférer une loi au Conseil constitutionnel.

[517] EDCE, n° 27, 1976, p. 133 : « Un projet de loi constitutionnelle a été soumis à la section [de l'intérieur] tendant à permettre l'adoption d'une loi organique nouvelle, en vertu de laquelle les parlementaires ayant exercé des fonctions gouvernementales retrouveraient leur siège sans élection nouvelle 6 mois après avoir quitté le gouvernement. Un autre texte important prévoit qu'en dehors des cas prévus par l'article 61 de la Constitution, le Conseil constitutionnel pourra être saisi d'une loi par le cinquième au moins des membres composant l'une ou l'autre assemblée ».

[518] Intérim de la Présidence de la République.

[519] EDCE, n° 28, 1976, p. 101 : « La section de l'intérieur a été saisie d'un projet de loi, modifiant l'article 7 de la Constitution. Il s'agissait de combler une lacune résultant de l'absence de règles précises en cas de décès de l'un des candidats à l'élection présidentielle ou d'empêchement définitif d'un candidat de participer à la campagne électorale. […] Le projet, modifié dans sa forme, a été approuvé en assemblée générale ».

[520] Dispositions permettant de ratifier le traité de Maastricht (Union économique et monétaire, vote des ressortissants européens aux élections municipales, politique commune des visas); langue française, lois organiques relatives aux TOM, résolutions parlementaires sur les actes communautaires.

[521] EDCE, n° 44, 1992, p. 84 : « C'était la première fois que le Conseil d'État était consulté sur un projet de révision à la suite d'une décision du Conseil constitutionnel, celui-ci ayant déclaré le 9 avril 1992 que la ratification du traité sur l'Union européenne, signé à Maastricht le 7 février 1992, imposait une révision préalable de la Constitution ».

[522] Cour de justice de la République.

novembre 1993[523] sont abordées dans l'étude de 1993[524] ; les lois constitutionnelles n° 95-880 du 4 août 1995[525] et n° 96-138 du 22 février 1996[526] sont présentes dans l'étude de 1995[527] ; la loi constitutionnelle n° 98-610 du 20 juillet 1998[528] et n° 99-49 du 25 janvier 1999[529] figure dans l'étude de 1999[530] ; la loi constitutionnelle n° 99-568 du 8 juillet 1999[531] est mentionnée dans l'étude de 2000[532] ; la loi constitutionnelle n° 99-569 du 8 juillet 1999[533] est présente dans l'étude de 1999[534] ; la loi constitutionnelle n° 2000-964 du 2 octobre 2000[535] est soulignée dans l'étude de 2001[536] ; les lois constitutionnelles n° 2003-267 du 25 mars 2003[537] et n° 2003-276 du 28 mars 2003[538] sont relayées dans figure dans l'étude de 2003[539] ; la loi constitutionnelle n°

[523] Droit d'asile.

[524] EDCE, n° 45, 1993, p. 139 : « L'année 1993 a été marquée par l'importance et le nombre des projets révisant la Constitution ou mettant en cause des dispositions constitutionnelles. Le Conseil d'État a d'abord été saisi de deux projets de loi constitutionnelle, qui tendaient à procéder à une révision d'ensemble de la Constitution, à la suite du rapport du comité consultatif constitutionnel. De ces deux projets, que le Conseil avait regroupé en un seul, n'ont été votées par le Parlement que les dispositions relatives au Conseil supérieur de la magistrature et à la Cour de justice de la République, qui ont été complétés par trois lois organiques. Puis, à la suite d'une décision du Conseil constitutionnel relative au droit d'asile, le Gouvernement a demandé au Conseil d'État s'il était nécessaire de réviser la Constitution pour que la France puisse appliquer la convention de Schengen de la même façon que les autres parties à cette convention. Ayant répondu par l'affirmative, le Conseil a été saisi d'un troisième projet de loi constitutionnelle ».

[525] Session parlementaire unique (du premier jour ouvrable d'octobre au dernier jour ouvrable de juin), aménagement des "immunités" parlementaires et élargissement des possibilités de recours au référendum.

[526] Loi de financement de la sécurité sociale.

[527] EDCE, n° 47, 1995, p. 201 : « Section de l'intérieur. […] Parmi les projets importants soumis au Conseil d'État, il faut citer les deux projets de révision constitutionnelle : le premier étend le champ du référendum et met en place une session parlementaire annuelle unique, le second institue la loi d'équilibre de la sécurité sociale ».

[528] Avenir de la Nouvelle-Calédonie.

[529] Traité d'Amsterdam.

[530] EDCE, n° 50, 1999, p. 65 : « On signalera tout particulièrement les quatre projets de loi constitutionnelle concernant respectivement le Conseil supérieur de la magistrature, l'égalité entre des femmes et les hommes, la ratification du traité d'Amsterdam et la Nouvelle-Calédonie ».

[531] Cour Pénale Internationale.

[532] EDCE, n° 51, 2000, p. 65 : « Après les quatre projets de loi constitutionnelle examinés en 1998, deux nouveaux projets de révision ont été soumis au Conseil d'État en 1999. Le premier, introduisant dans la Constitution un article 53-2, par lequel la France reconnait la compétence de la Cour pénale internationale dans les conditions prévues par le traité portant statut de cette Cour signé le 18 juillet 1990, avait pour objet de lever l'obstacle soulevé par une décision du Conseil constitutionnel n° 98-408 DC du 22 janvier 1999. Le second projet modifie la composition du corps électoral aux assemblées de province et au Congrès de la Nouvelle-Calédonie, redéfinit l'autonomie de la Polynésie au sein de la République et pose les bases de son nouveau statut ».

[533] Égalité entre les femmes et les hommes.

[534] EDCE, n° 51, 2000, p. 65.

[535] Durée du mandat du Président de la République.

[536] EDCE, n° 52, 2001, p. 67 : « La Section de l'intérieur qui avait examiné quatre projets de loi constitutionnelle en 1998 et deux en 1999 a été saisie d'un projet de révision portant sur l'article 6 de la Constitution, relatif à la durée du mandat présidentiel ».

[537] Mandat d'arrêt européen.

[538] Organisation décentralisée de la République.

[539] EDCE, n° 54, 2003, p. 55 : « Il convient d'attirer l'attention, parmi les affaires dont le Conseil d'État a eu à connaître en 2002, sur deux projets de loi constitutionnelle. Le premier, relatif à la décentralisation, revêtait une importance particulière pour l'organisation politique et administrative de notre pays et était d'une ampleur inhabituelle quant au nombre des articles concernés. […] Le second projet de loi constitutionnelle examiné par le Conseil d'État était présenté en vue de permettre la transposition de la décision-cadre du Conseil de l'Union européenne du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre États membres. Le Conseil avait conclu, dans un avis, à la nécessité de modifier la Constitution préalablement à la transposition de la décision-cadre afin d'assurer le respect du principe fondamental reconnu par les lois de la République selon lequel « l'État doit se réserver le droit de refuser l'extradition pour des infractions qu'il considère comme des infractions à caractère politique ». Le projet de loi constitutionnelle soumis au Conseil d'État entendait, au-delà

2005-204 du 1er mars 2005[540] est mentionnée dans l'étude de 2005[541] ; la loi constitutionnelle n° 2005-205 du 1er mars 2005[542] figure dans l'étude de 2004[543] ; la loi constitutionnelle n° 2007-237 du 23 février 2007[544] est présente dans l'étude de 2007[545] ; la loi constitutionnelle n° 2007-238 du 23 février 2007[546] est mentionnée dans le rapport de 2004 [547] ; les lois constitutionnelles n° 2007-239 du 23 février 2007[548] et n° 2008-103 du 4 février 2008[549] figure dans le rapport de 2008[550] ; la loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008[551] est soulignée dans le rapport de 2009.[552]

---

de la transposition de la décision-cadre du 13 juin 2002, autoriser toute norme future relative à la reconnaissance et à l'exécution des décisions judiciaires dans l'Union européenne. Le Conseil d'État a souhaité que, si des limitations de souveraineté ou transferts de compétences, ou des atteintes aux droits et libertés constitutionnellement garantis s'avéraient nécessaires, les autorités nationales compétentes et, en définitive, le pouvoir constituant, conservent leur pouvoir d'appréciation. Il a donc modifié le projet de loi afin d'en limiter la portée au mandat d'arrêt européen ».

[540] Traité établissant une Constitution pour l'Europe.

[541] EDCE, n° 56, 2005, p. 84 : « « Parmi les projets de lois examinés par la Section de l'intérieur, méritent particulièrement d'être signalés en raison de leur portée juridique ou de leur importance politique : – le projet de loi constitutionnelle modifiant le titre XV de la Constitution relatif à l'Union européenne ».

[542] Charte de l'environnement.

[543] EDCE, n° 55, 2004, p. 55 : « Le second projet de loi constitutionnelle modifiait le Préambule de la Constitution et adjoignait à cette dernière une « Charte de l'environnement » comprenant elle-même un préambule et dix articles. Le Conseil d'État, ayant relevé que l'ensemble des dispositions de la Charte était destiné à acquérir valeur constitutionnelle, a estimé qu'il existait un risque d'ambiguïté sur la valeur du préambule de la Charte par rapport à ses articles et qu'il convenait de réduire ce préambule en reprenant ses notions essentielles dans les articles. Sur un point particulier relatif au droit d'accès aux informations relatives à l'environnement, compte tenu des règles applicables résultant tant du droit interne que du droit international, le Conseil a estimé que le droit d'accès ne pouvait être limité aux seules informations détenues par des autorités publiques. Il a donc préféré laisser au législateur le soin de définir les catégories de personnes auxquelles le droit d'accès était susceptible d'être opposé, tout en l'habilitant à limiter l'exercice de ce droit lorsque la protection de secrets légitimes est en cause ».

[544] Corps électoral de la Nouvelle-Calédonie.

[545] EDCE, n° 58, 2007, p. 50 : « S'agissant du projet de loi constitutionnelle, qui vise à permettre la mise en œuvre des accords de Nouméa du 5 mai 1998 mais n'a pas été définitivement voté au cours de l'année 2006, le Conseil d'État a constaté qu'il établissait, pour l'élection des membres du Congrès et des assemblées de province de la Nouvelle-Calédonie, une nouvelle définition du corps électoral, qui se substituerait à celle, ainsi implicitement abrogée, contenue dans les articles 188 et 189 de la loi organique nº 99-209 du 19 mars 1999. Il a estimé, en conséquence, qu'il conviendrait, en vue de garantir la sécurité juridique, de modifier les articles concernés de la loi organique, mais qu'il était délicat, au regard de l'objectif et du statut de la norme constitutionnelle, de procéder à cette modification par la voie de la révision constitutionnelle. Il a, par suite, supprimé la référence aux deux articles concernés de la loi organique qui figurait dans le projet de loi de révision constitutionnelle ».

[546] Responsabilité du Président de la République.

[547] EDCE, n° 55 , 2004, p. 54 : « Un premier projet de loi constitutionnelle faisait suite à une proposition contenue dans le programme présenté par le Président de la République au cours de la campagne de 2002 et aux travaux d'une commission présidée par le professeur Pierre Avril ; il tendait, par une modification du titre IX de la Constitution, d'une part, à clarifier la question de la responsabilité du Président de la République devant les tribunaux ordinaires et d'autre part à remplacer la procédure actuelle de « haute trahison » mise en œuvre par la Haute Cour de justice, par une destitution décidée par le Parlement ».

[548] Interdiction de la peine de mort.

[549] Traité de Lisbonne.

[550] EDCE, n° 60, Vol. 1, 2009, p. 54 : « L'assemblée générale et la commission permanente ont examiné deux projets de loi constitutionnelle relatifs, d'une part, à l'interdiction de la peine de mort, et, d'autre part, à la modification du titre XV de la Constitution, ce dernier aux fins de permettre la ratification du traité de Lisbonne modifiant le traité sur l'Union européenne et le traité instituant la Communauté européenne ».

[551] Modernisation des institutions de la Vème République, dont QPC.

[552] EDCE, n° 60, 2009, Vol. 1, p. 85 : « Au cours de l'année 2008, la section de l'intérieur a examiné 19 projets de loi dont 1 projet de loi constitutionnelle ».

Le titre II du décret n°63-766, du 30 juillet 1963, portant règlement d'administration publique pour l'application de l'ordonnance n° 45-1708 du 31 juillet 1945 et relatif à l'organisation et au fonctionnement du Conseil d'État,[553] traite des matières administratives et législatives du Conseil. D'après son article 8, qui n'est que la reprise de l'article 25 de l'ordonnance n° 45-1708,[554] les formations administratives dans lesquelles le Conseil d'État délibère – à savoir en sections, en sections réunies, en commissions ou en Assemblée générale – sont alternatives.[555] Cet article 8, abrogé par le décret n° 2000-389,[556] a été repris et codifié à l'article R. 123-1 du Code de justice administrative. L'article 22 du décret n° 63-766, qui n'est que la reprise d'une partie de l'article 25 susmentionné, prévoit la possibilité d'une délibération en commission permanente pour examiner, notamment, les projets de loi en urgence. Il a ensuite été codifié à l'article R. 123-21 du Code de justice administrative.

Ces formations administratives, qui sont utilisées dans le travail administratif ordinaire du Conseil d'État, vont être le support du travail constitutionnel, du Conseil d'État sur les projets de loi constitutionnelle. La section de l'intérieur est systématiquement, à quelques rares exceptions, saisie des projets de loi constitutionnelle.[557] Il arrive aussi, occasionnellement, que commission permanente[558] soit saisie, tout comme, plus fréquemment, l'Assemblée générale.[559] Il est possible d'avancer, actuellement, une coutume administrative consistant dans l'examen des projets de loi constitutionnelle par l'Assemblée générale, sur le rapport de la section de l'intérieur.[560] Très exceptionnellement, à l'occasion de l'examen de certains projets de loi

---

[553] JORF, 1 août 1963.
[554] JORF, 1 août 1945.
[555] Art. 8.
[556] Art. 5.
[557] À titre exemplatif. EDCE, n° 14, 1960, p. 185 : « Section de l'intérieur. […] Projets de lois : - tendant à compléter des dispositions du titre XII de la Constitution (possibilité pour certains États membres d'accéder à l'indépendance sans cesser d'appartenir à la Communauté et pour des États indépendants non membres de la Communauté d'adhérer à celle-ci sans cesser d'être indépendant ». EDCE, n° 28, 1976, p. 101 : « « La section de l'intérieur a été saisie d'un projet de loi, modifiant l'article 7 de la Constitution ». EDCE, n° 42, 1990, p.79 : formations administratives. Section de l'intérieur. « Parmi les projets les plus notables, on peut citer un projet de loi constitutionnelle et un projet de loi organique instituant un contrôle de constitutionnalité par voie d'exception ». EDCE, n° 47, 1995, p. 201 : « Section de l'intérieur. […] Parmi les projets importants soumis au Conseil d'État, il faut citer les deux projets de révision constitutionnelle : le premier étend le champ du référendum et met en place une session parlementaire annuelle unique, le second institue la loi d'équilibre de la sécurité sociale ». EDCE, n° 52, 2001, p. 67 : « La Section de l'intérieur qui avait examiné quatre projets de loi constitutionnelle en 1998 et deux en 1999 a été saisie d'un projet de révision portant sur l'article 6 de la Constitution, relatif à la durée du mandat présidentiel ». EDCE, n° 67, 2016, Vol. 2, p. 204 : « La section de l'intérieur puis l'assemblée générale ont ainsi successivement examiné : […] – le projet de loi constitutionnelle de protection de la Nation (INT/ AGP – 390866 – 11/12/2015 – avis rendu public sur Légifrance) ».
[558] À titre exemplatif. EDCE, n° 26, 1973, p. 163 : « La commission permanente. […] Projet de loi constitutionnel portant modification des articles 6 et 28 de la Constitution [réduction à cinq ans du mandat présidentiel] ». EDCE, n° 59, Vol. 1, 2008, p. 54.
[559] À titre exemplatif. EDCE, n° 58, 2007, p. 50 : « Au-delà du bilan quantitatif, l'examen des travaux de l'Assemblée générale fait apparaître qu'elle a été saisie en 2006 d'un nombre élevé de textes importants par leur portée juridique ou leur contenu, parmi lesquels il convient de citer un projet de loi constitutionnelle complétant l'article 77 de la Constitution, relatif à la définition du corps électoral restreint appelé à designer les membres du congrès et des assemblées de province de la Nouvelle-Calédonie ». EDCE, n° 60, 2009, p.61.
[560] CE, Ass, (sect. inté.), Avis n° 390268, 31 juil. 2015, Projet de loi constitutionnelle autorisant la ratification de la Charte européenne des langues régionales ou minorités. CE, Ass. (sect. inté .)Avis n° 390866, 11 déc. 2015, Projet de loi constitutionnelle de protection de la Nation. CE, Ass (sect. intér.) Avis n° 394658, 3 mai 2018, Projet de loi constitutionnelle pour une démocratie plus représentative, responsable et efficace.

constitutionnelle le Conseil d'État, comme il l'a fait en 1958 pour l'élaboration de la Constitution, opta pour la création d'une commission spéciale.[561]

Dans le droit positif actuel, l'arrêté du 4 juillet 2008 portant répartition des affaires entre les sections administratives du Conseil d'État,[562] il n'y a pas de compétences, pour une quelconque section administrative, sur des affaires dites constitutionnelles. La compétence de la section de l'intérieur est impliquée sur le plan organique et matériel. Les affaires relevant du Premier ministre et du garde des Sceaux, qui ne sont pas attribuées aux autres sections, relèvent par principe de la section de l'intérieur.[563] Deux ministères qui jouissent d'une certaine prééminence politique débouchant sur une place centrale dans la révision constitutionnelle.

Sur le plan matériel, la section de l'intérieur est notamment compétente, peu importe l'identité du ministre, sur des affaires qui peuvent entrer dans le champ d'une révision constitutionnelle : la sécurité intérieure pour le projet de loi constitutionnelle de protection de la Nation ; les libertés publiques avec la question prioritaire de constitutionnalité de 2008 ; l'administration territoriale de l'État et les collectivités territoriales avec la révision de 2003 sur la décentralisation ; l'outre-mer avec la révision sur la Nouvelle-Calédonie ; le droit d'asile, l'immigration avec la révision Schengen ; la culture avec la question des langues régionales.

Seulement, même si les révisions de la Constitution entrent dans le champ des affaires dévolues à la section de l'intérieur, il arrive qu'il y ait, en toute hypothèse juridique, un concours de compétences. Le projet de loi constitutionnelle relatif aux lois de financement de la sécurité sociale, pour prendre l'exemple le plus éloquent, pouvait être attrait par la section des finances[564] et par la section sociale.[565] C'est pourtant la section de l'intérieur qui va administrer la consultation constitutionnelle.[566] En plus de cet attrait de la section de l'intérieur, en cas de concours de compétences, il serait possible de voir une coutume administrative dans la compétence de ladite section sur les projets de loi constitutionnelle.

Les études et documents du Conseil d'État renseignent progressivement sur les consultations constitutionnelles dispensées. Il s'agit d'une mention *a posteriori*. Est-ce la première forme de publicité, à l'initiative du Conseil d'État. Longtemps, le juge du Palais Royal ne faisait que mentionner le fait qu'il avait été consulté, en ne donnant que l'acte juridique objet de sa consultation.[567] Subséquemment, le Conseil mentionne, pour la première fois dans l'étude de

[561] À titre exemplatif. EDCE, n°17, 1963, p. 144.
[562] JORF n°0157 du 6 juillet 2008. Dans sa version consolidée au 15 mai 2009.
[563] Art. 1.
[564] Art. 2, Arrêté du 4 juillet 2008 portant répartition des affaires entre les sections administratives du Conseil d'État.
[565] Art. 4.
[566] EDCE, n° 47, 1995, p. 201.
[567] À titre exemplatif. EDCE, n° 14, 1960, p. 185 : « Projets de lois : - tendant à compléter des dispositions du titre XII de la Constitution (possibilité pour certains États membres d'accéder à l'indépendance sans cesser d'appartenir à la Communauté et pour des États indépendants non membres de la Communauté d'adhérer à celle-ci sans cesser d'être indépendant ». EDCE, n°27, 1976, p. 133 : « Un projet de loi constitutionnelle a été soumis à la section [de l'intérieur] tendant à permettre l'adoption d'une loi organique nouvelle, en vertu de laquelle les parlementaires ayant exercé des fonctions gouvernementales retrouveraient leur siège sans élection nouvelle 6 mois après avoir

1976, succinctement le sens de sa consultation : si c'est un avis, ou non, favorable, et le cas échéant avec des réserves.[568] À partir de la révision relative au traité de Maastricht le Conseil réalise une présentation analytique du contexte juridique qui entoure son avis.[569] En plus de ces précisons, dans ses études et documents, le Conseil d'État rentre de plus en plus dans le contenu de sa consultation. Il va donner ses recommandations qui doivent orienter la finalisation du projet de loi en Conseil des ministres.[570]

La consultation du Conseil d'État sur ce qui deviendra la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008 a été l'occasion de donner, dans son rapport public de 2009, son guide de légistique sur les projets de loi constitutionnelle.[571] Il s'agit de constitutionnaliser uniquement ce qui est nécessaire et qui ne pourrait être dans une autre norme juridique. La constitutionnalisation envisagée ne doit pas méconnaître les engagements internationaux de la France et les obligations découlant du droit de l'Union européenne. Le légiste s'attache à la construction interne des dispositions objets de la révision ainsi qu'à leur conséquence juridique et politique.

---

quitté le gouvernement. Un autre texte important prévoit qu'en dehors des cas prévus par l'article 61 de la Constitution, le Conseil constitutionnel pourra être saisi d'une loi par le cinquième au moins des membres composant l'une ou l'autre assemblée ».

[568] À titre exemplatif. EDCE, n° 28, 1976, p. 101 : « Le projet, modifié dans sa forme, a été approuvé en assemblée générale ». EDCE, n°42, 1990, p. 81 : « « Le Conseil d'État a donné un avis favorable, sous réserve de modifications rédactionnelles, à un projet de loi constitutionnelle portant révision des articles 61, 62 et 63 de la Constitution et instituant un contrôle de constitutionnalité des lois par voie d'exception ». EDCE, n° 52, 2001, p. 68 : « Le projet de révision portant sur l'article 6 de la Constitution et qui réduit à cinq ans la durée du mandat du Président de la République n'a pas paru soulever de problème juridique et, de ce fait, n'a donné´ lieu à aucune observation ».

[569] À titre exemplatif. EDCE, n° 44, 1992, p. 84 : « La loi constitutionnelle du 25 juin 1992, qui ajoute à la Constitution un titre « Des communautés européennes et de l'Union européenne », a été promulguée au terme d'une procédure marquée par plusieurs interventions successives du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État dont il convient de souligner la convergence ». EDCE, n° 51, 2000, p. 65 : « Après les quatre projets de loi constitutionnelle examinés en 1998, deux nouveaux projets de révision ont été soumis au Conseil d'État en 1999. Le premier, introduisant dans la Constitution un article 53-2, par lequel la France reconnait la compétence de la Cour pénale internationale dans les conditions prévues par le traité portant statut de cette Cour signé le 18 juillet 1990, avait pour objet de lever l'obstacle soulevé par une décision du Conseil constitutionnel n^{o} 98-408 DC du 22 janvier 1999. Le second projet modifie la composition du corps électoral aux assemblées de province et au Congrès de la Nouvelle-Calédonie, redéfinit l'autonomie de la Polynésie au sein de la République et pose les bases de son nouveau statut ».

[570] EDCE, n° 47, 1995, p. 202 : « Le Conseil d'État a apporté diverses précisions [sur le projet de loi constitutionnelle instituant un équilibre de la sécurité sociale] : la révision doit prévoir une priorité en faveur de l'Assemblée Nationale pour l'examen de ces lois ; l'hypothèse d'un projet de loi rectificative doit être réservée ; les délais institués par le projet doivent être suspendues lorsque le Parlement n'est pas en session ».

[571] EDCE, n° 60, 2009, Vol. 1, p. 62 : « L'examen de ce projet a conduit le Conseil d'État à préciser les critères qui le guident dans l'examen de tels textes qu'il ne peut rapporter à une norme de référence de valeur juridiquement supérieure. Il s'attache lors de son examen à : - protéger la solennité du texte constitutionnel car il convient de ne pas encombrer la Constitution de règles qui peuvent aisément trouver leur place dans des normes de niveau inférieur ; -veiller à ce que les nouvelles dispositions constitutionnelles ne méconnaissent pas les engagements internationaux de la France, dès lors qu'elle n'entend pas les dénoncer ; - s'assurer de la cohérence interne des changements apportés, ainsi que de leur adéquation aux objectifs poursuivis, en prenant en compte les conséquences de tous ordres des novations introduites ; - s'assurer de la cohérence de ces changements par rapport à l'ensemble du « bloc de constitutionnalité » et à l'esprit des institutions ; - veiller à l'intelligibilité, à la complétude et à la concision des dispositions issues des changements apportés, notamment en faisant en sorte que la rédaction du projet permette de débat parlementaire le plus clair et le plus sincère possible. Le Conseil d'État peut en outre fonder son avis sur des considérations tirées de la sérénité de la vie démocratique, de la tradition républicaine, du fonctionnement régulier des pouvoirs publics, des enseignements de l'histoire et des sciences politiques ou de la bonne administration ».

La constitutionnalisation désirée doit se fondre dans le bloc de constitutionnalité et dans « l'esprit des institutions ». Toutes ces orientations existent déjà, *ceteris paribus sic stantibus*, durant l'élaboration constitutionnelle de 1958 ; figurent dans la norme constitutionnelle que ce qui est strictement nécessaire ; l'Union européenne n'est pas encore aussi liée au texte constitutionnel durant la révision de 1958 ; l'attachement à la construction de la norme en elle-même ; la recherche de l'équilibre entre les normes constitutionnelles et dans les institutions. Ce cadre méthodologique que se fixe le Conseil d'État participe d'une véritable légistique constitutionnelle, appelée par d'aucuns.[572]

La participation du Conseil d'État est visible par certaines formules dans les comptes-rendus analytiques, témoignant du volontarisme du légiste, qui mettent en avant ce qu'il juge nécessaire dans le futur projet de loi constitutionnelle : le Conseil « a souhaité », a « estimé ».[573] Surtout, cette contribution à la révision de la Constitution, devient évidente au détour des années 2000. Dans ses comptes-rendus analytiques, compris dans le rapport public, le Conseil retranscrit de manière détaillée sa consultation. Le Conseil d'État n'hésite pas dans le cadre de sa participation à utiliser de sa faculté de résistance à travers son expertise juridique. La Haute juridiction, dans ses consultations constitutionnelles poursuit toujours l'idée de la construction du pouvoir de l'État. Pour se faire, le conseil de constitutionnalité peut proposer une perfectibilité du projet de loi étudié ou, dans le cas d'une atteinte grave à la construction du pouvoir de l'État, le juge du Palais Royal peut s'opposer audit projet. Dans le projet de loi constitutionnelle sur l'organisation décentralisée de la République, le juriste de l'État résiste par le droit. Ledit projet de loi constitutionnelle suscite un vif refus du Conseil d'État sur quasiment tout son contenu. La constitutionnalisation de l'organisation décentralisée de la République est mal placée à l'article 1er de la Constitution, en ce qu'elle est un mode administratif d'organisation du territoire, alors que sont présents dans ledit article des principes constitutionnels matériels. Surtout, elle est inutile, car déjà comprise dans la libre administration des collectivités territoriales figurant aux articles 34 et 72. La constitutionnalisation est aussi dangereuse pour le régime de l'outre-mer qui est plus qu'une organisation décentralisée.[574] Le

---

[572] P. De Montalivet, « *L'intelligibilité des lois constitutionnelles* », RFDC, 2015/2, n°102, p. 333 : « C'est ainsi une « légistique constitutionnelle » qu'il faudrait concevoir et mettre en œuvre ».

[573] EDCE, n° 59, Vol. 1, 2008, p. 54 : « Acceptant le principe déjà affirmé par la Cour de cassation d'une inviolabilité pendant la durée du mandat présidentiel, *le Conseil d'État a souhaité que soient précisées dans la Constitution* les conditions dans lesquelles les procédures auxquelles il serait fait ainsi obstacle pourraient être reprises après la cessation des fonctions du chef de l'État et que soit mieux précisée l'articulation entre l'inviolabilité ainsi proclamée et la compétence reconnue à la Cour pénale internationale. *Le Conseil a également estimé que cette inviolabilité ne devait pas* s'étendre au domaine de la responsabilité civile en raison du risque d'iniquité résultant pour les éventuelles victimes du fait de devoir attendre la fin du ou des mandats présidentiels, l'atteinte ainsi portée au droit d'accès à un tribunal risquant d'être jugée disproportionnée au regard des stipulations de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. En ce qui concerne la nouvelle procédure de destitution, *le Conseil d'État a souhaité* la simplifier, afin d'éviter qu'un intérim puisse se prolonger pendant plusieurs mois, en remplaçant les trois scrutins prévus des deux Assemblées puis de la Haute Cour par un vote unique de la Haute Cour convoquée soit par le Gouvernement, soit par le Président de l'une ou l'autre Assemblée sur proposition de la majorité de ses membres. Afin qu'il soit statué par une majorité dépassant les clivages politiques, le Conseil a estimé nécessaire d'exiger une majorité des deux tiers des membres du Parlement constitué en Haute Cour ».

[574] EDCE, n° 54, 2003, p. 55 : « Le Conseil d'État a émis des réserves sur l'inscription à l'article 1er de la Constitution du principe selon lequel l'organisation de la République est décentralisée. Il lui est apparu, d'une part, qu'en tant que processus d'évolution de l'organisation administrative d'un État, la décentralisation trouve

Conseil d'État a ouvertement critiqué la nature absconse du principe de subsidiarité. Sans oublier la mention de l'inadaptation de l'état de la fiscalité locale à la reconfiguration de la celle-ci à l'occasion de ladite loi constitutionnelle.

La Haute juridiction a émis des réserves expresses et des critiques sur quasiment la totalité du projet gouvernemental de 2003 sur l'organisation décentralisée de la République.[575] Cette consultation aux confins du droit constitutionnel et du droit des collectivités territoriales a suscité des réserves fortes du Conseil d'État qui y voyait une véritable « usine à gaz ». Le projet de loi constitutionnelle déposé au Sénat le 16 octobre 2002 ne tiendra compte d'aucune des

---

difficilement sa place dès le premier article de la Constitution et, d'autre part, qu'en tant que principe de libre administration des collectivités locales, elle figure déjà aux articles 34 et 72. Il lui a semblé en outre que si l'on entend opposer État unitaire décentralisé à État fédéral, le silence du texte constitutionnel convient sans doute mieux à la situation actuelle de certaines collectivités d'outre-mer dont les prérogatives vont au-delà de celles d'une collectivité décentralisée ».

[575] Ibidem., p. 55 : « *Le Conseil d'État a relevé aussi des insuffisances du projet qui lui était soumis*. Ainsi a-t-il considéré que le deuxième alinéa du nouvel article 72, tendant à donner une forme normative au principe de subsidiarité, serait susceptible d'ouvrir la porte à un contentieux abondant et aux résultats imprévisibles, *tant il paraît difficile d'apprécier quelles sont les compétences qui peuvent « le mieux » être exercées au niveau de telle ou telle collectivité*. De même ne lui est-*il pas apparu que l'état présent de la fiscalité locale permettrait d'assurer le respect du troisième alinéa du nouvel article 72-2* qui se proposait de fixer un seuil qualifié de « déterminant » au-dessous duquel ne pourraient descendre les ressources des collectivités territoriales provenant de recettes fiscales, de ressources propres et de dotations d'autres collectivités territoriales. Le Conseil d'État a aussi relevé que l'article relatif à la priorité d'examen par le Sénat des textes ayant pour principal objet la libre administration des collectivités territoriales, leurs compétences ou leurs ressources *risquaient de compliquer le fonctionnement de nos institutions* dans la mesure où il semble malaisé de définir de façon simple, tant le critère du « principal objet » peut donner matière à discussion, quels sont les textes qui seraient justiciables d'une telle priorité dont le respect serait sanctionné par le juge constitutionnel. *Des modifications ont été suggérées afin de donner un contenu plus précis à l'article relatif à l'expérimentation législative ou réglementaire. La généralisation du référendum à tous les actes relevant de la compétence des collectivités territoriales, que se proposait d'introduire le deuxième alinéa du nouvel article 72-1, a été écartée*. Ayant noté qu'au plan national l'introduction en 1958, du référendum en matière législative s'était accompagnée de nombreuses restrictions quant à la procédure permettant d'y recourir et aux matières qui pouvaient en faire l'objet, le Conseil d'État a renvoyé à une loi organique le soin de préciser les conditions et réserves auxquelles serait soumise l'organisation de référendums locaux. Il a, en outre, jugé nécessaire de préciser que les autorités de l'État auraient la responsabilité d'organiser ces votations au niveau des régions et des départements afin de prévenir le risque d'un refus des autorités des collectivités de base d'apporter leur concours.

Plusieurs dispositions concernant l'outre-mer ont, enfin, fait elles aussi l'objet de réserves. La classification des collectivités territoriales d'outre-mer annoncée par le nouvel article 72-3 a paru inutile. D'une part, elle a semblé ne pas tenir compte des particularismes actuels de certaines collectivités, Saint-Pierre-et-Miquelon et Mayotte, qui ont un statut intermédiaire entre les deux modèles dont il est affirmé qu'ils s'excluent l'un l'autre. *D'autre part, cette dernière assertion est également contredite pour l'avenir*, dans la mesure où l'article 73 prévoit de multiples possibilités d'adaptations et de dérogations au principe d'assimilation législative qui en est pourtant la caractéristique, et où l'article 74 prévoit lui-même de nombreuses variantes. En outre, deux dispositions des nouveaux articles 72-3 et 73 subordonnant au consentement des électeurs de la collectivité intéressée, respectivement, l'adoption de la loi organique consacrant le passage d'une collectivité d'un statut à l'autre et l'adoption d'une loi portant création d'une collectivité à statut particulier ou l'institution d'une assemblée délibérante commune à deux collectivités, ont paru au Conseil *incompatibles avec l'article 3 de la Constitution*. Il a proposé de remplacer, dans les deux cas, le consentement par un simple avis. Les alinéas 3 et 4 du nouvel article 73, outre qu'ils ont paru porter une atteinte excessive au principe d'assimilation législative pourtant réaffirmé, *ont été regardés comme faisant double emploi* avec les possibilités générales d'expérimentation prévues par l'article 72 et les facultés d'adaptation ouvertes au premier alinéa. Au nouvel article 74, *le Conseil d'État n'a pas jugé utile de figer dans la Constitution* la liste des matières pour lesquelles les transferts de compétence sont exclus car, même si cette liste paraît correspondre à celle des fonctions dites « régaliennes », rien ne permet d'exclure que des ajustements puissent lui être apportés, comme ils l'ont été dans un passé récent pour les projets de statut de certaines collectivités. Enfin l'atteinte au principe d'égalité devant l'accès aux professions résultant du dixième alinéa de ce nouvel article 74 n'a pas paru au Conseil d'État suffisamment justifiée ».

critiques susmentionnées du Conseil.[576] En outre, la faculté de résistance du Conseil d'État n'est pas insurmontable. Dans cette illustration topique, le légiste avait mis en garde le Gouvernement sur toutes les difficultés qu'allait susciter cette constitutionnalisation dans le droit des collectivités territoriales.

À cette expertise juridique, le Conseil d'État ajoute parfois des considérations politiques. Comme le faisait remarquer le vice-président Denoix de Saint-Marc, rien ne lui interdit de le faire.[577] En ce sens, le légiste peut exciper du maintien de la « stabilité dans le pays »[578] pour argumenter contre une partie du texte gouvernemental.

Les études et documents du Conseil d'État ont tendance, au-delà de la présentation de l'objet et des orientations générales, à ne mentionner que les points de désaccord ou les éléments qu'il estime à affiner. C'est finalement ce qui intéresse le Gouvernement dans la préparation de son projet de loi, et la doctrine qui veut mesurer *a posteriori* le cheminement de la révision constitutionnelle. À cette visibilité, des consultations constitutionnelles voulues et maîtrisées par le Conseil d'État, s'ajoute une autre consistant dans la publication de ses avis.

2°) La pleine visibilité du Conseil d'État par la publication de ses avis

Le président de la République, dans ses vœux aux corps constitués et aux bureaux des Assemblées, le 20 janvier 2015, a exprimé la volonté de voir publier les avis du Conseil d'État, dans un souci d'améliorer la confection des lois.[579] Cette idée de la publicité des avis du Conseil d'État avait notamment été proposée par le député Mazeaud dès l'année 1993.[580] Dans le cadre de la confection de la loi, avant la mise en œuvre de cette publication des avis, ceux qui y participent ont communication de l'avis.[581] La visibilité accrue aux avis du légiste permet

---

[576] Projet de loi constitutionnelle relatif à l'organisation décentralisée de la République : http://www.senat.fr/leg/pjl02-024.html.

[577] R. Denoix de Saint Marc, *op. cit.,* p. 178 : « Le Conseil d'État n'a jamais considéré qu'il était contraint de s'en tenir à un avis strictement juridique ». *Contra*, G. Braibant, « *Le rôle du CE dans l'élaboration du droit », in mélanges Chapus*, Montchrestien, 1992, p. 95 : « Son intervention a toutefois une limite qu'il s'efforce de ne pas franchir : elle ne doit pas porter sur les choix politiques du gouvernement et du Parlement ».

[578] EDCE, n° 45, 1993, p. 140 : « Sur le premier point [à savoir l'introduction d'une procédure de référendum législatif], le Conseil d'État a disjoint des dispositions qui introduisaient, à l'article 11 de la Constitution, la possibilité d'organiser un référendum à l'initiative d'un certain nombre d'électeurs. Cette procédure, contraire à la tradition constitutionnelle républicaine, lui est apparue, en dépit des garanties dont devait être assortie sa mise en œuvre, *comme étant de nature à nuire au climat de stabilité dans le pays* et ne traduisant d'ailleurs pas le souci, qui animait les auteurs du projet, de revaloriser les fonctions du Parlement ».

[579] *Déclaration de M. François Hollande, Président de la République, sur la lutte contre le terrorisme et sur la réforme de l'État, à Paris le 20 janvier 2015*, http://discours.vie-publique.fr/notices/157000135.html : « Mieux légiférer, c'est aussi mieux préparer les projets de loi. C'est la raison pour laquelle j'ai décidé de rompre avec une tradition séculaire des secrets qui entourent les avis du Conseil d'État. Le Conseil d'État est le conseil juridique du gouvernement. Son avis est d'intérêt public et son expertise sera donc rendue publique. Le Conseil d'État, par ses avis, informera donc les citoyens, mais il éclairera aussi les débats parlementaires ».

[580] Proposition de loi de M. Pierre MAZEAUD tendant à organiser la publicité des avis donnés par le Conseil d'État sur les projets de loi, n° 47, déposée le 20 avril 1993 et renvoyée à la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, http://www.assemblee-nationale.fr/10/dossiers/930047.asp.

[581] JORF, Assemblée nationale, session ordinaire de 2007-2008, 171e séance, compte rendu intégral de la 3e séance du 27 mai 2008, p.2577 : « M. Jean-Jacques Urvoas. (…) La difficulté, c'est que les avis du Conseil d'État, théoriquement secrets, ne le sont pas dans la réalité et que la plupart de ceux qui s'y intéressent en ont

d'éclairer pleinement tous les parlementaires durant la procédure législative et d'instiller de la transparence au service de la compréhension par le citoyen de l'édiction d'un projet de loi. Le résultat depuis cette annonce du président de la République est une production juridique florissante en matière constitutionnelle. Pas moins de trois avis ont été publiés depuis 2015.[582]

L'avis publié du 31 juillet 2015 sur le projet de loi constitutionnelle autorisant la ratification de la charte européenne des langues régionales ou minoritaires s'inscrit parfaitement dans la tradition du Conseil d'État. Le laconisme et la densité du Conseil sont remarquables : l'avis ne fait que deux pages.[583] Le légiste administre sa consultation en trois étapes : 1) le Conseil présente l'objet de l'avis, à savoir ledit projet de loi constitutionnelle ; 2) il donne le sens de sa consultation qui consiste dans un avis défavorable ; 3) le conseiller du Gouvernement va enfin procéder à des explications du sens défavorable de son avis. Celles-ci sont axées sur une double présentation de l'état du droit qui reçoit la constitutionnalisation aspirée et du droit qui veut être constitutionnalisé. Le Conseil d'État s'attache longuement à présenter l'environnement juridique avec la décision du Conseil constitutionnel du 15 juin 1999,[584] et son avis, non publié, du 7 mars 2013. Il s'agit d'éviter une contradiction entre la constitutionnalisation d'un article 53-3 autorisant la ratification de ladite Charte et les articles 1er, 2 et 3 de la Constitution. Aussi, le légiste veille à la logique de la disposition qui aspire à être constitutionnalisée.[585] L'avis du 30 juillet 2015, est une manifestation claire de la faculté de résistance du Conseil d'État, dans la révision de la Constitution. Cette opposition à la volonté du candidat, nouvellement président de la République, aura empêché cette constitutionnalisation vue comme un outil de ratification d'un instrument international qui contreviendrait gravement à l'unité de l'État.

L'avis du 11 décembre 2015 sur le projet de loi constitutionnelle de protection de la Nation a suscité une réception mitigée par certains.[586] Les trois étapes de la consultation connaissent une

---

communication. Les personnes auditionnées par la commission des lois sur le présent projet ont fait état à de multiples reprises de l'avis du Conseil d'État, dont elles connaîssaient la teneur. Cette situation nourrit des rumeurs stupides. Le plus simple est donc de rendre officiellement publics ces avis : la loyauté du débat politique y gagnera ».

[582] CE, Ass, (sect. inté.), Avis n° 390268, 31 juil. 2015, Projet de loi constitutionnelle autorisant la ratification de la Charte européenne des langues régionales ou minorités. CE, Ass. (sect. inté .)Avis n° 390866, 11 déc. 2015, Projet de loi constitutionnelle de protection de la Nation. CE, Ass (sect. intér.) Avis n° 394658, 3 mai 2018, Projet de loi constitutionnelle pour une démocratie plus représentative, responsable et efficace.

[583] B. Bonnet, « *La charte européenne des langues régionales ou minoritaires* » – AJDA, 2015, p. 2249 : « L'avis rendu par le Conseil d'État le 30 juillet 2015 est, à bien des égards, remarquable. Court, très dense, il recèle de nombreuses pépites juridiques pour tous ceux qui s'intéressent aux rapports entre ordres juridiques ».

[584] N° 99-412 DC.

[585] O. Beaud, « *Le cas français : l'obstination de la jurisprudence et de la doctrine à refuser toute idée de limitation au pouvoir de révision constitutionnelle* » : http://juspoliticum.com/article/Le-cas-francais-l-obstination-de-la-jurisprudence-et-de-la-doctrine-a-refuser-toute-idee-de-limitation-au-pouvoir-de-revision-constitutionnelle-1170.html : « Il introduit un autre contrôle des lois de révision qui est un contrôle que l'on pourrait qualifier « d'ordre logique ». Il observe, en effet, que le Gouvernement s'est gravement contredit en signant cette Charte et en l'accompagnant d'une Déclaration rejetant des droits collectifs, pouvant être interprétée comme étant une réserve à ce traité, alors que ladite Charte interdisait l'existence de réserves ».

[586] A-M. le Pourhier, « *Fonction consultative et fonction juridictionnelle : à propos du projet de révision constitutionnelle de protection de la nation* », Constitutions, 2016, p. 243 : « L'avis du Conseil d'État sur ce premier [la déchéance de nationalité] point est inhabituellement confus et mélange sans bien les distinguer les arguments de régularité´ juridique et d'opportunité´ politique. […] Concernant l'état d'urgence, l'inutilité´ d'une révision

nuance, en ce que le Conseil d'État ne va pas donner le sens de celle-ci sur la totalité du projet de loi, mais sur chaque élément. Ce qui s'explique par la pluralité de matières sur lesquelles portent l'avis, contrairement à celui du 31 juillet 2015 qui n'a qu'un objet. Le Conseil d'État, dans ses explications, part de la volonté gouvernementale [587] et opère une résistance feutrée, qui se traduit sur le plan juridique et sociologique. D'une part, juridiquement, concernant la déchéance de nationalité, le Conseil d'État motive de manière pragmatique la constitutionnalisation de celle-ci par le risque d'inconstitutionnalité qui pèse sur une telle mesure si elle était de rang infraconstitutionnel. Derrière cette motivation constructive – en ce qu'elle justifie la constitutionnalisation d'une disposition par son invalidité hypothétique si elle était consacrée à un rang inférieur que celui constitutionnel – il y a la mise en évidence d'une incompatibilité avec d'autres normes constitutionnelles. Le Conseil d'État va aussi émettre l'hypothèse de la consécration d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République de non privation des français de naissance de leur nationalité. Le Conseil d'État avance ainsi qu'il existe un panel de normes constitutionnelles, dans l'hypothèse d'une constitutionnalisation, avec lesquelles il faudra compter et concilier la déchéance de nationalité. L'avis, dans une perspective de rapports de systèmes, renvoie aussi aux ordres juridiques européens qui seront autant de limitations à une déchéance constitutionnelle de nationalité. Le contenu de la décision se trouve dans un environnement juridique préexistant qui ne lui est pas en tout point favorable. Et le légiste, dans une dimension d'architecture constitutionnelle, propose la constitutionnalisation à l'article 34 de la Constitution tout en la refusant dans le titre premier. Relativement à l'état d'urgence, le Conseil d'État réécrit le contrôle juridictionnel des mesures prises sur son fondement.[588] Le légiste met en garde sur le danger de la permanence du régime de l'état d'urgence.[589] D'autre part, sur le plan sociologique, la déchéance de nationalité n'aurait, d'après les dires de l'avis, que « peu d'effet dissuasif sur les personnes décidées à commettre les infractions mentionnées dans le projet ». Le Conseil d'État opère une lecture sociologique du phénomène criminel à l'occasion de la constitutionnalisation. Le Conseil dira qu'il n'est pas « opportun » de mentionner dans la Constitution le terme terrorisme, sans plus de justification. Il s'agit de ne pas placer dans le texte de la société, en vertu de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, les individus qui veulent détruire cette même société.

L'avis du 3 mai 2018 suit toujours la logique de la présentation – telle que dans l'avis de protection de la Nation – de l'objet, du sens de la consultation et des explications. Il faut remarquer le déroulement thématique de l'avis qui a le mérite de la pédagogie pour les non-initiés. La consultation, après une présentation générale de la loi constitutionnelle, connait un paragraphe consacré à « l'office du Conseil d'État lors de l'examen d'un projet de loi

constitutionnelle était encore plus évidente mais le Conseil d'État s'est encore attaché à justifier évasivement le choix présidentiel ».

[587] CE, Ass, 11 décembre 2015, Avis n° n° 390866 : « En ce qui concerne la déchéance de la nationalité française, l'objectif du Gouvernement, tel qu'il est présenté dans l'exposé des motifs du projet de loi, est de « sanctionner ceux qui par leurs comportements visent à détruire le lien social » en commettant des actes de terrorisme » ».

[588] « Le Conseil d'État a supprimé les mots « sous le contrôle du juge administratif » qui sont inutiles ».

[589] « Toutefois, l'état d'urgence restant un « état de crise », ces renouvellements ne devront pas se succéder indéfiniment. Si la menace qui est à l'origine de l'état d'urgence devient permanente, c'est alors à des instruments de lutte permanents qu'il faudra recourir en leur donnant, si besoin est, un fondement constitutionnel durable ».

constitutionnelle ». Ces explications méthodologiques, dans la continuité de celles données dans le rapport de 2009,[590] contribuent à une légistique constitutionnelle. Tout en avançant de prime abord que le pouvoir constituant est souverain, le Conseil d'État, implicitement, énonce des motifs juridiques permettant d'encadrer le projet de loi constitutionnelle : la non contradiction avec les engagements internationaux, les grands principes de la République, l'esprit des institutions et la tradition républicaine.[591] Il y a une continuité avec les principes généraux du droit de l'État dégagés durant l'élaboration. Aussi, sur ce thème de la continuation, l'expert du droit de l'État se réfère aux révisions antérieures pour souligner que le projet de loi constitutionnelle se place dans le *continuum* de celles-ci.[592] Sa méthodologie suppose logiquement de ne mettre dans la Constitution que ce qui est nécessaire. Surtout, le Conseil d'État regarde « si les mesures envisagées sont à même d'atteindre l'objectif poursuivi par le Gouvernement ». Cette méthode téléologique est particulièrement poussée dans la consultation sur le projet de loi constitutionnelle pour une démocratie plus représentative, responsable et efficace, ce qui aboutit au constat d'une résistance diplomate du Conseil d'État.

Le juge-conseiller résiste par le Conseil constitutionnel : le renvoi à la jurisprudence de ce dernier en matière de fixation de l'ordre du jour des assemblées, en soulignant que le projet de loi constitutionnelle va plus loin, peut être interprété comme un appel à la prudence.[593] La faculté de résistance du Conseil d'État se traduit aussi par une attitude dubitative sur une partie du projet de loi.[594] Ces foyers de résistances se placent dans le cadre d'une action du Conseil qui fait tout ce qu'il peut juridiquement pour valider le texte du Gouvernement : ce constat est la continuation de son attitude durant l'élaboration.[595] L'objectif de celui-ci est le point de

---

[590] *Cf. Supra*.

[591] CE, Ass, 3 mai 2018, Avis n° 394658 : « Le pouvoir constituant est souverain. Il s'ensuit que la vérification de la conformité à la norme supérieure, qui constitue une part essentielle de l'examen d'un texte par le Conseil d'État d'un projet de loi ou de décret, n'a pas lieu d'être en l'espèce puisque la Constitution est, dans l'ordre interne, la norme suprême.
Toutefois, il est nécessaire que le Conseil d'État s'assure que le projet qui lui est soumis ne place pas la France en contradiction avec ses engagements internationaux, afin d'attirer, le cas échéant, l'attention du Gouvernement sur les difficultés que cela pourrait entraîner.
De même, s'il n'existe pas de hiérarchie au sein de la Constitution, il revient au Conseil d'État de relever, le cas échéant, qu'une disposition ne s'inscrit pas dans les grands principes qui fondent notre République, énoncés particulièrement au Préambule, lequel renvoie notamment à la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, et aux trois premiers articles de la Constitution. Il lui appartient aussi de signaler qu'une disposition contreviendrait à l'esprit des institutions, porterait atteinte à leur équilibre ou méconnaîtrait une tradition républicaine constante ».

[592] *Ibid.* ; p. 4 : « La recevabilité des amendements […] Tout d'abord, le caractère désormais systématique de l'irrecevabilité des amendements qui ne sont pas du domaine de la loi est cohérent avec la volonté exprimée en 1958 par le constituant » ; p. 5 : « La procédure d'examen limité à la commission. La révision constitutionnelle de 2008 a renforcé le rôle du Parlement et de ses commissions ».

[593] *Ibid.* : « Le Gouvernement va, ce faisant, au-delà de ce qu'a jugé le Conseil constitutionnel par sa décision n° 2013-677 DC du 14 novembre 2013, à l'occasion de laquelle il a déjà admis l'inscription prioritaire, à l'ordre du jour de la semaine de contrôle et d'évaluation, de l'ensemble des textes énumérés à l'alinéa 3 de l'article 48 de la Constitution, sous réserve que cette semaine de séance soit « *aussi consacrée au contrôle de l'action du Gouvernement et à l'évaluation des politiques publiques dans l'ordre fixé par l'assemblée* ».

[594] *Ibid.* : « Toutefois, le Conseil d'État s'interroge sur le niveau constitutionnel de cette disposition. Les mesures, en substance identiques, édictées par les règlements des assemblées n'ont en effet pas été censurées par le Conseil constitutionnel dans ses décisions n° 2014-705 DC du 11 décembre 2014 et n° 2015-712 DC du 11 juin 2015. En tout état de cause, la périodicité du programme dont il s'agit n'a pas sa place dans la Constitution ».

[595] E. Burin des Roziers, « *Le rôle du Conseil d'État dans l'écriture de la Constitution », in L'écriture de la Constitution de 1958*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille Economica, 1992, p. 815 : « La haute assemblée a manifestement le souci de ne pas contrarier les intentions du Gouvernement ».

départ du travail du Conseil d'État, mais aussi le point d'arrivée de son avis. Ce qui se traduit, classiquement dans ses consultations, par des propositions pour compléter le texte gouvernemental.[596]

Une telle retenue du Conseil d'État, dans l'utilisation de sa faculté de résistance dans la révision voulue de la Constitution, s'explique par son repositionnement dans l'institution incorporée de la révision constitutionnelle. La publication de ses avis le place dans un lien direct avec le peuple et les parlementaires. Ce qui met en lumière les risques de contradiction entre l'avis et le texte gouvernemental. Le Conseil utilise donc prudemment de sa faculté de résistance car il ne possède pas l'onction du suffrage dont bénéficie médiatement le Gouvernement par le président de la République. Cette ouverture des destinataires des consultations du Conseil d'État, dans un souci de pédagogie, a pour effet l'utilisation de formulations qui ne sont pas juridiques : « selon une opinion largement partagée, l'instauration de la semaine prioritaire n'a pas conduit depuis 2008 à une revalorisation effective de la fonction parlementaire de contrôle ». Même si l'argument, de l'absence de contrôle approfondi des politiques publiques, qui se trouve derrière cette « opinion largement partagée » est vrai, il n'en demeure pas moins que l'utilisation du vocable « opinion » dans une décision du Conseil d'État est plutôt surprenante.

Plus préoccupant, la déférence devant l'objectif du Gouvernement aboutit à ce que le légiste oriente de manière constructive son argumentaire en faveur du texte gouvernemental. Le cas des irrecevabilités systématiques est assez marquant : le Conseil d'État estime que la constitutionnalisation de ce type d'irrecevabilité est « cohérent[e] avec la volonté exprimée en 1958 par le constituant, lequel a entendu donner une importance fondamentale à la distinction entre la compétence du législateur et celle du pouvoir règlementaire ». La vision Conseil d'État n'est pas aussi arrêtée sur la répartition des compétences et le régime juridique des irrecevabilités qui en résulte. La création d'irrecevabilités systématiques s'inscrit en faux avec la recherche d'un assouplissement de la distinction des compétences par la création d'une procédure juridique qui automatiquement dépossède le Parlement.[597] Le commissaire du Gouvernement Janot, durant les débats en l'Assemblée générale, relativement à la procédure d'irrecevabilité, infère que cette dernière est destinée à permettre aux parlementaires de mieux remplir leur mission.[598] Cette duplicité constitutionnelle, sous couvert de bienveillance, se retrouve dans le corps de l'avis du 3 mai 2018 qui vise « l'efficacité de la procédure parlementaire ».

---

[596] CE, Ass, 3 mai 2018, Avis n° 394658. À titre exemplatif : « *Il suggère* que le régime des incompatibilités des membres du Gouvernement qui sera défini par la loi organique soit, dans toute la mesure du possible, identique à celui des parlementaires » ; « Le Conseil d'État invite cependant le Gouvernement à étendre à l'article 121-3 du code pénal cette mesure aux autres décideurs publics qui sont exposés à des difficultés comparables et à réfléchir aux conditions dans lesquelles cette disposition pourrait être également appliquée aux décideurs privés ».

[597] DPC, *Volume III, op. cit.*, p. 440 : « M. le président Latournerie. […] L'innovation d'importance majeure consisterait à ne pas enfermer définitivement, et en quelque sorte brutalement, le Parlement dans un cadre rigide ».

[598] *Ibid.*, p. 444 : « Cet article 35 n'est pas conçu comme une sorte de machine de guerre contre le Parlement, mais comme la possibilité de fournir au Parlement les moyens de remplir sa mission véritable, en ne lui donnant pas une mission qu'il ne peut pas remplir, l'expérience l'a prouvé ».

Par ailleurs, le Conseil d'État ne soulignera pas la contradiction dans le projet de loi constitutionnelle, par rapport au contrôle de l'action du Gouvernement, entre la nouvelle procédure de fixation de l'ordre du jour pendant la semaine réservée au contrôle de l'action gouvernementale, et la rationalisation de la procédure budgétaire, par ses délais, pour mieux la recentrer sur la loi de règlement. Dans le premier cas, le contrôle de l'action du Gouvernement et l'évaluation des politiques publiques cède la place à la présentation des textes gouvernementaux. Dans le second cas, le contrôle de l'action du Gouvernement et l'évaluation des politiques publiques, par le rehaussement de la loi de règlement, se traduit par une rationalisation temporelle de la procédure budgétaire. L'objectif d'augmentation des fonctions de contrôle du Parlement est à géométrie variable : cette géométrie ne varie pas pleinement favorablement aux parlementaires car quand ledit objectif est poursuivi, c'est pour encadrer plus strictement encore un droit des parlementaires. Le Conseil d'État, en plus d'entretenir une relation avec le Gouvernement par ses avis, se trouve en interaction avec le Parlement et les comités d'experts.

Paragraphe 2 : Le Conseil d'État, le Parlement et les comités d'expert : une influence complémentaire

La Haute juridiction, dans le cadre d'une société complexe, procède à une contribution multiple sur les autres acteurs, que le Gouvernement, de la révision constitutionnelle que sont les parlementaires (A) et les comités d'expert (B).

A) Le conseil juridique aux politiques par l'audition du Conseil d'État dans le travail législatif

Le Conseil d'État, par ses membres, est présent par des auditions dans le travail parlementaire en commission (1), sa contribution se double aussi d'une influence sur l'écriture des lois constitutionnelles (2).

1°) L'audition des membres du Conseil d'État durant le travail des Commissions parlementaires : l'influence orale

La contribution du Conseil d'État aux travaux réalisés en Commission parlementaire se traduit par des auditions de ses membres. Ce type d'influence du Conseil est assez inconstant car les Commissions sont libres dans leurs travaux. Sur le plan de la compétence juridique, les membres du Conseil d'État déposent en Commissions parlementaires en vertu de la compétence constitutionnelle desdites Commissions, qui se trouve à l'article 43 de la Constitution du 4 octobre 1958.[599] Seulement, cette compétence constitutionnelle parlementaire convoque le résultat de l'exercice de la compétence constitutionnelle consultative du Conseil d'État : son avis. C'est à partir de celui-ci que les membres du Conseil d'État, en déposant devant une Commission parlementaire, concourent à l'exercice de la compétence constitutionnelle, dudit article 43, du Parlement.

[599] Art. 43 : « Les projets et propositions de loi sont envoyés pour examen à l'une des commissions permanentes dont le nombre est limité à huit dans chaque assemblée.
A la demande du Gouvernement ou de l'assemblée qui en est saisie, les projets ou propositions de loi sont envoyés pour examen à une commission spécialement désignée à cet effet ».

Récemment, le projet de loi constitutionnelle de modernisation des institutions de la Ve République[600] et le projet de protection de la Nation[601] ont donné lieu à des auditions, notamment, du vice-président Sauvé. Cette pratique de l'écoute des membres du Conseil d'État s'est déjà réalisée auparavant sur d'autres projets de loi constitutionnelle.[602] Il faut cependant relever que les auditions en Commissions convoquent plus des politiques et des Universitaires que des membres du Conseil d'État pour audition.

Au titre de l'importante révision constitutionnelle du 23 juillet 2008, le rapporteur de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, procède à une audition du vice-président Sauvé.[603] Le rapporteur de la commission sénatoriale fera de même.[604] Dans le rapport du député Warsmann figure des occurrences qui relatent le témoignage de Jean-Marc Sauvé. Celles-ci seront relatives notamment à l'extension de la mission de conseil du Conseil d'État au Parlement, dans le cadre de la révision de l'article 39 de la Constitution.[605] Il s'agit d'une illustration supplémentaire de l'influence qu'exerce le Conseil d'État sur lui-même dans la confection de la loi, y compris constitutionnelle. Le vice-président s'engagera dans une défense de la constitutionnalisation du mécanisme de contrôle *a posteriori* des lois.[606] De ce plaidoyer juridique, il ressort une méthode pédagogique qui consiste

---

[600] *N° 387, Sénat, Session ordinaire de 2007-2008, Rapport fait au nom de la commission des Lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur le projet de loi constitutionnelle, adopté par l'Assemblée nationale, de modernisation des institutions de la Ve République,* par M. Jean-Jacques Hyest, Sénateur : p.231 : « Annexe 2, Liste des personnes entendues par le rapporteur. (…) M. Jean-Marc Sauvé, vice-président ».

[601] *N° 447, Sénat, Session ordinaire de 2015-2016, Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du règlement et d'administration générale sur le projet de loi constitutionnelle, adopté par l'Assemblée nationale, de protection de la Nation*, par M. Philippe Bas, Sénateur, p. 175 : « Annexe 2. Liste des personnes entendues. Auditions en commission : […] M. Jean-Marc Sauvé, vice-président du Conseil d'État, et M. Christian Vigouroux, président de la section de l'intérieur du Conseil d'État ».

[602] À titre exemplatif. *N° 316, Sénat, Rapport fait au nom de la commission des Lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du règlement et d'administration générale sur le projet de loi constitutionnelle, portant révision de la Constitution du 4 octobre 1958 et modifiant ses titres VII, VIII, IX et X*, par MM. Etienne Dailly, Hubert Haenel et Charles Jolibois, Sénateurs, p. 171 : une audition du vice-président Long. *N° 352, Sénat, Rapport fait au nom de la commission des Lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur le projet de loi constitutionnelle, adopté par l'Assemblée nationale, relatif à la Charte de l'environnement*, par M. Patrice Gélard, Sénateur, p. 83 : « Auditions du rapporteur (ouvertes aux autres membres de la commission) (…) M. Yves Jegouzo, conseiller d'État, membre de la « commission Coppens » ».

[603] N° 892, Assemblée nationale, *Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi constitutionnelle (N° 820) de modernisation des institutions de la V^e^ République*, par M. Jean-Luc Warsmann, Député, p. 625 : « Annexe 11, Personnes entendues par le rapporteur au cours d'auditions publiques, Lundi 5 mai 2008, M. Jean-Marc SAUVÉ, vice-président du Conseil d'État (…) ». Il faut noter que le vice-président est le premier à être auditionné.

[604] N° 387, Sénat, Rapport fait au nom de la commission des Lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur le projet de loi constitutionnelle, adopté par l'Assemblée nationale, de modernisation des institutions de la Ve République, par M. Jean-Jacques Hyest, Sénateur, p. 231 : « Annexe 2, Liste des personnes entendues par le rapporteur. […] M. Jean-Marc Sauvé, vice-président ».

[605] *Ibid*., p. 272 : « L'analyse par le Conseil d'État du dispositif d'avis institué à l'article 39 de la Constitution, Intervention de M. Jean-Marc SAUVÉ, Vice-président du Conseil d'État, auditionné par le rapporteur, le lundi 5 mai 2008. […] Le renforcement du rôle du Parlement dans la fixation de cet ordre du jour et la part croissante des lois qui seront issues de propositions de loi appellent presque corrélativement ou mécaniquement que l'intervention du Conseil d'État, dans le processus législatif, ne se limite pas aux seuls projets de loi ».

[606] *Ibid*., p. 438 : « La crainte ayant été exprimée qu'une partie significative de la législation en vigueur ne se trouve fragilisée […]. D'une part, le contrôle a priori des lois votées par le Parlement s'exerce désormais à une échelle

dans la présentation des avantages de ce qui deviendra la question prioritaire de constitutionnalité. Le principal risque de l'instabilité juridique par la censure de lois inconstitutionnelles est, dans une certaine mesure évité, par le développement du contrôle *a priori*. Aussi, Jean-Marc Sauvé, derrière les subtilités juridiques abonde dans le sens de la création d'une procédure constitutionnelle permettant de garantir des droits et libertés constitutionnelles. Ce qui s'inscrit dans une construction démocratique du pouvoir de l'État par un mécanisme juridique : le même dessein libéral, que dans l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958, se retrouve dans les révisions postérieures.[607] Le Conseil d'État se trouve à « l'interface entre les pouvoirs publics et la société française »[608], d'après les mots du vice-président. Cela témoigne tant du mécanisme du contrôle *a posteriori* de constitutionnalité, qui intéresse la relation entre les individus et le pouvoir, par la protection juridique des droits de ceux-ci face à celui-ci, que de la future publication des avis du Conseil le plaçant dans un lien direct avec la société.

Dans le cadre du projet de loi constitutionnelle de protection de la Nation, de 2015, le vice-président Sauvé et le président Vigouroux, vont être auditionnés par la Commission sénatoriale des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du règlement et d'administration générale. Les membres du Conseil d'État s'attacheront à donner la motivation de leur décision[609] dans laquelle figure, comme argument ultime, la sécurité juridique : nouvelle

---

significative depuis une trentaine d'années. La plupart des lois de nature à affecter sensiblement les droits et libertés sont soumises au Conseil constitutionnel à l'initiative de l'opposition. D'autre part, la proportion des lois codifiées n'a pas cessé d'augmenter jusqu'à devenir largement majoritaire. Or, la codification est l'occasion d'une vérification de la constitutionnalité des textes anciens qui entrent dans le champ de chaque code. En dehors même de la codification, beaucoup de dispositions anciennes ont été soit abrogées, soit modifiées sous le contrôle du Conseil constitutionnel. Enfin, cela fait près de vingt ans que le juge administratif se reconnaît le pouvoir d'écarter une disposition législative contraire à une convention internationale. […] L'expérience des pays qui admettent le contrôle *a posteriori* de la constitutionnalité des lois montre que les difficultés peuvent être traitées efficacement si l'on reconnaît à la cour constitutionnelle un large pouvoir pour concilier, pour chaque cas d'espèce, les différentes exigences constitutionnelles en cause, la protection des droits et libertés, mais aussi la sécurité juridique. […] La notion de « droits et libertés garantis par la Constitution » me paraît devoir être préférée à celle des « droits et libertés fondamentaux reconnus par la Constitution » pour couper à des interrogations sur l'existence, au sein des droits constitutionnellement protégés d'un sous-ensemble qui regrouperait les droits essentiels ou les droits fondamentaux. […] Le filtre des cours suprêmes présente un double avantage. D'une part, il met le Conseil constitutionnel à l'abri d'une éventuelle avalanche de renvois préjudiciels à laquelle ses moyens actuels lui permettraient sans doute malaisément de faire face. D'autre part, il permet d'associer très en amont le Conseil d'État et la Cour à l'élaboration de la jurisprudence constitutionnelle. […] Le texte du projet est dans son laconisme même parfaitement clair ». B. Mathieu, « *Transformer la Ve République sans la trahir* », AJDA 2008, p. 1860 : « L'audition du vice-président du Conseil d'État et des présidents du Conseil constitutionnel et de la Cour de cassation et du procureur général près ladite Cour a permis de constater un accord sur la nécessité d'opérer un contrôle *a posteriori* de constitutionnalité des lois ».

[607] *Cf. Supra*.

[608] *Ibid*., p. 273.

[609] *Comptes rendus de la Commission des lois, Mardi 1er mars 2016, Protection de la Nation - Audition de M. Jean-Marc Sauvé, vice-président du Conseil d'État, et M. Christian Vigouroux, président de la section de l'intérieur du Conseil d'État*, https://www.senat.fr/compte-rendu-commissions/20160229/lois.html#toc2 : « M. Jean-Marc Sauvé, vice-président du Conseil d'État. - Il est inusité pour moi d'évoquer un avis du Conseil d'État, non pas devant la première assemblée saisie, mais devant la seconde à se pencher sur le texte. En l'espèce, le Conseil d'État a émis un avis sur la déchéance de la nationalité française et sur la constitutionnalisation de l'état d'urgence, qui font chacune l'objet de l'un des deux articles du projet de loi constitutionnelle. […] Nous avons donc conclu qu'une révision constitutionnelle était souhaitable, pour des raisons de sécurité juridique, si le Gouvernement souhaitait mettre en œuvre une procédure de déchéance de nationalité. Cela dit, celle-ci n'est

norme juridique de référence des révisions constitutionnelles. Le travail du Conseil d'État dans son avis du 11 décembre 2015, en quelque sorte, anticipe des normes dans le cadre de son conseil de constitutionnalité.[610] Il s'agit d'une fonction prédictive de la rédaction des normes juridiques existantes par rapport à l'intronisation d'une autre, issue de la constitutionnalisation envisagée. Ces auditions s'examinent comme une analyse à disposition de parlementaires de l'avis du Conseil d'État. C'est le moment où le Conseil peut réitérer l'exercice de sa faculté de résistance : le refus de la constitutionnalisation de la déchéance de nationalité par la création d'un article 3-1.[611] Le président Vigouroux tiendra des réflexions historiques, comme tout constitutionnaliste, sur la déchéance de nationalité pour mieux la comprendre.[612] L'audition des membres du Conseil d'État, dans les Commissions parlementaires, est un moyen d'instiller l'analyse juridique du conseiller princier dans le débat législatif.

2°) L'utilisation du travail du Conseil d'État dans la confection de la loi : l'influence écrite

L'influence écrite du Conseil d'État se mesure par la transmission de ses avis au Parlement, et par l'impact de l'écoute du Conseil d'État durant l'écriture de la loi constitutionnelle. La compétence juridique qui fonde l'utilisation des travaux du Conseil d'État est celle de l'article 43 de la Constitution, pour le travail en Commission. Pour les débats en séance, à l'Assemblée nationale, au Sénat et au Congrès du Parlement, il s'agit de l'article 24 de la Constitution.[613] Avant l'application de l'annonce présidentielle de la publication des avis du Conseil d'État, les Commissions parlementaires ont parfois connaissance des avis du Conseil sur l'avant-projet de loi constitutionnelle dont elles ont à en examiner le projet de loi arrêté en Conseil des ministres. La représentation nationale devrait recevoir les observations du Conseil d'État « chaque fois

---

contraire à aucun engagement international de la France, non plus qu'au droit de l'Union européenne. Pour autant, certaines précautions doivent être prises ».

[610] *Ibid*. : « M. Jean-Marc Sauvé, vice-président du Conseil d'État. - Pour donner son avis sur un projet de loi, le Conseil d'État analyse la totalité de la jurisprudence, européenne et nationale, déjà cristallisée. Mais il ne s'arrête pas là. Le droit doit être considéré comme un instrument vivant et évolutif, et nous devons nous montrer capables d'anticipation. La jurisprudence évolue chaque jour ! Si le principe fondamental reconnu par les lois de la République que j'ai évoqué n'est pas aujourd'hui consacré, il est fort possible qu'il le soit, à l'avenir, par le Conseil constitutionnel car, hors une loi d'avril 1848, notre législation ne comporte aucune disposition permettant de déchoir de sa nationalité française une personne née française. C'est ce risque que nous avons souligné, tout en déclarant conformes au principe d'égalité les dispositions proposées.

De même, on peut déduire de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen une interdiction de déchoir de sa nationalité française une personne née française, car cela lui ferait perdre des attributs essentiels de son identité. […] Notre analyse nous a conduits à circonscrire les motifs pour lesquels la déchéance de nationalité pouvait être prononcée. Nous avons retenu les crimes graves, quand les questions du Gouvernement évoquaient aussi les délits. Cette restriction nous semble nécessaire pour respecter le principe de proportionnalité, notamment au regard du droit européen. […] ».

[611] *Ibid*. : « M. Jean-Marc Sauvé, vice-président du Conseil d'État. - Le texte du Gouvernement ajoutait un article 3-1 à la Constitution. Nous avons estimé que ces dispositions n'avaient pas leur place dans un titre sur la souveraineté et qu'il valait mieux les insérer dans l'article 34, qui est un article de compétences. Il est vrai que cela reviendrait à y inscrire une habilitation pour le législateur ».

[612] *Ibid*. : « M. Christian Vigouroux, président de la section de l'intérieur du Conseil d'État. - L'article 25 du code civil pouvait-il suffire ? Il dispose que « *l'individu qui a acquis la qualité de Français peut, par décret pris après avis conforme du Conseil d'État, être déchu de la nationalité française* ». Il suffirait donc, en apparence, d'en supprimer les mots « *qui a acquis la qualité de Français* ». Mais les problèmes évoqués par M. le vice-président demeureraient. La suspicion spécifique contre les Français d'acquisition remonte à la première guerre mondiale. D'où la limitation de l'article 25 à cette catégorie ».

[613] Art. 24 : « Le Parlement vote la loi. […] ». Le Congrès n'est rien d'autre que le Parlement réuni dans une situation extraordinaire.

que l'importance du sujet débattu [le] justifie ».[614] La visibilité des avis du Conseil d'État trouve sa première application dans la toute première révision de la Constitution du 4 octobre 1958. Il ne s'agit en aucun cas d'une publication au Journal Officiel de République Française, mais d'une communication de l'avis au bureau de la Commission : le texte de cet avis sera ensuite reproduit dans le rapport parlementaire.[615] Les termes de l'avis seront répétés en séance à l'Assemblée nationale par le rapporteur : les passages cités, tirés de l'avis du Conseil d'État, susciteront des acclamations de part et d'autre de l'hémicycle.[616] Ce qui peut paraître comme une anecdote politique est en réalité révélateur du respect d'une institution au service du droit de l'État.

---

[614]À titre exemplatif. *N° 2138, Assemblée nationale, dixième législature, Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, sur le projet de loi constitutionnelle (n° 2120) portant extension du champ d'application du référendum, instituant une session parlementaire ordinaire unique et modifiant le régime de l'inviolabilité parlementaire* […] par M. Pierre Mazeaud, Député, p. 24 : « Le Président Pierre Mazeaud a souhaité que le Garde des Sceaux accepte de transmettre à la Commission l'avis du Conseil d'État sur le projet de loi constitutionnelle. Le Ministre a satisfait cette demande sur le champ, en observant que, s'il convenait d'éviter de rendre ces avis systématiquement publics, le Gouvernement se devait de les remettre à la Commission chaque fois que l'importance du sujet débattu justifie la communication des observations du Conseil d'État à la représentation nationale ».

[615]À titre exemplatif. *N° 627, Assemblée nationale, première législature, Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi constitutionnelle (N° 603) tendant à compléter les dispositions du Titre XII de la Constitution,* par M. Paul Coste-Floret, p. 4 : « L'argument de texte est repris avec encore plus de force dans l'avis du Conseil d'État du 26 avril 1960 que M. le Secrétaire d'État a bien voulu, à la demande du Rapporteur, déposer officiellement sur le bureau de la Commission. Ce texte s'exprime en ces termes : « Le Conseil d'État, saisi d'un projet de loi tendant à compléter les dispositions du Titre XII de la Constitution, observe que la procédure de l'article 85 de la Constitution ne s'applique qu'à la révision de celles des dispositions du Titre XII qui concernent le fonctionnement des institutions communes.
« Le projet, qui a pour objet de permettre l'approbation d'accords passés avec certains États membres pour permettre à ceux-ci d'accéder à l'indépendance sans cesser d'appartenir à la Communauté, a pour effet de modifier en ce qui concerne ces États la nature même de la Communauté telle qu'elle résulte tant des alinéas 1 et 2 de l'article 77 que de l'alinéa 2 de l'article 86.
« La disposition du premier alinéa de l'article 86 bis paraît dans ces conditions déborder le champ d'application de l'article 85 » » ; p. 7 : « Dans son avis précité, le Conseil d'État s'est exprimé en ces termes : « Le Conseil a, d'accord avec le Gouvernement, introduit à l'article 86 bis un alinéa complémentaire permettant à un État indépendant non membre de la Communauté d'adhérer à celle-ci sans cesser d'être indépendant ».

[616] *Ibidem*., p. 729 : « C'est d'ailleurs ce que, en termes excellents, a dit le conseil d'État consulté à ce sujet par le Gouvernement, M. le secrétaire d'État aux relations avec les États de la Communauté a bien voulu déposer officiellement le texte de cet avis sur le bureau de la commission. Je l'ai reproduit dans mon rapport écrit. Je vous donne lecture de ses paragraphes relatifs au problème qui nous occupe : « Le conseil d'État, saisi d'un projet de loi tendant à compléter les dispositions du titre XII de la Constitution, observe que la procédure de l'article 85 de la Constitution ne s'applique qu'à la révision de celles des dispositions du titre XII qui concernent le fonctionnement des institutions communes. « Le projet, qui a pour objet de permettre l'approbation d'accords passés avec certains États membres pour permettre à ceux-ci d'accéder à l'indépendance sans cesser d'appartenir à la Communauté, a pour effet de modifier, en ce qui concerne ces États, la nature même de la communauté... (Applaudissements à l'extrême gauche et au centre gauche) « ... telle qu'elle résulte tant des alinéas 1 et 2 de l'article 77 que de l'alinéa 2 de l'article 86.v« La disposition du premier alinéa de t'article 86 bis... » - il s'agit du texte du Gouvernement – « ...paraît, dans ces conditions, déborder le champ d'application de l'article 85. » (Applaudissements à, l'extrême gauche et sur quelques bancs à droite) On ne saurait mieux dire ».

Durant les travaux en Commission et en séance, l'avis du Conseil d'État est utilisé comme un argument d'autorité par le Gouvernement,[617] les parlementaires[618] et les personnes qualifiées auditionnées[619] qui puiseront dans le savoir de l'expert du droit. Une sorte de juridicisation du débat politique se réalise par l'entrée du Conseil d'État dans l'écriture de la loi constitutionnelle au Parlement. De cette confrontation entre l'avis du Conseil d'État – et implicitement le texte de l'avant-projet – et le projet de loi se fermente une critique constructive qui permet d'apprécier l'évolution du texte et les éventuelles contradictions à résoudre.[620] La connaissance du contenu de l'avis du Conseil d'État permet de savoir si le Gouvernement prend en considération le conseil de constitutionnalité qui lui est dispensé. Ce que les parlementaires, le cas échéant, ne manquent pas de remarquer.[621] Il est intéressant de relever que ces critiques

---

[617] À titre exemplatif. JORF, Assemblée nationale, dixième législature, première session ordinaire de 1993-1994 (41e séance), compte rendu intégral, 3e séance du mercredi 27 octobre 1993, p. 5046 : « M. le ministre d 'État, garde des Sceaux. Dans son avis du 16 octobre, le Conseil d'État a clairement souligné qu'il n 'y avait pas de différence de fond ni de contenu entre le texte du Gouvernement et le sien ». JORF, Assemblée nationale, session ordinaire de 2007-2008, 171e séance, compte rendu intégral de la 3e séance du 27 mai 2008, p. 2556 : « M. Hervé Morin, ministre de la défense. (…) Le souhait du Gouvernement, qui a été confirmé devant le Conseil d'État ».

[618] À titre exemplatif. *N° 1501, Assemblée nationale, onzième législature, Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi constitutionnelle sur le projet de loi constitutionnelle (n° 1462) insérant au titre VI de la Constitution un article 53-2 et relatif à la Cour pénale internationale*, par M. Alain Vidalies, Député, p. 30 : « Au lendemain de la signature du Traité de Rome portant création de la Cour pénale internationale, de nombreux constitutionnalistes ont souligné la nécessité d'une révision de la Constitution préalable à sa ratification, faisant valoir que la compétence générale de la Cour était contraire aux régimes particuliers de responsabilité institués par la loi fondamentale. Le Conseil d'État, dans un avis du 29 février 1996 sur la conformité à la Constitution du projet de statut, avait lui aussi relevé l'inconstitutionnalité d'une telle disposition ». JORF, Congrès du Parlement, compte rendu intégral, séance du vendredi 19 novembre 1993, p. 11 : « M. Michel Dreyfus-Schmidt. […] Cette analyse est celle du Conseil d'État. N'avait-il pas jugé nécessaire de préciser de façon explicite que la France n'aurait pas, eu égard au projet du Gouvernement, l'obligation d'examiner des demandes d'asile relevant de la responsabilité d'un autre État, même lorsque le demandeur se prétend persécuté en raison de son action en faveur de la liberté ».

[619] À titre exemplatif. *N° 27, Sénat, Annexe au procès-verbal de la séance du 5 décembre 2002, Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du règlement et d'administration générale sur le projet de loi constitutionnelle relatif à l'organisation décentralisée de la République* […] par M. René Garrec, Sénateur : p. 225 « M. Pierre Mauroy. (…) Reprenant à son compte une grande partie des observations du Conseil d'État sur le projet de loi constitutionnelle, il [M. Pierre Mauroy] a souscrit aux critiques formulées par ce dernier, s'étonnant que le Gouvernement n'ait pas suivi son avis ».

[620] JORF, Sénat, Séance du 17 mai, https://www.conseilconstitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/constitution/revisions/1960/discussion_17_mai.pdf, p. 213 : « M. Jean Foyer, secrétaire d'État chargé des relations avec les États de la Communauté. (…) Malgré le respect que je professe pour le conseil d'État, je ne puis manquer de relever qu'il a lui-même introduit par voie d'amendement dans le texte du projet gouvernemental une disposition à laquelle pourrait s'appliquer exactement le reproche qu'il avait fait lui-même à une partie du texte initial du Gouvernement, puisqu'il a prévu que les États indépendants non membres de la Communauté pourraient y adhérer sans cesser pour autant d'être indépendants ». *N° 1240 Assemblée nationale, onzième législature, Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi constitutionnelle (n° 985) relatif à l'égalité entre les femmes et les hommes*, par Mme. Catherine Tasca, Député : p. 49 « A cet égard, souvenez-vous que la proposition initiale du Gouvernement, avant que le Conseil d'État ne l'examine, mentionnait "un égal accès des femmes et des hommes aux responsabilités politiques économiques et sociales ". Le terme "responsabilités " a été critiqué, ainsi – à juste titre – qu'à mes yeux l'énumération " politiques économiques et sociales " avec ses trois composantes mises sur le même plan. Ces réserves ont conduit le Gouvernement à dissocier le professionnel et le social du politique et à proposer d'inscrire, à l'article 3 relatif à la souveraineté, la question de la parité ou plus exactement de l'égal accès, puisque le mot parité ne figure pas dans le texte du projet de loi ».

[621] *N° 168, Sénat, première législature, Rapport fait au nom de la Commission des Lois constitutionnelles, de Législation, du Suffrage universel, du Règlement et d'Administration générale, sur le projet de loi constitutionnelle, adopté par l'Assemblée nationale, tendant à compléter les dispositions du Titre XII de· la Constitution*, par M. Pierre Marcilhacy, p. 6 : « En fait, le Gouvernement a passé outre à l'avis du Conseil d'État

peuvent venir tant des parlementaires que du Gouvernement. L'existence de critiques gouvernementales conforte l'idée d'une faculté de résistance du Conseil d'État dans la révision constitutionnelle : si le Conseil ne rentrait pas en contradiction avec le Gouvernement, celui-ci ne le critiquerait pas. Le Conseil d'État à partir de la première révision de la Constitution contredit la volonté gouvernementale.[622] Seulement, cette influence très importante lors des débats relatifs à la loi constitutionnelle n° 60-525 sera assez unique. Le juriste du Palais Royal situera sa faculté de résistance principalement dans son lien avec le Gouvernement. La communication de la consultation du Conseil d'État alimentera, par exception, les débats parlementaires, qui ont plus tendance à se concentrer sur eux-mêmes. Souvent, la représentation nationale ignore le légiste au nom de la majesté de la souveraineté nationale. Les débats constituants, qu'ils soient à l'Assemblée nationale, au Sénat ou au Congrès, ne comprennent pas de critiques frontales du rôle de Conseil d'État sur la révision de la Constitution. Il s'agit plus souvent d'une critique du Gouvernement et de ses choix politiques.[623]

Une manifestation du *continuum* constitutionnel se trouve dans le renvoi, durant les débats parlementaires, aux travaux du Conseil d'État sur l'élaboration de 1958 pour comprendre une révision de la Constitution du 4 octobre 1958.[624] Cette ultime révision de la Constitution de la IVe République permet de revenir à la pensée des constituants et à la compréhension des notions et concepts constitutionnels.

Les révisions de la Constitution du 4 octobre 1958 annoncent une revitalisation, par rapport à l'élaboration, de l'influence du Conseil d'État sur le Parlement par la construction d'un nouveau lien. En 1958, au Comité consultatif constitutionnel, les membres du Conseil d'État qui y sont présents, le sont à raison de leur rôle dans l'administration gouvernementale. Immédiatement, ils représentent le Gouvernement et médiatement le Conseil d'État. Durant les révisions sous la Ve République, l'audition des membres du Conseil, qui ne représentent que leur institution, est une novation certaine. Par ailleurs, le long processus de publicité des avis, de la communication à la publication au Journal Officiel de la République Française, met en relation le Conseil d'État avec les parlementaires – ce qui était déjà modestement le cas en 1958 – et surtout avec la société. D'une participation du Conseil d'État dans l'ombre des palais d'État, le Conseil se retrouve en face de la société par ses avis. La contribution du conseiller constitutionnel s'inscrit toujours dans une construction démocratique du pouvoir de l'État. Finalement, la nouveauté de

(ce n'est d'ailleurs pas la première fois) et a cependant déposé son projet en manifestant son intention de le faire voter par les deux Chambres et, ensuite ; par le Sénat de la Communauté réuni à la fin du mois de mai ».

[622] J. Waline, « *Les révisions de la Constitution de 1958 » », in Mélanges en l'honneur de Philippe Ardant, Droit et politique à la croisée des cultures*, LGDJ, 1999, p. 238 : « Dans son avis du 26 avril 1960, le Conseil d'État avait critiqué l'utilisation en l'occurrence de l'article 85 en faisant observer que la révision entreprise excédait le champ d'application de l'article 85 puisqu'elle modifiait la nature même de la Communauté ».

[623] JORF, Assemblée nationale, XIV[e] législature, session ordinaire de 2015-2016, compte rendu intégral, deuxième séance du vendredi 05 février 2016, p. 1035 : « M. Éric Ciotti. (…) Nous voulons le contenu du texte de Versailles du 16 novembre. Tout Versailles ! Mais rien que Versailles ! (Applaudissements sur les bancs du groupe Les Républicains) ».

[624] Assemblée nationale – Séance du 23 janvier 1996 – https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files /as/root/bank_mm/constitution/revisions/1996/AN_23_janvier_1996.pdf, p. 25 : « M. Jacques Floch. […] Pour que chacun apprécie le sens de cette remarque, je vous renvoie à la lecture du compte rendu du débat de l'assemblée générale du Conseil d'État qui, le 28 août 1958, avait à traiter de ce qui allait devenir l'article 34, et qui, entre autres, fixa le principe de sa modification par une loi organique et non pas par un projet de loi constitutionnelle ».

l'action du Conseil d'État dans le pouvoir de révision procède d'un repositionnement organique et des relations dans celui-ci.

S'il fallait dégager le rôle principal du Conseil d'État dans la révision constitutionnelle, cela serait celui de dire l'état du droit de l'État. Au même titre qu'en 1958, le légiste renvoie la constitutionnalisation envisagée à un droit supérieur – les principes généraux du droit de l'État. Dans le cas des révisions de la Constitution de 1958, il y a la nécessité de dire l'état du droit constitutionnel et la compatibilité des normes de ce rang entre elles. De plus en plus, le Conseil d'État dans cette présentation de l'état du droit va sortir de l'ordre juridique interne pour s'attacher au droit de l'Union européenne et au droit de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales. Le Conseil d'État réalise un diagnostic juridique,[625] sur lequel se reposent les parlementaires pour opérer leurs choix politiques. L'importance des parlementaires dans la révision constitutionnelle n'a d'égal que celle des comités d'experts dans un société de plus en plus technicienne.

B) La contribution complémentaire du Conseil d'État avec les comités d'experts

L'influence du Conseil d'État sur les comités d'experts se mesure par la présence de membres de celui-ci dans ceux-là (1) autant que par l'interdépendance fonctionnelle qui s'instaure (2).

1°) La constante influence organique du Conseil d'État dans l'expertise

Les membres du Conseil d'État sont toujours présents dans les comités d'experts qui se situent en amont de la révision constitutionnelle. Les comités se meuvent dans le courant d'expertise qui travaille tout le droit, au même titre que la société. Les membres du Conseil d'État sont reconnus comme les experts du droit de l'État.

Le Comité consultatif pour une révision de la Constitution, présidé par le Doyen Georges Vedel, en 1992, comprend quatre membres du Conseil d'État.[626] Le Professeur Duhamel, qui est membre du Comité Vedel, soulignera toute « la pression du Conseil d'État »[627] qui n'est que la conséquence de cette présence organique forte. Il est essentiel de souligner, comme le fait le rapport Vedel, que ledit comité n'a pas en tout état de cause un rôle consultatif dans la procédure de révision constitutionnelle envisagée.[628] Sur le plan méthodologique, les techniques de travail

---

[625] JORF, Débats parlementaires, Congrès du Parlement, 17 mars 2003, http://www.assemblee-nationale.fr /12/congres/cri/cri17032003.pdf : p. 11 « M. Xavier de Roux. (…) Le risque juridique relevé par le Conseil d'État ne peut pas être totalement écarté ». Le Conseil d'État à la suite de la présentation de l'état du droit va relever un risque que les parlementaires doivent avoir à l'esprit quand ils prennent leur décision politique.

[626] JORF, 3 déc. 1992, p. 16487, Décret du 2 décembre 1992 portant nomination du président et des membres du Comité consultatif pour la révision de la Constitution, Art. 2 : « Marceau Long, vice-Président du Conseil d'État ; […] Guy Braibant, président de section au Conseil d'État ; Suzanne Grevisse, Président de section honoraire au Conseil d'État […] Rapporteur général : Marie-Françoise Bechtel, maître des requêtes au Conseil d'État ».

[627] O. Duhamel, *« Du Comité Vedel à la commission Balladur », in Après le comité Balladur. Réviser la Constitution en 2008,* PUF, 2008, p. 13 : « Notez qu'il n'y avait qu'un seul membre du Conseil d'État dans le comité Balladur alors qu'il y en avait quatre dans le comité Vedel rapporteur inclus, où on avait très fortement ressenti la pression du Conseil d'État. Il n'y a rien eu de tel dans le comité Balladur ».

[628] Comité consultatif pour une révision de la Constitution, présidé par le doyen Georges Vedel, *Rapport au Président de la République, Propositions pour une révision de la Constitution 15 février 1993*, https://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/084000091.pdf, p. 18 : « Le comité a

qui confient à des rapporteurs la préparation avant la séance plénière ressemblent aux méthodes du Conseil d'État.[629] Même s'il faut relever certaines différences, notamment, la publication de remarques des membres sur un point qu'ils estiment crucial : ce qui est inconcevable au Conseil d'État tant au contentieux qu'au conseil. Aussi, la forme d'un Comité répond, comme c'est le cas pour le Conseil, du principe de participation à l'institution incorporée de la révision constitutionnelle, qui va avec son lot de résistance.[630]

La commission Coppens de préparation de la charte de l'environnement, en 2003, comprend un maître des requêtes et un conseiller d'État en service extraordinaire.[631] Le comité Balladur n'en comprend qu'un seul dans la personne du président Schrameck.[632] Il faut relever l'absence du vice-président comme membre en 2007.[633] Le comité Veil ne connaît que deux conseillers d'État.[634] Le second comité Balladur, de 2010, comprend deux conseillers d'État.[635] La commission Jospin témoigne d'un retour en force des membres du Conseil d'État au nombre de six, dont cinq rapporteurs.[636] Le Conseil d'État est systématiquement présent, par ses

---

recherché un mode d'accomplissement de sa mission qui puisse être conforme à la confiance qui lui a été témoignée et présenter la plus grande utilité possible. Il n'a été investi d'aucune compétence de décision ; au sens strict du mot, il n'a même pas un rôle consultatif qui impliquerait que son avis s'incorpore à une procédure déterminée ».

[629] *Ibid*., p. 18 : « Il faut dire dans quelles conditions ont été arrêtées les rédactions proposées. Les diverses parties du programme à remplir ont été confiées à des groupes de travail qui, chacun en ce qui le concerne, ont fait rapport de leurs conclusions au comité siégeant en formation complète. Dans un assez grand nombre de cas la discussion plénière sur la base des propositions du groupe de travail a permis un consensus sur une rédaction.

Mais dans d'autres cas, malgré l'ampleur des discussions et la volonté d'un accord, le comité s'est trouvé finalement partagé entre des opinions contraires ou, en tout cas, divergentes. Cette situation a été tranchée par des votes en bonne et due forme. Mais le comité a le sentiment qu'il n'aurait pas rempli complètement sa mission si le présent rapport n'indiquait pas les décomptes des voix et surtout si, pour les questions les plus importantes, un commentaire n'exposait pas de façon substantielle les solutions entre lesquelles le comité s'est partagé et les raisons pour lesquelles elles ont été défendues par leurs tenants respectifs. En effet, la mission du comité, telle qu'on vient de la rappeler, n'est ni évidemment de décider ni de s'insérer dans une procédure formelle, mais de faire part de ses réflexions et donc, en cas de partage, d'expliquer les raisons et la signification de celui- ci.

De même et pour des raisons analogues, et sans qu'il soit abusé de cette faculté, à la demande d'un membre du comité, il a été fait place à l'énoncé d'une remarque personnelle à laquelle ce membre attache une importance particulière ».

[630] *Ibid*., p. 19 : « La liberté dont ses membres disposaient et ont usée collectivement ».

[631] Rapport de la commission Coppens de préparation de la charte de l'environnement, https://www.la documentation francaise.fr/var/storage/rapports-publics/054000294.pdf, p. 6 : « Yves Jegouzo, Professeur des Universités, Conseiller d'État en service extraordinaire […] François Loloum, Maître des requêtes au Conseil d'État ».

[632] JORF, 19 juillet 2007, p. 12158, Décret n° 2007-1108 du 18 juillet 2007 portant sur la création d'un comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la Ve République, Art. 2 : « Olivier Schrameck, conseiller d'État ».

[633] X. Magnon, « La composition de la commission Balladur », *in Après le comité Balladur. Réviser la Constitution en 2008,* PUF, 2008, P43 : « Le vice-président [du Conseil d'État] ne fait pourtant pas partie du comité Balladur, alors qu'il était là en tant que tel en 1992 et en tant que vice-président honoraire en 2002 ».

[634] JORF, 10 avr. 2008, p. 6033, Décret n° 2008-328 du 9 avril 2008 portant création d'un comité de réflexion sur le Préambule de la Constitution, Art. 2 : « Philippe Bélaval, conseiller d'État ; Richard Descoings, conseiller d'État […] ».

[635] Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la Ve République, *La réforme institutionnelle deux ans après*, 17 mai 2010, https://www.senat.fr/fileadmin /Fichiers/Images/evenement/revision_institutionnelle_deux_ans_apres.pdf, p. 2 : « M. Olivier Schrameck, conseiller d'État […] M. Hugues Hourdin, conseiller d'État, rapporteur général ».

[636] Commission de rénovation et de déontologie de la vie publique, *Pour un renouveau démocratique*, https://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/124000596.pdf, p. 129 : « Membres. Olivier Schrameck, président de section au Conseil d'État […] Rapporteur général, Alain Ménéménis, conseiller d'État ; Rapporteurs. Emilie Bokdam-Tognetti, maîtres des requêtes au Conseil d'État […] Raphaël Chambon,

membres, dans les comités ou commissions de réflexion. L'influence de l'institution du Palais Royal s'exerce également par une emprise sur ce pan de l'expertise par des auditions.

Le rapport de la commission Jospin mentionne des entretiens de son président avec des responsables « d'institutions politiques, administratives ou juridictionnelles ».[637] Ce qui laisse supposer une conversation, non retransmise dans le rapport, avec le vice-président du Conseil d'État. En revanche, durant le comité Balladur de 2007, l'audition de Jean-Marc Sauvé est annexée au rapport rendu au président de la République. De cette intervention du premier fonctionnaire de France, il est possible de dégager plusieurs tendances sur l'influence du Conseil d'État sur le comité d'experts. Le rôle du Conseil d'État, dans sa participation à l'expertise revêt plusieurs caractères déjà présents, *ceteris paribus sic stantibus*, lors de l'élaboration de la Constitution de la Ve République. L'intervention du vice-président se place du côté de la continuité des révisions constitutionnelles. Les questions posées durant la révision de 2008 l'ont déjà été antérieurement,[638] et par une sorte de concordance des temps, elles seront traitées, notamment en 2018, dans le projet de loi constitutionnelle pour une démocratie plus représentative, responsable et efficace.[639] Le Conseil d'État est une mémoire, en avant et en arrière, de la Constitution.

La compétence du Conseil d'État pour participer à ces comités d'experts est impliquée par l'article L. 112-3 du Code de justice administrative,[640] qui lui offre la possibilité d'alerter les Pouvoirs publics sur une réforme du droit : par les experts, le Conseil atteint ceux-ci. Le légiste de l'État, tout comme dans sa relation avec le Gouvernement et les parlementaires, a pour mission, en tant qu'expert du droit, de dire l'état du droit. Ce qui se traduit par la mention de jurisprudences, y compris la sienne, sur la question posée de droit.[641] L'intervention du vice-

maîtres des requêtes au Conseil d'État ; David Gaudillère, auditeur au Conseil d'État […] Romain Victor, maître des requêtes en service extraordinaire au Conseil d'État ».

[637] *Ibid*., p. 6 : « La Commission n'a pas pour autant compté sur ses seules forces. Elle a suivi avec attention les réflexions menées dans d'autres enceintes, notamment au sein du Parlement. Son président s'est entretenu avec de nombreux responsables, élus ou non, d'institutions politiques, administratives ou juridictionnelles ; il a rendu compte de ces entretiens aux membres de la Commission ».

[638] *Le texte préparé en vue de l'audition de M. Jean-Marc Sauvé, Vice-Président du Conseil d'État, par le Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la Cinquième République*, le 11 septembre 2007, https://www.conseil-etat.fr/actualites/discours-et-interventions/commission-de-reflexion-et-de-proposition-sur-la-modernisation-et-le-reequilibrage-des-institutions-de-la-cinquieme-republique, p. 2 : « Il a certes dans le passé suscité des appréhensions comme en témoigne le débat politique, juridique et doctrinal français, lorsque la question s'est posée de l'instaurer en 1989-1990, puis en 1993 ».

[639] *Ibid*., p. 15 : « La troisième piste de travail pourrait consister à mieux encadrer le droit d'amendement ». L'irrecevabilité systématique de certains amendements, présentée dans le projet de loi constitutionnel n° 911, s'inscrit dans cette piste de travail.

[640] *Cf. Supra*.

[641] *Ibid*., p. 4 : « Il paraît en effet nécessaire de donner toute sa force et sa portée à cette hiérarchie : la Constitution est inscrite à son sommet, mais après la promulgation des lois, c'est une primauté tout à fait formelle. Bien sûr, les juges administratif, judiciaire et constitutionnel ont été conduits depuis l'arrêt *Sarran* de 1998 à souligner la supériorité de la Constitution sur les traités dans l'ordre interne. Bien sûr, le juge -en particulier le juge administratif- s'efforce-t-il d'interpréter les lois et les traités en conformité avec les normes supérieures, ainsi qu'il le fit notamment dans les arrêts *Heyriès d'Aillières* -qui consacre le pourvoi en cassation-, *Dame Lamotte* -qui consacre le recours pour excès de pouvoir-, ou *Koné* qui interprète une convention d'extradition en conformité avec un principe fondamental reconnu par les lois de la République que le Conseil d'État a dégagé : le refus d'accorder une extradition lorsque celle-ci est demandée dans un but politique ».

président est un moment de passage du droit vers la politique[642] : l'expertise du Conseil d'État se centre sur des questions juridiques. L'audition du vice-président Sauvé comprend deux axes, tout comme durant l'élaboration de 1958, à savoir la protection de droits et les rapports entre les pouvoirs. Jean-Marc Sauvé traite du contrôle *a posteriori* de constitutionnalité qui, en plus d'être un élément majeur de la révision de 2008, s'inscrit dans la construction démocratique du pouvoir de l'État.[643] Cette vue démocratique se traduit par la présentation d'une procédure.[644] Aussi, le Conseil d'État aborde les rapports entre le Parlement et le Gouvernement, à partir des rapports de normes. Le bloc de conventionalité est tenu par le Gouvernement et le bloc de constitutionnalité, par la procédure de révision constitutionnelle, rend le Parlement incontournable. *In fine*, rehausser le bloc de constitutionnalité, par la rénovation de contrôle de constitutionnalité, aboutit à revaloriser le Parlement.[645] Le Conseil d'État, avec la voix de son vice-président, traite de questions hautement politiques – la garantie des droits et la séparation des pouvoirs – par la voie du droit.

Sur le plan méthodologique, l'audition du vice-président Sauvé est marquée par deux temps. Le moment de la présentation des grandes orientations de la révision escomptée, conformément aux objectifs fixés par l'Exécutif au comité Balladur. Puis le conseil juridique opérationnel de mise en œuvre des orientations suivies. Le comité Balladur a une compétence délimitée par la lettre du président de la République au Premier ministre Balladur. Cette lettre de mission est classique pour tous les comités et commissions. Le vice-président du Conseil d'État, durant son audition, traite principalement de trois thèmes mentionnés dans ladite lettre.[646] Le Conseil participe donc au travail du comité qui est lui-même encadré dans son champ de compétences. L'audition est traversée par une liberté de ton illustrée par l'existence de jugement de valeur

---

[642] *Ibid*., p. 4 : « C'est une question juridique. C'est aussi, au sens le plus noble du terme, une question politique qui paraît devoir être posée et résolue ».

[643] *Ibid*., p. 3 : « Un véritable contrôle matériel de constitutionnalité ».

[644] *Ibid*., p. 8 : « Le juge saisi d'une exception d'inconstitutionnalité devrait pouvoir l'écarter, si cette exception ne commande pas l'issue du litige ou si elle est dépourvue de substance. Mais il ne pourrait pas l'accueillir lui-même. En cas de doute sérieux, le juge saisi devrait procéder à un renvoi au Conseil d'État ou à la Cour de cassation qui pourrait, selon le cas, soit rejeter l'exception, soit l'accueillir, soit saisir le Conseil constitutionnel. Le renvoi d'une question préjudicielle au Conseil constitutionnel devrait être prononcé en particulier lorsqu'existe une difficulté sérieuse de constitutionnalité ou pour prévenir un risque de divergence de jurisprudence entre les ordres judiciaire et administratif. Ainsi le Conseil constitutionnel continuerait-il d'assurer en dernier ressort, sans être exposé au risque de l'encombrement, la régulation générale du contrôle de constitutionnalité ».

[645] *Ibid*., p. 6 : « Certes, la marginalisation historique dans notre pays des règles et principes constitutionnels a eu pour fonction de servir la prééminence du Parlement. Mais aujourd'hui, elle dessert cette prééminence. Car le bloc de conventionalité´ est largement dans la main du Gouvernement, le contrôle du Parlement sur son élaboration étant relativement faible. Il en va bien sûr tout différemment des règles constitutionnelles : les 17 révisions constitutionnelles opérées depuis 1992 me protègent de tout démenti ».

[646] Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la Ve République, Une Ve République plus démocratique, https://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/074000697.pdf ; p. 107 : « Vous examinerez les conditions dans lesquelles le Conseil constitutionnel pourrait être amené à statuer, à la demande des citoyens, sur la constitutionnalité de lois existantes » ; p. 106 : « rééquilibrer les rapports entre le Parlement et l'exécutif » ; p. 106 : « La justice est le troisième pilier de l'équilibre des pouvoirs au sein de notre démocratie. Son rôle et son fonctionnement ont profondément évolué depuis que les Constituants de 1958 consacrèrent à « l'autorité judiciaire » le titre VIII de la Constitution. La justice, qu'elle soit judiciaire ou administrative, a de fait plus de pouvoir qu'en 1958, mais son indépendance n'est pas pour autant pleinement garantie, ni sa responsabilité suffisamment engagée ». Ce qui correspond aux trois parties du vice-président Sauvé.

dans le droit, qui en l'espèce consiste dans le rehaussement de la Constitution afin de mieux la protéger que les traités.[647]

Par ailleurs, l'expression de sécurité juridique est automatique dans tout le texte préparé en vue de l'audition du vice-président par le comité. Ce souci de la sécurité juridique n'est que la traduction de la faculté de résistance du Conseil d'État. Principe de sécurité juridique qui ne doit pas être constitutionnalisé, mais qui est dans l'esprit de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen des 24 et 26 août 1789.[648] En toute vraisemblance, le principe de sécurité juridique est une norme de référence du Conseil d'État dans l'administration de son conseil de constitutionnalité. Cette relation entre l'institution du Palais Royal et les comités d'experts, qui ont tous deux une fonction d'expertise juridique, nécessite de s'articuler dans l'institution incorporée de la révision constitutionnelle.

2°) L'articulation fonctionnelle avec les comités d'experts

Le Professeur Mathieu relève la complexité d'une révision de la Constitution et son caractère informel en amont.[649] Ce qui correspond parfaitement aux comités d'experts, vécus parfois comme une démission politique,[650] qui viennent se joindre au conseil de constitutionnalité du Conseil d'État. Le caractère informel des relations nouées entre la Haute juridiction et les experts est relaté par le peu d'indications sur ce sujet dans les rapports remis au président de la République. Il n'en demeure pas moins que cet engouement, dans une société de plus en plus complexe, doit susciter une distinction juridique entre la procédure de révision et le processus de révision. La procédure de révision constitutionnelle se rapporte aux formalités de l'article 89 de la Constitution du 4 octobre 1958. Alors que le processus de révision, en plus de comprendre la procédure de révision, inclut en amont de celle-ci la décision politique de réviser et l'expertise juridique des comités d'experts, non prévue par la Constitution.

Entre les comités d'experts et le Conseil d'État, il y a une répartition des fonctions, dans la fonction commune d'expert du droit. Le comité dégage les grandes orientations, relève les maux principaux du droit constitutionnel, parfois sous l'influence du Conseil d'État. Les comités, ou commissions, se placent dans des orientations générales de l'Exécutif. Le juriste du Palais Royal se situe sur une orientation plus précise du Gouvernement, puisqu'il s'agit d'un avant-

---

[647] *Ibid*., p. 5 : « Il est aussi difficile d'accepter que la supériorité des traités sur les lois soit mieux protégée que la primauté de la Constitution elle-même dans l'ordre interne ».

[648] *Ibid*., p. 12 : « La consécration du principe de sécurité juridique dans la Constitution ne semble donc pas répondre à un besoin. Au demeurant, la sécurité juridique est sous-jacente à de nombreux articles de la Déclaration des droits de l'homme fréquemment cités par la jurisprudence constitutionnelle ».

[649] B. Mathieu, « *Les objectifs des auteurs, le jeu des acteurs* », *in Comment changer une Constitution ?* PUL, 2012, p. 87 : « La réforme de la constitution est une opération complexe qui répond à des objectifs variables, qui est soumise à un certain nombre de contraintes et qui fait intervenir un certain nombre d'acteurs suivant une procédure qui es amont est largement informelle puis qui obéit à des exigences précises formules par le texte constitutionnel lui-même ».

[650] A. Levade, *« Le temps de la réflexion, les commissions d'« experts » », in Révision de la Constitution : mode d'emploi*, éd Dalloz, 2017, p. 13 : « Sans doute peut-on y voir une forme de démission du politique. Les politiques ont des idées constitutionnelles, mais ils demandent que ces idées soient éprouvées par les juristes, et qu'au terme de cette expertise, il leur soit dit ce qui semble raisonnable et, le cas échéant, dans quelles conditions la révision pourrait être menée à bien ».

projet. Le Conseil d'État réalise un travail plus affiné, que celui du comité d'experts, car un avant-projet transmis au Conseil est plus précis qu'une lettre d'orientation du président de la République, relative à la réforme constitutionnelle.

L'institution incorporée de la révision constitutionnelle se trouve bouleversée, non pas tant par l'objet de l'expertise qui vient en complément du conseil de constitutionnalité du Conseil d'État, que par l'émergence d'une nouvelle organisation sociale dans le processus de révision. Assurément, les membres du Conseil d'État sont représentés dans les groupes d'experts, mais ceux-ci s'étendent à d'autres pans de la haute administration publique. La rupture avec l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958 se situe principalement dans le retour du corps des Professeurs de Universités.[651] Les deux expertises du Conseil d'État et des comités participent d'une même fonction d'ingénierie constitutionnelle.

Conclusion Section 1

L'influence synchronique du Conseil d'État est marquée par une remarquable constance. Le conseil de constitutionnalité sur les projets de loi constitutionnelle dispensé en 1958 demeure dans les révisions sous la Ve République. Toute la puissance du Gouvernement dans la procédure de révision constitutionnelle rend le Conseil d'État incontournable dans l'écriture de la Constitution. La loi constitutionnelle du 23 juillet 2008, en constitutionnalisant la possibilité d'une consultation du Conseil sur toute proposition de loi, y compris constitutionnelle, offre en toute hypothèse un renouveau de l'influence du légiste. Seulement, la rationalisation du parlementarisme et la discipline partisane font qu'il s'agit d'un rendez-vous manqué entre le Conseil d'État et les propositions de loi constitutionnelle.

L'état nouveau de la visibilité du Conseil d'État principalement par la publication de ses avis fait évoluer sa participation au pouvoir de révision. La dialectique entre le principe de la participation, avec l'utilisation le cas échéant de sa faculté de résistance, demeure. Ne disposant pas de l'onction ultime du suffrage universel, le conseil de l'État exerce une résistance feutrée. La brisure de cette intimité entre le prince et son conseil se réalise en parallèle avec l'instauration d'un lien entre la société politique et le juge-conseiller. Durant l'élaboration, le Conseil d'État connaissait la société en tant qu'objet juridique de sa consultation. Depuis, la publication de ses avis, la société est non seulement son objet, mais aussi un sujet avec lequel il est en interaction. Cette reconfiguration organique amènera à trouver un subtil équilibre entre un conseil de constitutionnalité au service du pouvoir de gouvernement et au service de la société. L'idée d'œuvre du Conseil d'État, à savoir la puissance de l'État, implique une relative indépendance face aux gouvernants et aux gouvernés, au service de l'institution suprême.

Le droit constitutionnel moderne évolue dans le monde de l'expertise. La révision constitutionnelle connait nombre de comités ou commissions d'experts qui font montre de leur

[651] Le Professeur Duhamel est un exemple de longévité dans les comités d'experts : il est membre du comité Vedel (1992), Balladur I (2007) et Balladur (2010).

ingénierie constitutionnelle. Le Conseil d'État, depuis les premiers moments des groupes d'experts sous la Ve République, s'inscrit avec eux dans une complémentarité fonctionnelle.

Le temps présent de la révision constitutionnelle n'est pas le seul moment pour mesurer pleinement la contribution du Conseil d'État, qui a toutes les compétences juridiques pour agir antérieurement et postérieurement à celle-ci. L'influence du Conseil d'État est intemporelle, au sens où elle n'a pas de temps précis.

Section 2 : Sur l'influence diachronique du Conseil d'État sur le pouvoir de révision : l'action indirecte

Le caractère diachronique de l'influence du Conseil d'État sur la révision de la Constitution se mesure à deux moments, tant avant qu'après le vote d'une loi constitutionnelle. Antérieurement, le légiste participe au pouvoir constituant par une faculté de sollicitation constitutionnelle, assortie le cas échéant de l'utilisation de sa faculté de résistance. En effet, le rapport public du Conseil d'État, tout comme certains de ses avis, peuvent appeler de leurs vœux, plus ou moins explicitement, une révision de la Constitution. Postérieurement, la Haute juridiction peut dresser le bilan d'une révision constitutionnelle.

La rédaction des rapports publics et des études est dévolue à la section du rapport et des études, en vertu de l'article R. 123-5 du Code de justice administrative,[652] lui-même étant une disposition règlementaire d'application de l'article L. 112-3 du même code.[653] Le Conseil d'État, dans son influence sur la révision de la Constitution par ses rapports et études, est un organe administratif, en ce qu'il possède une compétence administrative prévue par une norme administrative. Le Conseil d'État peut aussi être amené, sur saisine du Gouvernement, à rendre un avis sur une question de droit, d'après les dispositions de l'article L. 112-1 alinéa 3 du Code de justice administrative : il s'agit aussi d'une compétence administrative.[654] Ce qui alimente la thèse de l'administrativisation du droit constitutionnel par la mobilisation d'une compétence administrative, sur un objet constitutionnel, à savoir la révision de la Constitution. Le Conseil, en tant que juge, se situe à l'extrême frontière du sujet par ses interprétations de la Constitution.

Le Conseil d'État, durant sa contribution diachronique se trouve en interaction avec les mêmes acteurs qu'ils côtoient durant son influence synchronique sur la révision constitutionnelle. Les rapports et études sont destinés, à travers leur publication, au président de la République, au Gouvernement, aux parlementaires et à la société. Très marginalement, ils peuvent venir éclairer le juge qui aurait à connaître d'un litige relatif à un thème étudié. Les avis du Conseil d'État sur une question de droit à la demande du Gouvernement, quand ils concernent une révision de la Constitution, connaissent les mêmes destinataires dans la mesure où ils sont publiés.

---

[652] Art. R. 123-5, CJA : « La section du rapport et des études a pour mission d'élaborer les propositions que le Conseil d'État adresse aux pouvoirs publics en exécution de l'article L. 112-3 et de procéder à des études à la demande du Premier ministre ou à l'initiative du vice-président.
La section du rapport et des études est également chargée, dans les conditions fixées au livre IX du présent code, du règlement des difficultés auxquelles peut donner lieu l'exécution des décisions du Conseil d'État statuant au contentieux et des juridictions administratives.
Elle prépare le rapport d'activité que le Conseil d'État établit chaque année. Ce rapport est soumis au vice-président délibérant avec les présidents de section et adopté par l'assemblée générale. Il mentionne les réformes d'ordre législatif, réglementaire ou administratif sur lesquelles le Conseil d'État a appelé l'attention du Gouvernement ; il peut contenir des propositions nouvelles et signale en outre, s'il y a lieu, les difficultés rencontrées dans l'exécution des décisions du Conseil d'État statuant au contentieux et des juridictions administratives.
Le rapport est remis au Président de la République ».

[653] Art. L. 112-3, CJA : « Le Conseil d'État peut, de sa propre initiative, appeler l'attention des pouvoirs publics sur les réformes d'ordre législatif, réglementaire ou administratif qui lui paraissent conformes à l'intérêt général ».

[654] Art. L. 112-1, al. 3, CJA : « Le Conseil d'État donne son avis sur les projets de décrets et sur tout autre projet de texte pour lesquels son intervention est prévue par les dispositions constitutionnelles, législatives ou réglementaires ou qui lui sont soumis par le Gouvernement ».

L'action indirecte du Conseil d'État, dans ce temps diachronique, s'entend de son influence sur la révision de la Constitution en dehors de toute procédure de révision. Le rapport public, les études, les avis sur une question de droit exercent une influence majeure sur la révision de la Constitution (paragraphe 1) alors que l'utilisation des travaux préparatoires et le dialogue de jurisprudences ont un impact mineur (paragraphe 2).

Paragraphe 1 : L'influence majeure du Conseil d'État dans ses études et avis

Le Conseil d'État utilise ses études et documents comme un moyen de participation au pouvoir de révision (A), au même titre que ses avis portant sur la nécessité de réviser la Constitution (B).

A) L'émergence d'une révision de la Constitution par les rapports et études

Les rapports publics permettent au Conseil d'État de proposer une révision constitutionnelle (1) tout comme les études qui sont autant d'outils de réflexions sur l'État (2).

1°) Les rapports publics lieux de propositions aux Pouvoirs publics

Le décret du 1er septembre 1963 prévoit la présentation d'un rapport chaque année au Gouvernement qui a notamment pour objet de présenter les réformes législatives que le Conseil d'État estime nécessaire.[655] Cette disposition décrétale se retrouve codifiée dans le droit positif actuel aux articles L. 112-3 et R. 123-5 susmentionnés. Ce rapport deviendra public à partir de 1988.[656] La Haute juridiction à une véritable maîtrise sur le thème de l'étude dans son rapport public. Dans le cadre de l'étude de l'influence du Conseil d'État sur la révision de la Constitution, il conviendra de sélectionner quelques passages de plusieurs rapports[657] sur des sujets cruciaux du droit constitutionnel. Le Conseil d'État est un Janus consultatif et juridictionnel : cela se retrouve dans ses études annuelles. Constamment, le légiste renvoie à ce qu'il dit en tant que juge, et ce que disent ses pairs.

L'étude annuelle est le moyen d'exercer une double influence sur le processus de révision de la Constitution. D'abord, le Conseil d'État dispose d'un pouvoir de sollicitation constitutionnelle par la possibilité qui lui est offerte de présenter toute réforme législative qu'il juge nécessaire. L'évolution souhaitée de la législation constitutionnelle n'est jamais traitée frontalement, mais toujours à l'occasion d'un thème qui remonte *in fine* au droit constitutionnel. Cette participation par une faculté de proposition se situe aussi postérieurement à la révision de

---

[655] JORF, 1 août 1963, p. 7107, Décret n° 63-766 du 30 juillet 1963 portant règlement d'administration publique pour l'application de l'ordonnance n° 45-1708 du 31 juillet 1954 et relatif à l'organisation et au fonctionnement du Conseil d'État, Art. 3 : « Le Conseil d'État présente chaque année au Gouvernement un rapport sur l'activité de ses formations administratives et contentieuses.
Ce rapport énonce les réformes d'ordre législatif, règlementaire ou administratif sur lesquelles le Conseil d'État entend appeler l'attention du Gouvernement. Il signale, s'il y a lieu, les difficultés rencontrées dans l'exécution des décisions des juridictions administratives.
Le rapport est préparé par une commission dont la composition est déterminée par un arrêté du vice-président du Conseil d'État délibérant avec les présidents de section, adopté par l'assemblée générale et remis au Président de la République ».

[656] Y. Gaudemet, B. Stirn, T. Dal Farra, F. Rolin, *Les grands avis du Conseil d'État*, Dalloz, 2008, p. 19 : « Depuis 1988, ce rapport est officiellement public ».

[657] Il ne s'agit pas de réaliser ici une recherche absolument exhaustive, mais de sélectionner arbitrairement un échantillon d'étude annuelle du Conseil d'État, comme base d'analyse.

la Constitution. La proposition postérieure qui s'analyse comme une volonté d'évolution juridique peut se traduire par un affinement de la révision déjà réalisée ou comme une critique de celle-ci.

D'une part, le Conseil d'État exerce un pouvoir de sollicitation *a priori*, en ce qu'il se situe avant la révision constitutionnelle. En 1994, dans son étude annuelle consacrée à la décentralisation et l'ordre juridique met en avant quelques axes qui devraient orienter le droit des collectivités territoriales, notamment une refondation des finances locales et une augmentation de la démocratie locale.[658] Ces préoccupations se traduiront dans la loi constitutionnelle n° 2003-276 sur l'organisation décentralisée de la République qui, dans son article 6, prévoit la constitutionnalisation d'un article 72-1 créant un droit de pétition et un référendum local.[659] L'article 7 de la même loi dispose de l'insertion de l'actuel article 72-2 de la Constitution, relatif aux finances locales. En tout état de cause, la révision constitutionnelle s'inscrit dans les orientations données par le Conseil d'État.

Dans son étude annuelle de 2001, réalisée sur les autorités administratives indépendantes, le Conseil d'État pose un constat relatif au pouvoir règlementaire de ces autorités de régulation en souhaitant un élargissement du recours à celui-ci.[660] Cette puissance, surtout si elle est augmentée, du pouvoir régimentaire des autorités de régulation ne manquera pas de rencontrer le monopole de la conduite gouvernementale de la politique de la Nation. Le Professeur Beaud, souligne que les présidents d'autorité de régulation sont de véritables « vice-ministre ».[661] Cet agrandissement de leurs compétences juridiques, par un recours plus systématique à la régulation, pourra nécessiter à un certain point un encadrement constitutionnel plus rigide de leur pouvoir, celui-ci pouvant passer par une constitutionnalisation. Le lien de la régulation avec le pouvoir et sa place grandissante dans la société, pourrait conduire à une mise en adéquation de la norme constitutionnelle.

Une place toute particulière doit être faite à l'étude annuelle de 2006 du Conseil d'État, intitulée « sécurité juridique et complexité du droit ». Le principe de sécurité juridique, consacré la même année que l'étude dans la jurisprudence du Conseil d'État,[662] connait une fortune certaine dans les conseils de constitutionnalité du Conseil.[663] L'objectif de ce principe est de lutter contre l'instabilité de la norme, qu'elle soit due au nombre de ses changements ou à sa mauvaise

---

[658] EDCE, n° 45, 1993, p. 19 : « L'avenir de la décentralisation ne saurait bien sûr être apprécié et défini exclusivement en termes d'ordre juridique. Plusieurs problèmes qui dépassent cette approche conditionnent en réalité, directement, cet avenir, et du coup, la possibilité de mise au jour d'un nouvel Ordre juridique digne de ce nom : - celui des ressources des collectivités locales ; […] – celui de la démocratisation de la vie locale ».

[659] JORF, n° 75, p. 5568, Loi constitutionnelle n° 2003-276, Art. 6.

[660] EDCE, n° 52, 2001, p. 339 : « L'attribution d'un pouvoir règlementaire strictement encadré aux autorités administratives indépendantes, on l'a vu, n'est pas contraire à la Constitution. Il serait même opportun d'avoir plus largement recours à ce pouvoir règlementaire encadré dans les domaines qui connaissent une mutation technique rapide et où les administrations centrales n'ont pas nécessairement une expertise établie ».

[661] O. Beaud, *Qu'est-ce que le droit constitutionnel peut-il encore faire de l'État*, QSQ 6, https://www.dailymotion.com/video/x5h8tiq.

[662] CE, 24 mars 2006, n° 288460, Société KPMG.

[663] *Cf. Infra*.

rédaction.[664] La constitutionnalisation, dans un contexte de révisionnisme ambiant, doit plus qu'un autre phénomène susciter la vigilance du Conseil d'État, à l'aune de ce principe de sécurité juridique qui fait passer avant toute communication politique la stabilité de l'ordre juridique. Ledit principe, qui assure le caractère sécuritaire du droit et par voie de conséquence de la société, derrière ses allures nouvelles, s'attache à la gestion de l'altérité déjà présente dans l'article 4 de la Déclaration de 1789. Un droit stable permet de règlementer plus facilement les rapports entre les hommes. Assurément, l'utilisation par le Conseil d'État du principe de sécurité juridique témoigne d'une constance dans la construction du pouvoir de l'État.

Comme dans son étude de 2001, le thème de la sécurité juridique traite des relations entre les autorités administratives indépendantes et les administrations centrales. L'articulation normative dans l'exercice du pouvoir règlementaire, qui est un savoir-faire du Conseil d'État, suscite toujours des interrogations.[665] Le conseil de l'État fait état à travers ses études d'un même problème dans le droit constitutionnel.

Toute l'influence du Conseil d'État par l'intermédiaire de ses études annuelles est illustrée dans la filiation indiscutable entre l'étude sur la sécurité juridique de 2006 et le projet de loi constitutionnelle pour une démocratie plus représentative, responsable et efficace. Le Conseil commence par rappeler la nécessité de respecter la répartition des compétences entre la loi et le règlement et l'exceptionnalité de la prise d'ordonnance.[666] Pour se faire, le légiste préconise d'opposer plus systématiquement l'irrecevabilité des amendements parlementaires qui rentreraient dans le domaine règlementaire.[667] Ce qui fait immédiatement écho au projet de loi constitutionnelle de 2018 qui désire constitutionnaliser des irrecevabilités systématiques, étant entendu que celles-ci s'inscrivent dans une rationalisation plus stricte de la procédure législative

[664] EDCE, n° 57, 2006, p. 233 : « Les caractéristiques propres aux sociétés démocratiques, et notamment la nécessité de communiquer autour de la loi, la portée symbolique qu'elle revêt, les remises en cause dont elle est fréquemment l'objet à l'occasion de changements de majorité contribuent enfin, tantôt légitimement, tantôt de façon pathologique, à l'instabilité de la norme. Ces dernières contraintes peuvent en effet, quand elles ne sont pas maitrisées, conduire à des dérives, et à un dévoiement de l'usage de l'instrument normatif, soit qu'une préséance excessive soit donnée au souhait de communication, soit qu'en vue de satisfaire des groupes de pression ou l'opinion en général, on fasse voter des réformes avant de les avoir suffisamment pensées, ou bien encore qu'on se propose de faire jouer à la loi un rôle qui n'est pas le sien, dans une société sensible aux symboles. De cette situation, le législateur est la première victime. Ses marges de liberté pour décider des sujets qu'il convient de traiter se révèlent de plus en plus restreintes. Et il en vient à ne plus exercer sa mission dans les conditions lui permettant d'élaborer des textes de qualité. Cela conduit en outre à sa dépossession. Mais c'est surtout la société qui en pâtit. Le droit, au lieu d'être un facteur de sécurité, devient un facteur d'inquiétude et d'incertitude ».

[665] EDCE, n° 57, 2006, p. 249 : « Le transfert de fonctions régaliennes du Gouvernement vers des autorités administratives indépendantes qui se voient maintenant, pour certaines, dotées d'une personnalité morale distincte de celle de l'État (AMF, CCAMIP, devenue ACAM, Haute Autorité de la santé) soulève parfois des interrogations sur le rôle des administrations centrales ».

[666] EDCE, n° 57, 2006, p. 317 : « Le Gouvernement, comme les deux Assemblées, et notamment leur Commission des lois, devraient donc veiller attentivement, avec le soutien du Conseil constitutionnel, à ce que la Constitution soit mieux respectée et à ce que ne soit réservée à la loi que la détermination des règles et principes fondamentaux, la procédure de l'ordonnance devant, quant à elle, conserver le caractère exceptionnel voulu par la Constitution ».

[667] EDCE, n° 57, 2006, p. 318 : « En attendant, le Gouvernement devrait plus systématiquement opposer l'irrecevabilité aux amendements parlementaires intervenant dans le domaine règlementaire.
Il devrait plus fréquemment opposer l'irrecevabilité aux amendements qui n'ont pas été préalablement débattus en commission ainsi que le lui permet le deuxième alinéa de l'article 44 de la Constitution ».

sous couvert d'améliorer à l'arrivée, la loi.[668] Il n'est pas surprenant que l'avis du 3 mai 2018 soit favorable sur ce point à l'avant-projet gouvernemental car son orientation est identique à celle du Conseil d'État. L'autre moment fort dans l'avis susmentionné de 2018, qui peut s'analyser comme une duplicité constitutionnelle eu égard à certaines contractions dans ladite consultation, est la justification de la rationalisation temporelle de la procédure budgétaire au nom d'un rehaussement de la mission de contrôle du Parlement. Cet argument est directement repris de l'étude sur la sécurité juridique.[669] Ce qui aboutit logiquement à l'administration d'un avis favorable le 3 mai 2018 sur l'avant-projet de loi constitutionnelle pour une démocratie plus représentative, responsable et efficace. L'influence du Conseil d'État sur cette révision envisagée, en 2018, de la Constitution débute en 2006.

Cette question du droit d'amendement sur un projet de loi constitutionnelle revoie implicitement à la compétence consultative du Conseil d'État figurant à l'article 39 de la Constitution. La rationalisation du droit d'amendement permet au Conseil d'État durant sa consultation d'avoir eu un avant-projet qui n'est pas fondamentalement différent du projet discuté en séance devant la première chambre.[670] Que le Gouvernement reprenne ou non son avis, celui-ci permet de nourrir le débat au Parlement. Avec le nouveau droit de consultation sur les propositions de loi constitutionnelle, il en va de même, en toute hypothèse.

Dans cette même étude sur la sécurité juridique, le Conseil d'État ne va pas hésiter à dénoncer la montée en puissance excessive et *contra constitutionem* des entourages ministériels qui concentrent la décision politique, alors que cela devrait être le Gouvernement, *stricto sensu*, qui devrait décider.[671] Le Conseil des ministres ne devient, en quelque sorte, qu'une chambre

---

[668] EDCE, n° 67, 2016, Vol. 2, p. 99 : « La production de normes doit être enserrée dans des règles et des procédures plus strictes que celles qui existent aujourd'hui ».

[669] EDCE, n° 57, 2006, p. 323 : « De l'avis unanime des parlementaires, le travail du Parlement s'est progressivement déséquilibré au profit de ses fonctions législatives, qui occupent les deux tiers de son temps, et au détriment de son activité de contrôle ».

[670] EDCE, n° 57, 2006, p. 318 : « L'article 39 de la Constitution du 4 octobre 1958 dispose, en son deuxième alinéa, que : « Les projets de loi sont délibérés en Conseil des ministres après avis du Conseil d'État et déposés sur le bureau de l'une des deux assemblées. » Cependant, dans la pratique, cette disposition constitutionnelle est parfois contournée. Deux méthodes classiques sont à ces égards utilisées : l'amendement gouvernemental ou l'amendement déposé par un élu de la majorité, qui est en réalité un amendement gouvernemental déguisé ».

[671] EDCE, n° 57, 2006, p. 301 : « La Constitution méconnue. La Constitution du 4 octobre 1958 consacre son titre III au Gouvernement, juste après les deux premiers titres respectivement consacrés à la souveraineté et au Président de la République, et avant les dispositions relatives au Parlement. Aux termes de l'article 20, « le Gouvernement détermine et conduit la politique de la Nation [...] ». L'article 21 dispose que « le Premier ministre dirige l'action du Gouvernement. Il assure l'exécution des lois. Sous réserve de l'article 13, il exerce le pouvoir règlementaire et nomme aux emplois civils et militaires ».
Par ailleurs, l'article 39 de la Constitution confie concurremment au Premier ministre et aux membres du Parlement l'initiative des lois, et dispose que les projets de loi sont délibérés en Conseil des ministres.
L'esprit comme la lettre de la Constitution du 4 octobre 1958 veulent donc qu'une réforme soit délibérée par le Gouvernement au sein du Conseil des ministres, dans des comités interministériels présidés par le Premier ministre, ou par un ou deux ministres auquel le Premier ministre aurait donné délégation, sur le modèle du Vice-Premier ministre en Espagne ou au sein des Conseils de Cabinet. Le respect de cette méthode retenue au sein de démocraties comparables à la nôtre, constitue, semble-t-il, une condition essentielle de la réussite de la réforme.
Or, à de rares exceptions près, le débat autour d'une réforme s'est, aujourd'hui, déplacé du Conseil des ministres vers des réunions entre des conseillers de cabinets ministériels, s'exprimant au nom du ministre. Il a ainsi changé de nature pour se concentrer principalement sur des projets de texte, et non sur les axes essentiels d'une réforme et sur les modalités les plus adéquates de sa mise en œuvre, parmi lesquelles la législation ou la réglementation ne

d'enregistrement des comités ministériels qui réunissent les membres des cabinets ministériels. La diffusion des membres du Conseil d'État dans les administrations ministérielles, y compris dans la sphère des cabinets en cause, n'empêche pas l'institution du Conseil d'État de dénoncer la dépossession des ministres, responsables politiquement et juridiquement, de la conduite complète de la politique de la Nation. La réprobation du Conseil d'État de la puissance de l'administration dans le Gouvernement, qui peut paraître de prime abord paradoxale est en réalité logique : le Conseil d'État a toujours su céder la place aux politiques dans leur champ de décision et le Conseil d'État n'est pas lié à un Gouvernement mais à l'État.

Dans une perspective supranationale, le Conseil d'État dans son étude annuelle de 2007 portant sur l'administration française et l'Union européenne, s'attache à l'épineuse question de la bonne transposition des textes communautaires. Au contentieux, le juge administratif a longtemps fait de la résistance en matière d'invocabilité directe des actes de droit dérivé de l'Union européenne.[672] L'étude de 2007 vilipende la mauvaise transposition des textes communautaires en ce qu'elle met en péril la crédibilité de l'État français dans la construction communautaire.[673] La transposition, en plus d'être une exigence politique est une impérativité juridique issue du droit primaire.[674] Ces considérations politico-juridiques ont contribué à enfanter l'article 2 de la loi constitutionnelle n° 2008-103, qui donne la rédaction de l'actuel article 88-1 de la Constitution. À savoir, la participation de l'État français à l'Union européenne, que le Conseil constitutionnel interprète comme le fondement constitutionnel de la transposition, en toute rigueur juridique, des directives.[675]

L'étude annuelle du Conseil d'État sur le droit souple de 2013, semble manifester un modeste infléchissement théorique dans la manière de penser la construction du pouvoir de l'État. La vision de l'institution suprême comme étant une puissance publique qui s'impose à tous, semblerait laisser place résiduellement à un État « modeste, négociateur, expérimentateur et

---

constitue qu'une des options possibles » (en quelque sorte une lutte contre d'administrativisation excessive du droit constitutionnel ».

[672] CE, 22 dec. 1978, n°11604, Cohn Bendit. CE, 30 oct. 2009, n° 298348, Perreux.

[673] EDCE, n° 58, 2007, p. 321 : « La crédibilité de positions exprimées par la France dépend en partie de la diligence avec laquelle les textes communautaires et européens sont transposés et appliqués. Il est donc impératif d'amplifier les efforts afin de devenir exemplaire, tant pour la transposition des directives que pour l'application du droit communautaire. *Or la France se place au 23e rang avec 95 procédures d'infraction ouvertes* contre elle, devant l'Espagne et l'Italie qui comptent respectivement 109 et 161 procédures d'infraction en cours. Il est donc important de redresser la situation alors même que les recours « en manquement sur manquement » exercés en application de l'article 228 du traité instituant la Communauté européenne sont appelés à déboucher sur des condamnations financières très lourdes ».

[674] EDCE, n° 58, 2007, p. 322 : « La transposition des directives constitue *une exigence politique*, régulièrement et solennellement réaffirmée lors des Conseils européens. Ainsi, le Conseil européen réuni les 23 et 24 mars 2001 à Stockholm, puis les 15 et 16 mars 2002 à Barcelone, a insisté auprès des États membres pour *« qu'ils transposent dans leur droit interne en priorité les directives relatives au marché intérieur. »*

L'obligation juridique résulte des termes même de l'article 249 du traité instituant la Communauté européenne : *« la directive lie tout État membre destinataire quant au résultat à atteindre »*. Il en va de même pour les décisions-cadres du troisième pilier en vertu de l'article 34 du traité sur l'Union européenne ».

[675] CC, 28 mai 2004, n° 2004-496 DC, Loi pour la confiance dans l'économie numérique.

partenaire ».[676] Ces volontés du reflux de l'État ne semblent pas se traduire, car derrière la négociation il y a toujours la puissance.

Dans un tout autre domaine, le Conseil d'État s'interroge, dans un environnement économique ou les États sont des acteurs des marchés, sur la constitutionnalisation de ce rapport. À l'occasion de son étude de 2015 sur l'action économique des personnes publiques, le légiste se montre prudent sur l'utilité d'une révision constitutionnelle relative au lien entre le politique et l'économique.[677] Cette réflexion consultative s'inscrit dans un engouement actuel pour la « start-up nation ».

Dans le cadre de ce révisionnisme, la recherche de l'équilibre des pouvoirs, par le Conseil d'État, est présente. L'amélioration de la qualité de loi ne saurait uniquement peser sur les parlementaires, par un encadrement plus strict de leurs droits, alors que le régime est à prépondérance exécutive. Par conséquent, la rationalisation de la procédure législative doit mettre à contribution tant le parlement, sans remettre en cause le droit d'amendement, que le Gouvernement qui dispose aussi de ce droit.[678]

La dernière étude annuelle du Conseil d'État, de 2018, traite de la délicate question de la citoyenneté en particulier par le biais de la citoyenneté communautaire.[679] La continuation d'une

---

[676] EDCE, n° 64, 2013, Vol 2, p. 190 : « Si « l'État-commandeur » existe toujours et reste indispensable, notamment dans une période troublée nécessitant des garanties fortes et fermes, il est incontestable que la frontière entre l'État et la société civile est de plus en plus poreuse et que, de ce fait, l'État doit être aussi, selon le contexte, modeste, négociateur, expérimentateur et partenaire. C'est dans cette perspective que le droit souple, instrument partagé par de nombreux protagonistes, trouve une place utile ».

[677] EDCE, n° 66, 2015, Vol 2, p. 92 : « L'absence de toute disposition constitutionnelle traitant de façon explicite des rapports entre l'État, les entreprises et l'économie de marché, a pu surprendre. Le débat sur l'opportunité de constitutionnaliser ces principes est toutefois resté assez circonscrit. La question n'a pas été abordée dans le cadre de la dernière révision de la Constitution en 2008. Il n'a pas davantage pris d'ampleur dans le cadre des travaux du comité constitué en 2009 sur un éventuel enrichissement du Préambule de 1946, même si l'insertion de la liberté d'entreprendre dans les textes constitutionnels y a été évoquée. Cette proposition, à laquelle ses promoteurs attachaient une portée essentiellement symbolique, n'a toutefois pas été retenue par le comité, qui n'a du reste proposé aucune modification du préambule. Le débat ne s'est pas totalement éteint aujourd'hui. Il convient de ne s'y engager qu'avec prudence. Une révision constitutionnelle à des fins purement symboliques ne présenterait pas de réelle utilité et pourrait en revanche avoir des conséquences imprévues sur les exigences constitutionnelles en matière d'action on économique des personnes publiques ».

[678] EDCE, n° 67, 2016, Vol. 2, p. 101 : « Sans remettre en cause la légitimité du droit d'amendement, on ne peut que constater que la pratique actuelle a désormais des effets négatifs sur le volume et la qualité des textes, du fait notamment de la part qu'y prend le Gouvernement. Un premier correctif pourrait résulter d'un engagement de celui-ci à s'abstenir de présenter tout amendement dépourvu de lien direct avec le texte en discussion et à s'imposer un délai de dépôt de ses amendements, autres que purement rédactionnels ou de coordination, analogue à celui qui s'applique aux amendements parlementaires ».

[679] EDCE, n° 69, 2018, Vol. 2, p. 42 : « La remise en cause de la citoyenneté comme appartenance à la seule communauté nationale. Alors que la construction juridico-politique de la citoyenneté française repose sur l'appartenance à la Nation, « *une et indivisible* », des formes d'appartenance voire de citoyenneté, explicites ou non, à d'autres communautés politiques ont progressivement émergé dans le champ juridique […] (locale et mondiale) À l'échelon européen, la citoyenneté européenne est le fruit d'une volonté, politique, d'estomper le caractère exagérément bureaucratique de la construction de l'Union et de permettre aux citoyens de mieux se l'approprier. Elle comporte, ainsi que cela a été dit, des droits et des symboles qui lui ont été attachés (droit de libre circulation, droit de vote, passeport, droit de pétition, hymne, drapeau) qui ajoutent une dimension à la citoyenneté française. Comme dans d'autres pays de l'Union, une partie de l'opinion française redoute néanmoins que la montée en puissance de l'Union européenne remette en cause la souveraineté de l'État et affaiblisse la citoyenneté nationale. L'extension du champ spatial et l'enrichissement de la citoyenneté française qui résultent

union de plus en plus accentuée entre les peuples posera inéluctablement à terme la question de la constitutionnalisation de la citoyenneté de l'Union européenne. Le Conseil d'État, avec son étude annuelle, commence à se pencher sur la question de la liaison entre les deux citoyennetés.

D'autre part, le Conseil exerce une faculté de critique *a posteriori*, en ce qu'elle se situe après la révision constitutionnelle visée. L'étude précitée de 2006, ne manquera pas de dénoncer la balkanisation du droit constitutionnel des collectivités territoriales.[680] À ce constat s'ajoute le blâme de la mise en œuvre de la réforme du droit des collectivités territoriales, qui peut se lire comme la continuation de la faculté de résistance exercée en 2003 par le Conseil d'État sur l'avant-projet de loi constitutionnelle.[681] Le Conseil d'un avis négatif sur la modification de la Constitution, donne par la suite, une étude perplexe sur la mise en œuvre par la loi de cette révision constitutionnelle : les compétences transférées se superposent sans cesse, ce qui impacte les collectivités territoriales, sur le plan juridique et financier car les fonds suivent difficilement, et les citoyens trouvent le droit des collectivités territoriales illisibles. À partir d'une simple relation de compétences entre deux personnes morales de droit public, le Conseil d'État poursuit l'argumentation jusqu'au citoyen.

Le Conseil d'État ne fera pas souvent feu de tout bois, avec sa faculté de critique *a posteriori*, tout simplement parce que le Gouvernement l'écoute quasiment systématiquement. Il existe une véritable confiance entre le prince et son conseiller qui donne une cohérence juridique et politique aux révisions de la Constitution. Les rapports publics sont un moyen thématique de contribuer au pouvoir de révision, tout comme les études.

2°) Les colloques du Conseil sources de réflexion sur l'État

En 2015, le Conseil d'État a organisé un colloque intitulé « *Où va l'État* »,[682] durant lequel ont été abordés les grands enjeux contemporains qui se posent. L'objet de cette étude est de réformer l'État, ce qui n'aboutit pas nécessairement à une révision de la Constitution. Le Conseil d'État se penche sur l'évolution de l'État dans sa forme et dans ses relations avec la société.[683] Cette problématique de la relation entre la société et l'État, propre au droit

---

de prime abord de son prolongement par la citoyenneté européenne suscitent ainsi des réactions partagées qui présentent l'avantage de replacer le débat sur les enjeux de la citoyenneté au centre des réflexions politiques ».

[680] EDCE, n° 57, 2006, p. 253 : « Cette diversification du droit applicable est la source d'une réelle complexité. Elle rend parfois délicate la délimitation des compétences respectives de la République et de la collectivité. Elle ne facilite guère la détermination du type de droit de la République applicable, dans chaque domaine, lors de l'application quotidienne et lors de toute réforme » à propos de l'outre-mer.

[681] EDCE, n° 57, 2006, p. 250 : « Avant même la réforme constitutionnelle relative à la décentralisation, le principe de la libre administration des collectivités territoriales résultant de l'article 72 de la Constitution a rendu nécessaire l'intervention de la loi chaque fois qu'est en cause l'encadrement de l'action de ces collectivités. Il en résulte des ajustements permanents de la législation applicable pour les différentes compétences transférées. Des ajustements qui, par-delà leur excessive fréquence, n'ont pas contribué à dessiner un paysage administratif lisible pour le citoyen ».

[682] Conseil d'État, *Où va l'État ? Un cycle de conférences au Conseil d'État*, T1, La documentation française, 2015.

[683] *Ibid*., *Avant-propos de Maryvonne de Saint Pulgent et Jacky Richard*, p. 5 : « D'une part le cycle devait « penser » ou plutôt « repenser » une réforme de l'État multiforme, insaisissable et fuyante aux yeux du politique et des citoyens, mais pourtant nécessaire. D'autre part il devait réfléchir à ce qu'est l'État, ce qu'il signifie et ce qu'il représente comme clé de lecture de l'évolution de la société française ».

administratif, qui est un droit d'action, est transportée dans le droit constitutionnel. En tout état de cause, ces conférences posent les linéaments doctrinaux d'une réflexion sur l'État qui sont le prélude, s'il y a lieu, de toute révision constitutionnelle. Les questions traitées peuvent être classifiées suivant qu'elles sont relatives à la relation interne et externe à l'État.

Sur le plan interne, le constat de l'inadéquation des moyens d'expression de la société civile, amène à repenser ceux-ci.[684] Il est remarquable que le Conseil d'État lise de manière administrative cette rupture entre État et société, par le processus de décision qui est tenu par l'administration et qui relie l'État à la société. C'est une manifestation matérielle supplémentaire de l'administrativisation du droit constitutionnel par le Conseil. La volonté d'impliquer la société civile dans le fonctionnement de l'État, dans le moment de la prise de décision et d'écriture de la norme, est ancienne et nouvelle.[685] Ancienne, parce que cette réflexion du Conseil d'État correspond précisément à l'article 4[686] de la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008, et la loi organique subséquente, qui instaurent un référendum d'initiative partagée à l'article 11 de la Constitution du 4 octobre 1958 ; nouvelle, car ce raisonnement s'inscrit dans l'article 14 de projet de loi constitutionnelle pour une démocratie plus représentative, responsable et efficace qui introduit un nouveau titre dans la Constitution : « La chambre de la société civile ».[687]

L'attachement du Conseil d'État, garant de la puissance de l'État, à l'instauration d'un nouveau lien entre l'État et la société civile correspondra à la recherche d'un équilibre subtil entre les corps intermédiaires et l'institution suprême.[688] Il ne faudrait pas augmenter la puissance de ceux-ci au détriment de la puissance de celui-là.

L'analyse doctrinale de l'État va se poursuivre sur le plan externe avec, en particulier, de nombreuses considérations sur l'Union européenne. Le Conseil d'État relève « l'effet d'engrenage »[689] de l'entreprise communautaire qui se traduit directement en droit

---

[684] *Ibid*., p. 181 : « Les mutations récentes de la société civile en France se traduisent par un dépassement et un délaissement de certains liens institutionnalisés mis en place par l'État : le poids des syndicats en France a chuté en matière de représentativité, puisque que le taux de syndicalisation ne s'élève qu'à 8% des actifs, et seulement 5% dans le secteur privé. Les revendications de la rue s'expriment de plus en plus hors du cadre syndical et font émerger d'autres types de structures plus ou moins organisées, témoignant d'un besoin d'intermédiation nouveau dans la contestation de politiques étatiques. Dernière manifestation de la société civile, le développement rapide des réseaux sociaux peut court-circuiter les processus de décision traditionnels ».

[685] *Ibid*., p. 182 : « Une meilleure complémentarité entre l'État et la société civile ; complémentarité bénéfique au fonctionnement démocratique, dès lors qu'elle se traduit par la mise en place et le développement de mécanismes tendant à impliquer davantage la société civile dans le processus de décision et d'élaboration des normes, mais également dans le contrôle de l'application qui est faite ».

[686] Art. 4, Loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008.

[687] http://www.assemblee-nationale.fr/15/pdf/projets/pl0911.pdf.

[688] Conseil d'État, *Où va l'État ? Un cycle de conférences au Conseil d'État*, T1, La documentation française, 2015, p. 188 : « L'intérêt de ce sujet vient également de sa dimension historique, en ce que la tension entre l'État et la société civile est une constante que l'on retrouve tout au long de l'histoire de la France moderne. En effet, l'affirmation de la puissance de l'État s'est souvent faite au détriment des corps intermédiaires, qui peuvent être considérés comme la principale forme d'expression organisée de la société civile ».

[689] *Ibid*., p. 147 : « Le mécanisme de l'effet d'engrenage voulu par les « Pères fondateurs » fait que malgré la compétence de sa compétence que conserve l'État en ce qu'il décide ou non de transférer de nouvelles compétences, une tendance à l'extension des compétences européennes est manifeste, longtemps assumée, sans

constitutionnel par l'utilisation multiple de la procédure de l'article 89 de la Constitution.[690] La révision de la Constitution de l'État qui est un État membre se réalise en interaction avec le droit de l'Union européenne.

Aussi, l'étude du Conseil démontre l'importation du constitutionnalisme de l'État à l'Union : les deux ont pour fonction de protéger les droits de leurs sujets.[691] À l'image de la jurisprudence Arcelor de 2007, la logique de conflit entre le droit de l'Union européenne et le droit interne laisse place à une logique de protection complémentaire des droits. Matériellement une Constitution porte, en vertu du céleste article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen des 24 et 26 août 1789, sur la garantie des droits et la séparation des pouvoirs. La garantie des droits peut passer par une révision constitutionnelle, comme l'a démontré la loi constitutionnelle de 2008 par l'instauration d'un mécanisme de protection des droits et libertés que la Constitution garantit. Ces révisions constitutionnelles, sous couvert de constitutionnalisme, devront se penser en relation avec la protection des droits du droit de l'Union européenne.

L'étude annuelle du Conseil d'État de 2018 a été précédée par ce cycle de conférence de 2015 qui s'interroge aussi sur le devenir d'une citoyenneté européenne.[692] Les travaux soulignent l'impossibilité de substituer la citoyenneté européenne à la citoyenneté nationale, ce qui revient, sur l'épineuse question constitutionnelle, à déconseiller une éventuelle révision de la Constitution. En outre, le Conseil d'État en réfléchissant sur les enjeux et les évolutions de l'État, donne le cadre intellectuel dans lequel toute révision constitutionnelle se trouve. Il s'agit de penser plus l'État pour éventuellement opérer une bonne révision de la norme fondamentale.

---

doute moins nettement depuis 2005. Quoi qu'il en soit, on touche là au cœur de ce qu'est l'État et de ce qu'est l'État devenu membre de l'Union européenne ».

[690] Loi constitutionnelle n° 92-554 du 25 juin 1992 [Dispositions permettant de ratifier le traité de Maastricht]. Loi constitutionnelle n° 93-1256 du 25 novembre 1993 [Droit d'asile]. Loi constitutionnelle n° 99-49 du 25 janvier 1999 [Traité d'Amsterdam]. Loi constitutionnelle n° 2003-267 du 25 mars 2003 [Mandat d'arrêt européen]. Loi constitutionnelle n° 2005-204 du 1er mars 2005 [Traité établissant une Constitution pour l'Europe]. Loi constitutionnelle n° 2008-103 du 4 février 2008 modifiant le titre XV de la Constitution [Traité de Lisbonne].

[691] *Ibid*., p. 146 : « Il faut encore souligner que la Constitution reste, en France, la norme suprême tout en rappelant que « la participation de la République à l'Union européenne » a des bases constitutionnelles, solides depuis 1992, le Titre XV de la Constitution lui étant entièrement consacré. La question du conflit de normes au sommet peut en théorie se poser, mais au regard des jurisprudences les plus récentes, notamment nées de la question prioritaire de constitutionnalité, on observe un dialogue renforcé et apaisé (CE ASS., 8 février 2007, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine*, n°287110 ; question préjudicielle du Conseil constitutionnel à la CJUE) qui laisse à penser que l'on doit désormais moins raisonner en termes de conflit qu'en termes de standard de protection des droits aux niveaux constitutionnel et européen. L'État est un élément d'un système européen global dont les principes de démocratie et d'État de droit sont les marques de fabrique ».

[692] *Ibid*., p. 148 : « Pour le dire autrement, y a- t-il une citoyenneté européenne, autre que celle affirmée par les textes qui l'ont instituée ? Pas plus que l'Union européenne n'est un État, la « nation » européenne n'est constituée et existante, alors même qu'elle a peur d'être perçue comme telle par les non-Européens. La citoyenneté européenne ne peut, pour l'heure, se substituer à la citoyenneté nationale ; tout au plus peut-elle s'y superposer. Dans ce contexte, la citoyenneté européenne favorise une prise de conscience de valeurs communes fondées sur les droits de l'homme et plus largement sur la force de l'État de droit. La citoyenneté, dans sa complétude, reste attachée à l'État. Mais ce dernier au sein de l'Europe des états, et avec ses citoyens, aura à décider de l'avenir de l'Union ».

L'étude thématique sur le devenir de l'État est aussi riche d'enseignement sur la raison d'État qui implique un certain secret dans la pratique du pouvoir.[693] La transparence, qui se propage dans les révisions constitutionnelles, impliquerait une nouvelle forme de dissimulation pour conserver la mystique du pouvoir. La résistance feutrée du Conseil d'État procède de cet équilibre entre la transparence et la raison d'État. Force est de constater que les études annuelles où thématiques du Conseil d'État sont une source intellectuelle non négligeable de son influence sur la révision de la Constitution. Cette contribution se prolonge dans sa fonction consultative par le canal des questions de droit du Gouvernement.

B) L'émergence d'une révision de la Constitution à partir d'une question de droit

Les questions de droit – tout particulièrement en droit de l'Union européenne – posées par le Gouvernement sont un moyen pour le Conseil de statuer sur la nécessité d'une procédure de révision de la constitutionnelle (1) ; l'utilisation de cette dernière devant être rationalisée pour ne pas instrumentaliser la Constitution (2).

1°) La sollicitation du Conseil d'État sur les révisions constitutionnelles causées par droit de l'Union européenne

Le Gouvernement, en vertu de l'article L. 112-2 du Code de justice administrative prévoit la possibilité pour le Gouvernement de consulter pour avis le Conseil d'État sur une difficulté en matière administrative.[694] Le Professeur Waline dans son manuel de droit administratif inclut dans ce champ de la difficulté en matière administrative, qui est très englobant, l'interprétation d'un texte.[695] Les deux avis du Conseil d'État de 1993[696], sur droit d'asile, et de 2002[697], relatifs au mandat d'arrêt européen, procèdent à une interprétation d'une norme juridique de droit de l'Union européenne.[698] L'article L. 112-2 susmentionné, disposant d'une compétence administrative, aboutit à trancher sur la révision de la Constitution : il s'agit d'une administrativisation du droit constitutionnel. Une compétence administrative mobilisée sur un objet constitutionnel.

---

[693] Conseil d'État, *Où va l'État ? Un cycle de conférences au Conseil d'État*, T2, La documentation française, 2015, p. 21 : Philippe Raynaud, Actes – Le sens de la raison d'État : quelle actualité ? Le troisième caractère, c'est le secret. La raison d'État suppose que l'art de gouverner comporte comme élément essentiel ce qu'on pourrait appeler un art de la dissimulation. De ce point de vue, ce qui compte est la ruse plutôt que la force. […] Dans la raison d'État, se trouve aussi à la fois l'idée des secrets du pouvoir où il s'agit de conserver la forme de la République […] Et, parce que ce sont des secrets, on a largement affaire à une mystique de l'État ».

[694] Art. L. 112-2, CJA : « Le Conseil d'État peut être consulté par le Premier ministre ou les ministres sur les difficultés qui s'élèvent en matière administrative ».

[695] J. Waline, *Droit administratif*, Dalloz, 2018, p. 700 : « Il [le Gouvernement] peut le consulter lorsqu'une difficulté se présente en matière administrative, par exemple au sujet de l'interprétation d'un texte ».

[696] Avis n° 355113 du 23 septembre 1993, *Les grands avis du Conseil d'État, Dalloz, 2008*, p. 257.

[697] Avis n° 368282 du 26 septembre 2002, *Les grands avis du Conseil d'État, Dalloz, 2008,* p. 477.

[698] En dehors des consultations relatives au droit de l'Union, il faut mentionner l'avis du 29 février 1996, relatif à la Cour pénale internationale (Avis n° 358597 du 29 février 1996, *Les grands avis du Conseil d'État, Dalloz, 2008*, p. 335) qui porte sur la question de savoir si le projet de statut de celle-ci est conforme à la Constitution. Le Conseil d'État n'appelle pas à une révision de la Constitution mais met en avant les exigences du droit constitutionnel, auxquelles doit se conformer ce projet de convention internationale. La compétence du Conseil d'État sur ce projet de texte réside dans l'article L. 112-1, alinéa 3 du Code de justice administrative, qui donne la possibilité au gouvernement de le saisir sur « tout autre projet de texte ».

Ces deux cas sont topiques des frottements entre les ordres juridiques, qui dans la relation entre le droit de l'Union et le droit interne, ne peuvent se solder par une compatibilité qu'au moyen d'une révision de la Constitution.[699] Le droit communautaire ne saurait renoncer à la primauté qui est sa raison d'être. En matière de révision constitutionnelle, par la voie des questions de droit du Gouvernement, le Conseil d'État joue un rôle initiatique de la révision de la Constitution.

La question que le Gouvernement pose au Conseil d'État dans l'avis de 1993 sur le droit d'asile, est alambiquée : il s'agissait de savoir si une loi peut faire ce que la décision n° 93-325 DC du Conseil constitutionnel lui a interdit de faire. Cette décision interdit au législateur de prendre une disposition qui permettrait à l'administration de ne pas examiner une demande d'asile d'une personne persécutée à raison de sa liberté.[700] Le Gouvernement demande au Conseil d'État de statuer sur la comptabilité entre la décision du Conseil constitutionnel de 1993 et l'accord Schengen. L'avis du 23 septembre 1993 mentionne les décisions du Conseil constitutionnel en tête de l'avis.[701] Une loi ordinaire ne saurait méconnaître une norme constitutionnelle, et la jurisprudence du Conseil constitutionnel, sous couvert d'appliquer une convention internationale : la révision constitutionnelle était donc inéluctable. Le Conseil d'État ira même, à la toute fin de son avis, jusqu'à donner les grandes orientations de la loi constitutionnelle qu'il juge nécessaires juridiquement[702] : la non modification du préambule de la Constitution de 1946 et l'organisation d'une coopération en matière de traitement de demande d'asile, avec une condition de réciprocité.[703]

---

[699] M. Gautier, « *Droit de l'union européenne et fonction consultative du Conseil d'État », in H. Gaudin, La Constitution européenne de la France*, Dalloz, 2017, p. 168 : « L'importance de la mission ainsi confiée au Conseil d'État est attestée par le fait qu'elle a permis de prémunir par deux fois notre ordre juridique d'un conflit avéré entre une norme constitutionnelle et une norme de droit de l'Union (ou assimilée), conflit qui aurait été littéralement inextricable dès lors que dans l'ordre interne, la Constitution prévaut sur les normes conventionnelles fussent-elles de droit de l'Union tandis que dans l'ordre juridique communautaire (lequel est intégré à l'ordre juridique interne), le droit de l'Union prévaut sur les normes nationales fussent-elles constitutionnelles. La détection de difficulté en amont a permis qu'une révision de la Constitution accompagne l'insertion des accords de Schengen dans leur volet « asile », comme la transposition de la décision-cadre sur le mandat d'arrêt européen ».

[700] CC, 13 août 1993, n° 93-325 DC, Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France, consid. 4.

[701] Avis n° 355113 du 23 septembre 1993, *Les grands avis du Conseil d'État, Dalloz, 2008*, p. 257 : « Vu les décisions n° 91-294 DC du 25 juillet 1991, n° 92-307 DC du 25 février 1992, et n° 93-325 du 13 août 1993 du Conseil constitutionnel ».

[702] A. Levade, Commentaire, Avis n° 355113 du 23 septembre 1993, *Les grands avis du Conseil d'État, Dalloz, 2008*, p. 267 : « Motivée par des raisons politiques, la révision constitutionnelle finit donc par s'imposer comme une nécessité juridique ».

[703] Avis n° 355113 du 23 septembre 1993, *Les grands avis du Conseil d'État, Dalloz, 2008*, p. 259 : « Cette obligation découlant, selon la décision précitée du Conseil constitutionnel, du principe proclamé par le quatrième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946, seule une loi constitutionnelle pourrait en dispenser la France.
Une telle loi pourrait, sans avoir à modifier le texte du Préambule, tendre à rendre possible une coopération en matière de traitement des demandes d'asile avec des États liés à la France par des conventions, et respectant des engagements identiques aux siens ».

Cet avis du 23 septembre 1993, recevra une large publicité dans la presse, par la levée de son secret par le Gouvernement.[704] Cela signifie que le Conseil d'État a été utilisé comme un argument d'autorité, sur la nécessité d'une révision constitutionnelle, par le Gouvernement. L'article unique de la loi constitutionnelle n° 93-1256 reprendra les deux orientations du Conseil dans son avis.[705]

La question posée par le Gouvernement dans l'avis du 26 septembre 2002 relatif au mandat d'arrêt européen est plus claire : il s'agissait de savoir si la transposition, par voie législative, d'un acte de droit dérivé se heurte à des normes constitutionnelles contraires.[706] Le Conseil d'État répond à cette question par un dialogue des juges, explicitement avec la Cour de justice des communautés européennes, qui est citée dans le texte de l'avis,[707] et implicitement avec le Conseil constitutionnel, qui n'est pas mentionné dans la consultation. Quand le Conseil d'État analyse les atteintes possibles aux droits et libertés constitutionnellement garantis, il le fait en ayant en tête la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Aussi, le Conseil d'État se convoque lui-même avec le motif juridique de la contradiction d'une loi de transposition, fondée sur le droit dérivé, avec l'impossibilité d'extrader pour des motifs politiques.[708] Ce faisant, le Conseil d'État dans son office consultatif se convoque aussi en tant que juge.[709] Les conseillers d'État vont donc appeler de leurs vœux une révision de la Constitution qui aura lieu par l'article unique de la loi constitutionnelle n° 2003-267.[710] À noter que cette consultation du 26 septembre 2002 en appelle au droit comparé – comme durant les débats au Conseil d'État à propos de l'élaboration de la Constitution de 1958 – pour mieux renforcer le principe fondamental reconnu par les lois de la République de non extradition pour des motifs politiques.[711] Le Conseil d'État dans ses deux avis étudiés propose de réviser la Constitution, ce qui sera par la

---

[704] A. Levade, *Commentaire*, Avis n° 355113 du 23 septembre 1993, *Les grands avis du Conseil d'État, Dalloz, 2008*, p. 261 : « Rendu le 23 septembre 1993, et adressé le soir même au Premier ministre, l'avis du Conseil d'État fut immédiatement communiqué à la presse, ce qui est très exceptionnel ».

[705] JORF, 26 novembre 1993, p.16296.

[706] Avis n° 368282 du 26 septembre 2002, *Les grands avis du Conseil d'État, Dalloz, 2008,* p. 477 : « Le Conseil d'État, saisi par le Premier ministre d'une demande d'avis sur la question de savoir si la transposition en droit français, par la voie législative, de la décision-cadre du Conseil de l'Union européenne du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt-européen et aux procédures de remise entre États membres est de nature à se heurter à des obstacles tirés de règles ou de principes de valeur constitutionnelle, notamment en ce que ladite décision-cadre exclut que l'État d'exécution du mandat d'arrêt européen puisse se fonder sur le motif tiré du caractère politique de l'infraction pour refuser la remise à l'État d'émission de la personne recherchée ».

[707] Avis n° 368282 du 26 septembre 2002, *Les grands avis du Conseil d'État, Dalloz, 2008,* p. 480 : « Toutefois, ces différents éléments ne permettent pas, en l'absence de jurisprudence de la Cour de Justice des communautés européennes ».

[708] Avis n° 368282 du 26 septembre 2002, *Les grands avis du Conseil d'État, Dalloz, 2008,* p. 478 : « Toutefois, une telle décision-cadre ne saurait, si elle comporte des dispositions contraires à la Constitution ou à des principes de valeur constitutionnelle, mettant en cause les droits et libertés constitutionnellement garantis ou portant atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale, être transposée dans l'ordre interne qu'après modification de la Constitution. […] A cet égard, il apparaît que si la transposition de la décision-cadre du 13 juin 2002 ne paraît pas se heurter à des obstacles d'ordre constitutionnel sur plusieurs points susceptibles *a priori* de susciter des interrogations, il en va différemment en ce qui concerne la prohibition de l'extradition à raison d'une infraction de nature politique ».

[709] CE, 3 juil. 1996, n° 169219, Koné.

[710] JORF, 26 mars 2003, p. 5344.

[711] Avis n° 368282 du 26 septembre 2002, *Les grands avis du Conseil d'État, Dalloz, 2008,* p. 480 : « Il y a lieu de relever qu'en dehors du cas de la France, la prohibition de l'extradition pour des délits politiques est prévue par la Constitution italienne et la Constitution espagnole […] ».

suite suivie d'effet. Ces sollicitations de révisions constitutionnelles ne doivent pas être systématiques car si l'immutabilité constitutionnelle est une absurdité, le révisionnisme par la voie d'une instrumentalisation de la procédure de révision constitutionnelle, est un danger pour la stabilité de l'État.

2°) La tempérance de l'instrumentalisation de la révision constitutionnelle

Le Conseil d'État, dans le cadre de toutes ses compétences qu'il possède pour influencer la révision de la Constitution, ne préconise pas automatiquement une modification des mots écrits de la Constitution. L'expression du Professeur Carcassonne de « réformettes constitutionnelles »[712] – par une réutilisation malicieuse – est démonstrative de ces révisions qui sont de la communication politique.

Le concept de révision préventive,[713] sous la plume du vice-président Sauvé, s'épanouit. Il s'agirait de réviser avant qu'un conflit entre deux ordres juridiques se profile, ce qui s'applique particulièrement aux relations entre le droit constitutionnel et le droit de l'Union européenne. Cependant, le Conseil d'État ne propose pas systématiquement une révision de la Constitution sur chaque acte de droit dérivé, comme le principe de primauté du droit de l'Union l'impliquerait. Le Conseil a tendance à agir davantage en amont de la rédaction de norme, par la voie de l'article 88-4 de la Constitution, pour prévenir les risques de conflit. En quelque sorte, la révision constitutionnelle est l'ultime recours pour harmoniser les ordres juridiques.

Dans l'avis du 29 février 1996 relatif au statut de la Cour pénale internationale, plus spécialement à la constitutionnalité de son statut, le Conseil d'État utilise la technique des réserves d'interprétation.[714] Ledit statut étant en cours de rédaction, le conseiller du Gouvernement explique tous les vices possibles d'inconstitutionnalité. À charge pour le Gouvernement d'en tenir compte et d'influer politiquement dans la rédaction juridique. Assurément, le droit de l'Union européenne dispose d'une place particulière dans l'institution de la révision constitutionnelle. L'émergence de ce rapport de comptabilité entre deux ordres juridiques suscite une intervention du juriste de l'État, pour que la rigidité constitutionnelle, ne vienne mettre à défaut l'État, en tant qu'État-membre. À cette influence diachronique du Conseil d'État sur la révision constitutionnelle dans ses études et avis, s'en ajoute une autre par ses travaux durant l'élaboration et sa jurisprudence.

---

[712] G. Carcassonne, « Réformettes », *in Mélanges en l'honneur de Jean Gicquel, Constitutions et pouvoir,* Montchrestien, 2008, p. 98.

[713] *N° 447, Sénat, Session ordinaire de 2015-2016, Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du règlement et d'administration générale sur le projet de loi constitutionnelle, adopté par l'Assemblée nationale, de protection de la Nation*, par M. Philippe Bas, Sénateur, p. 144 : « Certaines révisions sont préventives, mais certes consécutives à une décision du Conseil constitutionnel – je songe à la nécessité de modifier notre texte fondamental pour assurer la conformité aux traités ».

[714] Avis n° 358597 du 29 février 1996, *Les grands avis du Conseil d'État, Dalloz, 2008*, p. 335.

Paragraphe 2 : L'influence mineure du Conseil d'État par ses travaux préparatoires à la Constitution et par sa jurisprudence

L'influence diachronique du Conseil d'État est modeste avec ses travaux relatifs à l'élaboration de la Constitution qui traitent des grands axes qui commanderont les révisions ultérieures (A) et avec sa fonction juridictionnelle qui inspire la jurisprudence constitutionnelle (B).

A) La force compréhensive des travaux préparatoires du Conseil d'État sur les révisions constitutionnelles sous la Ve République

Les travaux préparatoires posent les linéaments des révisions constitutionnelles ultérieures (1) et permettent de comprendre l'avis négatif sur la révision de 1962 réalisée par le pouvoir constituant (2).

1°) La présentation par les travaux préparatoires des grands enjeux constitutionnels de la Ve République

Les travaux préparatoires sont un éclairage sur l'évolution que connaîtront les pouvoirs par des révisions constitutionnelles sous la Ve République. Quelques illustrations, durant les débats au Conseil d'État, sur le Conseil constitutionnel, le Parlement, les liens entre le Premier ministre et le président de la République ainsi que le peuple, annoncent des problématiques constitutionnelles présentes dans les révisions ultérieures.

Concernant le Conseil constitutionnel, les débats en Assemblée générale, sont une source pour comprendre l'instauration du contrôle *a posteriori* de constitutionnalité. Les conseillers d'État Lefas et Heilbronner voient dans ce nouveau contrôle de constitutionnalité un moyen de perfectionner le système par une voie concrète. Au moment d'un litige, des inconstitutionnalités peuvent émerger alors qu'elles n'ont pas été détectées dans le contrôle *a priori*. Cette proposition suscitera un mouvement de protestation dans l'Assemblée et un appel à la prudence du vice-président Cassin qui, sans évincer l'hypothèse un jour d'un contrôle *a posteriori*, préfère essayer d'abord par la voie *a priori*.[715] Le commissaire du Gouvernement Raymond Janot avait exprimé sa crainte en utilisant comme ultime argument en défaveur de cette exception d'inconstitutionnalité le risque du gouvernement des juges.[716] Les arguments au

[715] DPC, *Volume III, op. cit.*, p. 376 : « M. Lefas. […] Il y a longtemps que la doctrine a réclamé un contrôle de la constitutionnalité des lois, et il est peut-être dommage que l'on n'aille pas jusqu'au bout du système. Je crois que le système qui ne comporte pas un examen de la constitutionnalité des lois, par voies d'exception, est forcément incomplet. Car ce n'est pas avec le délai très court imparti au président de la République, au premier ministre et au président de l'une ou l'autre Assemblée, c'est-à-dire le délai de quinze jours qui peut être réduit dans le cas de promulgation d'urgence, que l'on peut s'attendre à un contrôle sérieux de la constitutionnalité des lois […].
M. le président. Nous allons faire une innovation, je serais d'avis qu'elle reste prudente. Jusqu'ici, les grands conflits entre les juridictions, d'une part, les gouvernements et les autres Pouvoirs publics, d'autre part, n'ont pas tourné à la faveur des juridictions, et le tempérament de notre pays n'y porte pas beaucoup. Avant de créer un grand système, il serait peut-être désirable de faire un essai.
M. Lefas. Dans mon esprit, il ne s'agissait pas de tout de permettre aux juges de contrôler la constitutionnalité des lois, il pourrait s'agir de deux questions préjudicielles qui seraient renvoyées… (*Protestations dans l'assemblée*.)
M. le président. L'exception d'inconstitutionnalité.
M. Lefas. Dans des conditions extrêmement limitées pour éviter des sanctions.
M. le président. Je ne saurais trop recommander la prudence ».

[716] *Ibid.*, P. 349 : « M. Lefas. Il n'y a pas d'exception à la constitutionnalité d'une loi. Comme je partage le sentiment de M. Heilbronner, je crois que, très souvent, c'est à l'occasion d'un litige qu'apparaît

moment de la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 n'ont pas été d'une autre teneur que ceux-ci. En 1958, le Conseil d'État sent que le moment n'est pas venu d'accorder un pouvoir considérable au juge. Les voies dissidentes dans le Conseil d'État annoncent une avancée des droits du peuple en démocratie, par l'affermissement du contrôle de constitutionnalité des lois, et le Conseil d'État se conserve, en évitant sous couvert du Gouvernement des juges, un conflit ouvert avec les autres pouvoirs. L'influence du légiste est conservatrice, du pouvoir juridictionnel et par voie de conséquence de lui-même, et futuriste, avec les tentatives d'instauration de l'exception d'inconstitutionnalité jusqu'à celle réussie de 2008. Le Conseil rappellera dans son rapport public, au titre de l'année 2008, qu'il a déjà rendus deux avis favorables en 1990 et en 1993 sur l'instauration du mécanisme de l'exception d'inconstitutionnalité.[717] L'influence diachronique du Conseil d'État est mise au service de sa contribution synchronique.

La revalorisation du Parlement, érigée comme un des axes fondamentaux par le rapport Balladur, est un enjeu constant que les travaux du Conseil d'État éclairent. L'essentiel du travail des parlementaires se réalise en commission, c'est donc en ce lieu que la réécriture de texte peut prospérer le plus sereinement. La discussion sur ce qui deviendra l'article 42 de la Constitution, en ce qu'elle oblige la discussion en séance du projet de loi, tel qu'il est déposé par le Gouvernement, et non du texte avec les éventuelles modifications de la commission parlementaire saisie au fond, est un instrument puissant de contrôle par le Gouvernement de la procédure législative. Cela n'interdit pas au Gouvernement de reprendre à son compte les suggestions des parlementaires en commissions : cette précision à une question d'un conseiller d'État démontre le souci de collaboration, mais aussi l'attachement à ne pas déposséder excessivement le Parlement.[718] L'article 17 de la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008[719] fait par principe du texte adopté par la commission compétente celui qui est présenté en séance, sauf si la commission en décide autrement où n'apporte aucune modification au texte gouvernemental, et sauf dans le cas des projets de révision constitutionnelle, des projets de loi de finances et des projets de loi de financement de la sécurité sociale. L'assouplissement modeste donné en Assemblée générale du Conseil d'État, par la possibilité pour le Gouvernement de reprendre certaines modifications de la commission, se poursuit par la révision constitutionnelle de 2008 qui rend, dans l'examen des textes, le Parlement presque maître chez lui.

Le nœud gordien du droit constitutionnel sous la Ve République du lien entre le Premier ministre et le président de la République est résumé par une intervention de Raymond Janot :

---

l'inconstitutionnalité d'uns disposition. M. Janot, *commissaire du Gouvernement*. On se lance dans une histoire extraordinaire, qui est le Gouvernement des juges ! ».

[717] EDCE, n° 60, Vol. 2, p. 63 : « Comme il l'a déjà fait à deux reprises, en 1990 et en 1993, il a émis un avis favorable à l'institution d'un contrôle de la constitutionnalité des lois par voie d'exception (article 61-1 de la Constitution) ».

[718] DPC, *Volume III, op. cit.*, p. 344 : « M. Join Lambert. Je voudrais savoir quelle est la portée exacte de l'article 37, premier alinéa. Est-ce le texte primitif du Gouvernement ? En d'autres termes, le Gouvernement ne peut-il pas, au cours de la procédure, à la suite des observations de la commission compétente, se rallier au texte de la commission qui devient à ce moment-là le texte du Gouvernement ? M. Solal-Céligny, *rapporteur*. Si ! »

[719] JORF, 24 juil. 2008, p. 11890.

« le chef de l'exécutif est le premier ministre ».[720] Même si le Constitution est susceptible de plusieurs interprétations, il n'en demeure pas moins que la présidentialisation du régime, avec un rôle d'arbitre actif, tel qu'il est pensé en 1958, ne correspond plus à la réalité. Cette duplicité qui entoure les relations entre le président et le Premier ministre alimentera le rapport Balladur, de 2007, qui aspirait à mieux repartir les responsabilités entre les deux organes.[721] Un retour aux travaux du Conseil d'État s'imposera pour trouver un nouvel équilibre constitutionnel dans le pouvoir de gouvernement, au-delà du pouvoir gouvernemental.

Les travaux du Conseil d'État en 1958 sont symptomatiques du peu de place du peuple dans l'exercice du pouvoir en démocratie. Le débat en Assemblée générale autour du futur article 11 de la Constitution, dont l'utilisation est tombée en désuétude, annonce, autour d'une discussion de droit comparé, l'instauration du référendum d'initiative partagée en 2008.[722] Les travaux du Conseil d'État en 1958 posent les grands enjeux constitutionnels de la Ve République, il convient donc de s'y référer pour comprendre mieux les révisions de la Constitution à venir. L'influence en question du Conseil d'État peut être qualifiée de mineure car, en dépit de la publicité du troisième volume en 1991, elle ne s'adresse qu'aux juristes accoutumés de la technique du juge-conseiller. Les débats en Commission constitutionnelle et en Assemblée générale sont une source inégalée pour comprendre la résistance du Conseil d'État à la révision constitutionnelle de 1962 qui instaure l'élection du président de la République au suffrage universel direct.

2°) La vaine résistance du Conseil d'État face à l'anéantissement de l'équilibre constitutionnel par la révision de 1962

La révision constitutionnelle, issue de la loi constitutionnelle n° 62-1292, instaurant l'élection du président de la République au suffrage universel direct, est la modification des mots écrits de la Constitution qui bouleverse les rapports entre les pouvoirs. Le référendum du 28 octobre 1962 est une révision illégale de la Constitution : c'est ce que le Conseil d'État a souligné dans son avis du 1er octobre 1962. Ledit avis n'a pas été publié, mais il se trouve qu'il pose la même question de droit que l'avis du 17 mars 1969, ce dernier ayant lui été publié.[723] Le Conseil en

[720] *Ibid*., p. 372.

[721] Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la Ve République, Une Ve République plus démocratique, https://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/074000697.pdf ; p. 10 « La clarification des responsabilités au sein du pouvoir exécutif suppose une définition aussi nette que possible des rôles respectifs du Président de la République et du Gouvernement, dirigé par le Premier ministre ».

[722] DPC, *Volume III, op. cit*., p. 314 : « M. le président. Actuellement, en Suisse, il y a une régression du penchant pour le référendum, du référendum provoqué par un certain nombre de citoyens. Je ne sais pas si, au moment où nous introduisions l'institution chez nous, nous devons le faire d'une manière massive ou s'il ne faut pas mieux agir avec un certains discernement ».

[723] Centre National de la Recherche Scientifique, *Le Conseil d'État, son histoire à travers les documents d'époque*, 1799-1974, 1974, Éditions du Centre National de la Recherche Scientifique, p. 900 : « Cet avis n'a pas été rendu public, mais ses motifs, connus à l'époque par des indiscrétions, le sont aujourd'hui avec certitude grâce à la publication de l'avis formulé en 1969 par le Conseil d'État sur le projet de loi référendaire concernant les régions et le Sénat, qui soulevait le même problème juridique ».

1969 rappelle sa consultation de 1962 et avance que la révision de la Constitution ne peut que passer par les dispositions de l'article 89 de la Constitution.[724]

À propos de cette impossibilité de révision de la Constitution par le référendum, il est possible de raisonner en deux temps. Dans un premier temps, l'article 11 de la Constitution rend possible l'organisation d'un projet de loi, y compris constitutionnelle, sur « l'organisation des pouvoirs publics ». L'octroi de l'onction du suffrage universel au président de la République modifie les rapports de pouvoirs dans le pouvoir de gouvernement. En tout état de cause, l'article 11 de la Constitution ne s'oppose pas, *per se*, à son utilisation pour réviser la Constitution. Dans un second temps, il faut procéder à une interprétation croisée des articles 89, 85 et 11 pour admettre que la révision de 1962 est illégale.[725] L'article 85, relatif à la communauté, prévoit expressément la possibilité de réviser la Constitution par une procédure d'exception à l'article 89 de la Constitution.[726] Ce que ne prévoit pas l'article 11, qui n'est donc pas une exception à la procédure de l'article 89. L'article 11 n'est ni la procédure de révision de la Constitution, ni une exception à celle-ci : c'est donc autre chose. Ce faisant, l'utilisation de ce dernier pour réviser la Constitution était illégale.

Cependant, l'avis du 1er octobre 1962 connaît une nuance supplémentaire à cette présentation de l'impossibilité, élémentaire, de réviser la Constitution en dehors, de ce qui est aujourd'hui, le titre XVI. En effet, ledit avis avance que l'utilisation du référendum de l'article 11 pourra créer un précédent permettant de réviser la Constitution par cette voie.[727] C'est ce que le Doyen Vedel avait peu ou prou avancé avec la mobilisation de la coutume constitutionnelle comme justifiant le principe du recours au référendum en 1969.[728]

En 1969, le Conseil d'État a modifié sa position de 1962 : après avoir admis la possibilité d'une pérennisation de la révision de la Constitution sur le fondement de l'article 11, le Conseil ne va pas retenir cet argument. Pour le légiste, le référendum de l'article 11 n'est pas une voie de révision de la Constitution : l'hypothèse du précédent constitutionnel de 1962 est anéantie par l'avis du 17 mars 1969. Ce qui est discutable dans la mesure où, entre temps, le peuple constituant a tranché sur la possibilité de l'utilisation de l'article 11, pour réviser la Constitution. En effet, *a priori* la voie du référendum est inconstitutionnelle, mais *a posteriori* le peuple sanctifie cette utilisation. Tout le paradoxe réside dans l'émergence du pouvoir

---

[724] *Ibid*., p. 917 : « Le Conseil d'État ne peut que rappeler l'avis qu'il a émis le 1er octobre 1962 et par lequel il a constaté qu'aucun projet de révision constitutionnelle ne peut être soumis au référendum que selon les règles fixées à l'article 89 de la Constitution. En l'absence de toute modification constitutionnelle intervenue depuis 1962 en ce domaine, le Conseil d'État ne peut que confier l'avis défavorable qu'il a émis précédemment ».

[725] *Contra*, P. Lampué, « *Le mode d'élection du président de la république et la procédure de l'article 11* », RDP, 1962, p. 935 : « Les articles 11 et 89 ne déterminent pas un système de règles qui s'expliqueraient l'une par l'autre et dont les champs d'application seraient distincts et complémentaires. Force est d'admettre, dès lors, que les deux articles peuvent jouer concurremment, suivant les occasions de leur mise en œuvre. L'organisation des pouvoirs publics peut être modifiée, soit par la voie de l'article 11, soit par celle de l'article 89 ».

[726] Art. 85 : « Par dérogation à la procédure prévue à l'article 89 ».

[727] S. Leroyer, *op. cit*., p. 389 : « Le Conseil d'État anticipe certains débats doctrinaux en répondant à une question qui ne lui a pas été posée : « Le précédent qui sera institué permettra ultérieurement l'emploi du référendum pour tout autre projet de révision quel qu'il soit, supprimant ainsi des garanties de stabilités constitutionnelles résultant de la procédure de l'article 89 » ».

[728] Centre National de la Recherche Scientifique, *op. cit*., p. 917.

constituant par une utilisation illégale de la norme constitutionnelle. Le peuple qui est intervenu en 1962 n'est pas constitué, car il ne rentre pas dans les formes juridiques de la Constitution ; il est donc constituant, par une révolution juridique, et source d'une nouvelle légalité.[729] Cette nouvelle règle de droit consiste dans la possibilité, pour le président de la République, de soumettre au peuple par la procédure du référendum de l'article 11 un projet de loi constitutionnelle si celui-ci entre dans les trois matières de l'article susmentionné. Le peuple qui interviendrait sur ce fondement ne sera plus constituant mais constitué, en vertu de la volonté constituante de ce même peuple sublimé en 1962.

Les études et documents du Conseil d'État en 1963 ne mentionnent que subrepticement la formation administrative qui a examiné le projet de loi constitutionnelle de 1962.[730] Le relais, à la suite d'indiscrétions, du sens de l'avis du 1er octobre en 1962 dans la presse instaure la première liaison visible, pour les citoyens, entre la société et le Conseil d'État.

L'avis du 17 mars 1969 possède deux temps : le premier du sens de l'avis négatif et le second comprend des considérations constitutionnelles pour justifier ce sens négatif. La longueur du projet n'est pas adaptée à la modalité du référendum ; le Sénat est un élément de la stabilité du régime ; l'introduction de représentants de groupes d'intérêts, au Sénat, avec un pouvoir de décision est dangereuse.[731] Ces deux temps démontrent que le Conseil d'État ne se limite pas à désigner la bonne procédure de révision, mais il dispense aussi des considérations politiques à l'appui de son avis juridique. Cette position sur la refondation du Sénat par les corporations justifie diachroniquement l'avis favorable du Conseil d'État au projet de loi constitutionnelle pour une démocratie plus représentative, responsable et efficace, en ce qu'il comprend une chambre citoyenne, qui représente globalement des corporations, sans pouvoir de décision. Par ses avis de 1962 et 1969, le Conseil d'État participe à la révision de la Constitution en utilisant infructueusement sa faculté de résistance.

L'avis négatif du 1er octobre 1962 se comprend à l'aune de la remarque hauriouiste sur la centralité de l'équilibre en matière de politique constitutionnelle. La loi constitutionnelle n° 62-1292 du 6 novembre 1962 en procédant à l'introduction du suffrage universel, comme source de la fonction présidentielle, modifie les rapports entre les pouvoirs.[732] Tous les travaux préparatoires de 1958, avec une duplicité sous-jacente, refusent la supériorité hiérarchique du président de la République sur le Premier ministre et posent ce dernier, comme dans tout régime parlementaire, en moteur de l'Exécutif. Quatre ans plus tard, tout l'équilibre subtil du pouvoir

---

[729] P. Montané de la Roque, *Écrits politiques et constitutionnels*, Presses de l'Institut d'études politiques de Toulouse, 1982, p. 101 : « Il est certain qu'une modification irrégulière d'une Constitution peut apparaître comme révolutionnaire sur le plan juridique. Le Pouvoir originaire est ainsi un pouvoir constituant qui n'est limité par aucune règle de droit et dont la finalité consiste à secréter de nouvelles règles de droit ».

[730] EDCE, n° 17, 1963, p. 144 : « Au cours de cette année judicaire, deux commissions spéciales ont été constituées par le Vice-Président : l'une le 27 septembre 1962 pour l'examen du projet de loi relatif à l'élection du Président de la République au suffrage universel, soumis au référendum du 6 novembre 1962 ».

[731] Centre National de la Recherche Scientifique, *op. cit.*, p. 918.

[732] S. Leroyer, *op. cit.*, p. 390 : « Il ne s'agit pas de dire qu'il est opposé, dans l'absolu, à l'élection du président de la République au suffrage universel direct, ou qu'il prend parti pour ou contre le régime parlementaire. Simplement, il souligne que la Constitution est porteuse d'un certain équilibre, et qu'une telle mesure est de nature à le compromettre ».

de gouvernement pensé en un *modus vivendi* est remis en cause par la concentration dans le président de la République d'une légitimité démocratique que même le Parlement ne peut égaler. Chemin faisant, la relation entre le Premier ministre et le président de la République est bouleversée, au même titre que les rapports entre ceux-ci et le Parlement. L'avis négatif du Conseil d'État, le 1er octobre 1962, peut se comprendre par cette volonté suprême de ne pas déséquilibrer les rapports entre les pouvoirs dans le pouvoir de gouvernement. À cette force compréhensive des travaux préparatoires qui, pour reprendre l'expression phare de Paul Ricœur, servent à « *expliquer plus pour comprendre mieux* » la révision de la Constitution, s'en ajoute une seconde avec la jurisprudence du Conseil d'État.

B) Le Conseil d'État source d'inspiration de la jurisprudence relative à la Constitution

La jurisprudence Conseil d'État peut s'analyser comme une concrétisation d'une révision constitutionnelle (1), tout comme elle peut, tout en étant reprise par le Conseil constitutionnel, procéder à une interprétation constructive de la Constitution (2).

1°) Le pouvoir, du Conseil d'État, de concrétisation jurisprudentielle d'une révision constitutionnelle

Le Conseil d'État au contentieux va utiliser sa faculté de concrétisation de la révision constitutionnelle de 1962 qui est le point de départ d'une présidentialisation de la Ve République. De prime abord, la Haute juridiction intervient en fonction d'une compétence administrative en la matière car la Constitution, en dehors du cas du contrôle *a posteriori* de constitutionnalité prévu à l'article 61-1, ne connaît pas de disposition relative au Conseil d'État en tant que juridiction. L'article L. 111-1 du Code de justice administrative prévoit la compétence juridictionnelle de la Haute juridiction.[733]

Le Conseil d'État possède un pouvoir de concrétisation d'une révision constitutionnelle par ses jurisprudences. Le cas des règlements autonomes et celui des décrets signés en Conseil des ministres sont illustratifs de la continuation de la participation au pouvoir de révision, par l'activité contentieuse. D'une part, la décision Syndicat général des ingénieurs-conseils de 1959 est une illustration du pouvoir qu'à le juge administratif sur l'encadrement juridique des règlements autonomes, en ce que ceux-ci doivent se conformer aux exigences législatives et aux principes généraux du droit dans lesquels ils s'inscrivent.[734] Assurément, le Conseil d'État interprète de façon restrictive l'autonomie desdits règlements, et ceci dans le droit fil de ses

[733] Art. L. 111-1, CJA : « Le Conseil d'État est la juridiction administrative suprême. Il statue souverainement sur les recours en cassation dirigés contre les décisions rendues en dernier ressort par les diverses juridictions administratives ainsi que sur ceux dont il est saisi en qualité de juge de premier ressort ou de juge d'appel ».

[734] CE, 26 juin 1959, n° 92099, Syndicat général des ingénieurs-conseils : « Sur la légalité du décret attaqué : Considérant que le 25 juin 1947, alors que n'avait pas pris fin la période transitoire prévue par l'article 104 de la Constitution du 27 octobre 1946, le Président du Conseil des Ministres tenait de l'article 47 de ladite Constitution le pouvoir de régler par décret, dans les territoires dépendants du Ministère de la France d'Outre-Mer, en application de l'article 18 du senatus-consulte du 3 mai 1854, les questions qui, dans la métropole, ressortissaient au domaine de la loi ; que, dans l'exercice de ces attributions, il était cependant tenu de respecter, d'une part, les dispositions des lois applicables dans les territoires d'outre-mer, d'autre part, les principes généraux du droit qui, résultant notamment du préambule de la constitution, s'imposent à toute autorité réglementaire même en l'absence de dispositions législatives ».

réserves durant l'élaboration sur cette nouvelle catégorie des règlements autonomes.[735] La résistance du légiste constitutionnel s'achève par celle du juge. D'autre part, la jurisprudence Sicard 1962, qui se situe six mois avant la loi constitutionnelle n° 62-1292, relève de la conceptualisation, que s'est fait le Conseil d'État durant l'élaboration en Commission constitutionnelle et en Assemblée générale, des relations entre le Premier ministre et le président de la République.[736] Celui qui possède la compétence la plus large dans l'Exécutif est le Premier ministre. La décision du 27 avril 1962, fait de la signature du président de la République une formalité surabondante sur un décret qui n'est pas pris en Conseil des ministres, dans la mesure où le Premier ministre a signé l'acte administratif en question.[737] Cette jurisprudence démontre que l'autorité est du côté du Premier ministre qui a la direction de la politique nationale.

La jurisprudence Syndicat autonome des enseignants de médecine de 1987, rend nécessaire le contreseing des ministres chargés de l'exécution sur un décret délibéré en Conseil des ministres. L'expression « ministres chargés son exécution », présente dans la décision de 1987, signifie que le décret, bien que délibéré en Conseil des ministres, se rattache à l'article 22 de la Constitution qui prévoit le pouvoir règlementaire du Premier ministre.[738] La signature du président de la République dudit décret, qui n'exigeait pas d'être délibéré en Conseil des ministres mais qui l'a pourtant été, ne suffit pas à sa validité.[739]

Avec la décision Meyet du 10 septembre 1992, le Conseil d'État opère un revirement de jurisprudence en ce qu'elle oblige pour tout décret délibéré en Conseil des ministres, que cette délibération soit une exigence ou non, soit signé par le président de la République.[740] Le chef de l'État voit donc sa compétence juridique considérablement s'accroître dans la mesure où il

---

[735] S. Leroyer, *op. cit.*, p. 439 : « Par l'arrêt Syndicat des ingénieurs conseils, le Conseil d'État parachève au contentieux la neutralisation de l'innovation constitutionnelle qu'il avait déjà entamée au consultatif en août 1958. Il avait alors exigé l'insertion du dernier alinéa de l'article 34, qui prévoit la possibilité d'étendre le domaine de la loi par le biais d'une loi organique. Six mois après l'entrée en vigueur de la Constitution de 1958, au contentieux, il abaisse le nouveau pouvoir règlementaire autonome au rang de pouvoir d'exécution des lois ».

[736] *Cf. Supra*.

[737] M. Lascombe, X. Vandendriessche, C. de Gaudemont, *Code constitutionnel et des droits fondamentaux*, Dalloz, 2018, p. 480 : « Un décret signé par le Président de la République alors qu'il n'a pas été soumis au Conseil des ministres, doit être considéré comme un décret pris sous la seule autorité du Premier ministre, conformément à l'art. 21 Const. Dès lors que celui-ci l'a également signé ».

[738] L'article 22 de la Constitution, relatif au pouvoir règlementaire du Premier ministre, convoque la contresignature des « ministres chargés de leur exécution » alors que l'article 19 de la norme fondamentale exige le contreseing des « ministres responsables ». La mention dans la décision de 1987 des « ministres chargés son exécution » renvoie au pouvoir règlementaire du Premier ministre.

[739] CE, 16 oct. 1987, n° 57895, 58715, 58760, 58761, 63579, 87379, Syndicat autonome des enseignant de médecine : « Considérant que le décret statutaire attaqué, pris en application des dispositions susrappelées de l'article 8 de l'ordonnance du 30 décembre 1958, qui n'exigent pas l'intervention du conseil des ministres, devait être, alors même qu'il a été délibéré en conseil des ministres et signé par le Président de la République, contresigné par les ministres chargés de son exécution ».

[740] CE, 10 sep. 1992, n° 140376, 140377, 140378, 140379, 140416, 140417, 140832, Meyet : « Considérant, d'une part, qu'aux termes de l'article 13 de la Constitution : "Le Président de la République signe les ordonnances et les décrets délibérés en conseil des ministres" ; qu'aux termes de l'article 21 : "Le Premier ministre dirige l'action du gouvernement ... Sous réserve des dispositions de l'article 13, il exerce le pouvoir réglementaire" ; que les décrets attaqués ont été délibérés en conseil des ministres ; que, par suite, et alors même qu'aucun texte n'imposait cette délibération, ils devaient être signés, comme ils l'ont été, par le Président de la République ».

peut attraire n'importe quel acte règlementaire relevant de la compétence du Premier ministre, grâce à sa maitrise de l'ordre du jour du Conseil des ministres. Le revirement de jurisprudence opère un accroissement de la compétence règlementaire du président de la République sur trois points ; le président de la République peut évoquer toute question règlementaire en Conseil des ministres ; le décret pris en Conseil des ministres peut prévoir la prise de décrets en Conseil des ministres sur son fondement pour son application[741] ; la prise d'un décret en Conseil des ministres implique un parallélisme des formes qui nécessite un autre décret en Conseil des ministres pour abroger l'acte, ou le modifier si la modification n'a pas été renvoyée à un décret du Premier ministre ou un arrêté ministériel.

Ce raffinement administratif de la ventilation du pouvoir du réglementaire dans l'Exécutif s'analyse comme une concrétisation jurisprudentielle de la révision constitutionnelle de 1962, qui donne une légitimité et un poids politique plus importants au président de la République qu'au Premier ministre. Le Conseil d'État met donc en œuvre, trois décennies après, l'un des changements majeurs du droit constitutionnel. Le droit administratif, par sa jurisprudence, donne les moyens au chef de l'État d'agir, non sans quelques attachements au système parlementaire qui fait du Premier ministre la tête forte de l'Exécutif. Force est de constater qu'application et modification forme un couple indissociablement lié.[742] À cette influence jurisprudentielle, sur une révision de la Constitution, qui se déroule sous la Ve République s'ajoute une autre entre les Républiques.

2°) La reprise *praeter constitutionem* par le Conseil constitutionnel de la jurisprudence du Conseil d'État sur le pouvoir réglementaire

Si sur le plan formel la distinction entre la révision et la modification de la Constitution est aisée, dans la perspective de la théorie réaliste de l'interprétation, la frontière devient plus ténue : c'est plus la signification de l'énoncé, dégagée par le juge, que l'énoncé lui-même qui importe.[743] Cette étude, placée sous le signe du dialogue entre juges constitutionnels, se trouve donc aux confins du sujet porté à l'étude. Ces juges échangent, dans une perspective d'administrativisation du droit constitutionnel, sur le pouvoir de police administrative dans la dyarchie exécutive.

La sélection de la jurisprudence du Conseil d'État sur le pouvoir règlementaire s'explique parce que la règlementation de la compétence administrative est une spécialité séculaire du juge administratif. La décision Labonne prise sous la IIIe République, maintenue jusque sous la Ve

---

[741] *Ibid*. : « Considérant, d'autre part, que le décret n° 92-771 du 6 août 1992 portant organisation du référendum, qui a été adopté dans les conditions ci-dessus rappelées, a pu légalement renvoyer, en ce qui concerne tant les règles relatives à la campagne que les aménagements nécessaires à son application dans les territoires d'outre-mer et les collectivités territoriales de Mayotte et Saint-Pierre-et-Miquelon, à d'autres décrets en conseil des ministres ».

[742] D-G. Lavroff, « *La Constitution et le Temps », in Mélanges en l'honneur de Philippe Ardant, Droit et politique à la croisée des cultures,* LGDJ, 1999, p. 221 : « L'application de la Constitution est un moyen pour en modifier le contenu ».

[743] M. Troper, *La théorie du droit, le droit, l'État*, PUF, 2001, p. 71 : « Cette théorie réaliste peut se résumer en trois propositions principales : 1 / l'interprétation est une fonction de la volonté et non la connaissance ; 2/ elle n'a pas pour objet des normes, mais des énoncés ou des faits ; 3/ elle confère à celui qui l'exerce un pouvoir spécifique ».

République, est une illustration manifeste du caractère diachronique de l'influence du Conseil d'État. Le juge administratif et le Conseil constitutionnel entretiennent des liens méthodologiques, le nouveau juge a repris le savoir-faire de son devancier, et objectif, en ce que les deux juges ont pour norme de référence notamment la Constitution. Celle-ci fonde puissamment le pouvoir administratif sous la Ve République[744] : l'influence jurisprudentielle du Conseil d'État par l'arrêt emblématique précité, qui ne saurait temporellement changer l'énoncé constitutionnel en modifie tout de même le sens.

Par la jurisprudence Labonne du 8 août 1919, le Conseil d'État considère que le Chef de l'État dispose d'un pouvoir de police administrative générale qui s'exerce en dehors de toute habilitation législative, sur tout le territoire.[745] Le juge fonde cette compétence sur la loi constitutionnelle du 25 février 1875. L'année précédente la décision Heyriès,[746] estima sur le même fondement constitutionnel, que le Président de la République dispose d'une compétence juridique pour assurer la bonne application des lois.[747] Le maintien de cette jurisprudence sous la Ve République doit donc s'analyser à l'aune des articles 13, 21 et 34 de la Constitution, qui traitent réciproquement du pouvoir règlementaire du président de la République, du Premier ministre et de la compétence du législateur pour règlementer les limites aux libertés publiques. Aucune de ces dispositions constitutionnelles ne prévoit l'existence d'un pouvoir de police administrative générale pour le président de la République ou le Premier ministre. Pourtant, le Conseil d'État, en plus de maintenir sa jurisprudence de 1919, l'a élargie au Premier ministre dès 1960.[748] Comme l'écrivait le Doyen Favoreu, « Le Conseil d'État s'est toujours fait une certaine idée du pouvoir règlementaire. Et ce n'est pas une constitution nouvelle qui peut l'en faire changer ».[749]

Le Conseil constitutionnel, par deux décisions de 1987 et 2000, est venu reprendre cette jurisprudence concernant les pouvoirs propres du chef du Gouvernement.[750] Cette importation

---

[744] *Cf. Supra*.

[745] CE, 8 août 1919, n° 56377, Labonne : « Considérant que, si les autorités départementales et municipales sont chargées par les lois, notamment par celles des 22 décembre 1789-janvier 1790 et celle du 5 avril 1884, de veiller à la conservation des voies publiques et à la sécurité de la circulation, il appartient au Chef de l'État, en dehors de toute délégation législative et en vertu de ses pouvoirs propres, de déterminer celles des mesures de police qui doivent en tout état de cause être appliquées dans l'ensemble du territoire, étant bien entendu que les autorités susmentionnées conservent, chacune en ce qui la concerne, compétence pleine et entière pour ajouter à la réglementation générale édictée par le Chef de l'État toutes les prescriptions réglementaires supplémentaires que l'intérêt public peut commander dans la localité ».

[746] B. Stirn, « Constitution et droit administratif », CAHIERS DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL N° 37, 2012, https://www.conseil-constitutionnel.fr/node/1512/pdf, p. 4 : « La décision *Heyriès* du 28 juin 1918, qui développe la théorie des circonstances exceptionnelles, anticipe d'une certaine manière sur l'article 16 de la Constitution ».

[747] CE, 28 juin 1918, n° 63412, Heyriès : « Vu la loi du 25 février 1875 […] Considérant que, par l'article 3 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875, le Président de la République est placé à la tête de l'Administration française et chargé d'assurer l'exécution des lois ».

[748] CE, 13 mai 1960, SARL « Restaurant Nicolas », Lebon 324 ; CE, 2 mai 1973, n° 81861, Associations cultuelles des israélites nord-africains de Paris : « Il appartient au Premier ministre, en vertu de ses pouvoirs propres, d'édicter des mesures de police applicables à l'ensemble du territoire et tendant à ce que l'abattage des animaux soit effectué dans des conditions conformes à l'ordre public, à la salubrité et au respect des libertés publiques ».

[749] L. Favoreu, « *Le Conseil d'État, défenseur de l'Exécutif* », *in Mélanges Boulouis*, Dalloz, 1999, p. 247.

[750] CC, 20 févr. 1987, n° 87-149 L, Nature juridique de dispositions du code rural et de divers textes relatifs à la protection de la nature, consid. 7 : « Considérant que si l'article 34 de la Constitution n'a pas retiré au chef du Gouvernement les attributions de police générale qu'il exerçait antérieurement, en vertu de ses pouvoirs propres et

opérée par le Conseil constitutionnel s'analyse comme une interprétation constructive de la Constitution qui ne prévoit en aucun cas lesdits pouvoirs propres. Aussi, les décisions de 1987 et 2000 sont une reprise, non pas en toute rigueur, de la jurisprudence Labonne, mais de celles relatives au Premier ministre. La décision de 1919 du Conseil d'État est donc encore la jurisprudence constitutionnelle en vigueur sur la compétence en matière de police administrative générale du président de la République. La construction du pouvoir gouvernemental, dans lesquels se situe le pouvoir administratif, d'une édification durant l'élaboration se trouve concrétisée par la jurisprudence constitutionnelle des deux juges.

L'essor de la question prioritaire de constitutionnalité mérite quelques observations. Ce nouveau contentieux depuis la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008, relativement au Conseil d'État, ne saurait être compris comme une révision de la norme fondamentale, par la voie de l'interprétation de certaines dispositions constitutionnelles, portant sur des droits et libertés que la Constitution garantit, à l'occasion de l'examen du caractère sérieux de l'inconstitutionnalité soulevée. Il s'agit plus d'une proximité d'un des objets de l'écriture de la Constitution avec l'objet du contentieux constitutionnel *a posteriori* : tous deux concourent à la garantie des droits. L'idée maîtresse du légiste dans l'élaboration et la révision de la Constitution est la construction démocratique du pouvoir de l'État : la protection jurisprudentielle des droits concrétise cette volonté démocratique.

Conclusion Section 2

L'influence diachronique du Conseil d'État, sur la révision de la Constitution, est traversée par une richesse des outils. Le légiste dispose d'un panel large de compétences administratives en amont et en aval d'une loi constitutionnelle. La particularité de cette contribution à contre temps du Conseil d'État est qu'elle est exclusivement à son initiative.

Le Conseil dispose d'un pouvoir *a priori* et sollicitation d'une révision constitutionnelle et *a posteriori* d'une faculté de critique constructive de la nouvelle législation constitutionnelle pour l'améliorer. Cette participation double est toujours conduite, au besoin, par des résistances à l'utilisation de la procédure de révision. Les études et documents du Conseil d'État sont une inépuisable source de recommandations aux Pouvoirs publics. Le rapport public sur la sécurité juridique de 2006 est clairement une source d'inspiration du projet de loi constitutionnelle de 2018. Les études annuelles, tout comme les études thématiques issues de conférences, permettent de penser un sujet au cœur de l'État. La Haute juridiction va intellectualiser la question de la révision de la Constitution, là où les politiques auraient tendance à l'instrumentaliser à des fins de communication.

---

en dehors de toute habilitation législative, l'institution d'une police spéciale de la chasse met en cause les principes fondamentaux du régime de la propriété » ; CC, 20 juil. 2000, n° 2000-434 DC, Loi relative à la chasse, consid. 19 : « Considérant que l'article 34 de la Constitution ne prive pas le chef du Gouvernement des attributions de police générale qu'il exerce en vertu de ses pouvoirs propres et en dehors de toute habilitation législative ».

L'intellectualisation du changement des mots écrits de la Constitution, à l'occasion de compétences consultatives, repose sur la dualité fonctionnelle du Conseil d'État. Le conseiller-juge convoque ses méthodes administratives et sa jurisprudence.

Une des matières fondamentales de l'influence du Conseil d'État sur la révision constitutionnelle est le droit de l'Union européenne, qui lui a permis de rendre plusieurs avis sur des question du Gouvernement, tenant à savoir s'il fallait réviser la Constitution à cause du risque d'incompatibilité avec le droit communautaire. Ainsi, la contribution de Haute juridiction est ferrée dans les rapports de systèmes, ce qui n'a pas manqué de susciter, à l'occasion de sa consultation, un dialogue de juges.

Le remarquable constat de la continuité des révisions de la Constitution amène à penser une révision avec l'autre. Pour ne prendre que la plus importante, la révision de 1962 détermine toutes les suivantes car elle reconfigure les rapports des pouvoirs. Ce *continuum* constituant des révisions remonte en dernier ressort à la toute première. Les débats, notamment au Conseil d'État, représentent une somme constitutionnelle considérable pour comprendre le régime et suivre ses évolutions.

Ce traitement diachronique se termine par la présentation de l'influence de la jurisprudence du Conseil d'État, qui sans réviser *stricto sensu* la Constitution, en modifie la portée. Les décisions du juge peuvent s'analyser comme une concrétisation du travail du conseiller dans la révision constitutionnelle.

Conclusion Chapitre 2

Le caractère diachronique et synchronique de l'influence du Conseil d'État sur la révision de la Constitution permet à ce dernier d'allier au conseil de la procédure de l'article 89, un pouvoir de sollicitation en amont et une faculté de critique en aval. Ces deux moments répondent de la même dialectique entre la participation et la résistance. L'avis sur le projet loi constitutionnelle sur l'organisation décentralisée de la République de 2003 est la manifestation la plus forte de la résistance du Conseil d'État dans la révision constitutionnelle envisagée par le Gouvernement.

La Haute institution jouit de larges compétences tant administratives que constitutionnelle pour influer sur l'écriture de la norme fondamentale. Tous les outils dont dispose le Conseil d'État, à savoir ses rapports publics, études thématiques, avis sur le fondement de l'article 39 de la Constitution et avis sur une question du Gouvernement, sont mobilisés pour influencer la révision de la norme suprême. L'utilisation des compétences administratives dans l'institution de la révision constitutionnelle est une manifestation de l'administrativisation du droit constitutionnel. Le prolongement de la compétence de l'article 39 de la norme fondamentale, par des compétences administratives, illustre la concrétisation du droit constitutionnel par le droit administratif.

L'annonce présidentielle de 2015 sur la publication des avis du conseiller n'est pas le point de départ de la publicité du rôle du Conseil d'État dans la révision de la Constitution. Cette influence synchronique par la compétence constitutionnelle de l'article 39 a trouvé pour la première fois une manifestation dans les débats sur la loi constitutionnelle n° 60-525. Après un certain passage à vide, le renouveau de la modification des mots écrits de la Constitution par le droit communautaire, suscita des comptes-rendus analytiques dans ses rapports publics. Tout comme la publication de l'avis sur les questions du Gouvernement sur le droit d'asile, et ensuite sur le mandat d'arrêt européen. La tendance s'orientait, dans lesdits rapports, vers une analyse de plus en plus détaillée sur chaque révision. La publication des avis de l'article 39 de la Constitution est donc dans la parfaite continuité de la publicité de l'influence du Conseil d'État.

Cette publicité des avis du Conseil d'État, sur la scène politique et sociale, loin de blesser sa faculté de résistance la refonde. La publication totale des travaux du Conseil d'État, surtout dans ses avis fondés sur l'initiative législative, accouche d'une transparence mesurée. Il y a une part d'incommunicable, sous les auspices de la raison d'État, y compris dans la transparence constitutionnelle.

Assurément, il existe un certain parallélisme entre la révision élaboratrice et les révisions ultérieures. Les objets des mots écrits de la Constitution demeurent : la garantie des droits et la séparation des pouvoirs. Le principe reste la recherche de l'équilibre constitutionnel, dans un prisme libéral, pour ne pas mettre à même un pouvoir de dominer les autres.

La révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 créée une rencontre manquée entre le Parlement et le Conseil d'État dans le cadre des propositions de lois constitutionnelles. Aucune d'entre elles n'a abouti sous la Ve République. Le Conseil d'État est toujours, en pratique, le conseiller

de l'Exécutif en matière de révision de la Constitution. Ce qui s'inscrit dans la continuité de sa relation forte, durant l'élaboration, avec le Gouvernement et faible avec le Comité consultatif constitutionnel. Dans sa participation à la révision constitutionnelle le Conseil d'État fait montre d'une méthode téléologique qui dénote l'attachement à la volonté du Gouvernement. Tout comme dans l'élaboration, le conseiller s'autolimite pour mieux exerce son office juridique. L'épanouissement total du Conseil d'État, dans l'institution incorporée de la révision constitutionnelle, fait du conseiller-juge un rouage essentiel du pouvoir constituant.

Conclusion générale

Matériellement, l'influence du Conseil d'État sur l'élaboration et la révision de la Constitution, relève d'un principe de participation à l'écriture de la Constitution. À cette occasion le conseiller use, le cas échéant, de sa faculté de résistance. Temporellement, le Conseil d'État exerce une emprise sur le pouvoir constituant de manière synchronique et diachronique à celui-ci.

En 1958, et dans les révisions ultérieures, le légiste a la même idée guidant sa participation au pouvoir constituant, à savoir la construction démocratique du pouvoir de l'État. L'auguste article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, par la détermination des deux objets de toute Constitution, est la clé de compréhension des domaines de l'intervention du Conseil d'État. Premièrement, la garantie des droits s'affirme dans l'influence du Conseil d'État sur l'écriture de la Constitution, par l'importation de son libéralisme dans ses fonctions juridictionnelles. Juge et conseiller ne font qu'un dans l'écriture de la Constitution. Secondement, la séparation des pouvoirs et l'équilibre qui en résulte sont au fondement de son travail constituant. La refondation du pouvoir de l'État passe par une reconfiguration équilibrée des pouvoirs de gouvernement. L'équilibre des pouvoirs, par la limitation entre eux, aboutit *in fine* à la garantie des droits.

En plus de cette idée, qui guide la participation du Conseil d'État au pouvoir constituant, le paradigme institutionnaliste permet de penser la relation entre les acteurs de la révision. La liaison intime entre l'Exécutif et le Conseil d'État n'a été élargie que timidement au Parlement. La rationalisation du parlementarisme trouve son écho dans les révisions de la Constitution de 1958, et dans sa genèse au moment de l'élaboration de celle-ci. La relation exclusive et ancestrale entre l'Exécutif et le conseiller, sous la Ve République, se noue en parallèle avec un dialogue entre le Conseil et le Parlement. L'autorité de l'expert du droit de l'État se déverse dans tout l'État.

Le surgissement de la société, à savoir l'ensemble des citoyens, dans l'institution incorporée de la révision constitutionnelle refonde celle-ci. La publication des avis sur le projet de loi constitutionnelle, bien que cela ne soit pas la première forme de publicité de l'influence du Conseil sur la révision, cultive un lien direct entre le Conseil d'État et la société. La visibilité créée a pour effet de revitaliser la place et les méthodes du légiste dans sa consultation. Un juste milieu doit être trouvé entre la déférence devant le Gouvernement et le lien direct avec le citoyen.

Malgré la forte notoriété contemporaine de la compétence constitutionnelle du Conseil, issue de l'article 39 de la norme fondamentale, il ne s'agit pas du seul levier juridique d'action sur les mots écrits de la Constitution. Les rapports publics et études sont autant de moyens pour proposer une révision constitutionnelle. Ce pouvoir de sollicitation se retrouve dans les avis sur les questions de droit du Gouvernement. Ces compétences administratives, propres au Conseil d'État, rentrent dans la matière constitutionnelle. Le juge-conseiller agit sur la modification du texte de la Constitution en tant qu'organe constitutionnel et administratif. Toutes les

compétences juridiques de la Haute juridiction sont mobilisées au service de la révision de la Constitution.

L'élaboration de la Constitution de 1958 est révélatrice de l'administrativisation du droit constitutionnel, consistant dans l'actionnement du droit constitutionnel par le droit administratif. La puissance du Conseil d'État durant l'élaboration du régime se retrouve dans le droit constitutionnel de la Ve République. La prégnance de la Haute juridiction s'inscrit dans ce mouvement d'élévation de la figure du juge dans l'ordre politique. Durant les débats en Commission constitutionnelle, le président Latournerie aura une remarque qui manifeste à elle seule le rapport du Conseil d'État à la norme constitutionnelle : « La Constitution ne restreint pas les pouvoirs du Conseil d'État ; il n'y a aucune raison de voir une restriction dans aucune de ses dispositions ».[751] Le juge-conseiller loin d'être indifférent à la norme constitutionnelle participe à sa fondation en 1958, à sa refondation à l'occasion des révisions de la Constitution et à sa concrétisation, par la jurisprudence et par les conseils de constitutionnalité relatifs à des normes infraconstitutionnelles. L'influence continue du Conseil d'État sur l'élaboration et la révision de la Constitution, se meut dans une complétude juridique au service de l'harmonie constitutionnelle.

[751] DPC, Volume III, *op. cit.*, p. 131.

Bibliographie

Ouvrages

D. Alland, S. Rials, Dictionnaire de la culture juridique, PUF, 2003, 1649p.
H. Arendt, *La condition de l'homme moderne*, Pocket, 1983, 406p.
P. Avril, *La Cinquième République, Histoire politique et constitutionnelle*, PUF, 1987, 325p.
P. Avril, J. Gicquel, J-E. Gicquel, *Droit parlementaire*, LDGJ, 2014, 398p.
F. Balaguer Callejon, S. Pinon, A. Viala, *Pouvoir constituant au XXIe siècle*, Institut Universitaire de Varenne, 2017, 240p.
O. Beaud, *La puissance de l'État*, PUF, 1994, 495p.
H. Bergson, *L'évolution créatrice*, PUF, 2018, 693p.
J. Benetti, B. Mathieu, M. Verpeaux, *Révision de la Constitution : mode d'emploi*, éd Dalloz, 2017, 94p.
J-J. Bienvenu, J. Petit, B. Plessix, B. Seiller, *La Constitution administrative de la France*, éd Dalloz, 2012, 395p.
P. Blacher, *La constitution de la Ve République*, LGDJ, 2018, 613p.
L-N. Bonaparte, *Extinction du paupérisme*, éd Pagnerre, 1844, 53p.
R. Bonnard, *Les actes constitutionnels de 1940*, LGDJ, 1942, 180p.
J. Boudon, *Manuel de droit constitutionnel, La Ve République* T2, PUF, 2016, 296p.
L-A. Bouvier, *La confection de la loi*, LGDJ, 2015, 148p.
E. Brouillet, L. Massicotte, *Comment changer une Constitution ?* PUL, 2012, 152p.
F. Burdeau, *Histoire de l'Administration française*, Montchrestien, 1993, 375p.
G. Burdeau, *L'État*, Éditions de Seuil, 1970, 204p.
G. Burdeau, *Traité de science politique, TIV, Le statut du pouvoir dans l'État*, LGDJ, 1983, 648p.
G. Burdeau, *Écrits de Droit constitutionnel et de Sciences politique*, Éditions Panthéon-Assas, 2011, p. 674p.
J. Caillosse, *L'État du droit administratif*, LGDJ, 2015, p. 384p.
J-B. Camby, P. Fraisseix, J. Gicquel, *La révision de 2008 : une nouvelle constitution*, LGDJ, 2011, 459p.
D. Chagnollaud, *1958-2008, Les 50 ans de la Constitution*, Litec, 2008, 392p.
D. Chagnollaud, B. Montay, *Les 60 ans de la Constitution*, Dalloz, 2018, 374p.
D. Chagnollaud, J-L. Quermonne, *La Ve République, 1 – Le régime politique,* Flammarion, 2000, 357p.
F. Chaltiel Terral, *Le Conseil d'État, acteur et censeur de l'action publique*, LGDJ, 2017, 296p.
B. Chantebout, *Droit constitutionnel*, Dalloz, 2014, 636p.
R. Chapus, *Droit administratif général*, t.I, Montchrestien, 2001, 1440p.
J. Chevallier, *Science administrative*, PUF, 2013, 610p.
G. Carcassonne, M. Guillaume, *La Constitution*, 2016, Points, 479p.
R. Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'État*, Dalloz, 2003, 638p.
R. Carré de Malberg, La loi expression de la volonté générale, Economica, 1984, 228p.
Centre national de la recherche scientifique, *Le Conseil d'État, son histoire à travers les documents d'époque*, 1799-1974, 1974, Éditions du centre national de la recherche scientifique, 1012p.

Commission des archives constitutionnelles de la Ve République, Archives constitutionnelles, Vol. 1, 4 octobre 1958 – 30 novembre 1958, La documentation française, 2008, 838p.
Commission nationale consultative des droits de l'Homme, *De la France libre aux droits de l'homme. L'héritage de René Cassin*, La documentation française, 2009, 209p.
V. Constantinesco, S. Pierré-Caps, Droit constitutionnel, PUF, 2016, 576p.
G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, PUF, 2014, 1099p.
J-L. Debré, *La Constitution de la Ve République*, PUF, 1975, 340p.
M. Debré, *Trois Républiques pour une France*, T2, Albin Michel, 1988, 460p.
J-M. Denquin, 1958, *La genèse de la Cinquième République*, PUF, 1988, 432p.
M. Duverger, *Constitutions et documents politiques*, PUF, 1981, 879p.
R. Drago, J. Imbert, J. Tulard, F. Monnier, *Dictionnaire biographique des membres du Conseil d'État 1799-2002*, Fayard, 2004, 987p.
J-M. Eymeri-Douzans, X. Bioy, S. Mouton, *Le règne des entourages. Cabinets et conseillers de l'exécutif*, Presses de Sciences Politiques, 2015, 875p.
A. Esmein, *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, Éd Panthéon-Assas, 2001, 1246p.
L. Favoreu, P. Gaïa, R. Ghevontian, J-L. Mestre, O. Pfersmann, A. Roux, G. Scoffoni, Droit constitutionnel, Dalloz, 2016, 1103p.
B. François, *Naissance d'une Constitution, la Cinquième République, 1958-1962*, Presses de la fondation nationale de science politique, 1996, 263p.
F. Furet, R. Halèvi, *Les grands orateurs de la Révolution française*, Gallimard, 1989, 1608p.
A. Gaillet, N. Perlo, J. Schmitz, *Le phénomène constituant : un dialogue interdisciplinaire*, Presse de l'Université Toulouse 1 Capitole, 93p.
M. Gauchet, *La Révolution des pouvoirs. La souveraineté, le peuple et la représentation. 1789-1799*, Gallimard, 1995, 288p.
Y. Gaudemet, B. Stirn, T. Dal Farra, F. Rolin, *Les grands avis du Conseil d'État*, Dalloz, 2008, 582p.
C. de Gaulle, *Mémoires de guerre et mémoires d'espoir*, Plon, 2016, 1548p.
J. Gaudechot, H. Faupin, *Les Constitutions de la France depuis 1789*, Flammarion, 2018, 524p.
P. Gonod, F. Melleray, P. Yolka, *Traité de droit administratif*, T1, Dalloz, 2011, 841p.
S. Goyard-Fabre, *L'État au XXe siècle*, Vrin, 2004, 338p.
L. Hamon, *De Gaulle dans la République*, Plon, 1958, 205p.
M. Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, Dalloz, 2015, 759p.
M. Hauriou, *Principes de droit public*, Dalloz, 2010, 734p.
M. Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public*, Dalloz, 2002, 1150p.
V. Hugo, *Napoléon le petit*, Édition l'escalier, 2013, 249p.
P. Lauvaux, A. Le Divellec, Les grandes démocraties contemporaines, PUF, 2015, 1070p.
H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, LGDJ, 1999, 367p.
H. Kelsen, *Théorie général du droit et de l'État*, LGDJ, 1997, 517p.
H. Kelsen, *La démocratie, Sa nature – Sa valeur*, Dalloz, 2004, 121p.
M-C. Kessler, *Les grands corps de l'État*, Presses de la fondation nationale des Sciences politiques, 1986, 344p.
C. Klein, *Théorie et pratique du pouvoir constituant*, PUF, 1996, 217p
J. Laferrière, *Manuel de droit constitutionnel*, Éditions Domat-Montchrestien, 1943, 807p.

La revue administrative, Le Conseil d'État et les crises, PUF, 70p.
B. Latour, *La fabrique du droit. Une ethnographie du Conseil d'État*, La découverte / Poche, 2004, 320p.
D. Latournerie, *Le Conseil d'État : « au nom du peuple français… »*, Dalloz, 2005, 156p.
J. Massot, *Le Conseil d'État de l'an VIII à nos jours*, Adam Brio, 1999, 191p.
D. Maus, L. Favoreu, J-L. Parodi, *L'écriture de la Constitution de 1958*, Presses universitaires d'Aix-Marseille Economica, 1992, 852p.
D. Maus, O. Passelecq, *Témoignages sur l'écriture de la Constitution de 1958, autour de Raymond Janot*, La Documentation française, 1997, 118p.
B. Mirkine-Guetzévitch, *Les constitutions européennes*, PUF, 1951, T.1, 426p.
F. Moderne, *Réviser la Constitution : analyse comparative d'un concept indéterminé*, Dalloz, 2006, 106p.
G. Mollet, *Quinze ans après. La Constitution de 1958*, Albin Michel, 1973, 168p.
P. Montané de la Roque, *Écrits politiques et constitutionnels*, Presses de l'Institut d'études politiques de Toulouse, 1982, 214p.
A. Négri, *Le pouvoir constituant : essai sur les alternatives de la modernité*, PUF, 1997, 447p.
J-P. Negrin, *Le Conseil d'État et la vie publique en France depuis 1958*, PUF, 1968, 171p.
B. Plessix, *Droit administratif général*, LexisNexis, 2018, 1647p.
D. Rousseau, P-Y. Gahdoun, J. Bonnet, Droit du contentieux constitutionnel, LGDJ, 2016, 870p.
F. Rouvillois, *Les origines de la Cinquième République*, éd CNRS, 2018, 217p.
C. Schmitt, *Théorie de la Constitution*, PUF, 2013, 576p.
J-E. Sieyès, Qu'est-ce que le tiers état, Éditions du Boucher, 2002, 85p.
B. Stirn, *Les sources constitutionnelles du droit administratif : introduction au droit public*, LGDJ, 2008, 210p.
M. Touzeil-Divina, Miscellanées Maurice Hauriou, Éditions L'Épitoge – Lextenso, 2013, 362p.
M. Troper, Le théorie du droit, le droit, l'État, PUF, 2001, 334p.
G. Vedel, *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, Dalloz, 2002, 616p.
J. Waline, *Droit administratif*, Dalloz, 2016, 787p.
M. Weber, *Économie et société 1*, Pocket, 1995, 411p.
E. Wolfgang Böckenförde, *Le droit, l'État et la constitution démocratique*, LGDJ, 2000, 318p.

Mélanges

Mélanges en hommage à Jean Boulouis, *L'Europe et le droit*, Dalloz, 1991, 556p.
Mélanges René Chapus : *Droit administratif*, Montchrestien, 1992, 716p.
Mélanges en l'honneur de Philippe Ardant, *Droit et politique à la croisée des cultures*, LGDJ, 1999, 507p.
Mélanges Pierre Avril, *La République*, LGDJ, 2001, 640p.
Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet, *L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs, Dalloz*, 2003, 966p.
Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle, *Juger l'administration, administrer la justice, Dalloz*, 2007, 914p.
Mélanges en l'honneur de Jean Gicquel, *Constitutions et pouvoir*, Montchrestien, 2008, 630p.
Mélanges offerts à Marcel Waline, *Le juge et le droit public*, TII, LGDJ, 1974, 858p.

Thèses
F. Alengry, Condorcet, guide de la Révolution française ; théoricien du droit constitutionnel et précurseur de la science sociale, thèse Toulouse, 1903, 891p.
G. Arnoult, *De la révision des Constitutions, établissement et révision des constitutions françaises, systèmes de révision des constitutions étrangères*, Librairies Nouvelle de droit et de jurisprudence, 1895, 774p.
F. Batailler, *Le Conseil d'État juge constitutionnel*, LGDJ, 1966, 675p.
J. Bougrab, Aux origines de la Constitution de la IVe République, Thèse Paris 1, Dalloz, 2002, 768p.
P. Brunet, *Vouloir pour la Nation*, LGDJ, 2004, 396p.
G. Burdeau, *Essai d'une théorie de la révision des lois constitutionnelles en droit positif français*, Thèse Paris 1930, 349p.
M. Caron, *L'autonomie organisationnelle du Gouvernement. Recherche sur le droit gouvernemental de la Ve République*, LGDJ, 2015, 898p.
J-L. Debré, *Les idées constitutionnelles du général de Gaulle*, LGDJ, 1974, 461p.
P. Dreuet, *La procédure de révision de la Constitution du 27 octobre 1946 : ses applications, sa modification par la loi du 3 juin 1958*, LGDJ, 1959, 191p.
Antoine Faye, *Les bases administratives du droit constitutionnel français. Recherche sur la culture administrative du droit constitutionnel*, Institut universitaire de Varenne, 2017, 596p.
Y. Gaudemet, *Les méthodes du juge administratif*, LGDJ, 2014, 321p.
K. Gözler, Le pouvoir de révision constitutionnelle, Presses universitaires du Septentrion, 1997, 774p.
G. Héraud, *L'ordre juridique et le pouvoir constituant originaire*, Recueil Sirey, 1946, 490p.
S. Leroyer, *L'apport du CE au droit constitutionnel de la Vème République. Essai sur une théorie de l'État*, Dalloz, 2011, 756p.
D. Lochak, *Le rôle politique du juge administratif français*, LGDJ, 1974, 349p.
S. Mouton, *La constitutionnalisation du droit en France. Rationalisation du pouvoir et production normative*, Thèse Toulouse, 1998, 832p.
A. Roblot-Troizier, *Contrôle de constitutionnalité et normes visées par la Constitution française. Recherches sur la constitutionnalité par renvoi*, Paris, Dalloz, 2007, 694p.

Documents sur l'élaboration de la Constitution de 1958
Comité national chargé de la publication des travaux préparatoires des institutions de la Ve République, *Documents pour servir à l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958, Volume I, Des origines de la loi constitutionnelle du 3 juin 1958 à l'avant-projet du 29 juillet 1958*, La Documentation française, 1987, 613 p.
Comité national chargé de la publication des travaux préparatoires des institutions de la Ve République, *Documents pour servir à l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958, Volume II, Le Comité consultatif constitutionnel de l'avant-projet du 29 juillet 1958 au projet du 21 août 1958*, La Documentation française, 1988, 787 p.
Comité national chargé de la publication des travaux préparatoires des institutions de la Ve République, *Documents pour servir à l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958,*

Volume III, Du Conseil d'État au référendum 20 août – 28 septembre 1958, La Documentation française, 1991, 777 p.
Comité national chargé de la publication des travaux préparatoires des institutions de la Ve République, *Documents pour servir à l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958, Volume IV, Commentaires sur la Constitution (1958-1959),* La Documentation française, 2001, 403 p.

Articles

S. Arne, « *La prise de pouvoir du maréchal Pétain (1940) et le général de Gaulle (1958)* », RDP 1969, pp. 48 – 106.
D. Baranger, O. Beaud, « *Un regard de constitutionnaliste sur le rapport Jospin* », RFDA 2013, pp. 393 – 417.
O. Beaud, « *Les archives saisies par le droit* », Genèses, 1, 1990, Les voies de l'histoire, pp. 131 – 143.
O. Beaud, « *Le souverain* », Pouvoirs n°67, 1993, pp.33 – 45.
O. Beaud, « *Les mutations de la Ve République, ou comment se modifie une Constitution écrite* », Pouvoirs, 2001/4, n° 99, pp. 19 – 31.
O. Beaud, « *La multiplication des pouvoirs* », 2012, Pouvoirs n°143, pp. 47 – 59.
N. Belloubet, « *Conseiller l'État* », Pouvoirs n°123, nov. 2007, pp. 33 – 50.
G. Berlia, « *Le problème de la constitutionnalité du referendum du 28 octobre 1962* », RDP 1962, p. 936 – 949.
J-S. Boda, « *Retour sur l'élaboration du préambule de la Constitution de 1958* », RDFC, 2016/2, N°106, pp. 283 – 308.
B. Bonnet, « *La charte européenne des langues régionales ou minoritaires* » – AJDA, 2015, pp. 2246 – 2252.
G. Burdeau, « *Le régime des pouvoirs publics dans la Constitution du 27 octobre 1946* », RDP 1946, pp. 545 – 579.
J. Chevallier, « *Le Conseil d'État au cœur de l'État* », Pouvoirs n°123, nov. 2007, pp. 5-17.
R. Denoix de Saint Marc, « *Le rôle du Conseil d'État dans la préparation et d'application des lois* », RJC, 1997, pp.174 – 185.
A. Le Divellec, A. Levade, C-M. Pimentel, « Le contrôle de constitutionnalité des lois constitutionnelles, Avant propos », Cahiers du Conseil constitutionnel, n° 27, 2010, https://www.conseil-constitutionnel.fr/node/3074/pdf, pp. 1 – 6.
G. Drago, « *Fonction consultative du Conseil d'État et fonction de Gouvernement : de la consultation à la codécision* », AJDA 2003, pp. 948 – 953.
L. Favoreu, « *Souveraineté et supraconstitutionnalité* », Pouvoirs no 67, 1993, pp. 71 – 77.
Y. Gaudemet, « *Rapport de la Commission Balladur : libres propos croisés de Pierre Mazeaud et Olivier Schrameck* », RDP 2008, pp.3 –22.
F. Goguel, « *L'élaboration des institutions de la République dans la Constitution du 4 octobre 1958* », RFSP, n°1, 1959, pp. 67 – 86.
H. Hoepffner, « *Les avis du Conseil d'État, Essai de synthèse* », RFDA 2009, pp.895 – 928.
C. Leclercq, « *Les mécanismes juridiques de disparitions de la République* », RDP 1986, pp. 1015 – 1042.
H. Kelsen, *« La garantie juridictionnelle de la Constitution »*, RDP. 1928, pp. 197 – 257.

D-G. Lavroff, « *De l'abus des réformes : réflexions sur le révisionnisme constitutionnel* », RFDC. 2008/5, HS n°2, pp. 55 – 71.
M. Long, « *Le Conseil d'État et la fonction consultative : de la consultation à la décision* », RFDA 1992, pp.787 – 794.
F. Luchaire, « Le Conseil d'État et la Constitution », Rev. adm 1979, n°189, pp. 141-145.
B. Mathieu, « *Transformer la Ve République sans la trahir* », AJDA 2008, pp.1858 – 1865.
D. Maus, « À la recherche des travaux préparatoires de la Constitution de 1958 », RFDC, 1999, pp. 677 – 697.
P. De Montalivet, « *La dégradation de la qualité de la norme constitutionnelle sous la Ve République* », RDP 2012, pp. 925 - 937.
P. De Montalivet, « *L'intelligibilité des lois constitutionnelles* », RFDC, 2015/2, n°102, pp. 321 – 334.
S. Mouton, « *L'apport de la théorie du pouvoir constituant de Condorcet au droit constitutionnel contemporain* », http://publications.ut-capitole.fr/21255/1/Mouton_21255.pdf, pp. 1 – 17.
A-M. Le Pourhiet, « *Fonction consultative et fonction juridictionnelle : à propos du projet de révision constitutionnelle de protection de la nation* », Constitution 2016, pp.243 – 246.
O. Passelecq, « *Les archives constitutionnelles : un nouveau champ d'études pour la recherche* », http://www.droitconstitutionnel.org/congresmtp/textes1/PASSELECQ.pdf, pp. 1 – 16.
S. Pierré-Caps, « *Les révisions de la Constitution de la V^e^ République : temps, conflits et stratégies* », *RDP*, 1998-2, p. 409 – 431.
J. Rivero, « *Le juge administratif français : un juge qui gouverne ?* », Dalloz, 1951, pp. 23 – 24.
P. Serrand, « Administrer et gouverner. Histoire d'une distinction », 2010, Jus politicum n°4, http://juspoliticum.com/uploads/pdf/JP4_Serrand-3.pdf, pp. 1 – 19.
Jacques Chevallier. *L'élite politico-administrative : une interpénétration discutée*. Pouvoirs - Revue française d'études constitutionnelles et politiques, Le Seuil, 1996, L'ENA, n° 80, pp. 89-100.
G. Vedel, « *Schengen et Maastricht* », RFDA, 8, 1992, p.173 – 182.
W. Zimmer, « *La loi du 3 juin 1958 : contribution à l'étude des actes pré-constituants* », RDP mars-avril 1995, pp.383 – 411.

Jurisprudences du Conseil constitutionnel

CC, 6 nov. 1962, n° 62-20 DC.
CC, 20 févr. 1987, n° 87-149 L.
CC, 28 dec. 1990, n°90-285 DC.
CC, 2 sept. 1992, n° 92-312 DC.
CC, 23 sept. 1992, n° 92-313 DC.
CC, 13 août 1993, n° 93-325 DC.
CC, 15 juin 1999, n° 99-412DC.
CC, 20 juil. 2000, n° 2000-434 DC.
CC, 3 avr. 2003, n° 2003-468 DC.

CC, 26 mars 2003, n° 2003-469 DC.
CC, 30 mar. 2006, n°2006-535 DC.
CC, déc. 9 dec. 2010, n°2010-618 DC.
CC, 21 fev. 2012, déc. n° 2012-297 QPC.
CC, déc. 13 dec. 2012, n°2012-658 DC.

Jurisprudences du Conseil d'État

CE, 28 juin 1918, Heyriès.
CE, 8 août 1919, Labonne.
CE, sect. trav., 16 mars 1948, n° 242.342.
CE, Com. fonction publique, 6 fév. 1953, n° 60.497.
CE, 26 juin 1959, Syndicat général des ingénieurs-conseils.
CE, 13 mai 1960, SARL « Restaurant Nicolas ».
CE, 2 mai 1973, Associations cultuelles des israélites nord-africains de Paris.
CE, 22 dec. 1978, Cohn Bendit.
CE, 16 oct. 1987, Syndicat autonome des enseignant de médecine.
CE, 10 sep. 1992, Meyet.
CE, 10 mars 1995, n° 159981.
CE, 14 avril 1995, n° 125148.
CE, sect. intér., 29 fév. 1996, n°358597.
CE, Ass., 3 juil. 1996, Koné.
CE, Ass., 18 dec. 1998, SARL du parc d'activités du Blotzheim.
CE, 24 mars 2006, Société KPMG.
CE, 30 oct. 2009, Perreux.
CE, Ass, (sect. inté.), 31 juil. 2015, n° 390268.
CE, Ass. (sect. inté.), 11 déc. 2015, n° 390866.
CE, Ass. (sect. intér.), 3 mai 2018, n° 394658.

Études et documents du Conseil d'État

EDCE, n° 8, 1954, 233p.
EDCE, n° 13, 1959, 220p.
EDCE, n°14, 1960, 329p.
EDCE, n°17, 1963, 197p.
EDCE, n° 26, 1973, 260p.
EDCE, n° 28, 1976, 309p.
EDCE, n° 31, 1979-1980, 340p.
EDCE, n° 44, 1992, 456p.
EDCE, n° 45, 1993, 528p.
EDCE, n° 47, 1995, 617p.
EDCE, n° 50, 1999, 449p.
EDCE, n° 51, 2000, 430p.
EDCE, n° 52, 2001, 470p.
EDCE, n° 54, 2003, 447p.
EDCE, n° 55, 2004, 479p.

EDCE, n° 56, 2005, 399p.
EDCE, n° 57, 2006,412p.
EDCE, n° 58, 2007, 427p.
EDCE, n° 59, Vol. 1, 2008, 260p.
EDCE, n° 60, 2009, Vol. 1, 334p.
EDCE, n° 64, 2013, Vol 2, 297p.
EDCE, *Où va l'État ? Un cycle de conférences au Conseil d'État*, T1, La documentation française, 2015, 303p.
EDCE, *Où va l'État ? Un cycle de conférences au Conseil d'État*, T2, La documentation française, 2016, 255p.
EDCE, n° 66, 2015, Vol 2, 259p.
EDCE, n° 67, 2016, Vol. 2, 458p.
EDCE, n n° 68, 2017, Vol. 2, 498p.
EDCE, n° 69, 2018, Vol. 2, 211p.

Rapports

Comité consultatif pour une révision de la Constitution, présidé par le doyen Georges Vedel, *Rapport au Président de la République, Propositions pour une révision de la Constitution 15 février 1993*, https://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storagerapports-publics/084000091.pdf, 106p.
Rapport de la commission Coppens de préparation de la charte de l'environnement, https://www.la documentation francaise.fr/var/storage/rapports-publics/054000294.pdf, 54p.
Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la Ve République, Une Ve République plus démocratique, https://www.ladocumentation francaise.fr/var/storage /rapports-publics/074000697.pdf, 181p.
Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la Ve République, *La réforme institutionnelle deux ans après*, 17 mai 2010, https://www.senat.fr/fileadmin/Fichiers/Images/evenement/revision_institutionnelle_deux_ans_apres.pdf, 60p.
Commission de rénovation et de déontologie de la vie publique, *Pour un renouveau démocratique*,https://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/124000596.pdf, 129p.

Discours et interventions

O. Beaud, Qu'est-ce que le droit constitutionnel peut-il encore faire de l'État, QSQ 6, Université Toulouse 1 Capitole, 29 et 30 octobre 2016, https://www.dailymotion.com/video /x5h8tiq :
N. de Condorcet, Discours sur les conventions nationales, prononcé à l'Assemblée des Amis de la Constitution séance aux Jacobins, le 7 Août 1791, https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k6486931w/f1.image.r=Nicolas%20de%20Condorcet%20révision%20de%20la%20Constitution, pp. 1 – 19.
J-M. Sauvé, Servir l'État aujourd'hui, 14 mai 2018.
J-M. Sauvé, L'Assemblée nationale et les avis du Conseil d'État, le 25 novembre 2016.
J-M. Sauvé, Séminaire des membres d'honneur de l'Académie des sciences techniques comptables et financières, 25 janvier 2017.

J-M. Sauvé, Audition par le Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la Cinquième République, 11 septembre 2007.
F. Hollande, Déclaration du Président de la République, sur la lutte contre le terrorisme et sur la réforme de l'État, à Paris le 20 janvier 2015, http://discours.vie-publique.fr/notices/150000135.html.

Sites consultés

https://www.conseil-etat.fr
https://www.conseil-constitutionnel.fr
http://www.assemblee-nationale.fr
https://www.senat.fr
https://www.legifrance.gouv.fr
https://gallica.bnf.fr/accueil/fr

Tables des matières

SOMMAIRE 1

PROLEGOMENES 3

SECTION 1 : UN CONSEIL D'ÉTAT AU CŒUR DU DROIT CONSTITUTIONNEL 15

PARAGRAPHE 1 : LA TRADITIONNELLE LIAISON DU CONSEIL D'ÉTAT A LA CONSTITUTION 16

A) LA REDACTION INEDITE DE LA CONSTITUTION PAR LE CONSEIL D'ÉTAT 16

1°) UNE RUPTURE TRANCHEE AVEC LA TRADITION DE LA CONSTITUANTE 16

2°) UNE CONSTITUTION LANCEE DANS LES PALAIS D'ÉTAT 17

B) UNE CONSTANTE INTERPRETATION DE LA CONSTITUTION PAR LE CONSEIL D'ÉTAT…..... 19

1°) LE CLASSICISME DE L'UTILISATION EXPRESSE DE LA CONSTITUTION 19

2°) LE DEDOUBLEMENT DE L'UTILISATION IMPLICITE DE LA CONSTITUTION 19

PARAGRAPHE 2 : LE CONSEIL D'ÉTAT METRONOME DES INSTITUTIONS DE LA VE REPUBLIQUE 20

A) L'INFLUENCE PREEMINENTE DU CONSEIL D'ÉTAT DANS LES INSTITUTIONS DE LA VE REPUBLIQUE 20

1°) LA PREGNANCE DU CONSEIL D'ÉTAT DANS LE PROCESSUS LEGISLATIF 20

2°) LA COMPLEMENTARITE DU CONSEIL D'ÉTAT ET DE L'ADMINISTRATION DANS LE PROCESSUS LEGISLATIF 21

B) LE CONSEIL D'ÉTAT A LA CROISEE DE LA NATION ET DE L'ÉTAT DANS L'ECRITURE DE LA CONSTITUTION 22

1°) L'INFLUENCE DU CONSEIL D'ÉTAT, SUR L'ECRITURE DE LA CONSTITUTION, AU NOM DE LA NATION 22

2°) LA FINALISATION DE L'ACTION DU CONSEIL D'ÉTAT PAR LE POUVOIR DE L'ÉTAT 23

SECTION 2 : LE DROIT ADMINISTRATIF AU CŒUR DU DROIT CONSTITUTIONNEL 25

PARAGRAPHE 1 : UN DROIT ADMINISTRATIF MATRICE DU DROIT CONSTITUTIONNEL 26

A) LE DIFFICILE RETOUR DU DROIT CONSTITUTIONNEL VERS LA SOCIETE PAR LE DROIT ADMINISTRATIF 26

1°) L'IRRESISTIBLE CULTE DE L'ÉTAT DU DROIT CONSTITUTIONNEL 26

2°) LE DROIT ADMINISTRATIF, DROIT DE LA CONCRETISATION DU POUVOIR DE L'ÉTAT SUR LA SOCIETE 27

B) L'INSPIRATION ADMINISTRATIVE DU DROIT CONSTITUTIONNEL 29

1°) L'ANTERIORITE HISTORIQUE DU DROIT ADMINISTRATIF 29

2°) UN DROIT ADMINISTRATIF D'ADHESION A L'ÉTAT 29

PARAGRAPHE 2 : LA MISE EN ŒUVRE CONCRETE DU DROIT CONSTITUTIONNEL PAR DES ORGANES ADMINISTRATIFS 30

A) LA CARDINALITE DE L'ADMINISTRATION DANS L'ÉTAT 30

1°) UN PAYS CONSTAMMENT ADMINISTRE 30

2°) L'IRRESISTIBLE CULTURE ADMINISTRATIVE DU DROIT CONSTITUTIONNEL FRANÇAIS 31

B) LA LEGITIMATION DE L'ACTION DE L'ÉTAT SUR LA SOCIETE PAR LE CONSEIL D'ÉTAT 32

1°) LE CONSEIL D'ÉTAT GARANT DE L'ÉTAT DE DROIT EN DEMOCRATIE 32

2°) LE CONSEIL D'ÉTAT PROTECTEUR DE L'INTERVENTION DE L'ÉTAT SUR LA SOCIETE. 33

SECTION 3 : PROBLEMATISATION DU SUJET 33

CHAPITRE 1 : L'INFLUENCE DU CONSEIL D'ÉTAT SUR L'ELABORATION DE LA CONSTITUTION DU 4 OCTOBRE 1958 : LA PARTICIPATION AU POUVOIR CONSTITUANT 36

SECTION 1 : SUR L'INFLUENCE DU CONSEIL D'ÉTAT EN CONSEIL D'ÉTAT 38

PARAGRAPHE 1 : LA CONTRIBUTION DU CONSEIL D'ÉTAT A LA REDACTION DE LA LOI CONSTITUTIONNELLE DU 3 JUIN 1958 : UNE LEGALITE AU SERVICE DE LA LEGITIMITE ... 39

A) LE SOUCI DE LA LEGALITE PAR UNE REDACTION TECHNICIENNE DE LA LOI CONSTITUTIONNELLE 39

1°) L'INDENIABLE COMPETENCE JURIDIQUE DU CONSEIL D'ÉTAT SUR LA CONSULTATION DU 1ER JUIN 1958 39

2°) L'ECRITURE TECHNIQUE DE LA LOI CONSTITUTIONNELLE DU 3 JUIN 1958 41

B) LA DOUBLE LIMITATION DU CONSEIL D'ÉTAT VECTRICE DE SA LEGITIMITE 43

1°) L'AUTOLIMITATION DU CONSEIL D'ÉTAT, PAR LA LOI CONSTITUTIONNELLE DU 3 JUIN, DANS L'ELABORATION DE LA CONSTITUTION DE 1958 43

2°) LA DEFERENCE ORIGINELLE DU CONSEIL D'ÉTAT DEVANT LE GOUVERNEMENT INSTRUMENT DE SA LEGITIMATION 44

PARAGRAPHE 2 : LA CONTRIBUTION DU CONSEIL D'ÉTAT A LA REDACTION DE LA CONSTITUTION PAR UNE PARTICIPATION JURIDIQUE 47

A) LE TRAVAIL DE CONSULTATION CONSTITUTIONNELLE DU CONSEIL D'ÉTAT : UNE METHODE AU SERVICE DE LA CONSTRUCTION DU POUVOIR 47

1°) L'ALLIANCE DE L'ORDINAIRE ET DE L'EXTRAORDINAIRE DANS LA CONSULTATION CONSTITUTIONNELLE 47

2°) LA CONCEPTUALISATION DU POUVOIR DE GOUVERNEMENT EN UN *MODUS VIVENDI* .. 55

B) LA QUETE PERMANENTE DE L'EQUILIBRE PAR LE CONSEIL D'ÉTAT AUTORITE CONSTITUANTE NEGATIVE 61

1°) UN CONSEIL D'ÉTAT « AUTORITE CONSTITUANTE NEGATIVE » 62

2°) UNE PARTICIPATION DU CONSEIL D'ÉTAT CENTREE SUR L'EQUILIBRE CONSTITUTIONNEL 63

CONCLUSION SECTION 1 67

SECTION 2 : SUR L'INFLUENCE DU CONSEIL D'ÉTAT HORS CONSEIL D'ÉTAT 68

PARAGRAPHE 1 : L'OMNIPRESENCE DU CONSEIL D'ÉTAT DANS LE GOUVERNEMENT 69

A) DES CONSEILLERS D'ÉTAT EN AMONT DU CONSEIL D'ÉTAT : LA PUISSANCE DE L'ADMINISTRATION 69

1°) LA PREPARATION DE LA DECISION POLITIQUE AVEC LES POLITIQUES : L'INFLUENCE PUISSANTE 69

2°) LA PARTICIPATION A LA PRISE DE DECISION POLITIQUE AVEC LES POLITIQUES : L'INFLUENCE MODEREE 75

B) DES CONSEILLERS D'ÉTAT EN AVAL DU CONSEIL D'ÉTAT : UNE CONSTITUTION PAR ET POUR L'ADMINISTRATION 77

1°) LA BONNE RECEPTION DES AVIS DU CONSEIL D'ÉTAT 77

2°) LA PRESENCE SILENCIEUSE DU POUVOIR ADMINISTRATIF DANS LA CONSTITUTION : L'ADMINISTRATION MATRICE DU DROIT CONSTITUTIONNEL 80

PARAGRAPHE 2 : LA CENTRALITE DU CONSEIL D'ÉTAT DANS LE POUVOIR DE REVISION DE 1958 81

A) LE SERVICE DU CONSEIL D'ÉTAT AU COMITE CONSULTATIF CONSTITUTIONNEL : UN LEVIER DE CONQUETE DE LA LEGITIMITE DEMOCRATIQUE 81

1°) LA FIGURATION DU CONSEIL D'ÉTAT DANS LE COMITE CONSULTATIF CONSTITUTIONNEL 81

2°) LA RECHERCHE DE LA LEGITIMITE DEMOCRATIQUE PAR L'EXPERTISE AUPRES DU COMITE CONSULTATIF CONSTITUTIONNEL 82

B) LA PLACE INSTITUTIONNELLE AXIALE DU CONSEIL D'ÉTAT DANS LA REVISION CONSTITUTIONNELLE DE 1958 84

1°) LE CONSEIL D'ÉTAT SUJET NOUVEAU DE L'INSTITUTION INCORPOREE DE LA REVISION CONSTITUTIONNELLE 84

2°) LE CONSEIL D'ÉTAT EPICENTRE DE LA FONCTION CONSTITUANTE 91

CONCLUSION SECTION 2 93

CONCLUSION CHAPITRE 1 94

CHAPITRE 2 : L'INFLUENCE DU CONSEIL D'ÉTAT SUR LA REVISION DE LA CONSTITUTION DU 4 OCTOBRE 1958 : LA RESISTANCE DANS LE POUVOIR CONSTITUANT 96

SECTION 1 : SUR L'INFLUENCE SYNCHRONIQUE DU CONSEIL D'ÉTAT SUR LE POUVOIR DE REVISION : L'ACTION DIRECTE 98

PARAGRAPHE 1 : LES AVIS SUR LES PROJETS ET PROPOSITIONS DE LOI CONSTITUTIONNELLE : CONTINUITES ET INSUCCES DE L'INFLUENCE DU CONSEIL D'ÉTAT 99

A) L'ELARGISSEMENT DE LA COMPETENCE CONSULTATIVE DU CONSEIL D'ÉTAT : UNE INFLUENCE INCHANGEE 99

1°) L'INFLUENCE PUISSANTE PAR LA CONSULTATION DE DROIT SUR LES PROJETS DE LOI CONSTITUTIONNELLE 99

2°) L'INFLUENCE MANQUEE PAR LA CONSTITUTIONNALISATION D'UNE CONSULTATION SUR LES PROPOSITIONS DE LOI 101

B) L'ACCROISSEMENT DE LA VISIBILITE DE L'INFLUENCE DU CONSEIL D'ÉTAT DANS LE POUVOIR DE REVISION 103

1°) LA VISIBILITE RELATIVE DU CONSEIL D'ÉTAT *ANTE* PUBLICATION 103

2°) LA PLEINE VISIBILITE DU CONSEIL D'ÉTAT PAR LA PUBLICATION DE SES AVIS 111

PARAGRAPHE 2 : LE CONSEIL D'ÉTAT, LE PARLEMENT ET LES COMITES D'EXPERT : UNE INFLUENCE COMPLEMENTAIRE 116

A) LE CONSEIL JURIDIQUE AUX POLITIQUES PAR L'AUDITION DU CONSEIL D'ÉTAT DANS LE TRAVAIL LEGISLATIF 116

1°) L'AUDITION DES MEMBRES DU CONSEIL D'ÉTAT DURANT LE TRAVAIL DES COMMISSIONS PARLEMENTAIRES : L'INFLUENCE ORALE 116

2°) L'UTILISATION DU TRAVAIL DU CONSEIL D'ÉTAT DANS LA CONFECTION DE LA LOI : L'INFLUENCE ECRITE 119

B) LA CONTRIBUTION COMPLEMENTAIRE DU CONSEIL D'ÉTAT AVEC LES COMITES D'EXPERTS 123

1°) LA CONSTANTE INFLUENCE ORGANIQUE DU CONSEIL D'ÉTAT DANS L'EXPERTISE 123

2°) L'ARTICULATION FONCTIONNELLE AVEC LES COMITES D'EXPERTS 127

CONCLUSION SECTION 1 128

SECTION 2 : SUR L'INFLUENCE DIACHRONIQUE DU CONSEIL D'ÉTAT SUR LE POUVOIR DE REVISION : L'ACTION INDIRECTE 130

PARAGRAPHE 1 : L'INFLUENCE MAJEURE DU CONSEIL D'ÉTAT DANS SES ETUDES ET AVIS 131

A) L'EMERGENCE D'UNE REVISION DE LA CONSTITUTION PAR LES RAPPORTS ET ETUDES 131

1°) LES RAPPORTS PUBLICS LIEUX DE PROPOSITIONS AUX POUVOIRS PUBLICS 131

2°) LES COLLOQUES DU CONSEIL SOURCES DE REFLEXION SUR L'ÉTAT 137

B) L'EMERGENCE D'UNE REVISION DE LA CONSTITUTION A PARTIR D'UNE QUESTION DE DROIT 140

1°) LA SOLLICITATION DU CONSEIL D'ÉTAT SUR LES REVISIONS CONSTITUTIONNELLES CAUSEES PAR DROIT DE L'UNION EUROPEENNE 140

2°) LA TEMPERANCE DE L'INSTRUMENTALISATION DE LA REVISION CONSTITUTIONNELLE 143

PARAGRAPHE 2 : L'INFLUENCE MINEURE DU CONSEIL D'ÉTAT PAR SES TRAVAUX PREPARATOIRES A LA CONSTITUTION ET PAR SA JURISPRUDENCE 144

A) LA FORCE COMPREHENSIVE DES TRAVAUX PREPARATOIRES DU CONSEIL D'ÉTAT SUR LES REVISIONS CONSTITUTIONNELLES SOUS LA VE REPUBLIQUE 144

1°) LA PRESENTATION PAR LES TRAVAUX PREPARATOIRES DES GRANDS ENJEUX CONSTITUTIONNELS DE LA VE REPUBLIQUE 144

2°) LA VAINE RESISTANCE DU CONSEIL D'ÉTAT FACE A L'ANEANTISSEMENT DE L'EQUILIBRE CONSTITUTIONNEL PAR LA REVISION DE 1962 146

B) LE CONSEIL D'ÉTAT SOURCE D'INSPIRATION DE LA JURISPRUDENCE RELATIVE A LA CONSTITUTION 149

1°) LE POUVOIR, DU CONSEIL D'ÉTAT, DE CONCRETISATION JURISPRUDENTIELLE D'UNE REVISION CONSTITUTIONNELLE 149

2°) LA REPRISE *PRAETER CONSTITUTIONEM* PAR LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL DE LA JURISPRUDENCE DU CONSEIL D'ÉTAT SUR LE POUVOIR REGLEMENTAIRE 151

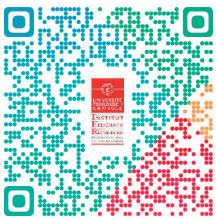
CONCLUSION SECTION 2 153

CONCLUSION CHAPITRE 2 155

CONCLUSION GENERALE 157

BIBLIOGRAPHIE 159

TABLES DES MATIERES 168



Collection des mémoires de l'IFR
Copyright et diffusion 2019
© IFR
Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole
2 rue du Doyen-Gabriel-Marty, 31042 Toulouse cedex 9

ISSN : 2557-4779

Réalisation de la couverture :
www.corep.fr