

POUVOIRS

puf

PUBLIÉ AVEC LE CONCOURS DU CNRS

Nouvelle édition 1991

13

le conseil constitutionnel

la loi

le droit

le pouvoir

les libertés

le budget

les élections

l'opposition

la politique

les cours suprêmes

la démocratie

bilans

1981-1986

1986-1991

droits de l'homme

jean rivero

louis favoreu

jean boulouis

danièle lochak

pierre lalumière

loïc philip

michel charasse

guy carcassonne

r. chiroux / a. grosser

rené de lacharrière

gérard saccone

l. habib / l. favoreu

dominique rousseau

georges vedel

COMITÉ DE RÉDACTION

Philippe Ardant
Pierre Avril
Guy Carcassonne
Olivier Duhamel
Georges Dupuis
Jean Gicquel
Yves Mény
Hugues Portelli
Marc Sadoun

CHRONIQUES

Pierre Astié
Repères étrangers
Pierre Avril
V° République
Dominique Breillat
Repères étrangers
Jean Gicquel
V° République
Jérôme Jaffré
Elections en France
G. W. Jones
Royaume-Uni
John Keeler
Etats-Unis
Adolf Kimmel
Allemagne
Andrea Manzella
Italie
Marie Mendras
Union soviétique
Jean-Luc Parodi
Opinion publique
Jacques Rupnik
Pays de l'Est
Pere Vilanova
Espagne

SECRETAIRE DE REDACTION

Monique Mathieu-Tinet

DIRECTION

Philippe Ardant
Olivier Duhamel

REVUE TRIMESTRIELLE
PUBLIÉE AVEC LE CONCOURS DU CNRS

CONSEIL SCIENTIFIQUE

Josette Alia, Robert Badinter,
Michel Bouissou,
Monique Chemillier-Gendreau,
Olivier Chevillon, Michèle Cotta,
Jean-Louis Cremieux-Brilhac,
Pierre Dabezies, Charles Debbasch,
Francine Demichel, Francis Doré,
Michel Durupt, Jacques Georgel,
Stanley Hoffmann, Benoît Jeanneau,
Catherine Lalumière, Alain Lancelot,
Jean Leca, Rémy Leveau,
Jean-Luc Parodi, Jean Raes,
René Rémond, Jacques Rigaud,
Jacques Robert, Jean-L. Samson,
Roger-Gérard Schwartzenberg,
Dusan Sidjanski,
Jean-Marie Vincent.

ABONNEMENTS

	France	Etranger
1 an (1991)	295 F	390 F
2 ans (1991-1992)	590 F	780 F

*Les abonnements peuvent être pris
chez votre libraire
ou demandés aux*

PRESSES UNIVERSITAIRES DE FRANCE

DÉPARTEMENT DES REVUES

14, avenue du Bois-de-l'Épine
BP 90, 91003 Evry Cedex

Tél. (1) 60 77 82 05
Télécopie (1) 60 79 20 45
Télex : PUF 600 474 F

PUF : CCP 1302 69 C Paris
Chèques à l'ordre des PUF

P O U V O I R S

REVUE FRANÇAISE D'ÉTUDES CONSTITUTIONNELLES ET POLITIQUES

13

Le Conseil constitutionnel

Jean RIVERO. — Fin d'un absolutisme.....	5
Louis FAVOREU. — L'apport du Conseil constitutionnel au droit public.....	17
Jean BOULOUIS. — Le défenseur de l'Exécutif.....	33
Danièle LOCHAK. — Le Conseil constitutionnel, protecteur des libertés ?	41
Pierre LALUMIÈRE. — Un domaine nouveau de l'intervention du Conseil constitutionnel : les dispositions constitutionnelles à caractère financier et budgétaire.....	55
Loïc PHILIP. — Le Conseil constitutionnel, juge électoral.....	67
Michel CHARASSE. — Saisir le Conseil constitutionnel.....	87
Guy CARCASSONNE. — Une voie sans issue ? La recherche de variables politiques objectives	101
René CHIROUX. — Faut-il réformer le Conseil ?.....	107
Alfred GROSSER. — Cours constitutionnelles et valeurs de référence.	125
René de LACHARRIÈRE. — Opinion dissidente.....	141
Gérard SACCONE. — Bilans	161

Laurent HABIB. — Bilan de la saisine parlementaire du Conseil constitutionnel de 1981 à 1986	171
Louis FAVOREU. — Le Conseil constitutionnel et le Président de la République dans le cadre de l'alternance (1981-1986)	187
Dominique ROUSSEAU. — Le Conseil constitutionnel (1986-1991), vie de l'institution et politiques jurisprudentielles	199
Georges VEDEL. — Le Conseil constitutionnel, gardien du droit positif ou défenseur de la transcendance des droits de l'homme.	209
Summary	221

ISBN 2 13 044020 7

ISSN 0152-0768

Dépôt légal — 1^{re} édition : 2^e trimestre 1980

3^e édition mise à jour : 1991, juillet

© Presses Universitaires de France, 1980

108, boulevard Saint-Germain, 75006 Paris

Le Conseil constitutionnel

Le droit et la politique n'ont pas la réputation de faire bon ménage. Ils formeraient même un couple antinomique, si l'on en croit l'usage qui qualifie de « politiques », dans une décision, les éléments d'opportunité devant lesquels fléchit la rigueur du raisonnement juridique. Le droit international systématise cette opposition en distinguant le conflit politique, défini comme celui qui conteste le droit et prétend le changer, du conflit juridique, qui ne porte que sur son application : seul ce dernier se prête à une solution proprement juridictionnelle.

Dans un tel contexte, la situation de la juridiction constitutionnelle (si le Conseil constitutionnel mérite cette appellation, question académique toujours controversée...) apparaît paradoxale puisque sa mission est d'appliquer la règle de droit au niveau même de la formation de celui-ci. Passe encore que le Conseil se prononce sur l'origine des Pouvoirs publics en statuant sur l'élection des parlementaires, bien que la tradition réservât jusqu'en 1958 aux assemblées la vérification des pouvoirs de leurs membres, ainsi que sur celle du Président de la République, mais contrôler les décisions du législateur ?

L'antique querelle du Gouvernement des juges n'est pas loin, et le Conseil constitutionnel n'y a sans doute échappé jusqu'ici qu'en adoptant, dans un premier temps, un profil bas, avant de conquérir une réputation d'indépendance et d'impartialité mesurée aux désaveux qu'il inflige à l'Exécutif et à sa majorité. La politique n'est donc pas absente alors même que l'on prétend juger de la qualité du juge constitutionnel !

L'expérience a plus de trente ans. Elle suggère que l'opposition rituelle, que l'on évoquait en commençant, méconnaît la nature de ce droit politique qu'est le droit constitutionnel. Sa spécificité repose sur une constante interaction du droit et de la politique, d'où résulte, à travers un dialogue parfois difficile, la conciliation toujours incertaine de leurs préoccupations respectives. Instrument inattendu de cette interaction, le Conseil constitutionnel aurait alors permis d'établir un échange jusque-là étouffé par la prépondérance exclusive de la volonté politique majoritaire, ou plutôt de ses expressions successives et contradictoires, au moment même où celle-ci s'affermissait massivement et durablement.

Cinq années se sont écoulées depuis la deuxième édition de ce volume, avec deux alternances, ce qui exigeait de nouvelles contributions. Les voici, ajoutées aux premières, qui ont fait le succès de ce numéro, aidé par le succès du Conseil constitutionnel.

Pierre AVRIL

Olivier DUHAMEL.

LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL EST ÉTUDIÉ PAR

- Jean BOULOUIS, professeur à l'Université de Droit, d'Économie et de Sciences sociales de Paris. *Institutions politiques et droit constitutionnel* (Dalloz, Marcel PRÉLOT).
- Guy CARCASSONNE, professeur à l'Université de Paris X-Nanterre. *L'Espagne ou la démocratie retrouvée*, 1978.
- Michel CHARASSE, diplômé de l'Université de Paris (Droit et IEP), secrétaire administratif adjoint du groupe socialiste de l'Assemblée nationale jusqu'en 1981, maire de Puy-Guillaume, ministre du Budget.
- René CHIROUX, professeur de droit constitutionnel, doyen honoraire de la Faculté de Droit de Clermont-Ferrand. Chronique sur le Conseil constitutionnel avec Paul MONTGROUX dans les *Annales de la Faculté de Droit de Clermont-Ferrand* (depuis 1975).
- Louis FAVOREU, président honoraire de l'Université de Droit, d'Économie et des Sciences d'Aix-Marseille. *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 1979, 2^e éd. ; *Le Conseil constitutionnel*, 1978.
- Alfred GROSSER, professeur à l'Institut d'Études politiques de Paris, directeur des études du cycle supérieur d'études politiques. *La politique en France*, 1980, avec François GOGUEL, nouv. éd. refondue ; *La passion de comprendre*, 1977.
- Laurent HABIB, allocataire d'enseignement à l'Université de Paris I, thèse en cours sur *La politique jurisprudentielle du Conseil constitutionnel*.
- René de LACHARRIÈRE, professeur à la Faculté de Droit de l'Université René-Descartes de Paris. A été conseiller de Vincent Auriol à la Présidence de la République, de Pierre Mendès France à la Présidence du Conseil et de Jacques Chirac à la Présidence du RPR. *Études sur la théorie démocratique*, 1963 ; *La divagation de la pensée politique*, 1972.
- Pierre LALUMIÈRE, professeur à l'Université de Paris I.
- Danièle LOCHAK, professeur de droit à l'Université de Paris X-Nanterre. Thèse sur *Le rôle politique du juge administratif français*. *Traité de Science administrative*, 1979 (avec Jacques CHEVALLIER).
- Loïc PHILIP, professeur de droit à l'Université d'Aix-Marseille. *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 1979, 2^e éd. ; *Le Conseil constitutionnel*, 1978, 2^e éd. en préparation.
- Jean RIVERO, agrégé des Facultés de Droit (1938), professeur aux Facultés de Droit de Poitiers (1939-1954), de Paris (1954-1969) et à l'Université de Droit, d'Économie et des Sciences sociales de Paris (1969-1979). *Libertés publiques*, 1978.
- Dominique ROUSSEAU, professeur à l'Université de Montpellier I. *Droit du contentieux constitutionnel*, Montchrestien, 1990.
- Gérard SACCONI, professeur à l'Université de Droit, d'Économie et des Sciences d'Aix-Marseille. Thèse de doctorat d'État en préparation, *L'article 37 de la Constitution*.
- Georges VEDEL, doyen honoraire de la Faculté de Droit, ancien membre du Conseil constitutionnel.

JEAN RIVERO

*Fin d'un absolutisme**

Les institutions, à la différence des satellites, demeurent rarement sur l'orbite où leur créateur avait entendu les placer. Elles échappent à la volonté du Constituant ou du Législateur qui leur a donné vie. L'événement, le milieu, la personnalité des hommes qui les incarnent déterminent leur trajectoire. Ainsi du Conseil constitutionnel. Le père spirituel de la Constitution de 1958, qui n'avait pas, pour les juristes, un goût excessif, n'avait sans doute pas pressenti qu'en « plaçant certains des votes du Parlement sous le contrôle d'un Conseil constitutionnel tout justement appelé à la vie » (1), il allait parachèver la construction, en France, de l'Etat de droit, en rendant effective la soumission du Législateur souverain à la règle qui fonde son pouvoir et en le contraignant par là au respect des libertés publiques. Vingt années ont suffi à rendre caduque une tradition vieille d'un siècle et demi, et que quatre Républiques semblaient

* Cet article a été écrit durant l'été 1980. Si on n'a pas cru nécessaire, à l'occasion de la présente réédition, de le remanier pour l'actualiser, c'est que l'évolution n'a fait qu'en confirmer les conclusions. Le changement de majorité de 1981 aurait pu être fatal au Conseil constitutionnel. La gauche, dans l'opposition, ne lui avait pas épargné les critiques, et sa suppression avait été proposée, quitte à le remplacer par une « Cour constitutionnelle » dont le statut et le rôle n'avaient guère été précisés. Mais, parvenue au pouvoir, la gauche a respecté l'institution. Certes, la censure qui a frappé la loi de nationalisation a suscité, de la part de nombre d'élus de la nouvelle majorité, protestations et menaces. Mais le Gouvernement, fidèle à l'exemple de ses prédécesseurs, a eu la sagesse de se conformer à la décision, puis à toutes celles qui l'ont suivie. Bien plus : lorsqu'il s'est agi de donner à la Haute Autorité de la Communication audio-visuelle un statut propre à garantir son indépendance, on lui a transposé celui du Conseil constitutionnel. Enfin, en choisissant pour le présider l'homme qui incarne la fidélité d'une certaine gauche aux valeurs de la tradition libérale, le chef de l'Etat a implicitement souligné l'importance qu'il attache désormais à l'institution, et ratifié la mission de gardienne des libertés qu'elle s'est assigné (février 1986). Le recours au Conseil est devenu, pour les oppositions, l'ultime moyen de contester une loi qu'elles ont combattue en vain : comment les majorités du jour, qui savent qu'elles peuvent être les minorités du lendemain, porteraient-elles atteinte à un droit dont elles auront besoin si elles perdent le pouvoir ? Il pouvait paraître audacieux d'écrire en 1980 : « La Haute Instance a trouvé, dans l'ensemble institutionnel, une place qu'il semble désormais impossible de laisser vide »... Après l'épreuve de l'alternance, la même phrase n'est plus que le constat d'une évidence.

Les quelques notes de 1986 sont signalées par des astérisques (*).

(1) Charles de GAULLE, *Mémoires d'espoir*, t. I, p. 35.

avoir sacralisée. C'est cette étonnante aventure institutionnelle, et ses retombées au profit de la liberté des citoyens, qu'on voudrait évoquer.

I

Il faut, au risque de rappeler des évidences, revenir à 1789, à la Déclaration, et à travers elle, à Rousseau. La Loi est l'expression de la volonté générale. Comme tous les citoyens participent à son élaboration, et que nul ne peut vouloir s'opprimer lui-même, elle ne peut, par nature, être oppressive. A elle, dès lors, selon la Déclaration, de déterminer les cas et les formes de l'accusation, de l'arrestation, de la détention (2), à elle d'« établir l'ordre public » (3), de définir les abus qui restreignent le droit à la libre communication des pensées et des opinions (4) : elle ne le fera que dans les strictes limites du nécessaire.

Confiance absolue et inconditionnelle dans la vertu libérale de la Loi ? Pourtant, à travers la Déclaration elle-même, et la Constitution de 1791, une inquiétude se glisse. Affirmer que « la Loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la société » (5), n'est-ce pas sous-entendre qu'il ne serait pas impossible, après tout, qu'elle en défendît d'autres et qu'il y a, au-dessus d'elle, un Droit qui limite son pouvoir ? L'inquiétude est plus explicite encore dans la disposition du titre 1^{er} de la Constitution de 1791, selon laquelle « le Pouvoir législatif ne pourra faire aucune loi qui porte atteinte et mette obstacle à l'exercice des Droits naturels et civils garantis par la Constitution ». L'interdiction ainsi formulée suppose l'éventualité d'une transgression.

Ainsi, l'impossibilité structurelle d'une oppression par la Loi s'estompe, et la pyramide des normes juridiques se dessine clairement : au sommet, les droits de l'homme, naturels, inaliénables et sacrés tels que la Déclaration les a définis ; au-dessous, la Constitution, qui, par la garantie qu'elle leur donne, transforme les droits « naturels, en droits civils » (6), enfin la Loi, qui trouve sa limite dans le respect des droits « garantis par la Constitution ».

Seulement — et là reparait l'héritage de Rousseau, et la confiance dans la Volonté générale —, aucun gardien n'est chargé de

(2) Déclaration des droits de l'homme, article 7.

(3) Déclaration, article 10.

(4) Déclaration, article 11.

(5) Déclaration, article 5.

(6) Constitution de 1791, titre 1^{er}, Dispositions fondamentales.

veiller au respect de cette limite. L'autocontrôle du Législateur doit suffire à en prévenir le franchissement, si bien qu'entre le principe de la suprématie de la Constitution, que des générations de juristes ont continué de révéler et d'enseigner, et la réalité institutionnelle, un divorce s'est instauré : la souveraineté du Législateur s'est incorporée à la tradition politique française.

On sait comment le cours de l'histoire n'a cessé d'élargir le fossé ainsi creusé entre la doctrine et la réalité. Tout y a concouru, et d'abord, la dévaluation qu'a infligée, à la notion même de Constitution, la fragilité de l'acte que 1793 avait voulu « gravé sur des tables au sein du Corps législatif et dans les places publiques » (7). Tant et tant de constitutions, au fil des révolutions, se sont succédé entre 1791 et 1875 que l'opinion s'est accoutumée à n'y voir que des documents précaires, voués à sombrer avec les régimes qui les avaient élaborés : pourquoi, dès lors, subordonner la loi, qui dure, au respect de la Constitution, qui passe ? La comparaison avec les Etats-Unis est de ce point de vue révélatrice : même si l'on accorde la part qui lui revient, dans le prestige dont jouit la Constitution de 1787, au fédéralisme qui en fait, non seulement la charte d'un régime, mais la base de l'Etat, sa pérennité est pour beaucoup dans la révérence que lui porte l'opinion.

L'ère de stabilité constitutionnelle que la France a connue sous la III^e République n'a pas relevé l'autorité de l'acte fondamental : les trois lois de 1875 sont, de toutes les constitutions françaises, les seules à passer totalement sous silence la garantie des libertés, à laquelle même les plus autoritaires avaient fait une place. Simples textes de procédure vides de tout principe, elles n'auraient fourni à un contrôle de conformité des lois à la Constitution, s'il avait été possible, qu'une base creuse, et dénuée d'intérêt pratique pour les citoyens.

L'évolution des institutions a joué dans le même sens que la fragilité, ou l'insignifiance, des textes constitutionnels. Mais peut-on même, du moins à propos de l'institution judiciaire, parler d'une évolution ? Aucun régime, depuis 1791, n'a accepté l'idée d'un pouvoir judiciaire capable de faire contrepoids au pouvoir législatif : serviteur de la Loi, le juge, dans la tradition française, ne saurait être le censeur. Ici encore, la comparaison avec les Etats-Unis s'impose d'elle-même : ce que la Cour suprême, détentrice d'un pouvoir judiciaire qui s'étend « à tous les cas de droit et d'équité qui pourront se produire sous l'empire de la Constitution, des lois ou des traités » (8),

(7) Constitution de 1793, article 124.

(8) Constitution des Etats-Unis, article III, section II.

a fait tout naturellement dès 1801, en résolvant le « cas de droit » posé par la contradiction entre la Loi et la Constitution, aucune juridiction française ne pouvait l'oser.

Elles le pouvaient d'autant moins que le pouvoir, au fil des changements de régime et malgré les tentatives de retour en arrière, n'a cessé de se concentrer au bénéfice du Parlement : comment, alors qu'il avait réussi à s'assujettir l'Exécutif, aurait-il supporté que le Juge prétendît contrôler son œuvre ? Du refus par lui de tout ce qui pouvait apparaître comme une atteinte à sa souveraineté, rien n'est plus révélateur que le rejet par la Chambre des Députés, dans les premières années de ce siècle, des propositions tendant à donner force constitutionnelle à la Déclaration de 1789. Elle se contenta, en 1901, de recommander son affichage dans les écoles, ce qui ne pouvait évidemment lui porter ombrage (9).

L'incompatibilité de tout contrôle de la Loi avec le principe démocratique paraissait confirmée *a contrario* : les seules dispositions constitutionnelles en ce sens, d'ailleurs vaines, se trouvaient dans les Constitutions autoritaires de l'an VIII et de 1852, qui confiaient au Sénat, instrument docile de l'Exécutif, la surveillance de la conformité des lois à la Constitution et même aux libertés publiques (10). L'hostilité des républicains à l'égard du contrôle, atteinte à la souveraineté de la volonté générale incarnée dans les élus du peuple, ne pouvait que s'en trouver fortifiée.

Ainsi, la tradition semblait fixée. Si, à l'Assemblée constituante de 1945, le MRP, inquiet de l'ampleur des initiatives que pourrait prendre une Assemblée nationale pratiquement souveraine, tenta de faire prévaloir la thèse du contrôle de constitutionnalité, il se heurta au refus de la majorité ; et le compromis qui, après le rejet du projet de constitution par le référendum du 5 mai 1946, servit de base à la Constitution de la IV^e République, ne revint qu'en apparence sur ce refus. Des articles 91 à 93 qui instituaient un Comité constitutionnel chargé, à la demande conjointe du Président de la République et du Président du Conseil de la République, d'examiner « si les lois votées par l'Assemblée nationale supposent une révision de la Constitution », le doyen Vedel a pu écrire qu'ils « maintiennent et en un certain sens renforcent les données reçues sous la III^e République touchant les rapports de la Constitution et de la Loi. La Constitution est supérieure à la Loi, mais d'une supériorité essentiel-

(9) Cf., sur ces tentatives, J.-P. MACHELON, *La République contre les libertés*, 1976, p. 61 et s.

(10) Constitution de 1852, article 25.

lement formelle » (11). La conception traditionnelle triomphe, selon laquelle « le pouvoir législatif est d'une essence et d'une majesté particulières » et « ne se définit point comme une compétence parmi d'autres, mais comme l'expression même de la souveraineté » (12). Et l'ombre de Rousseau, le postulat d'après lequel la Loi ne peut opprimer, dominant la règle, apparemment paradoxale, qui exclut des dispositions auxquelles s'applique l'éventuel contrôle du Comité constitutionnel le Préambule, garant des libertés anciennes et des droits nouveaux, à la discussion duquel, pourtant, les constituants avaient consacré tant de débats passionnés.

Que le caractère absolu de la souveraineté parlementaire fût contraire à la définition de l'Etat de droit ne semble pas avoir affecté, hormis quelques exceptions illustres, mais solitaires (13), la bonne conscience de la majorité des juristes. Et cependant, peut-on qualifier d'Etat de droit celui dans lequel un pouvoir est affranchi du respect de toute règle ? *Princeps solvitur lege* : la Révolution avait abrogé la vieille maxime qui fondait l'absolutisme en subordonnant à la loi le pouvoir qui paraissait le continuateur le plus direct du Prince, c'est-à-dire le Gouvernement, et la juridiction administrative avait réussi, au terme d'une évolution prudente, mais continue, à assurer l'effectivité de cette abrogation. Mais l'absolutisme n'avait pas disparu pour autant : l'évolution l'avait fait reparaître au profit du législateur. Il y avait toujours en France un pouvoir dont l'arbitraire ne se heurtait à aucune norme. La norme existait, sans doute, mais le législateur pouvait la transgresser en toute impunité. La primauté de la Constitution n'avait pas d'autre garantie que la conscience des élus, qui n'est ni une garantie juridique, ni une garantie certaine : derrière le mythe de la Volonté générale, l'expérience révèle tantôt la passion d'une majorité plus portée à consolider sa victoire qu'à respecter les droits de la minorité vaincue, tantôt, à travers la docilité des élus, la volonté pure et simple de l'Exécutif. Combien de fois a-t-on vu celui-ci, à la suite de l'annulation d'un de ses actes par le juge administratif, obtenir du Parlement la validation du règlement annulé, dont l'arbitraire, sous le manteau de la Loi, défiait dès lors toute censure ?

(11) G. VEDEL, *Droit constitutionnel*, 1949, p. 555.

(12) *Ibid.*, p. 477.

(13) Cf., sur les tentatives faites à contre-courant par HAURIOU et par DUGUIT, et sur l'ensemble des réactions de la doctrine, J. RIVERO, *Libertés publiques*, t. I, 1978, p. 167.

II

Les auteurs de la Constitution de 1958, en créant le Conseil constitutionnel, ont-ils voulu donner, à la subordination théorique de la Loi à la Constitution, la sanction propre à la rendre effective qui lui avait toujours fait défaut ? Leur perspective initiale a été sans doute plus précise et plus limitée : le contrôle de constitutionnalité, dans leur esprit, semblait n'être qu'une des multiples techniques destinées à rétablir vis-à-vis du Parlement l'autorité du Gouvernement, une pièce étroitement dépendante de l'ensemble constitutionnel qu'ils mettaient en place.

Ainsi ne faut-il pas s'étonner du peu d'enthousiasme avec lequel fut accueillie la nouvelle institution. La critique des adversaires du régime allait de soi : leur hostilité à l'égard du Conseil constitutionnel se fondait dans l'hostilité globale que leur inspirait l'ensemble des dispositions qui tendaient à mettre fin à la souveraineté parlementaire. A l'inverse, les défenseurs du contrôle de constitutionnalité, et parmi eux la majorité des représentants de la Doctrine, avouaient leur déception. Déception quant à l'institution elle-même : la diversité de ses attributions, parmi lesquelles le contrôle de la Loi ne paraissait pas tenir la place essentielle, lui conférait un caractère hybride, le mode de désignation de ses membres ne garantissait *a priori* ni leur compétence juridique, ni leur indépendance vis-à-vis des assemblées ou du président. Déception quant à la saisine : comment espérer que les deux chefs de l'Exécutif, inspirateur, dans le nouveau régime, de la quasi-totalité des lois, et les présidents des assemblées dont la majorité aurait adopté le projet à elles soumis, seraient amenés à en contester, devant le Conseil, la constitutionnalité ? Déception, enfin, quant aux modalités mêmes du contrôle, limité à une prévention enfermée dans un délai trop bref, excluant toute possibilité de contestation une fois le texte promulgué. Faut-il ajouter que le Conseil, récusé dans son principe par les fidèles de la souveraineté parlementaire, critiqué par la majorité des juristes, ne fut pas accepté sans réticences par les grands corps de l'Etat, peu soucieux de devoir partager leur prestige et leur autorité avec un nouveau venu qui, de surcroît, prenait le pas sur eux dans l'ordre des préséances ?

En définitive, on a pu légitimement penser, à cette époque, que les vraies missions du Conseil se limitaient à éviter que les lois organiques et les règlements des assemblées, seuls textes soumis de plein droit à son examen, vinssent restituer sournoisement au Parlement une part de l'autorité perdue, et à l'enfermer, par les procédures de l'article 37, al. 2 et de l'article 41, dans les strictes limites

imposées à la compétence du législateur. Quant à espérer que le contrôle pourrait servir la protection des libertés, qui s'y serait hasardé ? Il aurait fallu, pour autoriser cet espoir, que l'acte constitutionnel réaffirmât de façon certaine les droits et les libertés des citoyens. Or, comment voir, dans la brève et banale référence du Préambule à la Déclaration de 1789 et au préambule de 1946, non pas une formule rituelle, mais une intégration des libertés fondamentales à l'ordre constitutionnel ?

III

C'est pourtant à partir de ces bases apparemment fragiles que l'imprévisible révolution s'est faite. La structure du Conseil, son mode de désignation, sa procédure, continuent sans doute de susciter des critiques. Mais très rares sont aujourd'hui ceux qui contestent le principe même d'un contrôle de conformité de la loi à la Constitution. Signes révélateurs : l'opposition**, en dépit d'une hostilité qui s'est encore manifestée lors de la réforme de 1974, qui élargissait la saisine au profit des membres des deux assemblées, use largement du droit qu'elle avait paru refuser, et ses projets de Cour constitutionnelle vont plus loin, dans le sens du contrôle, que la solution actuelle. D'autre part, et si désagréable que puisse être la censure du Conseil pour ceux qui ont inspiré la loi et ceux qui l'ont votée, Parlement et Gouvernement n'ont jamais osé passer outre, et mettre en échec la règle selon laquelle ses décisions « s'imposent aux Pouvoirs publics » : la remise sur le chantier de la loi de finances déclarée inconstitutionnelle vient d'en apporter la preuve avec éclat. La « Haute Instance », à côté de la « Haute Assemblée » et de la « Cour suprême », a trouvé, dans l'ensemble institutionnel, une place qu'il semble désormais impossible de laisser vide.

Comment cette mutation s'est-elle opérée ?

Une institution neuve n'a chance de durer que si elle apporte la preuve que, loin d'être seulement une composante nécessaire du régime politique auquel elle doit le jour, elle répond à un besoin permanent dans la vie de la Cité. Le Conseil d'Etat a failli périr avec l'ensemble des institutions marquées du sceau autoritaire de Napoléon, et les constituants belges de 1830 l'ont rejeté à cause de ce péché d'origine. Il a survécu, pourtant, parce qu'il a su, à travers la diversité des régimes, affirmer sa fonction propre de gardien de la légalité

** Il s'agissait bien entendu, en 1980, de l'opposition de gauche.

contre l'arbitraire administratif. Le Conseil constitutionnel, de même, a démontré par l'expérience que l'arbitraire du législateur n'était pas une crainte vaine, et qu'il fallait donner une sanction à la vieille interdiction formulée au seuil de la Constitution de 1791 à l'encontre du législateur de ne « faire aucune loi qui porte atteinte et mette obstacle à l'exercice des droits garantis par la Constitution ».

Ce résultat a été atteint par un dosage subtil de prudence et d'audace. La prudence : une institution neuve, et suspecte à beaucoup, doit, pour se faire accepter, ne pas faire peur. Si sa volonté de puissance inquiète, elle risque fort de sombrer. Le Conseil d'Etat égyptien, qui a voulu d'emblée aller aussi loin que son modèle français dans le contrôle d'un Exécutif mal préparé à ses censures, a failli en faire l'expérience. Le Conseil, dans un premier temps, s'est enfermé dans le strict exercice de ses compétences, se refusant à toute interprétation large des textes qui les fondaient, coupant court ainsi à la crainte que peut susciter un gouvernement des juges. L'audace s'est manifestée avec éclat, lorsque l'occasion en a été donnée au Conseil par le Président du Sénat, avec la décision du 16 juillet 1971 (14). Audace triple et décisive : il était audacieux d'affirmer comme une évidence que la courte phrase du Préambule donnait valeur constitutionnelle à la Déclaration de 1789 et au Préambule de 1946 ; il était audacieux d'extraire de celui-ci la simple référence aux « principes fondamentaux reconnus par les lois de la République » pour en déduire la constitutionnalité de ces principes ; il était audacieux de tirer de ces prémisses une conclusion immédiate en affirmant l'inconstitutionnalité des modifications apportées à la loi de 1901 sur les associations. La démarche du Conseil d'Etat est souvent différente, et il lui arrive fréquemment de poser un principe nouveau à l'occasion d'une espèce qui lui permet d'en écarter l'application.

La décision de 1971 a éclairé d'une lumière nouvelle la jurisprudence des années antérieures. Un inventaire moins partial des solutions dégagées a conduit nombre d'auteurs à constater que, loin d'être systématiquement favorables à la compétence de l'Exécutif, elles avaient sauvegardé l'essentiel du domaine réservé à la loi (15). Dans cette perspective, la décision du 19 mars 1964 (16), qui soulignait l'étroite relation entre la libre communication des pensées et des opinions et le régime de la radio-télévision pour soustraire celui-ci

(14) *AJDA*, 1971, p. 537 et notre note ; FAVOREU et PHILIP, *Grandes décisions du CC*, 1979, p. 234.

(15) Cf. notamment C. FRANCK, *Les fonctions juridictionnelles du CC et du CE*, 1974.

(16) *D*, 1965, p. 189, note Léo HAMON.

au domaine réglementaire, celle du 19 juin 1970, qui faisait du Préambule, dans ses visas, une mention explicite (17), prenaient un relief nouveau. Du même coup, la suspicion jetée *a priori* sur l'indépendance du Conseil vis-à-vis du Gouvernement et de sa majorité parlementaire, la crainte de le voir, compte tenu de l'âge moyen de ses membres, fuir les hardiesses dont l'opinion courante fait l'apanage de la jeunesse, le scepticisme quant à son aptitude à résoudre des problèmes juridiques complexes, les objections auxquelles se heurtait la reconnaissance de son caractère pleinement juridictionnel, se dissipaient d'eux-mêmes. La réforme de la saisine, en 1974, a parachevé l'évolution : en ouvrant à l'opposition la possibilité de déférer au Conseil des lois suspectes à ses yeux de porter atteinte, à travers la Constitution, aux libertés fondamentales, elle réhabilite la technique du contrôle préventif, menacée d'inefficacité tant que les saisines avaient toute chance de demeurer exceptionnelles, appelée au contraire à s'exercer dans tous les cas douteux dès lors qu'elle devenait une arme aux mains des élus de la minorité.

Audace et prudence conjuguées : l'évolution postérieure à 1971 a confirmé cette démarche. Mais c'est l'audace qui semble désormais l'emporter***.

La prudence s'affirme encore dans le refus du Conseil d'étendre son contrôle à la conformité de la loi aux traités, fût-ce même la Convention européenne des droits de l'homme. C'est elle qui inspire la formule de la décision du 15 janvier 1975, selon laquelle le Conseil ne tient pas, de la Constitution, « un pouvoir général d'appréciation et de décision identique à celui du Parlement » (18). C'est elle qui l'a longtemps conduit à se référer, en ce qui concerne la protection des droits de l'homme, aux textes précis de la Déclaration, du Préambule, des « lois de la République ».

Pourtant, c'est au service des droits de l'homme que s'affirme l'audace. Elle s'affirme à l'évidence dans les décisions qui ont

(17) Cf. l'analyse de F. LUCHAIRE, *Mélanges Waline*, 1974, t. II, p. 563 et s.

*** Audace et prudence : dans les décisions postérieures à 1980, les deux attitudes, en un sens, se rejoignent : la prudence semble avoir incité le Conseil à revenir à sa méthode initiale, en cherchant, dans les textes plutôt que dans des « principes » sans base formelle, le fondement de ses décisions, l'audace — mais une audace tempérée par la rigueur du raisonnement juridique — a prévalu dans l'interprétation des textes. Elle s'affirme aussi, dans la menace que fait peser sur la loi future le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation. Audace et prudence se conjuguent aussi dans la pratique largement développée depuis 1980, des déclarations de conformité assorties d'une directive d'interprétation. L'autorité de ces directives à l'égard des organes chargés d'appliquer la loi est sans doute aujourd'hui le problème le plus important pour l'effectivité des décisions du Conseil.

(18) *AJDA*, 1975, p. 134, note J. RIVERO, FAVOREU et PHILIP, *Grandes décisions*, p. 299 et s.

condamné l'atteinte à l'égalité devant la justice qu'impliquait le pouvoir reconnu au président du tribunal de soumettre à un juge unique certains délinquants (19), les atteintes à la sûreté qu'aurait permises la fouille inconditionnelle des véhicules (20) et, tout récemment, la disposition autorisant le maintien en détention durant sept jours des étrangers menacés d'expulsion en dehors de toute intervention de l'autorité judiciaire (21). Mais les motifs, même lorsqu'ils débouchent sur une déclaration de conformité, sont tout aussi révélateurs. C'est le cas, tout d'abord, des décisions qui, tout en écartant le grief d'inconstitutionnalité, affirment le caractère constitutionnel de la liberté mise en cause : ainsi, par exemple, de la liberté d'enseignement et de la liberté de conscience dans la décision relative à la loi Guerneur (22). D'autre part, il y avait quelque audace à reconnaître valeur constitutionnelle, non seulement aux libertés classiques, mais encore aux « principes particulièrement nécessaires à notre temps » du Préambule de 1946, alors que nombre d'auteurs hésitaient à y voir de véritables règles juridiques en raison de l'imprécision de leur contenu. Or, le droit à la santé, le principe de participation des travailleurs à la détermination collective des conditions de travail — simple « objectif à atteindre » pour le Conseil d'Etat — ont accédé à la constitutionnalité (23). Enfin — et c'est sans doute l'aspect le plus audacieux de la jurisprudence —, le Conseil constitutionnel, soucieux, dans un premier temps, de fonder ses décisions sur des dispositions expresses, s'en est progressivement écarté, en unifiant l'ensemble des droits et libertés qui découlent des textes auxquels le Préambule se réfère directement — Déclaration de 1789 et Préambule de 1946 — ou des « lois de la République » auxquelles celui-ci renvoie, dans la catégorie des « principes à valeur constitutionnelle » (24). La souplesse de la formule, qui n'est pas sans évoquer, au niveau constitutionnel, les « principes généraux du droit » mis au jour par le Conseil d'Etat, a conduit le Conseil constitutionnel à se dégager des textes, et à constitutionnaliser des principes apparemment dénués de toute base formelle, comme le principe de continuité du service public (25).

(19) cc, 23 juillet 1975, *AJDA*, 1976, p. 44 et notre note ; *Grandes décisions*, p. 322 et s.

(20) cc, 12 janvier 1977, *AJDA*, 1978 et notre note ; *Grandes décisions*, p. 392.

(21) cc, 9 janvier 1980.

(22) cc, 23 novembre 1977, *AJDA*, 1978, p. 565 ; *Grandes décisions*, p. 406.

(23) Sur cette évolution, cf. *Grandes décisions*, p. 416 et s.

(24) Cf., sur cette formule, *Grandes décisions*, p. 426.

(25) cc, 25 juillet 1979, *AJDA*, 1979, n° 9, p. 46.

N'est-ce pas aller trop loin ? L'autorité du Conseil ne risque-t-elle pas de s'affaiblir lorsqu'elle cesse de s'enraciner dans une disposition expresse, fût-elle interprétée largement ? Le fait même qu'on puisse aujourd'hui se poser la question est révélateur. Si l'on peut faire confiance à la sagesse des hommes pour prévenir le soupçon de gouvernement des juges, l'ombre même d'un tel soupçon eût été impensable voici vingt ans. Qu'on puisse l'évoquer aujourd'hui montre le chemin parcouru.

Les pères de la Déclaration de 1789 avaient entendu placer les droits de l'homme au sommet des normes qui régissent la Cité. Mais un scrupule hérité de Rousseau, ou leur inexpérience, les avaient retenus de concrétiser le principe ainsi posé dans des institutions propres à en prévenir la violation. Au Conseil d'Etat revient l'honneur d'avoir soumis les actes de l'Exécutif au respect de la loi, édifiant ainsi le premier degré de la pyramide que constitue l'Etat de droit. La pyramide est restée inachevée durant cent cinquante ans : la loi souveraine, comme le monarque absolu, pouvait impunément s'affranchir du respect de la norme supérieure. C'est à elle que la « tradition républicaine », selon la formule de l'avis du Conseil d'Etat du 6 février 1953, confiait, en définitive, la sauvegarde des libertés à la loi, c'est-à-dire aux passions et aux hasards des majorités successives. Le Conseil constitutionnel a mis fin à cet absolutisme. La pyramide institutionnelle coïncide désormais avec la pyramide des normes. Si l'élimination d'un absolutisme constitue une révolution, et si une révolution peut s'élaborer dans la discrétion feutrée d'un palais national, c'est bien une révolution qu'ont menée à bien les sages du pavillon Montpensier.

J. RIVERO. — The end of a certain absolutism.

French constitutional tradition while it affirmed the principle of constitutionality supremacy, in fact sanctioned the supremacy of the legislator in the absence of any control of constitutionality. It was this tradition that the Constitutional Council reversed. In subjecting legislation to constitutional rule, in integrating into the latter the panoply of individual rights, it has insured the protection of liberty against parliamentary absolutism and the erection of State based on the rule of law which is not compatible with an authority unfettered by any rules.

RÉSUMÉ. — *La tradition constitutionnelle française, tout en affirmant le principe de la suprématie de la Constitution, consacrait en fait, en l'absence de tout contrôle de constitutionnalité, la souveraineté du Législateur. C'est cette tradition que le Conseil constitutionnel a renversée. En soumettant la loi à l'ordre constitutionnel, en intégrant à celui-ci l'ensemble des droits de l'homme, il a assuré la protection des libertés contre l'absolutisme parlementaire, et parachevé la construction de l'Etat de droit, qui ne s'accommode pas d'un pouvoir soustrait à toute règle.*

LOUIS FAVOREU

L'apport du Conseil constitutionnel au droit public

Au cours des dix dernières années, le droit public français a entrepris une mutation si importante que l'on pourra bientôt parler de « révolution » : non pas de la révolution que l'on avait cru déceler au sein de l'article 34 de la Constitution et dont le Pr Rivero, tirant les conclusions du Colloque d'Aix-en-Provence, a montré de manière définitive qu'elle n'avait pas eu lieu (1) ; mais d'un bouleversement beaucoup plus sérieux qui touche aux bases mêmes de notre droit public, telles qu'elles avaient été établies au XIX^e et au début du XX^e siècle. Et le responsable de ce changement fondamental qui est en train de s'opérer est une institution si peu considérée à ses débuts qu'elle était — et demeure assez souvent — reléguée à l'extrême bout des manuels de droit constitutionnel en compagnie et égalité avec la Haute Cour de justice dont on connaît la place qu'elle occupe en droit positif.

Le sujet qui est à traiter est donc d'une grande richesse et les quelques réflexions qui vont suivre n'ont pour ambition que d'en susciter d'autres et de provoquer des recherches plus approfondies, alors surtout que nous ne sommes qu'au commencement d'un processus, dont nous avons dit début 1975 que les potentialités étaient considérables.

La jurisprudence du Conseil constitutionnel et les conséquences

(1) « Au terme de ce bilan, la conclusion, me semble-t-il, s'impose : la révolution était possible, la révolution n'a pas eu lieu. » Actes du Colloque d'Aix-en-Provence, *Le domaine de la Loi et du règlement*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, novembre 1978, p. 263.

qu'elle entraîne dans l'ensemble de l'ordre juridique — conséquences que l'on pourrait illustrer par une simple image, celle de la coloration progressive des branches du droit par le « Constitutionnel » (2) — conduisent tout d'abord à reconsidérer les données fondamentales du droit public et imposent ensuite progressivement l'idée selon laquelle on assiste à une sorte de réunification du droit public.

I. — LE BOULEVERSEMENT DES DONNÉES FONDAMENTALES DU DROIT PUBLIC

On avait annoncé un bouleversement des données du droit public classique en 1958, avec l'intervention de la nouvelle Constitution et notamment des célèbres articles 34 et 37. En fait, ce bouleversement a eu lieu, mais quelques années plus tard et ce n'était pas celui qu'on avait prévu car bien peu avaient cru à l'instauration d'un nouveau système juridique dans lequel la norme constitutionnelle aurait de manière effective une place prépondérante et essentielle, et entraînerait la transformation du principe de légalité, la reconstitution de la hiérarchie des normes et la reconsidération des sources du droit.

A) *Le principe de légalité est désormais complété, sinon remplacé, par ce que nous avons appelé le « principe de constitutionnalité »* (3).

On peut s'interroger sur la signification exacte du principe de légalité et, par suite, sur ses rapports avec le principe de constitutionnalité : si, en effet, le principe de légalité est entendu au sens strict comme le rapport de conformité (ou de compatibilité) entre les règles ou les comportements d'autorités inférieures avec la loi votée par le Parlement, le principe de constitutionnalité le complète ; si le principe de légalité est entendu au sens large comme un rapport de conformité au droit, c'est-à-dire à la norme supérieure, quelle que soit sa source, le principe de constitutionnalité peut être considéré comme se substituant au premier en lui donnant une nouvelle dimension.

Au-delà des problèmes de terminologie, le fait important est que, par une conception extensive de la notion de Constitution, le Conseil constitutionnel a donné valeur de droit positif à des dispositions ou des principes que l'on croyait « endormis » à jamais ou insusceptibles

(2) Cf. notre étude dans les *Mélanges Léo Hamon*.

(3) *Mélanges Eisenmann*, p. 33.

d'application (4) : Déclaration des droits de l'homme de 1789, principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, Préambules de 1958 et de 1946 (avec notamment les « principes particulièrement nécessaires à notre temps ») et même principes généraux dégagés sans référence textuelle précise, c'est-à-dire une masse de « principes ou dispositions à valeur constitutionnelle » qui, s'ajoutant aux dispositions directement applicables du texte même de la Constitution, viennent enrichir considérablement ce que l'on appelle la norme ou terme de référence dans le rapport de conformité ou de compatibilité. Et ceci n'a pas seulement une influence sur la densité et l'efficacité du contrôle des lois par le Conseil constitutionnel, mais aussi sur l'étendue du contrôle des actes administratifs par le juge administratif et même sur l'appréciation des actes des personnes privées par le juge judiciaire : en effet, par exemple, dès lors que la liberté de l'enseignement, telle que l'a définie le Conseil constitutionnel et telle qu'il l'a conciliée avec la liberté de conscience, dans sa décision du 23 novembre 1977, a valeur de règle de droit positif, le juge ordinaire, tant administratif que judiciaire, doit la considérer comme faisant partie du droit applicable dans les litiges qui lui sont soumis (5). Autre exemple : si la liberté du mariage est un droit fondamental constitutionnellement protégé, ni le juge administratif ni le juge judiciaire ne pourront accepter qu'il soit méconnu ou qu'il y soit dérogré (6).

Comme désormais, dans tout litige relatif aux individus, la « dimension » constitutionnelle ne pourra être négligée, l'enrichissement du bloc de constitutionnalité aura nécessairement des répercussions sur le droit applicable par le juge ordinaire, même judiciaire. Ainsi, non seulement le principe de légalité se densifie ou se transforme, mais encore il voit sa fonction s'élargir. Le changement n'est pas seulement quantitatif, il est aussi qualitatif.

Pour résumer simplement ce qui vient d'être dit, on constatera que l'Etat de droit est désormais complet en France, c'est-à-dire que les individus, l'administration, mais aussi les Pouvoirs publics, y compris le Parlement, sont soumis au respect de la règle de droit, et que cette règle de droit comporte et comportera de plus en plus,

(4) Processus déclenché, rappelons-le, par la décision du 19 juin 1970 et consacré de manière éclatante par celle du 16 juillet 1971 (voir *GD*, 2^e éd., p. 244).

(5) Sur cette question, voir *Les Grandes Décisions*, 2^e éd., n° 31, p. 413-414.

(6) La liberté du mariage n'a pas été encore reconnue comme droit fondamental constitutionnel par le Conseil constitutionnel ; mais le problème a été posé, notamment par le P^r ARDANT, à propos de l'arrêt de la Cour de cassation du 19 mai 1978 (*D*, 1978, p. 541).

même à l'égard des individus, un élément constitutionnel qui en est le fondement, élément dont la définition dépendra (en dernier ressort) du Conseil constitutionnel.

Mais cette diversification des normes ne peut qu'avoir une répercussion sur leur hiérarchie.

B) *La hiérarchie des normes* est reconstituée, sinon remise en ordre.

A l'édifice normatif il manquait un étage, le dernier : celui des normes constitutionnelles. Plus exactement, cet étage était prévu dans les plans, mais on avait omis de le construire ; néanmoins, l'édifice tenait. Aujourd'hui, les choses sont tout à fait différentes car le schéma est inversé et les choses remises à leur place : les normes constitutionnelles sont à la base et constituent les fondations ; or, si un édifice peut tenir debout sans dernier étage, il ne le peut en revanche sans fondations. En outre, des fondations dépendent la solidité et la configuration de l'édifice. C'est dans cette remise sur pied que réside le véritable changement.

En revanche, l'échelle des normes comporte les mêmes trois catégories de normes subordonnées les unes aux autres : constitutionnelles, législatives et réglementaires. La norme constitutionnelle est toujours supérieure à la norme législative, laquelle est toujours supérieure à la norme réglementaire. Et ceci se traduit par la possibilité d'invalidation par le juge (constitutionnel ou administratif) de la norme inférieure qui contrevient à la norme supérieure : ce qui rend notamment très obsolète la notion de règlement « autonome » car les normes contenues dans un tel règlement ne peuvent méconnaître les normes de rang législatif contenues soit dans un principe général du droit découvert par le juge (7), soit dans une loi (8). La sanction par le juge est en effet le seul critère sûr, en droit positif, de la hiérarchie des normes et c'est pourquoi cette hiérarchie n'est vraiment complète et effective que depuis qu'il existe un juge constitutionnel.

Deux problèmes restent cependant posés. Tout d'abord doit-on considérer qu'il y a un quatrième degré dans l'échelle des normes qui serait occupé par des normes issues de principes supraconstitutionnels ? En droit allemand, la question n'est pas purement théorique car le Tribunal constitutionnel admet qu'il peut vérifier la conformité de lois *constitutionnelles* à des principes supérieurs ou essentiels, préexistants à la Constitution elle-même (9). En droit

(7) CE, 26 juin 1959, Syndicat des Ingénieurs conseils.

(8) CE, Ass. 27 février 1970, DAUTAN, Rec. 141.

(9) BÉGUIN, *Conditions et sanctions du contrôle de la constitutionnalité des lois en RFA* (thèse, Dijon, 1979, p. 95).

français, la question paraît saugrenue, mais dans sa décision du 23 mai 1979 (10) le Conseil constitutionnel n'a-t-il pas fait état de « dispositions constitutionnelles *mettant en œuvre...* le principe de la séparation des pouvoirs » ?

Le deuxième problème apparaît plus actuel : « A quel niveau se situent les normes du droit international reçues dans le droit interne ? »

En fait (11), on ne peut assimiler les normes internationales aux normes de droit interne à quelque niveau que ce soit, ni même les insérer dans le bloe de constitutionnalité. La meilleure solution est de les considérer comme restant des normes de droit international, se situant hors hiérarchie (12). Ce qui ne signifie pas qu'elles sont sans autorité : à chaque niveau, elles ont une autorité supérieure à la règle interne mais de manière différente. Ainsi sont-elles supérieures à la Constitution mais comme la compatibilité des deux types de normes est présumée — faute d'avoir été mise en cause avant la ratification du traité — leur supériorité n'aura pas lieu de s'exercer. Elles sont supérieures à la loi et écartent l'application de celle-ci, si la condition de réciprocité est remplie. Elles sont enfin toujours au moins supérieures aux actes administratifs et sont ici même une condition de leur validité.

C) La théorie *des sources du droit* doit être reconsidérée : selon une analyse courante, en effet, la compétence normative de droit commun appartient au Gouvernement tandis que le Parlement n'a qu'une compétence d'attribution ; quant au constituant, on n'en parle pas (13). Or, il n'est pas du tout certain que la source parlementaire soit aujourd'hui, compte tenu de la jurisprudence du Conseil constitutionnel et de sa conception extensive de la compétence législative, moins abondante que la source réglementaire (14). Par ailleurs, si le constituant ne crée qu'exceptionnellement des normes, il y a création constante de normes de valeur constitutionnelle du fait que le Conseil constitutionnel donne vie à certaines dispositions oubliées ou dégage des principes fondamentaux ou généraux à partir des textes ou sans textes. Enfin, l'on peut ajouter que Conseil d'Etat

(10) Territoire de Nouvelle-Calédonie, *GD*, 2^e éd., p. 447.

(11) Pour plus de détails, cf. notre étude, *Le cc et le droit international*, *AFDI*, 1977, p. 95 et s., notamment p. 113 et s.

(12) En ce sens, NGUYEN QOC DINH, *AFDI*, 1975.

(13) Nous laissons de côté la source « populaire », car elle est tarie depuis quelques années, et n'a jamais été très importante.

(14) Voir en ce sens les conclusions du Colloque d'Aix-en-Provence.

et Conseil constitutionnel contribuent à mettre à jour des normes de valeur législative en découvrant des principes généraux du droit s'imposant aux règlements.

Dès lors, il y a actuellement en droit positif trois sources principales du droit dont le débit peut se comparer mais qui peut varier selon les matières ou les domaines considérés. En effet, il peut exister des matières dans lesquelles le Parlement n'a pas à intervenir en vertu de la Constitution, mais cela ne signifie pas qu'il n'interviendra pas. En effet, aucune matière n'est exclue, d'après la jurisprudence du Conseil constitutionnel, d'un partage de compétence entre loi et règlement, même celles qui ont été omises dans l'énumération de l'article 34 ou des autres articles de la Constitution relatifs à la détermination de la compétence législative : ainsi, bien que la procédure civile soit une matière non réservée au législateur, de nombreuses règles législatives sont désormais posées, comme le montre par exemple la décision du 20 juillet 1977 relative à la Cour de cassation ; de même, les agents des collectivités locales sont omis dans l'énumération de l'article 34 et pourtant une bonne partie des règles qui leur sont consacrées, dans le nouveau Code des communes, sont de valeur législative.

La source jurisprudentielle doit être traitée à part : non seulement parce que son principe même est contesté par une partie importante de la doctrine qui ne peut cependant nier son existence, mais aussi parce que les normes dégagées n'ont pas toujours la même valeur. Ainsi le Conseil d'Etat peut-il « découvrir » des principes généraux à valeur législative ou réglementaire, tandis que le Conseil constitutionnel peut dégager des principes à valeur constitutionnelle, législative ou même réglementaire (15).

Il est à noter enfin, que le débit de ces sources peut varier dans le temps. Ainsi, au début de l'application de la Constitution, la source gouvernementale était certainement prépondérante et corrélativement la source jurisprudentielle administrative abondante. Puis les interprétations libérales du Conseil d'Etat et du Conseil constitutionnel et l'existence d'une majorité parlementaire stable ont favorisé la source parlementaire.

Enfin, la réforme constitutionnelle de 1974 a brusquement gonflé la source jurisprudentielle, constitutionnelle avec toutes les conséquences que cela comporte sur les diverses branches du droit public.

(15) Le Conseil constitutionnel n'a pas encore dégagé des principes à valeur réglementaire, mais il pouvait le faire. On notera par ailleurs que certains principes peuvent avoir valeur constitutionnelle en matière pénale (droits de la défense, non-rétroactivité), et simplement valeur législative en matière non pénale.

II. — LA RÉUNIFICATION DU DROIT PUBLIC

La réunification du droit public est en train de s'opérer à partir du développement du soubassement de droit constitutionnel, développement dû à la jurisprudence du Conseil.

A) Une nouvelle définition du *droit constitutionnel* s'affirme progressivement.

Tout d'abord, en devenant un droit jurisprudentiel et un droit appliqué, le droit constitutionnel se « rejuridicise ». Il n'est plus « un catalogue de recettes politiques à caractère vaguement obligatoire dans lequel la science politique avait plus d'importance que le droit » (16). C'est le « droit de la Constitution », une Constitution dont les articles reçoivent interprétation et application de la part du juge constitutionnel à un rythme tel que rares seront bientôt les dispositions n'ayant pas fait l'objet d'une décision du Conseil constitutionnel. Ce qui explique d'ailleurs que l'on redécouvre les vertus de commentaires de la Constitution ou que des travaux soient publiés sur l'élaboration de la Constitution. Le droit constitutionnel sera-t-il bientôt, comme c'est le cas aux États-Unis par exemple, étudié à travers la jurisprudence ? Compte tenu des habitudes, on en doute ; pourtant, c'est déjà aujourd'hui la seule manière de ne pas méconnaître le droit positif, alors surtout que le droit parlementaire et le droit électoral ont été aussi « juridicisés ».

L'objet du droit constitutionnel s'élargit et l'on revient ainsi aux sources : ce n'est plus seulement un droit « institutionnel » ; c'est aussi un droit « relationnel » qui, comme aux origines (17), inclut ce que l'on peut appeler les libertés et droits fondamentaux, ainsi que c'est le cas dans d'autres pays tels que les États-Unis ou l'Allemagne fédérale.

Logiquement, enfin, le droit constitutionnel redevient véritablement la base des autres droits avec lesquels il va entretenir de plus en plus un rapport hiérarchique, peu évident auparavant, et qui va entraîner la réunification du droit public.

B) La *constitutionnalisation des libertés publiques* conduit à leur réintégration au sein du droit constitutionnel.

(16) FAVOREAU et PHILIP, *Le Conseil constitutionnel*, 1978, p. 120.

(17) « ... En même temps qu'il était plus ou moins heureusement réduit, le droit constitutionnel s'est vu annexer lors de sa fondation l'étude du droit des libertés publiques » (PRÉLOT et BOULOUIS, *Précis*, 6^e éd., p. 32).

Cette constitutionnalisation n'était même pas envisagée, au début des années 1970, ni par les parlementaires — qui encore très récemment se proposaient d'adopter une charte *législative* des libertés — ni par la doctrine pour laquelle le législateur apparaissait comme le meilleur garant de ces libertés. On peut dire que cette constitutionnalisation est aujourd'hui acquise, même si le mouvement n'est pas encore achevé.

Ce phénomène a pour effet de conférer une unité certaine au droit des libertés publiques à travers la notion de droits fondamentaux constitutionnels.

En effet, M. Rivero (18) pouvait encore récemment souligner l'hétérogénéité de ce droit empruntant en fait l'essentiel de ces règles à une série d'autres droits : administratif, pénal, du travail, etc. Mais à partir du moment où chaque liberté ou droit fondamental voit ses bases définies par le droit constitutionnel, et donc par le juge constitutionnel, il y aura unité, même si les techniques d'application sont différentes.

Cette constitutionnalisation progressive a enfin eu pour conséquence d'opérer une sorte de translation générale des compétences, le législateur officiellement chargé par l'article 34 de définir les « garanties fondamentales » des libertés publiques n'ayant plus en fait qu'à « mettre en œuvre » les règles constitutionnelles, le pouvoir réglementaire étant cantonné, lui, à de simples tâches d'exécution, ce qui par contrecoup réduit le rôle du droit administratif et de la juridiction administrative.

C) *La « banalisation » du droit administratif et de la juridiction administrative* peut être relevée d'ores et déjà.

Les grands problèmes de droit public relatifs notamment à la hiérarchie des normes et aux sources du droit, les questions d'interprétation de la Constitution, des préambules et de la Déclaration des droits ne verront plus leur solution dépendre du droit administratif et de la juridiction administrative, lesquels auront surtout à trancher les problèmes « ordinaires » de l'administration qui, pour autant, n'en sont pas moins importants. Et cette évolution sera accélérée par le fait que la compétence réglementaire perdant du terrain au profit de la compétence législative ou même constitutionnelle, le domaine d'intervention du juge administratif diminuera d'autant. Un exemple peut illustrer cette tendance : dans l'affaire récente (25 juillet 1979) du droit de grève à la radio-télévision, le Conseil

(18) *Les libertés publiques*, I, p. 15.

constitutionnel a restitué au législateur sa compétence de réglementation du droit de grève, et l'a, par là même, retirée au pouvoir réglementaire et donc au juge administratif chargé de contrôler les actes réglementaires.

Le temps du « Conseil d'Etat, juge constitutionnel » est révolu ; si tant est qu'il ait existé car il ne peut y avoir un juge constitutionnel sans statut constitutionnel. L'utilisation fréquente désormais de l'expression « juge ordinaire » pour désigner le juge administratif — comme d'ailleurs le juge judiciaire — confirme cette « banalisation » que le prestige incomparable du Conseil d'Etat freinera sans doute. Tout le problème, en effet, est de savoir comment la Haute Juridiction administrative acceptera d'appliquer un droit découlant de principes constitutionnels dégagés par le Conseil constitutionnel, et non plus issu de sa propre jurisprudence.

D) *La « juridicisation » des finances publiques* progresse à grands pas depuis que, chaque année, la loi de finances est déferée au juge constitutionnel par les parlementaires, voire par le Premier ministre ou le président de l'Assemblée nationale lui-même. Ces affaires, s'ajoutant à celles relatives à l'application de l'article 40, constituent une véritable jurisprudence d'où il ressort que le droit budgétaire et même le droit fiscal sont tributaires du respect des dispositions constitutionnelles ou assimilées telles que les lois organiques et les règlements d'assemblée.

Certains ont même pu, à propos de la décision récente du 24 décembre 1979 annulant la loi de finances pour 1980, regretter que l'on verse dans un excès de juridisme. Ce qui montre que l'opinion, en France, n'est pas encore familiarisée avec les implications du contrôle de constitutionnalité des lois.

E) *L'articulation entre le droit constitutionnel, le droit international public* et le droit communautaire est un problème plus délicat que le Conseil constitutionnel tente de résoudre en tâtonnant quelque peu.

Cette question ne pouvait être véritablement tranchée par le Conseil d'Etat compte tenu notamment de la théorie des actes de gouvernement. Le Conseil constitutionnel y a été confronté à plusieurs reprises, permettant d'apporter des solutions essentiellement dans deux directions. Il a tout d'abord facilité l'application du droit international en droit interne en conduisant indirectement la Cour de cassation à faire prévaloir le traité sur la loi, que celle-ci soit antérieure ou postérieure au traité. Certes, le Conseil d'Etat n'a pas encore suivi cette voie mais il semble que s'esquisse une solution. Le juge constitutionnel a par ailleurs considéré qu'il ne pouvait

être reproché à une loi d'appliquer un règlement communautaire confirmant ainsi que l'imbrication entre droit communautaire et droit interne était de plus en plus fréquente et évidente.

Toutefois, le Conseil constitutionnel a tenu à préciser à plusieurs reprises que les problèmes de droit international posés à la France ne pouvaient être appréciés qu'au regard des principes contenus dans la Constitution : ainsi en a-t-il été du droit de sécession et du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes. De la même manière, l'application d'un acte international en droit interne doit tenir compte des données du droit constitutionnel, et notamment de celles relatives à la souveraineté nationale. Ainsi donc, si l'étude du droit constitutionnel ne peut s'abstraire de la connaissance du droit international et du droit communautaire, la réciproque est vraie.

Il appartient à chacun d'apprécier l'opportunité des changements apportés au droit public par le Conseil constitutionnel ; mais il est impossible d'en nier la réalité et l'importance.

Pourtant, cela n'est pratiquement pas enseigné et la plupart des juristes terminent leur licence ou leur maîtrise sans avoir eu un enseignement regroupant l'ensemble de ces apports. Il en va de même des futurs magistrats ou hauts fonctionnaires, les programmes des grandes écoles ne comportant pas d'exposé d'ensemble de la question. Il faudrait, en fait, réformer l'enseignement du droit constitutionnel, et cela dès la 1^{re} année, afin que tous les étudiants aient désormais connaissance des bases mêmes de notre système juridique, quitte à renforcer l'enseignement distinct de science politique.

Ceci suppose évidemment l'abandon d'un certain nombre d'idées reçues en doctrine, et, à cet égard, on ne peut manquer d'être frappé par le contraste entre l'intérêt manifesté par la doctrine étrangère pour le changement qui s'opère en France (19) et la relative indifférence des auteurs français à l'égard de ce phénomène. Tout se passe comme si l'on était à l'époque de la III^e ou de la IV^e République, lorsque la Constitution restait lettre morte et que le contrôle de constitutionnalité n'existait pas. Or, il serait temps de prendre conscience que le droit public d'avant 1970 va bientôt devenir l'ancien droit public et que l'étude des règles constitutionnelles actuellement en vigueur est peut-être — osera-t-on le dire — l'objet essentiel du droit constitutionnel.

(19) Voir notamment dans la bibliographie le développement relatif aux études étrangères (*infra*, p. 167).

Quelques observations complémentaires en 1986

Le paysage normatif dont nous avons cru pouvoir dessiner les grandes lignes au début des années 80 est en train de se préciser conformément à ce que l'on pouvait attendre : la centaine de décisions intervenues depuis lors constitue un extraordinaire enrichissement de notre droit public (20).

I. — Le principe de constitutionnalité a été solennellement consacré et affirmé, par les « grandes décisions » du 16 janvier 1982 (*Nationalisations*), 25 février 1982 (*Lois de décentralisation*) et du 23 août 1985 (*Demande de nouvelle délibération*) : selon la nouvelle formule utilisée par le Conseil constitutionnel dans cette dernière décision, « la loi votée... n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution ». Par ailleurs, et contrairement à ce qu'on a pu penser ou écrire, le contenu du bloc de constitutionnalité n'est pas « flou » : si l'on considère, en effet, les motifs d'annulation des dispositions législatives, on constate que les violations de principes à valeur constitutionnelle tiennent beaucoup moins de place que les méconnaissances de règles constitutionnelles posées dans les textes (voir tableau n° 1) : sur environ 90 cas d'annulation depuis 1959, dix seulement ne sont rattachables à aucun texte et sont motivés par une violation des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République (quatre) ou du principe d'égalité (six). En revanche, comme on le constate surtout au cours de la période 1981-1986, la méconnaissance des dispositions textuelles — souvent techniques — explique la quasi-totalité des invalidations. Encore des « idées reçues » qui s'en vont...

La hiérarchie des normes tend à devenir de plus en plus complexe et de plus en plus riche sans que les deux questions posées en 1980 — l'existence de normes supraconstitutionnelles et la place des normes internationales dans la hiérarchie — aient été vraiment résolues, même si l'on a pu penser un moment que la décision du 16 janvier 1982 apportait un début de réponse positive à la première. Par ailleurs, dans la mesure où certains estiment que le Conseil d'Etat applique un système de normes différent de celui du Conseil constitutionnel, des difficultés peuvent surgir. Toutefois, la dernière jurisprudence du Conseil d'Etat (20 décembre 1985) ouvre de nouvelles perspectives.

(20) Sur les décisions intervenues depuis 1980, voir nos chroniques à la *Revue du droit public*, 1981, n° 4, 1982, nos 2 et 5, 1983, n° 2, 1984, n° 3, 1986, n° 2.

En ce qui concerne la théorie des sources, est tout à fait confirmée l'orientation indiquée en 1980 : la source constitutionnelle est de plus en plus abondante et la source législative retrouve un fort débit au détriment de la source réglementaire. Cette dernière évolution ayant été facilitée et accélérée par la décision de principe du 30 juillet 1982 (*Blocage des prix*) qui, en ne considérant plus comme inconstitutionnelle l'insertion de dispositions réglementaires dans un texte de forme législative, a pratiquement ruiné la thèse de la définition matérielle de la loi.

II. — Le mouvement de réunification du droit public a connu une nette accélération au cours des dernières années. La « rejuridicisation » du droit constitutionnel est acquise et on voit la notion réutilisée par les ouvrages de vulgarisation (21) sans mention d'origine, ce qui atteste de la réussite et de la diffusion du concept. On remarquera d'ailleurs que sont également passés dans le langage courant (des juristes) des termes comme « bloc de constitutionnalité », « principe de constitutionnalité », « délégalisation », « rapport de constitutionnalité », « contrôle à double détente », « autolimitation du législateur », qui, lorsque nous les utilisons au début des années 70, apparaissaient comme neufs.

Les libertés publiques sont devenues « fondamentales » tant dans le vocabulaire de la doctrine que dans celui du Conseil constitutionnel (22), ce qui marque bien leur constitutionnalisation. Il est admis désormais que seule une loi constitutionnelle peut les codifier ; encore que parfois on ait l'impression que les gouvernants s'imaginent pouvoir définir leurs garanties fondamentales par un référendum (législatif) de l'article 11. Le droit a changé ; mais les responsables politiques ne s'en aperçoivent pas toujours. Le fait le plus marquant de la période récente est l'élaboration par le Conseil constitutionnel d'une théorie générale des libertés fondamentales susceptible de limiter les pouvoirs du législateur tout comme le Conseil d'Etat l'avait fait à l'égard de l'administration (23).

Les bases constitutionnelles du droit administratif s'affirment de plus en plus. Les grands problèmes posés au cours de la VII^e Législature par les diverses réformes entreprises (décentralisation, nationalisations, planification, démocratisation du secteur public, fonc-

(21) Voir par exemple J.-M. VARAUT, *Le droit au droit*, PUF, 1986, p. 76.

(22) Voir par exemple la décision des 10-11 octobre 1984, *Statut des entreprises de presse*.

(23) Voir nos observations in *RDP*, 1986, n° 2, notamment à propos de la décision essentielle des 10-11 octobre 1984.

tion publique de l'Etat et des collectivités territoriales, enseignement et recherche) ont été tranchés par le juge constitutionnel sur la base des règles et principes constitutionnels. Certains ouvrages et manuels de droit administratif commencent à tenir compte de cette évolution et la nouvelle *Revue française de droit administratif* comporte une rubrique régulière consacrée aux rapports entre droit administratif et droit constitutionnel. En outre, le Conseil d'Etat dans un arrêt d'assemblée du 20 décembre 1985 (24) a, pour la première fois, expressément reconnu force de chose jugée à une décision du Conseil constitutionnel ; ce qui marque une étape décisive dans l'évolution de notre droit public.

La mise en cause systématique de toutes les lois de finances depuis 1973 ainsi que des lois de finances rectificatives et des lois de règlement, a abouti à une constitutionnalisation des finances publiques si évidente qu'il n'est plus besoin désormais de le souligner (25).

En ce qui concerne, en revanche, les rapports entre le droit constitutionnel et le droit international et communautaire, les choses ont moins avancé, car le contentieux a été assez limité.

La seule chose qui n'ait pas vraiment changé, c'est la situation de l'enseignement du droit constitutionnel jurisprudentiel et du contentieux constitutionnel : la plupart des juristes, des futurs magistrats ou hauts fonctionnaires continuent à recevoir un enseignement qui, sur des points de plus en plus nombreux, ne porte que sur une partie du droit positif. La fonction publique, les collectivités territoriales, les établissements publics, le principe de légalité, la théorie générale des libertés publiques ainsi que les principales libertés sont le plus souvent étudiés sans tenir compte des dimensions constitutionnelles qui sont pourtant, désormais, partie intégrante de leur régime. Quant aux cours et manuels de droit constitutionnel, ils se « juridicisent » mais avec une sage lenteur : sans doute faut-il incriminer les programmes d'enseignement qui devraient être revus pour tenir compte des mutations de notre droit.

(24) *Dalloz*, 1986, avec notre note (à paraître).

(25) Voir en ce sens les études de Loïc PHILIP.

*Tableau des types d'inconstitutionnalité
sanctionnés par le Conseil constitutionnel
de mars 1959 à mars 1991*

Constitution		DDH		Préambule de 1946		Ppe d'égalité	PFRLR	Ordon- nance 1959		Total
Art. 2	2 (4)	Art. 6	8	Alinéa 7	2	15 (22)	8 (9)	Art. 1	16 (17)	
3	1 (3)		8					18	(1)	
4	1		11					33	1	
13	1		13					40	1	
21	3		17					42	2	
23	2									
25	4									
27	1									
34	20									
37-2	1									
39	3									
40	2									
44	9									
45	1									
46	1									
55	1									
62	1									
64	4									
66	4 (7)									
71	2									
72	4 (5)									
73	3 (4)									
74	7									
	79		20		2	15	8		20	144

144 cas d'inconstitutionnalité sanctionnés dans 95 décisions (les chiffres entre parenthèses englobent des cas déjà comptabilisés sous une autre rubrique).

DDH : Déclaration des Droits de l'Homme de 1789.

Préambule 1946 : Préambule Constitution 1946.

Ppe d'égalité : Principe d'égalité.

PFRLR : Principes fondamentaux reconnus par les lois de la République.

Ordonnance 1959 : Ordonnance du 2 janvier 1959.

L. FAVOREU. — **The contribution of the Constitutional Council to public law.**

For the last ten years public law has undergone profound changes due to the influence of the case law of the Constitutional Council. These changes which have not yet been perceived, manifest themselves, on the one hand, by an upheaval in the fundamental principles of public law : that of legality, hierarchy of rules and sources of law, and, on the other hand, by a tendency toward the reunification of public law based on the constitutional underpinnings which have developed and which from now on will significantly influence administrative law, civil liberties and public finance with all the consequences resulting therefrom. In addition constitutional law having again become a basic principle of law as a result of its case law expression and henceforth more and more related to the international and EEC law, may no longer be taught in the same manner as before. Otherwise it will give an incomplete education in the current state of the law to future lawyers. Public law from the pre 1970 period has become historical public law.

RÉSUMÉ. — Depuis une dizaine d'années, le droit public est en profonde mutation sous l'influence de la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Cette mutation, dont on n'a pas encore pris conscience, se traduit, d'une part, par un bouleversement des données fondamentales du droit public : principe de légalité, hiérarchie des normes et sources du droit, et, d'autre part, par une tendance à la réunification du droit public à partir du soubassement « constitutionnel » qui se développe et conditionne désormais étroitement le droit administratif, les libertés publiques et les finances publiques, avec les conséquences que cela comporte. Par ailleurs, le droit constitutionnel, redevenu droit de base à travers son expression jurisprudentielle et désormais, de plus en plus, articulé avec le droit international et communautaire, ne peut plus être enseigné comme auparavant sous peine de donner une formation incomplète de droit positif aux futurs juristes. Le droit public d'avant 1970 est devenu l'ancien droit public.

Le défenseur de l'Exécutif

Il peut paraître paradoxal de présenter le Conseil constitutionnel comme le « défenseur de l'Exécutif » alors que, de plus en plus et à la satisfaction apparemment générale, il passe plutôt pour en être aujourd'hui le censeur. Il y a même, on le craint, une sorte d'inconvenance à mentionner encore cette fonction ingrate qui s'est, à ce point, effacée derrière de plus nobles missions que, dans les discours en forme de bilan-perspectives qu'ils échangèrent le 8 novembre 1977, le Président de la République et le président de cette haute instance ne l'ont évoquée qu'à travers la notion plus neutre d'équilibre des pouvoirs.

On comprend au demeurant que la garantie des libertés individuelles, la protection des droits de l'opposition, la sauvegarde des prérogatives du Parlement soient des vocations plus flatteuses et plus profitables au prestige d'une institution qu'elles ont en effet ornée d'une auréole de libéralisme, contribuant ainsi à l'enraciner malgré une longue tradition constitutionnelle qui lui était contraire. Il n'en reste pas moins qu'à l'origine il ne faisait de doute pour personne que le Conseil devait sa création, non pas au revirement d'une opinion devenue soudain favorable à un véritable contrôle de la constitutionnalité des lois, toujours suspect au plus grand nombre de conduire au gouvernement des juges, mais bien au souci d'assurer une sanction juridique aux dispositions qui, dans la nouvelle Constitution, consacraient, avec la restauration de l'autorité gouvernementale, l'indépendance et les prérogatives de l'Exécutif qui en étaient les conditions.

Cette mission assignée au Conseil semblait d'autant plus nécessaire que, selon toute prévision, cette autonomie et ces prérogatives subiraient les assauts répétés d'un pouvoir parlementaire, naturelle-

ment enclin à la prépotence et qui ne s'accommoderait jamais du cantonnement auquel, de propos délibéré, le constituant avait décidé de le réduire. La défense de l'Exécutif trouvait ainsi son domaine d'élection dans le maintien de la répartition des compétences normatives établie par les articles 34 et 37 au détriment de l'universalité législative. Elle ne s'y limitait cependant pas. Chaque fois que les pouvoirs reconnus au Gouvernement et l'équilibre institutionnel particulier qui devait en résulter risqueraient d'être méconnus, menacés ou altérés — que ce soit par le règlement des assemblées ou par une loi organique, qu'il s'agisse du domaine financier, voire du domaine international — le Conseil serait destiné à intervenir pour protéger ces pouvoirs et rétablir cet équilibre. La fonction paraissait si évidente que certains n'hésitèrent même pas à imputer à l'organe créé pour la remplir une dévotion politique, aussi inconditionnelle qu'unilatérale, qui, conforme, sinon à l'indépendance des hommes, du moins à ce qui semblait être la nature des choses, achevait d'en confirmer la détermination.

Le système mis en place par le constituant, s'il était certainement informé par cette finalité, ne se présentait pas cependant comme un ensemble homogène capable de la servir seule et en toutes circonstances. Il était constitué par une juxtaposition de procédures qui, ayant en commun de conduire au Conseil, se différençaient en fonction de trois éléments : le caractère automatique ou aléatoire de leur déclenchement et, dans ce dernier cas, la qualité des opérateurs institutionnels habilités à le provoquer et dont les intérêts à cet égard pouvaient être variables ; les actes susceptibles d'être soumis au contrôle, dont la nature n'était pas identique ; les références de la constitutionnalité et la plus ou moins grande rigueur du rapport de subordination que celle-ci impliquait. Ces trois éléments, qui constituaient autant de paramètres, pouvaient jouer de façon concordante de sorte que le système demeure cohérent et reste globalement conforme à sa vocation particulière. Mais ils pouvaient aussi influencer sur la pratique de telle manière que l'aptitude de chaque mécanisme à la défense de l'Exécutif s'en trouve affaiblie ou même contrariée, le système perdant alors tout à la fois son homogénéité et sa cohérence. C'est en effet ce qui devait se produire dans des conditions et avec des conséquences qu'il faut tenter de déterminer.

L'Exécutif devait d'abord être protégé contre les atteintes que pouvaient porter à son indépendance et à ses prérogatives deux catégories d'actes d'autant plus importants que, complétant l'édifice

constitutionnel, ils sont susceptibles d'en modifier l'économie : *les règlements des assemblées et les lois organiques*. Pour remplir sa fonction, le contrôle ne pouvait être qu'un contrôle obligatoire de conformité. Son automaticité le rendrait indépendant de toute initiative extérieure traduisant une quelconque stratégie proprement politique. Son efficacité, garantie par l'exigence de conformité, ne dépendrait que de la plus ou moins grande rigueur dans l'interprétation des dispositions pertinentes de la Constitution.

Il n'est guère contestable que ce mécanisme a fonctionné et fonctionne encore conformément à sa vocation protectrice, même si la pratique des déclarations de conformité sous réserve lui a conféré une élasticité plus apparente que réelle et si la distinction, au sein des règlements, des dispositions ayant ou non valeur constitutionnelle, a contribué à en réduire quelque peu le champ d'application. Par une interprétation rigoureuse du système institutionnel, considéré dans sa lettre aussi bien que dans son esprit, en subordonnant de surcroît leurs règlements à des lois organiques dans l'élaboration desquelles le Parlement n'avait eu aucune part, le Conseil a coupé court à toute tentative des assemblées d'établir les règles de leur organisation et de leur fonctionnement, ou de les modifier, dans des termes qui, directement ou indirectement, auraient pu entreprendre sur l'autonomie du Gouvernement ou sur ses prérogatives. Cette vigilance, dont on avait souligné la sévérité initiale, ne paraît pas s'être sensiblement relâchée, comme le montrent des décisions telles que celles du 2 juin 1976 ou du 3 novembre 1977.

Et si la même sévérité ne s'est pas exercée à l'encontre des lois organiques, c'est probablement que celles d'entre elles qui touchent à l'équilibre institutionnel, tel que le détermine la Constitution, n'ont pas, jusqu'à présent, fait l'objet de modifications fondamentales ; encore que, là aussi, certaines décisions puissent passer pour significatives. La réforme de la loi organique sur les lois de finances, désormais plus ou moins inévitable et sur laquelle pèse déjà la perspective de la rigueur du contrôle, constituera à cet égard une indication décisive.

L'Exécutif devait ensuite être défendu contre les altérations de ses prérogatives qui pourraient résulter de *la loi*. Le mécanisme de sauvegarde, directement lié à la répartition des compétences dont il avait été conçu pour assurer la sanction, paraissait aussi complet et prévoyant que possible. A des procédures de prévention, il ajoutait une procédure de restauration.

A la différence du précédent, il n'a cependant pas fonctionné avec l'efficacité dont on avait cru pouvoir le créditer. Le phénomène a fait l'objet d'un examen approfondi (cf. *Vingt ans d'application de la Constitution de 1958 : le domaine de la loi et du règlement*, Aix-en-Provence, 1978) qui permet de mieux en apercevoir les raisons. Celles-ci tiennent à la conjugaison de deux facteurs. D'une part, sous son apparente rationalité, le partage des compétences procédait d'un démembrement plus ou moins arbitraire du processus normatif, de sorte que son application pratique devait en révéler la relative incertitude et la fréquente incommodité. D'autre part, le caractère facultatif du contrôle faisait de celui-ci un instrument potentiel de stratégies purement politiques pour les autorités auxquelles était réservée la faculté de le mettre en œuvre et qui n'en usèrent dès lors que dans la mesure où elles y avaient un intérêt dont le respect du partage des compétences n'était pas l'élément exclusif, ni même parfois déterminant.

C'est ainsi que les procédures préventives se trouvèrent plus ou moins neutralisées. Ce fut le cas de celle prévue par l'article 41 qui, après un usage limité et sans commune mesure avec la masse des amendements parlementaires, ne fut plus mise en œuvre depuis 1968 jusqu'à sa réanimation récente, considérée cependant comme son « chant du cygne » (L. Favoreu) ; tant il est difficile au Gouvernement d'ouvrir les hostilités au stade de la discussion des textes sans créer un climat politiquement défavorable à la réussite de ses entreprises. Mais ce fut aussi le cas de la procédure de l'article 61 ; car on voit tout aussi mal les présidents des assemblées saisir le Conseil constitutionnel d'un texte étendant le domaine de la loi que les autorités exécutives venir réclamer le respect d'un partage que pour des raisons aussi bien techniques que politiques, elles ont elles-mêmes plus ou moins délibérément ignoré ou méconnu.

La vocation protectrice du système s'est donc, pour l'essentiel, réduite à la procédure restauratrice de l'article 37-2 dont l'usage aurait dû demeurer exceptionnel et qui est, au contraire, la plus usitée. Outre que la ressource qu'elle lui offre permet à l'Exécutif de faire l'économie des inconvénients des procédures préventives, elle lui permet aussi de provoquer l'intervention du Conseil dans un climat débarrassé de sa pesanteur politique et dans des termes juridiques qu'il détermine seul à la mesure de ses besoins purement contingents.

Dans ces conditions, il ne faut pas s'étonner que les frontières du partage des compétences se soient déplacées au bénéfice du Législatif dans une étendue d'ailleurs difficile à apprécier faute de connaître avec

exactitude le nombre et la portée des textes justiciables d'un contrôle dont personne n'a demandé la mise en œuvre. Et si, lorsque ce contrôle vient néanmoins à s'exercer, il apparaît empreint d'une certaine compréhension, on ne saurait non plus en être surpris. Réduisant au minimum indispensable la perturbation qu'une application rigoureuse du partage risquerait de faire subir à l'ordonnement juridique traditionnel, cette compréhension n'est pas incompatible avec le comportement d'un Gouvernement plus soucieux de s'entendre avec les majorités disposées à cautionner politiquement ses textes qu'à entrer en conflit avec elles pour la satisfaction juridique incommode de faire systématiquement respecter la lettre incertaine de la Constitution.

Le système aurait pu en rester là. Même si des circonstances différentes de celles en vue desquelles il avait été institué en avaient révélé les imperfections de structure, modifié l'économie et réduit l'efficacité, il n'en serait pas moins demeuré fidèle à sa destination initiale.

Mais il comportait un autre mécanisme qui, malgré son identité d'aménagement avec le contrôle de la loi, visait un tout autre objectif que celui assigné à celui-ci. Il ne s'agissait plus du maintien de la position particulière de l'Exécutif dans l'équilibre institutionnel, ni de la sanction du respect des compétences qui y étaient attachées. Il s'agissait de la sauvegarde de l'indépendance nationale à travers la constitutionnalité des *engagements internationaux*. Les deux mécanismes se distinguaient non seulement par le fait que les stratégies éventuellement poursuivies par les autorités habilitées à déclencher le contrôle pouvaient n'être pas homologues mais aussi parce que, directement tributaires de finalités spécifiques, les références de constitutionnalités n'étaient pas nécessairement identiques ici et là. Il suffisait que cette double différence soit méconnue pour que s'amorce un processus dialectique de confusion capable de modifier radicalement la vocation globale du système. C'est en effet ce que réalisèrent en une année les décisions du 19 juin 1970 et du 16 juillet 1971.

Statuant sur la constitutionnalité d'un traité, la première incorpore le préambule aux références du contrôle, ce qui pouvait se justifier par la présence dans ce texte, par renvoi à celui de 1946, de principes intéressant les relations internationales et ce qui ne faisait que renforcer les exigences de compatibilité. Mais, si le contrôle avait été déclenché par le Premier ministre, celui-ci n'avait agi en réalité que pour faire pièce à l'initiative d'un membre de la majorité

hostile à la politique communautaire du Gouvernement, initiative qui préfigurait, sous une autre forme, ce que permettrait la saisine de groupe. Le système avait donc bien fonctionné pour prémunir le Gouvernement, mais contre une attaque d'une partie de sa propre majorité.

Statuant au contraire sur la constitutionnalité d'une loi, la seconde décision maintint le Préambule dans les références du contrôle, alors que le précédent que constituait la première décision n'avait aucune valeur. L'intention clairement exprimée par le constituant était en effet que le Préambule demeure exclu du contrôle de la loi, tout renvoi à ce texte ou toute reproduction de telle ou de telle de ses formules dans la rédaction de l'article 34 ayant été formellement écartés. Outre que, pour fonder un contrôle d'une suffisante précision, le Préambule, même dans sa version de 1946, était rédigé en termes beaucoup trop généraux, cette exclusion confirmait la vocation spécifique du contrôle auquel était soumise la loi. On avait voulu que celui-ci ne sanctionne qu'un certain équilibre institutionnel avec lequel le Préambule n'avait en lui-même rien à voir et éviter que, dépassant cet objectif déterminé, le contrôle ne puisse se retourner contre le législateur pour lui imposer d'autres sujétions que celles indispensables à la sauvegarde de l'indépendance et des prérogatives de l'Exécutif.

Mais si l'incorporation du Préambule était ainsi contraire à la finalité particulière du contrôle de la loi, paradoxalement, la nature du différend dont était saisi le Conseil constitutionnel la rendait nécessaire. En le saisissant, en effet, le président du Sénat n'avait pas agi dans le cadre de l'équilibre Législatif-Exécutif déterminé par la Constitution mais par un réflexe de défense de sa propre assemblée, hostile à une réforme que la majorité de l'Assemblée nationale avait fini par imposer. L'équilibre institutionnel en cause était celui des deux assemblées à travers la divergence de leurs majorités et il ne pouvait être apprécié que par rapport à des dispositions de fond auxquelles l'une et l'autre seraient considérées comme assujetties. c'est-à-dire, en l'espèce, au Préambule pour tant est qu'il ait comporté des dispositions pertinentes, ce qui *a priori* ne paraissait même pas évident. La résonance libertaire de cette décision, qui lui valut le succès que l'on sait, la fit passer pour une défaite du Gouvernement. En réalité, l'Exécutif en sortait moins vaincu que le Législatif définitivement assujetti dans des proportions que l'imprécision du Préambule laissait à l'appréciation discrétionnaire du Conseil.

Présentée comme un élément d'un statut de l'opposition rendu politiquement souhaitable par la persistance du phénomène majoritaire, la réforme instituant la saisine de groupe s'inscrit dans la ligne de ces deux précédents dans la mesure où ceux-ci avaient déjà révélé que le système pouvait fonctionner comme une procédure d'arbitrage dans des conflits de majorité. En remettant la faculté de saisir le Conseil à ce qu'il faut bien appeler une minorité, cette réforme n'a pas seulement donné à l'opposition le moyen de transformer son impuissance politique en victoire constitutionnelle. Elle a fait du contrôle une structure d'arbitrage généralisée et du Conseil le protecteur potentiel de toutes les minorités contre toutes les majorités. À l'usage, le mécanisme s'est en effet révélé capable de servir n'importe quelle stratégie dont la référence à la Constitution est plus souvent l'arme que son respect n'en est l'objectif.

Curieusement, il n'est pas exclu que le contrôle ne retrouve cependant sa vocation originale. Ainsi, a-t-on pu voir une minorité de sénateurs saisir par deux fois le Conseil constitutionnel pour obliger le Gouvernement à exercer ses compétences (décisions du 27 juillet 1978 et du 23 mai 1979). Les temps sont donc révolus où l'Exécutif pouvait compter sur la complicité parlementaire pour renoncer impunément à ses prérogatives en escomptant que le Législatif ne se plaindrait pas de l'extension de son domaine. La minorité d'une assemblée peut désormais lutter contre l'inertie résultant, au détriment de l'équilibre institutionnel, de l'entente tacite des autorités et placer son président dans la situation inconfortable d'avoir à voler au secours d'une éventuelle victoire dont le mérite risque de lui échapper.

Aussi bien, pour mesurer l'impact du nouveau mécanisme sur la défense de l'Exécutif, réduit à la parade des promulgations précipitées, ne suffit-il pas de le considérer du seul point de vue des stratégies qu'il favorise. Il faudrait encore procéder à un bilan synthétique des décisions qui en sont le produit. Il n'est pas certain qu'un tel bilan, pour tant est qu'il soit réalisable, conduirait à des conclusions vraiment significatives, c'est-à-dire à une classification, même sommaire, des décisions en fonction de leur vertu protectrice du Gouvernement. Quand bien même ces vertus apparaîtraient à la lecture de leur dispositif, ce sont très souvent leurs motifs qui en constituent l'apport essentiel. Et l'on sait qu'il y a plus d'une manière de motiver une décision, depuis celle qui consiste à invoquer les prérogatives du Parlement pour choisir cependant une interprétation favorable au comportement du Gouvernement jusqu'à celle qui procure des consolations en forme d'hypothèques sur l'avenir, sans oublier les « petites phrases » et autres *obiter dictum*.

En assignant à l'organe qu'il instituait la mission de défendre l'Exécutif, le constituant a sans doute oublié que le sabre de la Garde nationale était, comme on le sait, destiné à défendre le Gouvernement mais au besoin à le combattre. La conception du système méconnaissait cette logique des institutions qui veut qu'elles aillent jusqu'au bout de leurs propres finalités sans égard aux limites dans lesquelles on croit pouvoir les inscrire. Il n'est pas dans la nature d'un contrôle de constitutionnalité de se borner à défendre un seul pouvoir mais au contraire de les assujettir tous à leur loi commune. A son tour, la technique choisie était probablement trop juridique pour ce que l'objectif qu'elle devait servir avait de fondamentalement politique. Ce sont les facteurs politiques dont l'incidence n'avait pas été et ne pouvait pas être éliminée qui, différents de ce que l'on avait prévu, ont détourné le système d'une vocation particulière qu'ils ont privé de sa justification. Aussi bien, cette vocation n'était-elle finalement qu'auxiliaire. Il reste à souhaiter que les précédents accumulés aux temps des majorités satisfaites et qui en auront été le luxe ne pèsent pas trop lourd dans d'autres circonstances.

J. BOULOUIS. — *The defender of Executive Power.*

Although it has now faded behind other functions, the basic mission assigned to the Constitutional Council by its creators, was the defense of the executive power. As a result of their development and because they were subject to the test of a reality different from that which they were conceived, the mechanisms which should have permitted it to fulfill its mission, have functioned with a different sort of efficiency. These mechanisms have also resulted in a fundamental evolution in the Council's mission and have made it the arbitrator of the various political forces rather than the defender of the executive power, even against itself.

RÉSUMÉ. — Bien qu'elle se soit effacée derrière d'autres fonctions, la défense de l'Exécutif était la mission essentielle assignée par le constituant au Conseil constitutionnel. Les mécanismes qui devaient lui permettre de la remplir, du fait de leur aménagement et à l'épreuve d'une pratique différente de celle pour laquelle ils avaient été prévus, non seulement ont fonctionné avec une efficacité différente mais encore ont entraîné une transformation fondamentale de cette mission, pour faire du Conseil non plus le défenseur de l'Exécutif, fût-ce contre lui-même, mais l'arbitre de tous les équilibres politiques.

DANIÈLE LOCHAK

Le Conseil constitutionnel protecteur des libertés?

Lorsque, en 1971, le Conseil constitutionnel avait, de façon imprévue et, pour tout dire, inespérée, invalidé les dispositions d'un texte restreignant la liberté d'association, un certain malaise s'était emparé de beaucoup d'esprits, partagés entre l'inquiétude et la satisfaction. L'inquiétude s'étant progressivement dissipée, à mesure que s'éloignait le spectre d'un gouvernement des juges, seule demeure aujourd'hui la satisfaction. On semble admettre que l'étendue des pouvoirs dont dispose le Conseil constitutionnel pour appliquer des textes vagues, ambigus et contradictoires est contrebalancée par la prudence, le tact avec lesquels il les utilise ; que le risque de voir cet organe de contrôle imposer ses vues à un Parlement démocratiquement élu et exprimant la volonté de la nation est donc minime et, partant, acceptable au regard de la contribution essentielle qu'apporte le Conseil constitutionnel à la protection des libertés publiques. Bilan globalement positif, en somme. D'où cette nouvelle image de l'institution qui se dessine peu à peu : à l'instar du Conseil d'Etat, création autoritaire devenue une pièce essentielle du régime libéral, le Conseil constitutionnel, destiné à l'origine à surveiller le Parlement pour le compte de l'Exécutif, serait devenu au fil des ans le garant de nos droits et libertés menacés par les entreprises d'un Gouvernement libéré de toute entrave, puisque assuré d'une majorité automatique au Parlement.

L'opportunité de la plupart des invalidations prononcées par le Conseil constitutionnel n'est guère contestable. Mais suffit-elle à justifier un optimisme qui semble assez généralement partagé ?

A considérer avec un regard tant soit peu critique les décisions rendues depuis une dizaine d'années touchant aux libertés publiques (1), on ne manque pas d'en retirer une impression de flou juridique et d'ambiguïté politique. L'un et l'autre ne sont du reste imputables qu'indirectement au Conseil constitutionnel ; ils résultent du dilemme dans lequel il se trouve enfermé, dilemme que Jean Rivero a parfaitement résumé : si le juge constitutionnel s'en tient à la lettre des dispositions constitutionnelles, son contrôle est inefficace et inutile dans la mesure où elles ne fournissent qu'exceptionnellement une réponse à la question posée ; si, à l'inverse, il s'efforce de donner vigueur à ces dispositions par une interprétation « constructive » — autrement dit subjective —, il s'expose au grief d'arbitraire et à l'accusation de vouloir gouverner. Soucieux d'éviter ces deux écueils, le Conseil constitutionnel pratique la navigation à vue, qui s'accommode mal d'une rigueur juridique au demeurant inaccessible avec les instruments dont il dispose, mais tout aussi peu d'une cohérence politique également illusoire au regard des exigences contradictoires auxquelles il est soumis.

FLOU JURIDIQUE

Disons-le d'emblée : il n'est pas possible de bâtir un raisonnement argumenté et juridiquement convaincant sur des fondements aussi mouvants que la Déclaration des droits de l'homme de 1789, conçue déjà à l'époque comme un simple rappel du droit naturel, le Preamble de la Constitution de 1946 qui est le fruit d'un compromis politique, ou ces fameuses « lois de la République » dont on ne sait au juste ce qu'elles recouvrent ni ce qui, en elles, est fondamental, donc immuable, et ce qui ne l'est pas. On ne s'étonnera pas de ce

(1) Selon nos calculs, 17 décisions ont été rendues dans ce domaine sur la base de l'article 61, al. 2 de la Constitution : 16 juillet 1971, associations ; 27 décembre 1973, taxation d'office et accès au juge ; 15 janvier 1975, interruption volontaire de grossesse ; 23 juillet 1975, juge unique ; 15 juillet 1976, consultation du dossier des fonctionnaires ; 2 décembre 1976, amendes pénales en matière de prévention des accidents du travail ; 12 janvier 1977, fouille des véhicules ; 5 juillet 1977, emploi des jeunes et participation ; 20 juillet 1977, service fait dans la fonction publique ; 23 novembre 1977, liberté de l'enseignement ; 18 janvier 1978, contre-visite médicale ; 27 juillet 1978, exécution des peines ; 22 novembre 1978, quartiers de haute sécurité ; 17 janvier 1979, vote plural aux conseils de prud'hommes ; 12 juillet 1979, péages sur les ouvrages d'art ; 25 juillet 1979, grève à la radio et à la télévision ; 9 janvier 1980, immigration. Par ailleurs, il faut aussi tenir compte des décisions qui se prononcent sur la constitutionnalité des lois organiques ou encore sur la répartition des compétences entre la loi et le règlement, dont plusieurs touchent directement au domaine des libertés publiques.

que le Conseil constitutionnel, sur des principes insaisissables, ne réussisse à construire qu'une argumentation fragile.

Des principes insaisissables. — Tout a été dit sur la liberté que laissent au Conseil constitutionnel des dispositions ambiguës, vagues, parfois contradictoires, dont il détermine discrétionnairement la valeur juridique et les conditions d'application. De cette liberté dans le choix, l'interprétation et l'application des « principes à valeur constitutionnelle », on a fréquemment souligné les conséquences politiques : le risque d'un gouvernement des juges ; on a moins insisté sur les conséquences juridiques : l'incertitude qui s'attache à l'existence, à la consistance, à la valeur et à la portée des normes constitutionnelles. Principes introuvables, principes à géométrie variable, principes au contenu élastique ou aux effets aléatoires... : la souplesse et la flexibilité des normes applicables découlent inexorablement de la subjectivité de l'interprétation par le juge des dispositions constitutionnelles.

Parmi les principes qu'invoque le Conseil constitutionnel, il en est dont on chercherait en vain la trace dans un texte quelconque, constitutionnel ou même législatif. Dans l'utilisation qu'il fait de ces principes introuvables (mais retrouvés...), le Conseil constitutionnel procède un peu à la manière du Conseil d'Etat qui, lui aussi, « découvre » des principes généraux du droit dont il impose le respect à l'Exécutif en dehors de toute règle écrite. Ici et là se manifeste la même technique d'interprétation « constructive », selon cet euphémisme consacré qui dissimule pudiquement l'arbitraire du juge derrière la volonté présumée du constituant ou du législateur. Parfois, la formulation du principe résulte d'une simple généralisation à l'ensemble du droit de règles antérieurement consacrées dans des domaines particuliers ; cette démarche inductive et synthétique, qu'illustre l'accession des droits de la défense au rang de principe général du droit d'abord, de principe à valeur constitutionnelle ensuite (2 décembre 1976), représente une forme atténuée du pouvoir normatif que s'octroie le juge. Plus audacieuse, donc plus contestable, apparaît la transmutation d'exigences éthiques en règles de droit positif à la portée aussi incertaine que les principes moraux qui les inspirent — tel le « respect de tout être humain dès le commencement de la vie », principe introuvable auquel le Conseil constitutionnel n'hésite pas à confronter les dispositions de la loi sur l'interruption volontaire de grossesse pour en apprécier la constitutionnalité (15 janvier 1975) — ou encore la création *ex nihilo*, sous couvert des nécessités de la vie en société et du fonctionnement des institutions, d'un

principe de continuité des services publics, dont l'effet le plus évident est de restreindre l'exercice d'un droit doté, lui, d'une valeur constitutionnelle incontestable : le droit de grève (25 juillet 1979) (2).

D'autres principes, dont le fondement formel est mieux établi, demeurent pourtant tout aussi insaisissables et fuyants, dans l'impossibilité où l'on est de connaître avec certitude leur contenu ou leurs effets. Il y a d'abord ces principes à géométrie variable dont la portée se modifie en fonction des hypothèses auxquelles on les applique : ainsi de la liberté d'association, si précieuse dans la généralité des cas qu'elle exclut jusqu'à l'éventualité d'un contrôle du juge judiciaire, non pas même sur leur constitution mais préalable à leur déclaration — si dévalorisée en revanche s'agissant de la « catégorie particulière » des associations étrangères que ces idées généreuses cessent brusquement de recevoir application (3). Quoique de façon moins visible, la même dualité affecte l'application du « principe de liberté » invoqué dans la décision sur l'interruption volontaire de grossesse, dont il ressort que la seule liberté constitutionnellement protégée est celle de *ne pas* avorter : la liberté d'avorter elle, semble bien être exclue du champ d'application du principe, limité ainsi aux hypothèses où il est dépourvu de portée pratique.

Il est des principes dont la portée est incertaine parce que leur contenu intrinsèque demeure indéterminé. C'est le cas de la plupart des « principes particulièrement nécessaires à notre temps » énumérés par le Préambule de 1946, dont le Conseil constitutionnel a consacré la valeur constitutionnelle sans en définir simultanément le contenu, laissant au législateur le soin de déterminer les conditions de leur mise en œuvre. Cette formule, probablement inévitable compte tenu de la très grande imprécision de ces principes, leur confère en tout cas un contenu assez largement élastique, comme le montre la décision relative au principe de participation (5 juillet 1977). Un fort coefficient d'incertitude s'attache aussi aux principes dont le contenu est plus ou moins précis, mais dont les effets, eux, sont aléatoires, soit

(2) Ajoutons à la défense du Conseil d'Etat, dont on a parfois pris un malin plaisir à souligner les divergences d'appréciation avec le Conseil constitutionnel à l'avantage de celui-ci, qu'en l'occurrence le juge constitutionnel a été plus loin que le juge administratif en conférant expressément valeur constitutionnelle au principe de la continuité du service public, et en en imposant donc le respect au législateur lui-même.

(3) Si malmenée aussi, lorsque sont en cause les associations assimilées à des groupes de combat ou milices privées que le Gouvernement peut les dissoudre par décret en vertu de la loi (républicaine) de 1936. Tel est le sens de la décision du 16 juillet 1971 qui juge inconstitutionnel tout contrôle exercé sur la constitution ou la déclaration des associations, en réservant le cas des « mesures susceptibles d'être prises à l'égard de catégories particulières d'associations ».

que l'application du principe demande à être modulée en fonction des circonstances concrètes, soit qu'il doive se concilier avec un autre principe de valeur analogue. Parmi ces principes, dont la portée n'est plus que relative, figure le droit de grève, dont le Conseil constitutionnel estime qu'il peut être soumis aux limitations nécessaires « en vue d'assurer la continuité du service public qui, tout comme le droit de grève, a le caractère d'un principe de valeur constitutionnelle » (25 juillet 1979). De même, la liberté de conscience, principe fondamental reconnu par les lois de la République, doit se concilier avec cet autre principe fondamental qu'est la liberté de l'enseignement, ce qui justifie d'imposer aux maîtres enseignant dans les établissements privés un devoir de réserve en vue d'assurer le respect du caractère propre de ces établissements, corollaire de la liberté de l'enseignement (23 novembre 1977). C'est enfin le principe d'égalité qui, sous sa forme absolue (« la loi doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse »), est non seulement rigoureusement inapplicable, mais incompatible avec la promotion d'une égalité réelle entre les citoyens. Ceci posé, il n'est guère aisé de distinguer entre les discriminations normales, parce que fondées sur des différences de situation, et compatibles avec la finalité même de la loi — puisque tel est le critère dégagé par le Conseil constitutionnel (17 janvier 1979) — et celles qui, ne répondant pas à cette double condition, sont inconstitutionnelles (4).

Une argumentation fragile. — Si l'argumentation juridique idéale-typique emprunte les voies du syllogisme, le caractère fuyant des règles applicables entraîne ici la défection de la « majeure » et, par voie de conséquence, la fragilité du raisonnement syllogistique dans son ensemble. De sorte que les solutions auxquelles parvient le Conseil constitutionnel, même lorsqu'elles paraissent opportunes au regard de la protection des libertés, n'emportent pas l'adhésion franche et entière au plan juridique. Parfois, ce sont les prémisses qui sont contestables ; parfois c'est la conclusion qui ne s'impose pas à l'évi-

(4) Les trois textes déclarés inconstitutionnels par le Conseil constitutionnel instauraient sans doute des discriminations injustifiées (27 décembre 1973 : discrimination entre les contribuables quant à l'accès au juge ; 23 juillet 1975 : discrimination entre les citoyens poursuivis pour les mêmes infractions, jugés par des juridictions composés de façon différente ; 17 janvier 1979 : droit de vote plural conféré aux employeurs occupant un grand nombre de salariés pour les élections prud'homales). Mais la différence de traitement entre des condamnés à la même peine qui peuvent subir des conditions libérales ou strictes de détention n'était-elle pas critiquable, bien qu'elle ait échappé à la censure du Conseil ? (27 juillet 1978.) Et qu'est-ce qui justifiait la discrimination résultant de l'application de la loi sur l'emploi des jeunes quant à la mise en œuvre des procédures de participation entre des entreprises occupant la même nombre de salariés ? (5 juillet 1977.)

dence : la décision finale, sans être incompatible avec la règle invoquée au départ, n'en apparaît pas comme la conséquence logique et nécessaire. On a de ce fait l'impression que la pétition de principe prend le pas sur le raisonnement déductif rigoureux.

Ainsi, le choix discrétionnaire l'emporte assurément sur les arguments de texte dans le tri qu'opère le Conseil constitutionnel entre les droits et libertés qu'il qualifie de « principes fondamentaux reconnus par les lois de la République » et ceux auxquels il refuse cette qualification : en l'absence de toute disposition formelle dans le texte de la Constitution ou les textes auxquels elle renvoie, c'est pure affirmation que de reconnaître valeur constitutionnelle à la liberté d'association ou à la liberté de l'enseignement, mais non, par exemple, au principe de la gratuité de la circulation sur les voies publiques (*12 juillet 1979*), dont force est de constater que, s'il n'a pas la noblesse des précédents, il découle néanmoins aussi d'une « loi de la République », votée de surcroît en 1880, soit à la même époque que les plus grandes lois républicaines.

Cet arbitraire se retrouve encore dans la détermination des implications concrètes de tel ou tel principe : une fois admis que la liberté d'association est un principe de valeur constitutionnelle, rien n'indiquait que la simple possibilité de saisir l'autorité judiciaire préalablement à la délivrance du récépissé de déclaration dût être considérée comme une violation de ce principe, alors surtout que demeurait intacte la faculté pour une association de se constituer librement. De même (et on choisit ici à dessein les décisions qui ont contribué à établir sa réputation de garant des libertés), la construction juridique par laquelle le Conseil constitutionnel s'efforce de démontrer que le pouvoir attribué à la police de procéder à la fouille des véhicules « porte atteinte aux principes essentiels sur lesquels repose la protection de la liberté individuelle » (*12 janvier 1977*) frappe par le caractère vague de ses affirmations. D'une part, on ne peut citer aucun droit — que ce soit la liberté d'aller et venir, l'inviolabilité du domicile et de la correspondance, ou la sûreté — qui fût directement et indiscutablement mis en cause par la disposition critiquée ; d'autre part, de nombreuses lois avaient déjà consacré au profit d'autorités multiples le droit de fouiller les véhicules (5).

(5) Dans le même ordre d'idées, on admirera aussi, dans la décision du *9 janvier 1980*, pourtant fondée sur une disposition expresse de la Constitution (« nul ne peut être arbitrairement détenu »), le *distinguo* subtil opéré entre deux hypothèses apparemment proches mais auxquelles est réservé un sort différent : lorsque le juge judiciaire intervient au bout des quarante-huit heures, il n'y a pas détention arbitraire ; elle le devient si le juge n'est saisi qu'au bout de sept jours.

Que les décisions les plus opportunes sur le plan de la protection des libertés ne soient pas toujours les plus rigoureusement fondées en droit n'est paradoxal qu'en apparence : pour rejeter un recours, le Conseil constitutionnel peut se borner à constater que la loi qui lui est soumise ne contredit aucune disposition constitutionnelle — affirmation qui, si l'on s'en tient à la lettre des textes, est pratiquement toujours vérifiée ; en revanche, le caractère inconstitutionnel d'une disposition législative est rarement donné immédiatement, et le Conseil constitutionnel, pour l'établir, doit conférer un contenu à des principes vagues, s'engageant ainsi sur un terrain où plus rien n'est évident.

L'autre écueil, à l'opposé du précédent, que le Conseil constitutionnel n'évite pas toujours, est celui du formalisme juridique : ici, le cadre syllogistique est scrupuleusement respecté, mais la solution laisse néanmoins insatisfait parce qu'elle découle d'un raisonnement purement abstrait et superficiel qui évacue les véritables problèmes. Ainsi, dans l'affaire du service fait (*20 juillet 1977*), il se borne à constater que la retenue sur traitement, simple mesure comptable et non mesure disciplinaire, est exclue du champ d'application des droits de la défense : raisonnement formellement irréprochable mais qui néglige à la fois l'impact réel de la retenue sur traitement (plus grave, souvent, qu'une sanction disciplinaire) et la facilité avec laquelle elle peut être détournée de son objet primitif.

Tantôt maniant librement la pétition de principe, tantôt s'enfermant volontairement dans un formalisme juridique étroit, le juge constitutionnel reste maître de sa décision finale. L'incertitude des bases normatives, la fragilité de la démonstration, font inévitablement soupçonner le caractère largement téléologique de sa jurisprudence. Si ce soupçon est fondé, il devient légitime et nécessaire de s'interroger sur les implications concrètes des décisions du Conseil constitutionnel, en le suivant sur le terrain qui est véritablement le sien, aux confins du politique et du juridique.

AMBIGUÏTÉ POLITIQUE

Politique par la force des choses, mais se refusant à l'être pleinement, la jurisprudence du Conseil constitutionnel donne l'impression d'osciller continuellement entre l'audace et la prudence : l'audace qu'exige l'invalidation de textes législatifs sur la base de dispositions constitutionnelles fuyantes et incertaines ; la prudence indispensable pour éloigner le spectre du gouvernement des juges. Jurisprudence

au coup par coup, elle est nécessairement sinuose et, surtout, imprévisible. Seule une jurisprudence intégralement politique (ou, si tant est qu'elle soit concevable, strictement apolitique) pourrait prétendre à la cohérence d'un système ; une politique jurisprudentielle, qui s'efforce par définition de satisfaire à des impératifs contradictoires, prend le risque de l'incohérence ou, à tout le moins, de l'ambiguïté. L'ambiguïté, ici, doit s'apprécier au regard de la finalité du contrôle de constitutionnalité : si cette finalité, comme on le laisse entendre, est de faire échec aux entreprises gouvernementales qui menacent nos libertés, le bilan n'est pas aussi concluant qu'on le dit parfois. D'abord parce que la vigilance du Conseil constitutionnel s'avère sélective ; ensuite, parce que ses décisions apparaissent souvent comme autant de coups d'épée dans l'eau.

Une vigilance à éclipses. — A contester le bien-fondé de certaines décisions du Conseil constitutionnel, on s'expose au grief de prétendre substituer sa propre subjectivité à celle du juge. Il reste que si on s'attache au véritable enjeu de plusieurs textes qui lui ont été soumis, on montre aisément qu'il n'a pas toujours su — ou voulu — déjouer les pièges qu'ils recélaient.

Un texte apparemment inoffensif peut être dangereux par l'application qui en est faite : telle est la constatation réaliste et de bon sens qui a inspiré au Conseil constitutionnel deux de ses décisions importantes, relatives à la liberté d'association et à la fouille des véhicules. Ce qui l'a déterminé, ce sont les risques d'arbitraire et d'abus que comportaient des textes de circonstance votés à la demande du Gouvernement et qui s'inscrivaient ouvertement dans une stratégie d'ensemble visant, sous couvert de lutter contre la subversion ou contre la criminalité, à accroître de façon permanente le pouvoir des autorités de police. Or cette lucidité semble avoir fait défaut au Conseil constitutionnel dans d'autres affaires, notamment dans l'affaire du service fait : en refusant de censurer un texte lui aussi de circonstance, dont le but évident, sinon avoué, était de doter le Gouvernement d'une arme efficace et expéditive — la retenue sur traitement — pour lutter contre des formes d'action nouvelles dans la fonction publique, il a entériné un détournement de procédure lourd de conséquences puisqu'il laisse le champ libre à l'arbitraire des chefs de service en privant les fonctionnaires de moyens de défense utiles (6).

(6) Comme l'a parfaitement mis en lumière un ancien membre du Conseil constitutionnel : F. LUCHAIRE, Lorsque l'arbitraire devient la loi, in *Le Monde* du 28 juin 1977. Le Conseil d'Etat ne s'y était du reste pas trompé, puisqu'il avait

Attentif aux atteintes portées aux libertés, le Conseil constitutionnel n'eût-il pas dû, de même, profiter de l'occasion qui lui était offerte lors de l'examen de la loi sur la grève à la radio et à la télévision pour donner un coup d'arrêt à la dégradation continue d'une liberté de plus en plus malmenée dans le secteur public, en dépit de son indiscutable valeur constitutionnelle ? Or, s'il a éliminé certaines virtualités dangereuses du texte qui lui était soumis en déclarant inconstitutionnelle une formule qui eût conduit à imposer sur les trois chaînes, même en cas de grève, un service normal, il a admis l'idée que la diffusion, elle, devait dans tous les cas être assurée : ce qui, d'une part, prive les intéressés d'un droit de grève utile et, d'autre part, aboutit à gonfler encore, sans nécessité apparente, la catégorie des services « dont l'interruption porterait atteinte aux besoins essentiels du pays ». Le fonctionnement continu du service de la radio et de la télévision correspond-il à un impératif si évident et si absolu qu'il justifie cette nouvelle atteinte à un droit constitutionnellement consacré ?

Ces jugements à la Salomon que le Conseil constitutionnel affecte pour des raisons aisément compréhensibles, puisqu'ils lui permettent de se poser en défenseur des libertés sans paraître s'opposer systématiquement au Gouvernement et à la majorité du Parlement, ne sont pas pour autant à l'abri de la critique : car l'invalidation des dispositions les plus choquantes de certains textes peut servir de paravent au maintien d'autres dispositions dont les dangers, pour être moins évidents, n'en sont pas moins réels. On évoquait l'hypothèse de la grève à la télévision ; la remarque vaut plus encore au regard de la récente loi dite « Barre-Bonnet », officiellement destinée à prévenir l'immigration clandestine : le Conseil constitutionnel a censuré l'atteinte grossière à la liberté individuelle résultant de la possibilité de maintenir en détention les étrangers sous le coup d'une mesure d'expulsion, mais a laissé subsister d'autres dispositions inquiétantes par les pratiques qu'elles légitiment et les principes qu'elles enfreignent.

Finalement, ce texte, dont l'effet est de rendre plus précaire encore la situation des étrangers en aggravant le contenu d'un statut déjà bien peu conforme aux exigences élémentaires d'un Etat de droit, ressort presque indemne de son examen par le Conseil consti-

annulé des mesures de retenue sur traitement consécutives aux « grèves du 26^e élève ». Or on voit mal comment ce que le Conseil d'Etat refuse de qualifier de « grève » peut le devenir par la seule vertu d'un texte de loi ; à moins d'admettre qu'une loi peut modifier la définition de la grève telle qu'elle résulte des principes traditionnels du droit du travail.

tutionnel. Comment ne pas en éprouver quelque malaise ? Dans un domaine qui touche lui aussi de près à la liberté individuelle, puisqu'il concerne l'exécution des peines privatives de liberté, deux textes votés en 1978, dont l'un donnait une base légale aux quartiers de haute sécurité et l'autre instituait un régime de sûreté, auraient également mérité une plus grande vigilance de la part du Conseil constitutionnel. Excluant purement et simplement l'exécution des peines du champ d'application des principes fondamentaux du droit pénal, il a d'abord avalisé les pouvoirs exorbitants et sans contrôle conférés à l'administration pénitentiaire pour décider de l'affectation des détenus, notamment dans des quartiers de haute sécurité (27 juillet 1978) ; il a ensuite, au mépris du principe de l'individualisation des peines, avalisé une autre loi de circonstance dont le résultat indirect est d'allonger la durée des emprisonnements par l'application automatique ou facultative selon les cas d'un « régime de sûreté » (22 novembre 1978). Le Conseil constitutionnel n'a été ébranlé ni par l'enjeu politique évident de l'opération (qui faisait suite à une campagne de presse contre les permissions de sortie), ni par la dénonciation quasi unanime de cette « monstruosité judiciaire » (R. Badinter) par les milieux du barreau et de la magistrature.

Des coups d'épée dans l'eau. — La vigilance du Conseil constitutionnel a donc, parfois, été prise en défaut. Mais quand bien même elle ne l'a pas été, quel impact réel et concret peuvent avoir ses décisions ? La question mérite au moins d'être posée, même si elle entraîne sur un terrain où le Conseil constitutionnel n'est plus seul en cause. On ne saurait lui tenir rigueur de ce que ses décisions n'emportent que des effets limités, lorsqu'elles ne restent pas lettre morte, ni de ce que les textes censurés ne représentent qu'une larme dans l'océan au regard des inconstitutionnalités non censurées (7) ; il faut pourtant en tenir compte si l'on veut prendre la mesure exacte de la contribution de l'institution à la garantie des libertés publiques.

Le Conseil constitutionnel porte du reste une part de responsabilité dans cet état de choses. C'est le cas, par exemple, lorsque, saisi d'un texte dont il aperçoit les dangers potentiels, il pense

(7) Ce phénomène est particulièrement choquant lorsque le texte invalidé se bornait à élargir le champ d'application d'une loi antérieure qui, elle, demeure en vigueur : ainsi, la décision du 23 juillet 1975, par laquelle le Conseil constitutionnel a estimé inconstitutionnelle l'instauration d'un juge unique en matière correctionnelle dans la mesure où elle entraînait des discriminations, laisse subsister la loi du 29 décembre 1972 qui organise la même procédure pour certains délits et encourt donc les mêmes griefs.

pouvoir y parer en donnant des dispositions litigieuses une interprétation qui en minimise la portée et, partant, les dangers. Cette demi-mesure, qui consiste à « vider de son venin » le texte inermé, risque cependant de se révéler inefficace. Ainsi, dans sa décision du 20 juillet 1977, le Conseil constitutionnel, malgré tout conscient des risques d'arbitraire que comporte l'application de la règle du service fait dans sa nouvelle rédaction, prend soin de préciser que, pour justifier une retenue sur traitement, l'inexécution du service doit être suffisamment manifeste pour pouvoir être matériellement constatée sans porter d'appréciation sur le comportement de l'agent. Or, à supposer que cette mise en garde produise un effet quelconque sur ceux auxquels elle s'adresse, elle ne lève en aucune façon les principales inquiétudes que suscite le texte : elle pare à un danger qui, pour n'être pas négligeable — l'assimilation abusive des fautes individuelles commises par un agent à l'absence de service fait —, n'est pas le plus immédiat si l'on se réfère aux circonstances qui ont motivé le vote du texte : elle laisse subsister le risque d'une fixation arbitraire ou contestable du contenu des obligations de service (8) et conserve intact le pouvoir du supérieur hiérarchique de décider discrétionnairement d'opérer ou non, de façon sélective, des retenues sur traitement.

Myopie ou angélisme ? Disons que le Conseil constitutionnel fait preuve, en tout cas, d'optimisme lorsque, dans le souci louable de concilier la liberté de l'enseignement avec la liberté de conscience, il interprète l'obligation faite aux maîtres enseignant dans des établissements privés de respecter le caractère propre de ces établissements comme impliquant de leur part un devoir de réserve, et affirme simultanément que ce devoir de réserve ne porte pas atteinte à la liberté de conscience. L'absence de définition précise de ce que recouvre le « caractère propre », d'une part, l'adhésion positive et active qu'il suppose à certaines valeurs ou même à certains compor-

(8) Si, dans l'affaire de la « grève du 26^e élève », les enseignants avaient évidemment conscience d'agir en marge des règlements existants, le conflit qui a opposé le recteur de l'Académie de Toulouse à des enseignants de la Faculté des Lettres à l'issue de la longue grève de 1976 montre que le risque d'arbitraire n'est nullement illusoire : en l'espèce, le recteur avait opéré des retenues sur le traitement de ces enseignants qui, tout en assurant normalement leurs tâches d'examens, avaient refusé de lui communiquer les sujets proposés, jugeant cette procédure injustifiée, sinon même contraire aux principes qui régissent le fonctionnement de l'enseignement supérieur ; le recteur, de son côté, estimait que cette communication faisait partie de leurs obligations de service et que leur refus était assimilable à un fait de grève. Le tribunal administratif lui a donné tort, mais sans trancher le problème de principe, notant simplement que les faits reprochés n'étaient en tout état de cause pas constitutifs de faits de grève.

tements, eomme l'expérience l'a montré (9), d'autre part, laissent sceptique sur la compatibilité réelle du devoir de réserve avec la liberté de conscience.

La technique de l'invalidation partielle apparaît-elle aussi comme une de ces demi-mesures dont la portée pourrait bien, à l'usage, se révéler illusoire. Dans l'affaire de la grève à la télévision, elle a pour résultat de transformer un texte clair, ouvertement restrictif du droit de grève, en un texte obscur et ambigu : si obscur et si ambigu qu'on peut se demander s'il ne laisse pas la porte ouverte à des pratiques que l'amputation opérée par le Conseil constitutionnel visait précisément à proscrire. Il ressort de la rédaction finale du texte que les présidents des sociétés de programmes peuvent, si les personnels sont en nombre insuffisant — mais insuffisant au regard de quel critère ? —, requérir ceux des agents qui devront rester en fonction pour assurer la continuité des éléments du service — de quels éléments s'agit-il et comment s'apprécie leur continuité (10) ? La phrase, à vrai dire, n'a plus grand sens : mieux eût valu, tant du point de vue de la syntaxe que du droit, l'invalidier en entier ; le Conseil constitutionnel ne l'a pas voulu.

Mais le problème de l'effectivité des décisions du Conseil constitutionnel, de leur impact sur le plan pratique et sur le droit positif, doit aussi être posé en termes plus généraux, qui mettent en cause, au-delà de l'institution, l'ensemble du système de contrôle de constitutionnalité. Qui oserait affirmer aujourd'hui, malgré la décision du 9 janvier 1980, qu'aucun étranger ne sera plus interné en France par ordre des autorités de police, ou, simplement, que si de telles pratiques ont lieu, il se trouvera nécessairement un juge pour dire qu'elles sont inconstitutionnelles et les sanctionner ? L'exemple des fouilles de véhicules, auxquelles la police a continué à procéder après comme avant la décision du Conseil, montre assez combien ses déclarations d'inconstitutionnalité peuvent rester lettre morte. En l'espèce, le plus troublant n'est pas la persistance de pratiques

(9) On se souvient de l'affaire opposant une enseignante à l'établissement catholique qui l'employait et l'avait licenciée lorsqu'elle s'était remariée après avoir divorcé. Un premier arrêt de la Chambre mixte avait estimé que le licenciement était contraire au principe de la liberté de conscience ; l'assemblée plénière de la Cour de cassation a finalement opté pour la solution inverse dans un arrêt du 19 mai 1978. Que reste-t-il de la liberté de conscience dans une telle hypothèse ?

(10) Voici le texte de l'article avec, entre crochets, les amputations opérées par le Conseil constitutionnel : « Lorsque les personnels... sont en nombre insuffisant [pour assurer le service normal], le Président de chaque société peut, si la situation l'exige, requérir les catégories de personnels ou les agents qui doivent demeurer en fonction pour assurer la continuité des éléments du service [nécessaires à l'accomplissement des missions définies aux articles 1^{er} et 10]. »

paralégales ou illégales, mais l'aval qu'elles ont reçu de la part des juridictions judiciaires qui, sans prendre formellement le contre-pied de la position du Conseil constitutionnel, mais en en méconnaissant l'esprit, ont, par une interprétation extensive des textes en vigueur, ressuscité en fait, au profit des autorités de police, les pouvoirs qu'il leur avait refusés comme étant excessifs (11). Dans un contexte juridique différent, il faut rappeler aussi que la fameuse petite phrase contenue dans la décision du 28 novembre 1973, laissant entendre que la détermination des infractions correctionnelles assorties de peines privatives de liberté relève de la compétence du législateur, n'a amené aucun changement, ni dans l'attitude du Gouvernement, s'appuyant en l'occurrence sur un avis du Conseil d'Etat, ni dans l'attitude des juridictions pénales : s'interdisant d'apprécier la constitutionnalité des lois, elles continuent à appliquer les « règlements légalement pris » et à punir des peines prévues par la loi, y compris de peines d'emprisonnement, ceux qui y contreviennent. Ces incohérences, même si elles ne sont telles que pour le sens commun puisqu'il est aisé d'en montrer la « logique » juridique sous-jacente, font planer un doute sur l'efficacité du contrôle de la constitutionnalité des lois dans sa forme actuelle, à tout le moins au regard de cet objectif précis qu'est la protection des libertés publiques.

Tenu en suspicion par les uns, que ses pouvoirs inquiètent, encensé par les autres, que sa vigilance réjouit, le Conseil constitutionnel ne mérite finalement ni cette indignité, ni cet excès d'honneur. Son véritable rôle — et son principal mérite — ne serait-il pas, plus simplement, d'attester que la loi, elle aussi, peut être oppressive ?

(11) Dans l'affaire Trignol, le Trib. corr. de Paris, la cour d'appel de Paris et la chambre criminelle de la Cour de cassation (arrêt du 8 novembre 1979) ont successivement reconnu la légalité des fouilles de véhicules opérées dans le cadre d'investigations de police judiciaire dans le but de rechercher les auteurs de crimes et délits flagrants en s'appuyant à la fois sur les art. 53 et s. du CPP et sur l'art. L. 4 du Code de la route qui permet certaines vérifications relatives aux véhicules. L'application de ces dispositions interprétées extensivement aboutit à rétablir, sur d'autres bases juridiques, les pouvoirs étendus et imprécis que le Conseil constitutionnel avait censurés, puisqu'il se commet à chaque instant, en un point quelconque du territoire national, un crime ou délit flagrant rendant légitime la fouille des véhicules.

D. LOCHAK. — Constitutional Council : protector of Liberty ?

Since 1971 there is rather large consensus which considers the Constitutional Council as the vigilant and efficient protector of civil liberties. The author proposes a more sophisticated reading of the case law of the Constitutional Council focusing on the impression of legal vagueness and political ambiguity which emerge. The legal vagueness is explained by the fugitive and elusive nature of the principles relied on by the Constitutional Council as the grounds for its decisions and results in an often flimsy argumentation closer to begging the question than to deductive logic. The ambiguity comes from the contradictory objectives which are being pursued by a case law which is sometimes audacious and sometimes cautious. Analysis of the more significant decisions of the Constitutional Council shows that its vigilance has sometimes been lacking and legislation jeopardizing civil liberties has escaped its censorship. Finally the limited impact of its decisions although not being directly the fault of the Council, creates a certain doubt as to the effectiveness of the control exercised by the Constitutional Council over the protection of liberties.

RÉSUMÉ. — Depuis 1971, on constate un assez large accord pour considérer le Conseil constitutionnel comme le défenseur vigilant et efficace des libertés publiques. L'auteur propose une lecture plus nuancée de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, mettant en lumière l'impression de flou juridique et d'ambiguïté politique qui s'en dégage. Le flou juridique s'explique par le caractère fuyant, insaisissable des principes invoqués par le Conseil constitutionnel à l'appui de ses décisions, et se manifeste dans la fragilité fréquente de l'argumentation, plus proche de la pétition de principe que de la déduction syllogistique. L'ambiguïté tient aux visées contradictoires que poursuit une politique jurisprudentielle tour à tour audacieuse et prudente : l'analyse des principales décisions du Conseil constitutionnel montre que sa vigilance a souvent été prise en défaut et que des textes dangereux pour les libertés publiques ont échappé à sa censure. Enfin, l'impact limité de ses décisions, même s'il ne lui est pas directement imputable, laisse planer un doute sur l'efficacité réelle du contrôle exercé par le Conseil constitutionnel au regard de la protection des libertés.

PIERRE LALUMIÈRE

*Un domaine nouveau de l'intervention
du Conseil constitutionnel :
les dispositions constitutionnelles
à caractère financier et budgétaire*

Le 24 décembre 1979, en fin d'après-midi, on apprenait que la loi de finances pour 1980, votée par le Parlement quelques jours auparavant, avait été déclarée non conforme à la Constitution de 1958 par le Conseil constitutionnel (1). Cette nouvelle a certainement laissé l'opinion publique indifférente ; elle marquait cependant l'aboutissement d'un contrôle de constitutionnalité exercé dans le domaine financier et budgétaire. Par son importance, la décision du Conseil constitutionnel faisait sortir de la clandestinité cette jurisprudence mal connue.

Celle-ci ne s'est vraiment affirmée qu'à partir de 1974. Elle consiste à vérifier la conformité des lois de finances au bloc de constitutionnalité (incluant la Constitution et les lois organiques). Dans le domaine financier et budgétaire, le Conseil constitutionnel a apprécié la conformité des lois votées par le Parlement à certaines dispositions de la Constitution (art. 34, 39, 40, 44, 45, 47), ainsi qu'au contenu de l'ordonnance du 2 janvier 1959 portant loi organique en matière de lois de finances (prévue par les art. 34 et 47 de la Constitution). En fait, la jurisprudence financière et budgétaire du Conseil constitutionnel a surtout porté sur la correcte application de cette ordon-

(1) Cette étude exclut l'analyse des décisions du Conseil constitutionnel relatives aux ressources fiscales ou non fiscales : taxe parafiscale, rémunération de service rendu, prélèvement de coresponsabilité dans le secteur laitier, cotisation à la production d'isoglucose, etc.

nance. Les dispositions de la Constitution à caractère financier et budgétaire sont, la plupart du temps, sommaires ; elles ont été précisées et parfois aggravées par l'ordonnance portant loi organique qui est apparue comme l'élément fondamental du bloc de constitutionnalité.

Le contenu de l'ordonnance de 1959 est-il en parfaite harmonie avec les dispositions figurant dans la Constitution ? Certes, celles-ci sont reprises et complétées par l'ordonnance organique. Mais certains articles de cette même ordonnance se concilient mal avec les prescriptions de la Constitution. En outre, l'ordonnance comporte des éléments dont l'origine est parfois antérieure au régime de la V^e République. Dans un article consacré à la décision du Conseil constitutionnel du 24 décembre 1979 (*Le Monde*, le 3 janvier 1980), le P^r Loïc Philip relevait une contradiction entre l'article 40 de l'ordonnance du 2 janvier 1959 imposant un vote positif sur la première partie de la loi de finances (fixant les plafonds de recettes et de dépenses du budget) et les dispositions de l'article 42 de l'ordonnance de 1959 réglementant strictement le droit d'amendement des parlementaires sur les dépenses et les recettes en application de l'article 40 de la Constitution. Cette remarque est parfaitement pertinente. L'ordonnance de 1959 est une compilation de textes divers le plus souvent adoptés sous le régime de la IV^e République auxquels on a ajouté les développements imposés par les dispositions financières et budgétaires à la Constitution de 1958. Le décret-loi du 19 juin 1956 déterminant le mode de présentation du budget de l'Etat a servi de modèle à la rédaction de l'ordonnance de 1959. On a donc repris les apports de ce décret en l'actualisant pour tenir compte des nouvelles dispositions constitutionnelles. En définitive, la rédaction de l'ordonnance de 1959 a obéi à la logique du développement du droit financier et budgétaire, qui reprenait les acquis antérieurs en y ajoutant les données constitutionnelles nouvelles.

C'est surtout sur le titre III de l'ordonnance de 1959, consacré à la présentation et au vote du projet de loi de finances (c'est-à-dire à la procédure d'adoption du projet) qu'a porté le contrôle de constitutionnalité en matière financière et budgétaire. La loi de finances n'est pas en effet une loi comme les autres ; elle est l'acte le plus important pris par le Parlement chaque année ; elle constitue une décision politique par laquelle les assemblées accordent leur confiance au Gouvernement. Il est donc normal qu'elle soit soumise à une procédure particulière de discussion et de vote qui déroge sur de nombreux points à la procédure législative ordinaire. Les conditions d'examen du projet de loi de finances sont donc apparues comme le

domaine de prédilection d'un « parlementarisme rationalisé ». L'expérience récente et toute chaude de la IV^e République avait révélé l'incapacité de ce régime à dégager une majorité parlementaire disciplinée et stable au sein de l'Assemblée nationale. Les rédacteurs de la Constitution de 1958 estimèrent que le nouveau régime n'obtiendrait pas un meilleur résultat que le régime précédent. A défaut d'une majorité politique issue des élections, il leur apparut indispensable de dégager par des contraintes procédurales des majorités artificielles de circonstance qui voteraient les décisions budgétaires indispensables au fonctionnement normal des institutions. L'ordonnance du 2 janvier 1959 est une loi de procédure : en matière financière et budgétaire, les *questions de fond sont posées et résolues grâce à des débats de procédures* qui acculent les assemblées à prendre des décisions.

La formule élégante de parlementarisme rationalisé ne doit pas faire illusion ; elle se réduit toujours à un ensemble de contraintes nouvelles imposées à l'action du Parlement. L'ordonnance du 2 janvier 1959 a eu pour conséquence de limiter considérablement l'initiative financière des députés et sénateurs surtout durant la période « gaullienne » de la V^e République au cours de laquelle les gouvernements ont disposé d'une solide majorité parlementaire au sein de l'Assemblée nationale. Les procédures rationalisées de l'ordonnance de 1959 ont été alors pleinement utilisées par le Gouvernement qui, soutenu par une majorité disciplinée, a pris beaucoup de liberté dans l'interprétation des dispositions constitutionnelles à caractère financier et budgétaire. Certes, parfois les assemblées excédées élevaient quelques protestations ; mais cette rigueur s'est particulièrement exercée à l'égard de l'opposition surtout à l'Assemblée nationale.

L'année 1974 marque à un double titre un changement. D'abord la période gaullienne de la V^e République s'achève ; les péripéties de l'élection présidentielle provoquent un conflit entre les deux partis gouvernementaux ; une sourde compétition a mis progressivement en cause l'unité de la majorité au sein de l'Assemblée nationale, même si celle-ci ne s'est pas brisée. En outre, l'adoption de la loi constitutionnelle du 29 octobre 1974 qui autorise soixante parlementaires à saisir directement le Conseil constitutionnel permet au Parlement d'obtenir une correcte application des règles prévues par l'ordonnance du 2 janvier 1959.

Les conditions ont été alors réunies pour qu'une jurisprudence constitutionnelle en matière financière et budgétaire s'élabore ; il est possible d'en dresser actuellement un premier bilan.

A tout seigneur, tout honneur ; *l'article 40 de la Constitution de 1958* qui rend irrecevables les propositions et amendements for-

mulés par les parlementaires « lorsque leur adoption aurait pour conséquence soit une diminution des ressources publiques, soit la création de l'aggravation d'une charge publique », a été souvent invoqué à l'appui de requêtes adressées au Conseil constitutionnel. Pourtant, lors de l'élaboration de la Constitution, le Comité consultatif constitutionnel avait réservé aux instances parlementaires le soin d'assurer le respect des dispositions de l'article 40 sans aucune saisine possible du Conseil constitutionnel. Pourtant, dès le mois de janvier 1961, le Premier ministre a saisi le Conseil constitutionnel d'une loi adoptée par le Parlement relatif à l'assurance maladie-invalidité des exploitants agricoles en invoquant l'article 40 de la Constitution. En effet, lors de l'examen du texte de la commission mixte paritaire par le Sénat, la commission des finances de cette assemblée avait déclaré recevables des amendements entraînant une aggravation des dépenses du régime d'assurances maladie des exploitants agricoles, cette augmentation étant compensée par un relèvement des cotisations. Par cette saisine, le chef du Gouvernement indiquait que le contrôle du respect des dispositions de l'article 40 relevait du juge constitutionnel dans la mesure où il concerne la procédure d'élaboration de la loi sur la base de l'article 61, alinéa 2 de la Constitution.

Le point fondamental soulevé par cette saisine portait sur l'interprétation de la notion de « charge publique » utilisée par l'article 40. La commission des finances du Sénat avait soutenu que le terme charge publique désignait les dépenses de l'Etat et que les dépenses du régime d'assurances maladie ne tombaient pas sous le coup des dispositions de l'article 40.

Le Conseil constitutionnel donna une interprétation toute différente : *l'expression charge publique englobe les dépenses de l'Etat, des départements, des communes, ainsi que celles des divers régimes d'assistance et de Sécurité sociale* (décision du 20 janvier 1961, JO 24 janvier).

Mais la décision du 20 janvier 1961 ne s'est pas prononcée sur le point de savoir si l'aggravation d'une charge publique, compensée par un relèvement de cotisations, était irrecevable au regard des dispositions de l'article 40. Le silence du Conseil constitutionnel donnait implicitement une réponse affirmative. La compensation par accroissement d'une ressource constituait une affectation d'une recette à une dépense par une initiative parlementaire qui était prohibée par l'ordonnance du 2 janvier 1959. La réponse a été donnée par une décision du 12 mars 1963 (JO du 14 mars). La loi portant réforme de l'enregistrement et de la fiscalité immobilière avait substitué aux droits de mutation jusqu'alors en vigueur dont une partie était

perçue au profit des collectivités locales, une imposition nouvelle dont le produit était exclusivement affecté au budget de l'Etat. Pour assurer le maintien des ressources aux collectivités locales, un amendement d'origine sénatoriale avait mis à la charge de l'Etat le versement d'une indemnité compensatrice égale aux moins-values résultant pour elles de l'application de la réforme. L'amendement provoquait la création d'une charge publique à laquelle « *n'aurait pu être affectée par une initiative parlementaire l'augmentation de recettes* résultant de l'application de cette réforme pour l'Etat ». La décision du 19 décembre 1978 (*JO*, p. 4414), prise à propos de la participation de l'Etat dans le capital de la société Marcel Dassault, a bien confirmé que l'affectation de recettes à des dépenses ne peut résulter que d'une initiative gouvernementale.

Par contre, dès 1960, le Gouvernement a admis que les parlementaires avaient la possibilité par voie d'amendement de diminuer ou de supprimer une ressource publique à condition de créer ou d'augmenter une autre ressource d'un montant équivalent. Cette interprétation libérale s'appuyait sur l'utilisation du pluriel par l'article 40 (« diminution des ressources publiques »). Le Conseil constitutionnel se rallia à cette interprétation par une décision n° 76-64 du 2 juin 1976 (*JO*, 6 juin) en admettant la compensation entre ressources sous une triple condition : la recette de remplacement n'est pas fictive, bénéficie à la même collectivité publique, réalise une compensation immédiate. Cependant, l'article 42 de l'ordonnance du 2 janvier 1959 a une rédaction plus restrictive que celle de l'article 40 puisqu'il déclare irrecevable au cours des débats budgétaires tout amendement qui tend à « créer ou à accroître une recette » (utilisation du singulier). La compensation n'est donc pas possible entre ressources publiques pendant l'examen du projet de loi de finances (sauf sur les mesures fiscales à caractère permanent).

En 1975, le groupe socialiste a déféré la loi instituant une taxe professionnelle au Conseil constitutionnel pour que celui-ci apprécie la conformité à la Constitution de la procédure d'élaboration de la loi (en particulier l'application de l'art. 40). L'appréciation de la recevabilité des amendements avait donné lieu à de multiples incidents devant l'Assemblée nationale. Le Conseil constitutionnel a accepté d'examiner l'application de l'article 40 par les instances parlementaires pour conclure à une exacte utilisation de cet article.

Saisi à nouveau par le groupe socialiste à propos de la loi concernant la coopération intercommunale résultant d'une proposition d'origine parlementaire dont l'irrecevabilité au regard de l'article 40 n'avait pas été soulevée devant le Parlement, le Conseil constitu-

tionnel déclara irrecevable la requête sous le motif que le « *contrôle de recevabilité doit être mis en œuvre au cours des débats parlementaires et effectué par les instances de l'Assemblée et du Sénat* (décision du 20 juillet 1977, *JO*, p. 4886). Cette décision a reçu application lors d'un débat sur la proposition de la loi de M. Guermeur relative à l'enseignement agricole privé à la suite d'une demande d'irrecevabilité financière soulevée par un député contre cette proposition ; la commission des finances a admis l'irrecevabilité à l'égard de deux des articles de la proposition, les autres articles reconnus recevables étant dissociés. Dans sa décision du 18 janvier 1978 (*JO*, 19 janvier), le Conseil constitutionnel estime que l'irrecevabilité opposable à une proposition de loi *la frappe dans son ensemble lorsque les dispositions qu'elle énonce forment un tout indissociable*. La proposition a été déclarée tout entière irrecevable. Il est curieux de constater que le Conseil constitutionnel a attendu 1977 pour exiger l'intervention préalable des instances parlementaires avant tout recours devant lui : ce principe était déjà largement appliqué par l'application d'autres dispositions constitutionnelles. Cette exigence tardive montre les incertitudes du juge constitutionnel relatives à son contrôle de l'article 40.

L'intervention préalable des instances parlementaires pour l'application de l'article 40 en application de la décision du 20 juillet 1977 a provoqué une proposition de modification de l'article 29 du règlement du Sénat visant à aligner la procédure applicable aux propositions de loi sur celle des amendements. Cette modification avait pour conséquence de confier à la commission des finances un contrôle de recevabilité s'exerçant postérieurement à l'annonce par le président du Sénat des propositions de loi déposées par les sénateurs lorsqu'une exception d'irrecevabilité aurait été soulevée à leur rencontre par le Gouvernement, un sénateur, la commission des finances ou la commission saisie au fond. Le Conseil constitutionnel indique que l'article 40 « établit une irrecevabilité de caractère absolu et fait obstacle à ce que la procédure législative s'engage à l'égard de propositions de loi irrecevables formulées par des sénateurs » et dès lors à ce que le dépôt de ces propositions de lois soit annoncé en séance publique par le président du Sénat (décision du 14 juin 1978, *JO*, 16 juin, p. 2396). L'irrecevabilité au regard de l'article 40 doit donc être prononcée avant l'annonce par le président du dépôt des propositions de loi. Par contre, l'article 45 modifié du règlement du Sénat accorde à tout sénateur la faculté de soulever l'irrecevabilité financière à l'encontre d'un amendement ou d'un article additionnel.

C'est en s'appuyant sur l'article 42 de l'ordonnance organique

qui exclut l'examen d'un article additionnel ou d'un amendement pendant des débats budgétaires « sauf s'il tend à supprimer ou à réduire effectivement une dépense, à créer ou à accroître une recette ou à assurer le contrôle des dépenses publiques » que le groupe communiste de l'Assemblée nationale a soumis au Conseil constitutionnel la procédure utilisée par le Gouvernement d'introduire par une *lettre rectificative* dans la 3^e loi de finances rectificatives pour 1978 le projet de loi relative à la VI^e directive en matière de TVA du Conseil des Communautés européennes. Le Conseil constitutionnel a pris position sur la nature juridique de cette lettre rectificative qui a été assimilée à un projet de loi en raison de son dépôt sur le bureau de l'Assemblée nationale un jour avant l'ouverture des débats, ce qui a permis de le soumettre à la procédure législative ordinaire (renvoi à une commission, établissement d'un rapport). On peut en déduire que, si cette lettre rectificative avait été présentée en cours des débats, elle aurait constitué un article additionnel tombant sous le coup des dispositions de l'article 42 de l'ordonnance (décision du 29 décembre 1978, *JO*, p. 4414).

Les injonctions votées sur initiative des parlementaires ont été déclarées non conformes à la Constitution. Dans la loi de finances pour 1977, le Conseil constitutionnel a censuré un article enjoignant au Gouvernement de déposer un projet de loi relatif à la réévaluation des immobilisations amortissables inscrites au bilan des entreprises (décision du 28 décembre 1976, *JO*, 29 décembre). Il estime que l'injonction n'a pas de base juridique ni dans l'article 34 ni aucune des autres dispositions de la Constitution et qu'il est contraire au droit d'initiative reconnu au Premier ministre par l'article 39 de la Constitution (cf. La jurisprudence relative aux injonctions, J. Foyer : l'application des articles 34 et 37 par l'Assemblée nationale dans *Le domaine de la loi et du règlement*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1978, p. 114 ; cf. la décision du 17 janvier 1979 relative à une injonction figurant dans la loi portant approbation du VII^e Plan (*JO*, p. 173)).

Les cavaliers budgétaires (articles additionnels n'ayant pas un objet strictement financier) d'origine parlementaire sont strictement interdits en application de l'article 42, alinéa 1 de l'ordonnance de 1959. Le président de l'Assemblée nationale avait saisi le Conseil constitutionnel d'un recours contre onze articles de la 3^e loi de finances rectificatives pour 1976. Huit des onze articles ont été déclarés non conformes à la Constitution, car ils n'avaient pas un objet strictement financier. Le groupe socialiste avait saisi le Conseil d'un recours contre l'article 87 de la loi de finances pour 1977 qui autorisait la

passation de conventions de coopération avec des établissements d'enseignement supérieur privés ; cet article n'ayant aucun caractère financier a été censuré par le Conseil (décision du 29 décembre 1967, *JO*, p. 7581). Il est intéressant de savoir si l'interdiction des cavaliers budgétaires s'impose également au Gouvernement. La réponse peut être affirmative en application des articles 1 et 31 de l'ordonnance de 1959 qui définissent le contenu des lois de finances (cf. décision du 29 décembre 1976, *JO*, p. 7580).

L'utilisation de la procédure de la Commission mixte paritaire a été précisée par le Conseil constitutionnel. Le président de l'Assemblée nationale avait demandé au juge constitutionnel de se prononcer sur douze articles additionnels ajoutés au 3^e projet de loi de finances rectificatives pour 1976 pendant les débats devant le Sénat. Après déclaration d'urgence et réunion de la commission mixte paritaire, l'Assemblée nationale avait été appelée à se prononcer sur le texte global de la commission mixte paritaire alors que ces articles n'avaient pas été discutés en première lecture par ladite Assemblée. En effet, d'après l'article 45 de la Constitution, la commission mixte paritaire ne peut se prononcer que « sur les dispositions restant en discussion ». Le Conseil constitutionnel interprète cette formule de la façon suivante : il s'agit des dispositions qui n'ont pas été adoptées dans les mêmes termes par l'une et l'autre Assemblée. Comme l'Assemblée nationale n'avait pas pu se prononcer sur les trois articles en litige, ceux-ci n'avaient pas été votés en termes identiques par les deux Chambres et pouvaient donc être régulièrement introduits dans le texte de la commission mixte paritaire. Cette jurisprudence élargit les pouvoirs du Sénat et enlève à l'Assemblée nationale son droit de priorité.

Le droit de priorité de l'Assemblée nationale en matière financière (art. 39 de la Constitution) a été reconnu par le Conseil constitutionnel ; le groupe socialiste a fait un recours contre un article additionnel inséré à la demande du Gouvernement devant le Sénat qui supprimait certaines taxes sur les viandes pour les remplacer par une taxe sanitaire et d'organisation du marché des viandes. Cette procédure privait les députés de leur droit d'amendement reconnu par l'article 44 de la Constitution.

Dans sa décision du 29 décembre 1976 (*JO*, p. 7581), le Conseil déclare que cet article a été soumis pour la première fois devant le Sénat par le Gouvernement et que, s'agissant d'une *mesure entièrement nouvelle*, cet article l'a été en méconnaissance de l'article 39 de la Constitution. On peut en déduire que le Sénat (comme le Gouvernement) conserve son droit d'amendement à condition qu'il

s'exerce à l'égard d'une disposition existante. Par contre, le Sénat (comme le Gouvernement) perd son pouvoir d'initiative s'il s'agit d'une mesure entièrement nouvelle. Mais le contenu de cette notion aurait dû être précisé par le Conseil constitutionnel.

Un *droit général de contrôle sur les finances publiques* a été reconnu au Parlement par une décision du Conseil du 18 décembre 1964 autorisant le Parlement « à prescrire pour sa propre information dans les lois de finances des mesures de contrôle sur la gestion des finances publiques et sur les comptes des établissements et entreprises fonctionnant avec des fonds publics ».

Le Conseil constitutionnel n'a pas réussi à tirer toutes les conséquences de ce principe aux cas qui lui ont été ultérieurement soumis : contrôle financier des deux accords de consolidation des dettes commerciales figurant dans les comptes de règlement avec le Gouvernement chilien (décision du 30 décembre 1975, *JO*, p. 13652), contrôle des crédits du Fonds d'Action conjoncturelle, du compte spécial du Fonds de Développement économique et social (FDES) à propos des crédits prévus par l'industrie (décision du 29 décembre 1976, *JO*, p. 7581). Dans ces trois cas, le Conseil a jugé qu'en raison du caractère futur, incertain et imprévisible des opérations que devraient réaliser dans l'année le FAC, le FDES et le compte spécial de règlement, le Gouvernement n'était tenu ni au respect de toutes les règles de présentation contenues dans la loi organique ni à l'obligation de donner une information complète au Parlement. Par contre celui-ci pourra obtenir toutes les précisions nécessaires sur l'emploi des crédits votés les années précédentes au même titre.

Les accords ou traités engageant les finances de l'Etat ont fait l'objet de trois décisions : accords de consolidation des dettes commerciales du Chili (décision du 30 décembre 1975) ; amendement aux statuts du Fonds monétaire international (décision du 28 avril 1978, *JO*, p. 1943) ; compte spécial du Trésor retraçant les opérations du Système monétaire européen (SME) créé par le Conseil européen (décision du 29 décembre 1978, *JO*, p. 4413). Dans ces trois cas, le Conseil constitutionnel a soutenu que ces accords ne présentaient pas le caractère d'un engagement international soumis à ratification du Parlement conformément à l'article 53 de la Constitution (cf. déclaration de J.-P. Cot, *JO*, Ass. nat., Débats, 1978, p. 3387). Sur le plan strictement financier le Conseil estime qu'en raison du caractère aléatoire, futur, imprévisible, des opérations, le Gouvernement n'était pas obligé de fournir des informations complètes aux assemblées.

Les dispositions de *l'article 1, alinéa 4 de l'ordonnance* du 2 jan-

vier 1959 prévoyant que « lorsque des dispositions d'ordre législatif... doivent entraîner des charges nouvelles, aucun projet de loi ne peut être définitivement voté... tant que ces charges n'ont pas été prévues, évaluées et autorisées dans une loi de finances », ont été invoquées à l'appui d'un recours du groupe socialiste contre le projet de loi gouvernemental reprenant la seconde proposition Guerneur (déclarée non conforme à la Constitution) voté en juin 1978. Dans sa décision du 27 juillet 1978 (*JO*, p. 2948), le Conseil indique que les dispositions de l'article 1, aliéna 4 ont pour objet de préserver l'équilibre financier des lois de finances dans le cadre annuel. Or l'application de la loi n'intervenant qu'après le 31 décembre 1978 l'équilibre du budget 1978 ne pourra pas en être affecté. L'équilibre des futures lois de finances ne sera pas non plus compromis puisqu'elles tiendront compte des charges afférentes à l'application de cette loi.

Les dispositions de l'article 33, alinéa 1 de l'ordonnance du 2 janvier 1959 définissant les *services votés* ont été interprétées par une décision du Conseil constitutionnel du 30 décembre 1974 (*JO*, 31 décembre, p. 13297) qui a défini les conditions permettant de classer les crédits dans la catégorie des services votés ou dans celle des mesures nouvelles.

La décision du 24 décembre 1979 (*JO*, 24-26 décembre) s'est prononcée sur l'interprétation de l'article 40 de l'ordonnance du 2 janvier 1959 : « La seconde partie de la loi de finances de l'année ne peut être mise en discussion devant une assemblée avant le vote de la première partie. » L'Assemblée nationale avait refusé de voter l'article 25 du projet de loi de finances pour 1980 qui constituait l'article d'équilibre final de la première partie ; pourtant l'Assemblée était passée à l'examen de la deuxième partie. Certes le Premier ministre a engagé, en novembre 1979, la responsabilité du Gouvernement sur tous les articles de la première partie, et ceux de la seconde en application de l'article 49, alinéa 3 de la Constitution. Dans sa décision, le Conseil constitutionnel déclare que la disposition arrêtant en recettes et en dépenses les données générales de l'équilibre doit être adoptée pour se conformer à la lettre et à l'esprit de l'article 40 de l'ordonnance. Aussi si les deux parties ont été adoptées par application de l'article 49, alinéa 3 de la Constitution, la première et la seconde partie ne l'ont pas été de façon distincte. La loi de finances pour 1980 a donc été déclarée non conforme à la Constitution pour des raisons de procédure. Le Conseil constitutionnel a fait une exacte application de l'article 40 de l'ordonnance dont l'origine peut être trouvée dans la « loi des maxima » de 1948, imposant au Parlement le respect des « plafonds » globaux de dépenses et de recettes lors

de l'examen détaillé de projet de budget de l'année ; l'équilibre d'ensemble devait être fixé par un vote positif avant toute discussion des chapitres.

En définitive, l'analyse des acquis actuels de la jurisprudence financière et budgétaire ne donne pas entièrement satisfaction. Certes, pour certaines dispositions constitutionnelles, le Conseil donne une interprétation claire et précise ; c'est le cas de l'article 40 de la Constitution pour lequel il paraît avoir adopté, après de multiples hésitations, une politique jurisprudentielle tendant à donner son plein effet au contenu de cet article. C'est également le cas de l'article 40 de l'ordonnance de 1959 qui a fait l'objet d'une interprétation en accord avec l'origine historique de ce texte. Par contre, sur d'autres dispositions constitutionnelles, le Conseil répond de façon évasive au point, parfois, de refuser de répondre. C'est le cas des traités ou accords engageant les finances de l'Etat, ou encore du contrôle des comptes spéciaux du Trésor. Enfin, entre ces deux hypothèses extrêmes, des dispositions font l'objet de solutions claires sans que celles-ci soient suffisamment précisées pour être vraiment applicables ultérieurement par les instances parlementaires (par exemple le droit de priorité de l'Assemblée nationale en matière financière).

De l'examen de cette jurisprudence, l'impression prévaut que le Conseil constitutionnel n'a pas de conceptions d'ensemble sur l'interprétation des dispositions financières et budgétaires de la Constitution même si, dans de multiples décisions, la limitation de la compétence du Parlement paraissait en être l'idée directrice ; mais, dans certains cas, le Conseil n'a pas hésité à rappeler à l'ordre les gouvernements qui avaient méconnu les règles budgétaires.

Dans l'élaboration de cette jurisprudence, le Conseil paraît avoir été embarrassé par le nombre et la complexité des textes constitutionnels dans le domaine considéré. La technicité du domaine financier et budgétaire peut être, en effet, déroutante dans la mesure où elle autorise plusieurs interprétations parfois contradictoires. En outre, les finances publiques sont par nature politiques ; il n'est pas possible de se prononcer uniquement à partir de dispositions juridiques. L'interprétation est obligatoirement juridico-politique. Le Conseil constitutionnel a une certaine conception de l'équilibre politique du régime qui peut d'ailleurs évoluer avec le renouvellement de ses membres. Dans les cas qui lui sont soumis, il cherche aussi à concilier les prérogatives du Gouvernement avec le respect des compétences parlementaires. La solution adoptée dépendra donc

d'une appréciation globale qui peut toujours trouver une justification juridique dans l'abondance des textes (Constitution, loi organique).

Au cours des cinq dernières années, le Conseil a eu des difficultés pour mettre en place une jurisprudence solidement établie. Certes, des fondations ont été posées ; mais la construction jurisprudentielle reste en état futur d'achèvement.

LOÏC PHILIP

Le Conseil constitutionnel juge électoral

Si l'on examine l'ensemble des décisions rendues par le Conseil constitutionnel, on s'aperçoit que le contrôle de la régularité des consultations politiques constitue, de loin, sa principale activité (1).

La Constitution l'a chargé, d'une part, de statuer sur les réclamations concernant les élections des députés et des sénateurs (art. 59) et, d'autre part, de veiller à la régularité de l'élection présidentielle et des opérations de référendum (art. 58 et 60).

Il est préférable d'examiner ces deux attributions séparément, car les pouvoirs du juge constitutionnel ne sont pas les mêmes selon qu'il s'agit d'élections législatives ou non.

I. — LE CONTRÔLE DES ÉLECTIONS PARLEMENTAIRES

La tradition parlementaire de la vérification des pouvoirs

Ce contrôle a été longtemps considéré comme l'une des prérogatives traditionnelles du Parlement. Déjà, sous l'Ancien Régime, lors de la réunion des Etats généraux, les représentants vérifiaient eux-mêmes la régularité des mandats (2).

Au moment de la Révolution de 1789, cette pratique devait déboucher sur la vérification des pouvoirs qui consiste à confier aux élus de

(1) Du 4 décembre 1958 au 1^{er} mars 1986, sur un total de 1 037 décisions, 674 ont été rendues en matière électorale.

(2) La procédure de la vérification des mandats est, aujourd'hui, couramment pratiquée dans les congrès des partis politiques et des syndicats.

la nation le soin de statuer sur la régularité de l'élection de chaque député (3).

Ce système d'autocontrôle parlementaire a fonctionné jusqu'en 1958 et il est pratiqué aujourd'hui encore dans de nombreux pays (4). Il se situe dans la logique du régime parlementaire, car il garantit l'indépendance des élus vis-à-vis des autres pouvoirs.

Les abus du système

Toutefois, le système de la vérification des pouvoirs a été abandonné en France, en 1958, au profit d'un contrôle de type judiciaire qui a été confié au Conseil constitutionnel.

Ce changement n'était pas, comme certains l'affirment parfois, lié à la volonté des constituants de 1958 de réduire les pouvoirs du Parlement. Il est la conséquence de l'incapacité des parlementaires de se comporter comme des juges. En effet, l'expérience a montré que les députés surtout ne pouvaient exercer les fonctions d'un juge électoral. Ce fut particulièrement évident sous la IV^e République. A deux reprises, l'Assemblée nationale a fait preuve, en ce domaine, d'une très grande partialité.

A la suite des élections de 1951, un problème juridique s'est posé à propos de la notion de suffrage exprimé et du mode de calcul de la majorité dans le cadre du système des apparentements. Deux interprétations de la loi électorale étaient possibles. Or, la majorité des députés, au lieu de choisir l'une des deux thèses en présence, s'est prononcée successivement pour une interprétation lorsqu'elle a examiné les élections dans le département du Bas-Rhin et pour l'interprétation exactement contraire lorsqu'elle a statué sur les élections du département de la Seine-Inférieure. Ceci, afin de favoriser, dans le département de la Seine-Inférieure, les candidats de la majorité au détriment des candidats de l'opposition, c'est-à-dire, à l'époque, le RPF et les communistes (5).

(3) Articles 47 et 48 de la Constitution du 3 septembre 1791 : « (Les élus) se formeront provisoirement en assemblée... pour vérifier les pouvoirs des représentants. Dès qu'ils seront au nombre de 373 membres vérifiés, ils se constitueront sous le titre d'Assemblée nationale législative. »

(4) En Allemagne fédérale, le Bundestag est lui-même juge de la régularité de l'élection de ses membres mais les décisions de celui-ci peuvent être attaquées devant la Cour constitutionnelle. Au Royaume-Uni, le système est inverse : les contestations électorales sont examinées par un tribunal spécial mais c'est la Chambre des Communes qui prend la décision définitive.

(5) Au cours de la même séance du 26 juillet 1951, la majorité de l'Assemblée a commencé par se rallier à la première thèse (par 256 voix contre 145), puis elle s'est prononcée en faveur de la deuxième thèse (par 292 voix contre 196).

L'Assemblée nationale s'est à nouveau déconsidérée lors des élections législatives de 1956. Le problème se posait de savoir si les élus poujadistes n'avaient pas méconnu les dispositions de la loi électorale en présentant dans chaque département plusieurs listes qui se rattachaient, en fait, à la même organisation. Ceci pouvait être considéré comme un détournement de la loi sur les apparentements. Dans l'affirmative, on pouvait être amené à annuler l'élection d'un certain nombre de députés poujadistes. Mais, au lieu d'adopter une telle solution, la majorité de l'Assemblée a décidé, purement et simplement, de remplacer les députés poujadistes invalidés par des candidats de la majorité arrivés en deuxième position (6).

Ces différentes affaires ont montré que les décisions prises par l'Assemblée nationale n'avaient rien à voir avec le droit ni avec la justice et que la plupart des députés se déterminaient uniquement en fonction de l'appartenance politique du candidat dont l'élection était contestée.

L'institution d'un contrôle juridictionnel

Puisque la Constitution de 1958 avait créé un organe chargé d'assurer le respect de la répartition des compétences entre le Gouvernement et le Parlement et d'examiner la constitutionnalité de certains actes fondamentaux, il est apparu tout à fait naturel de lui confier également le soin de statuer sur les réclamations électorales.

Mais le contrôle introduit par la Constitution de 1958 est très différent de l'ancien système de la vérification des pouvoirs. Tandis qu'auparavant les assemblées vérifiaient la régularité de l'élection de chacun de leurs membres, actuellement le Conseil constitutionnel ne statue que s'il est saisi d'une réclamation. Sa compétence est donc beaucoup plus limitée.

Dès le début, il s'est comporté comme une véritable juridiction en ce domaine. D'ailleurs, pendant les premiers mois de la V^e République, avant la mise en place du Conseil constitutionnel, ses attributions en matière électorale ont été exercées par une Commission constitutionnelle provisoire (7) qui a rendu les 102 premières décisions

(6) Ainsi, à la suite d'une décision parfaitement arbitraire, 11 députés poujadistes devaient être remplacés par 5 candidats socialistes, 3 radicaux, 2 modérés et un MRP.

(7) Cette Commission était composée du vice-président du Conseil d'Etat, président, du premier président de la Cour de cassation et du premier président de la Cour des comptes, c'est-à-dire des représentants des trois plus hautes juridictions françaises dans l'ordre administratif judiciaire et financier. Elle a siégé du 4 décembre 1958 au 16 février 1959.

et qui a posé les premières bases de la jurisprudence électorale. Par la suite, le Conseil, compte tenu de l'attitude antérieure de l'Assemblée nationale, a toujours examiné les recours électoraux d'un point de vue strictement juridique et il a toujours refusé, jusqu'à présent, d'user de son pouvoir de réformation en proclamant élu un autre candidat.

Après avoir rappelé les principaux traits de sa jurisprudence, nous ferons le bilan de son action en ce domaine.

A) La compétence du juge électoral est limitée :

Aux termes de l'article 59 de la Constitution : « Le Conseil constitutionnel statue, en cas de contestation, sur la régularité de l'élection des députés et des sénateurs. »

Le Conseil a interprété cette disposition d'une manière restrictive. Il en résulte qu'il ne peut statuer sur une élection que s'il est régulièrement saisi d'une contestation formulée après la proclamation du résultat ; qu'il est lié par les termes de la requête ; et enfin, qu'il n'examine que les réclamations concernant la proclamation des résultats de l'élection. Il n'est donc pas compétent pour examiner toutes les réclamations relatives à l'élection comme les électeurs et les candidats le croient souvent.

1^o Le juge électoral ne peut statuer que s'il est régulièrement saisi. — Le recours peut être formulé par tout électeur de la circonscription ou par l'un des candidats dans les dix jours suivant la proclamation des résultats. Il en résulte que le Conseil se déclare incompétent lorsqu'il est saisi avant la proclamation de l'élu (réclamation dirigée contre les résultats du premier tour). Il rejette également les requêtes qui ne concernent pas une élection précise (demande tendant à l'examen de l'ensemble des opérations, recours concluant à l'annulation de tous les candidats se réclamant d'un même parti politique...).

2^o Le juge ne peut statuer que dans les limites de la requête. — Ceci peut l'amener à rendre des décisions qui sont parfois très inéquitables, comme ce fut le cas de sa décision du 9 juillet 1959 relative à l'élection sénatoriale de la Dordogne. Ce département avait à désigner deux sénateurs. Une liste d'union réunissait un candidat socialiste, M. Bregegère, et un candidat radical, M. Laforest.

M. Sinsout, RGR, et le candidat socialiste, membre de la liste d'union, furent proclamés élus au deuxième tour. M. Laforest adressa une requête au Conseil constitutionnel en lui demandant de : « ... statuer sur les opérations électorales auxquelles il a été procédé dans le département de la Dordogne en tant qu'elles ont abouti à la procla-

mation de l'élection du Sieur Sinsout. » Le requérant soulignait ainsi qu'il n'entendait pas contester l'élection de son colistier, M. Bregegère.

Le Conseil constitutionnel a fait droit à la requête, estimant que le bureau de la Chambre d'Agriculture du département avait par une large propagande incité les électeurs à voter uniquement pour les candidats faisant état de leur profession agricole, ceci ayant porté atteinte à la liberté de la consultation étant donné le caractère nettement discriminatoire et corporatif de cette propagande.

M. Sinsout, qui était exploitant agricole, avait profité de cette propagande irrégulière et le Conseil a annulé son élection. Mais l'autre sénateur élu, M. Bregegère, colistier de M. Larofest, avait bénéficié des mêmes circonstances ayant également une profession agricole. Cependant, M. Laforest se bornant à critiquer la seule élection de M. Sinsout, le Conseil s'est estimé lié par la demande du requérant et n'a pas examiné la régularité de l'élection du candidat socialiste. Cette décision a été d'autant plus mal accueillie que M. Sinsout avait été élu à la majorité absolue devant le candidat socialiste, M. Bregegère, élu, lui, à la majorité relative après avoir bénéficié de la même propagande irrégulière.

Dans le même sens, en cas de désistement du requérant, le Conseil estime qu'en raison du caractère juridictionnel qu'il tient des textes qui l'ont créé, il est tenu de donner acte du désistement et qu'il se trouve dessaisi de l'affaire (8).

3^o *Le juge ne peut statuer que sur la régularité de la proclamation de l'élu.* — L'interprétation restrictive de sa compétence en matière électorale a également conduit le Conseil à refuser d'examiner les réclamations annexes à l'élection, celles qui ne sont pas susceptibles de remettre en cause les résultats de l'élection.

L'expression « Le Conseil constitutionnel statue... sur la régularité de l'élection... » peut être prise dans trois sens différents.

Dans un premier sens, le mot élection peut viser l'ensemble de l'opération électorale qui commence par la convocation des électeurs et qui se termine par la proclamation des résultats.

Dans un deuxième sens, le mot élection peut être pris comme synonyme de résultats de la consultation.

Enfin, dans un troisième sens, l'élection peut signifier résultat (au singulier) de l'élection, c'est-à-dire proclamation de l'élu après contrôle du total des voix qu'il a obtenues.

Au début, le Conseil a retenu l'interprétation la plus restrictive

(8) Cf. Décision du 5 mai 1959, FROUARD, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel (GDCC)*, Sirey, 1984, p. 29.

mais, depuis ces dernières années, il s'est rallié à la deuxième interprétation.

Ainsi, dans une décision Rebeuf du 12 décembre 1958 (9), le juge électoral a refusé d'examiner les réclamations concernant le remboursement des frais électoraux. De même il n'a pas accepté d'examiner les requêtes relatives au problème de la composition du collège électoral sénatorial, au caractère irrégulier des déclarations du chef de l'Etat à la veille du scrutin, à la régularité de la composition de la liste de candidats établie par le Conseil supérieur des Français de l'étranger pour la désignation des sénateurs représentant les Français établis hors de France. Il a estimé qu'aucune disposition de la Constitution ne lui permettait d'apprécier la constitutionnalité d'un texte législatif à l'occasion d'une contestation électorale. Enfin, il a déclaré non recevable un recours dirigé contre la proclamation comme député du remplaçant de M. Chaban-Delmas lorsque celui-ci était Premier ministre.

Cette jurisprudence est assez regrettable car elle aboutit à exclure de la compétence du juge constitutionnel toute une série de litiges qui devront, selon les cas, être portés, soit devant le tribunal administratif (enregistrement des candidatures), soit devant le juge judiciaire (régularité des listes électorales), soit devant aucun juge (problème du remboursement des frais électoraux), ce qui conduit à de véritables dénis de justice.

Pendant, depuis 1967, le Conseil procède à la rectification du nombre de voix obtenu par certains requérants et, surtout, dans une décision du 11 juin 1981 (Delmas), il a accepté d'examiner le recours d'un requérant dirigé contre le décret portant convocation des électeurs pour l'élection des députés à l'Assemblée nationale. Il justifie sa compétence exceptionnelle sur ce point que les griefs allégués par le requérant mettent en cause les conditions d'application de l'article 12 de la Constitution et, à cet égard, la régularité de l'ensemble des opérations électorales.

B) *L'examen des réclamations concernant le déroulement de la campagne électorale :*

Les candidats malheureux à une élection législative saisissent souvent le juge électoral pour lui demander de sanctionner des irrégularités qui ont été commises au cours de la campagne électorale.

Or, le Conseil constitutionnel n'est pas juge de la régularité de l'élection. Il est seulement juge de la sincérité des résultats. Cela

(9) Cf. *GDCC*, 1984, p. 5.

signifie qu'il ne sanctionne une irrégularité, en prononçant l'annulation de l'élection, que si cette irrégularité est susceptible d'avoir faussé le résultat.

Pour essayer d'évaluer l'influence exacte des irrégularités commises, le Conseil tient compte de différents éléments : la gravité de l'irrégularité, son ampleur, le comportement des différents candidats, les possibilités de réponse en cas d'attaques personnelles ou d'allégations mensongères de dernière heure et, enfin, l'écart de voix qui sépare l'élu du candidat arrivé en deuxième position. Plus cet écart est faible, plus les irrégularités reprochées (si elles sont établies) pourront être considérées comme ayant été susceptibles de fausser le résultat (10).

Les décisions sont souvent difficiles à prendre dans ce domaine, car les irrégularités commises au cours de la campagne électorale sont particulièrement nombreuses et il n'est pas toujours aisé d'évaluer exactement leur influence.

Il est un domaine où le contrôle du Conseil devrait pouvoir s'exercer plus largement même si la sincérité de l'élection n'est pas en cause : c'est en ce qui concerne le financement de la campagne électorale des candidats. Si le juge peut prononcer l'annulation d'une élection en raison de l'ampleur des moyens financiers utilisés par un candidat (11), il n'a pas le pouvoir actuellement de se livrer à un contrôle de la comptabilité électorale des candidats. Il serait souhaitable que ce problème soit enfin réglementé, et que le contrôle soit placé sous l'autorité du Conseil constitutionnel.

C) L'examen des réclamations concernant le déroulement du scrutin et le calcul des résultats :

Les irrégularités concernant le déroulement du scrutin sont relativement rares dans l'hexagone. Elles sont, en revanche, plus fréquentes dans les départements extra-métropolitains.

Cependant, en 1978, de nombreuses réclamations ont porté sur les votes par procuration des Français de l'étranger.

Le déroulement du scrutin Outre-Mer. — Le Conseil constitutionnel a souvent sanctionné des irrégularités très grossières. Depuis 1958, il a ainsi annulé quatre élections dans le département de la Corse, trois élections dans le département de la Réunion et une élection dans le département de la Guadeloupe (12). Actuellement, il semble

(10) Cf. décision Deval/Durand du 5 janvier 1959, *GDCC*, 1984, p. 15.

(11) C'est la décision qu'avait prise l'Assemblée nationale en 1956 pour sanctionner la campagne électorale « à l'américaine » de M. Hersant.

(12) Cf., notamment, décision Zuccarelli du 24 janvier 1968, *GDCC*, 1984, p. 183.

que ces irrégularités soient moins fréquentes et moins graves. On note en particulier qu'en 1978 et en 1981, aucune élection d'un département d'Outre-Mer n'a fait l'objet d'une annulation.

Les dangers du vote par procuration. — La procédure du vote par correspondance ayant donné lieu à de nombreuses fraudes, celle-ci fut supprimée en 1975 et le législateur n'a laissé subsister que la procédure du vote par procuration. Cependant, en juillet 1977, une nouvelle loi a été adoptée pour faciliter le vote des Français de l'étranger. L'application de cette loi a donné lieu à certains abus. Elle a provoqué de nombreuses protestations et a donné lieu à plusieurs recours au Conseil constitutionnel lors des élections de 1978.

Dans l'examen de ces réclamations, le Conseil constitutionnel, reprenant la jurisprudence de la Cour de cassation (qui avait été saisie du problème de la régularité des inscriptions sur les listes électorales des Français de l'étranger), a été amené à prononcer l'annulation de l'élection de M. de La Malène, à Paris, mais il a refusé plusieurs autres annulations d'élections, notamment dans la première circonscription de l'Hérault, car les irrégularités des votes des Français de l'étranger ne lui ont pas paru être déterminantes (13).

Dans l'affaire de l'élection de Paris, l'annulation de certains bulletins pouvait conduire le juge à proclamer élu le candidat arrivé en seconde position, comme le demandait le requérant. Cependant, le Conseil constitutionnel a refusé d'adopter une telle solution. Compte tenu des abus dont ont fait preuve les assemblées politiques sous la IV^e République, il est très prudent dans l'exercice de son pouvoir de réformation et il n'accepterait de proclamer élu un autre candidat que dans le cas d'une erreur dans le calcul des voix. Or, dans le cas d'annulation de votes irréguliers, il n'est pas possible de savoir quel est le candidat qui a bénéficié de ces irrégularités.

D) *Bilan et critiques de la jurisprudence électorale :*

Si l'on examine l'ensemble de la jurisprudence électorale du Conseil, on constate que ce dernier s'est étroitement inspiré de celle des tribunaux administratifs et du Conseil d'Etat en matière d'élections locales (14).

Pourtant, les décisions d'annulations prises en 1978 par le Conseil constitutionnel ont donné lieu à de très vives critiques. M. Mitterrand a, à cette occasion, accusé le Conseil d'être « une institution politique... l'instrument politique du pouvoir exécutif » et il a engagé, avec plu-

(13) Cf. décision Avice c/ de La Malène du 12 juillet 1984, *GDCC*, 1979, p. 391.

(14) Pour une étude comparative, cf. F. et A. DEMICHEL, *Droit électoral*, Dalloz, 1973.

sieurs leaders de la gauche, une véritable campagne contre la Haute Juridiction pendant l'été 1978, ceci à la suite des décisions d'invalidations prononcées à l'égard de deux députés socialistes (15).

De même, M. Chirac a accusé le Conseil d'avoir annulé l'élection de M. de La Malène pour des raisons politiques.

Ces attaques paraissent particulièrement mal fondées. En effet, il est difficile de considérer que le Conseil se comporte comme un juge politique. Au cours de la période 1958-1985, on peut dresser le bilan suivant : à la suite des sept consultations concernant l'élection des députés, 547 décisions ont été rendues et 29 annulations d'élections ont été prononcées (16). En ce qui concerne l'appartenance politique des députés invalidés, on constate un changement très net par rapport à l'ancien système de la vérification des pouvoirs. Auparavant, c'était le plus souvent des députés de l'opposition qui étaient invalidés (ou remplacés). Et ils l'étaient souvent, nous l'avons vu, dans des conditions discutables.

De 1958 à 1981, ce sont au contraire les élus de la majorité qui, le plus souvent, voient leur élection annulée. Le Conseil constitutionnel a invalidé 9 députés de l'opposition (dont seulement 3 députés socialistes) contre 16 députés appartenant à la majorité. En outre, on constate que tous les députés de l'opposition, à l'exception d'un seul (un député communiste), ont retrouvé leur siège à la suite de l'élection partielle qui a suivi l'annulation. En revanche, 5 députés de la majorité l'ont perdu au profit de l'opposition. En d'autres termes, la majorité a perdu 4 sièges et l'opposition en a gagné 4 à la suite des décisions d'annulation prononcées par le Conseil constitutionnel (17). Après les élections de juin 1981, 4 députés ont été invalidés (2 appartenaient à la majorité et 2 à l'opposition) et c'est l'opposition qui a remporté (au premier tour) les 4 sièges à l'issue des élections partielles qui ont suivi.

E) *Le contrôle des incompatibilités et des inéligibilités parlementaires :*

Bien que ce contrôle ne soit pas expressément prévu par la Constitution, des lois organiques ont chargé le Conseil constitutionnel d'intervenir en ce domaine.

1° *Le contrôle des inéligibilités.* — Ce contrôle intervient soit immédiatement après l'élection, soit en cours de mandat.

(15) Cf. *Le Monde*, 25-26 juin, 15 août, 20-21 août et 31 août 1978.

(16) 5 en 1958, 7 en 1962, 5 en 1967, 1 en 1968, 2 en 1973, 5 en 1978 et 4 en 1981.

(17) Cf. tableau des invalidations.

a) *Le contrôle à la suite de l'élection* (18). — Le Conseil constitutionnel ne peut pas intervenir avant la proclamation des résultats. Le contrôle préventif de l'éligibilité est assuré, au moment du dépôt des candidatures, par le commissaire de la République. Si celui-ci estime qu'un candidat est inéligible, il sursoit à l'enregistrement de sa candidature et saisit le tribunal administratif qui doit statuer d'urgence sur la question de l'éligibilité (19). La décision rendue par le tribunal administratif ne peut être immédiatement contestée devant le Conseil constitutionnel, mais elle peut l'être après la proclamation des résultats, dans le cadre d'une requête électorale contestant les résultats de l'élection.

Le recours électoral peut, en effet, s'appuyer soit sur l'inéligibilité du candidat proclamé (ou de son remplaçant), soit sur le fait qu'un candidat n'a pas pu se présenter à la suite d'une décision du tribunal administratif l'estimant inéligible. Le Conseil constitutionnel peut ainsi être amené à annuler une décision du tribunal administratif, mais il n'annulera l'élection que si le candidat qui n'a pas pu se présenter avait une chance sérieuse d'être élu ou de modifier le résultat.

b) *Le contrôle en cours de mandat*. — Si l'inéligibilité se révèle en cours de mandat, la déchéance du parlementaire est prononcée par le Conseil constitutionnel, à la requête du bureau de l'assemblée intéressée, du garde des Sceaux ou, en cas de condamnation, du Ministère public (20).

c) *Les principes de la jurisprudence*. — Ils sont très favorables à la liberté électorale. Le Conseil constitutionnel estime qu'un candidat est toujours éligible, s'il n'y a pas un texte prévoyant expressément l'inéligibilité. Ainsi, il a estimé éligible un ingénieur des Travaux des Eaux et Forêts, alors qu'un ingénieur des Eaux et Forêts est inéligible. De même, est éligible un membre de droit du Conseil constitutionnel bien que cette fonction soit incompatible avec celle de parlementaire (décision du 7 novembre 1984).

Pendant, le Conseil constitutionnel a estimé que les militaires accomplissant leur service national étaient inéligibles (décisions du 17 mai 1978, *RDP*, 1978, 1579).

(18) Cf. décision Duroure c/ Martin du 5 juillet 1973, *GDCC*, 1984, p. 250.

(19) Seul le commissaire de la République peut saisir le tribunal administratif. Un autre candidat n'a pas qualité pour contester la validité de la candidature de l'un de ses adversaires (décision 983 du 7 novembre 1984).

(20) Cas de MM. Oopa (1960), Lagaillarde (1961) et Lenormand (1964) qui, tous, avaient fait l'objet d'une condamnation définitive. Voir également le cas particulier de M. Lavolé (1983).

2° *Le contrôle des incompatibilités.* — Contrairement à l'inéligibilité, l'incompatibilité n'est pas un obstacle à l'élection. Le parlementaire qui se trouve exercer une fonction incompatible avec son mandat doit simplement choisir : soit il abandonne la fonction incompatible, soit il démissionne et renonce à son mandat parlementaire. En l'absence d'option, il peut être déclaré démissionnaire d'office par le Conseil constitutionnel.

Le juge électoral applique ici les mêmes principes qu'en matière d'inéligibilité. Il faut qu'un texte prévoit expressément l'incompatibilité. Ainsi a-t-il jugé compatibles les fonctions de chef de service de maternité dans un hospice civil alors que l'exercice de fonctions publiques non électives sont incompatibles avec un mandat parlementaire. De même, il a jugé qu'un parlementaire pouvait exercer les fonctions d'administrateur délégué d'une société coopérative d'HLM, alors que les textes prévoient l'incompatibilité pour les fonctions d'administrateur délégué dans des sociétés dont l'objet est la construction d'immeubles. Enfin, il a constaté qu'il n'était pas établi que M. Marcel Dassault exerçait une direction de fait dans l'une ou plusieurs de ses sociétés (RDP, 1978, 1574).

Cependant, le Conseil constitutionnel a refusé de donner une interprétation souple à l'article 23 de la Constitution relatif à l'incompatibilité entre fonctions gouvernementales et mandats parlementaires. Dans une décision du 5 juillet 1977, il a déclaré non conforme à la Constitution une loi organique qui aurait permis aux anciens membres du Gouvernement de retrouver leur siège de parlementaire.

Afin que les élus puissent être fixés sur leur situation en cas de doute, le Conseil constitutionnel a accepté d'être saisi par un parlementaire pour examiner s'il se trouve ou non dans un cas d'incompatibilité. Mais ceci, à condition que le bureau de l'assemblée ait préalablement examiné son cas. Malgré cet élargissement de la saisine, celle-ci reste limitée. En dehors du parlementaire, seul le bureau ou le garde des Sceaux peuvent demander au Conseil constitutionnel de prononcer la démission d'office d'un parlementaire se trouvant dans un cas d'incompatibilité. L'affaire Rives-Henrys a montré, en 1971, que ceci pouvait conduire à des situations critiquables. En effet, sous prétexte que le député faisait l'objet de poursuites pénales, le bureau de l'assemblée, comme le garde des Sceaux, ont refusé de saisir le Conseil (21). Il eût été judicieux de profiter de la réforme de 1974

(21) Cf. décision du 20 janvier 1972, Comm. GDCC, 1984, p. 238.

pour autoriser 60 députés ou 60 sénateurs à saisir le Conseil des cas d'incompatibilité qui se manifestent en cours de mandat.

Le Conseil constitutionnel a également eu l'occasion de souligner l'insuffisance des moyens d'investigations dont il dispose, notamment pour examiner si un parlementaire exerce, en fait, une fonction de direction dans une entreprise bénéficiant d'une aide ou d'une subvention de l'Etat (décision Marcel Dassault, du 18 octobre 1977).

II. — LE CONTRÔLE DE LA RÉGULARITÉ DE L'ÉLECTION PRÉSIDENTIELLE ET DES OPÉRATIONS DE RÉFÉRENDUM

Les attributions du Conseil constitutionnel sont ici plus étendues car il intervient dans la préparation des consultations et c'est lui qui proclame les résultats. Mais ses pouvoirs de juge sont aussi plus limités car il est plus difficile de le saisir de certaines réclamations.

A) *La préparation de la consultation :*

Le Conseil constitutionnel joue un rôle particulièrement important en ce qui concerne la préparation de l'élection présidentielle. Son rôle est plus limité s'agissant de la préparation d'un référendum.

1° *L'élection du Président de la République.* — Ses pouvoirs ont été élargis grâce à sa propre initiative. En effet, lors de la proclamation des résultats de l'élection présidentielle du 24 mai 1974, le Conseil a souligné, dans une déclaration publique, les lacunes et les imperfections de la réglementation de l'élection du Président de la République : il estimait nécessaire de réglementer les sondages pendant la période électorale ; il notait que le législateur n'avait pas prévu le cas du décès de l'un des candidats et il insistait sur la nécessité de revoir les conditions de présentation des candidatures. Sur tous ces points, le législateur devait intervenir et on procéda même à la révision de l'article 7 de la Constitution par la loi constitutionnelle du 18 juin 1976. Ces différentes modifications ont accru le rôle du Conseil constitutionnel qui était déjà important.

Après la publication du décret convoquant les électeurs, le Conseil constitutionnel reçoit les présentations de candidatures qui, désormais, sont établies sur des formulaires dont il arrête lui-même le modèle. Pour être candidat il faut avoir été présenté par 500 personnalités élues, originaires d'au moins 30 départements. Le Conseil vérifie si ces conditions sont bien remplies. C'est lui qui attribue également les signes distinctifs à chaque candidat. Il statue sur toutes les récla-

mations. Aussi bien sur le contenu de la liste des candidats (22) que sur l'attribution des signes distinctifs aux candidats (23).

2° *L'organisation du référendum.* — Aux termes de la loi organique, le Conseil constitutionnel est consulté par le Gouvernement sur l'organisation des opérations de référendum et il peut présenter des observations concernant la liste des organisations habilitées à user des moyens officiels de propagande. Ces textes, qui ne sont pas scrupuleusement respectés, conduisent à réduire assez sensiblement son rôle par rapport à l'élection présidentielle.

— La pratique montre que le Conseil constitutionnel est consulté également par le Président de la République sur le décret décidant de soumettre un projet de loi au référendum. Mais son action est ici limitée. D'une part, il est consulté uniquement sur les conditions d'application de l'article 11 de la Constitution (et non sur la formulation de la question posée au peuple français) ; d'autre part, son avis n'est pas publié. Ainsi, en octobre 1962, l'opinion n'a pas su qu'il avait donné un avis défavorable à propos de l'utilisation de l'article 11 pour l'adoption du projet relatif à l'élection du Président de la République au suffrage universel direct.

Sa consultation, par le Gouvernement, sur les textes concernant l'organisation des opérations, ne présente guère d'éléments remarquables. Le Conseil constitutionnel joue le rôle qui est habituellement celui du Conseil d'Etat.

— En ce qui concerne les observations qu'il peut présenter sur la liste des organisations habilitées à user des moyens officiels de propagande (liste qui est arrêtée par le ministre de l'Intérieur), les observations qu'il formule ne sont pas obligatoires et elles ne sont pas connues. En 1960 (24), il a ainsi refusé d'examiner un recours de M. Jacques Soustelle protestant contre le fait que son organisation ne figurait pas sur cette liste. D'une manière générale, il refuse d'examiner les recours dirigés contre les opérations préparatoires à l'élection, en s'appuyant sur le fait que ses attributions sont simplement consultatives.

B) *Le déroulement de la campagne électorale :*

C'est une phase essentielle pour la régularité de l'élection. Pourtant, le Conseil constitutionnel n'exerce presque aucun rôle en ce domaine.

(22) Cf. décision Ducatel *c/ Krivine* du 17 mai 1969, *GDCC*, 1984, p. 194.

(23) Cf. décision Mitterrand *c/ Chaban-Delmas* du 25 avril 1974, *Rec.*, 49.

(24) Cf. décision Regroupement national du 23 décembre 1960, *GDCC*, 1984, p. 103.

1^o En ce qui concerne l'élection présidentielle, le Conseil n'a aucune compétence. C'est une commission spéciale, composée de membres du Conseil d'Etat, de la Cour de cassation et de la Cour des comptes, qui est chargée de veiller au respect de la règle de l'égalité entre les candidats. Cette solution ne se justifie guère. On comprend mal pourquoi le Conseil constitutionnel n'assume pas cette attribution. Il serait même souhaitable qu'il exerce un contrôle sur les dépenses électorales des différents candidats.

2^o S'agissant du référendum, les attributions du Conseil sont très limitées : il exerce seulement un contrôle sur la répartition du temps de parole des orateurs de chaque organisation à la radio et à la télévision.

C) *La surveillance des opérations :*

En matière de référendum, comme en matière d'élection présidentielle, le Conseil constitutionnel peut désigner des délégués chargés de suivre sur place le déroulement des opérations électorales. Ceci lui permet de constater directement les fraudes éventuelles. En 1974, lors de l'élection présidentielle, il avait désigné pour chacun des deux tours de scrutin, 48 délégués permanents (des membres du Conseil d'Etat, de la Cour des comptes ou des présidents de cour d'appel), qui étaient assistés de 1 379 magistrats. Cette attribution a d'ailleurs donné lieu à certaines difficultés dans les départements et territoires d'outre-mer car la Commission nationale de contrôle, ainsi que M. Poher, Président de la République par intérim, avaient également désigné des délégués chargés de suivre les opérations des bureaux de vote dans ces départements (ce qui faisait beaucoup de contrôleurs !).

D) *L'examen des réclamations et la proclamation des résultats :*

Le droit de contestation est réglementé strictement. Les électeurs ne peuvent pas saisir directement le Conseil constitutionnel comme en matière d'élections législatives. Ils doivent faire consigner leur réclamation sur les procès-verbaux des bureaux de vote. Le Conseil constitutionnel en a conclu que les réclamations des électeurs ne pouvaient porter que sur les irrégularités relatives au déroulement du scrutin.

En revanche, les commissaires de la République ont la possibilité de saisir directement le Conseil constitutionnel au cas où les opérations d'une circonscription de vote ne se seraient pas déroulées dans les conditions et formes légales et réglementaires. De même, tout candidat à l'élection présidentielle peut, dans le délai de quarante-

huit heures, déférer directement au Conseil l'ensemble des opérations électorales (25).

Les résultats du scrutin sont recensés sous la surveillance directe du Conseil constitutionnel. Et, en cas d'irrégularités, il apprécie s'il y a lieu de maintenir les résultats ou de procéder à une annulation totale ou partielle. La proclamation définitive a lieu dans les dix jours.

Conclusion

Après cette rapide analyse des attributions et de la jurisprudence du Conseil constitutionnel en matière électorale, nous pouvons faire trois remarques :

1^o La réglementation est très imparfaite. Elle est beaucoup trop disparate.

La saisine n'est pas la même selon qu'il s'agit d'élections législatives ou d'élection présidentielle, ce qui ne simplifie pas la tâche des électeurs.

La compétence du juge constitutionnel varie selon les consultations. Elle est assez large en matière d'élections législatives, mais elle ne s'exerce, sauf cas exceptionnel, qu'*a posteriori*. Pour l'élection présidentielle et le référendum, les attributions du Conseil sont plus nombreuses, mais elles sont consultatives et elles ne permettent pas toujours au juge de statuer sur les difficultés qui surviennent avant le déroulement de l'élection ; et surtout, ses attributions juridictionnelles sont réduites aux irrégularités concernant le déroulement du scrutin.

2^o La compétence du juge électoral est trop limitée.

La limitation de la compétence du Conseil constitutionnel est de plus en plus critiquée d'une manière générale. Sa compétence consultative est sans doute plus large en matière électorale que dans les autres domaines, mais ici ce sont surtout ses attributions juridictionnelles qui sont trop limitées.

Il faudrait lui permettre de se prononcer sur toutes les réclamations concernant la préparation des consultations électorales en élargissant la jurisprudence Delmas.

Le Conseil constitutionnel devrait également être chargé directement de la surveillance des campagnes électorales du référendum et de l'élection présidentielle, ainsi que du contrôle financier de toutes les consultations nationales (26). En d'autres termes, il serait souhai-

(25) Cf. décision Mitterrand du 28 décembre 1965, *Rec.*, 48.

(26) Il devrait contrôler, non seulement le financement des campagnes électorales, mais aussi l'utilisation des fonds publics accordés aux principaux partis

table d'en faire le juge de droit commun des consultations nationales, ce qui lui permettrait de statuer sur tout les litiges électoraux. Certains ont même proposé de faire du Conseil constitutionnel le juge de droit commun de toutes les élections de caractère politique et de lui confier aussi le contentieux des élections locales (27), mais c'est peut-être aller un peu loin.

3° Les dangers d'un trop grand juridisme.

On a parfois, notamment en 1978, accusé le Conseil de prendre ses décisions en fonction de considérations politiques. Ces accusations sont à la fois injustes et noeives.

Elles sont injustes si l'on entend par là dénoncer un comportement partisan des membres de la Haute Juridiction. Il suffit de consulter le tableau relatif aux invalidations depuis 1958 pour en être convaincu.

Elles sont novices si l'on entend exiger que le Conseil fonde ses décisions exclusivement sur des considérations juridiques. Cela nous paraît très dangereux. En fait, il n'est pas possible pour une juridiction constitutionnelle de faire abstraction des données politiques. Et si l'on devait adresser un reproche au Conseil constitutionnel, ce serait plutôt celui de faire parfois preuve d'un trop grand juridisme. Ainsi, les décisions Rebeuf de 1958, Sinsout de 1959, Soustelle de 1960 ou Mirtin de 1973 sont certes fondées sur le plan juridique, mais elles ne sont pas moins injustes politiquement. Au contraire, les décisions loi référendaire de 1962 ou Krivine de 1969 sont juridiquement discutables mais politiquement justifiées.

Évitons donc de pousser le Conseil dans la voie d'un trop grand juridisme et laissons-le prendre ses décisions en fonction des textes certes, mais sans pour autant négliger les considérations fondées sur la justice et le bon sens. C'est une institution qui est désormais majeure.

Ceci, d'autant plus que le retour au scrutin proportionnel en mars 1986 pose de sérieux problèmes au juge électoral. En cas d'irrégularités graves, faut-il invalider le seul député dont l'élection est attaquée ou faut-il annuler les élections de tous les membres de la liste, voire même de tout le département, ou encore faut-il, dans certains cas, proclamer élu un autre eandidat ?

politiques et même exercer un contrôle sur l'évolution de la fortune personnelle des hommes politiques. Il pourrait bénéficier pour cela de la collaboration de membres de la Cour des comptes.

(27) Cf. R. LINDON, La déplorable organisation du contrôle de la loyauté des élections, *JCP*, 1978, 2906.

TABLEAU I
Les invalidations des députés depuis 1958

Date des élections	Nom du député invalidé Appartenance politique Pourcentage des voix Circonscription	Nom du député élu au nouveau scrutin Pourcentage des voix
1958	H. Durand, Indép. (maj.), 35 %, Drôme, 3 ^e circ.	<i>Id.</i> , 46 %.
1958	de Lacoste Lareymondie, Indép. (maj.), 38 %, Charente-Maritime, 1 ^{re} circ.	<i>Id.</i> , 60 %.
1958	Ulrich, MRP (maj.), 42 %, Haut-Rhin, 5 ^e circ.	<i>Id.</i> , 50 % (réélu au 1 ^{er} tour).
1958	Liogier, UNR (maj.), 46 %, Ardèche, 3 ^e circ.	<i>Id.</i> , 59 %.
1958	Valère Clément, UNR (maj.), 66 %, La Réunion, 2 ^e circ.	<i>Id.</i> , 86 % (réélu au 1 ^{er} tour).
1962	A. Serafini, UAD (maj.), 50 %, Corse, 1 ^{re} circ.	<i>Id.</i> , 53 %.
1962	Mme Vaillant-Couturier, PC (opp.), 50 %, Seine, 2 ^e circ.	<i>Id.</i> , 57 % (réélue au 1 ^{er} tour).
1962	Mme G. Roca, PC (opp.), 41 %, Gard, 2 ^e circ.	J. Poudevigne, Indép. (maj.), 55 %.
1962	M. Macé, Indép. (maj.), 63 %, La Réunion, 1 ^{re} circ.	M. Debré (élu au 1 ^{er} tour), UNR (maj.), 80 %.
1962	Vauthier, MRP (maj.), 85 %, La Réunion, 2 ^e circ.	<i>Id.</i> , 60 % (réélu au 1 ^{er} tour).
1962	Rocca-Serra, UNR (maj.), 51 %, Corse, 3 ^e circ.	<i>Id.</i> , 53 % (réélu au 1 ^{er} tour).
1962	Balmigere, PC (opp.), 51 %, Hérault, 4 ^e circ.	<i>Id.</i> , 60 % (réélu au 1 ^{er} tour).
1967	R. Boudet, CD (maj.), 40 %, Orne, 2 ^e circ.	<i>Id.</i> , 57 % (réélu au 1 ^{er} tour).
1967	Rocca-Serra, UNR (maj.), 52 %, Corse, 3 ^e circ.	<i>Id.</i> , 54 % (réélu au 1 ^{er} tour).
1967	Y. Le Foll, PSU (opp.), 50 %, Côtes-du-Nord, 1 ^{re} circ.	<i>Id.</i> , 55 % (réélu au 1 ^{er} tour).
1967	P. Vignaux, Soc. (opp.)	<i>Id.</i> , 58 % (réélu au 1 ^{er} tour).
1967	J. Faggianelli, UNR (maj.), 50 %, Corse, 2 ^e circ.	M. Zuccarelli, Rad. (opp.), 53 %.

Tableau 1 (suite)

Date des élections	Nom du député invalidé Appartenance politique Pourcentage des voix Circonscription	Nom du député élu au nouveau scrutin Pourcentage des voix
1968	G. Ducolone, PC (opp.), 50 %, Hauts-de-Seine, 11 ^e circ.	<i>Id.</i> , 57 %.
1973	A. Mirtin, URP (maj.), 52 %, Landes, 1 ^{re} circ.	R. Duroure, Soc. (opp.), 51 %.
1973	L. Hélène, URP (maj.), 50 %, La Guadeloupe, 1 ^{re} circ.	H. Ibène, PCG (opp.), 56 %.
1978	M. T. Goutmann, PC (opp.), 50 %, Seine-Saint-Denis, 9 ^e circ.	<i>Id.</i> , 51 % (réélue au 1 ^{er} tour).
1978	J. Cellard, Soc. (opp.), 50 %, Gers, 2 ^e circ.	<i>Id.</i> , 52 % (réélu au 1 ^{er} tour).
1978	Wilquin, Soc. (opp.), 50 %, Pas-de-Calais, 4 ^e circ.	<i>Id.</i> , 59 %.
1978	Servan-Schreiber, Rad. (maj.), 50 %, Meurthe-et-Moselle, 1 ^{re} circ.	Tondon, Soc. (opp.), 58 %.
1978	de La Malène, RPR (maj.), 50 %, Paris, 16 ^e circ.	E. Avice, Soc. (opp.), 54 %.
1981	Mme Chépy-Léger, PS (maj.), 50 %, Marne, 3 ^e circ.	B. Bourg-Broc, RPR (opp.) (élu au 1 ^{er} tour, 51 %).
1981	M. Fromion, PS (maj.), 50 %, Seine-et-Marne, 4 ^e circ.	A. Peyrefitte, RPR (opp.) (élu au 1 ^{er} tour, 54 %).
1981	M. Dabezies, app. soc. (maj.), 50 %, Paris, 2 ^e circ.	J. Dominati, UDF (opp.) (élu au 1 ^{er} tour, 55 %).
1981	M. de Bénouville, RPR (opp.), 50 %, Paris, 12 ^e circ.	de Bénouville, RPR (opp.) (réélu au 1 ^{er} tour, 57 %).

TABLEAU 2

*Statistiques des décisions
relatives aux suffrages nationaux (1)*

I. Elections présidentielles :

- des 5 et 19 décembre 1965 : 3 décisions (demandes rejetées) ;
- des 1^{er} et 15 juin 1969 : 5 décisions (3 décisions de rejet,
2 d'irrecevabilité) ;
- des 5 et 19 mai 1974 : 3 décisions (demandes rejetées) ;
- des 26 avril
et 10 mai 1981 : 8 décisions (demandes rejetées).

II. Elections législatives :

- du 23 novembre 1958 : 113 décisions (5 annulations) ;
- du 18 novembre 1962 : 76 décisions (7 annulations) ;
- du 5 mars 1977 : 141 décisions (5 annulations) ;
- du 23 juin 1968 : 47 décisions (1 annulation) ;
- du 4 mars 1973 : 49 décisions (2 annulations) ;
- du 19 mars 1978 : 58 décisions (5 annulations) ;
- du 21 juin 1981 : 57 décisions (4 annulations).

III. Elections sénatoriales :

- d'avril-mai 1959 : 19 décisions (1 annulation) ;
- de septembre 1962 : 6 décisions (aucune annulation) ;
- de septembre 1965 : 4 décisions (aucune annulation) ;
- de septembre 1968 : 2 décisions (aucune annulation) ;
- de septembre 1971 : 3 décisions (aucune annulation) ;
- de septembre 1974 : 3 décisions (aucune annulation) ;
- de septembre 1977 : 2 décisions (aucune annulation) ;
- de septembre 1980 : 3 décisions (aucune annulation) ;
- de septembre 1983 : 7 décisions (aucune annulation).

IV. Référendums :

- du 8 janvier 1961 : 2 décisions du 23 décembre 1960 (demandes
rejetées pour incompétence).
- du 8 avril 1962 : 1 décision du 3 avril 1962 (demande rejetée
pour incompétence).

NOTA. — Il n'est pas tenu compte dans ce tableau :

1^o Des décisions rendues par le Conseil constitutionnel sur contestations d'élections *partielles* ;

2^o Des décisions portant désignation de délégués du Conseil constitutionnel chargés de suivre sur place les opérations ;

(1) Extrait de l'étude de M. POUILLAIN sur le Conseil constitutionnel, *Revue des PTT de France*, n^o 4, 1979.

3^o Le nombre des décisions ne correspond pas à celui des élections attaquées. Il comprend les décisions d'enquêtes et d'autre part les décisions d'irrecevabilité dues souvent au fait que la requête vise l'ensemble des élections et non une élection particulière. Ainsi, en 1978, il y a eu une décision ordonnant une enquête et 57 décisions au fond, l'élection de 53 députés seulement était contestée. En 1981, il y a eu une décision ordonnant une enquête et 56 décisions au fond, l'élection de 49 députés était contestée.

4^o Les 102 premières décisions sur les élections parlementaires ont été rendues par la Commission constitutionnelle provisoire (composée du vice-président du Conseil d'Etat, président, du premier président de la Cour de cassation et du premier président de la Cour des comptes), instituée par l'article 91 de la Constitution pour exercer jusqu'à la mise en place du Conseil constitutionnel les attributions relatives au contrôle de la régularité de l'élection du Président de la République et au contentieux des élections au Parlement.

L. PHILIP. — The Constitutional Council as an election judge.

Review of the duties and the role of the Constitutional Council in elections :

As regards the control of the legality of parliamentary elections, the judge only examines as a rule claims related to the naming of the winner. Such claims concern either the conduct of the election campaign or the balloting process. Since 1958, the council has examined 983 claims and it has nullified 30 parliamentary elections.

As regard the legality of referendums and presidential elections, the judge has duties of a consulting nature in addition to his other duties. However his powers of control are more limited.

RÉSUMÉ. — *Etude des attributions et du rôle du Conseil constitutionnel en matière électorale.*

En ce qui concerne le contrôle de la régularité des élections parlementaires, le juge n'examine, en principe, que les réclamations dirigées contre la proclamation de l'élu. Celles-ci portent soit sur le déroulement de la campagne électorale, soit sur le déroulement du scrutin. Depuis 1958, le Conseil a examiné 983 réclamations et il a prononcé l'annulation de l'élection de 30 parlementaires.

En ce qui concerne le contrôle de la régularité des référendums et des élections présidentielles, le juge électoral exerce, en plus, des attributions consultatives, mais, en revanche, ses attributions juridictionnelles sont plus limitées.

MICHEL CHARASSE

Saisir le Conseil constitutionnel

La pratique du groupe socialiste de l'Assemblée nationale (1974-1979)

Beaucoup de commentaires ont malicieusement rapproché l'usage du nouvel article 61 (2^e alinéa) de la Constitution par les parlementaires socialistes (1) de leurs déclarations défavorables (2) et de leurs votes négatifs d'octobre 1974 à l'Assemblée nationale, au Sénat et à Versailles.

Certes, la procédure qui permet au Conseil constitutionnel de statuer sur la conformité d'une loi ordinaire a été plus largement utilisée à partir de la loi constitutionnelle du 19 octobre 1974 qu'auparavant.

En effet, de 1959 à 1974, jamais le Président de la République et le président de l'Assemblée nationale n'avaient saisi le Conseil tandis que le président du Sénat ne l'avait saisi que trois fois et le Premier ministre seulement six fois.

Au contraire, de novembre 1974 à décembre 1979, le Conseil constitutionnel a reçu 46 lettres de saisine (3) émanant de plus de

(1) Et leurs amis radicaux de gauche.

(2) Notamment celles de Jean-Pierre Cot (à l'Assemblée nationale) et d'André Chandernagor (à Versailles).

(3) Sans compter cinq saisines individuelles, soit deux s'ajoutant avec les mêmes moyens à une saisine de 60 députés (sur l'interruption volontaire de grossesse et sur la loi de finances pour 1977) et trois déclarées irrecevables comme ajoutant des moyens non développés dans une saisine régulière (loi de finances pour 1978). En outre, fin 1976, une saisine des groupes de la majorité a été déclarée irrecevable parce que déposée avant le vote définitif de la loi (accidents du travail). Cette saisine a été représentée dans des formes régulières.

60 députés (37 saisines) ou de plus de 60 sénateurs (9 saisines) ; 32 de ces 46 saisines proviennent soit du seul groupe socialiste de l'Assemblée nationale (qui en a signé 22), soit des groupes socialiste et communiste de la même Assemblée (2 saisines communes sur la patente et les Comores), soit enfin des sénateurs socialistes accompagnés de sénateurs appartenant à d'autres groupes (7 saisines) (4).

Force est bien de constater que ce sont les parlementaires socialistes, et notamment les députés, qui ont le plus souvent — et avec le plus de succès — utilisé la nouvelle procédure (5). Mais on soulignera que, dans certains cas, la saisine socialiste — toujours déposée la première — a été suivie de saisines émanant d'autres groupes de députés ou de sénateurs.

Il n'est pas inutile de rechercher, dans ces conditions, et à travers la pratique du groupe socialiste de l'Assemblée nationale (6) — ou du groupe PSRG avant 1978 — les raisons de ces fréquentes saisines et les modalités de la mise en œuvre de l'article 61 (2^e alinéa) de la Constitution et de la loi organique du 26 décembre 1974 prise pour son application.

Ainsi pourra-t-on démontrer que les socialistes ne se sont pas reniés par rapport aux positions qui furent les leurs sur la loi constitutionnelle du 26 octobre 1974.

I. — POURQUOI SAISIR LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL

L'article 61 de la Constitution ouvre à une minorité parlementaire qualifiée, de 60 députés ou 60 sénateurs, la possibilité de faire examiner la conformité d'une loi ordinaire par le Conseil constitutionnel (7). La saisine du Conseil permet donc d'utiliser les droits reconnus au Parlement et d'exiger le respect de la Constitution.

(4) Les groupes politiques sénatoriaux ont généralement moins de 60 membres et les saisines sont donc toujours signées de sénateurs appartenant à plusieurs groupes.

(5) Les parlementaires socialistes sont à l'origine des 10 déclarations de non-conformité prononcées à ce jour par le Conseil, et les députés socialistes à l'origine de 8 de ces 10 déclarations.

(6) Les indications et appréciations qui figurent ci-après n'engagent pas le groupe socialiste mais seulement leur auteur qui s'exprime ici à titre personnel.

(7) Les lois constitutionnelles sont conformes par elles-mêmes, et les lois organiques sont automatiquement soumises au Conseil. En outre, depuis une décision de novembre 1962 (qui confirme le texte de la loi organique), le Conseil refuse de connaître des lois référendaires de l'article 11 de la Constitution. Seules peuvent donc être soumises au Conseil par les députés ou les sénateurs les lois ordinaires votées par le Parlement.

1^o *L'utilisation des droits du Parlement*

À l'époque de la réforme de 1974, les socialistes avaient sous les yeux la jurisprudence discrète et prudente du Conseil constitutionnel depuis 1959, lorsque, dans des circonstances graves — motion de censure en période d'article 16, révision de la Constitution par le référendum de l'article 11, etc. —, le Conseil avait refusé de se prononcer ou avait rejeté le recours. Plusieurs indices, y compris dans la jurisprudence électorale, donnaient à penser que le Conseil était un organisme sans indépendance (8). Et la publication, peu après le Congrès de Versailles, des souvenirs du président Léon Noël ne devait guère améliorer l'image du Conseil, même si la décision « audacieuse » du 16 juillet 1971 sur le droit d'association avait quelque peu redoré le blason de l'institution.

Mais, plus encore que le comportement du Conseil à travers ses avis et décisions, les socialistes condamnaient — et condamnent toujours — son mode de désignation : l'absence de toute alternance à l'Élysée et au Palais-Bourbon depuis 1958 et le remplacement du président Monnerville par le président Poher ont conduit la gauche à se méfier d'une institution dans laquelle elle n'est pratiquement pas représentée. D'autant que l'habitude a été prise de nommer au Conseil constitutionnel des hommes directement issus des partis de la majorité, connus pour leur fidélité au Président de la République et ayant occupé des postes importants au sein du Gouvernement, du Parlement, de la Haute Administration et des partis au pouvoir.

Aussi, les socialistes n'avaient pas attendu le Congrès de Versailles pour manifester leur défiance à l'égard du Conseil constitutionnel : diverses propositions de loi constitutionnelle, le programme du Parti socialiste de 1971, le Programme commun de la gauche de 1972 avaient suggéré de remplacer le Conseil constitutionnel par une véritable Cour suprême.

C'est pourquoi les socialistes ont proposé, en octobre 1974, que le nouvel article 61 (2^e alinéa) de la Constitution n'entre en vigueur qu'après la réforme du mode de désignation du Conseil constitutionnel (9). Cette proposition n'ayant pas été acceptée, ils n'ont pu que voter contre le projet de loi constitutionnelle. Mais ils ne pouvaient pas, pour autant, s'engager à ne jamais faire appel à l'institution.

Car nombreux sont ceux qui, au Parlement, au groupe socialiste

(8) Sans oublier les décisions rigoureuses du Conseil sur les règlements des Assemblées.

(9) Voir sur ce point l'amendement défendu par Jean-Pierre Cot et les positions des socialistes contre « l'autosaisine » du Conseil.

et ailleurs, ont voté contre l'ensemble des Institutions de la V^e République (Constitution, lois organiques soumises au Parlement, règlements des assemblées). Pourtant, partisans ou non du régime de 1958 appliquent et respectent la Constitution, les lois organiques et les règlements des assemblées, dont ils font largement usage dans le cadre des procédures parlementaires : mise en jeu de la responsabilité gouvernementale (art. 49-2) sans attendre que le Gouvernement engage sa responsabilité sur un texte (art. 49-3), candidatures à l'élection du Président de la République au suffrage direct, usage fréquent des procédures réglementaires dans le cadre de la discussion d'un texte législatif (exception d'irrecevabilité, question préalable, motion de renvoi, amendement, sous-amendement, scrutin public, etc.).

Aussi, bien qu'ayant refusé la réforme de 1974, les socialistes n'ont pas hésité à mettre en œuvre le contrôle de constitutionnalité qu'ils ne considèrent que comme l'un des éléments de la procédure d'élaboration de la loi par le Parlement.

2^o Exiger le respect de la Constitution

1. Depuis 1958, les socialistes n'ont pas cessé de contester la pratique constitutionnelle de la V^e République, qui a abouti à un grave déséquilibre des pouvoirs au détriment du Parlement. En outre, l'Exécutif et sa majorité ont porté fréquemment atteinte à des droits, libertés et principes fondamentaux garantis par la Constitution.

2. Or, jusqu'en 1974, le contrôle de constitutionnalité n'a pratiquement pas été utilisé par les autorités compétentes, malgré de nombreuses violations de la procédure parlementaire (10) et des lois attentatoires aux libertés : loi « anticasseurs », prolongation de la garde à vue, Cour de sûreté de l'Etat, etc. Ce n'est qu'en juillet 1971 que le président du Sénat devait demander au Conseil de sanctionner les atteintes au droit d'association (11), mais seulement après que le Sénat eut sanctionné le texte et qu'un sénateur (12) eut suggéré ce recours d'une manière particulièrement pressante.

Quant aux droits du Parlement, le Conseil constitutionnel ne

(10) Il a fallu attendre la fin de l'année 1976 pour que le président de l'Assemblée nationale fasse sanctionner par le Conseil constitutionnel la méconnaissance de l'article 42 de la loi organique sur les lois de finances. Encore ne l'a-t-il fait que parce qu'il savait que, de toute manière, le groupe socialiste comptait saisir le Conseil constitutionnel.

(11) M. Poher devait en outre obtenir, en décembre 1973, le respect du principe d'égalité devant la loi fiscale.

(12) M. Marcilhac.

s'était prononcé que sur les règlements et sur des saisines par lesquelles le Premier ministre avait demandé l'annulation de dispositions législatives votées sans l'accord du Gouvernement.

Pourtant, on déplorait depuis longtemps, au sein du Parlement, les libertés de plus en plus grandes que prenait le pouvoir exécutif à l'égard de la procédure parlementaire en général et de la procédure budgétaire et financière en particulier, tandis que l'opposition contestait avec vigueur l'application trop souvent arbitraire de l'article 40 de la Constitution et des dispositions de l'ordonnance organique du 2 janvier 1959 sur les lois de finances (13).

Équilibre des pouvoirs, respect des procédures parlementaires, défense des droits et des libertés constituent donc les thèmes des fréquents appels que les socialistes ont lancés au juge constitutionnel depuis 1974. C'est ainsi que sur un total de 24 saisines déposées par le groupe socialiste de l'Assemblée nationale de 1974 à 1979, 10 concernaient un problème de procédure parlementaire et 14 une question touchant aux droits des citoyens et aux libertés individuelles et collectives.

Ceci suffit à expliquer et à justifier l'utilisation qui a été faite de l'article 61 de la Constitution.

II. — COMMENT SAISIR LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL

Le groupe socialiste de l'Assemblée nationale a aujourd'hui une certaine expérience de la mise en œuvre de l'article 61 de la Constitution et de la loi organique du 26 décembre 1974 prise pour son application. Aussi, la procédure de la saisine du Conseil constitutionnel constitue désormais une formalité relativement simple.

C'est ainsi que le processus de saisine comporte trois étapes : la décision de saisir, la mise au point de la requête, enfin son dépôt au Conseil constitutionnel.

1^o La décision de saisir

1. *Un contrôle constitutionnel systématique.* — Tout projet de loi, toute inscription d'une proposition de loi à l'ordre du jour entraîne un examen systématique du dispositif au regard des dispo-

(13) Le président de l'Assemblée se ralliait systématiquement aux avis du président de la commission des finances, lequel se prononçait trop souvent en fonction d'indications plus ou moins correctes fournies par la rue de Rivoli.

sitions constitutionnelles, organiques et réglementaires. Sont de même examinés les rapports et avis des commissions parlementaires, ainsi que les amendements et sous-amendements d'origine gouvernementale ou parlementaire, sans oublier la procédure suivie tant devant l'Assemblée nationale que devant le Sénat.

S'il apparaît ainsi, d'emblée ou en cours d'examen par le Parlement, que la procédure ou une (ou plusieurs) disposition peut être contraire à des règles de valeur constitutionnelle, le groupe socialiste est aussitôt alerté soit par le ou les députés responsables du texte (14), soit, à défaut, par le secrétariat administratif du groupe.

2. *Une délibération du groupe.* — Le groupe ou, en cas d'urgence, son bureau ou même son président, examine alors les motifs d'inconstitutionnalité qui lui sont présentés et prend une décision de principe sur la saisine éventuelle du Conseil constitutionnel qui lui est proposée.

En outre, si l'inconstitutionnalité apparaît avant l'ouverture de la discussion en commission ou en séance publique, le groupe décide généralement de déposer une « exception d'irrecevabilité » (15).

La décision de principe de saisir le Conseil est souvent annoncée en séance publique au cours des débats, mais le dépôt de l'exception d'irrecevabilité — lorsqu'il est possible — constitue dans de nombreux cas l'indice d'une probable saisine du Conseil constitutionnel.

Le groupe délibère sur la constitutionnalité du texte à partir d'un rapport écrit ou oral présenté par le ou les députés chargés de suivre le texte. Le dossier est établi, la plupart du temps, par le secrétariat du groupe qui étudie chacun des moyens susceptibles de fonder la saisine éventuelle.

3. *Les moyens de la saisine.* — Lorsque le groupe délibère sur le principe de la saisine, tous les moyens susceptibles de motiver la requête et qui existent au moment de sa délibération lui sont soumis. Le groupe, après en avoir délibéré, décide quels seront les moyens retenus. Il arrive qu'il écarte certains moyens et qu'il en ajoute d'autres à la demande de certains de ses membres. La décision du groupe est prise par un vote à main levée.

(14) Pour chaque projet ou proposition, le groupe désigne un ou plusieurs de ses membres pour en suivre plus spécialement la discussion en commission et en séance et coordonner les interventions et les amendements.

(15) Prévue par l'article 91, alinéa, 4, du Règlement, et qui vise à rejeter le texte pour motif de non-conformité à la Constitution.

2° La mise au point de la requête

1. *La collecte des signatures.* — Dès que le groupe a donné son accord pour saisir le Conseil constitutionnel, le secrétariat du groupe commence à collecter les signatures. La Constitution en exige au moins 60 mais la liste en comporte généralement plus, à titre de précaution (16).

On soulignera qu'aucune liste n'est signée par avance, comme cela semble se pratiquer dans certains groupes parlementaires, ainsi qu'en témoignent l'ordre alphabétique systématique des requérants et la présence, sur la feuille d'émarginement, de la totalité des membres d'un même groupe (17). Au contraire, au groupe socialiste, les signatures sont recueillies chaque fois pour chaque recours. Le premier signataire est soit le président du groupe, Gaston Defferre, soit le (ou les) député chargé plus particulièrement du texte. Suivent ensuite les signatures des députés dans l'ordre selon lequel ils se présentent au secrétariat du groupe pour signer (18) la feuille d'émarginement.

Les députés inscrivent eux-mêmes leur nom et leur prénom avant de signer. La feuille d'émarginement comporte, en titre, sur chaque page, l'intitulé abrégé du texte qui va être soumis au Conseil constitutionnel.

Pour des raisons évidentes (voir à ce sujet la décision rendue à l'automne 1976 sur une requête concernant les accidents du travail), la feuille d'émarginement et les signatures ne sont pas datées.

En cas de besoin, la feuille d'émarginement circule aux réunions du groupe, du bureau et des commissions d'études et de travail du groupe parlementaire. Il arrive même qu'elle circule dans la salle des séances.

Lorsque le chiffre de 60 est largement dépassé, le secrétariat vérifie la feuille d'émarginement, élimine les signatures qui ont pu être données en double et établit une liste dactylographiée des signataires, dans l'ordre des signatures et en précisant le département d'élection (19). Cette liste dactylographiée est annexée à la feuille d'émarginement.

(16) La collecte des signatures commence plusieurs jours avant la date du vote définitif de la loi. Aussi, dans le délai qui s'écoule jusqu'au dépôt de la saisine, on doit prévoir l'éventualité du décès d'un des signataires. Par ailleurs, une signature peut être contestée par le Conseil au moment de la vérification. Plus de 60 signatures constituent donc une sage précaution.

(17) Exemple du groupe communiste de l'Assemblée nationale.

(18) Dès la décision de saisir, un message individuel invite chaque député socialiste à venir au secrétariat du groupe parapher la liste d'émarginement.

(19) Afin de faciliter la lecture par le Conseil de noms manuscrits pas toujours écrits très lisiblement.

2. *La rédaction de la lettre de saisine.* — La lettre de saisine est rédigée dès qu'il devient acquis que les dispositions litigieuses ne feront plus l'objet de modifications par le Parlement au cours de l'ultime navette entre les deux assemblées, soit parce qu'elles ont été d'emblée adoptées conformes par les deux chambres, soit parce qu'elles figurent dans un rapport de « commission mixte paritaire » déjà voté par l'une des deux assemblées.

En fait, les requérants disposent généralement d'un délai très court pour rédiger leur lettre de saisine, qui doit être au point, en tout état de cause, dès l'adoption définitive de la loi. Ce délai peut atteindre un ou deux jours. Mais le plus souvent, il n'est que de quelques heures.

A titre d'exemple, on signalera que la lettre de saisine sur la loi de finances pour 1980 a été déposée le 20 décembre 1979, à 10 heures, au Conseil constitutionnel. Mais elle n'avait été définitivement mise au point que la veille dans la soirée (20).

Le projet de lettre de saisine est établi par le secrétariat administratif du groupe, par référence aux moyens retenus par la délibération du groupe, ou aux moyens apparus en cours de discussion (procédure notamment) et ajoutés avec l'accord du groupe ou, à défaut et en cas d'urgence, de son bureau ou de son président.

Ce projet est soumis au député responsable du texte et, à défaut, au président du groupe ou au vice-président qui le remplace. Après d'éventuelles modifications, la version définitive de la lettre est dactylographiée mais non datée.

3° *Le dépôt de la requête*

1. Lorsque le groupe socialiste a utilisé le nouvel article 61 de la Constitution pour la première fois, la loi organique du 26 décembre 1974 était votée mais n'était pas encore promulguée (21). Or, le regretté André Bouloche, responsable de la première saisine, avait manifesté une certaine inquiétude car la saisine du Conseil ne comporte aucun délai précis. Ainsi, une loi peut être promulguée actuellement à peine votée, c'est-à-dire dans l'heure qui suit le vote définitif, et la première saisine n'avait pas été annoncée publiquement (et n'était pas même soupçonnée). En outre, on ignorait si le Conseil retiendrait la possibilité — prévue par la loi organique — d'une saisine en une seule lettre suivie de 60 signatures, ou s'il exigerait 60 lettres identiques.

(20) Cette lettre mentionne en effet les « feuillets » des 18 et 19 décembre 1979.

(21) Ni même encore déclarée conforme.

Aussi, pour éviter toute difficulté, la première saisine faisait l'objet de plus de 60 lettres identiques. En outre, le secrétariat du groupe socialiste avait été chargé de saisir le Conseil dès le vote définitif de la loi en cause. Ce vote étant intervenu le 19 décembre 1974, vers 23 heures, c'est à cet instant même que le secrétaire général du Conseil constitutionnel a été avisé — à son domicile et après quelques péripéties — d'une saisine selon la nouvelle procédure. Mais il arrive que la nécessité fasse loi : en raison de l'heure tardive, il fut convenu que les lettres seraient déposées le lendemain matin au Conseil, mais que le secrétaire général du Gouvernement serait immédiatement prévenu d'avoir à suspendre la promulgation de la loi.

Ainsi est née la notion — ou la pratique — de la « quasi-saisine », qui n'est évidemment prévue par aucun texte mais qui est indispensable pour combler un vide juridique dont les conséquences pourraient être fâcheuses.

2. Depuis cette première expérience, le système s'est progressivement « rodé ». — C'est ainsi que, dès qu'intervient la décision du groupe acceptant de saisir le Conseil, le secrétariat général du Conseil constitutionnel est officieusement avisé par le secrétariat administratif du groupe socialiste, par téléphone, de cette intention de saisir. Ainsi alerté, le Conseil constitutionnel peut commencer à examiner le texte, les rapports des commissions et les débats parlementaires, qui ne tardent généralement pas à porter la trace de la controverse juridique faisant l'objet de la saisine (22).

En outre, quelques heures avant le vote final de la loi, une ultime confirmation de la saisine est donnée par le secrétariat du groupe aux services du Conseil constitutionnel, toujours par téléphone. Ceci permet de préciser, en particulier, l'heure exacte du dépôt de la requête.

3. La requête est déposée, en général (23), soit le jour de l'adoption définitive de la loi — si le vote final intervient avant 18 heures —, soit le lendemain matin.

La lettre de saisine est alors datée et il lui est annexé la feuille d'émargement accompagnée de son récapitulatif dactylographié. Elle est mise sous pli cacheté adressé au président du Conseil constitutionnel. Elle est portée au Conseil par un collaborateur du secrétariat

(22) S'il y a lieu à exception d'irrecevabilité, les débats comportent la plupart du temps le ou les motifs de la future requête.

(23) Sauf dans le seul cas de la saisine tardive sur le monopole de la RTF en juillet 1978.

administratif du groupe socialiste, auquel le Conseil remet un récépissé ordinaire de remise d'un pli (24). Pour éviter tout retard ou tout autre aléa, les lettres de saisine ne sont jamais acheminées par voie postale.

Toutefois, s'il y a lieu à mémoires complémentaires — justifiés par le souei de développer plus complètement un point de la requête initiale — le Conseil est saisi par voie postale (25).

En définitive, le système mis au point par le groupe socialiste assure une stricte application — dans son esprit et dans sa lettre — du second alinéa de l'article 61 de la Constitution dans la rédaction qui lui a été donnée par la loi constitutionnelle du 29 octobre 1974.

Finalement, le bilan de l'application de la réforme constitutionnelle de 1974 est loin d'être négatif pour le groupe socialiste : grâce à son action, la pratique gouvernementale et parlementaire respecte plus scrupuleusement les procédures, notamment en matière de lois de finances (l'ordonnance du 2 janvier 1959 est sortie des « oubliettes ») tandis que l'article 40 de la Constitution paraît moins partialement appliqué qu'autrefois. En outre, la menace de saisir le Conseil a été souvent très efficace, comme en témoignent les modifications apportées, *in extremis*, par le Gouvernement ou le Parlement à la loi de finances rectificative de septembre 1975 (26), à la loi sur la publicité extérieure et les enseignes votée fin 1979 ou encore à la seconde loi de finances pour 1980 (27).

Quant aux principes fondamentaux de la République, aux droits et aux libertés, l'accueil réservé par le Conseil constitutionnel aux requêtes socialistes a permis l'annulation de la loi sur la fouille des véhicules, et l'annulation partielle de la loi sur le juge unique, de la loi sur le droit de grève à la radio-télévision, de la loi sur l'entrée des étrangers en France tandis que des décisions interprétatives (statut de la fonction publique notamment) permettaient de limiter ou d'annuler les effets de plusieurs textes.

Mais, comme l'a écrit le P^r Lalumière après la décision du 30 décembre 1974, une « hirondelle ne fait pas le printemps ». Car

(24) Qui n'a pas d'autre valeur que celle d'attester la remise du pli.

(25) Deux cas à ce jour : le mémoire complémentaire de M. Defferre sur la fouille des véhicules (janvier 1977) et le mémoire complémentaire de M. Derosier sur les étrangers (janvier 1980).

(26) Voir à ce sujet la déclaration de M. Alain Savary devant l'Assemblée nationale.

(27) On comparera utilement à ce sujet la lettre de saisine du groupe socialiste en date du 20 décembre 1979 et l'exposé des motifs du projet de loi n° 1560 déposé le 27 décembre 1979 sur le bureau de l'Assemblée nationale.

les socialistes ne sauraient pour autant se satisfaire de certaines décisions qui portent la marque des conditions de désignation — et donc de la composition — du Conseil constitutionnel, fondements des réserves émises lors de la réforme de 1974. On observera, en particulier, que le Conseil constitutionnel n'a jamais accepté de revenir sur l'interprétation contestable du pouvoir exécutif depuis 1958 à l'égard de nombreuses dispositions constitutionnelles. A cet égard, et malgré un dispositif constitutionnel clair et éclairé à plusieurs reprises par les témoignages de ceux qui ont participé à l'élaboration de la Constitution (28), le Conseil constitutionnel a « ratifié » l'application de l'article 38 de la Constitution par le Gouvernement Pompidou (décision de janvier 1977 sur le TFAI) ainsi que le principe du « domaine réservé » de la politique étrangère (décision de décembre 1975 sur la dette chilienne). Et une analyse plus fine des décisions du Conseil constitutionnel de 1974 à 1979 démontrerait que le Conseil n'a rien cédé à l'opposition sur la pratique institutionnelle de la V^e République.

Aussi, les motifs de satisfaction des socialistes face aux résultats de leur action ne sauraient leur faire oublier leurs fréquentes raisons de s'élever contre la jurisprudence du Conseil constitutionnel (29).

Cependant, après cinq années d'expérience, le moment n'est-il pas venu de s'interroger sur les dispositions qui pourraient intervenir pour améliorer ou faciliter la pratique de l'article 61 de la Constitution ?

A cet égard, la pratique conduit à formuler quelques souhaits qui ne font évidemment pas « table rase » de la réforme institutionnelle réclamée par ailleurs par les socialistes.

1) Bien que les lettres de saisine soient largement diffusées au sein des assemblées parlementaires, leur contenu n'est toujours pas publié au *Journal officiel*. Or, le Conseil constitutionnel s'attache de plus en plus à répondre à chacun des arguments soulevés par les requérants et ses décisions ne peuvent être parfaitement comprises que si on les rapproche des moyens soumis à son appréciation. Il conviendrait donc que les présidents des Assemblées parlementaires décident la publication des requêtes en annexe au compte rendu intégral des débats (30).

2) Certaines décisions (31) font directement référence aux « tra-

(28) Et notamment MM. Guy Mollet et André Chandernagor.

(29) Ni de contester vigoureusement la jurisprudence électorale du Conseil.

(30) Jean-Pierre Cot l'a d'ailleurs suggéré depuis longtemps déjà.

(31) Voir notamment la décision de juillet 1977 sur la coopération intercommunale.

vaux préparatoires » de la Constitution de 1958. Or, mis à part les conclusions du « groupe de travail » et les débats et décisions du Comité consultatif constitutionnel, les membres du Parlement ne peuvent pas se référer aux procès-verbaux du Conseil interministériel qui n'ont jamais été publiés (32) : il n'est pas normal que le Conseil dispose de ces documents qui ne sont pas connus des membres du Parlement. Le Conseil a également accès, contrairement aux membres du Parlement, aux documents administratifs préparatoires aux lois organiques prises par ordonnances (33). On soulignera, en outre, que tous ces documents sont également confidentiels pour les présidents des Assemblées, tandis que deux autorités également titulaires du pouvoir de saisine — le Président de la République et le Premier ministre — peuvent s'y référer puisqu'ils sont conservés au secrétariat général du Gouvernement, à la Chancellerie ou rue de Rivoli.

3) Il n'est pas normal que les requérants parlementaires doivent attendre la publication de la décision du Conseil constitutionnel au *Journal officiel* — ou dans la presse — pour connaître le résultat de leur action. Or, les décisions ne sont notifiées qu'aux seuls présidents des Assemblées (sans oublier l'Élysée et Matignon). Ne serait-il pas possible d'imaginer un système permettant au premier signataire de chaque lettre de saisine d'être informé de la décision qui vient d'être prise, soit directement par le Conseil constitutionnel, soit par l'intermédiaire du président de l'Assemblée intéressée ?

4) Malgré le système très souple mis en place depuis 1974, des dispositions précises sont souhaitables pour instituer un délai minimum de non-promulgation d'au moins cinq jours pour les lois n'ayant pas fait l'objet d'une déclaration d'urgence. Ainsi, les parlementaires disposeraient-ils d'un laps de temps suffisant pour mettre au point leur lettre de saisine et recueillir les signatures nécessaires (34). Les lettres de saisine y gagneraient sans doute en qualité tandis que certains parlementaires ne seraient pas contraints d'engager une véritable « course contre la montre » pour saisir le Conseil avant la promulgation de la loi (35). Cette suggestion (36) pourrait s'accompa-

(32) Exception faite des « indiscrétions » de Guy MOLLET (cf. son *Quinze ans après*) et de celles que M. Michel Debré a confiées à son fils Jean-Louis.

(33) En vertu de l'article 92 de la Constitution. Il s'agit notamment des notes des services de la rue de Rivoli sur l'ordonnance du 2 janvier 1959 sur les lois de finances.

(34) Notamment, pour ce qui est des signatures, pour les petits groupes et, d'une manière générale, pour les sénateurs.

(35) La saisine sénatoriale sur la fouille des véhicules est à cet égard édifiante.

(36) Voir à ce sujet les débats parlementaires de l'automne 1974 sur la modification éventuelle du délai de promulgation.

gner d'une faculté de recours ouverte dans les dix jours de la promulgation d'une loi urgente comme certains l'ont déjà proposé.

5) S'agissant de la procédure après le dépôt du recours, il serait utile que le Conseil constitutionnel accorde un délai précis — même très bref — pendant lequel il serait possible de produire des observations complémentaires ou des observations nouvelles (qui nécessitent 60 signatures). En outre, il devrait être possible pour les requérants d'avoir connaissance des observations écrites qui sont éventuellement adressées au Conseil constitutionnel par les autorités habilitées à le saisir et qui sont systématiques dans le cas du Premier ministre (37), même si le Conseil constitutionnel refuse de reconnaître leur existence et leur valeur en omettant de les citer dans les visas de ses décisions. Car le secrétariat général du Gouvernement produit souvent des observations qui contestent la requête dont le Conseil est saisi et qui risquent d'influencer le rapporteur. On ne peut s'empêcher de penser que la notification de la requête a notamment pour objet de susciter une réponse. On voit mal pourquoi cette réponse devrait rester confidentielle.

Les tentatives du groupe socialiste pour briser ce « secret » ont malheureusement échoué jusqu'à présent (38).

6) Enfin, on peut se demander, à la lumière de l'expérience (39), s'il ne conviendrait pas d'ouvrir, à titre exceptionnel, un délai pour déférer — par la voie du nouvel article 61 de la Constitution — les lois votées avant l'entrée en vigueur de la loi constitutionnelle du 29 octobre 1974 et dont le Conseil constitutionnel n'a pas été saisi par l'une des quatre autorités initialement habilitées par l'article 61. Il n'est pas impossible de penser qu'une minorité parlementaire vigilante aurait pu obtenir plusieurs déclarations de non-conformité entre 1958 et 1974, sur des lois très contestées telles que la Cour de sûreté de l'État, la garde à vue, la loi dite « anticasseurs », le monopole de la radio-télévision, etc. Le Président de la République a lui-même suggéré une telle possibilité dans un discours prononcé justement devant le Conseil constitutionnel à l'automne 1977.

Le délai concernant ces lois anciennes pourrait être limité à deux mois, le Conseil disposant d'un an pour statuer sur les requêtes dont il serait saisi.

(37) Pour la loi de finances pour 1980, la requête du président de l'Assemblée nationale visait à obtenir une ... déclaration de conformité, ce qui est contraire à l'objectif des saisines de l'article 61. Il s'agissait donc, en réalité, d'un mémoire en réplique adressé contre la requête du groupe socialiste.

(38) Voir la requête sur le statut général des fonctionnaires qui désignait un avocat. Cette proposition ne semble pas avoir été examinée par le Conseil.

(39) Décision monopole RTF de juillet 1978.

Certaines de ces suggestions nécessitent, à l'évidence, une nouvelle réforme de la Constitution. Mais celle-ci n'est-elle pas d'actualité après l'annulation de l'ensemble de la loi de finances pour 1980, qui devrait normalement conduire à instituer un système permettant de consulter le Conseil en cours de discussion au Parlement lorsque se pose un grave problème de procédure, et d'éviter qu'une « erreur de parcours » ne rende nécessaire une nouvelle discussion de l'ensemble de la loi. Et d'autres réformes touchant aux lois organiques ne sont-elles pas, également, d'actualité, spécialement pour celle qui concerne les lois de finances dont la rédaction mérite d'être revue sur de très nombreux points ?

Ce n'est pas, en tout cas, l'un des moindres mérites du nouvel article 61 et de sa pratique par le groupe socialiste que d'avoir mis l'accent sur toutes ces incertitudes de notre droit. Et d'avoir ainsi contribué à restituer au Parlement la fonction un peu trop oubliée de gardien de la Constitution et des lois, qui incombe certes au Président de la République en vertu du texte même de la Constitution, mais qui incombe également, par une longue tradition républicaine, à ceux qui ont la charge d'exprimer la souveraineté nationale.

SUMMARY, p. 216.

RÉSUMÉ. — *Méfiant à l'égard du Conseil constitutionnel, de son mode de désignation comme de sa jurisprudence, les socialistes, après avoir voté contre la réforme de 1974, ont été ceux qui ont eu le plus souvent recours à l'institution pour lui demander de faire respecter les procédures parlementaires et l'équilibre des pouvoirs, mais aussi les libertés et les droits individuels et collectifs.*

Aujourd'hui, la procédure est bien « rodée » et la saisine se déroule selon trois étapes traditionnelles — décision de saisir, préparation du recours, dépôt au Conseil — qui obéissent chacune à des règles pratiques simples mises en place au sein du groupe socialiste. Le bilan modeste de cette expérience conduit naturellement à proposer, en attendant la grande réforme du Conseil, quelques adaptations de détail pour donner toute son efficacité à la possibilité offerte à une minorité de parlementaires par le nouvel article 61 de la Constitution.

GUY CARCASSONNE

*Une voie sans issue ?
La recherche de variables
politiques objectives*

Organe impartial statuant sur le seul fondement du droit pour les uns, le Conseil constitutionnel ne serait, pour d'autres, qu'une instance composée et agissant sur des critères politiques. Les tenants de ces deux positions peuvent sans difficulté trouver dans la jurisprudence matière à argumentation. Aux accusations de dépendance on opposera les décisions de non-conformité ; au fait que le Conseil préserverait les libertés, on objectera que c'est pour légitimer le gouvernement des juges... En d'autres termes, le débat se livre sur des positions de principe auxquelles chacun trouve des justifications *a posteriori*.

Au regard de cette situation, il n'est pas inutile de chercher s'il existe des indices scientifiques en faveur de l'une ou l'autre thèse. Les lignes qui suivent n'ont nullement la prétention de trancher, mais de tenter d'apporter des éléments objectifs par la recherche de variables politiques expliquant les décisions du Conseil constitutionnel : ou bien elles existent et l'intérêt de leur mise à nu est évident, ou bien on n'en trouve que de contestables ou de trop imparfaites et, ce faisant, d'une part, on écarte une hypothèse, d'autre part, on prend date pour un réexamen ultérieur, des variables actuellement indiscernables pouvant se révéler par la suite, pour peu qu'on tente de les déceler.

Encore faut-il délimiter le champ de l'analyse et lui donner une unité. C'est pourquoi nous ne retiendrons que le contrôle de constitutionnalité, le contentieux électoral relevant d'une autre logique et de références normatives distinctes. De même, à l'intérieur

du contrôle de constitutionnalité, ne seront ici examinées que les décisions rendues sur saisine de 60 députés ou sénateurs. Ce choix se justifie par le fait que la révision de 1974, banalisant le recours au Conseil constitutionnel, lui a donné une dimension nouvelle, dimension qui, en outre, répond directement à l'objet de cette recherche dès lors que les saisines opérées dans un but ouvertement politique peuvent plus facilement mettre en lumière les éventuelles motivations politiques des décisions. L'échantillon ainsi retenu, de surcroît, est aujourd'hui assez étoffé (34 décisions) pour commencer à être significatif. Or son étude révèle rapidement que la recherche de variables politiques n'aboutit à en dégager que de faiblement pertinentes.

L'inventaire des variables, pour échapper à l'arbitraire, exige de celles que l'on retient qu'elles soient à la fois objectives dans leurs manifestations et politiques dans leurs implications. Au regard de ces critères, nous n'en avons pu retenir que trois qui seront autant d'hypothèses à vérifier : 1. la proximité d'une consultation électorale importante ; 2. le rapport des forces politiques ; 3. l'appartenance des auteurs de la saisine, influencent-ils les décisions du Conseil ?

1. La proximité d'une échéance électorale pourrait influencer de deux façons. Politiquement favorable, par hypothèse, aux tendances dont la majorité de ses membres tiennent leur nomination, le Conseil pourrait être tenté d'épargner au Gouvernement et à la coalition qui le soutient la censure d'un de leurs textes en période électorale. Il pourrait, à l'inverse, déclarant une loi non conforme, faire la preuve de son indépendance, gagnant une légitimité dont il exciperait par la suite si, une majorité nouvelle à laquelle il est hostile étant élue, il décidait d'entraver l'action de cette dernière.

Le nombre anormalement faible ou anormalement élevé de non-conformité en période électorale serait alors l'indice du caractère opérationnel de cette variable. Or il ne semble pas que tel ait été le cas à la veille des élections de 1978, la session qui les a précédées ayant donné lieu à cinq saisines dont une a abouti à une non-conformité, soit une proportion de 20 %, insuffisamment éloignée de la moyenne générale (29,4 %) pour être significative. Tout au plus ce résultat peut-il inciter à rechercher, dans l'avenir, l'absence d'influence des consultations électorales.

2. L'impact éventuel des rapports de forces politiques pourrait se traduire par une plus grande sévérité des juges constitutionnels à l'égard des textes qui ont été sources de conflit au sein de la coalition

majoritaire. Au sens large, le conflit peut s'entendre des cas où certains parlementaires ont, par l'abstention ou le refus, rompu la discipline de vote. Cela s'est produit 10 fois (1), mais sans doute est-il excessif de parler de conflit lorsque seul un ou deux élus ont manifesté leur opposition. Aussi semble préférable une définition restreinte aux seuls cas dans lesquels le nombre de parlementaires de la majorité hostiles au texte est élevé, cette hostilité se traduisant par le vote contre ou la saisine du Conseil constitutionnel (2). Ces conditions ne sont remplies qu'à deux reprises (interruption volontaire de grossesse — décision n° 74.54 DC — et prévention des accidents du travail — décision n° 76.70 DC) qui ont donné lieu à deux échecs des saisines correspondantes. S'agissant donc des discordances parmi les groupes de la majorité, elles ne paraissent pas conduire le Conseil à plus de rigueur à l'égard des textes litigieux (3).

Mais il est une autre forme de conflit qui, sans opposer directement deux fractions de la majorité, signale néanmoins des fissures : c'est le cas lorsque le Sénat a refusé tout ou partie d'un texte ultérieurement soumis au Conseil.

Cela ne s'est produit que trois fois (4) dont deux ont donné lieu à des décisions de non-conformité. Cet aspect semble d'autant plus intéressant que, dans le troisième cas, le refus du Sénat n'était motivé que par un élément (dissolution de l'Assemblée territoriale de la Nouvelle-Calédonie) non contesté, dans son principe (5), devant le Conseil constitutionnel. De plus, il n'est pas inutile de rappeler que les deux décisions de non-conformité rendues avant 1974 sur saisine du président de la seconde Chambre portaient sur des textes que le Sénat avait rejetés. Ajoutons encore que les sénateurs, sans aller jusqu'à voter contre ces dispositions, avaient émis les plus expresses réserves sur le juge unique (décision n° 75.56 DC) et la réglementation du droit de grève à la radio-télévision (décision n° 79.105 DC).

(1) Si l'on ne tient compte que des textes pour lesquels la vérification est possible, c'est-à-dire ceux ayant donné lieu à scrutin public.

(2) Curieusement (et cela s'explique sans doute par le non-respect du principe du vote personnel), la loi relative à la prévention des accidents du travail a été déferée par 60 députés de la majorité alors qu'un seul (M. Limouzy) avait voté contre le texte (scrutin n° 314 du 13-5-1976).

(3) Ce qui ne signifie pas nécessairement qu'elles soient sans influence : peut-être le Conseil refuse-t-il sciemment de prendre une décision de non-conformité rendue spectaculaire par l'existence même d'un conflit.

(4) Fouille des véhicules (décision n° 76.75 DC), vote plural pour les élections prud'homales (décision n° 78.01 DC), régime électoral de la Nouvelle-Calédonie (décision n° 89.104 DC).

(5) Les sénateurs avaient critiqué non la dissolution elle-même, mais le fait qu'elle fût prononcée par la loi et non par le décret.

Une tendance semble donc se dégager, faisant peser sur les textes refusés par le Sénat une présomption de non-conformité. Il convient toutefois de tempérer cet acquis dans la mesure où le refus des sénateurs pourrait se justifier par l'ampleur de l'atteinte portée aux libertés constitutionnellement protégées, auquel cas il ne serait nul besoin de faire appel à des considérations politiques, le droit suffisant à expliquer la décision.

3. En ce qui concerne, enfin, l'appartenance politique des auteurs de la saisine, il n'est pas indifférent de noter que, lorsqu'ils ont agi seuls, ni les parlementaires de la majorité, ni ceux du groupe communiste, n'ont jamais obtenu gain de cause, tandis que toutes les non-conformités ont été prononcées sur des saisines auxquelles les socialistes ont été parties. Le nombre d'échecs de ces derniers, toutefois, exclut l'hypothèse d'un surprenant penchant du Conseil constitutionnel en leur faveur. Quant à l'insuccès des autres groupes, le manque de discernement dans la décision de saisir l'explique probablement, dès lors que, lorsque tout ou partie de leurs membres se joint à une saisine plus large, leur présence n'entraîne pas le rejet, ce qui écarte donc aussi l'hypothèse d'un ostracisme particulier.

Ainsi, l'ambiguïté des variables retenues semble les condamner ou, ce qui est presque plus gênant, laisser planer des doutes que seule une expérience plus longue permettra de lever.

Aussi peut-on tenter une autre démarche qui, plutôt que de vérifier l'efficacité de variables imaginées *a priori*, consisterait, partant des décisions de non-conformité, à rechercher entre elles des dénominateurs communs qui leur soient propres et ne doivent rien au droit.

La personnalité du rapporteur pourrait constituer un élément intéressant, mais le fait que son nom ne soit pas rendu public interdit toute analyse. On peut estimer, en revanche, que des dix décisions de non-conformité, huit peuvent, sans trop d'in vraisemblance, s'expliquer par des raisons autres que juridiques.

Le pourcentage de non-conformité, en premier lieu, est sensiblement plus élevé que la moyenne générale (29,4 %), et ce n'est pas indifférent, lors des sessions précédant immédiatement un renouvellement d'un tiers des membres du Conseil (66 % et 50 %, respectivement à la veille des renouvellements de 1977 et 1980). L'hypothèse selon laquelle certains conseillers auraient la tentation de marquer leur départ d'un coup d'éclat n'est donc pas totalement absurde.

Si l'on ajoute les cas dans lesquels le Sénat avait fait preuve de très fortes réticences sur un texte, voire l'avait rejeté, ce sont sept

décisions qui pourraient n'être pas motivées que par des considérations strictement juridiques.

Ne restent alors que celles concernant la loi de finance pour 1975 (décision n° 74. 53 DC) et celles relatives à l'enseignement privé agricole (respectivement des 18 janvier et 27 juillet 1978). En ce qui concerne la première, il n'est pas exclu, loin s'en faut, que des préoccupations de type « publicitaire » n'aient pas été étrangères à la décision. Compte tenu des réticences manifestées par l'opposition lors de la révision de 1974, il n'est pas interdit de penser qu'elle se serait rapidement abstenue de saisir le Conseil si celui-ci ne lui avait très tôt montré qu'il était prêt à l'entendre. Prouvant qu'il rendait des décisions et non, comme on l'en avait accusé, des « services », il incitait à la saisine, assurant ainsi le succès de la réforme.

Quant aux lois relatives à l'enseignement privé agricole, réfractaires aux précédentes hypothèses, elles ont cette particularité d'avoir donné lieu à des décisions ne portant que sur l'application directe de deux articles de la Constitution, sans, donc, que le pouvoir d'appréciation du Conseil soit aussi large que dans d'autres domaines.

Ainsi, à supposer même que l'avenir confirme les indices décelés, force est de reconnaître que leur valeur explicative éventuelle demeure politiquement stérile. L'hypothèse portant sur la première décision de non-conformité n'a d'intérêt qu'historique. Quant à savoir si les conseillers sont rendus plus audacieux ou plus sévères par la perspective de leur départ, cela peut à la rigueur éclairer leur personnalité mais non donner d'indication utilisable sur la perméabilité du Conseil à des préoccupations politiques.

Tout au plus ces éléments épars peuvent-ils concourir à dresser un portrait-robot du texte susceptible d'être déclaré non conforme : c'est une loi votée, lors de la dernière session précédant un renouvellement, contre la volonté du Sénat, déferée par les parlementaires au nombre desquels figurent les députés ou sénateurs socialistes.

En toute hypothèse, cela ne permet pas, pour l'immédiat au moins, de trancher la question initialement posée. Le Conseil constitutionnel ne se lie pas davantage politiquement qu'il ne le fait juridiquement. La voie ouverte par la recherche de variables aboutit à une impasse. Mais outre qu'il n'est pas indifférent d'écarter l'hypothèse, il faut également noter que si les variables ne sont pas indiscutables, elles ne sont pas non plus irrémédiablement condamnées. Peut-être leur recherche n'est-elle que prématurée, la poursuite d'une même démarche pouvant, sur une plus longue période, révéler sinon des certitudes du moins des tendances.

G. CARCASSONNE. — No exit : the search for objective political variables.

Are there any political variables which permit an explanation of the decisions of the Constitutional Council ? The search for objective elements only suggests certain hypotheses, and rather few at that. It is rather cleaner that neither the approach of elections nor the political affiliation of the initiators of the petition has an influence on the decisions. On the other hand, the severity of the Council's positions seems to bear a relationship to the Senate's opposition to a statute. However it is too early to work out any truly relevant variables, which does not mean that they do not exist but perhaps that it is premature to look for them.

RÉSUMÉ. — *Existe-t-il des variables politiques permettant d'expliquer les décisions du Conseil constitutionnel ? La recherche d'éléments objectifs ne permet que d'émettre des hypothèses, et encore sont-elles peu nombreuses. Il est presque certain que ni la proximité d'élections, ni l'appartenance politique des auteurs de la saisine n'influent sur les décisions. En revanche, le Conseil paraît se montrer d'autant plus sévère que le Sénat a marqué son opposition à un texte. Mais en fin de compte, il est trop tôt pour dégager des variables réellement pertinentes, ce qui ne signifie pas qu'elles soient inexistantes, mais peut-être que leur recherche est prématurée.*

RENÉ CHIROUX

Faut-il réformer le Conseil ?

Introduit « par surprise » (1) dans la Constitution du 4 octobre 1958, le Conseil constitutionnel constitue une des principales innovations de la V^e République. Plus d'un quart de siècle après son installation dans un somptueux décor — les appartements de la princesse Clotilde et du prince Napoléon au Palais-Royal —, l'institution demeure contestée, mal comprise, ceci en dépit des progrès accomplis. La réforme du Conseil constitutionnel a fait l'objet, dès le départ, de nombreux projets, et le dossier reste ouvert. La diversité des réformes proposées s'explique par l'évolution même du Conseil, et les modifications suggérées ont varié en fonction des critiques formulées.

UN MAUVAIS DÉPART

Les premières nominations des membres du Conseil, qui auraient mérité plus d'attention, furent mal accueillies. La contestation porta sur la compétence technique, l'engagement politique et l'âge des membres du Conseil. M. Charles Eisenmann pose la question : « Palindrome ou stupeur ? » (2). M. Maurice Duverger estime, pour sa part : « Il est normal qu'une Cour suprême ne soit pas composée d'adolescents. Mais on paraît avoir exagéré dans l'autre sens en composant le premier Conseil constitutionnel de la V^e République : sur neuf

(1) Louis FAVOREU, *Le Conseil constitutionnel, régulateur de l'activité normative des Pouvoirs publics*, RDP, 1967, p. 7.

(2) *Le Monde*, 5 mars 1959.

membres nommés en 1959, cinq avaient plus de 70 ans ; deux seulement moins de 55 ans. La moyenne d'âge dépassait 65 ans, la médiane était de 71 ans. Depuis, la situation n'a fait que s'aggraver naturellement » (3).

Le nouveau Conseil va avoir à régler « la querelle du règlement » (4) et à rendre les premières décisions dans le domaine de la répartition des compétences législatives et réglementaires.

Le Conseil, saisi sur la base de l'article 61, alinéa de la Constitution (5), contraint les assemblées parlementaires, déjà affaiblies, à restreindre leurs possibilités d'action et de contrôle de l'action gouvernementale. L'Assemblée nationale et plus encore le Sénat s'inclinèrent de mauvaise grâce. Les difficultés soulevées par l'application de l'article 34 furent tranchées par le Conseil dans un sens favorable au pouvoir réglementaire. Du moins en eut-on l'impression à l'époque. Un examen plus attentif des décisions du Conseil montre que la jurisprudence du Conseil fut plus nuancée.

Mais « l'image de marque » du Conseil était mauvaise au sein de la classe politique, et toute décision de cet organisme était frappée de suspicion. L'opinion publique marquait son indifférence à l'égard du Conseil, dont les juristes eux-mêmes n'arrivaient pas à définir la nature juridique (6).

Qui ne se souvient des apostrophes célèbres lancées à l'encontre du Conseil, « Mentor des parlementaires » (7) ? Pour le sénateur Marcilhacy, son rôle est « de faire souffrir le droit pour servir le pouvoir » (8). M. Maurice Duverger y voit « un moyen d'action donné au Gouvernement sur les assemblées » (9). M. Georges Lescuyer enseigne qu'il s'agit d'un organe « créé avant tout pour maintenir le Parlement dans une position inférieure » (10).

(3) *Institutions politiques*, 7^e éd., p. 642.

(4) L'expression est de M. Pierre VIANSSON-PONTÉ, *Histoire de la République gaullienne*, t. I, 1970, p. 151.

(5) C'est, de manière inexacte, que le général de Gaulle écrit, dans des *Mémoires*, t. I, 1970, p. 291 : « C'est pourquoi j'invite le Gouvernement à saisir le Conseil constitutionnel des règlements que tentent de se donner les Chambres et qui excèdent leurs attributions. Le Premier ministre (et non le Gouvernement) peut saisir le Conseil, et s'agissant des règlements, le Conseil a été saisi par les présidents des assemblées parlementaires. »

(6) Le débat — qui demeure — a fait l'objet d'un article, très documenté, de M. François LUCHAIRE, *Le Conseil constitutionnel est-il une juridiction ?*, RDP, 1979, p. 27.

(7) Georges DUPUIS, Jacques MOREAU et Jacques GEORGEL, *Le Conseil constitutionnel*, p. 14, Dossiers U₂.

(8) *Le Figaro*, 12 février 1960.

(9) *Op. cit.*, p. 635.

(10) *Cours Clermont-Ferrand*, 1967-1968, Cujas, p. 376.

La solution ne consiste-t-elle pas alors à *supprimer cette institution*. Tel est bien l'avis, exprimé de manière péremptoire, par M. François Mitterrand en 1964 : « Le Conseil constitutionnel, tel qu'il existe actuellement, doit disparaître au profit d'une Cour suprême composée de magistrats issus de la Cour de cassation et du Conseil d'Etat assistés d'élus politiques. Seule une Cour suprême aura la hauteur de vues, l'indépendance, l'inamovibilité nécessaires pour trancher des problèmes difficiles face au pouvoir exécutif renforcé, et les citoyens verront dès lors leurs droits et leur liberté préservés » (11).

UN TOURNANT : LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL,
DÉFENSEUR DES LIBERTÉS

La décision du 16 juillet 1971 à propos de la liberté d'association marque, comme l'a écrit M. Jean Rivero : « La fin d'une étape : le Conseil s'érige, non en défenseur des prérogatives de l'Exécutif contre le Parlement, mais en gardien des libertés constitutionnelles contre la coalition du Gouvernement et de sa majorité parlementaire » (12).

Sans doute la portée de cette décision a-t-elle été quelque peu surestimée par la doctrine (13). Le Conseil était, pour la première fois, saisi de la conformité à la Constitution d'une loi adoptée par le Parlement sur la base des principes de la Déclaration des droits de l'homme et du Préambule de 1946. Les membres du Conseil et leur président, M. Gaston Palewski, dégagés de tout lien d'allégeance à l'égard du chef de l'Etat depuis le 27 avril 1969, surent saisir l'occasion d'affirmer tout à la fois leur indépendance et leur volonté de défendre les libertés publiques.

L'opération fut, en tout cas, réussie, et les décisions du Conseil commencèrent à être examinées avec un esprit plus serein.

Deux révisions constitutionnelles ont étendu la saisine du Conseil (27 octobre 1974), et développé son rôle dans la procédure de l'élection du Président de la République (14 juin 1976). Le Président Giscard d'Estaing est venu le 7 novembre 1977 au Palais-Royal saluer l'action du Conseil : « Pas de gouvernement des juges, mais le règne, tout le règne de la Constitution : c'est ainsi que l'on peut définir l'esprit de vos décisions. »

(11) *Revue politique et parlementaire*, mars 1964, p. 6.

(12) *AJDA*, mars 1975, p. 137.

(13) Nous l'avons, pour notre part, comparé à l'arrêt *Marbury contre Madison* de la Cour suprême des Etats-Unis, *Revue politique et parlementaire*, 1977, n° 869, p. 9.

Ainsi, comme le constate M. Philippe Boucher, le Conseil constitutionnel « continue, non sans finesse, son petit bonhomme de chemin. Pierre après pierre, il se bâtit, non sans talent, une réputation, une crédibilité ; sans éclat, mais constamment ; fermement, mais sans esclandre » (14). Le Conseil veut apparaître comme le défenseur de l'orthodoxie constitutionnelle, de l'indépendance nationale (décision du 30 décembre 1976 sur le projet d'élection du Parlement européen au suffrage universel direct), et des libertés.

Et, pourtant, les vieilles préventions à l'égard du Conseil n'ont pas disparu. Tant s'en faut. Survienne le moindre incident, et la querelle rebondit.

UNE MÉFIANCE PROFONDE À L'ÉGARD DU CONSEIL

Celle-ci est apparue dans toute son ampleur à propos du contentieux électoral qui a suivi la consultation de mars 1978. Et pourtant, avec sa prudence habituelle (jugée excessive par certains), le Conseil s'était borné à annuler cinq élections, sans jamais utiliser son pouvoir de réformation. Les trois députés invalidés de l'opposition furent réélus, les deux députés de la majorité furent battus... Et voici les commentaires que cette jurisprudence inspira vingt-deux ans après la scandaleuse attitude de l'Assemblée nationale à l'égard des députés poujadistes, ce qui prouve que certains hommes politiques ont une exceptionnelle faculté d'oubli !

Pour M. Georges Marchais, « il s'agit d'une remise en cause flagrante du verdict du suffrage universel *par la droite giscardienne*, ce qu'aucun démocrate ne saurait accepter » (15). M. Mitterrand écrit : « Où l'indépendance irait-elle se nicher dans ce cénacle, recruté homme par homme (hé quoi ! il n'y a pas de femme ?) par le Gotha de la majorité ?... C'est l'institution que je mets en question. Car le Conseil constitutionnel est une institution politique, l'instrument politique du pouvoir exécutif. Rien de moins. Rien de plus. On le croyait servile, il n'est qu'obéissant » (16). Invité par le Club de la Presse d'Europe n° 1, le 21 août 1978, le premier secrétaire du Parti socialiste affirme, péremptoirement : « Le Conseil constitutionnel est une institution à la Napoléon III qui ne devrait pas avoir cours dans la vie démocratique d'aujourd'hui. » Il s'agit d'une *institution dont il faudra se défaire* (17).

(14) *Le Monde*, 19 juillet 1971.

(15) *Le Monde*, 17 août 1978.

(16) *L'Unité*, 23, 29 juin 1978.

(17) *Le Monde*, 19 août 1978.

LE CONSEIL A L'ÉPREUVE DE L'ALTERNANCE

Beaucoup d'observateurs attendaient l' « Heure de Vérité » : l'arrivée de la gauche au pouvoir, alors que la majorité du Conseil lui était défavorable. Cette dernière n'avait-elle pas la tentation de s'opposer aux grandes réformes qu'entendait réaliser la gauche ? Il n'en a rien été et l'affrontement n'a pas eu lieu. Certes, des difficultés sont apparues inévitablement en 1981 lorsque le Conseil a annulé l'élection de trois députés de gauche (qui n'ont pas été réélus), ou après certaines décisions, comme celle rendue le 16 janvier 1982 à propos des nationalisations. M. Philippe Herzog a dénoncé dans *L'Humanité* (18) « le rôle », « les attributions » et « la composition » du Conseil constitutionnel, dont M. Pierre Joxe, président du groupe socialiste à l'Assemblée nationale, a pu estimer qu'il n'appartenait pas « à la tradition française » (19). Alain Savary, ministre de l'éducation nationale, après avoir critiqué les décisions du 20 janvier 1984, s'est exprimé plus prudemment : « Le Conseil constitutionnel n'est pas une juridiction, mais un organe régulateur qui, à ce titre, fait partie intégrante des pouvoirs publics. La place du politique dans ses fonctions ne constitue donc pas une appréciation péjorative... mais un simple effet de la nature des choses » (20).

Il nous apparaît plus important de souligner que le Conseil constitutionnel, par son attitude prudente, a évité d'entrer en conflit avec le Président de la République et son Gouvernement : nous pensons aux nationalisations, et à la politique menée outre-mer (et nous pensons, en particulier, à la décision du 23 août 1985 à propos de la Nouvelle-Calédonie).

Le Président François Mitterrand a même cru devoir intervenir, en conseil des ministres (14 novembre 1981), pour exprimer son « vif regret », alors que des critiques désobligeantes avaient été exprimées à l'égard du président Roger Frey par M. Michel Berson, député socialiste.

L'alternance n'a donc pas, à notre avis, modifié sensiblement les données (21) et le problème de la réforme du Conseil constitutionnel demeure.

(18) 18 juin 1982.

(19) *Le Monde* du 20 janvier 1982.

(20) Assemblée nationale, CE, 1984, p. 3425.

(21) La plate-forme UDF-RPR (16 janvier 1986) n'aborde pas, on le sait, les problèmes institutionnels.

Celui-ci pose plusieurs séries de problèmes, d'ailleurs liés entre eux :

- quant à la nature des textes à modifier : Constitution (avec la lourde procédure de l'article 89, seule procédure juridiquement acceptable pour réviser la Constitution) ; loi organique (donc soumise à l'appréciation du Conseil). Notons, par ailleurs, que certaines modifications pourraient venir du Conseil qui a une autonomie de fonctionnement ;
- quant à la majorité requise pour faire aboutir, dans la conjoncture actuelle, une réforme du Conseil constitutionnel. Le Président de la République, s'il en prenait l'initiative, se heurterait à l'hostilité du Sénat (l'expérience de l'été 1984 a été significative), et il est peu vraisemblable que le Président Mitterrand veuille engager son autorité à nouveau sur une telle réforme.
- enfin, quant à l'objectif de la réforme : Faut-il agir de manière abrupte et proposer l'institution d'une Cour suprême (I), ou, de manière plus prudente, modifier et améliorer l'institution existante (II).

I. — *Une réforme brutale : Vers une Cour suprême*

L'expression a une vertu quasi magique : La Cour suprême constitue le meilleur rempart dans la défense des libertés. C'est ce qui explique que partis et hommes politiques en proposent l'institution en France. C'est un bon thème électoral. Encore faut-il constater que les projets présentés n'ont jamais fait l'objet d'études approfondies (a) et que celles-ci eussent d'ailleurs révélé les graves obstacles soulevés par une telle proposition (b).

a) *Des propositions sommaires.* — M. Patrick Juillard, qui a fait un minutieux recensement de ces nombreux textes, fait deux pertinentes remarques : il constate « une façade d'unanimité » (22) de ces propositions et note que, sous leur apparente hardiesse, « se camoufle une indiscutable prudence » (23).

Ces propositions présentent quelques points communs : Le contrôle est, comme le veut la tradition française, « dissocié », c'est-à-dire « que l'autorité investie de la fonction de contrôle de la consti-

(22) Difficultés du changement en matière constitutionnelle : L'article 61 de la Constitution, *RDP*, 1974, p. 1713. (Nous renvoyons à cet article pour l'ensemble des propositions de loi étudiées dans ce paragraphe, ainsi qu'à l'analyse précédemment faite dans cette Revue.)

(23) *Ibid.*, p. 1718.

tutionnalité de la loi ne se confond pas avec l'autorité chargée de contrôler la licéité des normes juridiques subordonnées » (24). Le terme de « Cour suprême » est donc, si l'on s'en réfère à la terminologie en vigueur, mal choisi. Le contrôle de nature juridictionnelle est, en général, effectué *a priori*. Il vise l'action du législateur dans tous les cas, plus rarement celle de l'Exécutif. La Cour est tout à la fois chargée du respect des libertés publiques et du fonctionnement régulier des Pouvoirs publics. Sauf dans le texte des partis de gauche (où l'on trouve un contrôle par voie d'exception), le contrôle s'exerce par voie d'action, en général assez largement ouvert (par rapport au texte initial de l'article 61) ; mais l'autosaisine de la Cour semble avoir été délibérément écartée.

Nous avons cru pouvoir répertorier ces propositions en les classant en trois catégories :

1. Les premières visent à *instaurer un régime présidentiel*, et sont alors assorties, dans tous les cas, de la création d'une Cour suprême : Paul Coste-Floret, dans son Rapport établi le 27 juin 1963 au nom de la commission des lois de l'Assemblée nationale, estimait que le régime présidentiel « aboutirait aux trois concepts suivants : un Président de la République qui gouverne ; un Parlement qui légifère librement ; une Cour suprême garante de la constitutionnalité des lois... Le Conseil constitutionnel n'est qu'une ébauche de ce que devrait être une Cour suprême véritable. Il faut que tout citoyen puisse saisir la Cour suprême d'une action en inconstitutionnalité d'une loi, d'un règlement ou d'un arrêté et notre proposition le prévoit expressément. D'autre part, nous proposons que la Cour suprême autorise le référendum et contrôle sa constitutionnalité avant la consultation populaire et non pas après, ce qu'un exemple récent a révélé impossible » :

La proposition de loi constitutionnelle déposée le 1^{er} juin 1966 par M. Pierre Marclhacy comprend, dans son article 1^{er}, un énoncé des principales libertés publiques et prévoit « une Cour suprême pour juger en premier et dernier ressort de tous les manquements ou violations de droits énoncés à l'article premier » (art. 2). La Cour suprême, de composition originale (25), doit également approuver la loi organique garantissant l'indépendance de la magistrature. Toute révision constitutionnelle est soumise à la Cour pour avis, lequel est obligatoirement publié.

(24) *Ibid.*, p. 1707.

(25) Voir article 2 de la proposition Marclhacy (son auteur est actuellement membre du Conseil constitutionnel).

Ainsi, sans doute par mimétisme avec le régime des Etats-Unis d'Amérique, les auteurs de ces propositions ont-ils lié l'instauration en France du régime présidentiel à la création d'une Cour suprême, et les difficultés d'une transposition, systématique, n'ont pas été abordées.

2. Certaines propositions veulent avant tout assurer une *meilleure protection des libertés publiques*. Elles émanent de parlementaires républicains indépendants. Les réformateurs, « auxquels une extension du contrôle de constitutionnalité est quasiment consubstantielle, ont rédigé des textes dans le même sens » (26).

Retenons deux originalités dans la proposition des républicains indépendants :

- les membres de la Cour suprême sont tous nommés par le Président de la République à partir d'une liste en nombre double du nombre de postes à pourvoir ; cette liste est soumise par le premier président de la Cour de cassation et le vice-président du Conseil d'Etat au Président de la République, lequel doit procéder à la consultation des présidents des assemblées parlementaires ;
- d'autre part, tout individu, personne physique ou morale, peut — par requête motivée — saisir directement la Cour suprême lorsqu'il est porté atteinte aux libertés fondamentales que lui garantit la Constitution, et notamment son Préambule. Ainsi (mais peut-être extrapolons-nous sur la pensée des auteurs de la proposition ?), la Cour peut être saisie d'un recours contre les textes législatifs, mais aussi réglementaires portant atteinte aux libertés publiques.

3. Enfin, le *Programme commun de Gouvernement* des partis de gauche reprenait l'idée de Cour suprême formulée par M. Mitterrand en 1964 et à laquelle ce dernier assignait un triple rôle : contrôler la constitutionnalité des lois, la légalité des lois (le Conseil d'Etat demeurant seulement un Conseil de gouvernement), assurer la défense des libertés, l'*habeas corpus* proprement dit (27).

Le texte signé le 27 juin fixait la composition de la « Cour constitutionnelle suprême » (28) : trois membres élus par l'Assemblée nationale

(26) Voir Patrick JUILLARD, *op. cit.* Il s'agit pour les républicains indépendants de MM. Icart, Paquet et d'Ornano. Pour les réformateurs, p. 1713, propositions de MM. Rossi, Abelin, Boudet et Hersant.

(27) *Op. cit.*, p. 8.

(28) Nous nous référons à la proposition de loi de MM. Ballanger, Defferre et Fabre (voir l'article précité de M. Patrick Juillard).

à la proportionnelle des groupes (deux pour la majorité, un pour la minorité), selon un mécanisme fort complexe ; trois membres élus par le Sénat dans des conditions identiques ; un membre désigné par le Président de la République ; deux membres choisis par le Conseil supérieur de la Magistrature (organe dont la composition est également démocratisée). Cette Cour recevrait une large mission. Elle « assurera le respect des règles constitutionnelles, la régularité des opérations électorales de caractère national et la garantie des libertés publiques, individuelles et collectives », « participera à l'indépendance de la magistrature », et « sera associée au contrôle régulier des fonctionnaires et militaires chargés du maintien de l'ordre ». La Cour assurera le contrôle de la procédure référendaire et toute décision du Président de la République « intéressant les rapports entre les Pouvoirs publics » pourra lui être soumise par les autorités titulaires du droit de saisine. Il s'agit là d'une importante innovation par rapport aux textes précités. Enfin, et il s'agit là d'une suggestion déjà faite par le président Léon Noël, la Cour pourra être « saisie par toute juridiction judiciaire ou administrative des exceptions d'inconstitutionnalité que les justiciables pourront soulever à l'encontre des dispositions législatives et réglementaires qu'ils estimeront contraires aux libertés garanties par les articles 7 et 11 de la Déclaration des droits de l'homme et par le Préambule de la Constitution ». Le texte omet de préciser (et le problème est important) si l'exception sera soulevée en première instance (et avec quelles conséquences ?) ou en appel ?

Toutes ces propositions, évidemment séduisantes, méritent cependant un examen attentif.

b) Des obstacles nombreux. — Le contrôle de la constitutionnalité des lois aboutit toujours au même dilemme : ce contrôle est exercé par un organe politique, mais quel organe peut être, en démocratie, supérieur au Parlement ? Il faut alors s'en remettre aux tribunaux mais est-il concevable, en démocratie, que le dernier mot appartienne aux juges ? N'est-ce pas instaurer ce « gouvernement des juges » tant redouté ?

Les exemples étrangers (et notamment la Cour suprême des Etats-Unis), mal connus en France, incitent à la prudence. Comment choisir, avec le maximum de garanties, les membres de la Cour ? Comment permettre à celle-ci de remplir son rôle tout en assurant un fonctionnement régulier des pouvoirs démocratiquement élus ?

1. La classe politique française ne nous paraît pas prête à accepter une véritable Cour suprême. Nous avons fait mention des violentes

diatribes adressées au Conseil constitutionnel. Retenons encore l'hostilité brutale des parlementaires à la possibilité pour le Conseil constitutionnel de se saisir lui-même des textes législatifs. Cette « autosaisine » proposée par le Président Giscard d'Estaing en octobre 1974 a soulevé de vives réactions : « Nous allons, estime M. Jean Foyer, multiplier les occasions offertes au Conseil constitutionnel, pour des raisons de droit, de tenir en échec la loi, expression de la volonté manifestée par le Parlement » (29). Le sénateur Jacques Duclos se prononce dans le même sens : « Cet article serait dû, a-t-on dit, à l'initiative de M. Roger Frey, président du Conseil constitutionnel. Il tendait à donner à ce Conseil le droit de se saisir lui-même directement des lois qui lui paraissaient porter atteinte aux libertés garanties par la Constitution. C'était, en quelque sorte, à la mise sous tutelle du Parlement qu'aurait abouti un tel texte et le Gouvernement ne pouvait pas ne pas s'en rendre compte » (30).

Le Conseil constitutionnel, sensible à cette méfiance des milieux politiques, a fait preuve d'une extrême prudence (qui pourrait, dans un tel contexte, l'en blâmer ?). C'est lui-même qui a précisé qu'il ne disposait pas d'« un pouvoir général d'appréciation et de décision identique à celui du Parlement » (décision du 15 janvier 1975). Il a refusé de statuer sur la recevabilité d'une motion de censure pendant l'application de l'article 16 de la Constitution (décision du 14 septembre 1961) ; sur la constitutionnalité d'un projet de loi soumis à approbation référendaire (célèbre décision du 6 novembre 1962 sur le recours présenté par le président Monnerville) ; sur la légalité de l'intervention du général de Gaulle sur les antennes de l'ORTF, le 4 mars 1967, après la clôture de la campagne officielle pour les élections à l'Assemblée nationale (décision du 8 juin 1967).

En d'autres termes, le Conseil constitutionnel a systématiquement refusé de participer au *law-making power*, d'être le « troisième cheval de l'attelage » (31). Il n'a pas souhaité devenir « une sorte de troisième chambre disposant du véritable pouvoir législatif puisque c'est lui qui en définitive fixera le contenu de la loi » (32). Cette analyse a pris tout son intérêt au cours de la VII^e Législature (1981-1986) durant laquelle le Conseil a été largement sollicité par l'opposition, qui souhaitait voir bloqués certains processus (comme celui des nationalisations), ou arrêtée une politique : ainsi, celle mise en œuvre en

(29) *JORF*, Débats parlementaires, AN, 9 octobre 1974, p. 4869.

(30) *Ibid.*, Sénat, 17 octobre 1974, p. 1321.

(31) Jacques LARCHÉ, *AJDA*, 1972, p. 137.

(32) Loïc PHILIP, *AJDA*, 1975, p. 18.

Nouvelle-Calédonie. La lettre de saisine (décision précitée du 23 août 1985) était signée du Président Giscard d'Estaing, du Président Poher, et de nombreuses personnalités (dont cinq anciens Premiers ministres). Mais ne convenait-il pas aussi de respecter la politique voulue par la majorité choisie par le peuple français en juin 1981 ?

Peut-être aurait-il pu en être autrement si le Conseil avait bénéficié d'un meilleur soutien de l'opinion publique ? Celui-ci, seul, peut lui permettre de résister à la traditionnelle réserve de la classe politique française. Les perspectives dans ce domaine sont plus favorables. Le Conseil l'a compris et agit dans ce sens en assurant une meilleure défense des libertés publiques. Mais il lui reste beaucoup à faire pour être admis plus complètement.

2. *Les conséquences de l'instauration d'une Cour suprême* ont été insuffisamment étudiées.

En ce qui concerne le problème — crucial — de la *désignation des membres*, les modèles étrangers sont peu satisfaisants. Le choix des juges constitutionnels aux Etats-Unis, en Allemagne fédérale, en Italie, obéit tout autant à des motifs politiques que juridiques. Comment concevoir une Cour au-dessus de tout soupçon ?

Quant à la mission de la Cour, il faut tenir compte de l'imprécision de tout texte constitutionnel ; ceci est particulièrement vrai de la Constitution du 4 octobre 1958 dont il existe, pour reprendre une formule à la mode, plusieurs lectures. La liberté d'appréciation de la Cour suprême serait donc immense. Quant à la loi organique du 2 janvier 1959 sur la procédure budgétaire, chacun s'accorde maintenant à reconnaître qu'elle est, sur de nombreux points, inapplicable. Notre régime de libertés publiques est peu clair, et résulte de l'apport de plusieurs couches successives : la grande Déclaration de 1789, solennelle et désuète ; « les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République », formule dont il reste à percer l'obscurité ; les « principes politiques, économiques et sociaux particulièrement nécessaires à notre temps » contenus dans le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 ; enfin, quelques éléments épars affirmés et précisés dans la Constitution de 1958. Quel ensemble disparate ! Là aussi, et en attendant une codification de notre régime de libertés publiques, la Cour suprême posséderait un pouvoir d'appréciation exceptionnel. Est-ce bien raisonnable ? S'agit-il du meilleur moyen de garantir et de défendre nos libertés ?

Les partis de gauche étaient, à tort (on le sait maintenant), inquiets de l'attitude qu'adopterait le Conseil s'ils l'emportaient aux élections ; l'actuelle opposition (même si elle ne s'exprime pas à ce

sujet) redoute que le Conseil (dont la majorité est dirigée par une forte personnalité de gauche) ne mette pas des entraves aux lois de dénationalisation qu'elle se propose de faire voter après son éventuelle victoire en mars 1986.

Enfin, une véritable Cour suprême pourrait, à la limite, entraîner la suppression de la Cour de cassation et réduire le rôle du Conseil d'Etat. Par crainte d'un tel bouleversement, les propositions actuelles conduisent à un contrôle « dissocié ». Mais il y aurait des interférences inévitables, le juge administratif allant quelquefois, on le sait, jusqu'à contrôler la constitutionnalité des actes administratifs. Les risques de contrariété de décisions seraient grands.

Compte tenu de ces réserves, dans un pays où régna si longtemps la souveraineté parlementaire, il est fallacieux de penser que — sauf bouleversement politique fondamental — une Cour suprême puisse être créée. Les promoteurs d'une telle institution sont d'ailleurs conscients de l'irréalisme de leurs projets ; c'est sans doute pour cela que leurs propositions se limitent à quelques belles formules. N'est-il pas alors plus sage de rechercher une amélioration de la situation existante ?

II. — *Des réformes prudentes :*

L'aménagement du Conseil constitutionnel

Les partis de gauche ont mis l'accent sur la réforme de la *composition du Conseil constitutionnel*. Il s'agit pour eux d'un préalable à toute modification du rôle du Conseil. Il serait cependant faux d'incriminer le constituant de 1958. Si l'alternance avait correctement fonctionné, la composition du Conseil aurait été différente. N'est-il pas, cependant, provocant d'offrir aux trois présidents des places pour des amis politiques ou des relations personnelles ? Les nominations sont faites non pour les services attendus, mais pour ceux déjà rendus.

Nous nous permettons de remarquer que si les anciens présidents de la République sont membres de droit du Conseil, il n'en est pas de même des anciens présidents des assemblées parlementaires, même si ceux-ci ont favorisé l'élection de leurs successeurs. Veut-on instaurer une coutume constitutionnelle ?

De même, comment un lien n'aurait-il pas été établi entre la nomination de M. Louis Joxe au Conseil constitutionnel à l'automne 1977 et la candidature, ensuite annoncée, du Premier ministre dans la circonscription du Rhône abandonnée par M. Louis Joxe ?

Le doute est jeté dans les esprits. Aux présidents d'avoir une

conception plus élevée de leur rôle et à s'inspirer par exemple des conseils que leur donne Mme Florence d'Harcourt (33)... Dans l'immédiat, quatre réformes nous paraissent pouvoir être envisagées :

a) Il faut sortir de l'hypocrisie qui caractérise actuellement le statut des membres du Conseil. — Le but est clair : il convient d'assurer l'indépendance des conseillers face aux autres Pouvoirs publics et aux intérêts privés. Ceci explique le régime des incompatibilités et l'obligation de réserve qui leur sont imposés. Toutefois, le régime est boiteux : les membres du Conseil peuvent appartenir à un parti politique, mais sans y détenir de postes de responsabilité ; ils sont tenus à une obligation de réserve, mais peuvent se présenter aux élections. En cas de succès à une élection législative, le nouveau parlementaire est déclaré démissionnaire d'office du Conseil. Mais, en cas d'échec, le membre du Conseil retourne au Palais-Royal. Ne peut-on pas penser que le candidat (« en congé » du Conseil pendant la campagne) a été amené à prendre position sur des questions « ayant fait ou étant susceptibles de faire l'objet de décisions de la part du Conseil » ? N'oublions pas que les membres du Conseil peuvent exercer des responsabilités locales. Ils sont sollicités de donner soutien aux candidats à des élections (34). Ils peuvent recevoir des décorations, décernées par le Gouvernement.

La dignité des membres du Conseil est certes « affaire de mœurs plus que de textes ». Si une réforme devait intervenir, elle devrait trancher nettement :

- soit « en édictant une inéligibilité relative, et en renforçant les incompatibilités prévues de façon étriquée par l'article 57 de la Constitution » (35). C'est la position de MM. Avril et Gicquel ;
- soit, à l'inverse, en permettant aux membres du Conseil de participer ouvertement à la vie politique. Les inconvénients de cette deuxième solution sont évidents, mais celle-ci aurait le mérite de la franchise et permettrait de recruter des personnalités jeunes et dynamiques.

Une deuxième observation à propos des anciens présidents de la République, membres de droit. La présence au Conseil des présidents

(33) *Le Monde*, 8, 9 octobre 1978.

(34) Sur la position de M. Roger Frey à l'élection municipale de Paris (1977), Question écrite n° 35099 du 29 janvier 1977, de M. André Chandernagor au Premier ministre. Voir également l'attitude de M. Cbatenet à propos de l'élection européenne, *Annales de la Faculté de Droit et de Science politique de Clermont-Ferrand*, 1976, p. 313, note Paul MONTGROUX.

(35) Cette *Revue*, n° 4, 1978.

Auriol et Coty ne fut ni heureuse, ni efficace ; elle provoqua un évident malaise. Ces deux personnalités, attachées au respect scrupuleux des institutions, eurent la pénible impression de cautionner aux yeux de l'opinion les interprétations gaullistes de la Constitution. Le général de Gaulle, on le sait, n'a jamais accepté de participer aux travaux du Conseil...

Mais c'est, bien entendu, l'attitude de M. Valéry Giscard d'Estaing qui a montré le caractère désuet de la Constitution de 1958 à ce sujet. Sans l'examiner en détail (36), nous croyons qu'une révision constitutionnelle s'impose, et que la catégorie des membres de droit (d'ailleurs limitée aux seuls anciens Présidents de la République) doit être purement et simplement supprimée.

b) C'est aussi dans un souci de clarification que nous souhaiterions voir préciser *le rôle consultatif* du Conseil. — L'avis de la Haute Assemblée est seulement prévu lors de l'application de l'article 16 (et la déclaration du Conseil ne lie pas, contrairement à ce que souhaiteraient certains, le chef de l'Etat). Il faut donc *interdire toute consultation officieuse du Conseil, ou permettre sa consultation officielle*.

Nous devons à l'honnêteté du président Noël, auteur d'un savoureux pamphlet (37), d'étonnantes révélations sur le rôle du président et du Conseil lui-même. Ainsi M. Léon Noël raconte qu'il fut personnellement (!) consulté par le général de Gaulle sur le problème de l'application de l'article 16 en janvier 1960, c'est-à-dire au moment de l'affaire des « barricades d'Alger ». Le président du Conseil constitutionnel répondit que le recours à l'article 16 était inopportun et, allant plus loin, suggéra au chef de l'Etat des mesures précises : « Je l'invitais, écrit M. Léon Noël, à prendre des mesures immédiates, à ordonner à Alger — ce qui n'était pas encore fait ! — l'arrestation des meneurs appelant à l'insurrection, à déplacer certaines autorités. Je visais certains chefs militaires — en particulier Challe que de Gaulle me parut juger comme moi — et même des membres du Gouvernement » (38).

Le président Léon Noël révèle également qu'il jugea utile de formuler des réserves à propos des référendums sur l'Algérie (alors que le recours au référendum relève exclusivement de la décision du Président de la République) et, ce qui est encore plus grave, que

(36) Nous renvoyons à l'article, documenté et pertinent, de Dominique ROSENBERG, Les anciens Présidents de la République, membres de droit du Conseil constitutionnel : l'impossible retraite, *RDP*, 1985, p. 1263.

(37) *De Gaulle et les débuts de la V^e République (1958-1969)*, Plon, 1976.

(38) *Op. cit.*, p. 94.

le Conseil émit un vote pour contester l'utilisation de l'article 11 pour réviser la Constitution en 1962. M. Léon Noël indique même la répartition des votes des membres du Conseil, alors que les délibérations du Conseil sont soumises à un secret absolu (39) !

Est-on sûr que lors du contentieux sur la loi de finances pour 1980, le Conseil, ou son président, n'ont pas été aussi consultés officieusement ? Le doute est permis. Il faut le dissiper.

La mission consultative du Conseil nous semble devoir être développée :

— La Cour suprême constitutionnelle, proposée par la gauche, pouvait, lorsqu'elle était sollicitée, donner son avis « sur les problèmes relatifs à la Constitution » (40). N'aurait-il pas été plus sage, lors du débat budgétaire de l'automne 1979, d'interroger le Conseil sur la possibilité de poursuivre la discussion budgétaire, alors que les recettes n'avaient pas été votées ? N'aurait-il pas été heureux, au printemps 1984, de s'assurer que la proposition sénatoriale de soumettre le projet Savary sur l'école privée au référendum entraînait bien dans le champ d'action défini à l'article 11 de la Constitution ?

— Le Conseil, lui-même, pourrait prendre l'initiative de faire des « observations ». Cette suggestion choquera les adversaires acharnés de l'autosaisine. Elle a pourtant une autre signification, et s'apparente, pour nous, aux Rapports présentés annuellement — et évidemment rendus publics — des hautes juridictions françaises. Ajoutons que c'est sur la base de la déclaration officielle du 24 mai 1974 du Conseil qu'a été engagée l'indispensable réforme des modalités de l'élection présidentielle.

c) *La réforme de la saisine* réalisée en 1974 n'a pas été une « fausse fenêtre » (41) et a été beaucoup plus qu'un « gramme de démocratie » (42). — « Une sorte de tribunal populaire, au sens romain du terme, était ainsi établi... » (43). Les recours ont été nombreux, et certains ont été accueillis favorablement. Mais il faut surtout tenir compte que la menace de saisine a été dans bien des cas efficace. Le Gouvernement a renoncé à certains projets par crainte d'un recours des parlementaires de l'opposition. Faut-il aller plus loin ? Nous serions partisans de l'autosaisine (qui aurait aussi l'avantage de permettre au Conseil de suivre les discussions parlementaires et de

(39) *Op. cit.*, pp. 191 et 223.

(40) Voir *supra*.

(41) Jean-Pierre COT, *JORF*, Débats parlementaires, AN, 17 octobre 1974, p. 1325.

(42) Maurice DUVERGER, *Le Monde*, 11 octobre 1974.

(43) Déclaration précitée du Président Valéry Giscard d'Estaing, 8 novembre 1977.

préparer à l'avance ses décisions), mais nous avons reconnu que cette réforme se heurterait à de graves obstacles politiques. Peut-être serait-il plus facile d'admettre que les juridictions puissent saisir le Conseil des exceptions d'inconstitutionnalité qui seraient soulevées devant elles.

Au moins pourrait-on améliorer les conditions de saisine, notamment en réexaminant le problème du *délai* de promulgation de la loi. Ni l'actuel chef de l'État, ni son prédécesseur, n'ont commis ce « détournement de procédure » (44), qui eût consisté en la promulgation brutale d'une loi dès son adoption. Mais il faut prévoir l'avenir, et aussi permettre aux parlementaires de rédiger, de manière sérieuse, leurs recours. De même, il nous paraîtrait opportun de tenir compte des judicieuses propositions de M. François Luchaire « pour une réforme du calendrier » (45) en matière budgétaire.

d) Nous voudrions enfin indiquer tout l'intérêt que nous portons à *développer le caractère contradictoire de la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel* (qui n'existe pour l'instant qu'en matière électorale). — Le recours devant le Conseil se fait dans l'intérêt de la Constitution, et des comparaisons ont pu être établies avec la procédure du recours pour excès de pouvoir devant les juridictions administratives ou celle suivie au Tribunal des Conflits. Admettre un débat contradictoire c'est, en quelque sorte, juridictionnaliser la procédure du recours devant le Conseil constitutionnel.

Or, le Conseil s'est, jusqu'à présent, refusé à accompagner sa décision de la lettre de saisine (ce qui est incompréhensible) (46) et ne daigne pas toujours répondre aux arguments invoqués par les requérants. Quels sont les rapports du Conseil avec les autorités constitutionnelles, et, notamment, avec les services du Premier ministre ou de la rue de Rivoli ? Ceux-ci interviennent-ils auprès du Conseil ? Nous n'en serions nullement choqués si ces documents étaient publiés, et, à tout le moins, communiqués aux requérants qui pourraient formuler leurs observations (47). Il faudrait aussi organiser un débat devant le Conseil. Celui-ci n'existe actuellement que dans la presse et seulement à propos des grandes affaires. Les conseillers

(44) Louis FAVOREU et Loïc PHILIP, *RDP*, 1975, p. 182.

(45) *Le Monde*, 13 janvier 1980. Nous renvoyons à cet excellent article, que nous ne pouvons pas analyser en détail dans cette courte étude.

(46) Ce sont des juristes qui ont obtenu les lettres de recours auprès des parlementaires et les ont publiées dans les Revues (depuis 1975).

(47) Nous signalons qu'à l'occasion du recours sur les nationalisations, le Conseil a entendu des dirigeants de certaines sociétés concernées.

de la rue Montpensier devraient comprendre qu'ils n'ont rien à gagner à maintenir aussi minutieusement le secret de leurs délibérations. Celui-ci alimente bien des hypothèses, le plus souvent défavorables au Conseil et dans bien des cas sans doute inexactes.

Nous voudrions enfin mentionner que les méthodes d'instruction du Conseil dans le domaine électoral pourraient être améliorées. M. Luchaire a fait également sur ce point des suggestions pertinentes et raisonnables : « Le Conseil devrait s'entourer d'un corps d'enquêteurs, pouvant, à la place du ministre de l'Intérieur, s'assurer de l'importance des fraudes alléguées, étant entendu que toute administration, toute formation politique seraient tenues de répondre aux demandes de ces enquêteurs » (48).

Ces différentes réformes sont aisément réalisables dans un délai rapide. Leur succès permettrait de passer alors à une deuxième étape, plus ambitieuse.

Le climat actuel est d'ailleurs propice à une amélioration du fonctionnement du Conseil. Les membres du Conseil, depuis quelques années, ont su, avec énergie, prudence et réalisme (n'est-ce point là l'influence heureuse d'hommes politiques expérimentés ?), affirmer leur existence. L'opinion approuve les décisions préservant les libertés publiques. Elle comprend les décisions qui garantissent la stricte application de la Constitution, même si celles-ci compliquent la procédure parlementaire et le fonctionnement de l'Etat.

La composition du Conseil est moins contestée par la gauche socialiste. Elle l'a imitée pour la Haute Autorité de la communication audio-visuelle et ne vient-elle pas d'en bénéficier pour le Conseil lui-même. Le Conseil est à un tournant. Les autorités constitutionnelles et le Conseil lui-même sauront-ils provoquer les indispensables réformes qui assureront le succès de l'initiative de 1958, et permettront de dire que la « greffe » (49) a véritablement réussi ?

(48) *Le Monde*, 20 août 1978.

(49) L'expression est de M. Krieg (Rapport n° 1190, Assemblée nationale, 1974).

R. CHIROUX. — **Must the Council be reformed ?**

The Constitutional Council is one of the principal innovations of the Constitution of October 4, 1958. Despite a considerable effort by the Council to insure its independence, the defense of governmental institutions and the protection of civil liberties, this institution which was reluctantly received at the beginning, has since been challenged. Many reforms have been proposed. They seek to broaden the scope of this institution and to create a true Supreme Court : this idea of a truly mystical nature has inspired many propositions. But they have been superficial and are not based on a sufficient analysis of foreign examples and do not take sufficiently into account the French reality, and in particular the reluctances of the political class. In view of the obstacles which have been encountered, a more modest solution would be to perfect the existing situation. A true reform of the Council must begin by addressing itself to the composition of this institution which has correctly been criticized. It would also be necessary to clarify certain issues which are vague, such as the status of Council members and the role of the Council, as well as perfecting the procedure. For example, wouldn't be appropriate to develop the method of presenting arguments ? The Council as well as governmental authorities can contribute to the reform which is indispensable to the improvement of the institution.

RÉSUMÉ. — Le Conseil constitutionnel constitue l'une des principales innovations de la Constitution du 4 octobre 1958. L'institution, mal admise au départ, a été depuis contestée, malgré un effort appréciable du Conseil pour affirmer son indépendance, assurer la défense des Institutions et la protection des libertés publiques. Les propositions de réforme ont été nombreuses. Elles visent à démocratiser l'institution et à instituer une véritable Cour suprême : le thème, véritablement mythique, a inspiré de nombreuses propositions. Mais celles-ci, superficielles, ne reposent pas sur une analyse satisfaisante des exemples étrangers, et ne tiennent pas suffisamment compte de la réalité française, et en particulier des réticences de la classe politique. Compte tenu des obstacles rencontrés, une solution plus modeste consisterait à améliorer la situation existante. Une véritable réforme du Conseil devrait tout d'abord s'attaquer à la composition de cet organe, qui a été souvent dénoncée. Il s'agirait aussi de clarifier certaines situations actuellement ambiguës (statut des membres, rôle du Conseil) et d'améliorer la procédure. Ne conviendrait-il pas, par exemple, de développer le caractère contradictoire de celle-ci ? Le Conseil, tout autant que les Pouvoirs publics, peut contribuer à sa propre réforme, indispensable au progrès de l'institution.

ALFRED GROSSER

*Cours constitutionnelles
et valeurs de référence*

A propos de décisions sur l'avortement

Il ne faut pas abuser de la comparaison. Mais les fonctions en évolution du Conseil constitutionnel peuvent être beaucoup mieux comprises si on le compare à des institutions analogues d'autres pays. Et la comparaison sera d'autant plus féconde qu'on la fera porter sur un problème spécifique soumis à peu près au même moment à plusieurs d'entre elles. Le cas le plus intéressant est peut-être celui de l'avortement, sur lequel, comme le font remarquer Louis Favoreu et Loïc Philip dans leur remarquable nouvelle édition des *Grandes décisions du Conseil constitutionnel*, la Cour suprême américaine, la Cour constitutionnelle autrichienne, le Conseil constitutionnel, la Cour constitutionnelle italienne et le Tribunal constitutionnel allemand se sont prononcés entre 1973 et 1977 (les trois derniers nommés respectivement les 15 janvier, 18 janvier et 25 février 1975 !). Pour des raisons d'espace et de compétence, mais aussi parce qu'il nous paraît utile de déborder le cas unique pour mieux en dégager les significations, ce qui conduit à restreindre le nombre des éléments de la comparaison, nous nous limiterons au triangle Washington-Paris-Karlsruhe, en mettant particulièrement l'accent sur les aspects comparatifs franco-allemands.

CULTURE POLITIQUE ET MAJESTÉ INSTITUTIONNELLE

Faut-il relever d'emblée les différences ? Certaines sont importantes, mais ne touchent pas l'essentiel du sujet. Ainsi le moment d'intervention. La nouveauté de l'action du Conseil constitutionnel

(cc) est telle par rapport à la tradition française qu'on trouve tout à fait normal en France que la déclaration de non-conformité ne puisse être faite qu'avant la promulgation d'une loi. Ailleurs, on trouvera tout naturel d'annuler des dispositions anticonstitutionnelles même quand la loi contestée est déjà entrée en vigueur. Un exemple particulièrement spectaculaire a été fourni par le Tribunal de Karlsruhe (BverfG) en 1977 à propos de l'objection de conscience ; la loi du 1^{er} avril permettait, à partir du 1^{er} août, de choisir entre service civil et service armé par simple carte postale ; le 7 décembre, le Tribunal suspend l'application, puis déclare le nouveau système anticonstitutionnel ; entre-temps, 33 000 jeunes gens ont choisi le service civil sans aucun examen.

Ainsi le recrutement, les qualifications juridiques et politiques des juges. Le côté humain, trop humain, que Woodward et Armstrong viennent de caricaturer dans *The Brethren. Inside the Supreme Court* n'est pas très passionnant. En revanche, le fait que la moitié des juges allemands aient été au préalable juges à d'autres cours fédérales ou présidents de cours au niveau des Länder, les autres ayant tous une solide pratique de professeur de droit ou de haute administration explique en partie une sorte de passion commune pour le droit parfois détaché des données politiques et sociales (encore qu'une évolution sensible soit intervenue à Karlsruhe : douze des seize juges actuels sont officiellement membres d'un parti politique). La différence avec le cc s'est cependant considérablement atténuée, la part des conseillers experts en droit public s'étant considérablement élargie depuis 1959.

Beaucoup plus importante est la question du vote minoritaire. En France, on se refuse à admettre pour une cour ce qui constitue l'essence de la transsubstantiation législative : pendant des mois, partis et groupes parlementaires se sont affrontés sur un texte ; celui-ci a été amendé, parfois sous la pression d'intérêts sordides ; il est adopté à une faible majorité ; dès le lendemain de sa promulgation, il a rétrospectivement comme seul auteur le législateur, celui-ci ayant de surcroît été animé d'une « volonté » que les professeurs de droit commenteront à l'infini et les tribunaux aussi. Une sorte d'opération magique donne au texte une majesté aussi légitimante qu'un sacre royal.

Cela est vrai ailleurs ? Pas à ce point, parce que ailleurs la culture politique n'est pas si solidement fondée sur la sacralisation de la majorité comme expression de la volonté populaire, elle-même source de toute norme politique. Cela est d'ailleurs moins vrai en France aujourd'hui qu'hier à cause de l'intervention du cc. Intervention

d'autant plus révolutionnaire dans notre tradition que le Conseil s'est mis à décider depuis une dizaine d'années en fonction de normes plus axiologiques que juridiques — comme ses homologues de Washington et de Karlsruhe. Mais ceux-ci fonctionnent dans des systèmes culturels admettant depuis toujours (Cour suprême) ou depuis quelque temps, malgré de fortes réticences (BVerfG), une transsubstantiation analogue pour l'organe de contrôle de constitutionnalité. La publication des résultats des votes et surtout des critiques des minoritaires amène certes à penser que la Vérité dépend pour une bonne part du hasard. Dans le cas de l'avortement, il eût suffi d'un faible déplacement de voix pour que la majorité de Washington, raisonnant pour l'essentiel comme la minorité de Karlsruhe, rejette ce qu'elle a admis ou que la majorité de Karlsruhe, proche de la minorité de Washington, soit modifiée et laisse passer la loi au lieu d'en déclarer inconstitutionnelles des dispositions essentielles. Mais ne s'agit-il pas au contraire d'un principe fort démocratique ? Il n'y a pas de Vérité absolue ; il y a une norme définie de façon légitime par une majorité qui est précisément habilitée pour conférer la majesté de la norme à respecter.

Aux certitudes et aux incertitudes des juges majoritaires répondent les certitudes et les interrogations tout aussi détaillées des minoritaires : où est la majesté de la décision judiciaire ? Mais si la majesté ne se situe pas plus dans les juges que dans les parlementaires, si elle appartient à l'institution grâce au mécanisme de la transsubstantiation ? Un mécanisme qui n'empêche pas la contestation ultérieure, non pour refuser de se soumettre, mais pour essayer d'obtenir un renversement de la jurisprudence.

LE CAS PARTICULIER DU PRÉAMBULE DE 1946

La Cour suprême et le BVerfG ont l'avantage d'avoir un cadre de référence fixe. Certes, ils peuvent varier dans leurs interprétations. La Cour suprême ne s'en est pas fait faute en matière de libertés économiques ou de droits des minorités. Mais elle n'a aucun doute à éprouver sur la nature normative des amendements constitutionnels définissant des libertés et des droits. Les Droits fondamentaux définis dans le Titre premier de la Constitution allemande « constituent, selon l'article 1, des dispositions légales, directement applicables, qui lient les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire ». Il n'y a pas lieu de s'en étonner, puisque la démocratie de Bonn a été expressément édifiée sur le rejet non de techniques institutionnelles, mais d'un totalitarisme passé et d'un totalitarisme voisin.

En France, l'habitude de considérer une constitution comme une simple mécanique permettant de faire fonctionner la vie institutionnelle a permis pendant longtemps de ne pas trop s'interroger sur les normes, les références morales. Il est logique que le CC, d'abord appliqué, conformément à la tradition culturelle nationale, à vérifier simplement si la règle du jeu était respectée, ait eu besoin de textes de référence dès lors qu'il a voulu aller plus loin et vérifier si les textes à contrôler respectaient aussi les valeurs constituant en quelque sorte la morale de la collectivité politique.

Il y avait le Préambule de 1946, déclaré valide en 1958. Texte passionnant, trop longtemps négligé, notamment par les historiens, puisqu'il est possible de comprendre les contradictions de la politique française de décolonisation par la seule analyse de ses trois derniers alinéas, ou encore les rapports franco-soviétiques et franco-allemands de l'après-guerre par la simple lecture des premiers mots : « Au lendemain de la victoire remportée par les peuples libres (dont l'URSS) sur les régimes (et non sur les peuples)... »

Mais comment utiliser des énoncés qui tiennent tantôt de la déclaration de principe, tantôt de la fixation d'une norme ? « Cbacun a le droit d'obtenir un emploi » : à qui le chômeur doit-il s'adresser pour obtenir satisfaction ? Pour la phrase suivante (« Nul ne peut être lésé, dans son travail ou son emploi en raison de ses origines, de ses opinions ou de ses croyances ») les choses sont plus simples. La participation des travailleurs à la gestion des entreprises est-elle un vrai droit, dès lors qu'elle est affirmée par le Préambule ? La réponse n'est pas évidente et il serait intéressant d'avoir un recours au CC pour une prochaine loi sur l'entreprise. Tout au plus peut-on dire clairement ce que le texte ne contient pas : ainsi le CC, dans sa décision de 1977 sur l'enseignement libre, a relevé à bon droit que la formulation, que le MRP avait obtenue, n'impliquait nullement le monopole de l'enseignement public. Alors comment ne pas trouver fort succincte la formulation employée par le CC dans sa décision sur l'avortement, selon laquelle la loi « ne méconnaît le principe énoncé dans le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, selon lequel la nation garantit à l'enfant la protection de la santé, non plus qu'aucune des autres dispositions ayant valeur constitutionnelle édictées par le même texte » ?

Il est vrai que la concision, sinon la brutalité des affirmations du CC constitue de façon permanente et générale un élément de différenciation essentiel avec les cours de Washington et de Karlsruhe. Dans l'affaire de l'avortement, cette concision est particulièrement significative.

L'ATTITUDE DE LA COUR SUPRÊME (1)

La Cour avoue franchement et longuement son embarras face au problème de l'avortement.

Reconnaissons d'emblée combien nous sommes conscients de la nature passionnée et délicate de la controverse sur l'avortement. Les opinions, même parmi les médecins, s'affrontent violemment. Le sujet inspire des convictions profondes et, semble-t-il, absolues. La philosophie, l'expérience, le contact avec la souffrance humaine, la formation religieuse, les attitudes devant la vie, la famille et ses valeurs ainsi que les impératifs d'ordre moral qu'on se donne et qu'on s'efforce de respecter, tous ces facteurs vont probablement orienter, conditionner, et la réflexion que l'on mène... et les conclusions auxquelles on aboutit... Notre tâche est de résoudre le problème en le confrontant avec la Constitution et cela sans faire intervenir nos émotions, nos préférences. Nous avons donc interrogé l'histoire médicale et médico-juridique, nous en avons médité les leçons sur l'attitude de l'homme devant l'avortement à travers les siècles.

... Nous n'avons pas à résoudre la question difficile de savoir à quel moment commence la vie. Puisque les spécialistes de la médecine, de la philosophie, de la théologie sont incapables de parvenir à un consensus quelconque, la magistrature, au point où en est la science humaine, n'est pas en mesure d'émettre des hypothèses sur ce que doit être la bonne réponse...

Les sept juges qui rédigent la décision apparaissent donc fort modestes. Mais, de façon assez contradictoire, ils prennent finalement nettement parti face au cas qui leur est soumis et qu'ils tranchent le 22 janvier 1973 :

Jane Roe (la demanderesse) affirme qu'elle était célibataire et enceinte ; qu'elle désirait mettre fin à sa grossesse par un avortement accompli par un médecin dans de bonnes conditions hospitalières ; qu'elle n'a pas pu obtenir un avortement « légal » au Texas parce que sa vie n'apparaissait pas menacée par la continuation de sa grossesse et qu'elle n'avait pas les moyens de voyager pour se rendre ailleurs où elle aurait obtenu un avortement légal... Elle a porté plainte contre le fait que la législation du Texas serait inconstitutionnellement vague et limiterait son droit à la vie privée (*personal privacy*) protégé par les Premier, Quatrième, Cinquième, Neuvième et Quatorzième Amendements...

Ils tranchent d'abord une question qui ne se pose évidemment pas en France et qui n'est pas non plus évoquée dans le débat allemand,

(1) Les citations américaines et allemandes ont été traduites par l'auteur — qui n'est pas juriste.

malgré le fédéralisme de la République fédérale : la Cour fédérale a-t-elle le droit d'imposer des comportements en la matière aux Etats ? Les Etats ont-ils le droit d'imposer des régulations différentes aux citoyens américains ? En Allemagne, le fédéralisme ne tient qu'une toute petite place dans la définition de l'éthique commune face au nazisme. Aux Etats-Unis, où les principes généraux des libertés n'ont jamais été mis en question, le fédéralisme constitue un principe de base au moins aussi important que celui de souveraineté nationale dans la jurisprudence du CC ! C'est ce qui explique la vigueur de la *dissenting opinion* du juge White :

La Cour tout simplement crée et proclame un nouveau droit constitutionnel pour les femmes enceintes et, bien que n'ayant que peu de raison et de compétence pour le faire, donne à ce nouveau droit suffisamment de poids pour qu'il rende caduques la plupart des lois sur l'avortement actuellement en vigueur dans les Etats. Cela revient à faire intervenir la Constitution pour enlever aux peuples et aux assemblées législatives des 50 Etats le droit d'évaluer l'importance relative de l'existence et du développement du fœtus, d'une part, des différentes conséquences pour la mère d'autre part... Je ne trouve rien dans la Constitution qui justifie d'imposer cette priorité (la commodité de la femme enceinte) aux peuples et aux assemblées législatives des Etats... Ce problème, dans la plupart de ses aspects, devrait demeurer de la compétence du peuple et des mécanismes politiques qu'il s'est donné pour gérer ses affaires.

Par-delà la question du fédéralisme, le juge minoritaire prend un peu la majorité en flagrant délit de contradiction : si vraiment le problème de fond est juridiquement insoluble parce que ses bases éthiques sont controversées, la décision n'est-elle pas politique, c'est-à-dire du ressort de la majorité créant la loi au nom de valeurs controversées ?

En effet, la Cour est finalement fort précise dans ses réponses, annulant notamment toutes les lois ne respectant pas le principe que, « pendant la période de la grossesse s'étendant environ jusqu'à la fin du premier trimestre, la décision sur l'avortement et son exécution doit être laissée au jugement médical du médecin traitant de la femme enceinte ».

LE TRIBUNAL DE KARLSRUHE ET LES PROBLÈMES DE FOND

Depuis la naissance du Tribunal, celui-ci aime motiver longuement ses arrêts. Les 91 pages dactylographiées de l'arrêt du 25 février 1975 (auxquelles il faut, il est vrai, ajouter les 28 pages de l'opinion des

deux juges minoritaires) n'ont rien d'exceptionnel : le 1^{er} mars 1979, le jugement, pourtant unanime, sur la cogestion comporte 123 pages.

Mais jamais sans doute le BVerfG n'a été aussi loin dans l'interventionnisme, dans la faiblesse du *self-restraint* en conclusion à ses longues analyses juridiques, historiques et éthiques. En effet, si le point I de l'arrêt déclare nul « le § 218 a du Code pénal dans la version de la loi du 18 juin 1974 » pour incompatibilité avec l'article 2 de la Loi fondamentale (« Chacun a droit à la vie et à l'intégrité corporelle ») et parce qu'il « dépénalise l'interruption de grossesse même quand il n'y a pas de motifs qui, dans le sens des attendus du jugement, puissent peser dans l'échelle des valeurs établie par la Loi fondamentale », le point II édicte carrément une législation de transition :

Jusqu'à l'entrée en vigueur d'une nouvelle réglementation par voie législative, il est ordonné...

1. Les § 218 b et 219 du Code pénal dans la version de la loi du 18 juin 1974 sont... applicables aux interruptions de grossesse dans les douze premières semaines après la conception.

2. (L'avortement n'est pas punissable au cours de cette période si la grossesse résulte d'un viol.)

3. (S'il y a une situation de détresse, au cours de la même période, les tribunaux peuvent ne pas appliquer les sanctions prévues.)

Les deux juges minoritaires (dont Mme Rupp von Brüneck, la seule femme faisant partie de la Cour) attaquent vivement l'attitude des six juges majoritaires du Premier Sénat :

Il est vrai que, ne serait-ce qu'à cause de l'importance grandissante de mesures sociales destinées à rendre effectifs les droits fondamentaux, on ne saurait renoncer à un contrôle de constitutionnalité en cette matière... Mais le danger existe que l'examen ne se limite pas à l'examen de la décision du législateur, mais revienne à remplacer celle-ci par une autre que le tribunal estimerait meilleure. Ce danger existe encore plus quand, comme c'est le cas ici, la décision prise par la majorité parlementaire, après de longs débats dans une question très controversée, est attaquée devant le tribunal par la minorité battue. Indépendamment du droit légitime des plaignants de faire clarifier par ce moyen des doutes d'ordre constitutionnel, le tribunal se trouve soudain dans la situation d'être traité en instance politique d'arbitrage pour décider entre des projets législatifs concurrents.

Or l'idée d'une décision objective dans l'ordre des valeurs ne doit pas devenir le véhicule d'un transfert vers le tribunal constitutionnel de fonctions spécifiques de législation pour organiser l'ordre social.

A quoi la majorité réplique dans ses considérants :

Le commandement constitutionnel de protéger la vie en devenant s'adresse bien en première ligne au législateur. Mais il incombe au BVerfG, en application de la fonction que lui a fixée la Loi fondamentale, de vérifier si le législateur a respecté ce commandement... Le tribunal ne doit pas se substituer au législateur, mais il a pour tâche d'examiner si le législateur a, dans le cadre des possibilités à sa disposition, fait le nécessaire pour soustraire au danger l'être à protéger.

Et le Tribunal d'utiliser un argument dont la portée est double. Il s'agit pour lui de relever une spécificité allemande : ne comparons pas notre problème à celui des autres pays libéraux, car eux n'ont pas eu Hitler dans le passé :

La Loi fondamentale est établie sur des principes qui ne peuvent être expliqués qu'à partir de l'expérience historique et de l'opposition au système national-socialiste... Face à la toute-puissance de l'Etat totalitaire... pour lequel l'égard dû à la vie de chaque individu n'avait aucun sens, la Loi fondamentale a établi un ordre de valeurs qui place la personne et sa dignité au centre de toutes les dispositions... A la base, l'idée que la vie de chaque être humain doit être inconditionnellement respectée, même s'il s'agit d'une vie en apparence socialement « sans valeur »... Cette décision de base de la Constitution détermine l'élaboration et l'interprétation de l'ordre juridique tout entier. Même le législateur n'est pas libre face à elle... Même un changement des conceptions régnant à ce sujet dans la population — à supposer même qu'il puisse être constaté — n'y changerait rien.

Donc, Hitler nous impose une rigueur particulière (2). Et la majorité ne peut pas tout. Sous-entendu : si les Allemands avaient eu à voter sur l'euthanasie ou sur l'élimination d'un groupe ethnique, une majorité aurait-elle donné la légitimité aux actions moralement condamnables ? Mais l'argument a aussi une portée beaucoup plus générale : dans quelle mesure la norme morale peut-elle être fixée par la majorité, surtout (et c'est ce qu'a voulu dire le Tribunal par l'incidente « à supposer même qu'il puisse être constaté ») si c'est par référence aux sondages d'opinion qu'on prétend constater les changements de norme ?

(2) Le Tribunal ne met pas toujours en pratique cette doctrine, notamment dans son arrêt du 22 mai 1975 sur l'accès des extrémistes à la fonction publique, où il se fonde sur une continuité des principes de cette fonction depuis le XVIII^e siècle, comme s'il n'avait pas lui-même montré, dans son grand jugement de décembre 1953, que le respect de la liberté des personnes impliquait le pluralisme de la fonction publique, qui avait donc cessé d'exister dans ce sens en 1933. En Allemagne, nous avons montré à maintes reprises les contradictions entre le considérant cité de l'arrêt du 25 février et le laxisme en matière de droits individuels du jugement du 22 mai.

Il s'agit là d'un problème central qui se pose à peu près dans les mêmes termes en Allemagne et en France — où partisans de la peine de mort et partisans de l'avortement acceptent ou refusent de façon opposée la détermination de la norme à partir de résultats de sondages : la majorité est pour le maintien de la peine, il faut donc la maintenir, mais l'avortement est moralement inacceptable quoi qu'en disent les sondages ; il faut libéraliser l'avortement comme le veulent la majorité des sondés, mais la peine de mort est inacceptable, même si la majorité — insuffisamment éclairée — en exige le maintien.

Sans entrer dans le débat sur la nature de la liberté intellectuelle que cette problématique appelle, on relèvera que le Tribunal de Karlsruhe est tout à fait conscient de la difficulté : les normes morales évoluent ; et pas au hasard : en fonction de changements sociaux et de changements idéologiques interdépendants. D'où une conclusion très contestée de la majorité : il faut éviter tout ce qui peut créer de nouvelles convictions opposées aux principes fondamentaux ; or rien ne favorise autant un acte mauvais que sa dépénalisation. Dépénaliser, c'est permettre, c'est rendre non seulement licite, mais normal, au double sens d'habituel et de conforme à la règle. D'où le motif central de la censure contre la réforme introduite par le Parlement, à savoir la dépénalisation pendant les douze premières semaines.

A quoi les deux minoritaires répondent de façon détaillée, en disant notamment :

... Le fait que le devoir constitutionnel de protection de la vie englobe aussi l'étape préalable à la naissance est incontestable. Les discussions devant le Parlement et devant le Tribunal constitutionnel ne portaient pas sur l'objet, mais sur les moyens de cette protection. La décision relève ici de la responsabilité du législateur. En aucun cas, il ne peut être déduit de la Constitution un devoir de l'Etat de sanctionner l'interruption de grossesse dans chaque phase de celle-ci... Nos réserves les plus fortes vont contre le fait que, pour la première fois dans la jurisprudence constitutionnelle, une décision objective dans l'ordre des valeurs est utilisée pour postuler un *devoir* du législateur *d'édicter des normes punitives*, donc de pratiquer la plus forte des interventions possible dans le domaine privé du citoyen. Cela change la fonction des droits fondamentaux en leur contraire... Il n'y aurait plus lieu seulement à examiner (par le contrôle de constitutionnalité) si une prescription n'intervient pas trop dans le domaine juridique privé du citoyen, mais aussi, en sens inverse, si l'Etat ne punit pas *trop peu*.

... La Constitution n'interdisait pas au législateur de renoncer à une menace de sanction qui, selon sa conception non réfutée, était dans une large mesure sans effet, inadéquate et même nuisible. Sa tentative de remédier à l'impuissance de l'Etat et de la société, manifeste dans les

circonstances actuelles, par des moyens sociaux plus adéquats au service de la protection de la vie, est peut-être imparfaite, mais elle correspond davantage à l'esprit de la Loi fondamentale que l'exigence de la sanction et de la réprobation.

On trouve ici une argumentation fort proche de celle qu'ont utilisée, au cours du débat parlementaire français de novembre 1974 des députés comme Hélène Missoffe et Eugène Claudius-Petit : je suis contre l'avortement, donc pour une loi qui permet d'en limiter l'extension et en tout cas les effets les plus préjudiciables aux femmes. Mais toute la discussion française au niveau institutionnel est précisément limitée au Parlement. Le Conseil constitutionnel, lui, refuse d'entrer dans la problématique qui oppose majoritaires et minoritaires à Washington et à Karlsruhe.

LA SÉCHERESSE DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL ET SA SIGNIFICATION

Le CC se garde bien d'entrer véritablement dans le débat. Une fois écarté le motif fondé sur l'article 55 de la Constitution (conformité aux engagements internationaux), motif qu'il faudrait examiner à part et qui n'intervient pas dans les débats américain et allemand, le Conseil consacre en tout une vingtaine de lignes à la motivation de sa décision. Deux passages au moins mériteraient une analyse comparative approfondie.

Le premier consiste en trois mots : « Aucune des dérogations prévues par cette loi n'est, *en l'état*, contraire à l'un des principes fondamentaux... » Faut-il y voir ce qu'on pourrait appeler une intervention dans le domaine de la législation future ? L'exemple le plus frappant de ce type d'intervention a été donné par le Tribunal de Karlsruhe dans son jugement de 1973 sur la constitutionnalité des traités nés de la Ostpolitik, notamment du traité avec l'autre Etat allemand. Le Tribunal a pratiquement imposé à tout gouvernement futur de la République fédérale la limite des concessions qu'il pourrait consentir dans de nouvelles négociations, disant en substance : « Les traités sont acceptables parce qu'ils ne disent pas que..., ni que..., etc. » Comme si, en la matière, la jurisprudence de 1973 n'était pas déjà fort différente de celle des années cinquante, la situation politique nationale et internationale s'étant transformée — comme les croyances politiques elles-mêmes ! Le Conseil constitutionnel a adopté une attitude semblable dans sa décision sur la conformité constitutionnelle du traité sur les élections européennes. Mais, pour l'interruption de

grossesse, il se contente d'affirmer l'existence de limites, le refus d'un blanc-seing ; il ne définit nullement ces limites.

D'autant plus qu'il va fort loin dans l'affirmation d'un principe pourtant fort obscur et méritant au moins discussion. La loi « n'admet qu'il soit porté atteinte au principe du respect de tout être humain dès le commencement de la vie... qu'en cas de nécessité et *selon les conditions et limitations qu'elle définit* ». Mais qu'est-ce donc qu'un principe, qu'est-ce donc qu'un droit ou une liberté que la loi peut limiter ? Quels sont les critères fixant la latitude donnée au législateur pour une telle législation ? En Allemagne, il y a eu un vrai débat sur la dernière phrase du second alinéa de l'article 2 : « Chacun a droit à la vie et à l'intégrité corporelle... Il ne peut être porté atteinte à ces droits qu'en application d'une loi. » Si on prend cette phrase à la lettre, tous les droits pourraient être pratiquement abolis.

Le Conseil lui-même se verra contraint de prendre position en la matière et cela précisément à propos du droit dont la limitation est expressément prévue dans le Préambule : « Le droit de grève s'exerce dans le cadre des lois qui le réglementent. » Alors toute loi réglementant ce droit serait par définition constitutionnelle ? Nullement, répondra le CC le 25 juillet 1979, dans un considérant fort long qui vaut d'être cité parce qu'il montre que le CC se trouve contraint de renoncer à une réserve particulièrement marquée dans la décision sur l'avortement :

Les constituants ont entendu marquer que ce droit de grève est un principe de valeur constitutionnelle, mais qu'il a des limites, et ont habilité le législateur à tracer celles-ci en opérant la conciliation nécessaire entre la défense des intérêts professionnels, dont la grève est un moyen, et la sauvegarde de l'intérêt général auquel la grève peut être de nature à porter atteinte ; que, notamment en ce qui concerne les services publics, la reconnaissance du droit de grève ne saurait avoir pour effet de faire obstacle au pouvoir du législateur d'apporter à ce droit les limitations nécessaires en vue d'assurer la continuité du service public qui, tout comme le droit de grève, a le caractère d'un principe de valeur constitutionnelle ; que ces limitations peuvent aller jusqu'à l'interdiction du droit de grève aux agents dont la présence est indispensable pour assurer le fonctionnement des éléments du service dont l'interruption porterait atteinte aux besoins essentiels du pays.

Ne discutons pas ici le contenu du considérant. Relevons simplement que, de par sa nature, il est plus proche d'un considérant de Washington ou de Karlsruhe que de la sèche affirmation de la décision du 15 janvier 1975. Il est vrai que cette sécheresse se trouvera encore considérablement accentuée par l'affirmation péremptoire

du 30 décembre 1976 selon laquelle les « limitations de souveraineté » prévues par le Préambule n'ont rien à voir avec un quelconque « transfert de souveraineté ». Comme si l'inconstitutionnalité rétrospective du traité de 1951 instituant la Communauté européenne du Charbon et de l'Acier allait de soi et ne méritait pas au moins quelque explication ou justification !

Faut-il vraiment prendre au plus court et trancher sans évoquer au fond la difficulté qui se présente ? Ainsi le 23 novembre 1977, dans la décision sur la liberté d'enseignement et de conscience. « L'obligation imposée aux maîtres de respecter le caractère propre de l'établissement, si elle leur fait un devoir de réserve, ne saurait être interprétée comme permettant une atteinte à leur liberté de conscience » : comme c'est simple ! Le problème central — pour lequel il n'existe aucune solution rigoureuse — est nié, rendant par avance superflus les débats passionnés de 1979-1980 sur la liberté de conscience de Hans Küng et l'interdiction qui lui est faite d'enseigner, à cause du caractère propre d'une faculté de théologie catholique.

Pourquoi le CC procède-t-il ainsi ? La réponse centrale, il la donne lui-même dans le premier considérant de la décision sur l'avortement : « La Constitution ne confère pas au Conseil constitutionnel un pouvoir général d'*appréciation* et de décision identique à celui du Parlement. »

Et, en effet, quand on lit les débats parlementaires de novembre 1974 et de novembre 1979 sur la loi Veil, on s'aperçoit que s'y trouvent évoquées presque toutes les questions de fond plus ou moins solidement traitées par la majorité et la minorité des juges de Karlsruhe et de Washington. Pas seulement un problème humain comme la terrible solitude de la femme (évoquée par les minoritaires de Karlsruhe et par le Dr Paecht dans le débat de 1979). Pas seulement comme la portée et les limites d'une politique démographique. (Il est vrai que Mme Rupp von Brüneck ne trouve pas une aussi jolie formulation que le Pr Joseph Comiti, répondant en fait à son collègue en RPR Michel Debré : « Permettez-moi de dire crûment, comme pourrait le faire le général Bigeard, que la femme n'est pas une génisse qui doit, par contrainte, reconstituer le cheptel. »)

Mais bien le conflit central entre le droit de la femme, nié dans le passé, et le droit de l'enfant en formation, affirmé par exemple de façon péremptoire par M. Henri Bayard : « La mère est l'hôtesse de son enfant et non la propriétaire. » Et aussi la tension entre la nécessité de ne plus sanctionner pour éviter nombre de désastres et le souci de ne pas passer de l'absence de sanction à la moralisation, à l'incitation. La façon dont Joël Le Tac explique son passage de l'appro-

bation de 1974 à l'abstention en 1979 correspond à une partie de l'argumentation de la majorité de Karlsruhe.

On trouve même en amorce, dans les débats du Palais-Bourbon, la plus difficile des problématiques que les juges de Karlsruhe ont quelque peu esquivée en 1975, avant de l'aborder de front dans leur jugement du 21 décembre 1977 sur l'éducation sexuelle à l'école, à savoir la définition de la libre décision. Quelles pesées sur cette liberté ? Quelles pressions ? Notamment de la part de la famille ? Pour l'avortement, l'obligation de l'entretien et du délai accroît-elle ou non le caractère libre de la décision de la femme ? L'absence de législation contraignante augmenterait-elle ou non la contrainte exercée par le père ?

LES COURS CONSTITUTIONNELLES ET LES FONDEMENTS ÉTHIQUES DE LA COMMUNAUTÉ POLITIQUE

Le CC est manifestement très soucieux de ne pas se substituer aux représentants légitimes de la souveraineté populaire. Il est probable que le « gouvernement des juges », tel que le Tribunal de Karlsruhe a eu tendance à le pratiquer au cours des années soixante-dix, lui répugne profondément. Pourtant, du jour où la référence au Préambule s'est ajoutée aux références étroitement juridiques à des articles constitutionnels dont il s'agissait simplement de dire s'ils avaient été correctement appliqués, le Conseil s'est trouvé pris dans un engrenage. Il lui faudra de plus en plus se prononcer à partir de principes dont la traduction juridique n'a rien d'évident et ne saurait être examinée à l'aide de la seule logique.

S'il en est bien ainsi, il y a de fortes chances pour que les formulations sèches, les constats apparemment neutres soulèvent de plus en plus de critiques, dans la mesure même où les décisions demandées au Conseil toucheront à des principes controversés. Des principes non pas juridiques, mais moraux. Il se trouve, en effet, que l'évolution de la société tend, contrairement à ce qu'on dit souvent à propos d'un « déclin de la morale », à multiplier les controverses axiologiques, essentiellement parce que la légitimation des valeurs ne se fait plus du tout par simple transmission familiale ou scolaire, par simple intériorisation inconsciente.

Non pas qu'il n'existe plus de valeurs communes de référence. Au contraire : jamais sans doute la Liberté, la Justice, la Vérité n'ont été aussi unanimement évoquées et invoquées. Mais quelles normes concrètes déduire de ces valeurs ? Un jour prochain sans doute, le

Conseil aura à connaître de telle ou telle loi sur la régionalisation à partir de laquelle il ne pourra pas ne pas se poser des questions du type : « L'instituteur, 'hussard noir' de la République, a-t-il été un libérateur du peuple auquel il a porté la raison et le savoir, ou bien l'instrument de la colonisation imposant l'aliénation culturelle à la Corse, à la Bretagne ? »

Tant que, malgré les clivages politiques, certaines normes étaient si bien acceptées qu'elles paraissaient ne pas être des normes, on pouvait se retrancher derrière le principe de la neutralité, de la laïcité d'un Etat fondé sur des institutions (dont la judiciaire) dont les principes de fonctionnement apparaissaient comme allant de soi. Les mises en question qui se sont peu à peu appliquées aux fondements mêmes de la vie sociale, y compris à propos des rapports entre le public et le privé, entre les libertés individuelles et l'orientation volontariste de l'avenir de la collectivité, entre la liberté à préserver et les libérations à obtenir, ont développé le besoin de mieux définir les mécanismes ou les instances capables de régulariser ou du moins de dédramatiser les antagonismes sur les normes, de donner à telle ou telle loi une légitimité qui aille au-delà de la simple légitimation majoritaire, puisque les risques du rejet de cette légitimation par les minorités se sont multipliés à mesure que se multipliaient les contestations touchant à ce qui était vécu comme de l'essentiel par ces minorités.

Il nous semble clair que la pratique de la Cour américaine et du Tribunal allemand ont ici des avantages. Les considérants détaillés de la majorité et de la minorité contribuent à dédramatiser l'affrontement dans la mesure même où la relativité des conclusions apparaît clairement, dans la mesure aussi où la pondération de l'argumentation se substitue à la véhémence du débat d'opinion. Et le dit des juges a plus de chance de se concentrer sur les arguments sérieux que les joutes oratoires de parlementaires ayant tendance à penser davantage à leur réélection qu'à leur définition de leur vérité morale.

Mais les inconvénients ne sont pas moins nets. Des juges constitutionnels sont-ils vraiment qualifiés (toute question de légitimité mise entre parenthèses) pour clarifier des antagonismes qui touchent les citoyens au plus sensible ? Et l'existence même de l'intervention ultime de la Cour n'incite-t-elle pas les parties en présence à quitter toute réserve dans leur affrontement ? Certes, le catholicisme allemand et le catholicisme français ont connu de toute façon des évolutions différentes et se situent dans des cultures politiques différentes, même en l'absence de cours constitutionnelles. Mais le fait même que le Conseil constitutionnel ne se veut pas et n'est pas, pour le moment du moins, un définisseur de normes, a probablement contribué à

donner aux déclarations de l'épiscopat français sur l'avortement une tout autre tonalité qu'aux imprécations outrancières des évêques allemands. A lire notamment la déclaration du Conseil permanent de l'épiscopat adoptée à Lourdes le 26 octobre 1979, on voit à quel point les évêques français sont désireux de respecter les règles de la démocratie fondée sur la légitimité majoritaire et la majesté majoritaire : il faut s'engager dans des « débats d'opinion qui engagent la conscience de chacun ». Il faut intervenir pour peser sur le réexamen de la loi. Une fois celle-ci votée, les catholiques sont invités à ne pas profiter des autorisations qu'elle accorde. Mais nul appel à la contestation de légitimité, nulle condamnation des hommes et des partis qui auront constitué la majorité donnant son contenu à la loi.

Une réflexion comparative sur les décisions des Cours constitutionnelles en matière d'avortement ne permet ainsi pas seulement de mieux préciser les places respectives que chacune d'entre elles occupe dans le système politique. Elle conduit à s'interroger sur la façon dont aujourd'hui les sociétés politiques pluralistes parviennent à vivre avec des conflits axiologiques dont l'importance ne cesse de croître. A vivre avec eux en trouvant des régulations qui permettent de légitimer l'existence de règles fondées sur des valeurs à la fois communes et éclatées.

SUMMARY, p. 216.

RÉSUMÉ. — *La comparaison porte sur la Cour suprême américaine, le Tribunal constitutionnel fédéral de Karlsruhe et le CC. Ils sont insérés dans des cultures politiques différentes, ce qui se traduit notamment par l'absence de la dissenting opinion en France, la transsubstantiation de l'affrontement en majesté étant réservée au Parlement, jusqu'ici détenteur d'une souveraineté en quelque sorte supraconstitutionnelle. Mais la référence au Préambule de 1946, pourtant de nature mal définie, modifie la nature de l'intervention du CC.*

La culture politique spécifique joue dans le débat fédéraliste autour de la décision de la Cour suprême sur l'avortement et dans la référence au passé hülérien chez les majoritaires de Karlsruhe constatant la supériorité de principes moraux sur les mouvements d'opinion se traduisant en votes parlementaires.

La principale particularité du CC réside sans doute dans son refus d'entrer dans les problèmes de fond (droits de la femme et droits de l'être à naître, définition de la liberté face aux pressions et influences, etc.), problèmes analysés par les cours de Washington et Karlsruhe et débattus à l'Assemblée nationale. Mais la décision du CC de 1979 sur le droit de grève montre que la sécheresse affirmative des attendus n'est pas destinée à se perpétuer dans la mesure où les principes du Préambule seront davantage invoqués.

RENÉ DE LACHARRIÈRE

*Opinion dissidente**

A vrai dire, l'histoire constitutionnelle de la France n'était pas dépourvue d'éléments comiques. D'innombrables palinodies et bévues en agrémentent le cours. Nos changements de régime s'accompagnent fréquemment de la scène classique où s'exhale la vertueuse indignation des voleurs qui viennent de se faire dérober leur butin. En dehors de ces incidents, si la politique avait eu ses *Provinciales*, la savoureuse hypocrisie des bons pères jésuites, appliquée à infléchir les commandements de Dieu jusqu'à la nature pécheresse des hommes, rencontrerait une digne concurrence dans la longue suite des formules qui n'avaient pas une moindre tâche pour honorer la démocratie en s'efforçant de mettre le pouvoir à l'abri de ses conséquences.

Pourtant la page la plus ridicule de cette histoire restait à écrire, et seuls quelques aspects juridiques dissimulent l'exploit récemment accompli. Car, pour fraudés qu'ils fussent, les principes démocratiques sauvaient encore, dans les mécanismes représentatifs, outre l'honneur que leur faisait la fiction, une part de mise en œuvre effective qui n'était pas nulle. Même en se substituant aussi largement que possible à l'expression d'une volonté générale, au terme des scrutins les plus captieux, les autorités supérieures de l'Etat tiraient leur investiture du suffrage populaire ou de leur responsabilité politique devant les élus de la nation. Il en résultait des arrangements divers, qui correspondaient davantage à des aristocraties électives, ou parfois à des monarchies électives, qu'à une réalité démocratique simple et honnête, ce n'est pas douteux. Mais les visions les plus follement réactrices

Cet article est réédité dans son texte initial, qui date de 1980, sauf quelques retouches de forme. Comme il ne se préoccupait pas d'une actualité immédiate, c'est justice, après tout, de le soumettre tel quel à l'épreuve du temps, risques et périls stoïquement encourus.

n'étaient pas allées jusqu'à imaginer un pouvoir suprême de veto confié à neuf personnes totalement irresponsables, arbitrairement désignées et, de surcroît, en fait le plus souvent choisies selon les aimables critères de la faveur personnelle.

D'un autre point de vue, il était bien arrivé que les dirigeants d'un régime fussent conduits à l'amputation ou à l'abdication de leurs pouvoirs. Ils s'en réjouissaient rarement. On aurait en vain cherché jusqu'ici l'exemple d'élus allant, sans la moindre nécessité, ni même la moindre pression des circonstances, s'inventer une tutelle pour y soumettre l'ensemble de leurs prérogatives. On aurait tenu pour tout à fait invraisemblable que l'opposition partageât avec la majorité la satisfaction béate d'un assujettissement propre à empêcher n'importe quelle réforme.

Pour rester malgré tout fidèle à la sagesse du philosophe, qui commande de ne point rire, ni s'indigner, mais, s'il se peut, comprendre, le commentaire doit relever immédiatement que l'étrangeté du phénomène trouve son origine et sa protection dans les équivoques entretenues sur le contrôle de la constitutionnalité des lois.

Il est naturel qu'un préjugé favorable accueille, dans son principe, un tel contrôle. Dès lors que le Constitution est posée comme une règle de droit supérieure à la loi ordinaire, cette hiérarchie incite à prévoir qu'elle sera sanctionnée par une juridiction. La démocratie n'est pas mise en cause, théoriquement, puisque, si le système entier s'en réclame, la Constitution sera censée formuler la volonté initiale et fondamentale du peuple sur l'organisation de l'Etat, y compris sur les conditions fixées à l'exercice du pouvoir législatif.

Ce schéma intellectuel, d'abord séduisant, perd de sa clarté lorsque l'on remarque qu'une loi démocratique, ou réputée telle, vaut expression de la volonté nationale. Comment la volonté nationale peut-elle être liée par une de ses manifestations antérieures, au prétexte que celle-ci a été inscrite dans un document spécial, dénommé Constitution ? La question n'a jamais reçu de réponse bien satisfaisante, sauf lorsque le contrôle se borne à vérifier l'existence même de la loi.

Abstraction faite de cette difficulté, il est en revanche tout à fait clair que le bon aspect du contrôle de constitutionnalité tient aux conditions que l'on suppose réunies. Des règles constitutionnelles suffisamment précises, interprétées par des juges sérieux et respectés, excluent l'éventualité d'appréciations arbitraires qui viendraient, sans aucun fondement admissible, se substituer à la volonté du législateur. Si la Constitution comportait des principes généraux susceptibles des interprétations les plus diverses, leur application entrerait pleinement dans la compétence législative et aucun juge,

même jusque-là tenu pour sérieux et respectable, n'aurait de titre à empiéter sur ce pouvoir.

Entre les deux hypothèses peuvent se trouver des situations intermédiaires, où certaines règles constitutionnelles semi-précises laissent à la jurisprudence qui les met en œuvre une latitude plus ou moins étendue, utilisée avec plus ou moins de discrétion. Les exemples étrangers montrent de ces accommodements approximatifs (la plupart se rapportent d'ailleurs à des États fédéraux, où le contrôle de constitutionnalité correspond à une nécessité pratique, pour assurer la répartition des compétences législatives). La tradition démocratique française, en tout cas, n'entendait prendre aucun risque de cette nature. Elle se prémunissait radicalement contre les abus, en leur enlevant l'occasion de se produire. Le général de Gaulle s'est fort bien fait quant à cela le porte-parole de notre histoire lorsqu'il disait : « En France, la Cour suprême, c'est le peuple. » Sinon toujours le peuple, effectivement mis en mesure de se prononcer, du moins ses représentants élus, qui n'auraient pas estimé tolérable la prétention d'un corps queleconque venant reprendre, sur le fond, la moindre des appréciations formulées par eux au titre de la souveraineté nationale.

Nous en sommes loin. Si loin, même, que les exemples étrangers cessent à nouveau de fournir des rapprochements utiles, bien que cette fois nous tirions notre originalité de tourner le dos complètement à l'inspiration démocratique dont le général de Gaulle exprimait en ce domaine l'ancienne rigueur. Il convient donc de laisser de côté, non seulement les généralités qui s'appliquent à un contrôle de constitutionnalité abstraitement conçu et supposé innocent, mais encore les références à des Cours suprêmes ou Cours constitutionnelles étrangères qui n'offrent aucune ressemblance avec notre Conseil et opèrent dans un contexte tout à fait différent.

À le considérer directement, le système français actuel fait montre d'une singularité telle que mieux vaut sans doute commencer, à l'encontre de la chronologie, par dévoiler les résultats qui le caractérisent, avant de remonter aux cheminements qui y ont conduit, puis aux explications moins circonstanciées qui se dissimulent pudiquement dans la doctrine.

I. — LES RÉSULTATS ATTEINTS

Le Conseil constitutionnel ne joue encore qu'un rôle limité dans l'ensemble de nos institutions politiques. Les commentaires que suscite son activité s'attachent principalement au contenu particulier

et aux conséquences directes de chaque décision. Même les recensements méthodiques d'une jurisprudence devenue assez fournie ne groupent que quelques séries hétéroclites de solutions parcellaires. Sous cet angle, la portée n'en dépasse pas celle d'un contentieux quelconque, c'est-à-dire d'ajustements mineurs à une organisation dont les grandes lignes sont fixées d'autre part. Les spécialistes sont tenus de n'en rien ignorer mais la plupart des citoyens sont parfaitement excusables de n'en rien savoir.

Tout irait bien jusque-là si une vue entièrement différente ne s'imposait à l'examen des possibilités juridiques que le Conseil s'est attribuées. S'efface alors l'intérêt spécial et restreint qui s'attache à chacune des questions résolues. Les moyens mis en œuvre importent seuls, pour ce qu'ils impliquent de pouvoirs disponibles. Or ces moyens mettent à la discrétion de leurs bénéficiaires des pouvoirs illimités.

Il est préférable de noter d'abord que l'occasion de les exercer ne fera pas souvent défaut. Dans la vie politique française, les partis d'opposition se croient tenus d'articuler tous les griefs qui leur viennent à l'esprit contre le Gouvernement et sa majorité. La contestation passant pour de bonne guerre, soixante députés, voire soixante sénateurs, s'empresseront toujours, sauf distraction, de déférer au Conseil constitutionnel les textes qu'ils désapprouvent fortement.

La procédure a donc été amplement utilisée et il est probable que son emploi aura tendance à se développer dans la mesure où les minorités prendront mieux conscience des possibilités indéfinies qui leur sont offertes. Si les principes sur lesquels s'appuie le Conseil lui permettent, comme nous allons le constater, une interprétation entièrement libre et par conséquent imprévisible, les recours peuvent toujours se flatter d'aboutir au succès, avec un peu de chance, et au pire leur argumentation ne sera jamais beaucoup plus insoutenable qu'une autre. De sorte que les initiatives parlementaires sont appelées à se multiplier pour saisir le Conseil en fonction des pouvoirs qu'il s'attribue, cependant qu'à l'inverse ces pouvoirs se trouveront renforcés par les multiples initiatives parlementaires qui les consacrent. Le cercle, quoique vicieux, se referme sur une logique qui met en appui mutuel les divers éléments du système et renvoie à l'examen du principal.

Il fallait un minimum d'appui, un semblant de base dans les textes constitutionnels, pour entreprendre de régir la politique sous le couvert du droit. La Constitution de 1958 l'a fourni, sans penser à mal. Elle déclare en son préambule que : « Le peuple français proclame solennellement son attachement aux Droits de l'homme et aux principes de la souveraineté nationale tels qu'ils ont été définis par la Décla-

ration de 1789, confirmée et complétée par le Préambule de la Constitution de 1946. » Or l'on admet généralement que la place d'une formule dans le préambule plutôt que dans le corps d'une constitution ne modifie pas la portée juridique qui lui serait attachée en fonction de son contenu intrinsèque : une affirmation de vague philosophie politique aussi bien qu'une règle précise peuvent se rencontrer en n'importe quel endroit du texte constitutionnel et leur nature restera identique. Il est donc permis de soutenir que, malgré l'intention contraire révélée par les travaux préparatoires, la Constitution actuelle confère la valeur de ses propres normes à la Déclaration de 1789 et aux compléments apportés à celle-ci en 1946, dans la mesure évidemment où les dispositions initiales étaient elles-mêmes de nature à recevoir la qualification de droit positif.

Le raisonnement ne devrait entraîner que peu de conséquences pour la Déclaration de 1789. Celle-ci énonce les droits de l'homme et du citoyen en chargeant expressément la loi, dans la plupart des cas, d'en déterminer l'étendue (art. 4, 5, 7, 8, 9, 10, 11, 17). Aucun artifice ne peut en faire surgir un moyen de censurer la loi. Au contraire, s'ensuivrait plutôt la condamnation de toute entreprise qui prétendrait soustraire à la souveraineté de la loi les droits ainsi mentionnés. Le résultat ne saurait surprendre puisque, si la philosophie révolutionnaire présupposait des droits naturels, supérieurs à l'organisation sociale, elle considérerait aussi que la loi démocratique les incluait nécessairement pour l'essentiel, en exprimait la résultante et en assurait elle-même les délimitations.

Dans la mesure où les lois d'une démocratie très imparfaite ne nous apparaissent plus dotées par nature d'un caractère aussi incontestable, la Déclaration de 1789 ne permettrait d'invoquer contre elles que les rares articles où les droits énoncés ne sont pas soumis au pouvoir législatif. Il en est ainsi pour la propriété, dont un individu peut être privé en cas de nécessité publique appréciée par la loi, mais à des conditions d'indemnité qui, elles, semblent bien s'imposer au législateur (art. 17). L'égalité des citoyens au regard de la loi (art. 1 et 6) fournirait un point d'appui semblable si ce principe ne se heurtait aux exceptions, distinctions et catégories qu'aucune règle de droit ne peut en pratique s'interdire. Par suite, on voit mal comment un contrôle s'exercerait à partir de ce principe sans empiéter sur l'exercice normal du pouvoir législatif.

L'imprécision du texte constitutionnel, qui ne permet pas de lui reconnaître le caractère de droit positif et sanctionnable, provient en ce dernier cas d'une théorie erronée de Rousseau sur la généralité de la loi et son égale incidence sur toutes les situations individuelles.

Une imprécision aussi marquée, ou plus encore, se manifeste dans le Préambule de la Constitution de 1946, pour d'autres raisons.

Ce Préambule réaffirme les droits de 1789 et y ajoute, « comme particulièrement nécessaires à notre temps », une série de droits ou principes dont l'analyse détaillée serait un peu longue. On y rencontre quelques dispositions qui peuvent faire figure de normes constitutionnelles, éventuellement invocables à l'encontre de la loi, bien que telle ne fût pas l'intention de leurs rédacteurs : par exemple, la liberté de l'action syndicale et la libre adhésion au syndicat de son choix. Le droit de grève renvoie aux lois qui le réglementent mais le droit d'obtenir un emploi pourrait être mis au rang des normes constitutionnelles (ce qui ne permettrait plus à l'Etat de s'accommoder du chômage et serait peut-être une heureuse innovation). En réalité, pas davantage que l'obligation de travailler dont il est assorti, le droit au travail n'a été entendu avec rigueur. Il a ainsi rejoint les nombreux apports de 1946 qui consistent en de simples orientations sociales, dont découleront des mesures législatives variables, en fonction des progrès accomplis.

Par la force des choses, la IV^e République ne fait guère que de la littérature lorsqu'elle « proclame », « assure » ou « garantit » une série d'avantages essentiellement relatifs. L'individu et la famille jouiront des « conditions nécessaires à leur développement », mais nul ne saurait dire à quel développement au juste nous avons droit, de quels organes ou facultés, et jusqu'à quelles dimensions. « La sécurité matérielle, le repos et les loisirs » comportent tous les degrés de satisfaction, jusqu'aux plus faibles, qui sont d'ailleurs les plus répandus. « Des moyens convenables d'existence » seront réputés tels lorsqu'ils correspondront aux possibilités de l'Etat et à l'appréciation du législateur, non à un niveau fixé par la Constitution. Quant à garantir « la protection de la santé », c'était un optimisme que chaque maladie dément au moins à titre temporaire et l'encombrement des cimetières à titre définitif.

Bref, hormis un très petit nombre de points, ni la Déclaration de 1789 ni le Préambule de 1946 n'offrent de fondement solide à un contrôle de constitutionnalité. Celui qui prétendrait s'exercer en invoquant dans leur ensemble de telles dispositions se substituerait sans nul doute au pouvoir législatif.

Force est donc de reconnaître que l'usurpation est tout entière accomplie par le Conseil constitutionnel du jour où il s'est autorisé à faire parler, dans le sens qu'il estime bon, les principes dont la mise en œuvre est attribuée au législateur par la Déclaration de 1789 et le Préambule de 1946. Il a pu alors interpréter à sa guise l'égalité

des citoyens devant la loi, imposer ses propres solutions en matière de libertés publiques.

De plus, à l'occasion du droit d'association, il s'est donné en renfort « les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République ». La mention se trouvait dans le Préambule de 1946, avec un sens que ses rédacteurs eux-mêmes avaient renoncé à tirer au clair. En droit positif, de tels principes ne peuvent que s'induire des lois existantes : donc les retourner contre le législateur dont ils procèdent ressemble fort à une absurdité. La Constitution de 1946 n'avait sûrement pas l'idée saugrenue de les figer en leur donnant valeur constitutionnelle, ce qui reviendrait à interdire au Parlement de modifier ses propres lois, sauf dans les détails. Quoi qu'il en soit, ce moyen, permettant de poser en règle n'importe quoi, ajouté aux autres, dote l'omnipotence d'un arsenal inépuisable.

Les commentateurs qui ont évoqué le « gouvernement des juges » — d'ordinaire pour rassurer aussitôt — se mettaient un peu de côté de la question. Il n'y a pas là gouvernement, en effet, ni juges véritables du reste, mais beaucoup mieux : une censure suprême qui, sans offrir les garanties traditionnelles de hautes juridictions, et en s'attribuant des pouvoirs que les textes constitutionnels ne lui accordent pas ou lui dénie explicitement, domine désormais l'ensemble de notre édifice politique. La question n'est pas non plus de savoir si les interventions du Conseil constitutionnel ont été favorables aux libertés individuelles, comme on le soutient communément, ou si leur portée demeure à cet égard insignifiante, avec quelques petites démagogies propres à séduire les naïfs, selon la méthode des magistrats de la Fronde. Au titre des institutions politiques principales, les résultats obtenus se résument d'une manière nécessaire et suffisante dans l'observation qu'aucune loi ni aucun traité n'échappe désormais à l'annulation s'il plaît au Conseil constitutionnel de la prononcer en interprétant comme il voudra des orientations vagues ou des normes imaginaires, officiellement annoncées par lui comme prêtes à l'emploi.

Sans doute la constatation reste-t-elle encore un peu théorique pour le moment. Le Conseil évite d'exposer à des réactions trop vives une suprématie acquise de fraîche date sur des autorités dont la complaisance devait beaucoup à l'inattention. On peut admettre aussi que la prudence le dissuadera toujours d'entrer dans un grave conflit avec un pouvoir politique assez fort et assez résolu pour se défendre. Ces deux facteurs de modération sont toutefois liés aux circonstances. Les prétentions juridiques, mises à l'abri des chocs en retour, n'en subsisteront que mieux dans toute leur étendue,

pour se consolider avec le temps. Elles seront prêtes à se déployer effectivement, au moins en cas de situation incertaine, à l'encontre d'autorités vulnérables. Si les milieux politiques s'imaginent n'en avoir rien de grave à redouter, c'est qu'ils oublient combien sont fragiles la plupart de leurs agencements. Ceux-ci avaient une existence bien assez aventureuse dans notre histoire : pour comble, ils dépendront désormais de la pusillanimité à laquelle ne reste plus qu'à faire confiance pour tempérer les prétentions du Conseil constitutionnel.

Le bouleversement de nos institutions, d'ores et déjà inscrit dans les décisions rendues, dépasse donc l'état de simple virtualité. Il rend curieux à son tour le récit qui montre comment les représentants de la nation ont été amenés à y souscrire et y applaudir : dépossédés, mais contents.

II. — LES CHEMINEMENTS SUIVIS

La Constitution de 1958 n'attachait qu'une médiocre importance au Conseil constitutionnel. Quelques tâches diverses lui étaient imparties visiblement parce qu'il va se trouver là et qu'autant vaut l'utiliser. Tantôt elles rapportent à des circonstances peu fréquentes, comme de constater l'empêchement du Président de la République ou de donner avis à propos des pouvoirs exceptionnels prévus par l'article 16 ; tantôt elles relèvent des utilités secondaires, comme le contentieux électoral, qui aurait pu être réglé autrement sans difficulté. Sa destination principale était d'exercer un contrôle de constitutionnalité, mais lui-même épisodique et restreint.

Si les lois organiques et les règlements des assemblées parlementaires sont soumis de plein droit à ce contrôle, les lois ordinaires et les traités ne pouvaient y être déférés que par le Président de la République, le Premier ministre, le président de l'Assemblée nationale ou celui du Sénat. En limitant ainsi les recours, la Constitution manifestait son intention d'appeler le Conseil à départager les compétences exécutives et législatives, ainsi que, plus accessoirement, à vérifier la constitutionnalité des traités, en souvenir de l'ancienne bataille sur la Communauté européenne de défense.

La grande préoccupation nouvelle, en effet, était de maintenir la loi en son domaine, désormais limité au profit du pouvoir réglementaire exercé par l'Exécutif. L'empiètement inverse, qui n'inquiétait pas, tombe sous le coup du contentieux administratif et ne donne pas lieu normalement à l'intervention du Conseil constitu-

tionnel. Il aurait donc suffi que le recours fût réservé au Président de la République et au Premier ministre, ou à l'un des deux. Les présidents des assemblées ne reçoivent cette faculté qu'à raison des traités mentionnés dans la même formule et afin de garnir l'énumération, en dissimulant un peu les privilèges de l'Exécutif, avec de fausses fenêtres pour la symétrie.

L'on sait que les rédacteurs de la Constitution se sont trompés en ne songeant qu'à prémunir l'Exécutif contre une Assemblée nationale qu'ils tenaient d'avance pour frondeuse. Ils n'avaient pas prévu que, les électeurs étant les mêmes, pour approuver la Constitution de 1958 et les pouvoirs présidentiels, ou pour désigner le chef de l'Etat, puis pour choisir les députés, le Président de la République dirigerait tout naturellement une majorité dans laquelle le Premier ministre et le président de l'Assemblée nationale figureraient en bon rang. Les lois — ainsi, du reste, que les traités — émanant en fait de leur organisation politique commune, on ne voyait plus pourquoi l'une de ces trois personnes éprouverait le besoin de contester l'ouvrage.

En revanche, alors que le Sénat incarnait par hypothèse la modération et la sagesse pour les rédacteurs de la Constitution, le président de cette assemblée vint offrir au Conseil constitutionnel un destin imprévu, en lui offrant occasions de se hisser à un contrôle politique supérieur.

La première occasion fut même beaucoup trop belle : elle n'apportait au Conseil constitutionnel qu'un sombre embarras. C'était à la fin de l'année 1962, après qu'un référendum eut adopté la révision constitutionnelle relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel. Cette loi référendaire fut déferée au Conseil constitutionnel par le président du Sénat. Presque tous les juristes et à leur suite la plupart des commentateurs politiques tenaient, à tort ou à raison, pour outrageusement inconstitutionnelle la procédure suivie en vertu de l'article 11, alors que l'article 89 de la Constitution prévoit d'autres règles pour la révision. Si le Conseil approuvait l'initiative du chef de l'Etat, il se discréditait aussitôt dans ce milieu influent. S'il l'annulait, il entraînait en contradiction avec un vote populaire et le général de Gaulle aurait pu en profiter pour lui supprimer les douceurs de l'existence. Tout pesé, ne lui restait qu'à prendre pour moindre mal la courte honte d'une dérobaie, sous quelque prétexte de droit. Ce qu'il fit ; mais, surcroît d'infortune, sans se découvrir capable d'étoffer à cette fin une argumentation présentable. Il lui fallut publier une rédaction chétive et ouvertement fuyante.

Les choses prirent une bien meilleure tournure sous la présidence de Georges Pompidou. Le chef de l'Etat, moins altier, n'inspirait plus autant de crainte. Mais surtout les questions en litige ne comportaient plus, par elles-mêmes, de conséquences graves. Mieux encore : en dépit de leur innocuité, elles ne laisseraient pas d'intéresser, voire de passionner, des milieux politiques et intellectuels qui, en s'agitant beaucoup, en écrivant beaucoup, parviennent à accréditer leurs vues comme une sorte d'opinion publique, tenue pour éclairée. Grâce à quoi il allait être possible de trancher, à l'occasion, contre le Gouvernement et la majorité sans infliger à ceux-ci plus qu'une légère déconvenue, mais non sans recueillir en contrepartie de chaleureuses approbations.

Le plus grand succès de cet ordre et le plus caractéristique fut obtenu aux dépens d'un malheureux projet de loi qui modifiait légèrement le régime des associations établi par la loi de 1901. A y regarder de près, la liberté d'association ne subissait aucune atteinte sensible (1).

A y regarder de moins près, la cause en soi était sainte. Beaucoup d'intellectuels et de politiciens éprouvaient un noble émoi à se camper en défenseurs de la liberté d'association et tant leur plaisait l'attitude qu'ils n'auraient pas pu reconnaître sans déchirement cette liberté hors de péril. Pour d'autres, ou les mêmes, c'était aussi l'occasion de se faire remarquer par un article nourri de sentiments élevés.

L'opposition, qui accusait par principe le Gouvernement d'intentions liberticides, était tenue en conséquence de magnifier sans mesure

(1) Le projet permettait au préfet ou sous-préfet de ne pas délivrer un récépissé de déclaration lorsque l'association apparaissait formée dans un but illicite, contraire aux lois ou aux mœurs, ou encore en vue de porter atteinte à l'intégrité du territoire national ou à la forme républicaine du gouvernement. En ce cas, la déclaration était communiquée au procureur de la République et devenait valable si le tribunal n'avait pas prononcé de condamnation dans le délai de deux mois. Les conditions d'une éventuelle sanction judiciaire n'étaient pas modifiées. Il s'agissait donc d'une mesure très provisoire, prise à l'encontre d'une association *prima facie* illégale, afin d'éviter à l'administration d'avoir à enregistrer pieusement des défis ouverts, du genre mis à la mode en 1968. Il faut se rappeler, d'autre part, qu'une association non déclarée n'est pas illicite de ce fait. Elle est seulement dépourvue de personnalité morale, ce qui n'entraîne, en pratique, que peu d'inconvénients, et aucun dans une si courte période. Le Parti radical-socialiste, par exemple, dont la place n'avait pas été petite dans l'histoire, ni les moyens réduits, a recherché vainement au cours des années cinquante, à l'occasion d'un procès, où et quand il aurait bien pu être déclaré comme association sur le plan national. L'absence probable de cette formalité ne l'avait pas davantage inquiété que gêné jusque-là. A moins de supposer un véritable fétichisme de la légalité à des groupements qui s'annonçaient eux-mêmes comme voués à la subversion, on ne peut croire qu'ils auraient beaucoup souffert de militer pendant deux mois sans récépissé préfectoral.

le minuscule échec que le Conseil constitutionnel faisait subir à celui-ci. De leur côté, Gouvernement et majorité se résignaient à l'incident, en pensant sans doute, comme les Anglais, qu'un chien doit vivre avec un nombre raisonnable de puces. Ils n'auraient pas été très à l'aise pour critiquer les institutions de la V^e République qui se retournaient bizarrement contre eux. Bien mieux valait prendre l'imprévu de bon cœur, pour faire apparaître le régime comme tolérant et scrupuleux jusqu'à l'excès.

Au bénéfice d'une situation si favorable, le Conseil constitutionnel put inscrire tranquillement dans sa jurisprudence les prétentions générales dont nous avons noté jusqu'où s'étendait l'abus. Loin d'être sensibles à l'extravagante subordination dans laquelle ils s'enfonçaient ensemble, les milieux politiques et parlementaires ne songeaient qu'à la renforcer en considération des menus avantages, au total d'ailleurs également illusoire, dont la majorité escomptait le profit contre l'opposition et l'opposition contre la majorité.

La majorité fut la principale responsable de l'étape suivante. Elle passait en 1974 sous la direction d'un nouveau Président de la République. M. Giscard d'Estaing cherchait des innovations faciles et d'heureuse apparence, pour montrer combien il était d'esprit jeune et ouvert, enclin à tous les changements acceptables. Elu d'extrême justesse, il souhaitait faire quelques gestes aimables à l'égard de l'opposition : soit dans le dessein de lui plaire et d'en rallier les dirigeants, soit afin de lui retirer un certain nombre de ses électeurs, soit pour s'acquérir une réputation d'impartialité et de modération, ces trois buts pouvant au surplus être visés ensemble (de même que manqués, naturellement). Par là s'explique, selon toute vraisemblance, l'initiative qui a entraîné la réforme constitutionnelle du 21 octobre 1974. L'usurpation commise à l'encontre du pouvoir politique recevait une consécration implicite et la possibilité ouverte à soixante députés ou soixante sénateurs de saisir le Conseil constitutionnel allait permettre à la plus faible minorité d'en développer l'exercice en toutes occasions et matières.

L'opposition, qui s'affirmait prête à prendre le pouvoir après les élections de mars 1978, aurait eu de fortes raisons pour récuser un contrôle arbitraire sur ses futures lois : et d'autant que ce contrôle était confié pour plusieurs années à des personnes choisies par ses adversaires dans des conditions qui ne pouvaient lui inspirer aucune confiance. La sagesse ne lui conseillait certainement pas d'ajouter cette menace à toutes les difficultés d'un éventuel gouvernement socialo-communiste. Mais, peut-être parce que restée

trop longtemps éloignée du pouvoir, elle semblait toujours se préoccuper davantage de l'obtenir que de se mettre en mesure de l'exercer, et davantage encore de le réclamer que de l'obtenir. Elle considérait, dès lors, comme primordiale la petite guerre quotidienne qu'elle menait sous tous les prétextes, bons ou mauvais, moins dans l'espoir de modifier sensiblement les lignes du front que pour entretenir ses troupes dans la combativité et son commandement dans la satisfaction du devoir accompli. Vu sous cet angle, le Conseil constitutionnel lui devenait un point d'appui stratégique des plus précieux, puisqu'il ouvrait un champ immense aux chicanes parlementaires et taquineries antigouvernementales. En exploitant à fond ce genre de ressources, elle acheva de consolider le veto oligarchique qui les dispensait (2).

Il n'est pas douteux que l'ensemble du récit illustre tout simplement la propension des milieux politiques à se déterminer par vues courtes et calculs d'intérêt immédiat. On notera toutefois que les partis, dans l'habituel effort pour garnir leurs programmes au moment des élections, avaient jugé décoratif et louable d'y faire figurer le projet d'une Cour suprême, inspiré du modèle américain plus ou moins compris. Certains de ces partis pourraient être crédités d'une réflexion tendant à établir des freins et contrepoids selon les préceptes du libéralisme classique. D'autres sont moins suspects d'avoir tourné délibérément le dos à la tradition démocratique française. Ils ont plutôt adopté sans examen, comme il arrive souvent, une de ces propositions que les spécialistes recommandent et dont les politiques estiment qu'elles peuvent fournir, à titre accessoire, des initiatives bien reçues. Quel que fût le degré de conviction qui s'y marquait, ces programmes faisaient écho à une offensive intellectuelle sur les bienfaits d'un contrôle de constitutionnalité et les vertus tutélaires des hautes juridictions. Le Conseil constitutionnel ne correspondait que de très loin aux images des hautes juridictions évoquées, mais une vague assimilation lui procurait une disposition d'esprit favorable à ses errements. Les juristes avaient, en somme, réussi à accréditer des vues qui trouvaient soudain, dans la moindre résistance de la pensée politique, l'occasion d'une percée victorieuse.

(2) Ainsi la décision du Conseil constitutionnel obligeant à recommencer la procédure relative à la loi de finances de 1980, pour un résultat en tous points inchangé, a été saluée, selon la presse, par ce sobre commentaire de M. François Mitterrand : « Une victoire de la République ! » S'agissant d'une victoire de la République, le qualificatif de glorieux peut passer pour sous-entendu ; mais pourquoi pas une victoire de l'humanité tout entière ?

III. — LES EXPLICATIONS CACHÉES

Notre mésaventure constitutionnelle ne se serait pas produite sans une préparation psychologique à long terme, puis, le moment venu, sans une pression directe, qui provenaient l'une et l'autre d'un véritable culte pour la juridiction.

Il faut l'entendre de la juridiction en soi, indépendamment des textes qu'elle applique, ou mieux qu'elle n'applique pas, et s'étendant à tout ce qui se rattache à elle ou lui ressemble plus ou moins. Ce culte est publiquement prêché, il est soutenu par une abondante littérature, exerce une large influence. Il entoure néanmoins de mystère sa foi la plus intime en la présentant sous le couvert d'une pensée juridique. Son ésotérisme ne se dévoile bien qu'en remontant à ses origines.

Rappelons qu'au point de départ, dans la vigoureuse simplicité des principes révolutionnaires, les tribunaux n'exerçaient d'autorité que déduite de la loi, dont ils étaient tenus de faire une exacte application. Incidemment, l'on serait toujours fondé à se demander quel titre autre que la loi — supposé démocratique — autorise certains individus à imposer aux autres des règles et des peines. La vieille séparation des pouvoirs n'allait pas sans fixer à chacun d'eux ses limites et Montesquieu lui-même voulait que « la puissance de juger » devînt « nulle ». Danton, ministre de la Justice, déclarait à la tribune de la Convention que le pouvoir pris par les hommes de loi avait été « l'une des grandes plaies du genre humain » (3).

Cette simplicité s'est perdue, tout autant que la vigueur de la pensée révolutionnaire, en très grande partie sous l'effet de l'enseignement dispensé par les facultés de droit à la fin du XIX^e siècle et au début de celui-ci. Les grandes doctrines juridiques qui se sont

(3) Aucun orateur révolutionnaire n'a jamais marqué d'hésitation ni de réticence sur la soumission absolue des juges à la loi. Sieyès, il est vrai, qui n'est sur aucun point représentatif de la rectitude démocratique, proposa, durant la préparation de la Constitution de l'an III, un projet compliqué de « Jury constitutionnaire » qui présente une certaine analogie avec notre Conseil constitutionnel. Sur quelques critiques péremptoires, la Convention, quoique en pleine réaction post-thermidorienne, rejeta le projet « à l'unanimité » (ce qui implique, apparemment, que Sieyès ne vota pas en sa faveur).

Quant à l'Ancien Régime, les abus n'y étaient pas autant en honneur qu'on le dit dans les assemblées révolutionnaires. Bossuet, par exemple, dans l'*Oraison funèbre de Michel Le Tellier*, loue « tout l'esprit et les maximes d'un juge qui, attaché à la règle, ne porte pas dans le tribunal ses propres pensées, ni des adoucissements ou des rigueurs arbitraires, et qui veut que les lois gouvernent, et non point les hommes ». Au sein même du Parlement de Paris, le futur chancelier d'Aguesseau ne s'exprime pas d'une manière très différente dans sa neuvième mercuriale sur l'autorité du magistrat et sa soumission à la loi.

alors édifiées laissent voir divers emprunts ou influences : l'on pourrait y noter tour à tour les contre-attaques de l'irrationnalisme, les vitalismes sociaux, les mouvances bergsoniennes, les préjugés sociologiques, ou autres philosophies aussi louches. Leur ressort principal tient cependant aux motifs profonds qui leur sont communs.

Elles sont nées des grandes réformes, batailles et inquiétudes de la III^e République. A partir des années quatre-vingt, viennent simultanément, ou coup sur coup, la liberté syndicale, avec grèves et troubles sociaux, la liberté de la presse, de réunion, d'association, la lutte contre les congrégations religieuses, la séparation de l'Église et de l'État, l'inventaire des biens ecclésiastiques. Il ne faut pas sous-estimer surtout l'émotion de la bourgeoisie catholique devant ces dernières mesures. Les milieux conservateurs et modérés ont eu le sentiment que la démocratie libérée était comme un flot montant qui allait submerger tout l'ordre social traditionnel. Cette hantise inspire une pensée juridique — qui se donne comme juridique, en taisant ses arrière-pensées politiques, ou peut-être sans se les avouer — tout entière acharnée à combattre le règne de la loi.

Naguère révérée, celle-ci devenait l'ennemi principal : la loi positive, strictement appliquée, qui émanait d'assemblées élues au suffrage universel et qui risquait de mettre en œuvre une effroyable volonté populaire. A son encontre, les tribunaux, quoique ayant perdu les prestiges parlementaires de l'Ancien Régime, faisaient figure d'oligarchie bien-pensante et rassurante, issue du même milieu que les professeurs de droit dont elle avait reçu les leçons. Donc les auteurs ont exalté systématiquement le rôle de la jurisprudence, et d'autant plus qu'elle serait audacieuse, novatrice, créatrice, c'est-à-dire, en d'autres termes, arbitraire et démocratiquement injustifiable.

En outre, ce qui revient finalement au même, ils ont mis leur soin à imaginer des normes supérieures qui s'imposeraient à l'encontre des lois positives : droit naturel venu de la métaphysique ou droit prétendu « objectif » dicté par des constatations pseudo-scientifiques. Comme Dieu, la Nature ni la solidarité sociale n'ont accoutumé de prendre la parole pour résoudre directement nos problèmes, la seule chose qui importe est de savoir qui s'exprimera en leur nom et à leur place. En pratique, ces vastes constructions abstraites n'aboutissent qu'à fournir aux tribunaux des titres pour s'affranchir de la loi positive, avec les lumières de la doctrine et sa bénédiction.

Elles ont été édifiées dans ce but, nullement pour le plaisir d'une spéculation désincarnée dont la faiblesse intellectuelle s'expliquerait mal, chez des juristes, si elle était gratuite. « Du roman chez la portière », « monuments d'inutilité certaine et d'orgueil », disait

d'elles un peu plus tard un positiviste, Gaston Jèze, qui s'y trompait en imaginant ses collègues avec la tête tout entière dans les nuages. Faute de percevoir l'enjeu politique sous-jacent, on ne peut pas, en effet, comprendre grand-chose aux théories classiques du droit naturel, non plus qu'à celles des Duguit, Hauriou, Gény et autres, qui conservent un prestige non entamé au bénéfice de cette obscurité fondamentale (4).

Les circonstances politiques ont changé. La loi n'inspire plus en permanence une semblable crainte de démocratie débridée. L'enseignement n'en a pas moins continué à transmettre ces philosophies juridiques, d'ordinaire peu méditées au passage, mais qui survivaient d'autant mieux à leur inspiration initiale que celle-ci n'avait pas été révélée. Outre leur force d'inertie doctrinale, peut-être servaient-elles encore en secret un certain penchant aristocratique, auquel il arrive que l'on soit sensible même avec les opinions qui passent pour politiquement avancées. En tout cas, le culte des jurisprudences abusives, introduit par elles, s'est fidèlement perpétué de génération en génération. A peine a-t-il été déconcerté lorsque de petits juges syndiqués et subversifs se sont mis à utiliser les armes judiciaires d'une façon imprévue : n'étant pas en mesure d'intégrer ce mécompte dans sa vision, il s'est borné à le mettre à part, comme un fâcheux accident.

Il n'avait cependant obtenu que fort peu de satisfactions concrètes jusqu'à la V^e République. La Cour de cassation et les tribunaux judiciaires, dans leur sagesse, se contentaient d'appliquer approximativement les lois. Seule la jurisprudence du Conseil d'Etat avait montré des audaces qui permettaient aux commentateurs de la qualifier de « prétorienne » avec ravissement. Sans doute en reconnaissance de cette qualité, la doctrine lui a témoigné une extrême indulgence pour ses sinuosités et ses variations qui la rendent trop souvent imprévisible aux justiciables. Néanmoins, quelle qu'en soit la valeur globale, ses écarts restent sous la tolérance du législateur, qui peut toujours y mettre un terme.

La Constitution de 1958 est venue réveiller des espérances beaucoup plus étendues. D'abord le champ de la loi y était lui-même restreint, avec une délimitation imprécise et compliquée qui offrait déjà de riches perspectives au contentieux. Ensuite, un certain contrôle de constitutionnalité était ouvert : dans des conditions très

(4) Il va sans dire que la théorie juridique n'est pas fatalement vouée au camouflage de vues politiques. Parmi les grands noms du passé, Carré de Malberg, par exemple, s'est adonné à une tâche sérieuse et honnête de réflexion réellement juridique. Au surplus, étant de conviction démocratique, il n'avait aucune raison de tricher.

limitées, mais qui incitaient à l'élargir. Et enfin tout devenait possible si, en exploitant l'allusion du Préambule, l'on amenait l'incertaine phraséologie de la IV^e République à dominer nos institutions, en laissant aux interprètes le soin d'en tirer les conséquences de leur choix. Bref, se dessinait soudain une conjoncture favorable — pas trop, sans doute, le général de Gaulle y étant, mais presque aussitôt après — pour tenter l'invasion de la terre depuis si longtemps promise.

Les ardeurs manifestées furent telles que l'on peut même se demander si la tradition doctrinale et ses motifs anciens suffisent à l'explication. Les conditions nouvelles d'un contrôle de la politique sous le couvert du droit ouvraient des perspectives qui n'étaient peut-être pas tout à fait étrangères aux arrière-pensées des grands auteurs classiques mais qui surgissaient dans l'immédiat avec une complète fraîcheur. Les profanes mesurent mal quelle transformation profonde et heureuse s'opère, aux yeux des juristes, lorsqu'une affaire quelconque est déférée à un mécanisme juridictionnel, fût-ce le plus contestable. Au lieu d'une dispute désordonnée, ouverte à tous les brouillons sans profit pour personne, s'organise un débat logique, aux arguments alignés, qui satisfait l'esprit bien davantage, habilite les spécialistes, incite aux dissertations savantes, provoque parfois les consultations amples et honorées. Ces résultats sont liés aux apparences de l'acte juridictionnel, non à sa véritable nature. Ils n'exigent pas que le juge en soit réellement un, fidèle à la loi et respectueux de sa compétence propre. Au contraire : tout organisme pseudo-juridictionnel qui outrepassa ses pouvoirs ne fait qu'élargir le champ des avantages escomptés. Comme le droit lui sert toujours de prétexte, les questions qu'il aborde restent débattues sous forme d'argumentations juridiques. Il engendre donc les beaux procès aussi bien qu'une juridiction authentique, et, à cet égard ne manque au Conseil constitutionnel qu'une procédure moins expéditive pour combler tous les vœux.

Peut-être faut-il tenir compte aussi de l'attrait qu'exercent les hautes juridictions sur ceux qui s'estiment particulièrement qualifiés pour les occuper avec distinction. De chaudes et remuantes sympathies pour le Conseil constitutionnel répondraient de façon bien naturelle à l'éveil de ces vocations. En toute hypothèse, un cercle assez large de notabilités diverses communique dans le sentiment intime que l'Etat n'offre jamais trop de confortables prébendes et qu'il est courtois, humain, prudent de n'en critiquer aucune, à moins d'y être contraint par la légitime défense d'une autre : d'innombrables institutions, nationales et internationales, font reposer sur ce fondement solide leur existence ou leur ampleur.

Quant aux hommes de la classe politique, tout en obéissant à leurs préoccupations d'opportunité immédiate, ils ne laissaient pas de puiser dans leurs souvenirs universitaires la vague conviction de faire en même temps œuvre pie. D'une manière plus directe, la campagne orchestrée par les juristes en faveur du Conseil constitutionnel et de ses débordements leur apportait une garantie d'apparence irrécusable sur le bien-fondé de leur attitude et les poussait aux initiatives ou surenchères. Il ne leur venait probablement pas à l'esprit qu'une telle insistance pût avoir des motifs sujets à caution. La vaste conjonction opérée entre spécialistes réputés de droite ou de gauche aurait pu leur faire soupçonner quelque point de vue corporatif mais, soit par un reste de candeur, soit parce qu'ils trouvaient commode de s'y fier, ils l'attribuèrent à la force des principes les plus certains et les plus vénérables.

Ainsi les finalités particulières des uns et des autres s'ajustaient avec bonheur, comme il arrive souvent, dans le processus de l'absurdité globale.

S'il ne faut ni rire ni s'indigner de l'aventure pour en traiter avec philosophie, reste à la situer dans la théorie politique, ou plus exactement dans la carence théorique qui achève d'en fournir l'explication. Nous ne sommes plus dans la tradition républicaine, qui maintenait la logique démocratique en thèse générale, sauf à lui faire subir les fraudes précautionneuses de la représentation. C'est aujourd'hui la logique démocratique elle-même qui est retombée dans l'ignorance ou dans l'oubli.

En pratique, elle n'est souvent remplacée par aucune autre. La pensée politique se réduit alors aux calculs de l'opportunité immédiate, tels que nous en avons noté ici le rôle. Il est évident que n'importe quoi peut survenir au terme de ces manœuvres sans carte ni boussole, conduites par une extrême myopie qui se prend pour la meilleure capacité de perception.

Dans la mesure où une autre logique s'installe officiellement, c'est celle du libéralisme. Or le libéralisme, par définition, n'a pas de critère pour déterminer la légitimité intrinsèque des pouvoirs et contre-pouvoirs dont il souhaite la multiplication. Il accorde à tous la même indulgence agnostique ou sceptique dans l'espoir qu'ils se freineront mutuellement. Mais, s'ils n'entrent pas en connivence, ils peuvent se freiner plus ou moins tout en étant détestables dans le domaine que chacun occupe et il faudrait, selon ses vues, honorer la Mafia parmi les éléments constitutifs de la polycratie américaine. En outre, s'ils se freinent assez pour que chaque intérêt organisé et

chaque faction trouve effectivement quelque commodité dans l'impuissance générale, ils paralysent ensemble une capacité de volonté collective, qui est la plus importante des libertés, normalement exprimée par la souveraineté nationale, et qui ne se découvre plus nulle part.

A ces phénomènes généraux, l'entreprise du Conseil constitutionnel n'apporte qu'une illustration caricaturale, mais à eux aussi se rattache, plus gravement, le divorce qui s'est accentué entre les Français et leur politique. Le remède est connu. Il n'a contre lui que d'être également désagréable à toutes les élites, de gauche ou de droite, et à tous les pouvoirs de tous ordres qui prospèrent avec une part petite ou grande d'usurpation. Il consisterait à réintroduire — pour ne pas demander l'impossible — un peu plus de démocratie réelle dans les institutions.

Un peu suffirait pour que la légitimité se rétablisse en faveur d'une volonté nationale qui serait effectivement aussi bien que théoriquement souveraine. Si le roi veut perdre sa couronne, disait Maupeou, il en est le maître. Mais la démocratie n'a pas cette faculté de renonciation. Son pouvoir est par nature inaliénable et imprescriptible. Les usurpations qu'elle subit ne font pas droit contre elle.

Notre affaire en est un bon exemple. Il n'y a aucune vraisemblance qu'un gouvernement et une majorité, conscients d'incarner la volonté du pays d'une manière pas trop infidèle, acceptassent de se soumettre à la censure d'oligarchie qui a été décrite. Au besoin, une inspiration de nouveau proche de sa source leur ferait redécouvrir, à propos de Déclaration des droits de l'homme, que celle-ci proclame la souveraineté de la nation, mise en œuvre par ses représentants et par nul autre corps ; à propos des « principes fondamentaux reconnus par les lois de la République », que ceux-ci qualifient de forfaiture la résistance d'un juge à la loi, ainsi que tout acte par lequel un juge s'immisce dans l'exercice du pouvoir législatif. La vraisemblance serait davantage que le Conseil constitutionnel commençât par renvoyer à des jours meilleurs l'exploitation des pouvoirs qu'il s'est arrogés.

La conclusion, du moins, n'a rien d'inattendu. En matière d'empiétement et abus, chacun mérite sans doute l'examen de ses causes et données particulières, mais tous doivent leur extension aux mêmes circonstances propices. La responsabilité principale incombe toujours à une autorité politique qui ne ressent pas sa propre légitimité comme certaine et impérieuse, faute d'une dose suffisante de démocratie incorporée.

R. de LACHARRIÈRE. — Dissenting opinion.

Although 1958 Constitution granted it a modest role, the Constitutional Council now dominates all of our institutions since it acts as a censor of all laws when congressmen call upon it to do so. Its all powerful rule is based on the interpretation of vague principles whose practical application ought to have been within the power of the legislators and is based also on the principle of a « Declaration » which specifically does not authorize anyone to hold in check the collective will as expressed by law. The representatives of the nation who are generally rather zealous of the sovereignty which they have extracted from the people, have curiously aided in ratifying their own eviction. Many legal scholars have pushed them in that direction for reason which should also be clarified. The curious result at least temporarily, is a supreme oligarchy which is totally irresponsible and according to the evidence is totally without justification.

RÉSUMÉ. — *Alors que la Constitution de 1958 lui attribuait un rôle modeste, le Conseil constitutionnel domine désormais l'ensemble de nos institutions, puisqu'il censure à son gré n'importe quelle loi, sur le recours de parlementaires empressés à le saisir en toutes occasions. Son omnipotence repose sur l'interprétation de formules vagues dont la mise en œuvre relevait du législateur ou sur les principes d'une Déclaration qui, précisément, n'autorisait personne à tenir en échec la volonté générale exprimée par la loi. Les représentants de la nation, d'ordinaire fort jaloux de la souveraineté empruntée ou extorquée à celle-ci, se sont curieusement complu à ratifier et à parfaire leur propre dépossession. Maints juristes les y poussaient avec une extrême ardeur, pour des motifs qui méritent aussi d'être tirés au clair. D'où l'étrange résultat, au moins provisoire, d'une oligarchie suprême, totalement irresponsable et à l'évidence totalement injustifiable.*

GÉRARD SACCONI

Bilans

BILAN STATISTIQUE DE L'ACTIVITÉ DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL

(Au 1^{er} février 1991)

	Contrôle de la conformité à la Constitution				Contrôle de la répartition loi-règlement		Contrôle des élections et des votations		
	Lois organ. art. 61, al. 1 de la Const.	Règlement d'assembl. art. 61, al. 1 de la Const.	Lois ordon. art. 61, al. 2 de la Const.	Engagement internat. art. 54 de la Const.	Examen de TFL art. 37, al. 2 de la Const.	Examen de FNR art. 41 de la Const.	Elect. parlem. art. 59 de la Const.	Elect. présid. art. 58 de la Const.	art. 00 de la Const. et art. 46 de l'ordonn. 58-1067
Décisions	60	47	178	3	164	11	1 094 ⁽¹⁾	37	5
Proclamations								10	6
Avis									
Constatations								1 ⁽²⁾	
Déclarations									43
Total			288			175		1 196	

⁽¹⁾ Sont incluses dans ce nombre les 102 décisions rendues par la Commission constitutionnelle le 16 février 1959.

⁽²⁾ Il s'agit de la déclaration du 24 mai 1974, faite par le Conseil constitutionnel à l'occasion de la démission du Président de la République (cf. *Rec.*, p. 57).

⁽³⁾ Il s'agit de la décision d'incompétence du 14 septembre 1961 rendue sur demande de la Commission des lois à propos de la recevabilité d'une motion de censure en période d'application de l'article 16 (cf. *Rec.*, p. 102).

⁽⁴⁾ A ces décisions rendues sur la base d'un texte, il convient d'ajouter trois décisions d'avis (16 avril 1986, *Rec.*, 41, 4 juin 1988, *Rec.*, 79 et 13 juillet 1988, *Rec.*, 86), ce qui porte le total des décisions à 1 196.

TABLEAUX RELATIFS A LA COMPOSITION DU CONSEIL

Nom	Année de nomination	Age		Formation universitaire	Activités professionnelles
		Entrée en fonctions	Sortie de fonctions		
Membres nommés par le président de la République					
G. Pompidou	1959	48	51	Normalien, Agrégé de lettres, Sciences po.	Professeur-M des requêtes Conseil d'Et Directeur d
L. Noël (président)	1959	71	77	Docteur en droit	Conseiller d Diplomate
M. Patin	1959	64	67	Docteur en droit	Magistrat (p de la Cham de la Cour
B. Chenot	1962	53	55	Licencié en droit, Sciences po.	Conseiller d
M. Waline	1962	62	71	Agrégé de droit, Sciences po.	Professeur d
A. Deschamp	1964	69	74	Saint-Cyr	Conseiller d
G. Palewski (président)	1965	64	73	Sciences po.	Diplomate

J. Sainteny	1968	61	70		Carrière bancaire puis gouverneur des Colonies
F. Goguel	1971	62	71	Docteur en droit, Sciences po.	Secrétaire général du Sénat, professeur à
R. Frey (président)	1974	61	70	Sciences po.	
A. Segalat	1977	67	76	Sciences po.	Secrétaire général du Gouvernement (1946-1958)
G. Vedel	1980	70	79	Agrégé de droit	Conseiller d'État, Professeur de droit
D. Mayer (président)	1983	73			Journaliste, Ancien président de la ligue des droits de l'homme, Professeur de droit
R. Badinter (président)	1986	58		Agrégé de droit	Professeur de droit
M. Faure	1989	67		Agrégé d'histoire et de géographie, Docteur en droit	Professeur, Avocat

(1) Sources : *Le Who's Who* et le journal *Le Monde*.

TABLEAU (suite)

Nom	Année de nomination	Age		Formation universitaire	Activités professionnelles
		Entrée en fonctions	Sortie de fonctions		
Membres nommés par le président de l'Assemblée					
J. Michard-Pélissier	1959	50	59	Docteur en droit, Sciences po.	Avocat
L. Pasteur-Valéry-Radot	1959	73	79	Docteur en médecine	Professeur de médecine
V. Chatenay	1959	73	76	Licencié en droit	Administrateur de sociétés
E. Michelet	1962	63	68		Courtier assés
H. Monnet	1965	69	78	Licencié en droit, Sciences po.	Conseiller juridique administrateur sociétés

J. Antonin'	1967	64	68	Polytechnicien, DES de droit	Administrat de sociétés
P. Chatenet	1968	51	60	Licencié en droit, Sciences po.	Conseiller d
H. Rey	1971	68	74		Administrat de sociétés
R. Brouillet	1974	65	74	DES d'histoire et géographie, Sciences po.	Diplomate
A. Peretti	1977	66	72	Licencié en droit, diplômé d'études pénales spéciales	Avocat, administrat de sociétés,
L. Joxe	1977 1980	76	89	Agrégé d'histoire et de géographie	Professeur, Diplomate
P. Legatte	1983	67	70	Faculté de droit de Paris	Conseiller d
P. Marcihacy	1983	73	77	Licencié en droit	Avocat
R. Fabre	1986	71		Diplômé de pharmacie	Pharmacien Médiateur (
F. Mollet-Vieville	1987	69		Licencié en droit	Avocat Bâtonnier d de Paris
J. Robert	1989	61		Agrégé de droit	Professeur d

TABLEAU (suite et fin)

Nom	Année de nomination	Age		Formation universitaire	Activités professionnelles
		Entrée en fonctions	Sortie de fonctions		
Membres nommés par le président du Sénat					
J. Gilbert-Jules	1959	56	65	Licencié en droit, DES politiques et économiques	Avocat
C. Lecoq de Kerland	1959	72	78	Licencié en droit et ès sciences	Ingénieur, a
M. Delépine	1959	76	77	Licencié en droit	Avocat, con d'Etat
R. Cassin	1960	73	84	Agrégé des Facultés de Droit	Professeur d vice-présiden Conseil d'Et
F. Luchaire	1965	46	55	Agrégé des Facultés de Droit	Professeur d
G. Dubois	1968	59	68	Docteur en droit	Magistrat (c à la Cour de cassation)

P. Coste-Floret	1971	60	68	Agrégé des Facultés de Droit	Professeur de
G. Monnerville	1974	77	86	Licencié ès lettres, docteur en droit	Avocat
L. Gros	1977	75	82	Licencié en droit	Avocat
R. Lecourt	1979 1980	71	80	Docteur en droit	Avocat, membre président de de Justice européenne d à 1976
L. Jozeau-Marigné	1983	74		Docteur en droit	
M.-R. Simonnet	1984 1986	65	69	Agrégé de droit	Doyen honor de la Faculté de droit de L
J. Latscha	1988	61		Agrégé de droit	Professeur de Administrateur de sociétés
J. Cabannes	1989	64		Licencié ès lettres DES de sciences pénales, de droit privé, de droit romain, d'histoire du droit	Magistrat Premier avocat général à la Cour de cassation

*Bilan de la saisine parlementaire du Conseil constitutionnel de 1981 à 1986**

LAURENT HABIB

Plus de onze ans après sa mise en place et au terme d'une législature dominée par la gauche, il est utile de faire un nouveau bilan de la saisine parlementaire du Conseil constitutionnel. Par rapport à ce que décrivait Michel Charasse en 1980, on constate un *développement de la saisine parlementaire* dont il est possible aujourd'hui de décrire de façon plus complète les *implications* institutionnelles.

I. — LE DÉVELOPPEMENT DE LA SAISINE PARLEMENTAIRE

Si les modalités pratiques de mise en œuvre de l'article 61, alinéa 2, de la Constitution n'ont guère évolué, on constate une multiplication du nombre de saisines.

1. *Les modalités de saisine*

C'est généralement le responsable du texte au sein du groupe parlementaire qui l'examine sous l'angle de sa constitutionnalité. Cet examen systématique permet d'envisager ou d'écarter la possibilité d'une saisine. Le parlementaire présente un rapport informel sur cette question en réunion de groupe ou plus simplement au hureau, voire au président du groupe. Si la décision de principe de saisir le Conseil constitutionnel est prise, la lettre de saisine est préparée, soit par le parlementaire responsable, soit par un de ses assistants, soit par un « consultant ». La version

* Nous remercions pour les entretiens qu'ils ont bien voulu nous accorder, Mme Braun, secrétaire générale du groupe RPR à l'Assemblée nationale et M. Trouvé, secrétaire général du groupe UDF, ainsi que les services d'information du Sénat et de l'Assemblée nationale pour leur amabilité.

définitive n'est réalisée qu'au dernier moment pour tenir compte des ultimes modifications éventuelles apportées au texte. Les signatures des parlementaires sont recueillies en réunion de groupe ou en séance. A l'Assemblée nationale, il semble que les secrétariats des groupes disposent de feuilles d'émargement signées par avance, le député ne sachant pas toujours pour quel recours il émarge (1). Le secrétariat du Conseil constitutionnel est prévenu de la saisine par téléphone, soit au cours de l'examen du texte, soit à la veille de son adoption définitive. La requête est déposée directement au Conseil constitutionnel, le plus rapidement possible après le vote final de la loi. La ou les lettres de saisine sont publiées au *Journal officiel* — depuis juillet 1983, à l'initiative de l'ancien président du Conseil constitutionnel Daniel Mayer —, en même temps que la décision du Conseil.

La procédure est donc comparable à celle que décrivait Michel Charasse, même si l'on note une certaine évolution. Avant 1981, le secrétariat administratif du groupe socialiste jouait un rôle déterminant dans la conception et la préparation des saisines. Aujourd'hui, les secrétariats des groupes de l'opposition à l'Assemblée sont peu développés, la répartition des tâches moins systématique et le rôle des consultants extérieurs corrélativement plus important. On ne trouve ni spécialiste permanent des questions constitutionnelles, ni formalisation de la procédure de saisine, ni relations constantes avec les services du Conseil constitutionnel. L'ensemble y gagne en souplesse, pas toujours en rigueur.

Le problème essentiel de la procédure actuelle tient aux délais souvent brefs dont disposent les requérants pour déposer leur recours après l'adoption définitive du texte. Cette remarque doit cependant être relativisée. Tout d'abord, le secrétariat général du Gouvernement est informé à l'avance d'un éventuel recours, soit parce que les parlementaires l'ont annoncé pendant les débats, soit de toute façon parce que le secrétariat du Conseil le prévient dès réception de la saisine ; il suspend donc la procédure de promulgation jusqu'à la décision du Conseil. Ensuite, la promulgation de la loi n'est possible qu'après transmission, par les services des assemblées, du « texte définitif » au Gouvernement ; dans le cas de textes longs et complexes cette transmission peut prendre deux à trois jours (2). Enfin les parlementaires ont la possibilité, une fois un premier recours déposé, de faire parvenir au Conseil constitutionnel des mémoires complémentaires plus détaillés. Ils peuvent même, et c'est souvent le cas comme on le verra, préparer un ou plusieurs autres recours.

Le Président de la République a-t-il malgré tout la possibilité de soustraire un texte à l'examen du Conseil, en le promulguant sur-le-champ ? C'est à cause d'une telle éventualité que les sénateurs RPR ont, pour la loi sur l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie, utilisé des cibistes qui

(1) De telles pratiques sont discutables dans leur principe... guère plus cependant que les abus autorisés par le vote électronique.

(2) Voir P. Nguyen Huu, Aperçu sur la « confection » de la loi, rapport présenté au Colloque *L'Assemblée nationale aujourd'hui*, organisé par l'Association française de Science politique et la revue *Pouvoirs*, les 21 et 22 novembre 1985.

transmettaient les termes du recours à une voiture postée au Palais-Royal (3). Au-delà de l'anecdote, on peut tout de même constater qu'un « coup de force » du Président reste possible, même s'il paraît bien peu probable. On pourrait donc envisager, comme Pierre Avril et Jean Gicquel, une réforme de l'article 10 de la Constitution (4). L'idéal serait de prévoir un délai minimum entre le vote de la loi et sa promulgation, délai qui pourrait être réduit si le Gouvernement estimait nécessaire une promulgation d'urgence. Une telle réforme apparaîtrait comme le juste complément de celle intervenue en 1974, qui ne prévoit de recours qu'*après* l'adoption définitive du texte et *avant* sa promulgation, et cela même si la brièveté des délais pour le dépôt des recours n'a, jusqu'à présent, posé aucun problème sérieux.

On pourrait également souhaiter, comme le faisait Michel Charasse, que soient publiées les observations écrites qu'adresse systématiquement au Conseil le secrétariat général du Gouvernement. Puisque ces observations sont prises en compte par la Haute Instance, pourquoi ne pas les rendre publiques ? Il serait bon en effet de connaître l'ensemble des éléments sur lesquels la décision du Conseil s'appuie. De plus, une telle publication constituerait un outil essentiel pour l'analyste, ainsi que le moyen de contrebalancer aux yeux du public les critiques contenues dans les saisines.

2. Le nombre des saisines

L'étude statistique des saisines du Conseil constitutionnel en application de l'article 61, alinéa 2 de la Constitution (5) révèle clairement l'augmentation de leur nombre pour la période allant de juin 1981 à mars 1986 par rapport à la période allant de juin 1974 à mai 1981. On passe en effet de 67 saisines (dont 63 d'origine parlementaire), soit une moyenne d'une dizaine de recours par an, à 101 saisines (dont 99 d'origine parlementaire), soit une vingtaine de recours par an (tableau 1).

Cette augmentation est due en grande partie aux sénateurs de l'opposition dont le nombre de saisines fait plus que tripler d'une période à l'autre (de 13 à 43). A la différence du septennat de Valéry Giscard d'Estaing, où l'on avait vu trois recours (dont un irrecevable) déposés par des députés de la majorité, membres du groupe RPR, tous ceux intervenus depuis 1981 proviennent de parlementaires de l'opposition (6). A l'Assemblée nationale, dans la majeure partie des cas, les recours émanent conjointement

(3) Voir la note de Cl. Franck, *JCP*, 1985, n° 20356.

(4) Chronique constitutionnelle, *Pouvoirs*, 1985, n° 34, p. 171.

(5) Les résultats présentés dans cet article sont établis à l'aide des recueils des décisions du Conseil et des statistiques fournies par les services de l'Assemblée nationale et du Sénat.

(6) Le groupe communiste à l'Assemblée nationale ne comprend que 44 députés, ceci expliquant cela.

TABLEAU 1

*Décisions du Conseil constitutionnel en application de l'article 61
alinéa 2 de la Constitution (1974-1986)*

	Juin 1974- mai 1981	Juin 1981- mars 1986 ⁽¹⁾
<i>Nombre total de saisines</i>	67	101
Président de la République	0	0
Président du Sénat	0	2
Premier ministre	2	0
Président de l'Assemblée nationale	2	0
Députés	50 ⁽²⁾	56
Sénateurs	13	43
<i>Nombre de décisions rendues</i>	47	66

⁽¹⁾ Les dernières saisines datent du 31 décembre 1985. Dans la mesure où un délai sépare la saisine de la décision, les dernières décisions comptabilisées sont celles du 16 janvier 1986.

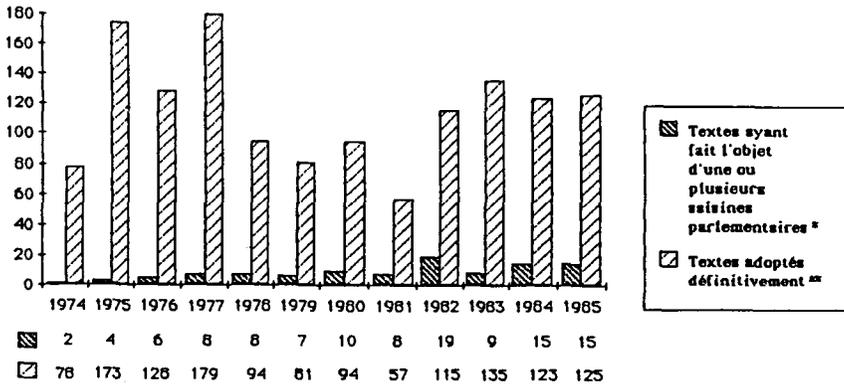
⁽²⁾ Dont 3 saisines émanant de députés de la majorité, membres du RPR.

tement des députés UDF et RPR, plus rarement des seuls membres du groupe RPR.

L'augmentation du nombre des décisions prises par le Conseil constitutionnel entre les deux périodes considérées est relativement plus faible que celle des saisines : on passe de 47 décisions, soit en moyenne un peu moins de huit par an, à 66 décisions, soit environ 13 par an. Cette différence s'explique par le fait que les saisines multiples sont plus fréquentes : on ne compte pas moins de cinq recours, dont quatre des sénateurs, portant sur la seule loi de finances de 1985. Sur 66 décisions, 29 sont intervenues sur des saisines multiples. Celles-ci sont justifiées par des raisons diverses. Il peut s'agir, comme on l'a signalé, de déposer un recours mieux préparé ou complémentaire, en profitant du fait que le délai de promulgation est suspendu par le dépôt de la première saisine. Dans d'autres cas, les députés et sénateurs de l'opposition, voire le président du Sénat, souhaitent donner un caractère plus solennel à la saisine, en signifiant au Conseil — et à l'opinion publique — leur désaccord commun avec la loi votée. Enfin, les groupes parlementaires, en particulier au Sénat, peuvent souhaiter se différencier les uns des autres pour obtenir le bénéfice politique d'une éventuelle censure de la part du Conseil.

Si la multiplication des saisines du Conseil est certaine, peut-on pour autant parler d'une saisine quasi systématique ? La réponse ici doit être à la fois quantitative et qualitative. Au plan quantitatif, on constate que si la proportion des textes définitivement adoptés qui ont fait l'objet d'une saisine augmente, cette proportion reste pourtant faible. Elle atteint son maximum en 1982 avec 16 % ; elle est en moyenne de 12 % de 1981 à 1985

(fig. 1). D'un point de vue qualitatif, deux facteurs interviennent. D'une part l'importance du texte : les députés éviteront de perdre leur temps et leur crédit à saisir le Conseil de dispositions mineures pour lesquelles leur opposition est parfois de pure forme. D'autre part sa nature : certains textes, malgré leur importance, sont difficilement critiquables sous l'angle constitutionnel, tels la loi abolissant la peine de mort ou la loi électorale votée en 1985. On peut donc avancer que, même si la saisine n'est pas



* La date de référence est celle du dépôt de la saisine.

** Sont comptabilisés l'ensemble des textes adoptés définitivement, y compris les lois d'autorisation, de ratification ou d'approbation d'engagements internationaux puisque celles-ci peuvent faire l'objet d'une saisine en vertu de l'article 61, al. 2, de la Constitution (décision 80-116 DC du 17 juillet 1980, Convention franco-allemande d'entraide judiciaire).

FIG. 1. — Rapport entre le nombre de textes ayant fait l'objet d'une ou plusieurs saisines parlementaires et le nombre de textes adoptés définitivement (1974-1985)

systématique, loin s'en faut, elle intervient dès que cela est possible et pour tout texte important.

L'objet des recours est variable. L'opposition s'est souvent montrée très pointilleuse quant au respect des règles de procédure. Sur le fond, l'argument juridique le plus souvent avancé par les requérants a été sans conteste le principe d'égalité. Loïc Philip remarque avec humour : « Hier, les socialistes accusaient les libéraux de ne pas respecter les libertés. Aujourd'hui, les libéraux accusent les socialistes de s'écarter de l'égalitarisme » (7).

(7) Bilan et effets de la saisine du Conseil constitutionnel, *La Constitution de la Ve République*, Presses de la Fondation nationale des Sciences politiques, 1985, p. 416. En fait, les requérants invoquaient le plus souvent l'égalité en droit pour contrer des dispositions inspirées par la volonté de rétablir une égalité de fait. Voir par exemple, décision 83-153 DC du 14 janvier 1983, troisième voie d'accès à l'ENA.

Dans l'ensemble, la qualité des recours s'est avérée inégale. Le manque d'homogénéité du style des saisines, la qualité variable des arguments juridiques invoqués, s'expliquent à la fois par les conditions d'élaboration des recours — multiplicité des rédacteurs — et par la volonté d'utiliser la saisine du Conseil comme procédé d'obstruction. Dans une certaine mesure, les parlementaires ont profité du fait que la Haute Instance se considère saisie de l'ensemble du texte et statue *ultra petita*. L'essentiel est donc de saisir, peu importe comment ! Parfois, le Conseil censure la disposition attaquée sur un autre fondement que celui invoqué par les requérants (8). Parfois même, il censure une disposition que les requérants n'avaient pas attaquée (9). Une telle attitude du Conseil explique donc en partie l'éventuel laxisme des parlementaires.

Quelles que soient les modalités d'élaboration ou le degré de préparation des saisines parlementaires, leur multiplication a été telle, en particulier depuis 1981, qu'il convient de s'interroger sur ses effets. En premier lieu, les saisines parlementaires ont permis l'existence d'un véritable contrôle de constitutionnalité en France ; mais il ne nous appartient pas ici de reprendre une démonstration que d'autres ont déjà menée (10). En second lieu et par voie de conséquence, elles ont favorisé la naissance d'un véritable droit constitutionnel qui pénètre toutes les autres branches du droit et qu'il est aujourd'hui illusoire de décrire d'un seul trait. Aussi, notre propos visera plus simplement à montrer quelles sont les implications institutionnelles directes de leur développement.

II. — LES IMPLICATIONS DU DÉVELOPPEMENT DE LA SAISINE PARLEMENTAIRE

Ces implications sont nombreuses. Tout d'abord le développement de la saisine parlementaire a influencé profondément le processus d'élaboration de la loi. Ensuite, il a limité la marge de manœuvre des actes politiques. Enfin, il a modifié les conditions de l'équilibre institutionnel sous la V^e République.

1. *Un nouveau processus d'élaboration de la loi*

La jurisprudence du Conseil constitutionnel définit progressivement un ensemble de règles de procédure (11) et précise les compétences respectives

(8) Voir par exemple la décision 83-165 DC du 19 janvier 1984 sur l'enseignement supérieur.

(9) Voir par exemple la décision 82-146 DC du 18 novembre 1982 sur les quotas par sexe dans les listes électorales pour les municipales ou encore récemment la décision 85-201 DC du 28 décembre 1985 relative à la loi de finances.

(10) Voir par exemple : Bernard Poullain, Remarques sur le modèle français de contrôle de constitutionnalité des lois, *Pouvoirs*, 1984, n° 30, p. 121 et s. ; Louis Favoreu, Actualité et légitimité du contrôle juridictionnel des lois en Europe occidentale, *RDP*, 1984, p. 1147 et s.

(11) Voir sur cette question : Philippe Terneyre, La procédure législative ordinaire dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, *RDP*, 1985, p. 691 et s.

des différents intervenants dans le processus d'élaboration de la loi. S'agissant par exemple du domaine de la loi, le Conseil, dans une décision du 30 juillet 1982, a considéré que les dispositions de nature réglementaire contenues dans un texte de forme législative n'étaient pas pour autant inconstitutionnelles et que les députés n'étaient pas fondés à en demander l'annulation par l'intermédiaire de l'article 61, alinéa 2 ; selon le Conseil, la Constitution par ses articles 34 et 37 entend simplement donner au Gouvernement la possibilité de protéger son domaine, possibilité qu'il conserve par la procédure de délégalisation de l'article 37, alinéa 2 de la Constitution (décision 83-143 DC). Une telle décision, conforme d'ailleurs à la logique majoritaire des institutions, a eu pour conséquence de multiplier les dispositions de caractère réglementaire contenues dans les textes de lois, ou encore d'élargir considérablement le droit d'amendement des parlementaires. On pourrait ainsi multiplier les exemples qui montrent que l'influence du Conseil sur les règles d'élaboration des lois est décisive.

En ce qui concerne plus particulièrement les effets directs de la multiplication des saisines, ceux-ci sont liés au fait que l'intervention du Conseil au terme du processus d'élaboration de la loi est, sinon systématique, du moins toujours envisageable. Parce que l'on peut toujours craindre — ou souhaiter — une censure du Conseil sur saisine des parlementaires, les acteurs politiques et institutionnels se doivent de l'anticiper (12). Cette anticipation se fait tout d'abord dans la phase gouvernementale du processus d'élaboration de la loi. Il existe peu de moyens d'éviter une saisine : en matière d'engagements internationaux, il est possible d'anticiper le recours parlementaire par une saisine du Président ou du Premier ministre en vertu de l'article 54 ; pour les lois ordinaires, le gouvernement peut utiliser la procédure des ordonnances de l'article 38, afin de limiter l'éventuel contrôle du Conseil constitutionnel à la seule loi d'habilitation. Il faut donc le plus souvent se résoudre à renoncer à certains textes ou bien adapter les projets de lois aux exigences supposées du Conseil. Cette dernière tâche incombe essentiellement au secrétariat général du Gouvernement, au Conseil d'Etat et accessoirement à des consultants. Il faut croire le droit suffisamment « flexible » et les interprétations du Conseil constitutionnel parfois surprenantes puisque ce « filtre » ne suffit pas à laver le texte de toutes ses irrégularités (13). L'étape est néanmoins essentielle et mériterait d'être mieux connue. C'est ensuite au Parlement que se fait l'anticipation. Le Gouvernement acceptera ainsi des amendements proposés par des députés de la majorité, ou même de l'opposition, s'il craint la censure du Conseil.

Un exemple particulièrement clair de ce phénomène d'anticipation nous est donné par les cas de « contrôle à double détente » : une disposition

(12) Voir Olivier Duhamel, *Annulation et dissuasion : deux méthodes complémentaires pour les libertés*, *Le Monde*, 3 janvier 1984.

(13) On peut citer par exemple la loi de nationalisation qui avait été modifiée pour tenir compte des recommandations du Conseil d'Etat et qui a pourtant été censurée par le Conseil constitutionnel.

ayant été censurée par le Conseil, une seconde version du texte est élaborée en fonction de la première décision du Conseil. Il en a été ainsi pour la seconde loi de nationalisation, pour la loi de finances de 1985 (14), ou encore pour la loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie. Mais l'on peut donner d'autres exemples : la loi sur les entreprises de presse a été profondément modifiée au Parlement dans la perspective du contrôle du Conseil et à l'initiative des députés de la majorité ; il en est de même pour la loi sur la planification ; la loi du 22 juillet 1982, sur le contrôle des actes des autorités locales, résulte quant à elle d'une proposition sénatoriale qui visait à la fois à satisfaire aux exigences posées par le Conseil dans sa décision du 25 février 1982 (82-137 DC) et à pallier les carences qu'avait fait naître la censure partielle du Conseil. Ainsi, et le plus souvent dans le secret de la phase gouvernementale ou par de discrètes modifications au Parlement, le processus d'élaboration de la loi se plie au rythme nouveau que donne l'intervention finale du Conseil.

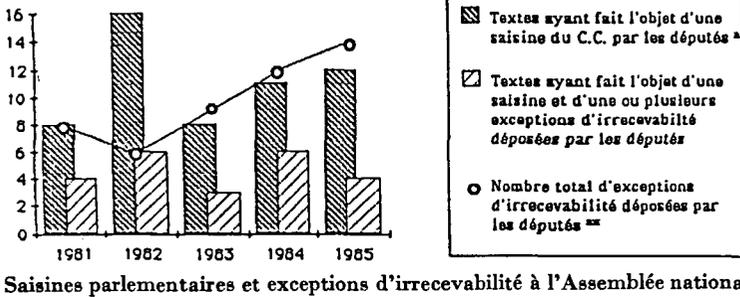
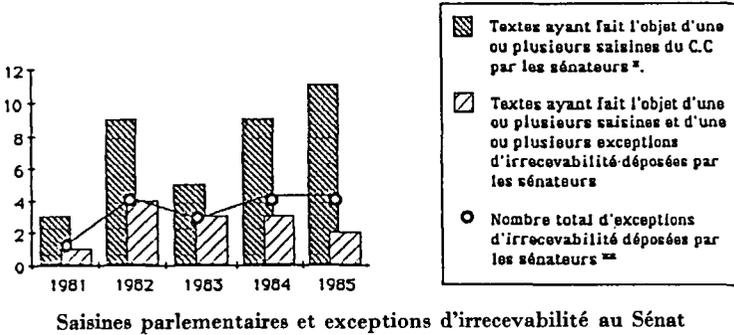
La multiplication des saisines parlementaires ne tend pas seulement à modifier le texte des lois : elle modifie aussi la nature du débat parlementaire. Comme le note Didier Maus, on assiste depuis 1971 à un développement extrêmement significatif des controverses juridiques au Parlement et « le recours très fréquent à la procédure de l'exception d'irrecevabilité symbolise mieux que tout autre indicateur le phénomène en question » (15). En déposant une exception d'irrecevabilité, le parlementaire souhaite en effet mettre l'accent sur les problèmes de constitutionnalité posés par un texte en développant à la tribune des arguments qu'il reprendra dans sa lettre de saisine. Le lien entre les deux procédés avait été souligné par Michel Charasse et l'on constate effectivement que le nombre total d'exceptions d'irrecevabilité a augmenté au même rythme et en même temps que le nombre de saisines.

En fait la corrélation entre les deux mécanismes est plus complexe : elle est à la fois importante et partielle (fig. 2). Importante parce que dans une large proportion, les exceptions d'irrecevabilité déposées sur un texte sont suivies pour le même texte du dépôt d'une saisine. Mais aussi partielle. D'une part, parce qu'un grand nombre de saisines n'est pas précédé d'une exception d'irrecevabilité. D'autre part, au moins dans le cas de l'Assemblée nationale et en particulier depuis 1983, parce que certaines exceptions d'irrecevabilité n'ont pas pour but de préparer une saisine, mais seulement d'obtenir un temps de parole en dehors des quotas établis par la conférence des Présidents.

Le rôle de l'exception d'irrecevabilité est cependant révélateur de la *juridicisation des débats parlementaires*. Il faudrait, là encore, étudier dans

(14) Sur la question des perquisitions fiscales qui avait fait l'objet d'une décision un an auparavant avec la loi de finances de 1984 (décision 83-164 DC du 19 décembre 1983).

(15) L'Assemblée nationale et le Conseil constitutionnel, rapport présenté au colloque *L'Assemblée nationale aujourd'hui*, organisé par l'Association française de Science politique et la revue *Pouvoirs*, les 21 et 22 novembre 1985.



* La date de référence est celle du dépôt de la saisine.

** Les exceptions d'irrecevabilité sont comptabilisées dans l'année où elles ont été déposées. Elles figurent dans le tableau simplement à titre de référence.

FIG. 2

le détail les débats du Parlement pour s'en faire une idée exacte ; mais il est certain que la France prend, ici comme ailleurs, la voie qu'ont ouverte les pays qui connaissent depuis longtemps un puissant contrôle de constitutionnalité. Ainsi, par son influence sur le fond ou sur la nature des débats, le Conseil tient une place incontestable dans le nouveau processus d'élaboration de la loi.

2. Une contrainte sur les acteurs politiques

Le Conseil constitutionnel a-t-il été, pour reprendre une problématique de Louis Favoreu (16), un frein ou le garant de l'alternance ? L'auteur

(16) Le Conseil constitutionnel et l'alternance, *La Constitution de la V^e République*, Presses de la Fondation nationale des Sciences politiques, 1985, p. 422 et s. (N.d.l.R. : voir aussi l'article de Louis Favoreu écrit pour le présent numéro.)

opte pour la deuxième branche de l'alternative. Selon lui, le Conseil a « permis l'alternance en canalisant en quelque sorte le flot du changement et en assurant sa régulation ; et il a, au surplus, par ses décisions donné un certificat d'authenticité, de régularité aux mesures prises par la nouvelle majorité » (17). Au contraire, pour John T. S. Keeler, l'analyse de Louis Favoreu « sous-estime à quel point le Conseil intervient comme un frein vis-à-vis du programme socialiste de réforme... il a bloqué les tentatives de réforme du Gouvernement autant ou même plus que la Cour suprême américaine à l'époque du New Deal... (et) il semble incontestable que, dans une perspective comparée, le Conseil doit être considéré comme un obstacle d'une importance considérable » (18). Cependant, il paraît clair que le débat porte sur deux plans différents.

Le premier aspect du débat concerne l'*impact politique* des décisions du Conseil. Les décisions du Conseil apportent-elles un « certificat de conformité à la Constitution » ou bien, « du fait que le système français rend des décisions sur des lois contestées par des partis de l'opposition plutôt que sur des espèces judiciaires individuelles (...), les décisions d'annulation du Conseil apparaissent aux hommes politiques et au grand public beaucoup plus directement comme une victoire des partis de l'opposition » (19) ? La réponse varie bien sûr en fonction des décisions prises par le Conseil. On peut cependant constater que le type de contrôle de constitutionnalité que connaît la France a des conséquences particulières. En premier lieu, comme le contrôle s'exerce *a priori* et dans le prolongement du processus d'élaboration de la loi, une annulation remet plus en cause l'autorité du Gouvernement que celle de la loi. La loi, une fois votée, est incontestable. Avant sa promulgation, elle reste avant tout un acte politique. En second lieu, le fait que le Conseil intervienne presque toujours sur des saisines émanant de parlementaires de l'opposition, renforce l'impact politique des décisions et déclenche un processus de légitimation complexe. L'essentiel, pour les acteurs politiques est de transformer en victoires politiques les décisions du Conseil, quelles qu'elles soient. Ainsi s'expliquent les déclarations de la majorité après la décision sur le statut de la presse : combien de fois n'a-t-on pas entendu la majorité dire que la décision lui avait globalement donné raison alors que le Conseil, sans censurer les dispositions essentielles, les avait privées de tout effet ? De la même manière, on peut considérer que l'opposition qui avait obtenu une victoire retentissante après la première décision du Conseil sur la Nouvelle-Calédonie, en a perdu presque tout le bénéfice en déposant un nouveau recours rejeté nettement par la Haute Instance. Ainsi, *le processus de légitimation des acteurs politiques par le Conseil dépend-il tout à la fois de l'in-*

(17) *Ibid.*, p. 434.

(18) Confrontations juridico-politiques : le Conseil constitutionnel face au Gouvernement socialiste comparé à la Cour suprême face au New Deal, *Pouvoirs*, 1985, n° 35, p. 146 et 147.

(19) *Ibid.*, p. 139.

tensité des sanctions prononcées et de leur habileté à les rentabiliser aux yeux du public.

Le second aspect du débat concerne l'*orientation politique* du Conseil. Louis Favoreu constate lui-même que « les décisions du Conseil et la menace de saisine du Conseil par l'opposition ont incontestablement gêné la majorité dans l'accomplissement de son programme » et que « l'existence même du Conseil constitutionnel a très certainement conduit le Gouvernement à renoncer à des réformes plus profondes » (20). L'analyse statistique montre que depuis 1981, moins de la moitié des textes de la majorité ayant fait l'objet d'une saisine ont été déclarés totalement conformes ou non contraires à la Constitution, alors que pour la période allant de 1974 à 1981, on compte plus de 70 % de textes dans ce cas (fig. 3). Même si l'on ne constate, depuis 1981, que deux annulations totales — adaptation de la loi du 2 mars 1982 aux départements d'outre-mer et règlement définitif du budget 1983 (21), — on peut dire que le Conseil constitutionnel a obligé la gauche à modifier notablement des aspects essentiels de son programme, en particulier pour les nationalisations ou la décentralisation. En outre, il a sanctionné des dispositions importantes tels les quotas par sexe dans les listes électorales aux municipales (22), ou encore la création d'un collège électoral unique réunissant professeurs et maîtres assistants pour désigner les conseils des Universités (23). Enfin, il a considérablement limité la portée de certains textes, le meilleur exemple étant ici la réforme du statut de la presse (24). Globalement, on ne saurait donc nier sérieusement le rôle qu'a joué le Conseil comme frein aux projets réformateurs de la gauche.

Faut-il pourtant attribuer cette rigueur à une éventuelle coloration politique du Conseil ? Une simple corrélation n'établit pas de lien de causalité et constater une plus grande sévérité du Conseil avec l'arrivée de la gauche ne prouve rien. On oublie d'abord la nature des textes soumis à l'examen du Conseil ces cinq dernières années qui, plus que jamais auparavant, sollicitaient les normes constitutionnelles. On oublie surtout que depuis 1974, le Conseil a connu une évolution institutionnelle considérable qui s'est appuyée, grâce au développement de la saisine parlementaire, sur une interprétation plus large de ses pouvoirs et une diversification de ses modalités d'action. On peut penser dès lors, c'est au moins une conviction, que cette évolution jouera et même se prolongera face aux réformes réalisées par une majorité de droite, pour peu qu'elle vote des dispositions mettant en jeu les droits fondamentaux et libertés.

Ce n'est donc pas un combat idéologique d'arrière-garde qu'a permis le développement de la saisine parlementaire mais *l'apparition d'une*

(20) Le Conseil constitutionnel et l'alternance, *op. cit.*, p. 431 et 434.

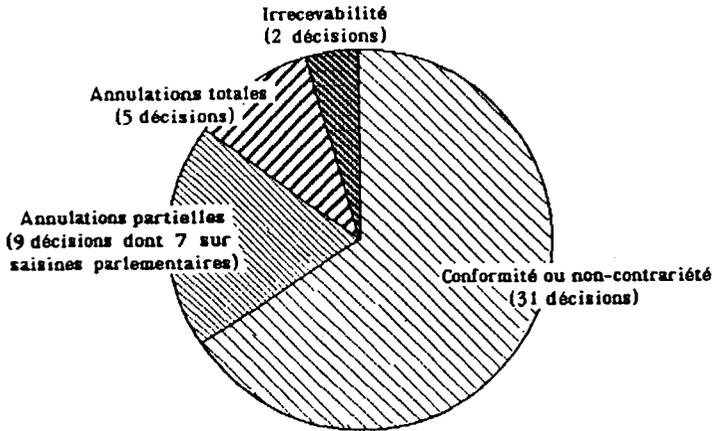
(21) Décisions 82-147 DC du 2 décembre 1982 et 85-190 DC du 24 juillet 1985.

(22) Décision 82-146 DC du 18 novembre 1982.

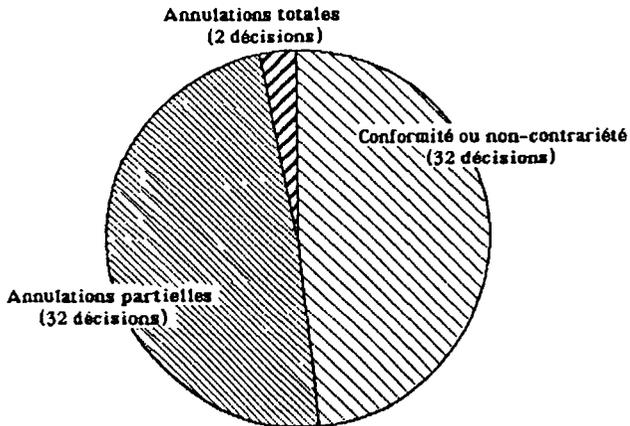
(23) Décision 83-165 DC du 20 janvier 1984.

(24) Décision 84-181 DC des 10 et 11 octobre 1984.

contrainte supplémentaire qui pèse sur les acteurs politiques quels qu'ils soient et qui limite leur marge de manœuvre. Ainsi, c'est bien d'une implication de type institutionnel qu'il s'agit et qui se prolonge par la modification de l'équilibre global de nos institutions.



Résultat des saisines parlementaires
 Décisions du Conseil constitutionnel de juin 1974 à mai 1981
 (47 décisions dont 45 sur saisines parlementaires)



Résultat des saisines parlementaires
 Décisions du Conseil constitutionnel de mai 1981 à janvier 1986
 (66 décisions)

FIG. 3

3. Une modification de l'équilibre institutionnel de la V^e République

La modification de l'équilibre institutionnel de la V^e République est un autre apport essentiel du développement de la saisine parlementaire. La V^e République, en cumulant rationalisation du parlementarisme et phénomène majoritaire a longtemps vécu dans une situation de fort déséquilibre institutionnel. Pas de réels pouvoirs périphériques comme dans un Etat fédéral. Pas de statut de l'opposition comme en Grande-Bretagne. Seul un pouvoir unitaire, reposant sur la superposition de la majorité présidentielle et de la majorité parlementaire, auquel rien ne pouvait s'opposer sinon la sanction populaire. L'opposition, bridée au Parlement, ne pouvait trouver aucun relais à son action. Quant au Conseil constitutionnel, sa décision du 16 juillet 1971, qui rend possible un contrôle au fond des lois, aurait pu rester un coup d'épée dans l'eau si le droit de saisine n'avait été élargi.

Les conditions du bouleversement sont réunies seulement en 1974 et aujourd'hui, avec le développement de la saisine parlementaire, on peut affirmer que le bouleversement a eu lieu. Le principal mode d'action politique du pôle majoritaire est la loi. L'opposition ne peut guère empêcher le vote des lois : elle peut simplement le retarder. Le Conseil constitutionnel ne peut empêcher la loi d'être promulguée s'il n'est pas saisi. Voilà donc qui établit les liens indissociables entre l'opposition et le Conseil. L'opposition, quelle qu'elle soit, trouve le *relais* de son action en saisissant le Conseil constitutionnel. Celui-ci trouve le *moyen* de son action parce qu'il est saisi par l'opposition. Ensemble, ils constituent un vrai contre-pouvoir qui limite la marge de manœuvre du pôle majoritaire dans les domaines les plus importants, c'est-à-dire ceux où des droits fondamentaux sont en jeu. Cet équilibre est garant à lui seul de la Liberté parce qu'il limite le Pouvoir. A la légitimité du suffrage populaire, qui constitue le fondement de l'Action, s'oppose désormais la légitimité du droit, qui fonde la Réaction — au sens premier du terme.

On peut pousser plus loin la réflexion et s'interroger sur ce que devient cet équilibre en cas de « cohabitation ». Le Président de la République se trouve partiellement dissocié du peuple par l'élection politique nationale la plus récente. Ses attaches politiques le rapprochent de l'opposition parlementaire et il perd l'essentiel de ses pouvoirs d'action. On peut considérer dès lors qu'il devient avant tout un contre-pouvoir, dont la saisine du Conseil constitutionnel, en ce qu'elle peut faire obstacle à la politique de la majorité gouvernementale, constitue une arme essentielle, même si elle reste avant tout préventive (tableau 2). On retrouve là le texte écrit inappliqué de la Constitution de 1958... du moins jusqu'à ce que le Président réactive son soutien populaire (dissolution référendum, démission, élection).

Ainsi le développement de la saisine parlementaire, par ses implications institutionnelles, modifie le paysage de la V^e République tout en renforçant considérablement la position institutionnelle du Conseil.

TABLEAU 2. — *L'équilibre des pouvoirs sous la V^e République*

En cas de concordance entre la majorité présidentielle
et la majorité parlementaire

Peuple	Président Gouvernement Majorité parlementaire	Opposition parlementaire	Conseil constitutionnel
--------	--	-----------------------------	----------------------------

En cas de cohabitation

Peuple	Gouvernement Majorité parlementaire	Président Opposition parlementaire	Conseil constitutionnel
--------	---	--	----------------------------

Le Conseil ne souhaite cependant pas être pris au jeu d'une dérive inconsidérée de la saisine. Dans certains cas, il repousse une compétence parce qu'elle favoriserait un abus du droit de saisine. Ainsi en est-il du contrôle de la constitutionnalité des lois, en vertu de l'article 61, fondé sur la séparation de la loi et du règlement. Dans d'autres cas, il transfère sa compétence pour n'intervenir que comme un juge d'appel. C'est ainsi qu'il a confié le rôle déterminant dans l'examen des irrecevabilités, notamment en matière financière, aux instances parlementaires, pour permettre une neutralisation des irrecevabilités en cas de consensus politique entre le Gouvernement et les parlementaires (25). Enfin, il peut refuser un contrôle trop étroit du législateur pour ne pas compromettre sa propre autorité. Il invoque ainsi la notion d'erreur manifeste d'appréciation pour ne pas avoir à trancher, à la demande des requérants, un débat de nature essentiellement politique ; ou encore, ne censure qu'en cas d'erreur manifeste une discrimination opérée par le législateur, reposant sur des différences de situation de fait, pour éviter de substituer son appréciation à celle du législateur (26).

(25) Philippe Terneyre, *La procédure législative ordinaire dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, p. 712.

(26) Voir notre article, *La notion d'erreur manifeste d'appréciation dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, *RDP*, 1986, n° 3.

Limitant donc l'étendue de ses pouvoirs à ce que lui-même et les autres acteurs institutionnels peuvent considérer comme acceptable, il freine indirectement l'ardeur des requérants et indique jusqu'où il est possible de lui demander d'aller.

Plus clairement encore, après avoir censuré pour erreur manifeste d'appréciation — pour la première fois — une disposition législative qui fixait la composition du Congrès de Nouvelle-Calédonie, et saisi de nouveau par les parlementaires du texte modifié, le Conseil déclare que l'objet de son contrôle « est non de gêner ou de retarder l'exercice du pouvoir législatif mais d'assurer sa conformité à la Constitution ». La sentence sonne ici comme un avertissement. Il n'est de l'intérêt de personne de galvauder la saisine parlementaire et sa sanction. Il faut donc souhaiter que les parlementaires soient sensibles à l'argument afin que naisse une déontologie de la saisine parlementaire du Conseil.

Laurent HABIB. — Parliament referral of government bills to the Constitutional Council, 1981-1986.

Although the methods of referring bills to the Constitutional Council have hardly changed since 1981, there has been a noticeable increase in the number of referrals. This development has had significant institutional results : the process of drafting bills has changed the freedom of manoeuvre of political actors has been limited, and an institutional balance that is quite new under the V Republic has emerged. While the Council position has thus been reinforced, its members hope to avoid an indiscriminate proliferation of referrals.

RÉSUMÉ. — *Si les modalités de saisine du Conseil constitutionnel n'ont guère évolué depuis 1981, on constate une multiplication du nombre de saisines. Ce développement a d'importantes conséquences institutionnelles : la modification du processus d'élaboration de la loi, la limitation de la marge de manoeuvre des acteurs politiques et l'apparition d'un nouvel équilibre institutionnel sous la V^e République. Le Conseil a ainsi vu sa position renforcée mais souhaite éviter une multiplication inconsidérée des saisines.*

Le Conseil constitutionnel et le Président de la République dans le cadre de l'alternance (1981-1986)

LOUIS FAVOREU

On ne peut commencer une étude sur le Conseil constitutionnel et le Président de la République sans rappeler ce que celui-ci déclarait en 1964, quand il était dans l'opposition, à propos du Conseil constitutionnel : « Cour suprême du Musée Grévin, chapeau dérisoire d'une dérisoire démocratie, il n'est aujourd'hui défendu par personne » et il citait à ce propos M. Marcihacy : « Son rôle est de faire souffrir le droit pour servir le pouvoir » (1).

C'était il y a vingt ans. Depuis les choses ont changé ; il faut dire d'ailleurs que François Mitterrand n'était pas seul à penser la même chose du Conseil constitutionnel. Beaucoup avaient à cette époque très peu de considération pour cette institution, tant dans la doctrine que dans la classe politique. Le Conseil constitutionnel n'était que peu considéré, sans doute à partir d'une première exégèse des textes et des décisions. Il est vrai qu'ensuite, il a, par un coup d'éclat dû à la saisine du Président du Sénat, manifesté son indépendance et pris une décision très importante quant au contenu de la Constitution (2). Et, à partir de 1974, il y a eu une deuxième modification considérable : la création de la saisine parlementaire, considérée au début comme une réforme tout à fait mineure, alors qu'il était aisé, dès ce moment-là, de prévoir qu'elle aurait une portée capitale pour l'ordre juridique et aussi pour l'ordre politique (3).

Lorsqu'on envisageait — avant son élection — ce que pourraient être les rapports de M. Mitterrand, Président de la République, avec le Conseil constitutionnel, on prévoyait généralement qu'ils seraient conflictuels, en rappelant son appréciation de 1964 et aussi celle formulée, en 1978,

(1) F. Mitterrand, *Le coup d'Etat permanent*, coll. « 10-18 », Paris, 1965, p. 121.

(2) 16 juillet 1971, *Liberté d'association*. Les grandes décisions du Conseil constitutionnel (Favoreu et Philip), 3^e éd., 1984, n^o 20, p. 222).

(3) Cf. Chronique Favoreu et Philip, *RDP*, 1975, p. 165.

après l'annulation par le Conseil d'élections législatives : « C'est une institution dont il faudra se défaire. » Les pronostics étaient généralement assez sombres et ils se terminaient souvent par la conclusion que lorsque le Président François Mitterrand serait à son poste, les jours du Conseil constitutionnel seraient comptés.

Que s'est-il passé en réalité ? Plusieurs hypothèses étaient envisageables :

- la première, le conflit, ne s'est pas réalisée ;
- la deuxième, qui est celle de la concurrence, a failli se réaliser et pouvait se réaliser ;
- la troisième, celle de l'équilibre et de la complémentarité, semble se dérouler actuellement et paraît être la bonne hypothèse.

PREMIÈRE HYPOTHÈSE : LE CONFLIT

Dès le début du septennat, on laissait entendre que le Conseil constitutionnel se comporterait certainement comme un organe politique et partisan puisque issu de l'ancienne majorité, et que donc sous prétexte d'application du droit, il mettrait un frein décisif à la politique de réforme de la nouvelle majorité, et du Président de la République (4).

A) *Le Conseil constitutionnel ne s'est pas opposé au Président de la République*

Quoi qu'on ait pu dire en effet, le Conseil constitutionnel ne s'est pas opposé au Président de la République dans la réalisation du programme contenu dans ses 110 propositions. Certes, le Conseil constitutionnel a limité le changement (5) ; mais il a moins empêché que corrigé certaines réformes : par exemple la décentralisation, les nationalisations, la planification ou le statut des entreprises de presse, pour ne prendre que les plus importants.

D'une manière générale, on peut dire que le flot du changement n'a pas été stoppé, mais canalisé. Le Conseil constitutionnel a joué un rôle non pas de barrage, mais d'aiguillage, en indiquant que telle réforme devait passer par la voie réglementaire, telle autre par la voie législative ordinaire, ou bien par la voie législative organique, ou même par la voie constitutionnelle. Certes, si on ne pouvait emprunter l'une de ces voies, faute de majorité suffisante, il fallait renoncer à la réforme ; mais alors la responsa-

(4) Voir notamment S. Sur, *Universalis*, 1981, p. 275 : « Les conséquences des élections ».

(5) Cf. L. Favoreu, *Le Conseil constitutionnel et l'alternance*, *RFSP*, 1984, n° 4-5, p. 1002. On renverra pour plus de détails à cette étude.

bilité de la renonciation ne pouvait être imputée au Conseil constitutionnel.

Le Conseil constitutionnel n'a pas bloqué les réformes voulues par la nouvelle majorité et le Président.

B) *Le Président de la République ne pouvait « réduire » le Conseil constitutionnel*

Le Président de la République a très vite vu sans doute que, même s'il en avait eu l'intention, il ne pourrait pas s'attaquer au Conseil constitutionnel.

1) *Le juge constitutionnel est protégé par son statut constitutionnel*

Alors que les juges ordinaires sont soumis à un statut législatif, voire réglementaire, ce qui ne les met pas à l'abri d'éventuelles « représailles » ou menaces de représailles des pouvoirs publics (voir le Conseil d'Etat, lors de l'affaire Canal en 1962), le juge constitutionnel est doté d'un statut constitutionnel qui le préserve contre de tels risques.

En effet, l'existence, la composition et les attributions du Conseil constitutionnel étant fixées par la Constitution, seule une révision de celle-ci permettrait de porter atteinte à l'institution. Or, faute d'une majorité suffisante et de l'accord du Sénat, une telle révision de la Constitution était impossible. En outre, les règles autres que constitutionnelles, qui complètent le statut du Conseil constitutionnel relèvent de la loi organique, laquelle est obligatoirement soumise au contrôle du Conseil constitutionnel lui-même. Autant dire que le processus de modification du statut du Conseil constitutionnel était bloqué et qu'il fallait s'accommoder de son existence.

Ainsi ne pouvaient être que des « rodomontades » les nombreuses déclarations menaçantes prononcées en 1981-1982 par certains membres de la majorité, et annonçant que le rôle du Conseil constitutionnel serait réduit, que sa composition serait changée, voire qu'il serait transformé en « véritable Cour suprême », l'habituelle confusion entre Cour suprême à l'américaine et Cour constitutionnelle à l'européenne dénotant bien l'absence de connaissance du problème (6).

A aucun moment donc, le Conseil constitutionnel n'a été menacé par une quelconque réforme.

(6) Une Cour suprême est une juridiction placée au sommet d'un édifice juridictionnel — d'où son qualificatif — et regroupant les compétences dévolues en France au Conseil d'Etat, à la Cour de cassation et au Conseil constitutionnel. Le modèle en est la Cour suprême des Etats-Unis. Une Cour constitutionnelle est, en revanche, une juridiction spécialisée, placée en dehors de l'appareil juridictionnel, et ayant le monopole du jugement du contentieux constitutionnel. Le type en est la Cour constitutionnelle allemande ou la Cour italienne. En règle générale, les projets de réforme de la juridiction constitutionnelle, en France, visent à instituer une juridiction spécialisée, dotée d'un monopole du contentieux constitutionnel, c'est-à-dire une Cour constitutionnelle.

2) *La non-conquête de la majorité au Conseil constitutionnel*

Dans le tableau ci-joint on constate qu'en 1983, le Président de la République a pu nommer un membre du Conseil constitutionnel et le Président de l'Assemblée nationale deux (dont l'un en remplacement d'un membre décédé). En 1986, le Président de la République a nommé un deuxième membre (Robert Badinter), et le président de l'Assemblée nationale a nommé Robert Fabre à la place de Paul Legatte (lequel achevant le mandat de Paul Coste-Floret, aurait pu exceptionnellement être renommé). Au total donc, en 1986, il y a quatre membres nommés par les présidents Mitterrand et Mermaz et cinq membres nommés par les présidents Poher, Chaban-Delmas et Giscard d'Estaing. Celui-ci ne peut siéger, en tant que membre de droit, tant qu'il est député (7). Néanmoins, le Président de la République ne « dispose » pas d'une majorité au Conseil constitutionnel (si tant est que ceci ait une signification). Certes, il a nommé un nouveau président ; mais juridiquement, cela ne change rien à l'affaire. Sans doute espère-t-il cependant accroître ainsi son influence au sein de la Haute Juridiction. Mais l'expérience a montré que les personnalités nommées par une autorité politique n'épousent pas forcément les querelles de cette autorité (8).

La conquête de la majorité au Conseil constitutionnel n'est pas réalisée. Mais, en toute hypothèse, l'expérience montre que ce serait un faux calcul car le Conseil constitutionnel ne statue pas comme une assemblée politique mais comme une juridiction.

3) *Le non-élargissement du domaine du référendum de l'article 11*

Envisagée dès 1981 (9), la seule possibilité de tourner les décisions du Conseil constitutionnel est de permettre au Président de la République d'organiser des référendums sur les matières relatives aux sujets que traite le Conseil constitutionnel : en effet, comme le Conseil constitutionnel ne se reconnaît pas compétent pour statuer sur les lois référendaires, le vote de telles lois permet de faire obstacle aux décisions qu'il prend rendre.

On ne peut s'empêcher de faire des rapprochements et de réfléchir à ce

(7) Le Conseil constitutionnel en ayant décidé ainsi dans une décision du 7 novembre 1984 (*AJDA*, 1985, p. 93, note Martine Cliquennois ; *RDP*, 1986, n° 2, obs. Favoreu).

(8) On a pu en avoir un exemple au cours de l'été 1985, à propos de la Nouvelle-Calédonie.

(9) Voir l'étude précitée de S. Sur : « ... si les formations de gauche dominent largement l'Assemblée, elles restent minoritaires au Sénat. En conséquence, elles ne peuvent pas entreprendre une modification de la Constitution qui pourrait libérer du risque politique que présente le contrôle du Conseil constitutionnel... La gauche ne pourrait franchir cet obstacle qu'en envisageant de recourir directement au référendum. Certes, il ne s'agirait pas du référendum constituant... mais il pourrait s'agir d'un référendum législatif... Le peuple se prononçant lui-même, le Conseil constitutionnel serait probablement conduit, comme il l'a fait... avec la décision du 6 novembre 1962, à se déclarer incompétent pour apprécier la régularité d'une expression directe de la souveraineté nationale. »

	Age	Fin mandat	Autorité nomination	
			Nom	Fin mandat
Composition du cc en 1983				
Ségalat	74	1986	Giscard d'Estaing	
Vedel	74	1989	Giscard d'Estaing	
Mayer (Prés.)	74	1992	Mitterrand	mai 1988
Legatte	68	1986	Mermaz	mars 1986
Joxe	83	1989	Chaban-Delmas	
Marcilhacy	74	1992	Mermaz	mars 1986
Gros (décédé oct. 84)	81	1986	Poher	
Simonnet (remplace L. Gros)	65	1986	Poher	sept. 1986
Lecourt	78	1989	Poher	sept. 1986
Jozeau-Marigné	74	1992	Poher	sept. 1986
Giscard d'Estaing	58	A vie ⁽¹⁾		
Composition du cc en 1986 (après renouvellement février 1986)				
Vedel	76	1989	Giscard d'Estaing	
Mayer	76	1992	Mitterrand	mai 1988
Badinter (Prés.)	58	1995	Mitterrand	mai 1988
Joxe	85	1989	Chaban-Delmas	
Marcilhacy	76	1992	Mermaz	
Fabre	70	1995	Mermaz	mars 1986
Lecourt	80	1989	Poher	sept. 1986
Jozeau-Marigné	76	1992	Poher	sept. 1986
Simonnet	67	1995	Poher	sept. 1986
Giscard d'Estaing	60	A vie ⁽²⁾		
Composition (possible) du cc en 1989 (renouvellements en février 1989)				
Mayer	79	1992	Mitterrand	
Badinter (Prés.)	61	1995	Mitterrand	
?		1998	?	
Marcilhacy	79	1992	Mermaz	
Fabre	70	1995	Mermaz	
?		1998	?	
Jozeau-Marigné	79	1992	Poher	
Simonnet	70	1995	Poher	
?		1998	?	
Giscard d'Estaing	63	A vie ⁽²⁾		
Mitterrand	73	A vie ⁽²⁾		

⁽¹⁾ Ne peut siéger pendant la durée de son mandat de député (cc n° 84-983 du 7 nov. 1984).

⁽²⁾ Peut siéger s'il n'est pas titulaire d'un mandat parlementaire ou présidentiel.

qui s'est passé au cours de l'été 1984. Pour ma part, je ne pense pas qu'il soit possible d'étendre le champ d'application de l'article 11 aux libertés, parce que l'essentiel des libertés ayant été constitutionnalisé par des décisions successives du Conseil constitutionnel, finalement ne peuvent être adoptées par la voie du référendum législatif que des dispositions d'importance secondaire. Ce qui était envisageable il y a quinze ou vingt ans ne l'est plus aujourd'hui et un référendum (législatif) sur les libertés n'aurait pas grand intérêt : surtout si l'on prévoit l'examen du projet de loi par le Conseil constitutionnel avant le référendum.

C) *Le conflit n'a pas eu lieu*

Au contraire, le Président de la République a, dans ses déclarations publiques, marqué son souci de respecter l'institution. Ainsi, lorsque le président du Conseil constitutionnel — Roger Frey — lui a écrit, en octobre 1981, pour lui demander de prendre sa défense contre des attaques dont il avait été l'objet de la part du député socialiste Berson (lors de la séance du 20 octobre 1981 à l'Assemblée nationale), François Mitterrand fait une déclaration au conseil des ministres regrettant que le président du Conseil constitutionnel ait été mis en cause au cours d'un débat à l'Assemblée (10). Certes, on a pu dire qu'il prenait la défense de Roger Frey mais se gardait de toute prise de position sur l'institution (11).

Il a en tout cas pris clairement position lors de la traditionnelle cérémonie de présentation des vœux par les corps constitués. Répondant aux vœux présentés par le président Roger Frey, le 4 janvier 1983, il déclare (12) : « On a vu le Conseil constitutionnel s'affirmer et je n'ai pas à juger ses décisions, je m'en suis abstenu dans le cadre de mes fonctions et je continuerai à m'en abstenir. Il participe au droit de maintenir une ligne directrice, qui marque le respect des textes et la continuation d'une certaine forme de conception de la démocratie. Dans les relations du Président de la République et du Conseil constitutionnel, je n'ai pas observé au cours de ces dix-huit derniers mois de difficultés particulières. Il vous appartient à tout moment de dire où se trouve le droit qui s'impose automatiquement, je ne dirai pas sans commentaire, en tout cas sans commentaire du chef de l'Etat. »

Et de même, le 3 janvier 1984, il répond aux souhaits du nouveau président du Conseil constitutionnel, Daniel Mayer, qu'il a nommé l'année

(10) *Le Monde* du 5 novembre 1981 : « Au cours du conseil des ministres, réuni le 4 novembre à l'Élysée, M. Mitterrand a rappelé que " les membres du Conseil constitutionnel sont tenus par devoir de réserve et des obligations de leurs fonctions " et qu' " ils ne peuvent pas prendre part à des controverses publiques ". Le Président de la République a également exprimé " le vif regret que le président du Conseil constitutionnel ait été mis en cause et, qui plus est, sans fondement au cours d'un débat à l'Assemblée nationale ". »

(11) J.-M. Colombani et J.-Y. Lhomeau, *Le Monde*, 6 novembre 1981.

(12) Source : Base Logos de la *Documentation française*, Paris, Serveur Questel-Télé systèmes.

précédente et qu'il connaît de longue date (13) : « J'ai grand plaisir à vous retrouver ici, en cette circonstance »... « Monsieur le Président, cela fait donc bien longtemps que nous nous sommes connus. J'imagine assez qu'en cette première occasion, vous exprimez les vœux du Conseil, le travail fait au cours de cette année a été important. Une certaine tendance se développe qui pourrait être inquiétante pour vos épaules, qui tend à faire de vous des arbitres de toutes choses. Mais enfin, vous savez démêler à la fois ce que la loi suprême vous confie et ce qui est peut-être le détail dont on vous surcharge. Cela représente, je le sais, beaucoup de travail et d'application. Ceux qui ont été choisis par les différentes autorités à travers le temps l'ont été aussi pour leur compétence et pour leur capacité de travail et donc il y a de la part du Président de la République à la fois la reconnaissance des membres, mais aussi de l'institution, de son rôle » (14).

DEUXIÈME HYPOTHÈSE : LA CONCURRENCE

Ne peut-il y avoir concurrence entre les deux gardiens de la Constitution ? L'article 5 donne en effet au chef de l'Etat le rôle de veiller au respect de la Constitution, ce qui, bien entendu, est aussi la mission du Conseil constitutionnel.

Il s'agit ici d'une hypothèse qui ne s'est pas réalisée, mais qui aurait pu et pourrait se réaliser. Je m'explique :

A) *Le contrôle de la loi votée par le Parlement*

Le Président peut, d'une part, exercer lui-même un contrôle sur la loi votée avant promulgation, et d'autre part, prendre l'initiative d'un contrôle de la loi par le Conseil constitutionnel.

1) *Le contrôle de la loi par le Président*

Jusqu'ici le Président de la République a exercé ses pouvoirs de promulgation en conformité avec les décisions du Conseil constitutionnel.

Il y a eu quelques difficultés en ce qui concerne les lois partiellement annulées par le Conseil constitutionnel et promulguées par le Président de la République. On peut se demander, dans deux ou trois cas, si le Président de la République pouvait promulguer et s'il n'aurait pas dû resoumettre la loi au Parlement pour permettre à celui-ci de la compléter. Cela a été le cas pour la décision du 25 février 1982 sur la décentralisation. La loi a été promulguée, avec des points de suspension et il y a eu une circulaire interprétative. Et il a fallu qu'une nouvelle loi soit votée (15) (à

(13) *Ibid.*

(14) *Ibid.*

(15) Loi du 22 juillet 1982.

l'initiative des sénateurs de l'opposition) pour que la loi du 2 mars 1982 soit vraiment applicable. Il eût été préférable que le Président resoumît le texte au Parlement avant de le promulguer. Mais le Conseil constitutionnel, n'ayant pas déclaré l'inséparabilité des dispositions annulées, le chef de l'Etat pouvait, en droit, promulguer la loi (16).

En août 1985, en revanche, il n'a pas promulgué la loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie, bien que, comme en 1982, le Conseil constitutionnel n'eût pas déclaré l'inséparabilité des dispositions annulées. Il a resoumis le texte au Parlement, en usant de son droit de demander une nouvelle délibération, ce que le Conseil constitutionnel a approuvé (décision des 8 août et 22 août 1985).

En définitive, jusqu'ici, il n'a pas vraiment fait jouer son droit de demander une nouvelle délibération au motif que la loi était inconstitutionnelle. Il pourrait le faire, en cas de changement de majorité après mars 1986 ; mais dans ce cas-là, on peut imaginer que la majorité ou le Premier ministre saisissent simultanément le Conseil constitutionnel afin de faire déclarer la loi conforme à la Constitution. Rien n'interdit en effet de saisir le Conseil à cette fin : en décembre 1979, le Conseil constitutionnel a accueilli le recours du président de l'Assemblée nationale qui visait en définitive à faire déclarer que la loi de finances pour 1980 avait été votée selon les formes constitutionnelles (17).

On pourrait imaginer la même démarche au cas où le Président de la République refuserait de promulguer une loi sans demander une nouvelle délibération. Le délai de recours au Conseil constitutionnel resterait alors ouvert et le Conseil constitutionnel pourrait être saisi aux fins de déclaration de conformité à la Constitution du texte non promulgué : ce qui, indirectement, conduirait à faire condamner le refus de promulgation du Président de la République. On remarquera que cette faculté de demander la confirmation de la constitutionnalité d'une loi, est également admise par la Cour constitutionnelle allemande (18).

A ce moment-là, le Président de la République, qui n'a jamais utilisé l'article 61, alinéa 2, pour saisir le Conseil constitutionnel de la constitutionnalité d'une loi, pourrait très bien utiliser cette saisine pour contester les lois votées par la nouvelle majorité.

Supposons que le Président de la République, gardien de la Constitution, estime que la loi n'est pas conforme à la Constitution, et qu'il la défère au Conseil constitutionnel. Le Conseil peut le suivre, mais il peut estimer aussi que la loi est conforme. Il y a donc là risque de conflit entre les deux gardiens de la Constitution : évidemment cela se terminera à l'avantage du juge constitutionnel qui bénéficie de l'autorité de chose jugée, l'article 62 imposant ses décisions aux pouvoirs publics et à toute autorité. Il s'agit d'une hypothèse envisageable ; mais cela ne se produira peut-être

(16) Voir nos observations, in *Grandes décisions*, 3^e éd., n° 39.

(17) Voir *Les grandes décisions*, 3^e éd., n° 35, p. 460-461.

(18) Voir L. Favoreu, *Les Cours constitutionnelles*, PUF, 1986, p. 61.

pas dans la mesure où le Président hésitera à engager son autorité. Il préférera sans doute faire saisir le Conseil constitutionnel par le groupe parlementaire socialiste.

B) Le contrôle de la loi soumise au référendum

En l'état actuel, le chef de l'Etat est seul juge de la constitutionnalité d'un projet de loi soumis à référendum. Dans l'hypothèse de l'été 1984 il avait été avancé à un moment donné qu'on pourrait demander l'avis du Conseil constitutionnel (et même certains pensaient à une décision). Le garde des Sceaux proposait ainsi que l'avis du Conseil constitutionnel soit demandé sur le projet de loi à soumettre au référendum.

1) Mais qui l'emporte à ce moment-là des deux gardiens de la Constitution : le Président de la République qui a estimé que le projet devait être soumis au référendum ou le Conseil constitutionnel qui a rendu un avis négatif ? C'est le peuple qui va être juge de ce conflit, parce que le Président peut ne pas suivre l'avis du Conseil constitutionnel — c'est un avis — et consulter le peuple. Le peuple peut à ce moment-là donner raison au chef de l'Etat contre le Conseil constitutionnel ou il peut, au contraire, donner raison au Conseil constitutionnel contre le chef de l'Etat. Il y a là un risque majeur qui pouvait être perçu aisément.

Au cas de décision, le risque de conflit est encore plus grand car le Président de la République ne peut alors passer outre.

2) En fait, dans les deux cas, le Conseil constitutionnel serait amené sans doute à « déshabiller » le projet de loi car, en matière de libertés publiques, la plupart des dispositions importantes ne sont plus du domaine de la loi mais du domaine de la Constitution : après examen par le Conseil constitutionnel il ne resterait plus alors que des dispositions d'importance secondaire insusceptibles de justifier l'organisation d'un référendum.

3) On comprend dès lors que le projet ait été abandonné et qu'à l'Assemblée nationale le Gouvernement n'ait pas proposé aux députés d'insérer dans le texte de la révision la consultation du Conseil constitutionnel. Ceci à juste titre, à notre avis, car il était tout à fait impossible de prévoir un référendum législatif dans des matières désormais constitutionnelles ; et, y introduire le Conseil constitutionnel, c'était encore plus marquer les limites de ce référendum et donc le rendre pratiquement inutile.

TROISIÈME HYPOTHÈSE : ÉQUILIBRE ET COMPLÉMENTARITÉ

C'est l'hypothèse qui s'est vérifiée durant la VII^e Législature :

A) *L'équilibre*

Le Conseil constitutionnel ne peut pas déséquilibrer le Président de la République. Il n'a pas les pouvoirs qu'ont à l'étranger les Cours constitutionnelles : celles-ci exercent en effet — en Allemagne, Autriche ou Italie — les pouvoirs dévolus en France à la Haute Cour (19).

Que peut faire le Conseil ? Il contrôle le Président en tant que chef de la majorité parlementaire, et là il le limite, mais en tant que chef de l'Etat il ne peut le faire, car le chef de l'Etat peut dissoudre l'Assemblée, la convoquer en session extraordinaire, provoquer un référendum, tout cela par décret non soumis à un quelconque contrôle, ni du Conseil constitutionnel, ni du Conseil d'Etat. Dans les autres pays, ces actes peuvent être soumis au contrôle de la Cour constitutionnelle, et à ce moment-là, celle-ci peut limiter l'indépendance de l'exécutif, ce qui n'est pas du tout le cas en France.

Donc, il faut relativiser les pouvoirs du Conseil constitutionnel à l'égard du chef de l'Etat : oui, il contrôle le Président, chef de la majorité parlementaire ; non, il ne le contrôle pas en tant que chef de l'Etat ; et cela parce qu'il n'y a pas de procédure permettant de faire trancher les conflits constitutionnels. Il est vrai qu'à l'expérience, et en comptant sur l'ingéniosité des juristes, on peut envisager qu'apparaissent des procédures permettant de saisir le Conseil constitutionnel.

B) *La complémentarité*

Les missions des deux gardiens de la Constitution sont de nature différente mais complémentaire.

1) *Le Président de la République est le garant politique du respect de la Constitution* en tant que chef de l'Etat : c'est-à-dire que c'est lui qui doit faire respecter la Constitution dans certaines circonstances. On s'adresse à lui assez souvent, tant du côté de la majorité que de l'opposition, en disant au chef de l'Etat : vous devez faire respecter la Constitution. On le lui a dit pour la Nouvelle-Calédonie ; on le lui a demandé pour le Conseil constitutionnel : en 1981, par exemple, il a défendu le Conseil constitutionnel à la demande du président du Conseil constitutionnel, contre diverses attaques formulées dans la presse ou au Parlement (voir *supra*).

Il a aussi interprété la Constitution lorsqu'il a écrit au président de la Commission parlementaire qui voulait convoquer l'ancien Président de la République (Valéry Giscard d'Estaing) pour lui dire qu'à son avis cela ne pouvait être fait à l'égard d'un ancien chef d'Etat qui était couvert, au-delà même de sa période d'activité, par son statut.

Le Président respecte lui-même la Constitution comme l'a souligné M. Duverger à propos de l'affaire de la Nouvelle-Calédonie : il n'est pas

(19) Voir L. Favoreu, *op. cit.*

question d'utiliser des moyens détournés pour échapper à la censure du Conseil constitutionnel et notamment la procédure des ordonnances.

On peut noter, enfin, que le Président de la République a saisi le Conseil constitutionnel en vertu de l'article 54 de la Constitution aux fins de vérification de la conformité à la Constitution du Protocole n° 6 additionnel à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme : redoutant une contestation de la part de l'opposition, le Président de la République a fait trancher le problème juridique par le Conseil constitutionnel avant de soumettre l'engagement international au Parlement (20). Il y a eu ainsi collaboration entre le garant politique de la Constitution et le garant juridictionnel.

2) *Le Conseil constitutionnel est le garant juridictionnel de la Constitution.* En tant que juge, en vertu de l'article 62, son interprétation prévaut et s'impose ; et il a évidemment sur les autres pouvoirs publics un avantage considérable. Mais il marque lui-même ses limites : comme beaucoup de juges constitutionnels, il s'autolimité, en soulignant notamment qu'il n'a pas le pouvoir d'appréciation d'une Assemblée parlementaire, comme il l'a affirmé en 1975 (21), en 1981 (22), et dans l'affaire des nationalisations (23). Il s'interdit de franchir la limite entre l'appréciation juridique et l'appréciation politique qui relève des assemblées. Il a indiqué que ses pouvoirs ne sont pas ceux d'un organe politique, et a souligné qu'à la différence du Sénat, le pouvoir d'opposition du Conseil constitutionnel n'a pas la même nature que celui du Sénat et de la minorité de l'Assemblée nationale : le second implique une appréciation toute subjective du contenu des réformes voulues par la majorité ; le premier vérifie que les lois ainsi votées sont conformes aux règles juridiques dont le respect s'impose à chaque partie pour maintenir la démocratie.

CONCLUSION

Le Président Mitterrand siègera-t-il un jour au Conseil constitutionnel ?

Le destin, en effet, des Présidents de la République est de passer de la condition de garant politique de la Constitution à celle de garant juridictionnel ; les anciens Présidents de la République sont membres de droit du Conseil constitutionnel ; mais, jusqu'ici, aucun des prédécesseurs de François Mitterrand n'a siégé au Conseil constitutionnel. Ne s'est-il pas alors instauré une sorte de coutume ou du moins de « pratique constitutionnelle » selon laquelle les anciens Présidents de la V^e République ne

(20) 22 mai 1985, 85-188 DC, *AFDI*, 1985 et notre note.

(21) 15 janvier 1975, Interruption volontaire de grossesse, *GD*, 3^e éd., n° 26, p. 295.

(22) 19-20 janvier 1981, Sécurité et liberté, *GD*, 3^e éd., n° 37, p. 486.

(23) 16 janvier 1982, Loi de nationalisations, *GD*, 3^e éd., n° 38, p. 524.

siègent pas au Conseil constitutionnel ? Certains ont pu même suggérer qu'une révision constitutionnelle officialise cette pratique (24).

Les sénateurs ont, pour leur part, déposé une proposition de loi constitutionnelle visant à enlever aux anciens Présidents de la République la qualité de membres de droit du Conseil constitutionnel et à leur conférer celle de sénateurs à vie (25). On en revient ainsi à ce qui, semble-t-il, avait été proposé à l'origine mais qui avait été écarté par le général de Gaulle.

(24) Voir D. Rosenberg, Les anciens Présidents de la République : l'impossible retraite, *RDP*, 1985, n° 5, p. 1317.

(25) *Ibid.*

Le Conseil constitutionnel
(1986-1991).
Vie de l'institution
et politiques jurisprudentielles

DOMINIQUE ROUSSEAU

En mai 1988, dès sa prise de fonction, Michel Rocard écrit à ses ministres pour leur demander « de faire étudier attentivement les questions de constitutionnalité que pourrait soulever un texte en cours d'élaboration » car « il convient de tout faire pour déceler et éliminer les risques d'inconstitutionnalité susceptibles d'entacher les projets de loi, les amendements et propositions de loi, même, précise le Premier ministre, dans les hypothèses où une saisine du Conseil constitutionnel est peu vraisemblable » (1). Quelle meilleure reconnaissance de la position acquise par le Conseil dans la vie politique et juridique française que ce ferme discours de la méthode du travail législatif ! La formation de la loi est en effet aujourd'hui le produit de trois institutions concurrentes (2) : le gouvernement qui est à l'origine de la quasi-totalité des textes législatifs et maîtrise l'ordre du jour ; le Parlement, qui discute, amende et vote la loi ; le Conseil constitutionnel, enfin, qui peut compléter la loi — interprétation constructive —, préciser ses modalités d'application — interprétation directive —, supprimer certaines de ses dispositions, en déclarer d'autres dépourvues d'effet juridique... Chacune apprécie le texte sur le fondement de procédures, de préoccupations et légitimité différentes ; mais les trois ensemble forment ce qu'il a été proposé d'appeler le nouveau régime d'énonciation concurrentiel des normes (3).

Suivre et connaître l'activité jurisprudentielle du Conseil est donc devenu... une exigence constitutionnelle pour la classe politique et plus largement pour tous les acteurs sociaux qui cherchent en conséquence à mieux connaître également la vie proprement dite de cette institution,

(1) Circulaire du 27 mai 1988, *JO*, 28 mai 1988, p. 7321.

(2) Quatre même, avec le Président de la République comme autorité promulguant la loi.

(3) Dominique Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, Montchrestien, 1990, p. 385.

devenue l'élément central du système politique français. Sur ces deux points, le bilan de la période allant de janvier 1986 à décembre 1990 est contrasté : si la vie de l'institution est une suite de rendez-vous manqués ou différés (I), la politique jurisprudentielle est marquée par quelques beaux rendez-vous avec la philosophie des droits de l'homme (II).

I. — LA VIE DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL :
LES RENDEZ-VOUS MANQUÉS

Deux rendez-vous encore manqués durant cette période : celui de la réforme des modalités de nomination des membres du Conseil, question qui revient à chaque renouvellement même si ceux de 1986 et de 1989 ont donné au Conseil une majorité de professionnels du droit (*a*) ; celui, plus important sans doute, de la réforme des modalités de saisine avec, en 1990, le blocage sénatorial de l'initiative présidentielle proposant de donner aux juridictions ordinaires le pouvoir de renvoyer au Conseil les exceptions d'inconstitutionnalité soulevées, lors d'un procès, par les justiciables (*b*).

a / Un Conseil à majorité de juristes

Le Conseil de 1991 a un visage sensiblement différent de celui de 1986. Par l'effet du renouvellement de février 1989, il est d'abord *plus jeune* : la moyenne d'âge est passée de 74 à 70 ans et, surtout, se « détache », au sein des neuf sages, un groupe de quatre conseillers dont l'âge est compris entre 62 et 66 ans. Il est ensuite *plus équilibré politiquement* : pour la première fois, le Conseil accueille, à l'exception des extrêmes, des membres, à parts égales, de chaque famille politique — deux centristes, deux proches du RPR, deux issus du courant radical, deux connus pour les idées socialistes et un membre sans étiquette politique connue mais nommé par Laurent Fabius (4). Il comprend enfin *une majorité de juristes* : six, dont trois professeurs de droit, sur neuf, les « politiques » n'étant plus que trois et les anciens parlementaires passant de six à quatre (5). Une continuité

(4) En termes politiques toujours, la « couleur » du Conseil s'est inversée de 1986 à 1990 ; 5 membres « nommés par » la droite pour 4 par la gauche en 1986 ; 6 par la droite pour 3 par la gauche après le remplacement, pour cause de décès, en 1987, de Pierre Marchilhac ; 5 par la gauche pour 4 par la droite depuis le renouvellement de 1989.

(5) Depuis le départ en 1986 d'André Ségalat et de Paul Legatte, il n'y a plus de conseillers d'Etat siégeant au Conseil constitutionnel.

cependant : en 1991 comme en 1986 le visage du Conseil est toujours exclusivement masculin. L'année prochaine, peut-être...

En 1989, comme lors de chaque renouvellement, le mode français de désignation des membres du Conseil et de son président, qui laisse aux trois autorités nommantes une totale liberté de choix, a suscité de nombreuses critiques résumées souvent en une seule, la politisation. Même s'il est permis de préférer les modalités de nomination retenues par les constitutions allemande ou espagnole, chacun peut reconnaître que la pratique française conduit à des résultats comparables, en termes de compétence et d'indépendance d'esprit, à ce qu'à l'étranger le droit exige. Même les dispositions organiques permettant à un conseiller de conserver ses mandats politiques locaux, dispositions contestables aujourd'hui que la gestion d'une ville, d'un département ou d'une région est devenue, avec les lois Defferre, un véritable enjeu politique, tendent à s'effacer en pratique depuis que MM. Jozeau-Marigné et Faure ont été amenés, par leurs électeurs — et leur sens politique — à abandonner respectivement leur mandat de conseiller général de la Manche et de maire de Cahors. Un juriste ne peut cependant se contenter d'une qualité de composition fondée sur la seule « sagesse » toujours aléatoire des acteurs. Pour la garantir et l'inscrire dans la permanence, une réforme des textes, malgré les difficultés, s'avère nécessaire.

b / Un Conseil en attente de « sa » réforme

Depuis 1986, le Conseil en tant qu'institution n'a pas subi de changements remarquables. Non faute de propositions, mais par le jeu de la politique qui a conduit l'opposition — de droite — à refuser des initiatives dont elle approuvait pourtant le bien-fondé. Un premier refus fut opposé à la suggestion de *développer le caractère contradictoire de la procédure* suivie pour l'élaboration des décisions du Conseil. Dans une lettre adressée en juin 1986 aux présidents de l'Assemblée nationale et du Sénat, le président Badinter propose que le membre du Conseil désigné pour l'examen d'une saisine « puisse prendre l'attache tant du rapporteur de la commission qui, dans chaque assemblée, a été saisie au fond du texte de la loi que d'un représentant des auteurs de la saisine afin qu'ils puissent éventuellement communiquer toutes observations complémentaires qu'ils jugeraient utiles à l'appui du rapport ou de la saisine ». Bref, organiser la défense de la loi contestée en permettant au Conseil d'entendre et l'auteur de la saisine et le rapporteur parlementaire en défense. Les deux présidents, Jacques Chaban-Delmas et Alain Poher, ont repoussé cette initiative, jugée pourtant intéressante dans son principe, au motif que le rapporteur parlementaire d'une loi n'est pas qualifié pour la défendre, sa fonction prenant fin avec le vote du texte. Au demeurant, leur réponse n'a pas empêché que se poursuivent les échanges informels entre le Conseil et les assemblées ; elle n'avait d'ailleurs pas cet objectif mais celui, plus poli-

tique, d'éviter leur institutionnalisation et avec elle la juridictionnalisation de la procédure. En somme, continuer à le faire mais sans le dire ni le reconnaître !

Un second refus, plus important, fut opposé en juin 1990 à la proposition de *donner aux justiciables le pouvoir de contester devant toute juridiction la constitutionnalité de la loi* que le juge veut lui appliquer. Lancée par le président Badinter, le 3 mars 1989 (6), reprise par le Président de la République le 14 juillet 1989, cette initiative donnait vie à l'idée des hommes de... 1789 affirmant avoir rédigé la Déclaration des Droits de l'homme et du citoyen « afin que les *réclamations des citoyens*, fondées sur des principes simples et incontestables, tournent toujours au maintien de la Constitution et au bonheur de tous ». Le mécanisme de contrôle imaginé permettait de lever les objections traditionnellement adressées à l'encontre du contrôle *a posteriori* : le double filtrage, en faisant les juges de base puis le Conseil d'Etat ou la Cour de cassation, juges du caractère sérieux de l'exception d'inconstitutionnalité, évitait l'encombrement du Conseil et les recours dilatoires ; le renvoi, le cas échéant, de la loi au Conseil pour jugement au fond de sa constitutionnalité évitait les inconvénients du contrôle diffus ; l'imposition de délai strict — six mois au total — évitait l'allongement excessif des procédures juridictionnelles ; enfin, l'effet non rétroactif des décisions préservait la sécurité et la stabilité des situations juridiques. La qualité du débat doctrinal et du travail parlementaire préparatoire (7), l'accueil favorable des partis politiques — à l'exception du PC — au principe de cette réforme n'ont pas empêché l'opposition, pour des raisons politiciennes, de bloquer son succès en s'appuyant comme elle l'avait déjà fait en 1984 sur le Sénat (8). Il faut espérer que ce projet n'est que différé, qu'à côté du contrôle *a priori*, par voie d'action réservée à la classe politique, s'établira rapidement, à l'exemple des autres pays européens, un contrôle *a posteriori*, par voie d'exception ouvert aux individus. Car une loi peut se révéler inconstitutionnelle lors de son application. Car la défense des droits et libertés ne se délègue pas, elle est l'affaire des citoyens eux-mêmes.

(6) Robert Badinter, *Le Monde* du 3 mars 1989.

(7) La Commission des lois constitutionnelles de l'Assemblée nationale a entendu et débattu avec le premier président de la Cour de cassation, le vice-président du Conseil d'Etat, le secrétaire général du Conseil constitutionnel, et en séance ouverte à la presse, avec les Pr^s Vedel, Luchaire, Favoreu et Olivier Duhamel. Voir également Jacques Robert, La protection des droits fondamentaux et le juge constitutionnel, bilan et réformes, *RDP*, 1990, p. 1255 ; François Luchaire, Une réforme constitutionnelle différée : le contrôle de la loi promulguée sur renvoi des juridictions, *RDP*, 1990, p. 1625 ; et le n° 4 de la *RFDC* consacré à l'exception d'inconstitutionnalité avec des articles de Louis Favoreu, Pierre Avril et Jean Gicquel, Catherine Castano, Léo Hamon, Thierry Renoux, Alexandre Pizzorusso, Christian Autexier, Francis Delpérée, Pierre Bon et Jean-Claude Escarras.

(8) Catherine Castano, L'exception d'inconstitutionnalité, la contrainte du droit, la force du politique, *RFDC*, 1990, p. 631.

II. — LA POLITIQUE JURISPRUDENTIELLE DU CONSEIL :
DES RENDEZ-VOUS RÉUSSIS

Chacun, évidemment, investit sa propre subjectivité dans l'appréciation des décisions du Conseil. Ce qui sera, ici, reconnu comme avancées positives pourra, ailleurs, être qualifié d'aberrations interprétatives ou de reculs dangereux ! Même si, par prudence... et souci scientifique, les réflexions s'efforceront de faire apparaître les continuités et les innovations tant dans l'analyse statistique des décisions (a) que dans l'étude de leur apport à la protection constitutionnelle des libertés et droits fondamentaux (b).

a / *Le nombre de décisions : stabilité et innovations*

De janvier 1986 à décembre 1990, le Conseil a rendu, au titre de l'article 61, al. 2, de la Constitution, 57 décisions, soit environ 11 par an, chiffre semblable à la période précédemment étudiée ici (9). Au demeurant, l'intérêt réside moins dans cette statistique globale ou cette moyenne que dans l'observation des fluctuations annuelles. Ainsi, en 1986, 17 décisions sont rendues dont 14 après l'alternance de mars 1986, chiffre qui exprime la contestation immédiate et systématique par la gauche de la politique législative de la nouvelle majorité en matière de privatisation des entreprises, de réforme du mode de scrutin, du régime juridique de la presse, de la politique criminelle et de la situation des étrangers. En revanche en 1987, 8 décisions seulement et 6 en 1988. Effet sans doute, dans ce dernier cas, d'une élection présidentielle située en avril-mai qui freine, avant, la production législative et qui oblige, après, à une relance toujours lente de la nouvelle machine gouvernementale. Mais aussi, peut-être, effet de la cohabitation, d'accords politiques, de l'autorité élyséenne car il n'a pas manqué de lois dont la constitutionnalité était contestée lors des débats parlementaires mais que les députés socialistes ne portaient pourtant pas devant le Conseil : loi du 16 juillet 1987 relative à la fonction publique territoriale, loi du 23 juillet 1987 relative aux services publics pénitentiaires, loi du 3 janvier 1988 relative à la suppression de l'autorisation administrative de licenciement, loi du 5 janvier 1988 modifiant le rôle des chambres régionales des comptes (10)... Depuis, le rythme « normal » a repris : 14 décisions en 1989 et 12 en 1990.

(9) Laurent Habib, Bilan de la saisine parlementaire du Conseil constitutionnel de 1981 à 1986, *Pouvoirs*, n° 13, 1986, p. 195. Qu'il soit permis de remercier ici le secrétaire général du Conseil constitutionnel, Bruno Genevois, d'avoir bien voulu fournir les informations nécessaires à ce bilan statistique.

(10) Est-ce en écho à cette période que le président Badinter, pour défendre l'exception d'inconstitutionnalité, affirmait qu'« il peut arriver que, pour des

Sur ces 57 décisions, 24 sont intervenues sur saisine des députés, 12 sur saisine des sénateurs et 19 sur saisine des députés et des sénateurs. 2 recours ont des auteurs particuliers : en 1989, le Premier ministre, Michel Rocard, se joint... aux députés et sénateurs de l'opposition pour contester la constitutionnalité de la loi relative aux conditions de séjour et d'entrée des étrangers en France ; et en 1990, il saisit, seul, le Conseil de la loi relative à la limitation des dépenses électorales et au financement des partis politiques. Qu'un Premier ministre conteste la constitutionnalité d'une loi votée par la majorité parlementaire dont il est le chef peut surprendre. Son intervention peut cependant s'expliquer : dans le premier cas, elle paraît la conséquence de l'interdiction pour le Premier ministre de demander un avis préalable au Conseil ou de le saisir avant le début de la discussion parlementaire d'une disposition de son projet sur la constitutionnalité de laquelle il hésite (11) ; dans le second, il s'agit d'une initiative clairement politique destinée à accroître la légitimité d'une loi délicate — le financement public des partis politiques — sur laquelle l'opposition voulait maintenir un soupçon d'inconstitutionnalité en l'ayant critiquée au moment du débat législatif mais... en ne l'ayant pas déférée au Conseil constitutionnel !

L'analyse des solutions confirme la réticence du Conseil à l'égard d'une censure totale de la loi qui le met en opposition frontale avec le Parlement : 2 seulement sur 57 décisions. En revanche, il a prononcé 30 non-conformités partielles, soit 52,6 % et 25 conformités dont 6 assorties de réserves d'interprétations mentionnées dans le dispositif. Cette pratique tend à instaurer un dialogue entre le Conseil et les autres institutions, parlementaire, administrative, judiciaire sur la confection et les modalités d'application de la loi. Il peut être intéressant de relever que nombre de dispositions censurées ont pour auteur un parlementaire (12), laissant voir ainsi un Conseil apportant son soutien à un gouvernement qui n'a pas su ou pu, pour des raisons politiques, s'opposer au vote par sa majorité d'amendements sur la constitutionnalité desquels il avait souvent lui-même, pendant la discussion parlementaire, émis les plus extrêmes réserves.

Sur ces décisions, désormais toujours longuement motivées, quelles appréciations porter ?

raisons diverses, le Conseil ne soit pas saisi de textes qui posent des problèmes importants de constitutionnalité » (*Libération*, 3 avril 1989).

(11) En l'espèce, il s'agissait du choix de la juridiction compétente, judiciaire ou administrative, pour connaître des décisions préfectorales de reconduite des étrangers à la frontière. Voir sur la question de la saisine préalable, François Luchaire, Saisir avant plutôt qu'après, *Le Monde* du 23 août 1985.

(12) Censure des amendements Dailly pour le référendum d'autodétermination en Nouvelle-Calédonie, Lamassoure pour l'extension de la règle du trentième divisible lors de grève dans les services publics, Michel pour la loi d'amnistie...

b / L'apport des décisions : confirmations et avancées « républicaines »

Plus qu'à une analyse détaillée, le cadre limité de cette étude invite à dégager, plus modestement, les grandes tendances de ces cinq années de jurisprudence constitutionnelle.

Sur le plan des règles de procédure, la période est d'abord marquée par la formulation du principe selon lequel « les adjonctions ou modifications apportées au texte en cours de discussions ne sauraient ni être sans lien avec ce dernier, ni dépasser par leur objet et leur portée, les limites inhérentes à l'exercice du droit d'amendement » (13). Critiqué, lors de sa première application positive (14), par la classe politique et une partie de la doctrine (15), ce contrôle de la nature, de l'ampleur et de l'importance des amendements est cependant devenu aujourd'hui une pratique régulière du Conseil (16). Celui-ci a encore surpris en considérant que l'article 27 de la Constitution posant le principe du vote personnel des parlementaires n'était pas méconnu, malgré son non-respect, s'il n'est pas établi que les députés absents auraient émis un vote différent de celui exprimé à leur place par les députés présents de leur groupe (17). Une question nouvelle enfin, et riche de conséquences selon la réponse que le Conseil donnera dans l'avenir : la loi référendaire a-t-elle perdu le statut particulier que la décision du 6 novembre 1962 lui conférait, depuis que le Conseil a reconnu la compétence des parlementaires pour modifier les dispositions d'une loi votée par le Parlement comme d'une loi adoptée par voie de référendum au motif que cette distinction « importe peu à cet égard » (18) ? Tout est dans « à cet égard »...

Sur le fond des décisions, trois tendances. Des *confirmations d'abord* : le principe d'égalité continue à ne pas s'opposer à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général (19) ; le principe de la libre communication écrite et audio-visuelle continue à s'apprécier du point de vue du public et à interdire en conséquence toute législation favorisant la concentration des entreprises de presse (20). Des *hésitations ensuite* : après avoir, dans la gestion de l'équilibre entre principe de libre administration des collectivités locales et unité de l'Etat, donné la préférence au premier

(13) cc, 86-221 DC, 29 décembre 1986, R., p. 179.

(14) cc, 86-225 DC, 23 janvier 1987, R., p. 13.

(15) Voir, par ex., les réactions des présidents de l'Assemblée nationale et du Sénat dans *Le Monde* des 25-26 janvier 1987, et le commentaire du P^r Guy Carcassonne, in *Pouvoirs*, n° 42, p. 163.

(16) cc, 88-249 DC, 12 janvier 1989, R., p. 7 ; cc, 90-277 DC, 25 juillet 1990, JO, 27 juillet 1990, p. 9021.

(17) cc, 86-225 DC, 23 janvier 1987, R., p. 13.

(18) cc, 89-265 DC, 9 janvier 1990, JO, 11 janvier 1990, p. 463.

(19) cc, 87-232 DC, 7 janvier 1988, R., p. 17 ; cc, 90-285 DC, 28 décembre 1990, JO, 30 décembre 1990, p. 16609.

(20) cc, 86-210 DC, 29 juillet 1986, R., p. 110.

au début des années 1980, le Conseil semble, dans des décisions récentes, privilégier le second en reconnaissant à l'Etat un rôle directeur en matière d'attribution de logements sociaux (21) et de détermination des bases des impôts directs locaux (22) ; de même, le Conseil paraît toujours hésiter sur le choix de la juridiction la plus appropriée à assurer la garantie effective des droits des particuliers puisque, après avoir penché en faveur de la juridiction judiciaire, il considère maintenant que « cette exigence peut être satisfaite aussi bien par la juridiction judiciaire que par la juridiction administrative » (23). *Des nouveautés, nombreuses enfin* : l'affirmation comme exigence constitutionnelle des caractères loyal et clair de la question posée au référendum d'autodétermination (24) et qu'il faut souhaiter voir étendue aux référendums nationaux ; la conception nouvelle du droit de propriété qui doit se comprendre *non pas*, comme le croyait une partie de la doctrine après la décision de 1982, *malgré, mais « en fonction de l'évolution »* de ce droit caractérisée à la fois « par une extension de son champ d'application et par des limitations exigées au nom de l'intérêt général » (25) ; la reconnaissance du droit au logement des personnes défavorisées comme « exigence d'intérêt national » (26). Et surtout, deux grandes décisions rendues en janvier 1990. L'une qui, sur la base d'un moyen soulevé d'office, censure une disposition législative au motif qu'elle porte atteinte à *l'égalité des droits entre Français et étrangers* résidant régulièrement en France et affirme que « les libertés et droits fondamentaux de valeur constitutionnelle sont reconnus à tous ceux qui résident sur le territoire de la République » (27) ; avancée jurisprudentielle « républicaine » qui, dans le contexte politique actuel, honore le Conseil et ouvre de nombreuses perspectives, y compris peut-être celle de la reconnaissance du droit de vote, organisé suivant des « dispositions spécifiques », des étrangers aux élections locales. L'autre, qui fait de « l'exigence du pluralisme des courants d'idées et d'opinions le *fondement de la démocratie* » (28) alors qu'en 1986 le Conseil définissait le pluralisme seulement comme « une des conditions de la démocratie » (29). Entre les deux formulations, un changement qualitatif : en 1986, le pluralisme est un des éléments, parmi d'autres, de la démocratie ; en 1990, il en devient le principe, au sens kantien du terme, c'est-à-dire le point de départ logique d'où

(21) CC, 90-274 DC, 29 mai 1990, *JO*, 1^{er} juin 1990, p. 6518.

(22) CC, 90-277 DC, 25 juillet 1990, *JO*, 27 juillet 1990, p. 9021.

(23) CC, 89-261 DC, 28 juillet 1989, *R.*, p. 81, Décision de bons voisinages, peut-être...

(24) CC, 87-226 DC, 2 juin 1987, *R.*, p. 34.

(25) CC, 89-256 DC, 25 juillet 1989, *R.*, p. 53.

(26) CC, 90-274 DC, 29 mai 1990, *JO*, 1^{er} juin 1990, p. 6518.

(27) CC, 89-269 DC, 22 janvier 1990, *JO*, 24 janvier 1990, p. 972.

(28) CC, 89-263 DC, 11 janvier 1990, *JO*, 13 janvier 1990, p. 572 ; voir, par ex., Marie-Luce Pavia, L'exigence du pluralisme, fondement de la démocratie, *Rev. adm.*, juillet-août 1990, p. 320.

(29) CC, 86-217 DC, 18 septembre 1986, *R.*, p. 141.

se déduit l'ensemble de l'organisation constitutionnelle, politique, économique, sociale et culturelle du pays.

Assurément par ses deux décisions, le « Conseil Badinter » a gagné des points décisifs dans l'interminable conquête de légitimité démocratique. Progressivement, le Conseil devient l'institution de la « société civile », ou, plus exactement, d'une nouvelle relation constitutionnelle entre gouvernés et gouvernants en imposant aux seconds le respect des droits des premiers. Il reste que ce nouveau schéma constitutionnel exigerait, pour être pleinement satisfaisant, que soit opéré un certain nombre de modifications tenant, par exemple, à l'ouverture aux particuliers de la saisine du Conseil, au mode de désignation de ses membres, au caractère public de sa procédure... Au prochain bilan, peut-être !

RÉSUMÉ. — *De 1986 à 1990, le Conseil, en tant qu'institution, n'a pas connu de changements profonds, toutes les propositions de réforme, et en particulier celle relative à l'exception d'inconstitutionnalité, ayant été repoussées. En revanche, durant la même période, sa politique jurisprudentielle s'est enrichie de « grandes décisions » — droit de propriété, égalité des droits entre Français et étrangers, pluralisme... — qui ont confirmé le Conseil dans son rôle de gardien des libertés et droits fondamentaux.*

*Le Conseil constitutionnel,
gardien du droit positif
ou défenseur de la transcendance
des droits de l'homme*

GEORGES VEDEL*

1 / Dans les pays où il existe, le contrôle de la constitutionnalité des lois met en cause souvent, sinon le plus souvent, la conformité ou la non-conformité d'un texte de valeur législative aux normes de valeur constitutionnelle définissant et garantissant les droits individuels ou sociaux et les libertés publiques.

Il en est ainsi notamment en France. Sans doute, de façon plus ou moins épisodique et particulièrement dans les moments de tension politique, les dossiers soumis au Conseil constitutionnel posent-ils des questions de mécanique constitutionnelle (répartition des compétences entre le gouvernement et le Parlement, procédure législative, etc.). Mais l'essentiel de la problématique relevant du Conseil constitutionnel, surtout depuis la réforme de 1974, est fait de la protection par le juge constitutionnel des droits et des libertés.

Cette institution — car c'en est une — protégeant les individus et les groupes contre le législateur qui exerce la souveraineté nationale, se fonde, juridiquement et sociologiquement, sur un double discours, ayant dans une large mesure des destinataires différents. Son contenu est contradictoire, mais d'une contradiction nécessaire et hautement significative.

2 / Le terme de « double discours » ne doit pas être entendu dans un sens subjectif. Il ne s'agit pas d'une manœuvre dialectique, tendant, selon les destinataires potentiels, à la séduction par la duplicité. Il n'est pas question d'inflexions de la vérité destinées, dans l'esprit du juge ou des défenseurs de la juridiction constitutionnelle, à désarmer ou à

* Communication présentée à un colloque sur : *Théorie et pratique du gouvernement constitutionnel* les 17-19 septembre 1987, organisé par le Centre de Théorie du Droit (Univ. de Paris X).

convaincre des publics différents. Il s'agit de propositions objectives qui seraient saisissables même en l'absence de partisans les soutenant explicitement et qui n'ont d'auditoires différents que parce que, par nature, elles ne font pas appel à la même sensibilité.

3 / La première face de ce double discours est essentiellement juridique. Elle est tournée vers le législateur lui-même, plus largement vers la classe politique en tant que telle ou vers ses composantes, notamment les partis.

Comment expliquer que des juges non élus, désignés par des détenteurs d'une partie du pouvoir politique (chef de l'Etat, présidents de l'une et l'autre assemblée parlementaire), puissent s'opposer à ce qui est, dans la personne de ses représentants, la nation souveraine ?

La réponse est dans un discours d'apaisement et de légitimation qui tient en trois points.

4 / Le premier point est très simple : le Parlement législateur est un « pouvoir constitué ». Il n'exprime la volonté générale que s'il se conforme aux conditions posées par la Constitution. Il en est ainsi quant aux règles de forme et de procédure concernant l'exercice du pouvoir législatif. Il en va de même quant aux règles de fond, c'est-à-dire quant au respect des principes et des règles que la Constitution impose comme limites au contenu des textes législatifs.

Le juge constitutionnel qui censure une loi au motif qu'elle méconnaît le respect dû à un droit ou à une liberté constitutionnellement défini et garanti se borne donc à constater que, dans l'édition de cette loi, le Parlement n'a pu valablement se prévaloir de sa mission d'exprimer, au nom de la nation, la volonté générale.

5 / Le deuxième point du propos coule de source. Le contrôle de constitutionnalité ne porte aucune atteinte à la souveraineté nationale. En effet, la juridiction constitutionnelle est elle-même un « pouvoir constitué ». Le juge constitutionnel ne saurait donc résister à une révision de la Constitution qui, selon le vœu implicite du législateur, lèverait l'obstacle que le texte constitutionnel opposait à la loi. Autrement dit, le pouvoir constituant, expression suprême de la valeur souveraineté nationale, peut *a posteriori* anéantir la censure prononcée par le Conseil constitutionnel. La souveraineté nationale, la volonté générale sont intactes. Il appartient seulement aux pouvoirs publics et, le cas échéant, s'il y a lieu à référendum, aux citoyens de les mettre en œuvre selon la procédure adéquate, c'est-à-dire par la révision de la Constitution.

Sans doute, la révision de la Constitution comporte-t-elle une procédure plus solennelle, des majorités plus affirmées que celles qui président au vote des lois ordinaires et, en certains cas, exige une approbation populaire. Mais ceci résulte du pacte constitutionnel qui, dans certains domaines, notamment celui des droits et des libertés, a voulu un assen-

timent plus dense, proche du consensus. C'est la base même du constitutionnalisme que cette distinction entre le pouvoir constituant — originaire ou dérivé — identifié à la substance même de la souveraineté nationale et les pouvoirs constitués qui n'exercent la souveraineté nationale que dans les matières qui ont été attribuées à chacun et selon les procédures qui leur sont fixées.

En réalité le juge constitutionnel, loin de porter atteinte à la souveraineté nationale, loin de censurer la volonté générale, assure le respect de l'une et de l'autre en assurant celui de la Constitution qui est leur expression suprême et totale.

6 / Dès lors — et c'est le troisième point de la démonstration — la déclaration de non-conformité à la Constitution prononcée par le Conseil constitutionnel porte substantiellement non sur le fond mais sur la procédure. A aucun moment le juge constitutionnel ne s'arroge le pouvoir d'interdire aux représentants de la nation ou aux citoyens de définir souverainement les droits et les libertés en procédant à tous les changements qui leur paraîtraient nécessaires — selon une appréciation totalement discrétionnaire. Il se borne à indiquer que, eu égard au contenu de cette définition ou de ce changement — la procédure utilisable est non la procédure législative mais celle de la révision de la Constitution. Pas plus que le Conseil d'Etat ne censure en soi quant au fond le contenu d'un règlement lorsqu'il juge que les dispositions qu'il comporte relèvent du domaine de la loi, le Conseil constitutionnel ne condamne en soi quant au fond les termes d'une loi ordinaire quand il juge que leur teneur ne pourrait trouver place que dans une loi de révision constitutionnelle.

Peut-être, en bon langage juridique, objecterait-on que l'incompétence ne s'identifie pas au vice de forme ou de procédure. C'est vrai en termes rigoureux de technique. Pourtant, il faut bien voir que l'analyse peut se faire par rapport à deux niveaux. Si l'on s'en tient au niveau de l'organe qui a pris une décision qu'il n'était pas habilité à prendre, l'incompétence se distingue du vice de procédure, encore que le droit administratif ne soit pas pauvre en chevauchements entre les deux notions (par exemple, le défaut de contreseing ministériel est regardé comme un vice de procédure et le défaut de consultation du Conseil d'Etat, lorsque cette consultation est obligatoire, est regardé comme une incompétence). Mais si l'on considère un système normatif hiérarchiquement organisé, lorsque l'incompétence qui entache la décision de l'auteur d'une norme résulte de ce que, eu égard à son contenu, la décision n'aurait pu être valablement prise que par un organe d'un degré supérieur, l'incompétence renvoie au vice de procédure : la norme aurait pu être édictée mais selon une procédure différente.

Le juge constitutionnel, si l'on peut se permettre cette image, n'est donc pas un censeur mais un « aiguilleur ». Il n'interdit pas la marche du train : il se borne, en vertu des règles qu'il est chargé d'appliquer, à le diriger sur la « bonne voie ».

7 / Ce discours ne saurait être récusé. Il est celui que la doctrine la plus exigeante — que l'on pense à Hans Kelsen ou à Charles Eisenmann — a tenu pour analyser et construire le contrôle de la constitutionnalité des lois. Il est sous-jacent à tout système de contrôle de constitutionnalité. Certains textes constitutionnels l'explicitent même. Les articles 91 à 93 de la Constitution de 1946 traitaient du contrôle de constitutionnalité sous le titre *De la révision de la Constitution* et suggéraient plus ou moins que le conflit entre la loi et la Constitution devait être résolu par la révision de celle-ci. A propos du contrôle de la constitutionnalité des engagements internationaux, l'article 54 de la Constitution de 1958 évoque une éventualité analogue. Et l'on sait que le système autrichien, pour s'en tenir à ce seul exemple étranger, comporte une pratique (particulièrement fréquente quand la majorité parlementaire est large), selon laquelle la loi rejetée par la Cour constitutionnelle prend tout de même effet grâce à une révision de la Constitution.

Ce discours n'opère pas seulement sur le plan juridique. Il a un impact politique évident. Il désarme, il pacifie et il exorcise. Il désarme ou tend à désarmer les représentants de la nation en faisant ressortir que ce n'est pas leur volonté qui est condamnée mais le mode selon lequel elle s'exprime. Il pacifie ou tend à pacifier en dissipant l'image d'un juge constitutionnel au sommet de la pyramide des pouvoirs et en le revêtant de l'habit d'un technicien des formalités. Il exorcise ou tend à exorciser le gouvernement des juges et l'arrogance d'un droit naturel subjectif opposable au peuple souverain.

Dans cette approche, il demeure à justifier le mode d'investiture des juges constitutionnels, les garanties d'impartialité ou de science juridique qu'ils offrent, les procédures par lesquelles ils sont saisis. Il reste encore à vérifier que leur lecture des normes constitutionnelles est épurée au maximum de tout subjectivisme. Mais, pour l'essentiel, la légitimation de la justice constitutionnelle, sinon du juge lui-même, est accomplie : elle n'est qu'instrument, pouvoir constitué, servante de la souveraineté nationale. Elle garde le trône du souverain : elle n'y a point sa place.

8 / L'autre face du double discours est toute différente. Il s'agit de l'image que la protection constitutionnelle des droits et des libertés engendre chez les citoyens et dans l'opinion publique, c'est-à-dire auprès des « usagers » de la justice constitutionnelle.

Cette catégorie de destinataires est certes plus nombreuse, mais aussi bien différente de la première essentiellement composée de la classe politique. Elle en diffère vraisemblablement par la plus grande faveur qu'elle fait à l'institution et surtout par les raisons qui inspirent cette faveur.

Avec l'élection du Président de la République au suffrage universel, le contrôle exercé par le Conseil constitutionnel est l'institution de la Ve République la plus prisée des citoyens. Si l'on en croit divers sondages elle recevrait l'approbation de quatre Français sur cinq. Ajoutons que,

sauf en ce qui concerne les communistes, le taux d'approbation ne varie guère selon l'appartenance à la droite, au centre ou à la gauche.

Bien que non explicitées par les sondages, les bases de ce consensus ne sont pas douteuses. Elles n'ont pas grand-chose à voir avec la construction juridique qui est le thème du premier discours. L'idée que le juge constitutionnel ne prononcerait pas, dans ses décisions de censure, une véritable condamnation au fond et se bornerait à critiquer l'inadéquation d'une procédure est à peu près étrangère à l'opinion publique. Croit-on que le public accepterait l'idée que, lorsque le juge constitutionnel s'oppose comme en 1974 à une loi qui limite la liberté d'association, en 1977 à propos de la fouille des véhicules à une loi qui heurte la liberté individuelle, en 1982 à propos des nationalisations à une loi accordant aux expropriés des indemnités non équitables, il invite en réalité les représentants de la nation à opérer des révisions constitutionnelles restreignant la liberté d'association, la liberté individuelle ou le droit des expropriés à une juste et équitable indemnité ? Tout au contraire, le public — et l'on trouverait de ce sentiment un très large écho dans les médias — comprend que le Conseil constitutionnel consacre l'intangibilité des principes dont le législateur se voit reprocher la méconnaissance. Cette intangibilité, aux yeux des citoyens, n'est pas relative ; elle est absolue et limiterait aussi bien le pouvoir constituant que les pouvoirs constitués.

9 / Ainsi, dans ce second discours, le fondement ou la raison d'être du contrôle de la constitutionnalité des lois se trouverait dans la transcendance des droits de l'homme par rapport à tout pouvoir politique ou social, ce qui reviendrait à ressusciter triomphalement le « jus-naturalisme », dont précisément le premier discours, âprement positiviste, prétendait avoir purgé ce contrôle. Comment peuvent se juxtaposer ces deux discours en apparence radicalement opposés ? On se le demandera un peu plus loin. Pour le moment, recherchons comment est vécue cette croyance à des droits et à des libertés au-dessus de tout pouvoir politique ou social.

10 / Les Français ne croient pas à vrai dire que, dans un empyrée mystérieux, repose une révélation close, gravée une fois pour toutes sur un marbre inaltérable. Au contraire, ils ont le sentiment que le contenu de l'ensemble des droits et des libertés a été peuplé de nouveautés par l'histoire. Le vocabulaire met ceci en évidence. Les « conquêtes politiques ou sociales » évoquent l'image de terres naguère vierges, aujourd'hui défrichées, d'une frontière sans cesse repoussée plus loin. Mais cette idée se combine avec celle de l'irréversibilité des acquis. Autrement dit, le trésor des droits de l'homme s'accroît au long des siècles et des décennies mais aucune des gemmes qui le composent n'en est retirée pour faire place à une autre. Le juge constitutionnel est gardien de ce trésor. Il doit accueillir de nouvelles richesses mais ne rien perdre des anciennes.

11 / Cette représentation n'est pas inventée. Elle correspond à la structure même de l'ensemble des règles positives de valeur constitutionnelle relatives aux droits et aux libertés.

Quand la première Constituante soumit au référendum en avril 1946 le texte qu'elle avait élaboré, ce fut avec une Déclaration des Droits qui se substituait à celle de 1789. Encore que les auteurs eussent manifesté leur révérence pour l'œuvre des grands ancêtres et affirmé qu'ils entendaient lui demeurer fidèle puisque, selon une image fameuse, « le fleuve est fidèle à sa source en allant vers la mer », cette substitution fut largement ressentie comme un abandon, sinon comme un reniement. Dans le courant idéologique dominant du moment, on aurait pu croire que la nouvelle formulation du droit de propriété, descendu de son piédestal d'absolu, ne heurterait que des conservateurs apparemment minoritaires. Bien au contraire, le fait même d'une nouvelle Déclaration et les changements qu'elle apportait à sa grande devancière furent non pas la seule mais l'une des plus importantes raisons du verdict négatif des urnes.

La seconde Constituante comprit qu'elle ne pourrait rallier une majorité de Français au texte qui devait devenir la Constitution du 27 octobre 1946 qu'en commençant par réaffirmer « solennellement les droits et les libertés de l'homme et du citoyen consacrés par la Déclaration des Droits de 1789... ». Ce n'est que par cette acceptation totale de l'héritage qu'il devenait possible de lui ajouter quelque chose. Ce furent « les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République » (les « conquêtes ») et « en outre » les « principes politiques, économiques et sociaux » proclamés « comme particulièrement nécessaires à notre temps ». Dans ces premières phrases du Préambule, le mot clé est sans doute cet *En outre* qui évoque l'accroissement, l'accomplissement, mais ne veut pas permettre que rien de ce qui fut dit en 1789 soit perdu.

À l'aube de la Ve République il était aisé de concevoir que l'on ne pût toucher à la Déclaration de 1789. Mais le Préambule de 1946, mis en exergue du régime condamné, ne paraissait pas marqué d'un signe sacré. Si, sagement, les rédacteurs de notre Constitution l'ont à leur tour assumé au point de lui conférer une pleine valeur de droit positif qui, auparavant, ne lui était pas unanimement reconnue, ce fut parce que toute autre solution aurait semblé être un appauvrissement, une infidélité. Et c'est en toute tranquillité qu'à son tour la Ve République énonça « en outre » (sans employer ce terme) « la libre détermination des peuples », les droits et devoirs des partis politiques, la garantie judiciaire de la liberté individuelle.

Quatre strates : 1789, les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, les principes « particulièrement nécessaires à notre temps », les additions de 1958.

12 / On sait que le système de contrôle de constitutionnalité qui est celui de la France présente deux singularités par rapport à ce que l'on pourrait regarder comme le droit comparé commun.

La première, qui est hors de notre propos, est que le corps de règles relatives aux droits et libertés a été non seulement conçu sans référence à la possibilité d'un contrôle de la législation, mais encore dans la perspective de son exclusion. Telle était bien la pensée des Constituants de 1789 ; telle était la volonté affirmée de ceux de 1946. Et, que l'on se rapporte aux déclarations de l'un des rédacteurs du texte de 1958, si le contrôle de constitutionnalité mis en place par ce texte sert à la défense des droits et des libertés, c'est par un accident non prémédité.

Mais c'est la seconde singularité qui nous intéresse. Dans la plupart des pays étrangers qui, notamment en Europe, connaissent un contrôle de constitutionnalité, la définition des droits fondamentaux, conçue d'ailleurs pour permettre un tel contrôle, est d'une seule venue et porte une date unique. Le juge constitutionnel français, déjà chargé de se servir, pour son contrôle, de textes qui n'ont pas été conçus à cette fin, dispose, lui, de règles et de principes dont l'énoncé ou l'émergence se déploie sur près de deux siècles et qui sont regardés comme se complétant les uns les autres sans se contredire.

13 / La décision du Conseil constitutionnel du 16 janvier 1982, qui censure la loi de nationalisation et prépare les voies à une loi que la décision du 11 février 1982 jugera irréprochable, commence par un rappel de cette situation en ce qui concerne le droit de propriété. C'est une donnée à laquelle le juge doit se soumettre sans tenir compte de ses préférences.

Considérer que les dispositions les plus récentes — celles du Préambule de 1946 — qui sont évidemment moins révérencieuses envers le droit de propriété — l'emportent sur celles de 1789 nourries de l'« inviolable » et du « sacré », c'est oublier le bémol « En outre » du Préambule.

Faire prévaloir à tout prix le texte le plus ancien — comme le burgrave ordonnant « Jeune homme, taisez-vous » — c'est méconnaître l'expression « principes... particulièrement nécessaires à notre temps ».

Le parti ainsi laissé au juge — naturellement critiqué par les tenants de l'une ou l'autre thèse — est de réaliser un compromis entre les deux textes, celui de 1789 et celui de 1946 et, ce faisant, il est fidèle, me semble-t-il, au vœu des citoyens tel qu'il ressort de l'histoire des référendums entre 1946 et 1958.

14 / Ainsi le second discours, dont la protection juridictionnelle des droits de l'homme est le sujet, s'enracine-t-il dans la croyance en un droit naturel en développement. Contrairement aux doctrines « fixistes » du droit naturel, les droits et les libertés ne sont pas donnés d'un seul jet, en une seule fois. La révélation (c'est bien le terme qui convient) en est progressive et procède par émergences successives. Mais cette progressivité ne retire rien à la transcendance du droit naturel : elle n'a pas pour effet de le relativiser ou de le rendre réversible. Une fois émergés, le droit, la liberté sont acquis et rejoignent le trésor fait d'accroissements sans

retraits. *En tant qu'il se fait*, le droit naturel est *immanent* à la société où il émerge, mais *en tant qu'il est fait*, il lui est *transcendant*.

Telle est, nous semble-t-il, la croyance générale. Elle explique le peu de succès qu'ont rencontré les tentatives ou la tentation de « remettre à jour » la Déclaration des Droits. Elle explique surtout combien est étranger à l'esprit des Français l'idée que le juge constitutionnel ne serait pas le gardien inflexible d'un trésor inaltérable mais un factionnaire prêt à le livrer à qui prononce le mot de passe : révision constitutionnelle.

Or, c'est ce second discours qui légitime pour les citoyens la justice constitutionnelle. Si, un jour, devait se livrer en France une grande bataille juridico-politique dont la justice constitutionnelle serait l'enjeu, c'est ce discours qui serait mobilisateur pour les défenseurs de celle-ci. Cela n'irait certes pas sans danger car, par définition, l'appel au droit naturel renvoie à la conscience du juge et ouvre le débat sur le gouvernement des juges.

15 / Ce n'est pas le lieu d'examiner dans quelle mesure ce dédoublement du discours se retrouve dans les pays étrangers où existe un système de contrôle de la constitutionnalité des lois. Il paraît vraisemblable que, dans le cas autrichien déjà évoqué, la première version soit dominante et que l'habitude des révisions constitutionnelles « à la demande » du législateur ait désacralisé la transcendance des droits constitutionnellement garantis. Il se peut aussi que, dans des pays comme les Etats-Unis ou la République fédérale allemande dont le juge constitutionnel a, à certains moments, considéré qu'il était gardien non seulement de textes ou de principes qui s'en déduisent mais d'un corps de valeurs morales et culturelles qui seraient les fondements de l'ordre social, les deux discours se confondent (non sans équivoque).

Notre propos n'est pas là. Il se limite au cas français. C'est à son sujet que l'on va se demander quels rapports on peut établir entre les deux discours, plus ambitieusement, si on peut construire un pont entre deux logiques apparemment si contradictoires.

16 / On peut interpréter la coexistence des deux discours de façon simple et négative en n'y voyant que les deux volets d'une opération de propagande. Ce serait imputer au juge constitutionnel ou à ses tenants une volonté de séduction assez comparable à celle des Parlements de la fin de l'Ancien Régime, qui défendaient leur pouvoir et leurs privilèges en invoquant les droits des citoyens.

Sur un mode moins désobligeant, on pourrait penser que chacun des deux discours livre à chacun des publics qui en est le destinataire la vérité qu'il est capable de recevoir. A chacun sa vérité. De même que, dans bien des domaines (la science, la religion, l'art), les représentations populaires et les représentations savantes ne coïncident pas, de même il existerait deux images des droits de l'homme. L'une serait celle accessible à la masse des individus, marquée des attributs de la transcendance,

de l'universalité et de l'éternité — ou plutôt de la pérennité. L'autre serait savante, contestant toute transcendance qui subordonnerait la société à ce qui n'est qu'un produit social et, partant, déniait aux droits et libertés tout caractère absolu dans le temps et dans l'espace.

Ainsi, sur des registres différents, pourrait-il être simplement donné acte des deux discours. De l'un à l'autre il n'y aurait d'autre passerelle qu'une explication de fait fondée sur la différence entre leurs destinataires respectifs.

17 / Mais peut-on faire autre chose ? La contradiction est, selon toute apparence, totale. D'une part, la logique du droit positif tout entier remis au souverain (la nation ou la société) doit lui permettre, par telle ou telle procédure appropriée (techniquement la révision constitutionnelle), d'écrire à son gré, fût-ce en le raturant, le chapitre des droits de l'homme. De l'autre, la logique du droit naturel, absolu, transcendant, qui doit interdire à toute autorité, fût-elle celle d'une unanimité moins une voix (et encore !), de toucher à ce qui a déjà été écrit.

Et cependant les textes mêmes des Déclarations des droits — c'est-à-dire le droit positif — comportent une ouverture qu'il faut explorer.

En effet, le texte de 1789, pour nous en tenir au cas français, présente les droits et les libertés non comme un corps de droit positif, constitué et construit par une autorité sociale, qu'il s'agisse des représentants de la nation ou de la nation elle-même, mais comme l'objet d'une déclaration, d'une proclamation, d'une reconnaissance, ce qui veut dire que ces droits et libertés n'existeraient pas moins dans l'univers normatif même s'ils n'avaient pas été déclarés, proclamés, reconnus — tout comme les rayons de la circonférence seraient égaux même si nul n'avait jamais dessiné un cercle. Ainsi s'opère une « réception » du droit naturel par le droit positif. L'on noterait de même que le Préambule de 1946 « proclame » des principes « particulièrement nécessaires » à notre temps, formule qui fait de l'actualité une occasion de proclamation mais non une génitrice des principes proclamés.

18 / Cette « réception » par le droit positif d'un droit naturel à révélations successives mais irréversibles ne lève évidemment pas toutes les difficultés logiques. Il est clair en particulier que, comme tout recours à l'idée d'autolimitation, elle laisse dans l'ombre la question de savoir en vertu de quelle norme (nécessairement supérieure) la norme d'autolimitation ne peut être abrogée.

Elle a au moins le mérite d'appeler notre attention sur la constatation banale que les contradictions logiques non seulement ne sont pas nécessairement source de fragilité historique, mais agissent parfois comme un ciment des croyances et de la culture politique et sociale. Le millénaire capétien nous a remis en mémoire tout le trésor de propositions non équivalentes, tant bien que mal ajustées, mais formant un amalgame multiséculaire, qui ont fondé la légitimité monarchique : le droit divin,

le consentement des Français, l'expérience historique réussie — à quoi de temps en temps les légistes ajoutaient leur grain de sel en citant la loi salique ou l'Évangile selon saint Matthieu.

Sur un mode plus plaisant, Mme Cardinal, selon Ludovic Halévy, expliquait que son mari, dans sa retraite villageoise de bourgeois respecté, unissait dans son discours Voltaire et Rousseau, qui « pendant leur vie (je cite de mémoire) étaient comme chien et chat, mais maintenant qu'ils sont morts sont comme les deux doigts de la main ». En remplaçant Voltaire par Montesquieu on aurait une épigraphe fantaisiste mais non aberrante en exergue à une étude sur les contradictions de l'idéologie des Constituants.

19 / Dans le cas des droits de l'homme il faut pourtant aller plus loin. La difficulté de construire à leur sujet un discours unique cohérent ne se rattache pas seulement à ce que l'histoire ne procède pas par syllogismes, mais à une nécessité quasi ontologique : c'est qu'il est impossible de les penser et donc de les proclamer et de les défendre — fût-ce par une rigoureuse procédure juridictionnelle — sans leur accorder une âme de transcendance.

Peut-être trouvera-t-on étrange le rappel d'une vieille controverse théologique. Mais il n'est pas inutile. Pour démontrer l'existence de Dieu, saint Anselme usait d'un argument bien propre à étonner. Dieu, expliquait-il en substance, est par définition infiniment parfait. S'il n'existait pas il lui manquerait un attribut essentiel de la perfection ; donc — « par construction » — Dieu existe. A première vue, au moins pour nous, la « démonstration » n'est qu'un tour de passe-passe et d'autres théologiens ont été les premiers à le dire. Pourtant, elle signifie quelque chose. Elle veut dire qu'il est impossible de « penser Dieu » (non pas se le représenter ou le concevoir — ce qui n'est pas possible) sans le penser existant. Le monothéisme se déclare quand Dieu reçoit le nom de Iahvé (celui qui est). Et l'athée n'est pas celui qui, selon la formule populaire, nie l'existence de Dieu (comme on nierait celle d'un animal fantastique), mais celui qui *ne peut pas* « penser Dieu », parce que s'il arrivait à « penser Dieu », ce serait reconnaître qu'il existe. Autrement dit, je peux penser un hippogriffe sans croire qu'il existe ; je ne puis penser Dieu que comme existant (l'« Être suprême »).

Pourquoi ce rappel d'une vieille dispute ? Parce que, tout comme penser Dieu implique son existence, de même « penser les droits de l'homme » implique qu'ils existent et, naturellement, d'une existence qui ne doit rien à celui, à ceux qui les pensent. Je peux ne pas les penser, c'est-à-dire ne pas y croire, mais je ne puis les penser sans y croire. C'est toute la démarche, évoquée plus haut, des auteurs de la Déclaration qui, au moment même où ils consacrent un concept littéralement révolutionnaire, s'interdisent d'être autre chose que des proclamateurs. C'est toute la démarche de la masse des destinataires, c'est-à-dire de l'opinion publique dans ses diverses manifestations, qui n'admet pas que le proclamateur ait le droit de revenir sur sa proclamation.

C'est en ce sens que le rappel analogique de l'argument de saint Anselme est moins forcé qu'il ne paraît. Ontologiquement, la pensée des droits de l'homme, même quand elle se coule dans des textes de droit positif, implique leur existence réelle non contingente et une transcendance dont les attributs sont l'universalité et la pérennité.

20 / Que cette transcendance des droits de l'homme renvoie à une transcendance de l'homme, c'est évident. Marcel Waline aimait à citer — sans y adhérer — la boutade d'un juriste ultra-positiviste : « Si les chiens pouvaient parler, ils proclameraient bien haut les droits du chien ». Mais pourquoi précisément les hommes ne sont pas des chiens ouvre un grand débat philosophique. Si elle n'est pas résolue et dépassée par la référence religieuse, l'interrogation en fin de réflexion ramène à se demander pourquoi l'homme n'est pas maître de se forger lui-même comme il l'entend et de donner à son histoire à venir n'importe quelle finalité. Nous ne nous essaierons pas à une réponse. D'autres — de Socrate à Sartre ou Camus — ont exploré cette voie dont l'issue est toujours mystérieuse. Ce n'est certainement pas un juriste qui, en tant que tel du moins, lèvera le voile.

21 / Nous voici loin, dira-t-on, du contrôle de constitutionnalité et du double discours dont il est porteur. C'est pourtant ce point de départ qui, invinciblement, croyons-nous, a engagé notre propos.

Celui-ci doit-il conduire à faire du juge constitutionnel, au moins quand il traite des libertés et des droits fondamentaux, le gardien inconditionnel — contre vents et marées du droit positif, même constitutionnel — d'un droit naturel entendu sinon comme éternel du moins comme irréversible ? Ce serait un manquement au pacte qui l'a investi et donc une usurpation. Ce serait surtout un grand danger car, de proche en proche, sa subjectivité l'entraînerait à entendre les valeurs auxquelles il croit personnellement comme opposables à toute autre formulation. Il faut que, dans son ordre, c'est-à-dire dans sa mission de juge, il se garde d'un trop orgueilleux combat qui ne deviendrait légitime que si, justement, pour le mener, il abandonnait son siège et sortait de son ordre.

Tel est le devoir du juge. Mais, pour le remplir, il lui est précieux de savoir que le discours de logique juridique qui l'investit est sous-tendu par l'autre discours, celui de la transcendance, dont il n'est ni le maître ni le gardien mais le bénéficiaire. Au fond, il est au carrefour de la logique et de la foi. La logique du droit positif qui, enserrant son pouvoir, le préserve de l'usurpation. La foi qui lui fait croire, d'une espérance invincible, que l'homme ne se détruira pas lui-même et donc ne l'obligera pas à choisir entre la révolte et le reniement.

Summary

M. CHARASSE. — Referring matters to the Constitutional Council.

Although the Socialists are distrustful of the Constitutional Council, as to the method of appointment of its members, as well as its case law, it is they who, after having voted against the 1974 reform, have most often used this institution to seek respect of parliamentary procedures and the balance of powers as well as that of civil liberties and individual and collective rights.

Today the procedure is well broken in and the submission of the matter takes place according to three traditional steps — decision to refer the matter, preparation of the application, filing with the Council — each of which complies with a set of simple practical rules, which have been established within the Socialist group. While waiting for a major reform in the Council, the modest results of this experience have naturally led to the proposal of modifications in certain aspects in order to offer greater efficiency to the possibility open to a minority of congressmen by the new article 61 of the Constitution.

A. GROSSER. — Constitutional courts and reference values.

The comparison concerns the American Supreme Court and the federal Constitutional Tribunal of Karlsruhe and the Constitutional Council. Each functions in a different political culture which in France in particular results in the absence of the dissenting opinion, the transmutation of conflict into sovereign power being reserved to the Parliament which until now has held the supreme authority of a supraconstitutional nature. But the reference to the 1946 Preamble although of a poorly defined nature, modifies the character of the Constitutional Council's activity. The specific nature of the political cultures plays a role in the federalistic debate on the decision of the Supreme Court on abortion and in the reference to their hitlerian past of a majority of the Karlsruhe court thereby showing the superiority of a moral principles over the changes of opinion which translate themselves into parliamentary votes.

The principal particularity of the Constitutional Council is its refusal to enter into questions of substance (women's rights and the right of living being to be born as well as the definition of civil liberties and their relation to the other powers and influences) problems which are analysed by the Washington and Karlsruhe courts and debated by the French congressmen. But the 1979 decision of the Constitutional Council on the right to strike shows that the curt reasoning may not continue in the future insofar as the principles of 1946 Preamble will be relied on to a greater extent.

- J. RIVERO. — **The end of a certain absolutism.** (Summary, p. 16.)
- L. FAVOREU. — **The contribution of the Constitutional Council to public law.** (Summary, p. 31.)
- J. BOULOUIS. — **The defender of Executive Power.** (Summary, p. 40.)
- D. LOCHAK. — **Constitutional Council : protector of Liberty ?** (Summary, p. 54.)
- L. PHILIP. — **The Constitutional Council as an election judge.** (Summary, p. 86.)
- G. CARCASSONNE. — **No exit : the search for objective political variables.** (Summary, p. 106.)
- R. CHIROUX. — **Must the Council be reformed ?** (Summary, p. 124.)
- R. de LACHARRIÈRE. — **Dissenting opinion.** (Summary, p. 159.)
- L. HABIB. — **Parliament referral of government bills to the Constitutional Council, 1981-1986.** (Summary, p. 186.)
- L. FAVOREU. — **The French Constitutional Council, the President of the Republic, and alternation in power 1981-1986.**

Imprimé en France, à Vendôme
Imprimerie des Presses Universitaires de France
ISBN 2 13 044020 7 — ISSN n° 0152 0768 — Imp. n° 37 288
CPPAP n° 59 303
Dépôt légal : Juillet 1991
© Presses Universitaires de France, 1991
108, boulevard Saint-Germain, 75006 Paris

POUVOIRS

revue trimestrielle

- 1977 1. l'alternance
2. le parlement européen
3. qui gouverne la Chine?*
- 1978 4. la V^e République*
5. le consensus*
6. l'Union soviétique*
7. le régime représentatif
- 1979 8. l'Espagne démocratique
9. le giscardisme*
10. les pouvoirs de crise
11. psychanalyse
- 1980 12. les régimes islamiques
13. le Conseil constitutionnel
14. élire un président
15. la négociation
- 1981 16. la justice
17. le pouvoir dans l'Eglise
18. Italie
19. régions
- 1982 20. la gauche au pouvoir
21. le système communiste
22. la R.F.A.
23. l'impôt
- 1983 24. le maire
25. les pouvoirs africains*
26. le pouvoir syndical
27. le mendésisme
- 1984 28. le R.P.R.
29. les Etats-Unis*
30. l'école
31. la corruption
- 1985 32. la représentation proportionnelle
33. les sondages
34. l'Assemblée
35. le Japon*
- 1986 36. le ministre
37. la Grande-Bretagne
38. l'armée
39. Mai 1968
- 1987 40. des fonctionnaires politisés?
41. le Président
42. la tradition politique
43. la Suisse
- 1988 44. le Sénat
45. l'U.R.S.S.
de Gorbatchev
46. droit administratif, bilan critique
47. l'immigration
- 1989 48. Europe 1993
49. la V^e République (30 ans)
50. 1789-1989
histoire constitutionnelle
51. télévision
- 1990 52. démocratie
53. le ministère des finances
54. la Belgique
55. droit pénal, bilan critique
- 1991 56. bioéthique
57. nationalismes
58. la France en guerre
- A paraître
59. la Cour suprême
60. décentralisation

LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL

« A vrai dire, l'histoire constitutionnelle de la France n'était pas dépourvue d'éléments comiques... Pourtant, la page la plus ridicule de cette histoire restait à écrire », estime ici René de Lacharrière. Jean Rivero souligne à l'opposé que le Conseil constitutionnel a permis de « parachever la construction en France de l'Etat de droit ». Louis Favoreu considère que le Conseil opère, par sa jurisprudence, la « réunification du droit public », sous l'égide du droit constitutionnel qui « conditionne désormais étroitement le droit administratif, les libertés publiques et les finances publiques », tandis qu'Alfred Grosser révèle sa timidité comparée à ses homologues américain ou allemand.

On pourrait multiplier ainsi les contrastes. Il est un point sur lequel, pourtant, tous semblent s'accorder : le rôle décisif joué aujourd'hui par une institution qui peut s'opposer au Parlement, donc à la majorité, donc au pouvoir. En matière d'association (1971), de juge unique (1975), fouille des véhicules (1977), vote plural des employeurs (1979), internement des étrangers (1980), nationalisations (1982), presse (1984), découpage, mode de scrutin (1985...), privatisations (1986), référendum (1987), droits sociaux des étrangers (1990), tout n'est plus possible. Et, au-delà de ces décisions spectaculaires, le Conseil contrôle aussi les élections ou la procédure budgétaire. L'analyse de ces domaines méconnus complète, avec tableaux, bibliographies et bilans, un dossier indispensable sur une des pièces maîtresses de la V^e République.

