

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'État 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 commentateur 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 la 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 Etats 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.

A 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 fixés 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 à 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'empiétement 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 figuraient 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 déférée 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 dérobade, 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'Eglise et de l'Etat, 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 Ve 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 judicatures 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 Maffia 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'empiètement 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.