

JEAN BOULOUIS

## *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 différenciaient 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 constitutionnalité 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. A 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 originare. 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.*