

JOURNAL

Confrontations juridico-politiques : le Conseil constitutionnel face au Gouvernement socialiste comparé à la Cour suprême face au New Deal

JOHN T. S. KEELER*

Dans un inventaire récent des articles publiés dans le domaine des politiques comparées depuis 1968, Sigelman et Gadbois ont découvert qu'un « nombre exceptionnellement réduit de travaux ont été entrepris sur les structures fondamentales des pouvoirs publics ». Pour illustrer ce point, ils ont noté que l'étude des Constitutions et celle des cours « arrivent à égalité à la dernière place » parmi les 29 catégories différentes utilisées pour coder les articles. 0,3 % des articles concernent les cours, tandis que 12,4 % se préoccupent du développement, 10,2 % des partis politiques et 7,4 % des élections. Ils conclurent : « De notre point de vue, la disparition virtuelle des institutions politiques est le legs le plus désolant laissé par le décès de l'ancien (droit comparé) et l'essor des nouvelles politiques comparées » (1).

Ce « legs désolant » est particulièrement apparent dans la littérature consacrée à la France, même à propos d'une institution dont le pouvoir s'est beaucoup accru depuis le début des années 70 et dont le rôle durant la période Mitterrand s'est avéré sans précédent, controversé et gênant pour

* Professeur de science politique à l'Université de Washington, John Keeler a présenté ce rapport au Congrès mondial de Science politique tenu à Paris les 15-20 juillet 1985. Une version plus complète de ce texte sera publiée en octobre 1985 dans la revue américaine *French Politics and Society*.

Je remercie Olivier Duhamel, Michael McCann, Stuart Scheingold et Alec Stone pour les conversations stimulantes que nous avons eues sur le Conseil et la Cour suprême américaine, et Shanny Peer pour son inestimable aide dans la recherche.

(1) Lee Sigelman et George Gadbois, *Contemporary Comparative Politics : An Inventory and Assessment*, *Comparative Political Studies*, 16, 3 octobre 1983, especially p. 293-295.

le Gouvernement — à savoir le Conseil constitutionnel. À ma connaissance, aucun article sur le Conseil constitutionnel français n'a paru dans une publication de science politique de langue anglaise durant la dernière décennie, et aucun n'a été inclus dans les ouvrages collectifs récemment publiés sur la période Mitterrand. Même en France, les études qui concernent le Conseil constitutionnel sont rares dans les publications de science politique, et pratiquement toutes ont été écrites par des spécialistes de droit public et non par des personnes concernées principalement par la science politique (2).

L'objet principal de cet article est de démontrer qu'il est temps pour les politistes spécialistes de la France d'engager une réflexion sur le rôle rempli récemment par le Conseil constitutionnel dans le processus d'élaboration des politiques. Dans un moment où le Conseil est célébré comme « le dernier rempart contre les assauts de la gauche totalitaire » ou dénoncé comme « le gang » ou « les neuf dinosaures du Palais-Royal », et où le spectre d'un « gouvernement des juges » a provoqué un débat passionné sur la légitimité du Conseil, il semble évident que cette institution devrait être considérée comme digne d'intérêt bien au-delà du champ du droit public (3).

Il ne s'agit donc pas d'analyser les raisonnements juridiques du Conseil constitutionnel ; encore moins de soutenir qu'il ait eu raison ou tort de s'opposer à telle loi ou d'accepter telle autre. Mais plutôt de chercher à mesurer son rôle dans le processus politique, particulièrement lorsqu'il est confronté à des gouvernants élus avec l'intention d'entreprendre de vastes réformes.

I. — L'ÉVOLUTION DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL (1958-1981)

Les rédacteurs de la Constitution de 1958 concevaient le Conseil constitutionnel essentiellement comme un « chien de garde de la suprématie de l'exécutif », ou, comme l'écrit un jour Mitterrand alors dans l'opposition, « l'instrument politique du pouvoir exécutif. Rien de moins. Rien de plus » (4).

Pendant les années 60, le rôle principal du Conseil fut, conformément à l'article 37 de la Constitution, d'arbitrer entre le Gouvernement et le Parlement pour déterminer les matières du domaine de la loi, et à ce titre devant être votée par le Parlement, et celles du domaine réglementaire,

(2) Voir *Pouvoirs*, n° 13 (1980), sur le Conseil constitutionnel et les articles de Louis Favoreu et Loïc Philip dans la *Revue française de Science politique*, 34, 4-5, août-octobre 1984.

(3) *Le Figaro*, 31 décembre 1983 - 1^{er} janvier 1984 ; *La Croix*, 29 octobre 1981 ; *L'Humanité*, 6 décembre 1982 ; *Libération*, 8 janvier 1982.

(4) J. E. S. Hayward, *Governing France*, New York, Norton, 1983, p. 139 ; Mitterrand quote, in *Quotidien de Paris*, 30 octobre 1981.

relevant des décrets pris par l'exécutif (5). Durant cette période, le Conseil fut rarement appelé à exercer l'autre pouvoir, potentiellement plus important, qu'il tient de l'article 61.2 de la Constitution : le pouvoir de se prononcer sur la constitutionnalité des lois qui lui sont déférées, avant promulgation, par le Président de la République, le Premier ministre, le Président de l'Assemblée nationale ou le Président du Sénat. Compte tenu de l'orientation politique des détenteurs de ces postes (et particulièrement des trois premiers), il n'est guère surprenant que les saisines du Conseil aient été rares. Jusqu'en 1971, le Conseil n'a été saisi en vertu de l'article 61.2 qu'à cinq reprises, et, à chaque fois, il a rendu une décision en faveur de l'exécutif. La plus célèbre de ces décisions, celle concernant la tentative réussie par de Gaulle de réviser la Constitution par l'article 11 (avec un référendum sur l'élection directe du président) plutôt que par la procédure convenue de l'article 89, a contribué plus que tout à forger l'image du Conseil « agent empressé du pouvoir » ou « Cour suprême du musée Grévin » pour reprendre les mots de Mitterrand (6).

Deux événements survenus au début des années 70 ont cependant beaucoup fait pour changer cette image et rehausser le rôle du Conseil. D'abord, en 1971, le Conseil a affirmé pour la première fois son indépendance en déclarant inconstitutionnelle une loi d'origine gouvernementale qui « autorisait le préfet à refuser de délivrer le récépissé à toute association qui lui paraissait susceptible de se livrer à des activités illégales ». Cette décision a rapidement été perçue comme l'équivalent fonctionnel de l'affaire *Marbury v. Madison* pour la Cour suprême américaine. Elle n'a pas seulement marqué la première incursion du Conseil dans un contrôle juridictionnel au fond, mais elle a aussi posé les bases des décisions à venir — ce que les spécialistes français de droit public appellent le *bloc de constitutionnalité* — car elle se référait aux « principes fondamentaux... réaffirmés par le préambule de la Constitution ». Une telle évocation fut une « surprise » et une « innovation », ainsi que *Le Monde* la commenta, car le préambule n'était auparavant pas considéré comme ayant une valeur juridique égale à celle du reste de la Constitution, et elle signifiait que le Conseil pourrait dorénavant prendre ses décisions en référence à la Déclaration des Droits de l'Homme de 1789 et aux droits insérés dans le préambule de 1946 puisque ces deux documents sont cités dans le préambule de 1958 (7).

Compte tenu des limites strictes dans lesquelles l'article 61.2 insère le droit de soulever l'inconstitutionnalité de la loi, la décision de 1971

(5) Barry Nicholas, *Loi, Règlement and Judicial Review in the Fifth Republic*, *Public Law*, automne 1970, p. 257.

(6) *Quotidien de Paris*, 30 octobre 1981.

(7) Henry Ehrmann, *Politics in France*, 4^e éd., Boston, Little, Brown & Co., 1983, p. 330-331 ; *Le Monde*, 18-19 juillet 1971 ; George Hainbaugh Jr., *Was it France's Marbury v. Madison ?*, *Ohio State Law Journal*, 35, 1974 ; Jean Rivero, *Le Conseil constitutionnel et les libertés*, Paris, Economica, 1984, I, chap. 1.

n'aurait pas suffi, à elle seule, à faire du Conseil un acteur majeur du système politique français. Mais, en octobre 1974, l'article 61.2 a été révisé pour permettre à 60 députés ou 60 sénateurs de saisir le Conseil. Cette réforme, que Giscard voyait comme un moyen de *séduire* les éléments modérés de la gauche et un pas vers la décrispation, était d'abord importante en ce qu'elle donnait un nouveau droit potentiellement significatif à l'opposition parlementaire. Des porte-parole de la gauche ont qualifié la révision de réformette dérisoire, relevant surtout que leurs saisines auraient peu de chance d'être accueillies avec sympathie, à moins que la composition du Conseil ne changeât — comme le Programme commun le proposait. Néanmoins, ainsi que l'indique le tableau 1, l'opposition de gauche n'a pas hésité à utiliser ce nouveau droit de 1974 à 1981.

TABLEAU 1. — *Décisions du Conseil constitutionnel sur la base de l'article 61.2 de la Constitution (1960-1984)*

	1960- mai 1974	Juin 1974- mai 1981	Juin 1981- décembre 1984
Nombre des saisines	9	67	65
Le Président de la République	0	0	0
Le Président du Sénat	3	0	2
Le Premier ministre	6	2	0
Le Président de l'Assemblée nationale	0	2	0
Députés-Sénateurs de l'opposition		60	65
de la majorité		7	0
Résultats des saisines			
Nombre de décisions rendues	9	47	48
Nombre de décisions par an	0,6	6,7	13,7
Annulations complètes	0 (0 %)	5 (10,6 %)	2 (4,2 %)
Annulations partielles	7 (77,8 %)	6 (12,8 %)	19 (39,6 %)
Total des annulations (complète ou partielle)	7 (77,8 %)	11 (23,4 %)	21 (43,8 %)

N.B. — Le nombre des saisines est supérieur au nombre des décisions car certaines lois ont été déferées par plusieurs autorités (ex. 60 députés et 60 sénateurs).

Source : Adapté à partir du tableau de Loïc Philip, Bilan et effets de la saisine du Conseil constitutionnel, in Olivier Duhamel et Jean-Luc Parodi (éd.), *La Constitution de la Cinquième République* (Paris, Presses de la Fondation nationale des Sciences politiques, 1985).

Alors que le Conseil aurait continué à examiner moins d'une loi par an si l'article 61.2 n'avait pas été changé, il a été saisi 60 fois par l'opposition (et sept fois par la « minorité de la majorité ») et a rendu 6,7 décisions par an, dont 23 % entraînent une annulation au moins partielle. Aucune des décisions d'annulation n'a vraiment fait mordre la poussière au Gouvernement, mais la gauche a obtenu nombre de victoires notables, comme l'annulation de la loi qui donnait à la police des pouvoirs étendus pour fouiller les véhicules (1977) ou celle de certains articles de la loi limitant le droit de grève du personnel de la télévision (1979). De surcroît, la simple crainte d'un recours au Conseil a parfois permis à l'opposition d'arracher des changements dans les projets de loi. La réforme de 1974 a donc bien accru, les pouvoirs de l'opposition à un certain point, mais si tardivement qu'en 1980, les socialistes se plaignaient « qu'une hirondelle ne fasse pas le printemps », insistant sur le fait que le Conseil constitutionnel ne pourrait remplir un rôle vraiment important que si sa composition était échangée (8).

Ironie de l'histoire, c'est l'absence de changement du mode de désignation des « sages » qui a contribué à l'accroissement du pouvoir du Conseil — mais aux dépens d'un Gouvernement contrôlé par l'ex-opposition.

II. — LA MISE EN SCÈNE DE LA CONFRONTATION

Peu de temps après que François Mitterrand et son Gouvernement socialiste arrivèrent au pouvoir en mai-juin 1981 certains hommes politiques et la presse commencèrent à invoquer la possibilité que le Conseil constitutionnel soit un obstacle puissant à la réalisation de nombre des réformes programmées. Des spéculations ouvertes sur ce point se sont développées intensément quand l'opposition s'est mise à s'interroger sur la constitutionnalité de certains articles du projet de loi de nationalisations. Le journal conservateur *Le Figaro* notait ainsi au mois d'août : « La seule arme constitutionnelle désormais disponible pour l'opposition est le recours au Conseil constitutionnel... ses membres ont tous été nommés par le précédent pouvoir (une situation politique inédite). » *La Croix* et d'autres journaux peu favorables au Gouvernement se sont mis à faire souvent référence au Conseil comme « le dernier rempart » face au « Gouvernement socialo-communiste ». Des responsables socialistes, offensés par l'assurance croissante de l'opposition à décrire le Conseil comme une barrière insurmontable, répondirent en des termes dédaigneux. Le député socialiste André Laignel balaya les objections des conservateurs au projet

(8) Loïc Philip, Bilan et effets de la saisine du Conseil constitutionnel, in Olivier Duhamel et Jean-Luc Parodi (éds.), *La constitution de la Cinquième République*, Paris, FNSP, 1985, p. 409-411 ; Louis Favoreu, Le Conseil constitutionnel et l'alternance, in Duhamel et Parodi, p. 427 ; Michel Charasse, Saisir le Conseil constitutionnel, *Pouvoirs*, 13, 1980, sp. p. 90 ; L. Favoreu and L. Philip, *Les Grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Paris, Sirey, 1984, chap. 29 et 34.

TABLEAU 2. — *La composition du Conseil constitutionnel (1981-1986)*

Nommés par	1981-1983	1983-1986
Le Président de la République	Roger Frey, président, député et ministre gaulliste (1959-1974) Georges Vedel, professeur de droit André Ségalat, conseiller d'Etat	Daniel Mayer, président, ministre SFIO (1947-1957), député SFIO (1945-1957), nouveau membre du Conseil depuis 1969
Le Président de l'Assemblée	Louis Joxe, député et ministre gaulliste (1959-1977) Achille Peretti, député gaulliste (1958-1977) ; Président AN (1969-1973) René Brouillet, diplomate, membre du cabinet du général de Gaulle (1944-1946)	Paul Legatte, conseiller chargé de mission auprès de Mitterrand (1981-1986) Pierre Marcilhacy, sénateur non inscrit (1962-1981), proche de Mitterrand dans ses dernières années
Le Président du Sénat	Gaston Monnerville, sénateur gauche démocratique (1946-1974), Président du Sénat Louis Gros, sénateur républicain indépendant (1948-1957) Robert Lecourt, député et ministre MRP (1946-1958)	Léon Jozeau-Marignat, sénateur républicain indépendant Maurice-René Simon, député MRP (1946-1957), professeur de droit

de nationalisations par la formule devenue célèbre : « Vous avez juridiquement tort parce que vous êtes politiquement minoritaires. » Lionel Jospin, premier secrétaire du ps, alimenta l'incendie en proclamant que « jamais les grands courants de réforme ne se sont laissés arrêter par une Cour suprême » et ajouta une menace à peine voilée à l'encontre du Conseil : « J'imagine que ces hommes auront conscience qu'ils doivent raisonner en magistrats de la Constitution... et non pas en hommes éventuellement partisans » (9).

Beaucoup d'observateurs, avec espoir ou inquiétude, comparèrent la situation de 1981 en France avec celle des années 30 aux Etats-Unis, lorsqu'un certain nombre des réformes du New Deal de Franklin D. Roosevelt capotèrent devant l'hostilité politique de la Cour suprême. L'analogie était juste, mais il est important de souligner en quoi les deux cadres de la confrontation juridico-politique diffèrent. Sur un point crucial, la situation de Roosevelt était plus délicate : la Cour américaine disposait d'un pouvoir de contrôle de constitutionnalité à la fois mieux établi et plus largement perçu comme légitime. Néanmoins, sur plusieurs autres points importants les socialistes français affrontaient une perspective plus troublée. Premièrement, *le Conseil français était plus nettement d'origine partisane que la Cour américaine*. Cette dernière comptait en 1933 quatre « conservateurs tenaces », mais aussi trois membres « solidement dans le camp libéral » et deux modérés. En contraste, et comme le montre le tableau 2, sept de neuf membres du Conseil de 1981 avaient été affiliés à des partis de la précédente majorité et le Président (Roger Frey) avait été un des gaullistes les plus influents entre 1959 et 1974. Deuxièmement, *le Conseil français entre en jeu beaucoup plus tôt que la Cour américaine*. Le système américain qui juge des espèces individuelles en dernier recours a empêché la Cour suprême d'annuler un acte jusqu'à la troisième année du New Deal (1935). Le système français de contrôle de constitutionnalité avant promulgation de la loi implique que le Conseil ait pu exercer son contrôle dès la première année du Gouvernement socialiste — apparaissant comme une sorte d'intrus au milieu de l'« état de grâce » — et ait eu le pouvoir potentiel d'étouffer des réformes dans l'œuf.

Troisièmement, du fait que le système français rend des décisions sur des lois contestées par les partis de l'opposition plutôt que sur des espèces judiciaires individuelles (comme les frères Schechter dont « l'affaire des poulets malades » a conduit au rejet du National Industrial Recovery Act), *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*. En bref, par comparaison avec la situation américaine des années 30, celle de la France des années 80 présentait de prime abord des traits au moins aussi susceptibles de conduire à l'obstruction juridic-

(9) *Le Figaro*, 26 août 1981 ; *La Croix*, 29 octobre 1981 ; *Journal des Finances*, 12 novembre 1981.

tionnelle vis-à-vis des réformes, et même des potentialités plus grandes d'un affaiblissement ou d'un déraillement de lois d'une façon qui ralentirait l'élan des réformes et encouragerait l'opposition (10).

III. — LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL OBSTACLE AUX RÉFORMES : 1981-1984

Jusqu'à quel point le Conseil constitutionnel s'est-il avéré un obstacle aux réformes durant l'ère Mitterrand ? L'impact du Conseil doit être évalué de trois façons, à travers : 1) une analyse statistique du traitement par le Conseil des lois déférées ; 2) la prise en considération de l'importance des lois déférées ; 3) la prise en compte de l'effet de ce qui a été baptisé « autolimitation », c'est-à-dire l'autorestriction législative imposée au Gouvernement par la menace explicite ou implicite d'une saisine par l'opposition et l'anticipation des déclarations d'inconstitutionnalité que ces recours pourraient entraîner (11).

Une analyse statistique. — Ainsi que l'indique le tableau 1, le Conseil a eu affaire à un nombre sans précédent de cas et a annulé un nombre sans précédent de lois préparées par le Gouvernement depuis juin 1981. Alors que le Conseil ne traitait que 0,6 cas par an avant mai 1974, et 6,7 cas par an de juin 1974 à mai 1981, il a contrôlé 13,7 cas par an durant les trois premières années et demie de l'ère socialiste. Durant cette période, le Conseil a examiné 48 lois, toutes déférées par l'opposition, et il a déclaré *près de la moitié* (43,8 %) d'entre elles au moins partiellement inconstitutionnelles. Par contraste, le Conseil n'a annulé partiellement ou totalement que 23,4 % des cas qui lui ont été soumis pendant le septennat giscardien. Non seulement le Conseil de la période Mitterrand a ainsi constitué un obstacle tout à fait inhabituel au regard des standards de la Ve République, mais également, *du point de vue statistique, il s'est davantage opposé au Gouvernement socialiste que la Cour suprême américaine ne s'est opposée à l'administration Roosevelt.* Alors que le Conseil français a annulé tout ou partie de 21 lois entre juin 1981 et la fin de 1984, la Cour américaine n'a déclaré inconstitutionnelles que 12 lois du New Deal. Pour donner un autre point de comparaison américain, on notera que l'activisme juridique de la Cour Warren (1953-1969) n'a produit, en seize années, que quatre décisions d'inconstitutionnalité de plus (soit 25 au total) que le Conseil français entre juin et décembre 1984 (12).

(10) V. William Leuchtenburg, *Franklin D. Roosevelt and the New Deal : 1932-1940*, New York, Harper & Row, 1963, chap. 7 et 10 ; *Le Monde*, 19 janvier 1982 ; *L'Express*, 5 juin 1981.

(11) Favoreu, *Le Conseil*, p. 434.

(12) C. Herman Pritchett, *Constitutional Law of the Federal System*, Englewood Cliffs, NJ, Prentice-Hall, 1984, p. 155.

L'importance des affaires. — A elle seule, l'analyse statistique ne peut évidemment pas établir pleinement la consistance du rôle du Conseil comme obstacle aux réformes. Une telle analyse doit être complétée par la prise en considération de l'importance des décisions d'annulation. Faute de place, on se contentera d'un bref examen des décisions les plus controversées sans reprendre tous les débats qui les ont accompagnées.

Il faut cependant se rappeler que la décision rendue par le Conseil le 16 janvier 1982 sur les nationalisations a déclenché de très violentes polémiques.

La plus importante décision du Conseil constitutionnel rendue depuis l'élection de François Mitterrand est indubitablement celle du 16 janvier 1982 sur la loi de nationalisation. Comme l'a remarqué Lionel Jospin peu après le « week-end noir » des socialistes, c'était « la première fois dans l'histoire de la V^e République que le Conseil constitutionnel empêche la promulgation d'une loi qui est au cœur même du dispositif mis en place par un Président de la République et une Assemblée nationale légitimement élue ». Reconnue comme une « mauvaise surprise » et « un échec sans précédent » pour le Gouvernement, et comme « un succès énorme » pour l'opposition, cette décision a fait du Conseil, jusqu'alors peu connu, le sujet d'articles à la une de tous les journaux français. Un journaliste du *Monde* avait certainement raison en constatant que beaucoup de Français avaient « appris l'existence du Conseil par le parti qu'il vient de prendre » (13). Mais de quel parti s'agit-il exactement ?

Il n'est pas possible de résumer en quelques phrases une décision aussi longue (30 p.) et riche en substance juridique, mais on peut dire qu'elle comportait deux jugements centraux entraînant des conséquences politiques immédiates. Ces deux opinions étaient appuyées largement sur l'article 17 de la Déclaration des Droits de l'Homme : « La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique... l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité. » D'une part, le Conseil a décidé contrairement aux arguments de l'opposition que les nationalisations proposées étaient constitutionnelles en leur principe, parce qu'il n'y avait pas d'« erreur manifeste » dans l'appréciation portée par le Parlement qu'elles « seraient nécessaires pour donner aux pouvoirs publics les moyens de faire face à la crise économique, de promouvoir la croissance et de combattre le chômage ». D'autre part, le Conseil a déclaré que la formule d'indemnisation proposée n'était pas « juste » et que les articles élaborant cette formule n'étaient pas *séparables* de l'ensemble de la loi, c'est-à-dire que la loi ne pouvait pas être promulguée (14).

Tandis que le Gouvernement et la majorité parlementaire obtenaient

(13) *Le Monde*, 19 et 20 janvier 1982 ; *Le Matin*, 18 janvier 1982 ; *Quotidien de Paris*, 18 janvier 1982 ; *Les Echos*, 18 janvier 1982.

(14) Favoreu et Philip, *Les Grandes décisions*, chap. 38 ; L. Favoreu (éd.), *Nationalisations et constitution*, Paris, Economica, 1982 ; Didier Linotte, *Les nationalisations de 1982*, *Revue du Droit public*, mars-avril 1982, livre 1, chap. 8.

TABLEAU 3. — *Les cinq décisions du Conseil constitutionnel les plus controversées entre 1981 et 1984*

Date de la décision	Résultat. Objet de la controverse
16 janvier 1982 Nationalisation	<p>Les nationalisations sont constitutionnelles en leur principe, mais sept articles de la loi sont déclarés non conformes à la Constitution ; ils sont déclarés inséparables de l'ensemble, et la promulgation est donc interdite.</p> <p>C'est la première fois dans l'histoire de la V^e République qu'une loi centrale pour un programme gouvernemental est annulée par le cc. Le Gouvernement a été obligé d'établir un nouveau projet, relançant les querelles internes à la gauche sur le champ d'application de la loi et différant de presque un mois les nationalisations (11 février). Le Gouvernement a dû changer la méthode d'indemnisation d'une façon qui a élevé le coût total des nationalisations de 28 à 36 milliards de francs (+ 29 %). Le Gouvernement a également été embarrassé par l'annonce de la décision la veille d'élections législatives partielles, toutes les quatre perdues par le Parti socialiste.</p>
18 novembre 1982 Loi électorale pour les élections municipales	<p>La disposition selon laquelle « aucune liste de candidats ne peut comporter plus de 75 % de candidats du même sexe » est déclarée non conforme.</p> <p>Le « quota des sexes » était considéré comme un moyen important pour améliorer le statut des femmes ; il avait été approuvé par une majorité de tous les partis au Parlement et n'était pas mentionné dans la saisine du Conseil par l'opposition.</p>
2 décembre 1982 Application de la décentralisation dans les départements d'outre-mer	<p>La création d'une assemblée unique (à la fois Conseil général et Conseil régional) élue à la proportionnelle est déclarée non conforme.</p> <p>Première décision d'annulation totale depuis mai 1981. Elle bloque les efforts du Gouvernement pour permettre aux petits partis d'obtenir des sièges.</p>
20 janvier 1984 Réforme de l'université	<p>La création d'un collège électoral unique, composé de maîtres-assistants et de professeurs, pour désigner les conseils des Universités est déclarée non conforme.</p> <p>Le Gouvernement essuie un échec dans sa tentative, encouragé par les syndicats de maîtres-assistants et assistants, pour diminuer le pouvoir et le statut des professeurs par rapport à celui des autres enseignants.</p>
11 octobre 1984 Loi sur la presse	<p>Les dispositions limitant la concentration de la presse sont déclarées conformes à la Constitution pour l'avenir, mais non à l'égard des « situations existantes ».</p> <p>La tentative gouvernementale de contraindre l'empire de presse Hersant au démantèlement est bloquée.</p>

satisfaction en ce qui concerne le principe de nationalisation, ils étaient gênés par des jugements négatifs beaucoup plus sévères qu'attendu. C'est l'annulation de la formule d'indemnisation qui a suscité les critiques les plus violentes. Même des modérés comme Michel Rocard l'ont trouvée injustifiée, déclarant : « Au lieu de dire le droit, les juges disent le prix. » Les leaders de la gauche ont protesté que la formule annulée par « les sages » avait été suggérée par le Conseil d'Etat (« Vérité constitutionnelle d'un côté du Palais-Royal, erreur constitutionnelle de l'autre côté du même palais », notait Robert Badinter) et qu'elle était plus généreuse que celle utilisée à l'époque de la Libération. En même temps, il était rapporté dans la presse que selon l'avis de quelques spécialistes des finances publiques l'indemnisation proposée apparaissait très acceptable. Pour le Gouvernement, le ressentiment sur ce point était exacerbé par : 1) Le fait que le Conseil n'a pas précisé ce qu'il considérait être une formule acceptable d'indemnisation ; donc les responsables devaient essayer d'arriver à une formule plus « juste », c'est-à-dire plus coûteuse, sans assurance qu'elle ne serait pas annulée — en essayant en même temps d'apaiser des courants de la gauche convaincus que même la formule originale était trop généreuse ; 2) Le jugement d'inséparabilité, qui a entraîné un retard dans la mise en œuvre des nationalisations et a empêché le lancement du programme de redressement de l'économie ; dans les mots de Louis Mermaz : « En perdant du temps, nous perdrons l'argent » (15).

Pendant que le Gouvernement se mettait à réviser les dispositions annulées par le Conseil, une « mini-crise institutionnelle » se déroulait. Les communistes ont condamné « l'opération politique d'arrière-garde des battus du 10 mai », alors que des responsables socialistes s'engageaient dans ce qu'on a appelé « une guerre des tranchées » ou une « campagne de dénigrement » dirigée contre « Roger Frein » et les autres « messieurs veto ». Jospin a déclaré que « le Conseil constitutionnel n'est pas l'instance objective et sage qu'on dit » et qu'« on ne peut pas substituer le Gouvernement des juges au Gouvernement du peuple ». André Labarrère a prononcé une espèce d'avertissement au Conseil : « A force de nous assassiner, il va finir par se suicider. » En même temps, à l'Hôtel Matignon, un conseiller du Premier ministre a constaté qu'une annulation de la loi révisée traduirait une volonté d'obstruction inadmissible et imposerait donc « une épreuve de force » : « Une fois oui, deux fois non, M. Mitterrand ne l'accepterait pas ! » En résumant les déclarations menaçantes de la gauche, condamnées par les journaux de droite comme signes d'un « désir de totalitarisme » ou d'une frénésie de la part des « ayatollah » socialistes, un journaliste du *Monde* a décrit la confrontation juridico-politique dans ces termes dramatiques : « D'un côté, neuf sages nommés par des représentants de l'ancienne majorité ; de l'autre, les 15 714 598 Français qui se sont prononcés, le 10 mai 1981... en faveur de M. François Mitterrand...

(15) *La Croix*, 24-25 janvier 1982 ; *Le Matin*, 20 janvier 1982 ; *Le Monde*, 19 et 20 janvier 1982.

Laquelle de ces deux légitimités est la plus légitime ? Pour le PCF, le PS et leurs députés, la réponse est claire : le Conseil constitutionnel a tort car il freine le changement voulu par le pays » (16).

La tempête était calmée, au moins pour un temps, par l'approbation par le Conseil de la nouvelle loi de nationalisation en février, mais les coûts économiques et politiques pour le Gouvernement étaient considérables. Le programme de redressement a été retardé, le coût de l'indemnisation a été augmenté de 8 milliards de francs (près de 30 %), les courants de la gauche se sont querellés à propos du Conseil et de la révision de la loi, et l'opposition jusqu'alors divisée a été unifiée quelque peu par le combat et a bénéficié d'un remontant. Après que deux membres du Conseil (Gros et Monnerville) eurent, dans une démarche tout à fait exceptionnelle, protesté publiquement, en qualifiant les attaques dont ils faisaient l'objet d'« injurieuses et malhonnêtes », *Le Figaro* a publié un article intitulé « Défendre la République » et Jacques Chirac a déclaré que le clivage politique en France n'était plus entre gauche et droite mais entre républicains et marxistes. Le Conseil constitutionnel a donc joué un rôle non négligeable dans l'achèvement de l'état de grâce du Gouvernement socialiste (17).

Indépendamment du fait que trois membres du Conseil, dont le Président, furent remplacés en 1983 par des hommes sympathiques à la gauche, le Conseil est resté dominé par des conservateurs et a continué à poser des problèmes au Gouvernement. Il faut insister sur ce point car il représente un autre aspect par lequel la confrontation juridico-politique en France dans les années 80 a été plus difficile pour les gouvernants élus que la confrontation américaine des années 30. Dans ce dernier cas, les « neuf vieillards » ont cessé de constituer un obstacle sérieux pour l'administration Roosevelt en mars 1937 — deux ans après la première décision d'inconstitutionnalité concernant une loi du New Deal — lorsque le juge Roberts Owen s'est « converti », donnant naissance à une majorité 5-4 en faveur des réformes (rapidement étendue par de nouvelles nominations par Roosevelt) (18). Ce célèbre « changement à temps qui a sauvé les neuf », apparemment consécutif à la réélection triomphale de Roosevelt en 1936 et au plan avorté pour réformer la Cour, est jusqu'à présent sans équivalent dans le cas français.

Après les affrontements autour des nationalisations, il y eut une accalmie. Mais plus de trois ans après l'arrivée de la gauche au pouvoir, la décision sur la loi sur la presse atteste la poursuite de la confrontation. En annulant, le 10 octobre 1984, l'application de la loi aux « situations existantes », le Conseil empêche la réalisation d'un des principaux objectifs du Gouvernement, à savoir le démantèlement de l'« empire de presse » (19 quotidiens

(16) *L'Humanité*, 19 janvier 1982 ; *Le Monde*, 20 et 23 janvier 1982 ; *Quotidien de Paris*, 20 janvier 1982 ; *Le Canard enchaîné*, 20 janvier 1982.

(17) *Libération*, 20 janvier 1982 ; *Le Monde*, 27 janvier 1982 ; *Le Figaro*, 20 janvier 1982.

(18) Leuchtenburg, chap. 10, sp. p. 236 ; Leonard Baker, *Back to Back : The Duel Between FDR and the Supreme Court*, New York, MacMillan, 1967, chap. 10.

dont *Le Figaro*, 7 hebdomadaires, 11 périodiques) contrôlé par le très conservateur Robert Hersant. Une fois de plus, des députés socialistes s'insurgent contre « la tendance du Conseil à se comporter comme une troisième chambre » et proclament « Non au Gouvernement des juges » (19).

L'effet d'autolimitation. — Comme Louis Favoreu et Olivier Duhamel l'ont établi, une appréciation complète du rôle du Conseil en tant qu'obstacle à la réforme doit prendre en considération non seulement le nombre de lois annulées, mais aussi l'« autolimitation » ou l'effet de « dissuasion ». Il est impossible de déterminer exactement le point jusqu'auquel le Gouvernement a anticipé des décisions négatives du Conseil et atténué ses propres projets de réforme, mais il est certain qu'un tel processus s'est déroulé. L'autolimitation a été visible dans la très importante réforme de décentralisation en février 1982, ainsi qu'en décembre 1983 dans la loi de finances augmentant les pouvoirs des agents de l'administration fiscale. Dans au moins un cas, il apparaît que la crainte du Conseil a paradoxalement conduit le Gouvernement à adopter une réforme plus profonde que celle qu'il envisageait. Il a été rapporté qu'au début 1985 des hauts responsables ont décidé d'instaurer une représentation proportionnelle complète pour l'élection de l'Assemblée nationale notamment parce qu'il craignait que le Conseil rejette un « système mixte » (une combinaison du système majoritaire traditionnel dans les départements avec un nouveau système proportionnel régional), ce parce qu'il créerait « deux types de députés » (20).

CONCLUSION

Le rôle du Conseil constitutionnel a changé considérablement depuis sa création en 1958. A l'origine, institution inconnue et d'importance marginale, le Conseil est devenu graduellement une pièce centrale du système politique français, et depuis la révision de 1974 qui a élargi la saisine, le principal instrument de *contre-pouvoir* entre les mains de l'opposition parlementaire (21). La période de 1981 a aujourd'hui montré à quel point ce contre-pouvoir peut être puissant lorsqu'un Gouvernement de réforme fait face à un Conseil dominé par les membres nommés par l'ex-majorité.

Jusqu'à quel point le Conseil a-t-il été un obstacle aux réformes ? Le rôle du Conseil a-t-il été d'une certaine manière bénéfique pour le Gouvernement socialiste ? Ce n'est que récemment que les spécialistes ont commencé à se poser ces questions, et le débat sur ces points ne fait que commencer. Le spécialiste du Conseil peut-être le plus connu, Louis Favoreu,

(19) *Le Monde*, 13 octobre 1984 et 3 décembre 1984 ; *La Croix*, 19 octobre 1984.

(20) Favoreu, *Le Conseil*, p. 434 ; Favoreu et Philip, *Les Grandes décisions*, chap. 39, sp. p. 571 ; Duhamel, in *Le Monde*, 3 janvier 1984 ; *L'Express*, 12 avril 1985.

(21) V. Olivier Duhamel, Les Logiques cachées de la constitution de la Cinquième République, in Duhamel et Parodi, *La constitution*, p. 18.

a soutenu « qu'en aucun cas il n'a empêché la réalisation de réformes depuis 1981 » et qu'« en réalité son action a joué bien davantage comme une garantie de l'alternance que comme un obstacle ». Lorsque le Conseil a frustré le Gouvernement en canalisant, filtrant ou tamisant les projets de loi, il a « fait preuve... d'une très grande prudence », et le Conseil a accordé aux réformes des socialistes une espèce de *certificat d'authenticité* tel que, une fois promulguées, il n'est plus possible de les contester (du moins quant à leur conformité à la Constitution) (22).

Il me semble qu'il y a plusieurs défauts sérieux dans cette argumentation.

D'abord, elle sous-estime à quel point le Conseil intervient comme un frein vis-à-vis du programme socialiste de réforme. Il est peut-être vrai que le Conseil se comporte avec une prudence considérable. Il est probable que la plupart des membres du Conseil auraient approuvé beaucoup moins de changements s'ils avaient été législateurs au lieu d'être juges, et plausible qu'ils auraient pu rendre quelques décisions plus négatives sans choquer une partie importante de la communauté des experts en droit constitutionnel.

Le fait que les votes au Conseil soient secrets et que, à la différence de la Cour suprême américaine, il n'admette pas les opinions dissidentes, rend presque impossible l'évaluation de ses dynamiques politiques. Il faut dire aussi que le Conseil n'a certainement pas créé un vrai « Gouvernement de juges ». Néanmoins, il a empêché le Gouvernement à un point sans pareil dans l'histoire de la V^e République et, en vérité, sans précédent dans l'Histoire de France depuis l'abolition des Parlements lors de la Révolution française (23). Par ailleurs, selon plusieurs indicateurs, il a bloqué les tentatives de réforme du Gouvernement autant, ou même plus que la Cour suprême américaine à l'époque du New Deal. Le Conseil a annulé plus de lois ; à la différence de la Cour suprême des années 30, il n'a pas cessé de rendre des décisions négatives deux ans après ; et, à cause du système français de contrôle *a priori*, il a été capable de bloquer des lois contestables sur le plan constitutionnel avant qu'elles soient mises en vigueur. On peut soutenir que le Conseil n'a empêché complètement aucune loi aussi importante qu'au moins une loi annulée par la Cour suprême : le NIRA (National Industrial Recovery Act, ou Loi de Redressement industriel national). Mais, il faut rappeler que le NIRA a pu fonctionner pendant deux années cruciales avant son annulation, et que le Wagner Act de 1935 — accepté par la Cour suprême en 1937 — reprenait plusieurs aspects essentiels du NIRA, dans une forme encore plus radicale (24). Et s'il est vrai qu'un bon nombre des annulations du Conseil ne sont pas

(22) Favoreu, *Le Conseil*, p. 434-437.

(23) V. François Luchaire, *Le Conseil constitutionnel*, Paris, Economica, 1980, chap. 1.

(24) V. Theda Skocpol, *Political Response to Capitalist Crisis : Neo-Marxist Theories of the State and the Case of the New-Deal*, *Politics and Society*, 10, 1980, spécialement p. 171-181.