

JOURNAL

*En réponse aux analyses de F. L. Morton**

« *Perspectives nord-américaines
sur le Conseil constitutionnel* »

JOHN T. S. KEELER**

Autant je suis en désaccord avec Louis Favoreu sur certaines questions, autant je souscris pleinement à son opinion selon laquelle l'émergence du Conseil constitutionnel constitue l'un des développements les plus spectaculaires de l'histoire de la V^e République qui mérite désormais l'intérêt non seulement des universitaires français, mais aussi de tous ceux qui, partout, s'intéressent au contrôle de constitutionnalité. Je me réjouis donc de ce que mes articles comparant les confrontations juridico-politiques de la France de Mitterrand à celles de l'ère du New Deal aux Etats-Unis aient réussi à attirer l'attention d'universitaires américains tels que F. L. Morton sur l'importance du Conseil¹. Morton est tout à fait d'accord avec moi pour accepter sous certains aspects la légitimité de la comparaison franco-américaine, même s'il conteste mes conclusions principales. En espérant que notre débat puisse servir à stimuler de nouvelles analyses sur le sujet, je répondrai brièvement à ses arguments et tenterai de montrer qu'ils ne sont pas à même de réfuter mon analyse.

Au cœur du débat, se trouve la question de savoir s'il est valide d'affirmer, comme je l'ai fait, que « au vu de plusieurs indicateurs [le Conseil] a bloqué les tentatives de réforme du gouvernement autant, ou même plus, que la Cour suprême américaine à l'époque du New Deal »².

* Cf. *Pouvoirs*, n° 46, p. 127-145.

** Professeur de science politique à l'Université de Washington.

1. Voir John T. S. Keeler, *Confrontations juridico-politiques : le Conseil constitutionnel face au Gouvernement socialiste comparé à la Cour suprême face au New Deal*, *Pouvoirs*, 35 (novembre 1985), p. 133-148 ; pour une version plus détaillée de la thèse présentée d'abord dans l'article de *Pouvoirs*, voir John T. S. Keeler and Alec Stone, *Judicial-political Confrontation in Mitterrand's France*, in George Ross, Stanley Hoffmann and Sylvia Malzacher (eds.), *The Mitterrand Experiment*, New York, Oxford University Press, 1987.

2. Keeler, « *Confrontations juridico-politiques* », p. 146.

Morton conteste cette affirmation de plusieurs points de vue. En premier lieu, il affirme que bien qu'il soit exact que le Conseil ait censuré beaucoup plus de lois durant la période de gouvernement socialiste que ne le fit la Cour suprême durant le New Deal, cet « argument statistique perd l'essentiel de sa force si l'on précise qu'une seule [des décisions négatives du Conseil] constituait une annulation totale. Les vingt autres sont des annulations partielles qui n'empêchent pas les lois d'être promulguées et mises en application ».

Je crois que l'argument de Morton à propos des statistiques est vicié sous deux aspects. Un point mineur tout d'abord : le Conseil a prononcé non pas une mais deux annulations totales durant cette période. Il est beaucoup plus significatif en revanche de rappeler que dans une perspective politique le fait que les annulations du Conseil soient totales ou partielles est relativement secondaire. Pour ne citer qu'un exemple, la décision du Conseil relative à la loi sur la presse (1984) entraînait une annulation partielle, mais elle empêcha le Gouvernement d'atteindre son objectif central — le démantèlement de l'empire de presse Hersant — et est donc extrêmement importante. Ce qui est essentiel pour notre propos est de savoir si les décisions négatives du Conseil ou de la Cour suprême furent considérées comme importantes par le Gouvernement et les autres observateurs. Ainsi que je l'ai montré dans de précédents articles il y a un consensus universitaire pour considérer que 7 décisions négatives de la Cour suprême furent importantes, alors que, durant la période 1981-1986, il y eût au moins sept annulations du Conseil importantes et sujettes à controverses.

La seconde critique de Morton est que, s'il est vrai que le Conseil sanctionna la législation socialiste sur une plus longue période que ne le fit la Cour suprême à l'encontre de la législation du New Deal, la « différence d'un an » est insignifiante « en particulier parce que le chiffre américain est le résultat d'un fait contingent — à savoir le départ à la retraite ou le décès de la plupart des membres conservateurs de la Cour suprême en 1937 »³. Je trouve cet argument extrêmement curieux. En premier lieu, la différence entre les deux cas est supérieure à un an. La Cour suprême américaine censura des décisions fédérales durant une période qui ne dépassa pas 17 mois (janvier 1935 à mai 1936), tandis que le Conseil constitutionnel censura une importante loi de l'ère socialiste quarante-quatre mois après sa première décision négative de 1982. La différence est donc de vingt-sept mois soit plus de deux ans et non pas une seule année.

En second lieu, une différence même d'un an — sans parler de plus de deux ans — est évidemment fondamentale pour le gouvernement concerné. En troisième lieu, le chiffre américain ne résulte pas exclusivement de la retraite ou du décès des juges conservateurs de la Cour

3. Voir Loïc Philip, Bilans et effets de la saisine du Conseil constitutionnel, in Olivier Duhamel et Jean-Luc Parodi (éd.), *La Constitution de la V^e République*, Paris, Presses de la Fondation nationale des Sciences politiques, 1985.

suprême. En effet, un des aspects les plus curieux dans l'affaire du New Deal est que la Cour commença à accepter la législation fédérale avant qu'aucun des juges ne soit remplacé. Il est significatif que Morton évite de mentionner le fameux mot du juge Robert en mars 1937 *Switch in time that saved nine*⁴ (Un virage à temps qui en a sauvé neuf) : comme je l'ai souligné ailleurs, il n'y a aucun équivalent de ce « virage » dans le cas français. En quatrième lieu, je ne parviens pas à voir la signification du fait que la Cour suprême ait cessé de créer des problèmes à l'administration Roosevelt en partie à cause du « fait contingent » noté plus haut. Indépendamment de ses causes, le point essentiel reste que le Conseil français a constitué un obstacle aux réformes du Gouvernement socialiste durant une période plus longue que la Cour suprême ne troubla le Gouvernement du New Deal dans les années 30.

Dans le même ordre d'idée, Morton insiste sur le fait que j'aurais dû prendre en compte le contrôle des lois des États par la Cour suprême. En effet, il prétend que mon intérêt exclusif « pour les décisions de la Cour suprême intervenues après 1932 pourrait être contesté parce que arbitraire et servant [ma] propre interprétation ». Une fois de plus, je trouve curieux ce mode de raisonnement. Je ne conteste pas son affirmation que de nombreuses décisions antérieures de la Cour à propos de lois des États furent importantes, pas plus que je ne conteste son assertion que pour certains objectifs il soit souhaitable d'analyser la confrontation juridico-politique américaine dans une perspective plus large. Cependant, comme je l'avais clairement souligné, le propos de mon article était simplement de comparer dans quelle mesure les deux Cours ont constitué, au travers du contrôle de constitutionnalité, des obstacles aux changements voulus par deux ambitieux gouvernements réformateurs. Je n'arrive pas à voir en quoi ceci est « arbitraire et servant ma propre interprétation », en particulier si l'on considère que c'est le conflit entre la Cour suprême et le Gouvernement du New Deal que de nombreux hommes politiques et journalistes ont utilisé par analogie lors de la confrontation juridico-politique de la période Mitterrand.

Le troisième argument de Morton est que j'aurais tort d'attacher une « signification au fait que la technique de contrôle *a priori* du Conseil constitutionnel l'autorise à bloquer les lois avant qu'elles ne soient promulguées ». C'est, prétend-il, « un point de vue plutôt académique », puisque le Conseil n'a procédé qu'à « une seule annulation totale » durant la période concernée. Là encore, le raisonnement de Morton me paraît erroné. Comme il a déjà été noté, cela n'a aucun sens d'affirmer que seules les annulations totales empêchent le Gouvernement d'atteindre ses objectifs politiques importants. Certaines des décisions du Conseil durant la période 1981-1986, parmi les plus significatives et les plus sujettes à controverses, furent des annulations partielles et tout analyste sérieux de l'activité du Conseil doit

4. Voir Alec Stone, *In the Shadow of the Constitutional Council : The Juridification of the Legislative Process in France*, *West European Politics*, juillet 1988.

reconnaître que ceci a continué d'être vrai durant la cohabitation, de 1986 à 1988. La décision du 23 janvier 1987 concernant « l'amendement Séguin » en constitue un exemple éclatant durant cette dernière période. Bien plus, le rejet facile, par Morton, de mon argument sur l'importance du mode de contrôle *a priori* ignore un élément crucial que j'ai exposé dans de précédents articles. Le Gouvernement Roosevelt eût la possibilité de faire usage du fameux National Industrial Recovery Act durant deux ans avant que la Cour suprême ne le déclare inconstitutionnel ; il est évident que tel n'aurait pas été le cas si la Cour américaine avait pu recourir à la méthode du contrôle *a priori*.

Au regard de la question de savoir si le Conseil de 1981-1986 doit être considéré comme un obstacle aux réformes comparables à la Cour suprême des années 30, Morton, par conséquent, n'apporte ni preuves ni argument suffisant pour réfuter ma thèse : le Conseil constitutionnel censura (en tout ou en partie) davantage de lois concernant un plus grand éventail de questions politiques, annula (totalement ou en partie) approximativement le même nombre de lois importantes, prit des décisions négatives sur une période beaucoup plus longue et — à la différence de la Cour suprême — empêcha des articles essentiels de certaines lois d'être jamais promulgués. Il est vrai que le Conseil constitutionnel ne bloqua pas *complètement* les réformes socialistes les plus importantes, mais ce n'est pas là le problème en discussion. Après tout, la Cour suprême ne bloqua pas *complètement* les réformes majeures du New Deal non plus. Dans les deux cas, le Conseil ou la Cour forcèrent le Gouvernement à abandonner certains objectifs importants et obligèrent les gouvernants à modérer des dispositions centrales de leurs lois de réforme.

Ceci dit, est-il possible d'accepter la thèse de Morton — reprise de Louis Favoreu — selon laquelle « le Conseil constitutionnel a davantage contribué à légitimer le programme politique des socialistes qu'il ne l'a empêché » ? Morton ne prend pas en considération et essaie encore moins de réfuter les arguments spécifiques que j'ai présentés sur ce point⁵. Il se contente d'affirmer « qu'il n'était pas évident au printemps 1981 » que la France « accepterait un Gouvernement de gauche » et attribue l'essentiel du mérite de cette « acceptation » au fait que le « Conseil constitutionnel a partiellement limité les nouvelles politiques socialistes ». Voilà une thèse pleine d'intérêt mais qu'il est impossible de prouver ; bien plus, elle soulève des problèmes cruciaux. Que veut-on signifier en disant que, sans les contraintes posées par le Conseil, la « France » aurait pu ne pas « accepter » un Gouvernement de gauche ? Morton prétend-il par là que la force modératrice du Conseil a empêché les socialistes de poursuivre des objectifs si radicaux qu'ils auraient pu entraîner un coup d'Etat ou une révolution ? Dans sa critique de ma thèse, Morton soutient que le Conseil n'a pas constitué une contrainte sérieuse pour le Gouvernement de gauche. Pourtant,

5. Voir Keeler, « Confrontations juridico-politiques », p. 147-148 ; Keeler and Stone, « Judicial-political Confrontation », p. 177-178.

il semble également prétendre que le Conseil fut une contrainte si significative qu'il faut le créditer d'avoir empêché une catastrophe politique.

Morton ne pose jamais ce qui me semble être la question fondamentale en matière de légitimation : est-il réellement plausible de supposer que les supporteurs du Gouvernement de gauche avaient besoin du Conseil pour légitimer le programme socialiste ou bien que les opposants du Gouvernement le percevaient désormais de manière moins hostile du fait des décisions du Conseil ? Je voudrais soutenir l'idée que les élections démocratiques de 1981 avaient fourni toute la légitimité requise aux yeux de nombreux citoyens français, en tout cas certainement des supporteurs des socialistes et que ceux qui étaient hostiles au Gouvernement pour des raisons partisans n'étaient pas enclins à de meilleurs sentiments quelles que fussent les décisions du Conseil. En fait, nombre de ces opposants au Gouvernement interprétèrent les décisions négatives du Conseil comme un témoignage du manque de respect de la Constitution par la gauche qui avait ainsi perdu sa légitimité. A l'évidence les pages de journaux de droite comme *Le Figaro* ne témoignèrent pas d'une « atténuation » de l'opposition au Gouvernement après les décisions du Conseil.

Il vaut la peine enfin de souligner deux vices additionnels dans l'article de Morton. En premier lieu, il n'est pas exact qu'un nouveau Gouvernement ait la possibilité de nommer trois nouveaux membres — y compris un nouveau président du Conseil — en l'espace de trois ans et une majorité de six juges en six ans. Comme la gauche n'a jamais pu obtenir la majorité au Sénat, le mieux qu'un président et une majorité de gauche à l'Assemblée nationale puissent espérer est la nomination de *deux* juges proches d'eux en l'espace de trois ans et *quatre* en six ans. De même, il se peut qu'un président ait à attendre jusqu'à neuf ans pour espérer nommer le président du Conseil constitutionnel. C'est seulement parce que le mandat de Roger Frey s'achevait en 1983 que Mitterrand eut la possibilité de nommer un nouveau président du Conseil au cours des trois premières années de son septennat. En second lieu, et je pense que Louis Favoreu souscrirait à ce point, il est improbable « que tôt ou tard même un changement politique radical recevrait l'approbation constitutionnelle du Conseil ».

Quelle que soit l'ampleur du changement de la composition du Conseil en raison de « mutations électorales profondes » l'accumulation rapide des précédents jurisprudentiels établis par le Conseil rend l'approbation d'un véritable « changement politique radical » de plus en plus improbable⁶.

6. Voir Louis Favoreu, *Le Conseil constitutionnel et la cohabitation*, rapport présenté au Colloque AFSP, 3-4 avril 1987, p. 20.