



HAL
open science

**LE PROCESSUS DE LEGITIMATION DU CONSEIL
CONSTITUTIONNEL FRANÇAIS A L'EPREUVE DE
LA DEMOCRATIE REPRESENTATIVE - ETUDE
DES DELIBERATIONS DE L'INSTITUTION A HUIS
CLOS ENTRE 1958 ET 1986**

Marie-Hélène Caitucoli

► **To cite this version:**

Marie-Hélène Caitucoli. LE PROCESSUS DE LEGITIMATION DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL FRANÇAIS A L'EPREUVE DE LA DEMOCRATIE REPRESENTATIVE - ETUDE DES DELIBERATIONS DE L'INSTITUTION A HUIS CLOS ENTRE 1958 ET 1986. Science politique. Ecole des Hautes Etudes en Sciences Sociales (EHESS), 2016. Français. NNT : . tel-02058823

HAL Id: tel-02058823

<https://theses.hal.science/tel-02058823>

Submitted on 6 Mar 2019

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

ÉCOLE DOCTORALE DE L'EHESS 286

CENTRE D'ÉTUDES SOCIOLOGIQUES ET POLITIQUES RAYMOND ARON

THÈSE DE DOCTORAT

Discipline : ÉTUDES POLITIQUES

LE PROCESSUS DE LEGITIMATION DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL
FRANÇAIS À L'ÉPREUVE DE LA DÉMOCRATIE REPRÉSENTATIVE

ÉTUDE DES DÉLIBÉRATIONS DE L'INSTITUTION À HUIS CLOS ENTRE 1958 ET 1986.

MARIE-HELENE CAITUCOLI

Thèse dirigée par:

PASQUALE PASQUINO, CNRS, CESPRA/EHESS, New York University

Date de soutenance : le 12 février 2016

- Jury**
- 1 Pasquale PASQUINO, Directeur de recherche au CNRS, CESPRA/EHESS, Paris, Professeur à New York University (directeur de thèse)
 - 2 Gil DELANNOI, Directeur de recherche à la FNSP, Professeur de théorie politique à l'Institut d'Études Politiques de Paris (rapporteur)
 - 3 Arnaud LE PILLOUER, Professeur de droit public à l'Université de Poitiers (rapporteur)
 - 4 Dominique SCHNAPPER, Directrice d'Études à l'EHESS, Paris
 - 5 Michel HASTINGS, Professeur de science politique à l'Institut d'Études Politiques de Lille

Remerciements

Il est coutumier de lire dans les remerciements que la thèse qui suit n'aurait pu voir le jour sans le soutien permanent et bienveillant de son Directeur.

Cela est bien entendu juste et il sied de remercier celui ou celle qui vous a guidé plusieurs années sur ce chemin de croix jalonné de bonheurs lumineux et furtifs. Chacun sait bien tout ce qu'il doit à ce Directeur ou à cette directrice.

Pour ma part, j'ai résolument pu m'engager vers la réalisation progressive d'une certaine idée de la justesse intellectuelle grâce à mon Directeur, Pasquale Pasquino ; sur ses conseils toujours encourageants, j'ai éprouvé le sentiment apaisant d'échapper à l'aride solitude de l'esprit qui ne sait plus avancer. Pour tout cela, je sacrifie de bon cœur à l'exercice et je remercie mon Directeur de thèse très chaleureusement.

Il me faut cependant lui rendre un hommage plus particulier car effectivement, au sens plein, cette thèse n'aurait pas vu le jour sans lui. J'en reparle en introduction dans un propos différent mais je dois le dire tout de même ici : j'avais un sujet, j'étais mue par un questionnement de science politique, discipline que j'avais commencé d'étudier ; ce sujet cependant me plaçait à la croisée des chemins avec la théorie du droit, que je connaissais peu. Outre un vertigineux espace de liberté qui s'offrait à moi tant mon questionnement sur la légitimité en démocratie était d'abord vague, inquiet et peu ciblé, je n'avais pas de matière à laquelle me raccrocher, à laquelle éprouver mes présupposés ou simplement poser mes questions. C'est Pasquale Pasquino, avec une simplicité bon enfant ne déroutant qu'une seconde pour provoquer aussitôt une profonde sympathie, qui m'a proposé de travailler sur les délibérations du Conseil constitutionnel, à peine ouvertes au public. Je l'en remercie vivement. Il a su me communiquer immédiatement son enthousiasme pour cet objet inédit et a ainsi mis en mouvement la passion de la recherche qui n'attendait chez moi que son objet. Nos discussions régulières qui ont suivi m'ont alors toujours laissée l'esprit clair, débarrassé de ses quêtes vaines et recentré sur l'essentiel, dans une approche toujours plus précise du chemin à parcourir. De nos échanges, je ressortais revigorée, mieux avisée et prête à affronter plus encore.

Tout au long de ce parcours, j'ai pu aussi bénéficier avec bonheur de la générosité de Dominique Schnapper qui avait aussi été mon professeur au sein de la mention Etudes politiques. A ce titre et en tant qu'ancien membre du Conseil constitutionnel, Madame Schnapper m'a prodigué de précieux conseils pour bien comprendre mon objet, également sur un plan plus méthodologique. Je l'en remercie de tout cœur.

Si le matériau empirique de mon travail renvoie à des archives, j'ai pu discuter avec bonheur de certaines de mes intuitions de manière informelle avec des acteurs du monde politique. A ce titre, je mentionne ces derniers à l'issue de ma bibliographie comme autant de sources additionnelles d'informations sur un environnement que j'aborde sur une période passée mais dont la période présente garde nécessairement quelques traces. L'honneur particulier que m'a fait l'actuel Président du Conseil constitutionnel, Monsieur Jean-Louis

Debré, de m'accorder sous les ors de la République, un long entretien convivial, chaleureux, didactique et éclairant, me dicte ici un remerciement appuyé.

Ma dette est également immense à l'égard du Centre Aron, le CESPRA, et de la mention Etudes politiques de l'EHESS où j'ai été admise en Master recherche pour une année de bonheur et de régénérescence intellectuels qui m'ont donné l'envie et l'énergie de poursuivre en thèse. Je suis en particulier très reconnaissante à Luc Foisneau qui a dirigé mes travaux cette année-là avec une pédagogie, une exigence et une confiance qui m'ont permis de développer l'assurance douce et stimulante de me sentir à ma place. Quelle belle année, que de découvertes ! Pierre Manent, dont j'ai alors commencé à suivre assidûment le séminaire y a joué aussi un rôle précieux et j'ai eu l'occasion de lui faire connaître ma gratitude. Mon initiation à la philosophie politique, vers laquelle mon esprit penchait irrésistiblement, doit beaucoup à ces deux premiers maîtres. Si je mesurais déjà ma chance, l'heure est venue de les remercier également. Je dois un mot plus général à tous les professeurs et chercheurs dont j'ai suivi les séminaires du Master jusqu'au Doctorat, en philosophie politique, en anthropologie, en sociologie, en théorie du droit, en littérature, à l'EHESS et à l'ENS-Ulm dans le cadre du partenariat des deux institutions. Tous ont façonné ma réflexion intellectuelle, incontestablement.

Au CESPRA, j'ai aussi eu la chance de travailler avec Philippe Urfalino qui le dirigeait alors, puis avec Olivier Remaud quand il a pris sa suite. J'ai été comblée par leur confiance sur les plans intellectuel et organisationnel : j'espère avoir contribué, comme ils le souhaitent, à amorcer une dynamique d'échange entre les chercheurs au Centre. Du reste, tous deux ont toujours offert une écoute très attentive à mes propres questionnements et des réponses fécondes pour dépasser mes tâtonnements. Merci à eux. Merci aussi à Gilles Bataillon, le directeur de la mention Etudes politiques qui m'y a aiguillée dès mon arrivée et qui m'a aussi témoigné une confiance particulièrement stimulante.

Cette reconnaissance qui a ainsi jalonné mon passage au Centre Aron aura été un puissant moteur pour aller de l'avant dans mon entreprise intellectuelle, modeste mais ardue.

La bienveillance, la douceur, l'efficacité et l'humanité à fleur de regard d'Elisabeth Dutartre, gardienne passionnée d'une merveilleuse bibliothèque au Centre, y sont assurément aussi pour beaucoup. Je l'en remercie.

Enfin, ces années de bonheur intellectuel auraient été incomplètes à mes yeux sans la valeur de l'amitié à laquelle j'accorde tant dans la vie : le séminaire des doctorants de la mention Etudes politiques m'a permis de rencontrer Agnès Bayrou, Félix Blanc, Benjamin et Laure Brice, Adrien Louis et Cynthia Salloum. Si l'aventure académique des séminaires annuels organisés ensemble sur l'étude complète du *Fédéraliste* américain, puis un autre avec Benjamin dédié à la question délicate de la scientificité de l'étude de textes, m'a permis de progresser encore à travers l'échange, le débat et l'émulation, ce sont des amitiés profondes, solides et durables que j'ai nouées ici. Que nos vies soient à présent si liées par-delà l'expérience intellectuelle me comble de joie. L'aventure s'est poursuivie avec la création, ensemble, de l'AMEP, l'association des Amis de la Mention Etudes Politiques de l'EHESS, dont j'ai encore pour le moment l'honneur d'être vice-Présidente. Je remercie aussi toute l'équipe pour les échanges intellectuels et amicaux qui font la saveur et l'intérêt de cette

association porteuse d'une réflexion destinée à un large public, conformément à notre espérance commune. En particulier, les rencontres avec Sophie Marcotte-Chénard, Giulio de Ligo, Rui Pereira, Violaine Ricard et Robin Oerthel furent décisives affectivement et intellectuellement. Merci à tous de si bien diffuser cet amour enthousiaste et fécond des choses humaines! A ce titre, enfin, je ne saurais non plus oublier mes élèves de Science Po Lille.

Mes amis de plus longue date n'ont évidemment pas failli dans ce parcours. Ma famille, comme toujours, fut un phare permanent.

Je remercie à ce titre plus que jamais mes parents, Jules et Hélène Caitucoli, mes enfants, Alexandre et Inès Wirth, mes très chers Elisabeth, Matthieu, Clara et Ambre de Chanville, Lucile, Laurent et Vincent Gélébart, toujours là pour le meilleur et pour le pire en ces derniers mois volcaniques, comme mes amis de toujours, en particulier Corinne et Jean-Michel Orsoni, Laetitia Bozzi et Joël Besson, Zaïna Anik et Jean Raoul-Duval, Bénédicte Girouart et Sébastien Blachère, Marie-Hélène et Alain Novel, Floriane Pampiglione, Laure et Florent Jacquet, Estelle et Jérôme Amouyal, Vanessa Bernadou, Valentin et Monika Rodriguez, Céline et Mathieu Tamaillon, Pasquine Albertini, Jérémy et Charleyne Cellier, Finn et Anna Andreen, Claire et Nicolas Burgaud, Sorin Ciocan-Vladescu, Anne-Cécile Lugagne-Delpont, Marie Dariel, Isabelle et Xavier Marin, Carole Forel, Agnès Desolneux, Yahelle Laroche et tous leurs joyeux enfants.

Tous ont contribué à me rendre tout simplement belles ces années de thèse déjà bien stimulantes.

*A Alexandre et Inès, mes enfants chéris, mes petits soleils,
Après les feuillets d'Hermès, de Thésée et d'Ulysse...*

Table des matières

INTRODUCTION ET BREVE REVUE DE LITTERATURE : UN OBJET POUR UN SUJET .. 9

A. Question initiale.....	9
A.1. Statut de notre question initiale	9
A.2. Pourquoi ne pas chercher à déployer une théorie existante ?	15
B. Objet de l'étude et question de recherche associée	28
B.1. Une approche empirique adéquate au positionnement académique de la question initiale	28
B.1.1. Partir de l'empirique et du singulier.....	28
B.1.2. Partir de l'empirique avec le minimum de présupposés	31
B.2. Questionner l'objet : question de recherche	38
B.2.1. Quel matériau empirique?.....	38
B.2.2. Le produit d'une institution à la filiation particulière : excursus historique	44
B.2.3. Question de recherche	66

METHODE..... 73

C. Conditions de validité du matériau empirique et approche générale.....	73
C.1. Conditions de validité	73
C.2. Trame de recherche.....	78
C.2.1. Une trame structurée par la question de recherche (objet) reliée à la question initiale (sujet).....	78
C.2.2. Approche compréhensive et apport de la « théorie enracinée »	81
D. Grille d'analyse des délibérations du Conseil constitutionnel (1958-1986)	84
D.1. Circonscription des documents intéressants pour cette recherche	84
D.1.1. La période étudiée.....	84
D.1.2. Approche quantitative.....	87
D.1.3. Approche qualitative	91
D.1.4. Hypothèses complémentaires conduisant du « corpus intéressant » à un « échantillonnage pertinent »	93
D.1.5. « Echantillon pertinent » final proposé	94
D.2. Définition d'une méthode d'analyse des délibérations	98

SOMMAIRE DES DELIBERATIONS ANALYSEES..... 104

PREMIERE PARTIE- UNE STRATEGIE DE LEGITIMATION ENTRE CONTRAINTES ET OPPORTUNITES..... 106

CHAPITRE I – Rencontre avec le droit constitutionnel..... 107

I.1. Politique, juridique : clarification des termes	107
I.2. Une institution dont le rôle politique est ambigu pour ses membres	109
I.2.1. Les héritiers-légalistes, gardiens de la légende gaulliste en marche	109
I.2.2. Le cas des décisions « politiquement neutres »	145
I.2.3. L’argument juridique pour penser la place du Conseil constitutionnel lors de la période gaullienne : synthèse.....	156
I. 3. Le rôle stratégique du droit constitutionnel	159
I.3.1. Le rempart juridique contre l’incertitude du Conseil sur son rôle	159
I.3.2. Synthèse sur la période 1965-1970.....	207
I.3.3. Chronique d’une révolution juridique annoncée, celle de 1971	210
I.4. Le thème des droits et libertés avant 1971	230
I.5. La naissance du bloc de constitutionnalité.....	234
I.6. Tableau de synthèse C (février 1959-Année 1971) et conclusion des analyses cumulatives	246

CHAPITRE II – Un co-législateur ?252

II.1. La loi, le Parlement et la Constitution	252
II.1.1. S’adresser au Parlement	252
II.1.2. Le juge et le politique	261
II.1.3. La révision constitutionnelle de 1974 vue par le Conseil constitutionnel.....	268
II.2. La métamorphose de la loi à la faveur de l’Etat de droit	277
II.2.1. L’évolution de la relation avec le Parlement exprimée dans les débats.....	277
II.2.2. Dialoguer avec un législateur à deux visages : Parlement et Gouvernement	301
II.3. Tableau de synthèse du chapitre II (Tableau D), conclusion.....	332

DEUXIEME PARTIE- L’INTELLIGENCE POLITIQUE DE L’INSTITUTION339

CHAPITRE III – L’esprit de la République.....340

III.1. La pratique d’un « principe de responsabilité politique ».....	341
III.2. L’ethos républicain des conseillers, fondement de ce principe de responsabilité	402
III.2.1. Ethos républicain et principe d’égalité	403
III.2.2. Ethos républicain et unité républicaine	429
III.2.3 Ethos républicain et appréciation souple de la Constitution	438
III.2.4. Ethos républicain et opinion publique.....	442
III.2.5. Ethos républicain et opinions partisans	471
III.3. Conclusion du chapitre III.....	499

CHAPITRE IV. Un corps délibérant parmi les institutions démocratiques	508
IV.1. Les délibérations d'une « entité collective » avec son environnement	508
IV.1.1. De l'ensemble des membres du Conseil constitutionnel au Conseil constitutionnel	509
IV.1.2. Un corps délibérant au cœur d'une logique systémique	515
IV.2. Le Conseil constitutionnel face au compromis démocratique.....	520
IV.2.1. Derrière un consensus politique apparent, un compromis démocratique fondamental	521
IV.3. La démocratie contemporaine : constellation de corps délibérants responsables du compromis démocratique	529
IV.3.1. Le sens commun du singulier : dépassement possible du cas français.....	529
IV.3.2. Dialogue avec la thèse dualiste de Bruce Ackerman	531
 CONCLUSION.....	 538
 BIBLIOGRAPHIE SELECTIVE.....	 548
 ANNEXE	 564

INTRODUCTION ET BREVE REVUE DE LITTERATURE : UN OBJET POUR UN SUJET

A. Question initiale

A.1. Statut de notre question initiale

La genèse des interrogations ayant conduit à ce travail de thèse se loge dans un parcours personnel intellectuel, professionnel et civique, modelé par la diversité et unifié, au fond, par le désir d'apprendre pour comprendre. Développer ce cheminement n'a pas sa place ici mais un seul mot peut en être dit, qui instaure avec le lecteur cette familiarité douce, propre à humaniser l'aridité dominant ce type de travail. La tonalité spécifique du propos résonnera en effet du même désir de comprendre, tantôt prudent, tantôt audacieux, mais toujours guidé par une enthousiasmante rigueur.

Cet oxymore apparent n'en est du reste pas un : tout chercheur débutant éprouve la nécessité de la rigueur scientifique comme une clé ouvrant sur l'horizon impalpable d'un savoir qui, sans elle, demeurerait une désespérante fascination. Ainsi, donc, mon projet commençait-il à mûrir modestement quand je tombai avec une émotion familière n'ôtant rien à l'admiration profonde, sur ces confidences de Raymond Aron, revenant sur la prise de conscience de sa vocation de chercheur, associée à celle de la nécessité de rigueur scientifique : « comprendre ou connaître mon époque aussi honnêtement que possible, sans jamais perdre conscience des limites de mon savoir ; me détacher de l'actuel sans pourtant me contenter du rôle de spectateur »¹. Cet aveu si modeste de l'un des plus grands penseurs de notre temps me rappela la micrométrie de l'espace que j'occupais dans le vaste monde académique ; dans le même temps, la rigueur ainsi sous-entendue comme conscience des limites du savoir, promettait une certaine prise sur le réel, sans extrapolation, montrant la voie des limites susceptibles d'être repoussées pour rendre celui-ci plus intelligible. Ainsi canalisé, mon enthousiasme ne serait-il peut-être pas vain.

Il est temps, à présent, d'abandonner le « je » pour passer du projet personnel, qu'est d'abord tout projet d'écriture, à la contribution ultérieure à une recherche collective qu'envisage un projet de thèse. Un « nous » général, non pluriel et sylleptique semble à ce titre mieux approprié ; il renvoie aussi à une tradition académique qui entend rendre modestement hommage à tous les penseurs, chercheurs, professeurs ou encore acteurs de la vie publique qui, en réalité, contribuent à façonner, ne serait-ce qu'une idée, dans un travail de recherche.

Il nous faut donc à présent ressaisir le fil du projet personnel au point où s'amorce une perspective scientifique plus soutenue. Préciser, circonscrire et formaliser la question initiale à laquelle cette thèse entend répondre : telle est l'ambition nécessaire de ce chapitre introductif.

¹Raymond Aron, *Mémoires. 50 ans de réflexions politiques*, 2 vol., Julliard, 1983.

Cette question naît d'un premier constat critique sur la dimension prétendument démocratique d'un gouvernement supranational en Europe, à l'issue d'un travail de recherche mené en Master 2 d'Etudes politiques ; débordant ce cas européen, éventuellement pour mieux le penser ultérieurement, la question sur laquelle bute alors le raisonnement est celle de ce qui peut être dit « démocratique » ; autrement dit, elle cherche à repérer celles que l'on peut considérer légitimement démocratiques parmi les institutions dont les décisions obligent les citoyens, censés, eux, gouverner à travers elles. Le propos est donc ici de saisir la distinction, ou le lien, entre les institutions dont les citoyens consentent à respecter l'autorité et le vecteur caractéristique d'une telle autorité, accepté, voire revendiqué par les citoyens des démocraties modernes ; par démocraties modernes, entendons les collectivités politiques issues de la première modernité européenne² et dont les gouvernements sont mus par la participation égale des citoyens. Sans grand mystère, le vecteur caractéristique d'une telle participation renvoie en premier lieu à la pratique électorale communément partagée par les démocraties modernes. Les nombreuses définitions que l'on peut donner au terme « participation » ne font du reste qu'accentuer le flou qui règne autour de la notion même de démocratie : participer en votant pour ses représentants, est-ce réellement pratiquer la participation, ou bien est-ce choisir d'en autoriser certains à le faire à notre place, ou encore est-ce seulement consentir par nécessité pratique ou épistémique à une telle délégation? Les théoriciens contemporains de la démocratie participative en développent aussi une définition spécifiquement centrée sur « l'implication directe des citoyens au gouvernement des affaires publiques »³, dans le long sillon de la gauche républicaine issue de la Révolution française. Nous gardons ici plus communément l'idée d'une participation comme implication, directement ou indirectement décisive des citoyens, à égalité, dans l'établissement de leur loi commune. N'interrogeant pas non plus ici le caractère démocratique, entendu alors en ce sens large et classique de participation de l'ensemble des citoyens à leur gouvernement commun, du gouvernement représentatif lui-même⁴, nous nous demandons plutôt dans quelle mesure la

² Pour reprendre la distinction académique entre la première modernité et la seconde modernité, ou post-modernité ; la première est communément datée du tournant historique, philosophique, politique et scientifique du XVIe siècle, annonçant l'Etat hobbesien représentatif puis les révolutions anglaise, américaine et française achevant le basculement du pouvoir politique des instances traditionnelles hétéronomes vers les citoyens, à travers l'avènement de ce qui est appelé la démocratie moderne au XVIIIe siècle. La seconde modernité a des contours plus flous mais se situerait au cours du XXe siècle et de ses remises en cause d'un universalisme de la raison pour faire davantage droit aux quêtes de sens propres à chaque société mais ses penseurs n'excluent pas la possibilité d'un sens commun qui rende opérants à nouveaux frais les concepts politiques forgés par la première modernité, d'autant plus que le modèle de la démocratie moderne, représentative et libérale s'est largement diffusé après la chute du communisme et demeure la seule alternative politique existante pour un gouvernement autonome. Je remercie ici Dominique Schnapper de m'avoir suggéré d'utiliser le terme de « démocraties européennes » pour évoquer finalement ces démocraties contemporaines, en tant que « modernes » pourrait sembler les situer à l'époque révolutionnaire et « libérales » à celle de la guerre froide, tandis qu'« européennes » a le mérite de mentionner les racines historiques modernes communes de ces démocraties sans prétendre toutefois en limiter l'aire géographique (il va de soi que les démocraties américaine ou australienne en sont). Pour éviter les répétitions, nous utiliserons donc ces différentes expressions qui renvoient à la même idée.

³ Je reprends ici la définition fournie par le dictionnaire en ligne Dicopart, « dictionnaire critique et interdisciplinaire de la participation » à l'article « Démocratie participative » : <http://www.participation-et-democratie.fr/fr/dico/page-daccueil-du-dictionnaire>. Je renvoie pour de plus amples développements aux nombreux travaux de Samuel Hayat sur les expériences de démocraties participatives.

⁴ Chez les Anciens comme chez les Modernes, qu'elle soit directe ou représentative, fondée sur la valeur morale supérieure de la participation au bien commun ou sur un contrat entre individus également libres mais ayant des aspirations diverses, elle demeure rivee à cette définition vague mais fondamentale et qui nécessiterait l'explicitation de ses présupposés sur la nature de la communauté politique qui se gouverne elle-même.

légitimité démocratique – ou le consentement des citoyens à obéir, dans un régime auquel ils participent tous à égalité - s'appuie exclusivement sur le principe de décision électif, autrement dit si la légitimité démocratique se résume exclusivement au consentement qu'impose l'issue électorale. C'est là une question classique que Rousseau a déjà posée en soulignant la difficulté à traduire la somme des volontés individuelles en une volonté qui soit celle de tous ; posant cette question dans le cadre de la représentation, il la résout par ce fameux artifice de la volonté générale, que nos représentants élus incarneraient, mais l'émergence des partis et, d'une manière générale, la prise de décision au sein de cette assemblée de représentants elle-même, reproduisent la même difficulté dès lors que les représentants peuvent avoir des avis différents, voire fluctuants sur la législation à adopter, à moins d'opter pour un mandat impératif. Nos démocraties contemporaines, représentatives, électives et pluralistes n'ont en général pas fait ce choix. Le vote à la majorité au sein de leurs assemblées représentatives permet techniquement de dégager la loi commune, considérée en pratique comme légitimement normative pour tous. Pourtant, cette légitimité historiquement acquise⁵ par cette technique de décision ou cette assimilation de la légitimité démocratique à la décision majoritairement votée n'est pas considérée comme allant de soi par les philosophes politiques contemporains, notamment normatifs, qui cherchent à en saisir l'articulation théorique, sur la voie ouverte par le « tournant délibératif » - du reste d'abord « participatif » - des années soixante-dix ; ce dernier conteste en effet la réduction de la démocratie à l'élection, paradigme en sciences sociales depuis au moins la seconde guerre mondiale⁶. Ainsi, plus généralement, les théories fondant la légitimité en démocratie sur l'agrégation des préférences individuelles, dans une démarche souvent économiste⁷, cèdent-elles le pas à celles de la délibération pour fonder le caractère normatif de la décision élective, autrement dit sa légitimité. C'est la discussion collective et contradictoire qui

Rousseau est canoniquement reconnu comme l'auteur qui tente d'opérer cette synthèse en Anciens et modernes, par le biais du contrat social ; retenons ici qu'il définit la démocratie d'une manière générale comme le mode de gouvernement où « chacun s'unissant à tous n'obéisse pourtant qu'à lui-même et reste aussi libre qu'auparavant », *Du contrat social*, Livre 1, chap 6, cité en bibliographie. Cette liberté peut être directement celle que confère la participation politique elle-même, comme chez les Anciens où le citoyen prime l'individu...le terme « auparavant » n'a alors pas lieu d'être mais prend tout son sens quand cette liberté est d'abord, primitivement, celle de l'individu dans l'Etat de nature, qui se mue en citoyen dans l'Etat social en « s'unissant à tous » à travers un contrat sur lequel s'accordent toutes les volontés individuelles. Il demeure, et l'artefact de la volonté générale chez Rousseau en témoigne, que la problématique moderne relève de cet accord des volontés individuelles. Que la participation de tous se satisfasse de la représentation n'est pas ici ce que nous interrogeons et nous renvoyons bien entendu aux travaux de Bernard Manin sur les *Principes du gouvernement représentatif* (cf bibliographie) qui montrent à quelles conditions celui-ci demeure démocratique, mais plutôt comment cette participation de tous s'actualise en mode de gouvernement effectif pour tous. En d'autres termes, comment trancher pour tous dans cette perspective où chaque citoyen est antérieurement un individu libre? De nombreux auteurs se sont penchés sur la question du mode de décision par l'élection à la majorité, que ce soit pour choisir des représentants ou pour voter les lois une fois ceux-ci élus, et de son assimilation à la participation de tous. Mc Cord Wright a distingué à cet effet en 1948 la démocratie éthique, fondée sur des raisons intrinsèques de réaliser cette participation de tous, de la démocratie électorale, purement technique ou numérique et privilégiée par Schumpeter (1942) ; leurs œuvres canoniques respectives sont citées en bibliographie.

⁵ Sur les origines de l'élection en France, Cf. Pierre Rosanvallon, *Le Peuple introuvable. Histoire de la représentation démocratique en France*, Paris, Gallimard, 1998. Voir également les travaux de Samuel Hayat pour les raisons pratiques, voire idéologiques, d'un tel choix, analysé sur le plan de la théorie politique et de l'Histoire.

⁶ Joseph Schumpeter, *Capitalisme, socialisme et démocratie*, (1942), Traduction française de Gaël Fain chez Petite bibliothèque Payot, no 55, avec le texte de la 2e édition de 1946, Paris, 1965.

⁷ Schumpeter lui-même s'en réclame, *Op. Cit.*

apparaît alors comme le fondement de la légitimité démocratique, selon des orientations parfois différentes : fondement de la « raison publique », accord préalable et consensuel permettant de justifier des choix collectifs postérieurs⁸ ou encore source de toute décision commune sur les intérêts publics, moyennant des critères stricts⁹, elle est aussi envisagée comme une réflexion collective permettant d'accepter le caractère normatif de la prise de décision qui en découle plus ou moins directement¹⁰. Nous rencontrerons les auteurs correspondant pour éclairer nos réflexions et nous partageons avec eux ce questionnement ainsi résumé par Charles Girard : « Comment concilier la nécessité de prendre des décisions collectives contraignantes pour tous et le statut de citoyen libre et égal aux autres de chaque individu ? »¹¹. Nous ne l'abordons cependant pas frontalement, généralement et théoriquement, mais à partir d'une situation concrète, que l'on pourrait prétendre en cela singulière bien qu'elle soit particulièrement répandue, et permettant surtout d'apporter une dimension pratique à la réflexion : cette nécessité de prendre des décisions collectives contraignantes s'est traduite, précisément, dans la plupart des démocraties modernes contemporaines, donc représentatives¹², par le vote des lois à la majorité par nos représentants, eux-mêmes élus à la majorité¹³; or, ce vote majoritaire est bien censé imposer l'assentiment *a posteriori* de tous les citoyens libres et égaux, y compris de ceux ayant préalablement élu des représentants faisant partie de la minorité parlementaire. Pourtant, la possibilité, faiblement remise en cause aujourd'hui, des cours constitutionnelles jouissant nécessairement en effet d'une certaine légitimité autre que celle *a priori* conférée par l'élection puisque leurs membres ne sont pas élus par les citoyens, d'inférer sur le choix législatif issu d'un vote majoritaire, incite à réduire l'assimilation du vote à une légitimité démocratique exclusive. Elle laisse plutôt supposer à tout le moins une dualité, si ce n'est un conflit, des légitimités en démocraties, à moins de considérer avec Max Weber, qu'obéissant à des procédures ou issues de procédures constitutionnelles elles-mêmes votées par les citoyens, elles jouissent d'une même forme de légitimité « légale-rationnelle »¹⁴; mais n'est-ce pas là encore un affaiblissement ou une dérivation du lien présumé entre décision de la loi commune à la majorité par les citoyens (directement ou plutôt indirectement, dans le cas qui nous intéresse des démocraties représentatives) et légitimité démocratique ? Finalement, plutôt que de tenter de reconsidérer ce lien de manière théorique, à la suite aussi bien de

⁸ John Rawls, *Libéralisme politique*, traduit de l'anglais par Catherine Audard, Quadrige, PUF, Paris, 1995 (1993).

⁹ Cf. Jürgen Habermas, *Théorie de l'agir communicationnel*, 1981, trad. fr. 1987, rééd. Fayard, 2001 pour le t. I, Fayard, 1997 pour le t. II.

Et, Jürgen Habermas, *De l'éthique de la discussion*, traduit de l'allemand par Mark Hunyadi, Paris, Cerf, collection "Passages", 1992.

¹⁰ Voir, Bernard Manin, *Volonté générale ou délibération ? Esquisse d'une théorie de la délibération politique*, *Le Débat*, n°33, janvier 1985, pp. 72 à 93.

Voir aussi, Philippe Urfalino, « Les conditions de l'obligation majoritaire, règle de majorité et corps délibérant », *Raisons politiques*, 2014/1, n°53, p.139-169. Nous ne développons pas davantage ces deux références dans cette note car elles seront plus amplement mobilisées ultérieurement.

¹¹ Charles Girard, « Raison publique rawlsienne et démocratie délibérative. Deux conceptions inconciliables de la légitimité politique? », *Raisons politiques*, 2009/2, n°34, p.73-99. p.73.

¹² Les « démocraties européennes » donc.

¹³ Nous n'abordons pas ici le cas des démocraties représentatives préférant le scrutin proportionnel pour l'élection de leurs représentants car *in fine*, le vote des lois qui nous intéresse, devra tout de même se faire à la majorité et en aucun cas, à l'unanimité, ce qui résoudrait bien vite la question !

¹⁴ Cf. Max Weber, *Economie et société*, 2 t., Ed. Pocket, Collection Agora Pocket, Paris, Janvier 2003.

nombreux auteurs contemporains que des auteurs de la première modernité aussi distincts que Rousseau, Sieyès ou Condorcet ¹⁵, nous considérerons la familiarité concrète que les démocraties européennes entretiennent avec le contrôle de constitutionnalité des lois votées à la majorité par les élus des citoyens, comme un indicateur, à tout le moins, d'un glissement pratique de la notion effective de légitimité démocratique ; nous chercherons alors à comprendre un tel glissement dans le cadre d'une réflexion générale sur la démocratie contemporaine.

Cela étant, la présence des cours constitutionnelles ne signale pourtant aujourd'hui rien d'autre que l'avènement de la démocratie constitutionnelle ou de l'Etat de droit –terme sur lequel nous reviendrons mais intéressant ici précisément pour sa prégnance dans le paysage politique démocratique –, presque devenus des synonymes de toute démocratie contemporaine, si l'on excepte la résistance britannique, dernier bastion de la démocratie parlementaire de ce point de vue. Pourquoi finalement s'émouvoir encore d'un tel contraste entre la source du pouvoir des cours constitutionnelles autrement dit leur légitimité, et leur rôle vis-à-vis de la loi ? Simplement parce que sur le plan épistémique, l'affaire n'est pas entendue qui permet de qualifier de démocratique ce qui résoudrait le contraste en question.

La formulation de notre question initiale, à partir du présupposé le plus général possible sur la démocratie moderne et partant d'une observation des pratiques réelles, peut donc être ainsi posée :

⇒ *Formulation de la question initiale*

Que nous apprend de l'évolution de la pratique démocratique moderne, entendue comme l'articulation entre gouvernants et gouvernés par le biais de la représentation et de l'élection, l'accroissement empirique du rôle des institutions non élues pouvant néanmoins avoir le dernier mot sur la loi votée par des représentants élus par les citoyens ?

Le développement précédent le suggère, affirmons-le à présent : nous avons préféré le terme de « pratique » à celui de « légitimité » dès lors que notre réflexion part d'un constat empirique qui n'a pas d'emblée l'ambition de révéler une forme nouvelle de légitimité, acceptée comme telle par les citoyens mais plutôt, plus prudemment, une légitimation potentiellement à l'œuvre à travers des pratiques évolutives du gouvernement de soi dans les démocraties européennes fondées sur la pratique électorale. Le terme de légitimation entrant en résonance avec l'idée des possibilités offertes par l'environnement politique démocratique considéré reflète en effet davantage l'idée d'une évolution dans la manière dont la démocratie moderne s'exerce sur la période considérée. Cependant, l'évolution des pratiques démocratiques reflétée par l'accroissement de pouvoir d'une institution non élue néanmoins compétente pour s'immiscer entre le vote et la promulgation de la loi, peut, bien entendu, suggérer une nouvelle forme de légitimité en place mais nous ne spéculons pas sur l'existence de celle-ci et nous nous cantonnerons à une observation des changements explicites façonnant la pratique démocratique sur une période donnée.

¹⁵ Leurs réflexions sur le suffrage témoignent d'un questionnement similaire, le problème des partis en moins, mais elles se heurtent bien aux apories de l'agrégation des préférences.

Pour autant, il ne s'agit pas non plus d'éclairer le caractère démocratique, au sens large énoncé plus haut, des autorités indépendantes de contrôle ou de régulation en général, allant des simples comités indépendants de réflexion et de conseil, voire de garanties de certaines libertés constitutionnelles, au Conseil d'Etat et à son rôle dans l'élaboration des projets de loi selon la Constitution de la Ve République française, ou encore au Conseil constitutionnel français garant de la constitutionnalité des lois votées par le Parlement, à l'aide d'une théorie existante. En effet, d'une part, toutes ces instances ou institutions relèvent a minima d'une compétence justifiée par une expertise publiquement reconnue, voire une disposition constitutionnelle, les autorisant légalement à modeler l'action politique des gouvernants qui les sollicitent pour reprendre l'idéal-type wébérien déjà cité d'une légitimité légale-rationnelle ; nous ne le remettons pas en question en tant que tel et il permet de comprendre dans quelle mesure ces instances sont publiquement acceptées. Par ailleurs, différentes théories contemporaines de la démocratie ou du droit¹⁶ proposent déjà diverses pistes très fécondes pour penser le caractère démocratique, voire la légitimité démocratique de ces instances, mais ces dernières reposent sur des définitions spécifiques de la démocratie. De même que l'idéal-type wébérien édulcore la nôtre, ces théories dépassent nécessairement, pour appuyer leur socle propre, le seul principe du gouvernement auquel participent tous les citoyens par leur vote que nous avons choisi de retenir dans une perspective d'abord pratique; la possibilité, par exemple, de considérer le contrôle de constitutionnalité des lois par une Cour non élue comme démocratique, à l'aune, précisément, d'une théorie particulière de la démocratie constitutionnelle, à savoir celle de la supériorité de la loi constitutionnelle sur la loi ordinaire, en raison de la dimension fondatrice du pouvoir constituant originaire pour toute communauté politique se reconnaissant ainsi comme démocratique, bien plus que par l'élaboration d'une loi ordinaire et contingente, en est une illustration emblématique lumineusement exposée par les fédéralistes¹⁷ américains au XVIIIe siècle. Il demeure que, indépendamment de l'intérêt intellectuel de la théorie politique ou juridique que nous convoquerions alors, notre propos, pour revenir à notre question initiale et à la définition simple de la démocratie représentative dont elle part, devrait consister à identifier les conditions théoriques puis la possibilité de leur actualisation pratique, rendant opérante une telle théorie si l'on prévoit de définir à travers elle la dimension démocratique de l'une de ces instances réelles et non élues. Autrement dit, moyennant la validité pratique de ses prémisses théoriques, une telle théorie pourrait fournir un éclairage sur la dimension démocratique de ces instances ou institutions. Si cette démarche est évidemment scientifiquement défendable, elle suppose néanmoins de partager le présupposé propre à chacune des théories ainsi mobilisées : celui, en l'occurrence, relatif à leur définition de cette démocratie moderne. Or, plus spécifique que la nôtre, cette dernière risquerait donc de nous égarer de notre propos initial, quand elle ne le détournerait pas à son profit. Malgré la force persuasive des arguments finement mobilisés par ces théories, tâchons donc de ne pas céder à l'illusion qu'elles peuvent offrir : celle de résoudre une question qu'elles n'ont, en réalité, pas nécessairement posée ou

¹⁶ Dominique Rousseau évoque et développe ce point dans son article « Constitutionnalisme et démocratie », site internet *La Vie des idées*, 19 septembre 2008.

ISSN : 2105-3030.URL : <http://www.laviedesidees.fr/Constitutionnalisme-et-democratie.html>

¹⁷ HAMILTON, Alexander, JAY, John, MADISON, James, *Le Fédéraliste*, traduit de l'anglais par Gaston Jèze, Paris, LGDJ, 1957 (réédition Économica, 1988). Voir notamment l'article n°78 de Hamilton sur ce sujet.

qu'elles ont posée en des termes différents et donc sur un registre qui n'est pas le nôtre. C'est ce que nous allons expliciter à présent.

A.2. Pourquoi ne pas chercher à déployer une théorie existante ?

Georges Vedel, éminent professeur de droit et ancien membre du Conseil constitutionnel¹⁸ français, aborde le point crucial dans sa préface à un ouvrage collectif sur la légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel¹⁹ : tout d'abord, ce n'est pas la légalité des décisions du Conseil constitutionnel qui est en cause, explique-t-il, tant que celles-ci sont issues d'une procédure prévue par des lois organiques²⁰, organisatrices de l'activité institutionnelle ; Georges Vedel ramène ici la question à ce qui constitue à nos yeux son hypocoentre, préférant interroger la légitimité de l'institution elle-même, en tant que lui permettant de produire des décisions et donc une jurisprudence contraignantes pour l'élaboration de la loi. La légitimité des décisions renvoie en effet à sa légalité et la légitimité de cette jurisprudence pourrait du reste être juridiquement confirmée par la définition kelsenienne de la légitimité d'une norme dans un Etat de droit, dès lors que cette norme est conforme à une norme supérieure reconnue comme telle ; autrement dit, la jurisprudence, en tant que norme dégagée par le Conseil constitutionnel est, par définition et par construction, conforme à la Constitution, en tant que norme supérieure, donc légitime au sens, ainsi défini, de la hiérarchie des normes. Si ce degré de conformité est amplement débattu par les constitutionnalistes qui ont eux-mêmes renoncé depuis longtemps à la validité pratique du syllogisme juridique²¹, Georges Vedel s'attache davantage comprendre la forme de légitimité démocratique qui permet à l'institution concernée d'émettre des décisions contraignantes : c'est bien parce que, précisément, l'objet de la décision devant générer l'adhésion est la loi votée par les représentants élus par les citoyens que se pose la question de la légitimité

¹⁸ Georges Vedel est membre du Conseil constitutionnel de mars 1980 à mars 1989. En 1992-93, il préside une commission nommée par le Président de la République François Mitterrand et chargée de proposer des réformes constitutionnelles, dont la Question Prioritaire de Constitutionnalité (QPC), reprenant un projet de 1990 soutenu par le Président du Conseil constitutionnel, Robert Badinter et finalement abandonné par le gouvernement face aux modifications substantielles imposées par le Sénat ; ces réformes de 1993 ne seront finalement pas mises à l'ordre du jour par le Gouvernement Balladur nommé à l'issue des élections législatives de mars 1993. C'est cependant le Comité Balladur qui portera la réforme constitutionnelle aboutie de 2008, sous la Présidence de Nicolas Sarkozy et prévoyant, entre autres, la QPC.

¹⁹ Guillaume Drago, Bastien François, Nicolas Molfessis, *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Economica, Paris, 1999.

²⁰ En France, ce sont les lois organiques, votées par le Parlement, qui régissent l'organisation et le fonctionnement des différents pouvoirs publics, en accord, nécessairement, avec la Constitution, qu'elles complètent ; leur contrôle de constitutionnalité par le Conseil constitutionnel est à ce titre obligatoire depuis la création de celui-ci.

²¹ Cf. l'article de Michel Troper « Le pouvoir judiciaire et la démocratie », sur l'évolution depuis l'assurance des Lumières (Beccaria, Montesquieu, Clermont-Tonnerre) dans le fait que le juge n'est que la bouche de la loi, pour reprendre la formule célèbre de Montesquieu, à la mise en évidence d'une part d'interprétation irréductible, même chez Kelsen, et donc à l'autorité créatrice du juge ; le syllogisme, en ne permettant pas de proposer des majeures couvrant tous les cas particuliers (mineures) induit lui-même cette situation. pp.199-212. In Michel Troper, *Le droit et la nécessité*, Paris, PUF, 2011, coll. Léviathan.

démocratique. L'interférence d'une institution sur la loi, produit de l'élection, crée un hiatus sur ce que l'on considérait jusqu'à lors comme l'expression de la *vox populi*.

Abordé plus haut, le concept d'Etat de droit est alors très communément mis en avant par les acteurs eux-mêmes d'une telle institution comme s'il était entendu que le type de pratique démocratique était neutralisé par le respect de la hiérarchie des normes, garantes, il est vrai, du respect des procédures démocratiques elles-mêmes comme des lois que celles-ci créent; autant dire alors que la loi tient sa légitimité de son propre respect...si nous jugeons en effet la réponse par l'Etat de droit d'un éclairage insuffisant pour notre propos, c'est pour deux raisons principales : celle déjà avancée des limites du syllogisme juridique en particulier en matière constitutionnelle où prévaut une interprétation souvent plus créative qu'en adéquation stricte avec la lettre de la Constitution ; mais aussi et surtout parce que notre réflexion sur les évolutions éventuelles de la pratique effective de la démocratie moderne ne peut se satisfaire de l'invocation d'un concept supposément justificatif sans qu'en ait été montrée, précisément, sa dimension justificative en la matière. Or, le concept d'Etat de droit, généralement avancé comme le concept juridique déterminant des démocraties libérales contemporaines dont la Ve République française fait en effet partie, renvoie en réalité à un cheminement tumultueux entre l'Allemagne et la France à partir du XIXe siècle ; il nous semble utile d'y revenir afin de mieux cerner la spécificité même du concept, avant d'aborder sa validité relative pour notre étude.

Traduction littérale du mot allemand « *Rechtstaat* », né dans la seconde moitié du XIXe siècle au sein de la doctrine juridique allemande, l'expression fut en effet un temps jugée trop formelle par les juristes français, tant l'objectif de l'Etat de droit défini par les juristes libéraux allemands consistait d'abord à limiter, grâce à un ensemble de normes juridiques, le pouvoir policier de l'Etat prussien dans le contexte de la fin du XIXe siècle; il s'agissait alors, en effet, de faire glisser celui-ci d'un Etat de police vers un Etat de droit, entendu comme Etat respectant les droits des citoyens, déjà considérés comme fondamentaux dans le sillon de la DDHC²². Les juristes allemands, notamment Robert von Mohl et Friedrich-Julius Stahl, reprirent à cette fin la théorie de Hobbes sur l'auto-limitation, selon laquelle le pouvoir absolu de l'Etat est au moins tenu de respecter les normes qu'il a lui-même édictées, afin alors de faire respecter les libertés individuelles, fondement de la forme politique moderne par excellence, l'Etat. Cette libre auto-limitation proprement moderne, de l'Etat par le droit, dans une équanimité de l'un envers l'autre, permettait surtout d'éviter toute référence à des normes supérieures à celles posées par l'Etat. L'Etat, au contraire, ne peut, selon cette conception, que respecter le droit au risque, sinon, de finir par se nier lui-même. La conception allemande de la politique au XIXe siècle consistant en une forme d'action de l'Etat souvent peu prévisible²³ se trouve ainsi ré-orientée par le droit qui, à l'inverse, et de par sa prétention à la rationalité, vient contenir cette imprévisibilité. Par suite, le droit organisé par l'Etat selon une hiérarchie de normes constitue alors une véritable contrainte assurant un minimum de garanties pour le citoyen, en accord avec le rôle assigné à l'Etat

²² Le travail de Renaud Baumert dans *La découverte du juge constitutionnel, entre science et politique*, LGDJ, Collection des thèses, Paris, 2009, m'a été précieux ici, associé aux réflexions de Philippe Raynaud dans *Le juge et le philosophe*, Editions Armand Colin, Paris, 2010.

²³ Christoph Gusy, « Considérations sur le droit politique », *Jus Politicum*, n°1, Décembre 2008 ; <http://www.juspoliticum.com/Considerations-sur-le-droit.html>

moderne par l'auteur du *Léviathan*²⁴. Par conséquent, seule une loi contrainte par son respect de la norme supérieure, et non un acte de l'exécutif, peut modifier les droits et libertés. En France, l'empreinte de la monarchie où le pouvoir du souverain était uniquement contraint par les « lois fondamentales du royaume », établies, précisément, par ledit souverain lui-même, ne s'efface pas aussi spontanément une fois ce souverain incarné par le peuple après la Révolution de 1789 ; ce dernier reprend plutôt à son compte cette vocation à se gouverner par la formation libre de ses lois et toute idée de recours à un contrôle de celles-ci renvoie de la même manière à ce que l'Ancien régime dénonçait comme l'arbitraire des Parlements du Roi, s'arrogeant trop aisément, aux yeux du monarque, la liberté de modifier les lois fondamentales du Royaume. Si l'on suggère ici une certaine continuité coutumière entre l'Ancien régime et la Révolution, à savoir celle consistant à considérer comme arbitraire tout ce que ne viendrait pas du souverain, il nous faut aussi mentionner que ces Parlements d'Ancien régime apparaissent aussi, selon les auteurs contemporains, comme des ancêtres d'un contrôle de constitutionnalité censé protéger, précisément, de l'arbitraire du souverain lui-même²⁵ et pas exclusivement comme des repoussoirs en ce sens où ils viendraient contrecarrer illégitimement la volonté du souverain. La Révolution française parvient aussi, d'une certaine manière, à l'instauration d'une véritable hiérarchie des normes, sous-tendue par l'édifice constitué par la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, la Constitution et la loi. Néanmoins, la toute-puissance conférée à la loi, contre le monarque, a rapidement raison de cet édifice rationnel et les Révolutionnaires d'abord anti-monarchistes²⁶ privent cette amorce de hiérarchie des normes, des garanties tangibles de sa mise en œuvre. Cette hiérarchie est ainsi demeurée principielle au lieu d'être précisément formalisée et déclinée. Dans ce contexte qui perdure bien au-delà de la Révolution française, l'acclimatation juridique de l'État de droit allemand du XIXe siècle au terreau institutionnel français était *a priori* complexe à développer. En effet, côté français, le droit ne peut être à la fois créé par un système de hiérarchie des normes déployé par l'État et y soumettre ce dernier dès lors que cela divise d'une certaine manière sa souveraineté. Le droit est créé par l'ensemble des citoyens, qui en délèguent seulement la mise en œuvre et la protection à l'État, instrument de la nation souveraine. Pourtant, ce concept d'État de droit inauguré en Allemagne, et d'abord jugé peu compatible avec la théorie française de l'État-nation et de la loi, « expression de la volonté générale » pour reprendre le fameux article 6 de la Déclaration de 1789 chemine peu à peu jusqu'à son intégration aux conceptions politico-juridiques françaises. Philippe Raynaud explique, dans *Le juge et le philosophe*, que « Les discussions françaises sur le problème de l'État de droit ne sont pas purement théoriques, mais sont au contraire étroitement liées au contexte politique national et international du début du XXe siècle »²⁷ et de préciser que la critique de la doctrine allemande par les publicistes français vise en réalité à mieux garantir la subordination de l'État au droit. Le fil de cette réflexion apporte une dimension contextuelle nouvelle qui renvoie à la réception du concept germanique d'État de droit par la France de la IIIe République, héritière de cette conception légi-centrée et

²⁵ Pasquale Pasquino, « Le contrôle de constitutionnalité : généalogie et morphologie », *Cahiers du Conseil constitutionnel* n° 28 (Dossier : L'histoire du contrôle de constitutionnalité) - juillet 2010.

²⁶ Marcel Gauchet, *La Révolution des pouvoirs. La souveraineté, le peuple et la représentation (1789-1799)*, Paris, Gallimard, 1995

²⁷ Philippe Raynaud, *Op.Cit.*, p.65.

révolutionnaire de la souveraineté. Les publicistes français de la fin de la IIIe République y dénoncent, en effet, les abus des assemblées à travers la façon dont les parlementaires, sous la pression de certains groupes et en raison de la possibilité que leur en donnent les institutions, font prévaloir des intérêts particuliers sur l'intérêt général en empiétant aisément sur l'exécutif. Marie-Joëlle Redor rappelle, éclairant ainsi la remarque contextuelle de Philippe Raynaud, que « le régime d'assemblées peut alors concentrer sur lui toutes les attaques : celles de la gauche radicale qui dénonce l'omnipotence parlementaire comme une appropriation indue de la souveraineté par la bourgeoisie libérale et, pour des raisons opposées, celles de la droite qui souhaite revenir au parlementarisme libéral présenté comme le régime de l'équilibre et du juste milieu »²⁸. Canaliser cette anarchie législative trouve une solution immédiate dans la remise en cause du suffrage universel – masculin-, confusément rendu coupable d'une influence trop grande sur les assemblées. Remettre en question l'Etat du règne de la loi que Raymond Carré de Malberg nommait alors l'Etat légal, devenait donc possible dans un contexte politique tendu ; il fallait néanmoins revisiter les concepts politiques nés de la Révolution et ayant marqué depuis lors l'identité politique française. A une critique exclusivement théorique de la notion allemande d'Etat de droit, s'ajoute en effet celle de son adaptation socio-culturelle à la situation française héritée de 1789, par ailleurs accentuée sur le plan de la politique internationale par la défaite française contre le Royaume de Prusse, dont naîtra, précisément, la IIIe République. Le remaniement du concept d'Etat de droit, jugé nécessaire par les publicistes, est alors envisagé à la faveur d'une évolution du concept de nation : en tant que renvoyant à la légitimité du pouvoir politique républicain, la nation se confond nécessairement avec les électeurs – le peuple ou corps électoral- et la souveraineté dont elle est détentrice est alors par définition populaire ; mue en souveraineté nationale sous l'influence ultérieure de Renan²⁹ qui en fait une collectivité abstraite d'identification, elle n'est ainsi plus directement susceptible d'exercer le pouvoir et notamment celui que l'on reproche alors aux électeurs, à savoir ces pressions sur les parlementaires pour respecter leurs engagements, à l'origine de tous les maux de la IIIe République selon de nombreux publicistes d'alors. Mais distinguer entre nation et peuple ne résout en réalité encore le problème qu'en théorie : la confusion subsiste, qui laisse entendre qu'une forme de souveraineté échappe au peuple pour échoir au droit ; elle fera finalement préférer à la doctrine l'idée d'une théorie juridique de l'Etat souverain à celle de souveraineté nationale mais leurs perspectives sont sensiblement les mêmes. Un publiciste comme

²⁸ Marie-Joëlle Redor, « C'est la faute à Rousseau, les juristes contre les parlementaires sous la Troisième République », *Politix*, n°32, 1995, p.89-96 ; p.90. Et pour une appréciation détaillée du passage de l'Etat légal à l'Etat de droit en France, nous renvoyons au livre de Marie-Joëlle Redor, *De l'Etat légal à l'Etat de droit. L'évolution des conceptions de la doctrine publiciste française, 1879-1914*, Paris, Economica, 1992.

²⁹ Ernest Renan, « Qu'est-ce qu'une nation ? », *Discours prononcé le 11 mars 1882 à la Sorbonne*, http://classiques.uqac.ca/classiques/renan_ernest/qu_est_ce_une_nation/qu_est_ce_une_nation.html

Le contexte politique et militaire est alors celui de la défaite de 1870 et de l'annexion par l'Empire allemand de l'Alsace-Lorraine. Si le contexte se prête alors mieux à une évolution vers l'identification abstraite mais fédératrice dont de nombreux penseurs estiment que la France a manqué face à l'ennemi, le concept avait déjà été pensé par Sieyès : le basculement de la souveraineté populaire (Rousseau) à la souveraineté nationale (Sieyès) était alors envisagé sous un angle plus technique, comme l'articulation théorique entre représentants et représentés, alors résolument distincts, contre Rousseau et le mandat impératif. L'idée de nation abstraite rejoint ici celle de souveraineté abstraite et peut jouer son rôle aussi bien sur le terrain du rassemblement civique, voire militaire, que de l'organisation des pouvoirs, comme si cette abstraction fédératrice coupant le peuple du pouvoir direct lui évitait dans le même temps la dispersion.

Eismein³⁰ définit d'ailleurs l'Etat abstrait comme la personnification juridique de la nation ; ce passage de la nation souveraine, jusque là difficilement dissociable du peuple souverain, à l'Etat souverain, annonce et prépare les travaux de Raymond Carré de Malberg qui permettront à la doctrine publiciste d'asseoir cette circonscription nouvelle³¹ de la souveraineté à l'Etat et la formulation correspondante. Prémices d'un renoncement aux idéaux démocratiques de la gauche révolutionnaire ou pragmatisme vis-à-vis de la démocratie moderne, par nature représentative ? Il s'avère alors en effet que le suffrage universel est perçu comme nuisible à l'indépendance entre gouvernants et gouvernés : il lierait, selon les critiques du moment relevées par Marie-Joëlle Redor dans l'ouvrage déjà cité, trop étroitement la volonté des seconds à l'action des premiers, à l'encontre même de la théorie classique de la représentation selon laquelle le parlementaire-représentant n'a pas vocation à identifier ses décisions aux attentes de ses électeurs puisque ceux-ci expriment initialement une somme d'intérêts particuliers, mais à en extraire, tout en le formulant, l'intérêt général. Ainsi débarrassée de cette confusion prétendument engendrée par le suffrage universel entre volonté électorale et volonté législative, la théorie juridique de l'Etat souverain peut réaffirmer l'indépendance des gouvernants dès lors que la souveraineté n'est pas détenue par un corps électoral mais exprimée à travers les institutions de l'Etat, qui, via ce lien, est le souverain incarné dans la nation : cela permet aussi, de façon inédite en tant que juridique et non politique, de limiter la souveraineté législative. C'est en effet moyennant cette expansion nouvelle du droit public que des limites peuvent alors être fixées aux assemblées qu'il faut ramener à la raison, loin du despotisme démocratique contesté par les publicistes de la fin du XIXe et du début du XXe siècle. Raymond Carré de Malberg voit ainsi dans ce concept d'Etat de droit, pensé à nouveaux frais à l'aune d'une telle théorie juridique de l'Etat, un instrument puissant de critique de l'organisation constitutionnelle d'alors. L'exercice auquel il se livre, dès 1920, dans la *Contribution à la théorie générale de l'État spécialement d'après les données du droit public français*³² développe, pour la légitimer, cette reprise de la théorie allemande, à partir de ses origines conceptuelles dans les idéaux de la Révolution française. Pour adapter aux spécificités historiques françaises le concept d'Etat de droit, l'auteur met ainsi en avant sa compatibilité avec la toute-puissance de la loi, héritée de 1789 et imposant la nécessité pour l'Etat de respecter le droit qu'elle crée. Si le droit est, dans cette optique, considéré depuis la loi qui l'engendre, alors, en s'y soumettant, l'Etat ne se soumet qu'à la loi, c'est-à-dire, précisément, dans le cas français, à l'expression de la volonté générale qu'il médiatise par le passage déjà évoqué et inauguré par le même auteur, de la souveraineté populaire à l'abstraite souveraineté nationale, plus fidèle à l'idée de 1789 d'une loi qui serait la même pour tous selon une Constitution rappelant à chacun les limites de ses attributions, que ne l'est l'omnipotence du législateur de la IIIe République. Cela étant, qualifiant l'Etat de la IIIe République, nous l'avons vu, d'Etat légal, Carré de Malberg y voit pourtant aussi, en théorie, de meilleures garanties de la légalité de l'action exécutive qu'en Allemagne, par la

³⁰ Adhémar Eismein, *Eléments de droit constitutionnel français et comparé*, Panthéon Assas, LGDJ, 2001 pour la dernière édition.

³¹ A moins que ce ne soit un retour de la souveraineté vers l'Etat, place qui était déjà la sienne sous la Monarchie, sa personnification n'étant pas alors la nation mais le roi, bien entendu et sous des traits particulièrement marqué lorsque la Monarchie est absolue.

³² Raymond Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'État*, 2 tomes, Librairie du Recueil Sirey, Paris, 1920 et 1922 ; réédition, CNRS Éditions, Paris, 1962, 1985.

soumission aux lois des actes administratifs³³ qui ne concernent pas directement les citoyens, mais il y critique néanmoins la non-subordination du législateur à la Constitution, dont les idéaux protecteurs des droits des citoyens proviennent pourtant bien de la Révolution française.

Cette adaptation artificielle, ou du moins reconstruite, mais théoriquement cohérente du concept juridique d'Etat de droit allemand à la question politique de la souveraineté populaire française marque nettement les difficultés, malgré l'appréciation en son temps assez consensuelle de sa nécessité, à plaquer un concept qui, bien que théorique par définition, provient en premier lieu d'une autre nécessité, celle du cas allemand de l'Etat policier prussien à rationaliser ; par ailleurs, outre qu'elle apporte une illustration de la complexité de l'adaptation de la théorie à l'action politique, elle nous permet de situer la création du Conseil constitutionnel français en 1958, avec l'avènement de la Ve République, à l'horizon d'une rationalisation du pouvoir législatif qui court, non sans errements, depuis la Révolution française et trouve une solution mixte entre Etat de droit germanique et souveraineté française de l'Etat à partir de la remise en cause de l'anarchie gouvernementale de la IIIe République.

Ce travail n'a pas vocation à s'étendre davantage sur cette transposition de l'Etat de droit allemand autolimité à la conception française de la souveraineté mais la tension ainsi suggérée entre les deux nous semble pouvoir rendre compte de l'effort ultérieur d'Hans Kelsen, dans le premier tiers du XXe siècle, pour réconcilier ces nuances à travers l'affirmation de l'identité entre l'Etat et le droit dans une perspective normative affranchie du caractère pré-politique que pouvait lui conférer l'auto-limitation ; à travers l'image de la pyramide des normes composée d'étages juridiques hiérarchiquement liés entre eux, cette fois dans une perspective de formalisme pur, l'Etat de droit se passe en effet même d'auto-limitation : il s'auto-engendre par le droit auquel il est à présent directement identifié. La question de la division du souverain s'efface mais fait alors aussi prendre à la doctrine juridique de Kelsen ses distances vis-à-vis du politique, envisagé comme communauté orientée par des actions réglées par la législation du souverain reconnu comme tel. C'est cette mise à distance, contenue en germes dans le concept initial d'Etat de droit, qui relativise de manière problématique le caractère démocratique, au sens déjà défini, d'institutions dérogeant au principe de légitimité démocratique tout en intervenant dans le processus législatif de manière juridiquement viable.

Le terme Etat de droit renvoie aujourd'hui à cette notion kelsénienne et nous l'utiliserons tout en gardant à l'esprit l'artificialité dont elle peut relever dans le contexte historique français et le rapport particulier qu'elle y entretient avec la souveraineté. En tout état de cause, si la France de la Ve République est classable dans la catégorie de l'Etat de droit de part son architecture institutionnelle pensée selon une hiérarchie des normes où la Constitution joue le rôle de norme fondamentale juridiquement mobilisable pour légitimer toute norme inférieure, il n'en demeure pas moins que ce qui autorise une institution à dire la

³³ Renaud Baumert, *Op. Cit.* nous éclaire sur le fait que l'importation des premiers germes de l'État de Droit en France sera le fait du juge administratif ; la création du droit administratif est en effet consubstantielle à la volonté de soumettre l'action de l'administration à des règles de droit, certes particulières, mais effectives et destinées à protéger le citoyen. Dans le même temps, le juge administratif s'est peu à peu employé à installer au sein de l'édifice juridique français un certain nombre de principes généraux du droit comme autant de règles non écrites, inspirées souvent par la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et que doivent respecter les normes réglementaires.

norme en démocratie, c'est-à-dire la raison acceptable par les citoyens et selon laquelle la norme, ou encore la jurisprudence normative qu'elle inscrit dans la durée, peut être produite par cette institution, renvoie pourtant à une question autrement plus problématique, demeurant irrésolue par la seule logique juridique de la pyramide des normes, et c'est aussi ce que souligne Vedel. Même si la Cour constitutionnelle, explique dans cette optique Kelsen, doit être elle-même aussi habilitée à prononcer des décisions de conformité ou de non-conformité des lois, l'on est assez spontanément tenté de demander qui, à son tour, l'habilite. Or, la norme fondamentale n'habilite, elle, que des normes. C'est alors le motif de la compétence de ladite Cour qui permet à Kelsen de démêler cet écheveau en le réduisant à une question de validité, non pas de la norme mais de l'organe dit compétent en tant, nécessairement, qu'habilité par un organe supérieur mais, rassure justement Kelsen, « cette régression vers un organe supérieur ne peut se poursuivre indéfiniment. Il existe nécessairement des organes suprêmes sur la compétence desquels nul organe supérieur ne peut se prononcer »³⁴. Pourtant, en démocratie, ce sont les citoyens qui, d'une manière ou d'une autre, autorisent, délèguent, choisissent directement ou indirectement leurs lois ; en d'autres termes, les citoyens sont, par définition, à la source de tout pouvoir acceptable, entendons ainsi légitime, même si l'on prend acte de l'intérêt qu'il peut y avoir à « rationaliser » le parlementarisme, pour reprendre l'expression communément utilisée par les constitutionnalistes pour évoquer cet encadrement du législatif visant à permettre la bonne marche du gouvernement, précisément d'après l'acclimatation commentée ci-dessus de l'Etat de droit allemand à la conception française de la souveraineté populaire. L'abandon de la seule souveraineté nationale - qui remplaçait déjà la souveraineté populaire - avec l'avènement du concept d'Etat de droit signale d'ailleurs ici la faiblesse d'un dispositif qui visait à masquer ce principe de la source populaire de la souveraineté, pourtant consubstantiel à l'idée même de démocratie : faire de la souveraineté un concept juridique dont personne ne peut s'attribuer la source afin de prévenir d'éventuels excès ou, en d'autres termes, ne s'intéresser qu'à la rationalité du fonctionnement du pouvoir, ne suffit pas, comme l'avait déjà décelé aussi Carré de Malberg lui-même, à évacuer la question concrète de ses acteurs.

C'est à l'aune de cette réflexion que la conception « pure », c'est-à-dire exclusivement juridique de la légitimité kelsénienne, entre en conflit avec l'idée de légitimité politique démocratique. Nous sommes tentés de conclure avec Eric Millard³⁵ que « Le positivisme n'implique pas davantage la démocratie qu'il ne l'exclut » lorsque l'auteur défend le caractère cognitiviste et non idéologique de la théorie réaliste de l'interprétation de Michel Troper³⁶, précisément parce que celle-ci cherche à comprendre le droit au-delà d'un système de normes posées *a priori* et qui vaudrait en soi ; elle apparaît donc en ce sens à nos yeux comme une théorie de pensée politique et c'est d'ailleurs dans cette perspective que nous serons amené à la mobiliser.

Bien entendu, et nous l'avons relevé, Kelsen est conscient de l'écart au politique de sa

³⁴ Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, LGDJ, Paris, 1999 pour la réédition française de la version de 1962, Dalloz ; p.272.

³⁵ Eric Millard, « Quelques remarques sur la théorie réaliste de l'interprétation », publié dans *L'architecture du droit, Mélanges en l'honneur du professeur Michel Troper*, D. de Béchillon, P. Brunet, V. Champeil-Desplats et E. Millard (Ed.) (2006) 725-734 ; <http://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00125981>, page 4.

³⁶ Nous y reviendrons ; avant tout juridique, elle fait en effet une large part aux logiques de pouvoir inter-institutionnelles ; mais nous aborderons cependant les choses sous un angle qui n'est pas *a priori* juridique.

théorie et cela d'autant plus qu'en pleine crise économique et politique de la République de Weimar, il est confronté à son grand adversaire intellectuel, Carl Schmitt. S'opposent ici fameusement l'idée kelsenienne que la Constitution renvoie à une nécessité logique, à celle, schmittienne, qu'elle est le fruit d'un pacte primordial exprimant l'acte de volonté du constituant et non l'organe de validation des normes organisatrices de la société. Toujours est-il que le problème se pose quant au maintien de cette Constitution ou, pour paraphraser Kelsen écrivant, précisément au paroxysme de sa controverse avec Schmitt, *Qui doit être le gardien de la Constitution?*³⁷. Profondément politique chez Schmitt dès lors qu'il considère la norme d'abord comme une décision puis comme une prescription, le seul gardien possible est celui capable de comprendre la nation dans son irréductible unité, le représentant ultime du peuple, à savoir le Chef de l'Etat ; exclusivement juridique chez Kelsen, le gardien est celui que la Constitution elle-même habilite comme tel, indépendamment des pouvoirs publics. L'un comme l'autre proposent donc une conception exclusive mais non en soi problématique de la légitimité politique qui, chez Schmitt, prend sa source au niveau du pouvoir constituant³⁸ et « tout véritable conflit constitutionnel qui porte sur les fondements mêmes de la décision politique globale ne peut être tranché que par la volonté du pouvoir constituant lui-même »³⁹ précise-t-il, tandis qu'elle est de pure nécessité logique dans le système Kelsénien où seul le droit engendre le droit. Rien de problématique, en effet, dès lors que le raisonnement peut échapper à une confrontation directe entre la source du pouvoir du gardien de la Constitution et le principe du gouvernement démocratique, entendu comme possibilité de n'obéir collectivement qu'à sa volonté souveraine. La version schmittienne de la légitimité politique renvoie en effet à l'osmose entre peuple et chef de l'Etat défini par sa capacité de décision dans des situations d'exceptions, ce qui, pour le moins, peut laisser perplexe si l'on considère le régime républicain moderne comme celui de l'auto-gouvernement du peuple visant l'égalité-liberté contre la tyrannie. La pyramide des normes, quant à elle, ne dit rien de la légitimité démocratique des institutions, si ce n'est que le Parlement est élu à la majorité et qu'il détient son pouvoir normatif de la Constitution, norme fondamentale, dont la condition de validité est précisément l'efficacité à habiliter les normes inférieures et non pas un quelconque type de fondement antérieur ; la Cour constitutionnelle est simplement composée de juges appelés à exercer une « fonction spécialisée »⁴⁰ et si l'élection, comme la compétence, sont deux vecteurs du gouvernement de soi par soi acceptables, ce n'est pas ici au sens politique de tel ou tel moyen d'identifier ses gouvernants mais seulement en tant que moyens habilités par la Constitution. Ainsi, si la question du fondement demeure en suspens chez Kelsen, c'est, nous semble-t-il, qu'elle n'en est simplement pas une dans une perspective de théorie pure du droit.

Enfin, si la perspective politico-juridique de la controverse entre Kelsen et Schmitt succinctement rappelée ici à travers des conceptions différentes du pacte entre citoyens, fait

³⁷ Hans Kelsen, *Qui doit être le gardien de la Constitution ?*, Michel Houdiard Editeur, Collection « Les sens du droit », Paris, 2006.

³⁸ Diverses conceptions du pouvoir constituant sont antérieures à celle de Schmitt : au XVIIIe siècle, en France, celles de Sieyès et de Condorcet par exemple et comptant parmi les plus anciennes mais aussi en Amérique, celle de Hamilton, au moment de la rédaction des articles du *Fédéraliste* et en particulier le numéro 78, défendant une vision de la future constitution fondée sur l'idée qu'elle représente les attentes des citoyens au moment du pacte et ne pouvant en aucun cas être remises en cause par les lois ordinaires.

³⁹ Carl Schmitt, *Théorie de la Constitution*, Quadrige, Presses Universitaires de France, Paris, 2008 ; p.213

⁴⁰ Kelsen, *Op. Cit.*, p.262.

écho à notre problème, c'est précisément parce qu'elle ne fait pas suffisamment droit à l'idéal du gouvernement de soi qui constitue notre horizon, c'est-à-dire un gouvernement où toute source du pouvoir provient du même peuple, entendons de l'ensemble des citoyens, cherchant à garantir l'égalité-liberté par le rejet de la tyrannie. Pour autant, comme l'analyse Olivier Beaud dans sa préface à la traduction française de la *Théorie de la Constitution* de Carl Schmitt, cette dernière « est à la science constitutionnelle ce que la *Théorie pure du droit* de Kelsen est à la philosophie du droit ». Cette comparaison nous fournit ici l'occasion de préciser qu'elle s'avère aussi, pour nous, emblématique d'une polarité entre science politique et science juridique dont la démocratie moderne et libérale qui nous intéresse rend compte, précisément, de l'articulation. C'est du reste, ici, comme ultérieurement, à titre d'éclairage de nos interrogations que nous mobilisons des auteurs, des théories ou encore l'Histoire elle-même.

Si la question de la légitimité démocratique d'une institution ayant le dernier mot sur la loi, autrement dit sur le choix des citoyens, n'est donc pas neuve, elle ne semble pourtant pouvoir se résoudre chez ces deux auteurs emblématiques qu'en vertu de conceptions canoniques et pourtant bien différentes de la démocratie, substantialiste et sur-qualifiant la fonction présidentielle d'un côté, ou procédurale et sur-valorisant le système juridique *per se* de l'autre ; cette dernière doit cependant être appréhendée comme le « préalable, dit Philippe Raynaud, d'une définition des conditions effectives de la préservation des libertés »⁴¹ dont on sait aussi, qu'elles sont chez le penseur viennois la motivation première en faveur de la démocratie⁴² ; cela permet de nuancer le caractère procédural de la conception démocratique de Kelsen qui prévaut si l'on ne part que la lecture de la *Théorie pure du droit*.⁴³

Enfin, si l'on veut poursuivre cette réflexion considérant les théories politico-juridiques sur la démocratie ou encore les théories constitutionnelles modernes, comme des repères intellectuels nous permettant de clarifier ce lien entre constitution et démocratie moderne, c'est-à-dire dès lors que l'égalité-liberté individuelle s'affirme comme la finalité du gouvernement⁴⁴, il nous faut assumer l'usage wébérien que nous faisons d'elles, comme autant d'idéaux-types dont le sociologue allemand estimait que toute réflexion sur la société les utilisait de façon latente⁴⁵. Il nous faut donc encore mentionner dans cette perspective des voies intermédiaires en tant qu'elles font un usage du pouvoir constituant à la fois différent de celui de Schmitt, et accordant un rôle déterminant à la Constitution comme norme fondamentale. Nous avons déjà évoqué celle des fédéralistes américains : si elle mérite à présent un détour, c'est en raison, encore, de la lumière qu'elle jette sur notre propos au moment où il est en butte à la difficile résolution de la question de la légitimité politique par

⁴¹ Philippe Raynaud, *Op.Cit.*, p.69.

⁴² Cf. Hans Kelsen, *La démocratie, sa nature, sa valeur*. Dalloz, Paris, 2004 (1931).

⁴³ Nous sommes partis ici de l'apport des théories constitutionnelles à notre question mais nous serons amenés à revenir à la conception démocratique de Kelsen qu'il développe à partir de son ouvrage de philosophie politique, *La démocratie, sa nature, sa valeur*. Cette conception ne remet pas en cause ses propositions juridiques ; elle montre plutôt que celles-ci se passent en réalité d'une conception de la démocratie mais leur apportent en revanche un contenu nouveau puisque ces propositions juridiques deviennent alors les garanties d'une liberté que l'auteur prend soin de définir et d'articuler au mode de gouvernement démocratique dans ce second ouvrage.

⁴⁴ Nous n'entrons pas ici dans la critique de la modernité consistant à montrer qu'une telle finalité « libérale » est vaine car sans contenu ; nous en prenons simplement acte. Nos réflexions nous mèneront cependant parfois à considérer cette critique dont les auteurs classiques sur la démocratie des modernes autant que ses acteurs historiques montrent qu'elle ne peut malgré tout qu'être assumée par la démocratie libérale.

⁴⁵ Max Weber, *Economie et société, tome 1*, Ed. Pocket, Collection Agora Pocket, Paris, Janvier 2003.

une théorie constitutionnelle seule, tant cette dernière répond par définition à une finalité spécifique, qui n'a pas lieu d'être avant tout démocratique au sens le plus simple où nous avons entendu l'adjectif.

Les fédéralistes américains du XVIII^e siècle et notamment Alexander Hamilton dans la section 78 du *Fédéraliste*, manifeste éponyme pour la défense de la Constitution américaine de 1787⁴⁶, s'attachent à définir, eux, la différence entre la loi fondamentale, la Constitution émanant du peuple car votée par celui-ci, et la loi ordinaire, émanant de ses représentants. Hamilton développe à cet effet une argumentation précise sur la nécessité du contrôle de constitutionnalité des lois ordinaires, lequel s'impose comme découlant du principe même de la Constitution limitée, celle d'un gouvernement anti-despotique. Cela, explique Hamilton, désamorçant ainsi, en théorie, un conflit idéologique qui fera long feu de l'autre côté de l'Atlantique⁴⁷, ne cède pour autant rien à la tentation d'une supériorité du judiciaire sur le législatif⁴⁸: dans une république moderne, poursuit-il, où le peuple gouverne par l'intermédiaire de ses représentants, toute autorité n'est jamais que déléguée et ne saurait perdre de vue l'autorité première dont elle émane et « en vertu de laquelle elle est exercée »⁴⁹. Le pouvoir suprême est alors bien celui de ce que les fédéralistes nomment le peuple et le pacte de gouvernement scellé par ce peuple lui-même sera la Constitution qu'aucune autorité déléguée, fût-ce le pouvoir législatif, ne saurait trahir. Hamilton anticipe alors l'objection anti-fédéraliste, celle de la confiance qu'il convient de placer dans le pouvoir législatif, représentant directement la volonté populaire et par-là même capable de se faire juge constitutionnel des lois qu'il produit : le rédacteur de la section 78 du *Fédéraliste* invoque alors cette fois le bon sens, avançant qu'une telle approche relèverait d'une certaine naïveté voire d'une mauvaise foi de la part des détracteurs du contrôle de constitutionnalité par les cours judiciaires ; comment, en effet, interroge-t-il, accorder un tel crédit d'impartialité aux parlementaires qui seraient en réalité ici à la fois juges et parties ? Oscillant entre jugement sur la nature humaine et approche procédurale, Hamilton convient en toute logique qu'un tel crédit eût pu être acceptable si la Constitution l'eut elle-même prévu. Mais précisément, enchérit-il, ce serait là avoir mal compris l'esprit de la Constitution américaine que de lui prêter une telle lettre : « On ne peut guère supposer que la Constitution entende donner aux Représentants du peuple le droit de substituer leur volonté à celle de leurs commettants » conclut Hamilton dans *Le Fédéraliste* 78. Une hiérarchie est donc établie entre représentants et représentés au profit de ces derniers, évoqués d'ailleurs par le terme de « commettants », plus actif que le passif « représentés ». Ce n'est donc pas la volonté des

⁴⁶ Alexander Hamilton, John Jay, James Madison, *Le Fédéraliste*, traduit de l'anglais par Gaston Jèze, Paris, LGDJ, 1957 (réédition Économica, 1988).

⁴⁷ Nous pensons ici d'abord aux débats constitutionnels français de l'an III puis de l'an VIII sur le principe d'un « jurie constitutionnaire » proposé par Sieyès puis au parlementarisme triomphant en France jusqu'aux thèses du parlementarisme rationalisé et à l'émergence du contrôle de constitutionnalité avec la V^eme République mais nous y reviendrons à l'occasion d'un petit excursus historique dans la section B.2.2.

⁴⁸ Nous verrons dans la section historique évoquée dans la note ci-dessus à quel point la prédominance de la loi comme expression du souverain empêche conceptuellement d'accepter une forme quelconque de mise en concurrence dès les débats révolutionnaires français, jusqu'à la controverse entre Kelsen et Schmitt sur le gardien de la Constitution ; dans ce sillage, l'ouvrage *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis*, du juriste Edouard Lambert, qui paraît en 1921, offrira une expression aux détracteurs du contrôle de constitutionnalité des lois qui sera très usitée jusque dans les débats récents du Conseil constitutionnel.

⁴⁹ *Le Fédéraliste*, Op.Cit., Section 78.

commettants qui pose problème mais la volonté de leurs représentants et cela dans la Constitution elle-même ; la norme rejoint ici le jugement moral. Si le peuple prime, c'est incarné dans l'acte constitutionnel qui traduit et assume, par sa mécanique même, autant ses conceptions morales méfiantes sur la nature humaine que ses aspirations à l'égalité-liberté associée à l'auto-gouvernement, par conséquent représentatif par nécessité et par prudence.

L'approche est donc encore d'abord constitutionnelle, en tant qu'elle part d'une certaine conception de la Constitution, entendue non pas uniquement fonctionnellement à partir du type de gouvernement qu'elle organise mais en vertu de son fondement même. Or, celui-ci est déterminé par la finalité de la communauté politique. Le terme de « finalité » peut sembler impropre ou abusif mais qu'il s'agisse d'une dimension fictive, réelle ou plus vaguement culturelle ne change rien au bon sens immédiatement partagé par les sociétaires ordinaires : en pratique, toute communauté a son histoire et ses repères propres, quand bien même celles-ci sont indéniablement évolutives. C'est précisément en vertu de cette articulation entre Constitution et « finalité » du pacte social que, depuis Rousseau au moins, ce pacte relève du droit politique⁵⁰. Pour reprendre nos références antérieures, parce que la finalité de la communauté est sa capacité à décider des moyens de sa survie dans des situations d'exception, alors la décision est le pivot de la Constitution schmittienne articulant l'organisation des mécanismes de gouvernement à la possibilité de décision pour l'exécutif ; de même, parce que la fin du gouvernement doit être sa cohérence irréfutable sans considération morale, alors la norme fondamentale s'impose au sommet de la hiérarchie des normes juridiques qui règlent la vie des citoyens dès lors qu'elles sont légitimées par leur validité verticale à une norme supérieure, émanant d'un organe de pouvoir habilité ; ou encore parce que le rejet de la tyrannie et la liberté de se donner sa propre loi animent la communauté des Modernes, alors les pouvoirs – constitutionnels - seront répartis, limités ou encore séparés. Mais cette liberté des Modernes est elle-même indéterminée et ne renvoie pas nécessairement à un type de finalité qui voisinerait avec la sûreté chère aux libéraux classiques, au premier chef desquels Montesquieu. Elle peut aussi renvoyer à celle de se donner sa loi en tant qu'action par excellence de l'individu souverain moderne, en lien direct avec l'idée de liberté républicaine donc résolument anti-tyrannique mais dans une veine plus rousseauiste, selon laquelle la liberté de se donner sa propre loi est la liberté même. L'on décèle donc ici au passage les deux versions de la démocratie moderne comme type de gouvernement le plus en adéquation avec la recherche de la liberté : d'une part, la démocratie par l'élaboration de sa propre loi, héritée des Anciens tout en se résignant à la représentation, et d'autre part la démocratie assumant la représentation dans une optique de modération de la toute puissance de la volonté du peuple souverain pour lui garantir le libre exercice de ses droits individuels, autrement dit, précisément, sa « sûreté ». Entre les deux, c'est précisément cette multiplicité de finalités de la liberté qui en fait celle des Modernes ; or, le type de régime le plus capable de la prendre en charge est le régime où tous se gouvernent eux-mêmes.

Le pacte pré-constitutionnel qui permet d'abord au peuple de se reconnaître puis de se choisir un chef chez Carl Schmitt, la cohérence d'un Etat tenu par le droit chez Kelsen, la liberté politique ou capacité de n'obéir qu'à ses représentants comme on obéirait à soi-même car ceux-ci sont tenus au respect de la Constitution exprimant la volonté populaire, ces représentants étant les commis du peuple constituant - les fédéralistes américains en

⁵⁰ Comme l'annonce le sous-titre : *Du contrat social « ou principe du droit politique »*

fournissent un exemple épuré des héritages historiques qui peuvent subvertir une même finalité politique en passion, comme le cas de la France révolutionnaire l'illustre⁵¹ tout en fournissant ainsi des nuances intéressantes à cet idéal-type - fournissent autant de contours possibles de l'organisation du pouvoir, à savoir de la Constitution moderne.

Or, de part la spécificité de l'objet qu'elle poursuit, pour paraphraser Montesquieu⁵², la communauté politique renvoie, certes, à une théorie constitutionnelle particulière mais a en même temps à charge d'identifier le type de gouvernement le mieux capable de mettre en œuvre l'atteinte de cet objet. Tandis que l'existence d'une seule finalité de réalisation du souverain bien par l'exercice de la participation politique animait les Anciens, les types de gouvernement, par tous, par quelques uns ou par un seul, pouvaient être définis eu égard à leurs qualités, propres à l'atteinte de ce souverain bien ; le meilleur des régimes était donc celui le plus à même de fournir aux habitants de la Cité la possibilité de participer à la chose commune. Cette participation étant la fin en soi, par définition, de la communauté, la question centrale posée par la philosophie politique, était celle de la plus juste répartition de cette participation. Les Modernes, nés de la dispersion des finalités que suggère l'idée même de liberté, de la capacité reconnue pour chaque individu à avoir les siennes propres, et de l'égalité de tous face à la réalisation de leurs fins, disposent quant à eux nécessairement de deux grilles d'analyse du pouvoir politique : Comment réaliser le mieux possible les fins diverses des citoyens? Et, dans le même temps, comment assurer qu'aucune ne prévale sur l'autre ? Que cette liberté de chacun soit du reste entendue au sens libéral de la sûreté des libertés individuelles ou au sens plus classique de la liberté civique, elle n'en demeure pas moins, avec les Modernes, d'abord attachée à l'individu ; Rousseau, du reste, bien que nostalgique de la démocratie des Anciens, relie précisément la volonté individuelle à celle de la communauté par le truchement, que d'aucuns peuvent juger génial et d'autres frustrant, de la volonté générale, elle, toujours « droite ». Pierre Manent analyse cette analogie dans *Les métamorphoses de la Cité* où il conclut que « Montesquieu et Rousseau partagent donc pour l'essentiel la même psychologie : psychologie mécanique de l'âme homogène exclusivement définie par l'amour du propre, et dans laquelle le commun, ou plutôt le général, ne peut surgir que comme une modification du propre, ou du particulier, seul naturel »⁵³. Quoi qu'il en soit, il s'agit donc pour les Modernes de concilier ce choix du type de gouvernement en fonction de cette indétermination de l'égalité-liberté individuelle. Montesquieu apporte alors le chaînon manquant aux Modernes, dont on retiendra avec Raymond Aron, qu'il « combine avec les classifications des trois gouvernements une classification dualiste des gouvernements

⁵¹ Cf B.2.2. Notons aussi ici que la France et l'Amérique du XVIIIe siècle semblent partager la racine commune de la confiance dans la raison humaine, en droite ligne des Lumières, sur laquelle peut se déployer l'idée que rien ne doit s'opposer à la volonté populaire, laquelle renvoie, nous l'avons vu, au mythe unanimiste précédant la modernité et façonnant toujours les fondements de toute communauté politique ; notre lecture du *Fédéraliste* nous enseigne que la cette fiction unanimiste se traduit pragmatiquement de manière numérique dans le cas américain puisqu'il s'agit de ratifier la Constitution à une majorité qualifiée la plus forte possible, et plus historiquement de manière anti-monarchiste dans le cas français qui considère alors que la volonté des représentants est toujours celle du peuple; il en résulte qu'outre-Atlantique, c'est la Constitution qui traduit la volonté populaire, du moins c'est ainsi qu'elle est publicisée par les fédéralistes, et qu'en France, ce sera la loi élaborée par l'Assemblée des représentants du peuple.

⁵² Montesquieu, *De l'esprit des lois*, deux volumes, GF Flammarion, Paris, 1979 (1748).

En particulier, Livre XI, Chapitre VI, « De la Constitution d'Angleterre » où l'auteur décompose de manière très didactique cette articulation logique entre objet, principe et type de gouvernement.

⁵³ Pierre Manent, *Les métamorphoses de la Cité*, Flammarion, Paris, 2010, p.101.

modérés et non modérés. La République et la Monarchie sont modérées, le despotisme ne l'est pas »⁵⁴.

Nous avons ici tenté de mettre au jour le caractère profondément politique d'une Constitution, noué par la cohérence entre la relation gouvernants/gouvernés et la finalité que cette communauté entend réaliser, aussi indéterminée par nature cette finalité soit-elle, comme c'est le cas de la liberté politique. Ces exemples d'articulation entre finalité de la communauté politique et théorie constitutionnelle sont toutefois ici considérés comme des idéaux-types modernes et ne sauraient prétendre servir de liste exhaustive de toutes les considérations sur la notion de Constitution ; ces cas d'école, portés par des penseurs emblématiques, nous semblent du reste plutôt susceptibles de renvoyer à des nuances produisant à leur tour d'autres théories constitutionnelles sur le même principe. Mais ils nous intéressent surtout en ce qu'ils signalent ce lien intime entre la finalité du gouvernement garantie par la Constitution et l'exercice de ce gouvernement. Ce lien, précisément, est caractéristique de la légitimité politique des modalités de cet exercice, autre façon de parler de l'acceptation du principe de gouvernement par une communauté qui se reconnaît dans ce que ce dernier cherche à actualiser.

La Constitution d'une démocratie moderne apparaît dans cette perspective comme la description des mécanismes permettant de réaliser une certaine conception de la liberté politique, lesquels reposent toujours sur l'assentiment des citoyens égaux ; autrement dit, la finalité de la liberté politique et l'organisation des pouvoirs qui y concourent par la médiation de la représentation des citoyens, sont logiquement et consubstantiellement liés dans cette Constitution. Si nous poserons ultérieurement un regard critique sur ces termes, ils renvoient pour l'heure au gouvernement de tous les citoyens à travers une médiation représentative ayant pour finalité la liberté politique entendue au sens moderne des libertés individuelles et collectives. C'est bien là l'organisation politique qui nous intéresse et c'est précisément la pérennité pratique du lien entre sa finalité et son mode de gouvernement, à savoir son principe de légitimité démocratique, qui fonde notre question initiale. Nous la posons cependant à partir d'une observation concrète qui nous amène à préférer dans un premier temps l'expression de pratique démocratique à celle de légitimité démocratique.

Pour rappel et plus finement en vertu du développement précédent,

⇒ *Formulation de la question initiale*

Que nous apprend de l'évolution de la pratique démocratique moderne, entendue comme l'articulation entre gouvernants et gouvernés reconnue par ces derniers dans la représentation et l'élection en accord avec la finalité politique de leur communauté, l'accroissement empirique du rôle des institutions non élues pouvant néanmoins avoir le dernier mot sur la loi votée par des représentants élus par les citoyens ?

⁵⁴ Raymond Aron, *Les étapes de la pensée sociologique*, Gallimard, Paris, 1976, p.36.

B. Objet de l'étude et question de recherche associée

B.1. Une approche empirique adéquate au positionnement académique de la question initiale

B.1.1. Partir de l'empirique et du singulier

Nous partons donc de la définition moderne communément admise de la démocratie, à savoir qu'il s'agit du mode de gouvernement selon lequel tous les citoyens participent également à l'élaboration de leur loi commune, par l'intermédiaire de leurs représentants élus au suffrage universel. Pour être commune, cette définition n'en est pas moins juste bien que, sans aucun doute, partielle : nous ne saurions à ce titre ignorer tous les modes de participation à la vie politique qui se développent concrètement ou bien qui sont normativement promus par la science politique contemporaine. Il n'en demeure pas moins que la citoyenneté moderne se définit à travers cette participation de chacun, à part égale, à travers l'élection de ses représentants politiques. Que la finalité de ce choix de gouvernement soit prioritairement la garantie de certaines libertés individuelles ou la réalisation pratique de la liberté première de se gouverner soi-même, selon deux acceptions classiques de la démocratie libérale en théorie politique déjà entrevues, n'est pas non plus notre propos, qui se limite davantage au mode de gouvernement en soi. Nous avons pourtant précédemment mobilisé cette thématique des finalités du gouvernement : sans préjuger de ce que devrait être la forme de liberté politique d'une démocratie moderne, nous nous y rapporterons ultérieurement comme à un guide d'analyse des discours interprétatifs de la Constitution de la Ve République française à laquelle nous allons nous intéresser. Notre réflexion pourra en effet s'éclairer de cette question des finalités escomptées dans la Constitution de référence dès lors que celles-ci modèlent éventuellement et, le cas échéant, de manière effective, les évolutions du lien gouvernants/gouvernés.

Cette thématique des finalités a cependant d'abord permis de dégager les apories d'une approche qui espère, par la seule théorie constitutionnelle, rendre compte d'une question générale de légitimité politique puisque, précisément, la Constitution présuppose une certaine conception de la communauté politique, y compris démocratique, et comporte donc déjà une référence déterminante à une forme de légitimité politique ; le risque est donc réel qu'une telle approche réfute comme illégitime tout ce qui s'égare de cette référence. Elle pêche donc par son caractère figé et peut manquer de saisir les évolutions des pratiques qui peuvent encore mériter l'adjectif « démocratiques ». Elle peut toutefois être fructueuse : la démarche consistant à faire primer l'analyse constitutionnelle théorique pour éclairer la question de la légitimité démocratique inviterait alors en toute rigueur à comparer les écarts éventuels entre la pratique et le texte constitutionnel prévalant, pour ensuite repérer ce qu'il reste de démocratique au sens convenu. Nous proposons un chemin sinon inverse du moins différent : partant d'une définition générale et coutumière de la démocratie moderne et donc ce qui caractérise simplement et irréductiblement sa pratique, nous nous demandons ce que les évolutions concrètes et observables de cette pratique effective expriment du lien entre le

projet politique démocratique contenu dans la Constitution (ses finalités⁵⁵) et les modalités du gouvernement démocratique. Or, ce lien, dans le cadre de la représentation, n'est autre que celui entre gouvernants (qui réalisent un projet politique d'une manière ou d'une autre, selon les orientations qu'ils privilégient dans ce projet démocratique général) et gouvernés (qui acceptent que leur nécessaire participation soit prise en compte selon certaines modalités). Son évolution n'entre alors pas en contradiction avec la pré-existence d'un principe de légitimité théorique puisque celui-ci n'est posé qu'à titre de point de départ, de modalité pratique prédominante à un moment donné et non pas comme devant traduire sans faillir l'adéquation du projet politique porté par la Constitution au mode de gouvernement qu'elle prescrit. Ce qui nous intéressera, c'est bien plutôt la manière dont, sous la Constitution d'un gouvernement démocratique introduisant par définition l'élection comme critère de légitimité des gouvernants, c'est-à-dire des institutions politiques, tout en prévoyant d'autres types d'institutions, se déploient concrètement d'autres liens entre gouvernants et gouvernés et dans quelle mesure ceux-ci demeurent – ou pas – démocratiques au sens large déjà proposé. Il s'agit donc pour nous de mettre au jour, à travers une observation puis une analyse empiriques, la part d'implicite d'une Constitution démocratique, ou encore un aspect du potentiel d'actualisation de sa part d'indétermination pour employer un terme fameux qui depuis Lefort⁵⁶ fait autorité. Sur un plan plus modestement civique, cette démarche critique partant du réel, fait aussi plus directement écho à notre conception de la participation civique.

En définitive, l'approche théorique en tant qu'éclairage de notre sujet par des théories constitutionnelles ou encore par des théories de la démocratie disponibles, si elle nous semble féconde et digne du plus grand intérêt dès lors qu'on partage les prémisses de ces dernières de manière décisive et pérenne, ne saurait être ici la nôtre sans trahir notre interrogation première. Celle-ci, en effet, s'intéresse au lien effectif entre les citoyens et leur gouvernement dans une démocratie représentative, lien précisément médiatisé par leurs représentants, et à tout le moins modifié dès lors qu'émergent des instances de contrôle ou de régulation indépendantes ayant un impact sur l'élaboration de la loi effectuée dans le cadre de cette médiation, sans que les citoyens n'aient de prise sur elles, du moins pas en vertu du mode de participation au gouvernement démocratique qui leur échoit en théorie comme en pratique, le mode électif. Il nous faudrait une théorie du gouvernement représentatif mais elle conduirait à une impasse puisque, précisément, ces instances qui suscitent notre curiosité, n'y auraient, par définition, pas leur part. Il va de soi, cependant, que loin de rejeter les nombreux éclairages que pourront nous apporter divers travaux théoriques en la matière eu égard à des appréciations partagées sur des points précis, nous nous limitons finalement par cette remarque à achever de justifier notre choix de ne pas en faire le fil conducteur de notre raisonnement.

Aussi, à partir d'une expérience démocratique historiquement et pratiquement définie comme telle, celle d'une démocratie moderne et représentative, certes spécifique puisque

⁵⁵ Nous abandonnons à présent ce terme qui n'a pas vocation à figer ou à essentialiser la particularité politico-culturelle d'une société mais qui entendait simplement mettre la lumière sur une telle singularité. L'expression « projet politique » est du reste plus à même de renvoyer à la perspective dynamique à laquelle nous tenons.

⁵⁶ Claude Lefort, *Essais sur le politique, XIXe-XXe siècles*, Seuil, Points/Essais, Paris, 2001.

nous nous intéresserons à celle de la Ve République française, mais irréductiblement associée au gouvernement de tous les citoyens par tous les citoyens et renvoyant ainsi à la conception la plus largement partagée de la démocratie, nous chercherons à repérer ce qui relie, en pratique, les citoyens ou leurs représentants, à ce type d'institutions, dans un système démocratique reconnu comme légitime à partir, précisément, d'autres critères que la légalité, l'indépendance professionnelle, la compétence ou l'impartialité dont se prévalent ces instances ou institutions constitutionnellement ou légalement reconnues. Nous partons donc nécessairement d'une Constitution, voire d'une conception de la légitimité démocratique qui y prévaut mais c'est l'écart constaté avec sa pratique effective du point de vue de l'émergence du contrôle de constitutionnalité des lois qui nous intéresse, et cela à deux égards : d'une part, on l'a vu, l'élection est le critère de légitimité dominant dans la tradition républicaine française comme cela est confirmé dans l'article 3 de la Constitution de la Ve République⁵⁷, et nous allons revenir dans le paragraphe suivant à cette dimension historique de la pratique électorale et en particulier de la suprématie législative ; d'autre part, si le contrôle de constitutionnalité des lois est également prévu par la même Constitution dans son article 61, il n'est pas obligatoire pour les lois ordinaires mais seulement pour celles précisant le fonctionnement des pouvoirs publics, à savoir les lois organiques, au-dessus des lois ordinaires et inférieures à la Constitution dans la hiérarchie des normes, ainsi que pour les règlements des assemblées, autrement dit pour les normes relatives à la mise en mouvement des institutions, à commencer par les institutions qui légifèrent ; il dépend en revanche de la saisine pour les lois ordinaires, celles qui, précisément, nous intéressent en tant qu'organisant directement la vie collective française. Au moment de l'avènement de la Ve République en 1958, cette saisine est de plus la prérogative de seulement quatre grandes personnalités de l'Etat (Président de la République, Premier Ministre, Présidents de l'Assemblée nationale et du Sénat) et cela jusqu'en 1974 ; sa seule présence dans la Constitution de la Ve République ne saurait dissoudre la question de sa légitimité démocratique, d'une part parce que le lien gouvernants-gouvernés y est décrit autrement, d'autre part parce qu'au-delà des objections historiques évoquées, le seul contexte d'élaboration de cette Constitution et les intentions alors affichées relativement au rôle du Conseil constitutionnel, suggèrent que celui-ci est censé se borner à veiller au cantonnement du législatif dans le respect de l'exécutif. Le contrôle de constitutionnalité, présent dans la Constitution est peu évoqué sinon comme relevant d'une crainte aigüe vis-à-vis du législatif qui ne saurait en faire oublier la tradition historique. Ainsi, l'ambivalence apparente créée par la coexistence dans la même Constitution de l'article 3 sur la souveraineté du peuple qui exerce celle-ci à travers l'élection, et l'article 61 qui prévoit un contrôle souverain des lois émanant du peuple par une institution non élue, est-elle historiquement limitée par la prégnance de l'élection dans la culture républicaine française autant que par les faibles ambitions conférées à une telle institution à sa création. Enfin, la Constitution elle-même achève de privilégier malgré tout la légitimité électorale en

⁵⁷ Titre premier – De la Souveraineté – Article 3 : « La souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants et par la voie du référendum. Aucune section du peuple ni aucun individu ne peut s'en attribuer l'exercice. Le suffrage peut être direct ou indirect dans les conditions prévues par la Constitution. Il est toujours universel, égal et secret. Sont électeurs, dans les conditions déterminées par la loi, tous les nationaux français majeurs des deux sexes, jouissant de leurs droits civils et politiques. »

faisant du Président de la République, via son article 5⁵⁸, le garant du respect de la Constitution. Les constitutionnalistes analysent finement la présence de tels articles dans une même Constitution⁵⁹ ; mettre à profit leurs études pour établir les fondements de la légitimité politique à travers les théories du droit ou celles de la démocratie qui s'intéressent au droit constitutionnel présuppose, dans ce champ, comme nous l'avons vu, une prise en compte de la définition de la finalité de la communauté politique selon ces dernières : cela nous semble encore exiger de nous une hypothèse d'autant plus hasardeuse que cette finalité est très large en démocratie, quand la seule définition simple, irréductible et incontestable que nous en gardons est celle de la mise en place du régime de la protection des libertés individuelles et collectives par le gouvernement où tous contribuent directement ou indirectement, mais également, à l'élaboration de leur loi commune. Enfin, l'avènement au cœur d'une culture républicaine élective et légi-centrée de l'institution en question nous conduit d'autant plus à une analyse empirique de l'évolution des pratiques relatives à l'activité de cette institution que la Constitution considérée est positivement porteuse de toutes les possibilités sans pour autant les relier explicitement ensemble au départ.

B.1.2. Partir de l'empirique avec le minimum de présupposés

Notre propos ne relève donc pas d'un parti-pris sur ce que doit être la démocratie libérale et contemporaine mais d'une réalité positive des institutions démocratiques françaises organisées et mises en œuvre de longue date, non sans obstacle mais de façon à peu près stable et institutionnellement affirmée, au moins depuis l'avènement de la III^e République en 1870, par la représentation et l'élection. Cette réalité est du reste rappelée dans la Constitution de 1958 qui présente aussi pour nous l'intérêt de mobiliser la définition simple et générale de la démocratie moderne qui est la nôtre, mais elle renvoie à d'autres subtilités qui seules et détachées de leur pratique ne peuvent rendre compte de l'évolution de ces pratiques elles-mêmes, sauf de manière spéculative. Il est utile à présent de revenir à Georges Vedel et à ses interrogations dans la préface à l'ouvrage collectif déjà cité. Il y conclut pour sa part ainsi à propos du Conseil constitutionnel : « N'est-il pas un envahisseur donc un usurpateur ? ». Et de rajouter : « il devait se faire une place.../... Sa légitimité, c'était sa mission »⁶⁰. A cet égard impensable pour Schmitt qui eut sans doute préféré s'en remettre à l'article 5 de la Constitution de 1958 selon lequel « Le Président de la République veille au respect de la Constitution. Il assure, par son arbitrage, le fonctionnement régulier des pouvoirs publics ainsi que la continuité de l'Etat.... », mais en revanche juridiquement viable pour Kelsen, le Conseil constitutionnel s'inscrit donc dans une Constitution ambivalente quant à son gardien, autant qu'à la suprématie de la légitimité élective qu'elle confirme, en même temps qu'elle prévoit de la surveiller. Son texte même met la jeune institution dans une position aussi inconfortable

⁵⁸ Titre II – Le Président de la République – Article 5 : « Le Président de la République veille au respect de la Constitution. Il assure, par son arbitrage, le fonctionnement régulier des pouvoirs publics ainsi que la continuité de l'Etat. Il est le garant de l'indépendance nationale, de l'intégrité du territoire et du respect des traités. »

⁵⁹ Cf. notamment l'analyse commentée de la Constitution de la Ve Rép par Guy Carcassonne dans *La Constitution*, Éditions du Seuil, Points, 2^e ed., Paris, 2011.

⁶⁰ Cf. section A.2, *Op.Cit.* (Bastien François *et alii*), p. IX et X de la préface pour les deux citations.

qu'inédite, d'autant plus qu'au-delà de ces ambiguïtés, le peuple a, comme l'aurait joliment dit Montaigne, pris « le pli »⁶¹ de la démocratie électorale. Dans *La légitimité démocratique*⁶², Pierre Rosanvallon commence par repérer, pour rendre compte de la « fiction fondatrice » de cette légitimité par le vote à la majorité⁶³, deux fondements de l'élection démocratique en France : un principe de justification et une technique de décision. Si son point de départ est donc bien l'élection comme moyen, accepté par les citoyens, de mettre en place le gouvernement démocratique, l'auteur part en revanche du constat d'une « assimilation routinière »⁶⁴ entre ce principe de justification et cette technique de décision, qui en voilerait la contradiction fondamentale dès lors que l'« on a seulement fait comme si le plus grand nombre valait pour la totalité »⁶⁵. En constatant cette contre-vérité coutumière, l'auteur cherche alors à restituer non pas la nature même de la démocratie, mais la façon dont on tend à la réaliser malgré tout. Située à la fin du XIXe siècle, au moment de la dénonciation générale des partis, le passage de l'association fictive entre unanimité et majorité à l'avènement du suffrage universel comme seul « pouvoir du dernier mot », ayant perdu sa justification morale unitaire tout en gardant sa légitimation juridique, il finit par mettre en évidence une forme de légitimité démocratique nouvelle dont peuvent se prévaloir toutes ces instances qui nous tourmentent. S'intéressant d'abord à ce que les citoyens attendent de la démocratie et qui se révèle, à la lumière d'un bon sens tout aristotélicien, à travers ce qu'ils en font au cours de l'histoire, Pierre Rosanvallon dresse une cartographie, évolutive dans le temps, des légitimités démocratiques possibles en tant que capables de nous rendre intelligible ce qui demeure ultimement déterminant pour la mise en œuvre du gouvernement démocratique, à savoir l'expression de ce que l'auteur nomme « la généralité sociale ». Si notre point de départ quant à la définition de la démocratie représentative se reconnaît bien dans celui de l'auteur, nous ne revendiquerons pourtant pas le présupposé de son étude, même si nous le partageons par ailleurs sur un plan logique, à savoir le caractère d'emblée contradictoire de la légitimité électorale en raison de l'écart irrésolu entre l'unanimité dont rêve cette dernière et la majorité dont elle se contente. Notre question porte en effet sur une mise en œuvre particulière de la démocratie par l'élection, sans postuler au départ le caractère mystificateur de celle-ci et ne porte pas, par conséquent, sur la démocratie considérée d'emblée comme la représentation d'une attente réflexive généralisée et fatalement trahie par l'élection, qu'elle parvienne alors à compenser par d'autres réponses fonctionnelles justifiant de ce fait leur légitimité. Par ailleurs, notre question serait encore trop ambitieuse si elle prenait pour cibles ce que nous appelons, en convoquant de nouveau les termes de Pierre Rosanvallon, les « autorités indépendantes » : notre enquête à prétention empirique serait alors protéiforme et ne trouverait de synthèse que subsumée par une réflexion sur les

⁶¹ Montaigne, *Les Essais*, version en Français moderne, Quarto Gallimard, Paris, 2009 ; Livre I, Chapitre XXIII, « Sur la coutume et sur le fait qu'on ne change pas aisément une loi reçue », p. 135 : « Je trouve que nos plus grands vices prennent leur pli dès notre plus tendre enfance ».

⁶² Pierre Rosanvallon, *La légitimité démocratique : Impartialité, réflexivité, proximité*, Seuil, Paris, 2008.

⁶³ A la différence de Kelsen qui démontre le lien entre vote à la majorité et l'idée de démocratie par une transformation progressive de l'idée de liberté. Cf. Hans Kelsen, *La démocratie, sa nature, sa valeur*, Dalloz, Paris, 2004 (1931). Kelsen suppose intériorisable, voire intériorisée, l'adéquation entre vote à la majorité et démocratie dont il fait la démonstration, contre et malgré les critiques arithmético-sociologiques que l'on adresse généralement à cette procédure de décision.

⁶⁴ *Op.Cit.*, p.10

⁶⁵ *Ibid.*, p.11

caractéristiques communes de la légitimité démocratique, éventuellement acquise en pratique, de nombre d'instances ayant des influences plus ou moins importantes sur la loi et n'ayant pas toutes une dimension politique décisive. Ce serait donc là une enquête sur les nouvelles formes que peut prendre la légitimité démocratique et, en cela, nous déclarons forfait d'avance face à l'immense et passionnant travail déjà mené par l'auteur qui inspire ces dernières lignes. Pour rester dans notre champ disciplinaire, celui de la science politique, si nous parvenions, en revanche, à rendre intelligible une forme de légitimation démocratique éventuellement à l'œuvre pour l'une de ces « instances » dont la dimension politique est, à proprement parler, décisive puisqu'au-delà du seul conseil ou avis, elle jouit d'une autorité souveraine une fois qu'elle s'est exprimée sur la loi, en plus de nous le rendre plus accessible et de le circonscrire à un domaine indéniablement politique, nous resserrerions aussi notre travail au cœur de la problématique démocratique déjà formulée en appui sur notre définition simple de la démocratie représentative. En d'autres termes encore, nous ne cherchons pas à produire une pâle copie du travail mené par Pierre Rosanvallon sur le nouveau visage de la légitimité démocratique à partir d'une réflexivité considérée comme un devoir-être primordial entre les citoyens et l'ensemble des autorités nouvelles qui influent sur leur mode de gouvernement classique ; nous observons en revanche la démocratie comme un donné, celui de la mise en oeuvre du gouvernement auquel tous les citoyens participent à travers l'élection ; ce faisant, le lien que ses citoyens entretiennent avec celles de ces instances qui, précisément non élues, peuvent légalement et sans conteste avoir le dernier mot sur l'action du législateur élu, nous intéresse donc à partir de la démocratie électorale et pas contre elle, même si son présupposé permet à Pierre Rosanvallon d'élaborer une thèse particulièrement éclairante sur l'évolution possible de nos attentes, à nous, citoyens de ces démocraties modernes et même si nous n'écartons pas la possibilité de le rejoindre dans nos constats *a posteriori*.

Puisque nous avons annoncé le projet de resserrer le propos sur le contrôle de constitutionnalité des lois, revenons sur une remarque avancée plus haut de manière générale car il importe à présent d'en rappeler l'intérêt spécifique : il serait vain, en effet, de tenter de démontrer le caractère démocratique du contrôle de constitutionnalité des lois ou celui des institutions non élues qui le pratiquent, à partir de notre seule définition simple de la démocratie représentative ; il est, par ailleurs, dans le cas français auquel nous allons nous intéresser, prévu par la Constitution de la Ve République et repose, toujours en vertu de la même Constitution, sur les motivations des décisions émises à sa suite, qu'il s'agit de considérer comme l'expression d'une lecture compétente de cette Constitution à respecter ; il tient donc nécessairement une forme de légitimité, entendue comme acceptabilité par les citoyens, de la légalité de son existence ou de l'affirmation de sa compétence, toutes deux étant constitutionnellement reconnues bien que non affirmées comme étant démocratiques au sens où nous l'entendons et où, précisément, l'entend aussi la Constitution de la Ve République. Mais ce n'est, en l'occurrence, pas ce qui nous intéresse : nous partons d'une forme de légitimité démocratique, celle conférée par l'élection, assimilable de part l'histoire longue de sa pratique à celle de la République française⁶⁶, à une forme de domination

⁶⁶ Voir les travaux de Pierre Rosanvallon sur l'histoire de la démocratie en France, notamment *Le Peuple introuvable. Histoire de la représentation démocratique en France*, Paris, Gallimard, 1998.

traditionnelle, autant que légale-rationnelle, conférée, elle, par la Constitution, pour reprendre les fameux et toujours très structurants idéaux-types de Max Weber. Le propos ne peut, certes et en toute rigueur, porter sur la légitimité démocratique du contrôle de constitutionnalité des lois, oxymore auquel seule une approche légale-rationnelle, entendons ici constitutionnellement fondée, à partir par conséquent d'une conception déjà large et non pas exclusivement électorale de la légitimité démocratique, permettrait d'échapper ; or, la Constitution de la Ve République, explicitement, ne le permet même pas, énonçant dès son article 3, rappelons-le, que « la souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants et par la voie du référendum ». Ce qui nous semble plus digne d'intérêt n'est pas de s'en tenir à ce type d'échappatoire incertaine, consistant à accepter que ce qui est constitutionnel est légitime, mais bien davantage la façon dont un tel contrôle de constitutionnalité se développe au fil du temps et s'impose peu à peu à une pratique démocratique dont le critère dominant lui pré-existe. Cette question, que nous avons tenté ici de circonscrire plus précisément, n'est, du reste, pas neuve, et cela achève d'en montrer l'intérêt, voire aurait pu suffire à justifier le nôtre si nous n'avions pas tenu à la préserver de toute tentative de réponse hâtive ou impliquant des présupposés propres à en détourner le sens premier. Le développement progressif et exponentiel du contrôle de constitutionnalité des lois en France, sur lequel nous reviendrons, exprime donc une évolution dans la pratique démocratique qui nous intéresse en premier lieu.

Il nous faut aussi souligner, afin de mieux préciser notre questionnement, que quelques études de l'œuvre de John Rawls dont, en particulier, *Libéralisme politique*, où l'auteur considère que la Cour suprême des Etats-Unis exprime la « raison publique », forme de justification ultime qui scelle le consensus social, entendu comme l'accord allant de soi entre les citoyens, et maintient en vie la démocratie libérale, ont nourri notre réflexion critique sur le caractère régulateur de ce type d'institutions garantes du respect de la Constitution et, plus généralement, sur le lien que la régulation peut entretenir avec la démocratie, sans rien présupposer de plus sur cette dernière que son acception étymologique de gouvernement par le peuple⁶⁷. Pour autant, traquer dans la théorie rawlsienne, pour le compte de notre propos, ce lien nécessairement théorique entre gouvernants et gouvernés nous a semblé renvoyer à une double impasse : d'abord John Rawls, bien qu'établissant une théorie politique normative, parle explicitement ici de la démocratie moderne telle qu'elle s'est développée aux Etats-Unis d'Amérique tandis que la question des institutions régulatrices de la vie démocratique nous était initialement posée dans toute sa généralité ; il nous aurait donc fallu comprendre si, et comment, l'auteur faisait d'emblée du cas américain un cas généralisable, pour identifier ensuite les traits de généralité de sa thèse transférables à notre question. Par ailleurs, précisément, le caractère démocratique du modèle qu'il propose est problématique dans son œuvre et cette problématique même donne à l'œuvre une densité particulièrement féconde, menant à de nombreux travaux ultérieurs au premier chef desquels son article sur « L'idée de

⁶⁷ Je garde simplement le terme de peuple car il est employé dans l'article 3 de la Constitution de la Ve République ; considérant qu'il se rattache à une conception révolutionnaire des citoyens sur laquelle se fonde l'idée de République française, je ne lui attribue pas pour autant d'office un caractère unitaire déterminé ou exclusif.

raison publique reconsidérée »⁶⁸ : l'on y comprend bien à quel point la question de la démocratie libérale et pluraliste entre en tension avec celle d'un gouvernement limité, constitutionnel, qui soit cependant celui de tous, s'exprimant à travers son fameux « consensus par recoupement » dont la Cour suprême se ferait l'écho. La seconde impasse pour nous était donc ici d'ordre conceptuel; c'était une étude précise et exhaustive de la démarche de John Rawls qui s'imposait alors pour saisir rigoureusement sa pensée quant au type d'enjeu démocratique auquel se doit de faire face le lien pourtant mouvant entre les citoyens et la « raison publique » censée le révéler et le maintenir institutionnellement. Là encore, la nature de l'enjeu repose sur une définition de la démocratie libérale et pluraliste que nous acceptons mais qui va plus loin que notre définition simple. Surtout, ces deux dimensions méthodologiques de l'étude rawlsienne qui se dessinait alors, socio-historique d'une part et conceptuelle de l'autre, nous semblèrent bien trop ambitieuses pour une seule thèse dont la question plus modeste renvoie, en réalité davantage au fonctionnement réel de certaines institutions faisant partie d'un système politique dit démocratique, au sens électif et représentatif ; celui-ci, enfin, et c'est bien ce qui préside à notre question, ne fait pas droit *a priori* au constitutionnalisme comme le fait la démocratie américaine qui donne, dès son avènement, la possibilité à la Cour suprême de contrôler la constitutionnalité des lois votées par le Congrès élu. Toute théorie de la démocratie inspirée par le cas américain fait, en effet, nécessairement droit à une théorie du pouvoir constituant justifiant la suprématie d'une Cour suprême dans un système démocratique, comme nous l'évoquions auparavant⁶⁹.

Ces lectures rawlsiennes, au demeurant très stimulantes, nous auront cependant permis d'affiner, après une première mise à distance féconde du travail de Pierre Rosanvallon, notre propre perspective théorique car elle demeure au-delà de la démarche centrale, empirique : nous ne partons ni d'un présupposé sur les apories à compenser quant à la mise en œuvre du gouvernement démocratique par l'élection, tout défendable soit-il sur les plans logique comme historique, ni d'une définition, également soutenable, du devoir-être d'une démocratie libérale nécessairement pluraliste. Nous cherchons d'abord dans l'observation de la vie démocratique telle qu'elle se présente à nous, à repérer de nouvelles pratiques ou, plus en amont, des possibilités inédites, permettant à de nouveaux entrants institutionnels de s'affirmer comme des maillons de cette « structure de base », pour utiliser le langage de John Rawls, sans être pour autant liés aux gouvernés par le biais, institué comme démocratique, de l'élection; nous ambitionnons ensuite d'en comprendre la pérennité possible à travers le rapport qu'elles entretiennent néanmoins avec notre définition simple et première de la démocratie moderne. Le mérite de cette dernière nous semble d'ailleurs pouvoir être défendu au titre même de sa simplicité : plus qu'une généralité floue qui ne ferait pas assez droit aux diverses mises en œuvre réelles ou envisageables du gouvernement démocratique, celle-ci renvoie sans ambages aux fondamentaux de la pratique de la démocratie moderne, gouvernement de soi entre égaux, mis en œuvre initialement à travers la représentation et

⁶⁸ J. Rawls, « The Idea of Public Reason Revisited », in J. Rawls, *The Law of Peoples with « The Idea of Public Reason Revisited »*, Cambridge, Harvard University Press, 2002 [1999] (« L'idée de raison publique reconsidérée », in J. Rawls, *Paix et démocratie*, trad. de l'angl. par Bertrand Guillarme, Paris, La Découverte, 2006, p. 168).

⁶⁹ *Op. Cit.*, *Le Fédéraliste*, section 78.

l'élection, cette dernière étant garante à la fois de l'égalité de tous devant la loi et de leur liberté à y participer⁷⁰. Si nous adhérons à la critique du caractère immanquablement, par définition même, élitiste de la représentation, ce sont les raisons de l'écart vis-à-vis de ce mode de gouvernement que traduit l'émergence du contrôle de constitutionnalité des lois, et précisément sans remise en cause radicale de notre définition fondamentale de la démocratie moderne, qui nous importent : elles dévoilent assurément une caractéristique implicite de celle-ci.

Cherchant donc à faire droit à l'observation, il nous a semblé plus cohérent de partir empiriquement de cas existants pour chercher à comprendre comment ce type d'institutions, puisant leur légitimité démocratique, entendue comme acceptation par les citoyens, en marge du système électif prévalant, s'intègrent précisément à la vie démocratique. C'est donc, à ce stade encore généralement, le lien entre gouvernants et gouvernés comme expression du ou d'un certain principe démocratique, entendu, encore une fois et en dépit de l'usage banalisé du terme, comme le gouvernement du peuple au sens moderne du gouvernement de soi par soi dans une même société de citoyens égaux, que nous espérons questionner, à travers la compréhension de la forme de légitimation démocratique à l'oeuvre pour ces institutions dont la légitimité est par définition distincte de la légitimité démocratique dominante liée au vote à la majorité des citoyens. Dans cette perspective empirique, si l'on pourrait aussi se demander avec Robert Dahl, « Qui gouverne ? »⁷¹, et le suivre dans une étude de terrain des groupes sociaux et de leur pouvoir d'inflexion sur les choix politiques, ou encore s'engager dans une analyse politico-constitutionnelle des mécanismes de séparation des pouvoirs opérant concrètement afin d'identifier les sources réelles du pouvoir des démocraties européennes/contemporaines/représentatives, l'on ne parviendrait cependant pas ainsi à expliciter le contenu de la légitimation démocratique de ces dernières. En effet, pour empiriques qu'elles soient aussi, ces approches ne partent pas de ce qui constitue notre problème et ne sont pas censées en rendre compte même si elles pourraient éventuellement y parvenir. Or, reposer la question à partir du cas du Conseil constitutionnel français permet de mettre précisément au jour la notion sous-jacente de légitimation démocratique, c'est-à-dire l'acceptation de tout pouvoir organisateur de leur vie sociale par les citoyens, ou par leurs représentants, considérée directement depuis le point de vue des acteurs de l'institution problématique.

Enfin, nous aurons plus amplement l'occasion d'y revenir au quatrième et dernier chapitre du corps de cette thèse qui suit les chapitres introductif et méthodologique, l'approche du constitutionnaliste et philosophe politique américain, Bruce Ackerman, dans son oeuvre majeure *Au nom du peuple, les fondements de la démocratie américaine*⁷², retient différemment notre attention. Elle n'échappe certes pas à notre précédente remarque sur une théorie démocratique héritée d'une étude d'abord américaine, étant donné qu'elle fait largement droit à la prégnance historique d'une suprématie du pouvoir constituant aux Etats-

⁷⁰ Voir ici la défense en ce sens fondamentale de l'élection par Dominique Schnapper dans *L'esprit démocratique des lois*, nrf, Essais, Gallimard, Paris, 2014.

⁷¹ Robert Dahl, *Qui gouverne ?*, Editions Armand Colin, Paris, 1971.

⁷² Bruce Ackerman, *We the people, Vol I : Foundations*, Belknap Press, Reprint edition, 1993 ; Traduction française de Jean-Fabien Spitz, *Au nom du peuple, les fondements de la démocratie américaine*, Calmann-Lévy, Paris, 1998.

Unis, tant du point de vue de l'élan démocratique qu'il symbolise que de la justification du rôle de la Cour suprême. Pourtant, elle ne présuppose rien sur la démocratie libérale et entend offrir, plutôt qu'une théorie générale de la démocratie fondée sur la notion de pouvoir constituant, un socle conceptuel destiné à éclairer les théoriciens ou les politiciens américains dans leur quête de compréhension de leur collectivité politique historique. Rendant ainsi compte d'une certaine cohérence de la vie démocratique américaine où sont en réalité réconciliables les tensions historiques entre représentants du peuple et Cour suprême, il met au jour un lien entre gouvernants et gouvernés mêlant subtilement l'évolution des pratiques à la finalité politique d'un certain gouvernement de la liberté. Partir ainsi des cas réels d'une histoire constitutionnelle donnée pour mettre au jour de manière potentiellement critique mais très éclairante les ressorts de la vie démocratique d'une communauté particulière voisine avec notre approche ; si la singularité de chaque cas, américain et français, interdit une interprétation d'emblée par les résultats du premier des solutions cherchées pour le second, c'est la pertinence de sa thèse dualiste qui va s'avérer éclairante pour qualifier les évolutions que nous allons mettre au jour dans le cas français.

Pour le dire très sommairement, Bruce Ackerman réconcilie à travers des cas concrets de l'histoire constitutionnelle américaine, une conception purement moniste de la démocratie américaine qui renvoie précisément au légicentrisme dont nous partons dans le cas français et dans celui de la démocratie représentative en général, avec une conception dite fondationnaliste, celle des tenants des droits individuels comme devant être inviolables et supérieurs à toute législation. La recomposition qu'il fait alors à nouveaux frais de l'évolution des pratiques démocratiques américaines n'a rien de spéculatif et en rend mieux intelligible la dimension, précisément, démocratique, que n'y parviennent les querelles d'écoles théoriques. Enfin, nous reviendrons dans le dernier chapitre de cette thèse à la possibilité comparatiste entre ces deux démocraties, voire entre leurs deux constitutions ; nous verrons alors dans quelle mesure nos conclusions s'accommodent, voire s'enrichissent, de cette thèse d'Ackerman, tout en autorisant en retour d'y porter un regard critique. Ainsi, pourrons-nous livrer un éclairage théorique utile des réponses à notre question de recherche qui auront été guidées par l'analyse de données empiriques et plus généralement un éclairage théorique de notre question initiale. Ce n'est donc pas le lieu de développer davantage ces points.

Il est temps d'en venir à la question de recherche sur laquelle peut prendre appui notre question initiale.

B.2. Questionner l'objet : question de recherche

B.2.1. Quel matériau empirique?

B.2.1.a. La publication des délibérations secrètes du Conseil constitutionnel

Quand le professeur Pasquale Pasquino qui, débiteur de ma plus grande gratitude, deviendrait quelques semaines plus tard mon Directeur de thèse, me propose, à ce stade de mes réflexions, d'étudier un matériau propre à constituer ce que l'on nomme un « terrain » pour cette recherche, ce qui y retient alors mon attention est précisément la possibilité qu'il semble offrir, de comprendre comment une institution créée par la Ve République française, et entrant typiquement dans la catégorie de celles qui m'avaient d'abord alertée, s'insère dans un système démocratique moderne, représentatif et électif, dont le principal critère de légitimité reconnu par la Constitution - le critère électif - lui pré-existe : non élue, elle n'en relève pas directement tout en pouvant s'opposer à la parole des élus. Malgré ses limites, sur lesquelles je reviendrai, ce matériau présentait aussi la qualité pratique d'un objet particulier, concret et empirique, sur lequel développer le sujet de ma réflexion pour donner corps à celle-ci, voire pertinence, quitte à l'en éloigner une fois découverts quelques éclairages éventuellement généralisables.

La réforme constitutionnelle française de juin 2008 a en effet rendu publiques les délibérations à huis clos du Conseil constitutionnel français dès lors qu'elles remontent à vingt-cinq ans ; ces délibérations conduisent à l'élaboration de la décision relative au recours sur lequel il est demandé au Conseil de statuer. La publicité de ces débats toujours menés à huis-clos, désormais unique en France pour une instance juridictionnelle⁷³, rendait donc en 2008 leurs procès-verbaux consultables par tout citoyen le souhaitant sur la période 1958-1983, soit pour les archives remontant au plus tôt vingt-cinq ans avant l'année 2008. Ayant arrêté la compilation du matériau à partir duquel établir nos recherches mi- 2011, nous nous intéressons à la période allant de 1958 à mi- 1986.

Ces documents offrent la possibilité d'une compréhension de l'institution selon la perspective qui est la nôtre : à partir des acteurs de l'institution eux-mêmes, et plus précisément à partir de la conception qu'ils expriment de la place de leur institution au sein du système démocratique de la Ve République, s'exprime un regard directement porté sur ce qui y rend acceptable la présence d'une institution non élue, autrement dit sur les évolutions possibles de la pratique démocratique. Avant de développer davantage cette approche resserrée autour du matériau de travail, il nous faut préciser l'usage restreint que nous en ferons, tout autant que les caractéristiques et les limites du matériau lui-même.

⁷³ Selon la loi du 3 janvier 1979 sur les archives, le délai est de 100 ans avant que ne soient consultables les archives des juridictions ; il est porté à 75 ans en 2008 et à 25 ans pour le Conseil constitutionnel ; les délibérations du Gouvernement qui passent elles de 30 à 25 ans.

B.2.1.b. La prise en compte de certaines données socio-historiques pour contextualiser les débats

Contextualiser historiquement ces débats, situer leurs auteurs politiquement ou sociologiquement constitueraient autant de démarches indispensables pour en saisir les intentions et la portée escomptée, mais l'enquête à mener est plus en adéquation avec la démarche empirique expliquée plus haut si elle entend répondre à la question initiale comme si les acteurs de l'institution eux-mêmes se l'étaient posée, à condition, évidemment, que ce fût bien le cas. Dans la négative, il aurait néanmoins été intéressant de donner à voir, à travers leurs débats, dans quelle mesure l'Histoire, les contingences politiques du moment en tant que liées à leurs parcours personnels, professionnels, sociaux ou encore la psychologie des membres du Conseil constitutionnel – mais on peut démultiplier encore les influences extérieures possibles sur les décisions et nous serons amenés à en rencontrer d'autres- eussent pu servir de terreau aux facteurs causaux de leurs décisions.

Toutes ces indications précieuses pour une contextualisation néanmoins nécessaire dans ce type de travail afin, au moins, de ne pas sur-dimensionner les effets parfois seulement rhétoriques de certains arguments mobilisés, n'auraient pourtant pas permis, seules, d'éclairer notre question. En effet, entre ces éléments contextuels ou personnels permettant de comprendre la faveur donnée à certains arguments discursifs plutôt qu'à d'autres, y compris à celui qui nous intéresse, relatif à la place du Conseil constitutionnel dans le système démocratique de la Ve République, un même lien herméneutique peut bien exister mais les décisions sont prises à partir d'arguments effectivement discutés afin de mener à une conclusion largement partagée et ce d'autant plus que les décisions sont collégiales. Aussi, qu'elles que soient les raisons personnelles et subjectives qui poussent les uns et les autres à partager certains arguments, c'est bien le fait que celui que nous traquons soit largement discuté pour concourir à une décision rendue au nom de l'institution, qui nous éclaire sur une conception partagée par les membres du Conseil constitutionnel sur leur rôle, quand bien même celle-ci devrait s'accommoder de quelques nuances intrinsèques. Cette collégialité est une pratique résultant du secret des délibérés obligeant les membres du Conseil constitutionnel par l'ordonnance du 07 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel. Si l'ordonnance précise bien « le secret du délibéré et des votes »⁷⁴, elle implique certes que les votes des membres ne soient pas nommément connus mais ne précise pas pour autant que la décision soit collégialement rendue, c'est-à-dire au nom de l'institution dans son ensemble, mais le Conseil constitutionnel a suivi cette pratique générale du système judiciaire français⁷⁵ qui, du reste, prolonge logiquement la prescription du secret. Par ailleurs, les membres du Conseil expriment souvent au cours de leurs délibérations l'idée que la collégialité les incite à partager le plus largement possible les arguments sur lesquels ils vont appuyer leurs décisions, ce qui ne va pas nécessairement de soi. Cette conception de leur rôle par les membres de l'institution, du reste, peut s'exprimer directement à travers l'argument mobilisé, qu'il fasse ensuite l'objet d'un consensus ou d'une majorité, qu'il soit partiellement modifié ou pas en cours de discussion, et tout aussi bien partiellement reposer sur le rejet de

⁷⁴ Article 3 de l'ordonnance 58-1067 du 07 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel

⁷⁵ Exception faite des tribunaux de juge unique.

celui-ci une fois débattu ; ce rejet est en effet encore porteur, par défaut, de ladite conception. Il importe seulement qu'il intervienne dans le débat, qu'il soit à proprement parler débattu et participe de cette manière à l'élaboration de la décision ensuite collégialement et publiquement exprimée. Clarifions d'ores et déjà cette notion familière de consensus que nous allons être amené à rencontrer souvent. Au-delà de l'idée commune que l'on s'en fait et qui renvoie à un accord allant de soi, ne rencontrant pas d'objection majeure, nous emploierons plus précisément ce terme à la manière dont Philippe Urfalino le définit : un mode de décision caractérisé par l'arrêt des débats et des échanges d'arguments proposés en vue d'une décision collective, lorsque plus personne n'émet d'objection⁷⁶. Ainsi, le consensus peut-il conduire à l'unanimité ou simplement à la non manifestation d'un point de vue divergent qui imposerait de poursuivre la discussion. La décision n'est alors pas prise à l'unanimité mais toute la délibération y aura tendu en cherchant à établir l'énoncé final suscitant l'adhésion de tous ; le consensus, rajoute l'auteur, est alors « apparent » ou d'une certaine manière, par défaut. En effet, à défaut de ressource argumentative mobilisable par rapport au sujet traité, l'on préfère s'abstenir de s'opposer. Les délibérations du Conseil constitutionnel montrent typiquement la recherche d'un consensus à partir d'un débat sur une première proposition d'analyse de la question à traiter et de décision correspondante, constituant l'exposé du rapporteur ; quand le consensus apparent est impossible, c'est-à-dire quand tous les arguments semblent avoir été épuisés mais que des oppositions demeurent, alors le Président met la décision au vote. Parfois, il peut aussi le faire lorsque même en l'absence d'objection finale, les points de vue ont été suffisamment divisés pour suggérer que malgré les apparences, beaucoup de considérations divergent encore. La règle du vote à la majorité apparaît ainsi comme un second choix pour se rapprocher de l'unanimité désirée ou du moins pour ne pas décevoir un plus grand nombre de conseillers que le projet de décision n'en satisfierait. Pour achever de clarifier les termes mobilisés, ce que l'on entend ici par argument correspond à la définition classique d'un raisonnement destiné à justifier une prise de position ou à en contrer une autre. Il va de soi que les membres du Conseil constitutionnel, lorsqu'ils débattent, avancent des positions et les développent, pour ou contre celle du rapporteur, voire directement pour ou contre la régularité dont ils sont censés statuer. Ces arguments peuvent subir des inflexions pendant la discussion collective qui peuvent en renforcer ou en nuancer l'approche initiale pour finalement retenir, alors au moins majoritairement, une version revisitée de celle-ci, mais ils peuvent aussi être rejetés par une majorité de membres. Dès lors qu'ils interviennent dans le débat, c'est-à-dire qu'ils sont discutés et qu'ils sont liés par ailleurs à une conception que les membres du Conseil constitutionnel expriment de leur rôle, nous les retiendrons. Ceux qui pourraient sans doute être décisifs à l'échelle individuelle, voire implicitement partagés par des hommes – pas de femmes sur la période étudiée - aux parcours communs, mais qui ne sont pas discutés, fourniront éventuellement des éléments explicatifs ou modérateurs de l'importance de ceux qui sont réellement débattus.

Le type de contextualisme auquel nous faisons droit ici, en tant que prise en compte éclairante d'éléments relatifs aux liens des membres du Conseil avec le monde politique, voire des situations politiques données, est précisément politique et social : la prise en compte

⁷⁶ Philippe Urfalino, « La décision par consensus apparent, nature et propriétés », *Revue Européenne des Sciences Sociales*, Tome XLV- 2007- N°136, p. 47-70.

de l'impact sur les arguments mobilisés de la situation de l'environnement immédiat des membres du Conseil constitutionnel permet de ramener celui-ci à sa condition temporelle, à sa part d'historicité dont l'oubli pourrait céder à un déterminisme scientifiquement spéculaire. Par ailleurs, cela permet aussi de mieux cerner la manière, essentielle pour notre propos, dont les membres du Conseil constitutionnel analysent eux-mêmes cet environnement dans lequel leur institution a vocation à s'insérer. Ainsi, les raisons diverses et variées pouvant sous-tendre les arguments mis en avant par les conseillers pendant leurs débats, peuvent-elles être classées en deux grands ordres : d'une part, celles qui renvoient à des appréciations non explicites et par conséquent *a priori* personnelles, que l'on peut seulement déduire, voire spéculer, des parcours divers des uns et des autres si tant est qu'on connaisse ces derniers avec précision; d'autre part, celles qui sont explicitement formulées à un moment donné, permettant ou pas à l'argument qu'elles sous-tendent d'être retenu pour élaborer la décision finale. Si les deuxièmes ont l'avantage de s'exposer nettement moins à la spéculation intellectuelle, elles présentent surtout celui de fournir des variables explicatives objectivées par les membres du Conseil constitutionnel quand il s'agit de défendre ensemble telle ou telle conception de leur rôle ou de leur place parmi les autres institutions républicaines. Les premières en revanche, pourraient faire l'objet d'une thèse spécifique qui s'interrogerait sur les influences des variables subjectives sur les choix opérés par les membres d'une assemblée devant décider collégalement. Leur lien avec notre façon d'aborder notre question est donc plus indirect en tant que ne rendant pas compte d'un point de vue discuté en commun sur l'environnement démocratique de l'institution mais bien plusieurs points de vue, d'abord individuels, pouvant concourir à sa formation. Le travail de sociologie politique ou d'histoire sociale à mener autour de ces non dits pour rendre compte du potentiel explicatif des appartenances diverses et/ou communes sur les arguments soutenus rencontrerait sans doute ici un terrain d'études fécond ; notre matériau nous a semblé également porteur d'un autre type d'informations ; du reste, n'ayant ni la compétence, ni les outils, ni le corpus de documents socio-historiques suffisamment exploitables pour une thèse de sociologie politique ou de socio-histoire, nous ne saurions non plus prétendre réaliser une telle analyse. En revanche, la connaissance que nous pouvons tout de même rassembler à travers une littérature historique ou sociologique existante sur la période considérée et sur les membres du Conseil constitutionnel, peut toujours jouer un rôle modérateur utile vis-à-vis de toute sur-pondération enthousiaste des raisons du second ordre. En d'autres termes et sans naïveté, il s'agit, sans spéculer ni feindre un travail que nous ne pouvons mener, de reconnaître néanmoins que les arguments discutés effectivement peuvent parfois tirer leur dimension consensuelle d'autre chose que ce qu'ils expriment directement. Nous nous intéresserons donc toujours aux parcours professionnels et aux contextes des débats, notamment eu égard au fait que les membres du Conseil constitutionnel entament souvent leur mandat au terme d'une carrière, que celle-ci soit politique, juridique, diplomatique, universitaire ou, plus rarement, en lien avec la sphère économique. Cela pourra avoir une pertinence pour notre propos dans la mesure où certains parcours permettront de nuancer les raisons de la mise en commun de certains arguments constitutifs des débats. Lorsqu'à travers les délibérations, ces éléments ne seront pas exprimés comme tels ou simples à reconstituer, alors nous les reproduirons sommairement à partir des sources historiques mobilisées. Chaque nouvelle composition du Conseil constitutionnel fera l'objet d'une mise à jour dans ce sens.

A présent que nous avons précisé le type d'argument qui nous intéresse dans ces débats et la façon dont nous ferons droit aux différentes raisons les sous-tendant, revenons à ce que nous devions chercher dans le matériau : une première lecture générale des débats les plus disponibles⁷⁷, sorte de pré-enquête, devait fort heureusement nous confirmer le fondement de notre espérance d'y trouver des arguments relatifs à la manière dont les membres du Conseil constitutionnel conçoivent le rôle de leur institution, condition nécessaire à la poursuite de ce travail. Le matériau, au-delà de son originalité propre, ne mènerait pas à une enquête vaine.

Ainsi, si apporter un élément de réponse à notre question initiale sur les possibilités d'évolution de la pratique démocratique traduites par l'émergence du contrôle de constitutionnalité des lois, à travers la question de la pratique démocratique française, en ce sens que celle-ci respecte la définition générale de la démocratie moderne, apparaît comme un point de départ raisonnable pour un travail empirique, la résolution de la question pourra passer par un éclairage du rôle escompté par le Conseil constitutionnel au sein du système démocratique de la Ve République. Nous reviendrons plus précisément sur la méthode déployée à cet effet à l'occasion du chapitre suivant; nous nous limitons, dans cette dernière section introductive, à circonscrire et à énoncer la question de recherche, à savoir celle posée au matériau étudié.

B.2.1.c. La question du comparatisme

La perspective exclusivement comparatiste était et demeure bien entendu prometteuse d'éclairages sur l'actualisation de cet idéal démocratique de la participation de tous à leur gouvernement à travers leurs institutions. Toutefois, l'approche comparatiste n'aurait pas ici vocation à traiter d'emblée la notion de démocratie *per se*. Elle y parviendrait, par définition, seulement au terme d'un travail d'identification des éventuels invariants, statiques ou dynamiques, dans ce qu'il resterait de la participation des citoyens représentés, d'un cas à l'autre. Or, la question qui nous tourmente relève plus directement de l'indétermination même des capacités effectives de la démocratie moderne. Ce qui pose problème renvoie en effet au poids historique de l'élection selon la règle de majorité comme seule source de légitimité possible pour une institution démocratique tandis que d'autres critères implicites semblent se développer. Le doute demeure quant à la prétention démocratique de ces derniers mais, il autorise, précisément, à se poser raisonnablement la question. Du reste, le gouvernement de soi par soi recouvre d'autres voies de réalisation et l'on pense irrésistiblement au tirage au sort ou aux théories contemporaines sur la délibération mais il puise toujours son origine, par définition même, chez les citoyens qui s'en réclament. C'est aussi une question souvent posée par les commentateurs du Conseil constitutionnel, d'autant plus encore qu'il semble avoir réussi aujourd'hui à en faire partager une réponse positive relativement consensuelle mais dont la pertinence mériterait quelque démonstration. A ce stade, il est vrai, un détour par le comparatisme serait fructueux qui montrerait comment d'autres démocraties modernes ont intégré ce type d'institutions mais il s'agit là, comme nous l'évoquions plus haut, d'une sorte

⁷⁷ Sélectionnés, rassemblés et publiés dans : Mathieu, B., Machelon, JP., Melin-Soucramanien, F., Rousseau, D., Philippe, X., *les grandes délibérations du conseil constitutionnel, 1958-1983*, Dalloz, Paris, 2009.

de second degré du comparatisme. Comparer les terrains historiques, culturels, politiques dans lesquels diverses démocraties constitutionnelles se sont développées permettrait de dégager, à partir de contextes différents, des critères de définition d'une démocratie constitutionnelle. Cette perspective est toujours envisageable mais engage un travail plus ambitieux que celui-ci car d'abord concentré sur l'approfondissement de chaque cas. Nous nous limiterons donc, d'une certaine manière, à ce qui peut apparaître comme la première étape d'un travail comparatiste, en cherchant à comprendre le cas français, fondement de notre question. Laissant ouverte la possibilité comparatiste ultérieure, nous clorons plutôt ce travail par une réflexion sur la généralisation possible qu'il offre en tant que contribution théorique à un large champ de la science politique sur la démocratie.

B.2.1.d. La promesse du matériau

C'est donc la façon dont ses membres considèrent l'extension de son pouvoir que nous allons interroger dans le cas du Conseil constitutionnel, à travers ce que ceux-ci en disent au moment où ils décident ensemble de l'orientation à donner à l'action de leur institution. Cette considération revient débattre ce que le système démocratique permet en pratique au Conseil de faire. C'est précisément la dimension pratique qui nous intéresse ici car elle seule, associée aux réformes constitutionnelles que nous rencontrerons plus ponctuellement, permet aux membres du Conseil constitutionnel de compléter dans le temps leur conception de leur rôle, au-delà de leurs prérogatives constitutionnelles et sans les trahir, ou du moins en en proposant une interprétation d'une certaine manière acceptable. Cette capacité d'agir sur la loi, en tant qu'elle est pensée comme acceptable, renvoie à l'idée de légitimité démocratique. Nous lui préférons cependant le terme de légitimation, plus adapté à la dimension progressive, évolutive des débats et de nos analyses. Le terme de légitimité fait en effet davantage écho à un processus achevé renfermant ici un présupposé trop important pour une approche scientifique raisonnable : celui-ci devrait en toute rigueur reposer sur l'évidence d'une vérification concluante auprès des citoyens ou de leurs représentants. Enfin, il peut exister un décalage entre une telle légitimité de l'institution perçue par ses interlocuteurs et une légitimation entendue comme la prise en compte par ses acteurs de ce qui rend ses décisions acceptables ou pas. Nous emploierons néanmoins parfois le terme de légitimité dans le cas du Conseil constitutionnel mais seulement à titre de questionnement quand ce dernier intervient explicitement dans les débats.

La finalité de notre recherche empirique renvoie donc à un processus de légitimation traduisant l'évolution d'une pratique démocratique, notion moins ambitieuse et plus adéquate à notre propre questionnement que celle de légitimité démocratique.

B.2.2. Le produit d'une institution à la filiation particulière : excursus historique

B.2.2.a. La question de la légitimité d'un tiers-pouvoir en France : l'Histoire contre les concepts

Le pouvoir du Conseil constitutionnel français lui est conféré par la Constitution de 1958 qui, par son article 61, l'autorise à invalider une loi, action politique en tant qu'expression de la volonté des citoyens représentés par leur Parlement élu⁷⁸.

La question de la légitimité démocratique d'une telle institution se pose nécessairement, nous l'avons vu, dès lors que le type de gouvernement démocratique moderne est considéré comme étant le plus à même de réaliser l'idéal de liberté politique recherché en tant, précisément, qu'auto-gouvernement créant institutionnellement une distance entre gouvernants et gouvernés.

Sans revenir à présent au propos précédent sur la légitimité, il demeure donc crucial de garder à l'esprit avec Bruno Karsenti qu'« il n'y a pas d'autre problème politique que celui du gouvernement, c'est-à-dire la façon dont une volonté commune de liberté se réalise concrètement en actes déterminés. Or, c'est là que la démocratie se place en exception au regard des autres régimes : elle implique en l'occurrence la proximité la plus grande entre l'instance qui veut et celle qui agit »⁷⁹. Pourtant, pour cette raison même, l'avènement de la démocratie moderne a souvent consacré celle-ci comme un idéal en soi, tant elle se confond, conceptuellement et faute de concurrents pérennes, avec la finalité qu'elle est censée réaliser. Il va de soi qu'elle demeure historiquement le moyen le mieux éprouvé d'y accéder et que la vaste pensée politique moderne s'est aussi montrée très convaincante à cet égard. Puisque ce n'est pas le lieu d'y revenir en détails, disons que se gouverner soi-même est la meilleure façon d'être collectivement libre. Toutefois, l'invocation contemporaine par les acteurs publics – hommes et femmes politiques, media, peuples en révolte- de la démocratie comme fin en soi rencontrant l'idéal de la liberté politique, en manquant d'en clarifier son caractère de moyen de gouverner afin de réaliser un tel idéal signale l'aporie d'une approche oubliée de la question de la légitimité. Que la confusion entre le mode de gouvernement et l'idéal recherché soit convaincante est une chose mais qu'elle incite à se contenter d'un cadre général permettant aux institutions désormais classiques de la démocratie contemporaine, ou constitutionnelle, de fonctionner ensemble pour considérer le mode de gouvernement adéquat à l'idéal avec lequel il voisine, fait courir le risque de dé-problématiser fatalement ce dernier. Pour suivre encore Bruno Karsenti, il s'agit en effet de ne pas oublier que sous un gouvernement démocratique, « le tous des gouvernants » est « en l'occurrence supposé correspondre au tous de ceux qui veulent un gouvernement »⁸⁰.

⁷⁸ Ce contrôle de constitutionnalité des lois n'était possible qu'avant la promulgation de celles-ci jusqu'à la réforme constitutionnelle de 2008 ayant instauré la fameuse question prioritaire de constitutionnalité (QPC) pour les lois déjà promulguées ; malgré la densité des réflexions que cette seule question peut susciter, elle n'entre pas dans notre périmètre ici ; nous y reviendrons cependant brièvement dans l'optique d'une mise à l'épreuve de certaines de nos conclusions.

⁷⁹ Bruno Karsenti, *D'une philosophie à l'autre*, nrf, Essais, Gallimard, Paris, 2013. p.99.

⁸⁰ *Ibid.*

Enfin, la finalité de la liberté politique est malgré tout indéterminée et cette indétermination induit des variantes du gouvernement démocratique qui ne font que se démultiplier selon les histoires nationales ou les cultures héritées. La question de la légitimité démocratique doit donc être prise au sérieux en général et en particulier. L'intérêt alors de revenir à une définition simple, générale et consensuelle de la démocratie moderne comme mode de gouvernement est déjà de proposer un point de départ pour en analyser les évolutions éventuelles. La Révolution française exemplifie, elle, formidablement, les conflits internes à cette idée de liberté politique indéterminée dont Montesquieu avait l'intuition ; l'auteur de *De l'esprit des lois*, en pensant sur le registre de la volonté gouvernante, distinguait alors entre gouvernement modéré et non modéré car l'on peut vouloir différemment être libre. Les projets démocratiques entrés en conflit sous la Révolution française, entre une orientation vers l'auto-gouvernement direct entendu comme seule liberté politique dans un sillon rousseauiste et limite libérale à cet auto-gouvernement afin de garantir certaines libertés individuelles ont fini par trouver dans le gouvernement représentatif à la fois le frein et l'expression de la volonté populaire sans lui ôter sa souveraineté. Quels que furent les mécanismes de choix des représentants ou de répartition des pouvoirs adoptés, tous eurent comme point d'appui cette importance capitale de la souveraineté populaire, qui en excluait toute autre et permettait l'avènement d'une société d'égaux contre la société d'ordres de l'Ancien régime. Or, l'histoire du contrôle de constitutionnalité des lois en France mais aussi, plus largement, du contrôle du pouvoir législatif peut remonter aux Parlements du Roi de l'Ancien régime qui certes s'octroyèrent progressivement le pouvoir de refuser d'enregistrer les actes législatifs du Roi sans que n'ait été demandé, mais qui, ce faisant, limitaient aussi la tentation absolutiste de contredire les lois du Royaume dites fondamentales, en tant qu'au moins consacrées par l'usage. Surtout, le puissant socle théorique de la Révolution française pensé par les premiers constituants à savoir cette prédominance fondatrice de la souveraineté populaire, oriente les débats sur la Constitution de 1791 dont le souci premier sera très vite celui de la garantie de cette même souveraineté. Dans le cas français de la période révolutionnaire, la question démocratique devient ainsi sa propre finalité tant elle est vécue comme l'antidote à la société d'ordres, de privilèges et d'absolutisme royal. Ainsi appréhendée, elle brouille les réflexions constitutionnelles sur la meilleure façon de mettre en ordre de marche la liberté politique à travers ses institutions. Celles-ci sont tout de même intellectuellement très présentes mais tournent court en pratique au profit de cet idéal de la souveraineté populaire comme meilleure expression sans concession de la liberté du peuple contre la tyrannie⁸¹. Ainsi, à travers ce basculement d'un souverain à l'autre analysé par Marcel Gauchet dans *La révolution des pouvoirs* commentant que « la volonté générale, en d'autres termes, opère une sommation qui ne laisse subsister aucune extériorité »⁸², la démocratie s'impose-t-elle comme le gouvernement du peuple devenu le souverain ; cela n'opère en effet que par l'assimilation de ce dernier au peuple débarrassé de la tyrannie et réalise ce faisant la finalité de la liberté républicaine. Dès lors que souveraineté populaire et liberté sont ainsi superposables, la démocratie est logiquement non seulement le meilleur des régimes capables de réaliser cette

⁸¹Cf. Pasquale Pasquino, *Sieyes et l'invention de la Constitution en France*, Ed. Odile Jacob, Paris, 1998.

⁸² Marcel Gauchet, *La Révolution des pouvoirs. La souveraineté, le peuple et la représentation (1789-1799)*, Paris, Gallimard, 1995. p.62.

fin, mais encore le seul. Ce travail d'historien et de philosophe politique mené par Marcel Gauchet peut être abordé de manière féconde en parallèle de l'analyse des archives parlementaires de la période révolutionnaire que nous livre Pasquale Pasquino en théoricien politique dans *Sieyès et l'invention de la Constitution en France*. Ensemble, ces travaux éclairent rigoureusement la perspective de la légitimité à partir de cette question de la souveraineté. Constitutive de l'élaboration spécifique de la République française ayant mis au second plan la problématique du gouvernement qui nous intéresse, la notion de souveraineté ainsi pensée porte en germes tous les procès en illégitimité prononcés à l'égard d'une institution qui s'en voudrait la modératrice.

L'Abbé Sieyès, père de la Révolution française et de l'abolition de la société d'ordres, dont son fameux pamphlet *Qu'est-ce que le Tiers-état ?* exprime le rejet au profit d'une nation homogène, estime, lui, contre l'auteur de *De L'esprit des Lois*, que la société du XVIIIe siècle n'a de la division en classes sociales de l'Ancien Régime que la structure administrative et est mue, au fond, par une autre réalité très prégnante ; il nous en dit ceci dès son discours du 7 septembre 1789 contre le veto royal et en appui à sa propre doctrine de la spécialisation des pouvoirs : « Les peuples européens modernes ressemblent bien peu aux peuples anciens. Il ne s'agit parmi nous que de commerce, d'agriculture, de fabriques, etc. ; le désir des richesses semble ne faire de tous les États de l'Europe que de vastes ateliers ; on y songe plus à la consommation et à la production qu'au bonheur⁸³ » ; ainsi, selon cette analyse, la dynamique sociale européenne est-elle organisée autour de la division généralisée du travail. Spontanément, cette idée évoque le fameux discours de Benjamin Constant sur *La liberté des Anciens comparée à celle des Modernes*, prononcé quelque trente ans plus tard⁸⁴ et sur lequel nous aurons l'occasion de revenir. Soulignons simplement dès à présent que si, pour Sieyès, cette division du travail commune à tous ne laisse plus guère le temps aux citoyens de s'investir directement dans la vie de la cité, sur le modèle républicain ancien et regretté par Rousseau, il est pourtant crucial de définir la médiation qui permet au peuple de rester souverain. Pour autant, un bicaméralisme à la Montesquieu n'a plus cours, selon lui, dans la société française révolutionnaire et égalitaire qu'il appelle de ses vœux. Le projet bicaméral exposé par les monarchiens ou partisans du modèle anglais, le 31 août 1789, à l'occasion de la présentation à l'Assemblée nationale par le premier Comité de constitution de son projet de composition du corps législatif, sacrifiera cependant au moment historique autant qu'à la réalité sociale, laissant ainsi sourds ses détracteurs à la vertu même de la balance⁸⁵ des pouvoirs législatifs : en découdre avec la monarchie passe alors en effet par la proclamation sans équivoque de la souveraineté du peuple, dont la volonté générale, *a priori* vertueuse en soi, est la plus nette expression. Dès lors, il paraît contre-intuitif d'associer au monarque une assemblée législative représentant le peuple mais scindée en deux chambres

⁸³ Archives parlementaires (AP), AP VIII, p.594. A chaque fois que je citerai en notes les archives parlementaires, ce ne sont pas des sources directes mais des sources que j'ai déjà utilisées dans le cadre de mon article sur lequel je m'appuie pour une partie de cet excursus historico-politique : Marie-Hélène Caitucoli-Wirth, « La vertu des institutions : l'héritage méconnu de Sieyès et de Constant », *Histoire@Politique, Politique, culture, société*, n°16, janvier-avril 2012, www.histoire-politique.fr.

⁸⁴ Benjamin Constant, *De la liberté des anciens comparée à celle des Modernes*, Discours prononcé à l'Athénée royal de Paris en 1819.

⁸⁵ Nous dirons indifféremment « balance » ou « contre-poids » ou encore ensemble « freins et contre-poids » qui renvoient aussi aux fameux *checks and balances* vantés par les fédéralistes américains au XVIIIe siècle qui se revendiquent de l'héritage de Montesquieu ; cf *Le Fédéraliste, Op.Cit.*

socialement distinctes pour en limiter la volonté. Ces éléments d'analyse, s'ils sont adéquation avec l'Histoire en actes qui se vit alors, occultent pourtant partiellement la mécanique même de la séparation des pouvoirs par la balance et la finalité de la liberté politique comme sûreté qu'elle prévoit : les responsabilités des différentes fonctions de l'État y sont distinctes tout en étant dépendantes l'une de l'autre afin de contrer toute tentation despotique de l'une d'elles, et ce principe se répète au sein du corps législatif, également organisé en chambres interdépendantes afin qu'aucune ne puisse privilégier ses intérêts particuliers. Mais les discussions d'alors, se poursuivant par le débat du 7 septembre 1789 sur le veto royal, feront de celui-ci, jusqu'à la rédaction de la première Constitution française, en 1791, un enjeu prioritaire de ce premier moment constitutionnel ; cela conduira le pragmatique Sieyès à renoncer, provisoirement, à sa propre conception de la séparation des pouvoirs, pour plaider davantage l'exclusion d'un monarque héréditaire qui pourrait avoir part à la formation de la loi au même titre que les représentants élus du peuple. Ainsi, nonobstant ses vertus modératrices à vocation anti-despotique qui demeureront, malgré tout, le fil conducteur des débats constitutionnels entre la Révolution et l'Empire, et notamment le fondement des théories politico-constitutionnelles libérales comme celle de Sieyès, dès 1789, le bicaméralisme, résume Pasquale Pasquino, « se heurte à une sorte d'impossibilité logique : penser la différence et la pluralité au moment même où la France découvre l'espace homogène de la citoyenneté égale⁸⁶».

Mais si le terrain des débats s'est déplacé, la théorie constitutionnelle de Sieyès est déjà amorcée, qui perçoit dès ses premiers discours ; freiner le législatif par une balance des pouvoirs jugée satisfaisante ou prétendre éviter ses excès par une fusion entre le peuple et le législateur de Rousseau, font l'un et l'autre, selon lui, peser sur cette tentative de limitation une dangereuse insuffisance théorique : le pouvoir législatif est certes circonscrit par le découpage interne qu'en propose Montesquieu ou par la capacité vertueuse du législateur à interpréter la volonté générale, mais aucunement en référence à son contenu propre. Or, Sieyès, dès 1789, écrit que : « La représentation et rien avant elle, est souveraineté limitée du tout commun.⁸⁷ » Sieyès, en effet, ne rejetait la balance de Montesquieu qu'au titre d'une autre analyse sociologique et politique l'amenant à préférer une spécialisation stricte des pouvoirs, mieux garante de cette limitation de la volonté : la spécialisation devait, avant tout, concourir à l'unité de la Nation, corps fondateur homogène des citoyens égaux et travailleurs, pouvant, eux, autoriser des représentants à établir une constitution en leur nom et garante des limites qu'ils auraient fixées ; en ce sens, le peuple serait détenteur du fameux « pouvoir constituant » sur lequel s'appuie Sieyès. Si l'abbé nous intéresse ici par son rejet de l'une et l'autre versions de la séparation des pouvoirs, la balance ou la suprématie du législatif, c'est justement parce qu'il nous semble poser la problématique du rejet de l'absolutisme selon une perspective républicaine⁸⁸ intellectuellement plus rigoureuse car débarrassée des seules passions anti-monarchistes ; il estime en effet indispensable de limiter, au-delà de l'exercice des pouvoirs, la volonté de l'État elle-même, fût-ce celle du peuple et au nom même de la liberté de ce

⁸⁶ Pasquale Pasquino, *Op. Cit.*, p.26-27

⁸⁷ AP V, Dossier 1

⁸⁸ N'osant pas dire « démocratique » car Sieyès lui-même rejette l'idée de démocratie telle qu'elle est défendue à l'époque en droite ligne de la démocratie grecque et sa réinterprétation rousseauiste par les Modernes, nous lui préférons « républicaine » qui renvoie au même souhait de liberté pour le peuple contre le gouvernement d'un seul.

dernier. C'est ici pleinement la liberté politique du peuple qui est recherchée pour elle-même et non pas en contre-poids de l'absolutisme. Il craint, précisément, pour sa part, que ce contre-poids ait tendance à n'être qu'un alter-ego de l'absolutisme qu'il prétend détrôner. Cette notion est très proche de celle des constituants américains de 1787 que nous avons déjà abordée : en plaçant le peuple à la source de toute souveraineté, elle ne l'associe pas pour autant au pouvoir législatif qui n'est alors qu'un pouvoir constitué, autorisé par le peuple dont la volonté unifiée n'est véritablement exprimée que dans la Constitution elle-même. L'on peut bien entendu écouter et admettre les arguments anti-fédéralistes contre ce projet éloignant le peuple de ses représentants mais il nous semble qu'alors c'est le débat sur la représentation elle-même qui doit être reconduit ; nous suivons ici Bernard Manin qui identifie la part irréductible d'aristocratie dans *Les principes du gouvernement représentatif*⁸⁹, et ne considérons pas pour notre part qu'il constitue de manière définitive la procédure de participation à sa propre loi la plus démocratique qui soit, en théorie comme en pratique, mais nous prenons acte ici de ce cadre démocratique qui demeure le nôtre, en situant plutôt la problématique au niveau de la distinction opérée entre le système américain, proche de celui théorisé par Sieyès, et le système français, en tant qu'ayant précisément occulté ce dernier pour lui préférer l'idée de souveraineté ; du reste, le terme même de souveraineté n'apparaît jamais dans le texte du *Fédéraliste*. C'est pourtant celle-ci qui devra être protégée de tous les excès de pouvoir et le contrôle de constitutionnalité participe de cette protection : *Le Fédéraliste* n°78, déjà convoqué, développe cette idée sur le modèle du pouvoir constituant mobilisé par Sieyès dès juillet 1789 dans le *Préliminaire de la constitution*⁹⁰ ; dans les deux cas, en effet, si ce contrôle opère au sein de la fonction législative une véritable distinction de contenu entre les actes portant organisation des pouvoirs publics et les autres, il faut viser cette limitation de la volonté, non comme celle de la volonté populaire mais comme celle de la volonté des représentants délégués par le peuple.

Enfin, voici comment Sieyès nous éclaire sur sa version de la séparation des pouvoirs par la spécialisation, induite par le concept de pouvoir constituant, en vue de l'élaboration de la constitution de l'an III, dont le débat s'inscrira plus ouvertement dans cette thématique de limitation du législatif : « Divisez, pour empêcher le despotisme ; centraliser, pour éviter l'anarchie. [...] Je ne connais que deux systèmes de division des pouvoirs : le système de l'équilibre et celui des concours, ou, en termes à peu près semblables, le système des contrepoids et celui de l'unité organisée»⁹¹. Sieyès confirme alors sa préférence pour l'unité organisée fondée sur le respect de chaque compétence⁹², ce qui en distingue quelque peu les fédéralistes américains du XVIIIe siècle mêlant inextricablement les deux. Il demeure que cette approche porte en germe la possibilité d'une borne infranchissable, l'idée d'une limite possible de la souveraineté même, sans pour autant tomber dans le travers que Sieyès

⁸⁹ Bernard Manin, *Principes du gouvernement représentatif*, Champs Essais, Flammarion, Paris, 2012 (nouvelle édition, augmentée de la postface), (1995).

⁹⁰ Emmanuel-Joseph Sieyès, *Préliminaires de la Constitution française. Reconnaissance et exposition raisonnée des droits de l'homme et du citoyen*, Paris, Baudouin, 1789, 3^e édition.

⁹¹ *Moniteur*, séance du 2 Thermidor de l'an III, p.1236.

⁹² Arnaud Le Pillouer, dans « The neutrality of Sieyès' 'jury constitutionnaire' », communication présentée lors du colloque « The neutral third party in conflict resolution », au Collège de France, les 6 et 7 juin 2011, explique que si dans le système de la balance, chaque organe a intérêt à respecter la compétence de l'autre, comme une conséquence du bon fonctionnement mécanique du système, dans la spécialisation que défend Sieyès, le respect de chaque compétence est plutôt la condition de fonctionnement du système.

reproche au système de la balance ou des contre-poids, lequel induit selon lui chaque organe partiel de législation à être mû par la défense de la catégorie sociale qu'il représente, au mépris, *in fine*, de l'intérêt général. Du reste, il introduit aussi des chambres fondées sur une distinction sociale n'ayant plus cours. Quoi qu'il en soit, si chaque organe est empêché de dominer l'autre par le système de la balance des pouvoirs, le moteur de ses délibérations reste spécifique d'une catégorie sociale particulière. À l'inverse, le système des concours de Sieyès se fonde sur l'intérêt unique de la communauté des citoyens ; il envisage aussi, il est vrai, plusieurs sous-sections: deux divisions délibératives représentatives des gouvernés et du gouvernement, mais au sein d'un parlement monocaméral chargé de la décision unique en 1789-1791, puis trois divisions chargées de la formation de la loi avec toujours cette unité de décision au niveau de la chambre en 1795. C'est bien l'unité de la décision qui prime ici et qui distingue cette conception de la séparation des pouvoirs du système de la balance. Dès 1789, il s'agit pour Sieyès, d'une part de définir les règles devant régir le gouvernement – pouvoirs commettant et constituant –, et d'autre part de garantir la légitimité de ce dernier – pouvoirs constitués détenant leur légitimité « d'en-bas ». Le peuple, explique-t-il, « doit se borner à exercer par lui-même le seul pouvoir commettant, c'est-à-dire il doit se borner à choisir et déléguer les personnes qui exerceront ses droits réels, à commencer par le droit exceptionnel de constituer l'établissement public »⁹³. Ainsi le peuple, pouvoir commettant, élit-il des représentants ou, pour reprendre le langage de Sieyès, « autorise »-t-il, par des élections, des représentants à exercer, dans des cas exceptionnels le pouvoir constituant et dans les cas ordinaires, continûment, les pouvoirs constitués, ceux de faire la loi. D'une certaine manière, le peuple est souverain en tant que seul capable de désigner ceux qui vont délibérer à sa place et ce dont ils vont délibérer. Partisan du suffrage le plus large possible, Sieyès considère en effet les élections comme le lien par lequel les citoyens, détenteurs du pouvoir commettant, se reconnaissent liés aux délibérations futures de leurs représentants. Ces citoyens, dont le plan d'égalité est l'appartenance au Tiers-État, se définissent, avant même l'acte de constitution, comme une force politique consciente d'elle-même.

Ainsi, l'acte de constitution apparaît-il comme la décision du pouvoir constituant autorisé par le peuple et pas comme ce fameux consentement indéterminé à faire société : la représentation ne produit pas ici, comme chez Hobbes, l'unité du peuple mais seulement la forme unifiée de sa volonté, d'où l'importance de la décision unique soutenue par le système des concours. L'on comprend mieux que le déplacement des premiers débats constitutionnels de 1789-1791 vers la question du veto royal puisse aussi, malgré tout, renvoyer pour une part à l'autre pan de la théorie politico-constitutionnelle de l'abbé, à ses fondations mêmes, à savoir l'égalité réciproque que se reconnaissent les contractants de son pacte social; comme l'explique Erwan Sommerer, « cette réciprocité est décisive car elle fonde l'égalité en droit, qui corrige les inégalités naturelles et constitue l'apport majeur du contrat »⁹⁴.

Toujours est-il que l'exercice des pouvoirs constitués par les représentants ne peut former de loi au-delà de ce qui a été prévu par le peuple lui-même, à travers le pouvoir constituant. Évidemment, il est possible d'objecter que la suprématie législative n'est pas totalement évitée mais seulement très abstraitement contenue : comment, en effet, réellement

⁹³ Sieyès, *Op. Cit.*, p.36.

⁹⁴ Erwan Sommerer, « Le contractualisme révolutionnaire de Sieyès », *Revue française d'histoire des idées politiques*, « Sieyès », sous la direction de Pierre-Yves Quiviger, n°33, 1^{er} Sem.2011.

garantir que les pouvoirs constitués ne violeront pas la constitution c'est-à-dire n'outrousseront pas, à travers leurs débats, le cadre prévu ? C'est lors du débat constitutionnel déclenché par les « thermidoriens » après la chute de Robespierre en 1794, le 9 thermidor de l'an II, et poursuivi jusqu'en 1795 pour mener à la Constitution de l'an III, que Sieyès propose, lors son fameux discours du 2 thermidor de l'an III, après le violent épisode de la Terreur lui offrant l'illustration même des débordements de la volonté qu'il avait craints dès 1789, un « jury constitutionnaire », institution élue parmi les membres des deux conseils du corps législatif d'alors, à savoir le conseil des Anciens et le Conseil des Cinq-Cents. Cette seule division au sein du législatif ne convient pas à Sieyès, nous pouvons à présent nous en douter, pour éviter ce qu'il appelle, dès les premières violences de 1792, la « ré-totale »⁹⁵, quand il ne recherche que l'établissement d'une « ré-publique » libérale ; pas plus d'ailleurs que l'option du veto royal comme frein ultime, rejetée par l'abbé dès les premiers débats, nous l'avons vu, au nom de la légitimité populaire fondée sur l'égalité civile, seule garante de l'unité nationale. Son « jurie constitutionnaire », doté dans le second temps du débat constitutionnel, d'une compétence spécifique d'arbitrage du respect des règles constitutionnelles par le législatif, apparaît alors comme une sorte de « pouvoir neutre », quand le corps législatif, lui, décide et crée ces règles.

Proche, à cette époque, de Madame de Staël et de Benjamin Constant, Sieyès s'inscrit, comme eux, dans la mouvance cherchant à terminer la Révolution, en instaurant une Constitution stable qui en soit néanmoins le fruit. Cette préoccupation, devenue primordiale, est très clairement résumée par Marc Lahmer : « En l'an III, le souci fondamental qui gouvernait l'esprit de Sieyès était, à la suite de la domination jacobine, de présenter un système qui garantisse le constitutionnalisme contre la subversion exercée au nom de la volonté générale et qui assure la stabilité d'une constitution fondée sur la séparation des pouvoirs »⁹⁶.

Benjamin Constant, animé par cette même préoccupation d'ajouter un supplément de vertu institutionnelle à la séparation des pouvoirs, en tant que voué à éviter les débordements de la volonté du peuple des citoyens égaux en droit au détriment de sa propre liberté, envisage, lui, au sein même de l'approche par l'équilibre des pouvoirs, de dégager un élément de spécialisation; ainsi, au-delà d'une synthèse imaginaire entre Montesquieu et Sieyès, présente-t-il l'intérêt de mettre en lumière ce qui s'avère pousser plus loin la logique de la séparation des pouvoirs, tout en se tenant à équidistance de chacune des deux théories : l'idée d'un « pouvoir neutre », arbitre des autres pouvoirs, dont il reconnaît cependant à Sieyès la paternité théorique à plusieurs reprises, et qu'il dédie à la limitation du contenu même de la volonté législative. Cependant, si Sieyès craint les débordements des représentants, ce n'est pas du peuple qu'il se méfie tandis que chez Constant, le même souci de limiter la volonté législative est davantage considéré dans la perspective, plus en lien avec la souveraineté populaire, d'une limitation du vouloir populaire qui doit d'abord se souvenir que ce qu'il cherche à préserver, ce sont ses libertés individuelles. L'accent n'est ontologiquement pas le même entre les deux auteurs et, ce faisant, il semble finalement plus démocratique chez

⁹⁵ Emmanuel-Joseph Sieyès, « Contre la Ré-totale », manuscrit de 1792, Archives parlementaires 284 AP V, dossier 1.

⁹⁶ Marc Lahmer, *La constitution américaine dans le débat français : 1795 – 1848*, Paris, L'Harmattan, 2001, p.221.

Sieyès quand il s'affirme plus libéral chez Constant. Ce qui retient notre attention dans ces deux perspectives est cependant le recours commun à ce que Marcel Gauchet appelle le « tiers pouvoir »⁹⁷. Or, malgré ces orientations différentes, il sera rejeté dans les deux cas pour la même raison, celle de la souveraineté populaire dont l'expression est le corps législatif aux yeux de la majorité des constituants de 1789 à 1795.

Pourtant, le « jurie constitutionnaire » de Sieyès ne prévoyait rien d'autre que la garantie de la conformité des procédures législatives à la constitution, déjà ainsi allégé de l'exigence de conformité des lois à celle-ci, écartée en 1791. Le caractère essentiel du projet était de garantir des procédures capables de répondre aux besoins de la nation – Sieyès, cohérent dans ses principes, préfère ici le terme de besoin à celui de volonté –, nation concrètement constituée comme telle à travers le Tiers-État, ainsi que la garantie de la protection des droits des citoyens face au législateur même. En effet, partant des besoins réciproques entre les hommes avides de liberté, l'abbé fait de cette réciprocité le socle de la société des égaux qui sont, on le conçoit alors, nécessairement des travailleurs ; ainsi, cette société homogène est-elle d'autant plus liée à la loi que celle-ci protège l'engagement des citoyens dans cette réciprocité, garante, elle, de l'accroissement de leurs libertés individuelles. Concrètement, retenons que ce jury élu aurait été le garant de la sauvegarde de la constitution à la manière d'un tribunal de cassation constitutionnel ; il aurait aussi pu proposer des projets de révision constitutionnelle et émettre des contrôles fondés sur le droit naturel sur les jugements émis par les juridictions ordinaires. Ici, comme le souligne Marcel Gauchet, « à n'en pas douter, on reconnaît le souci de Sieyès de populariser les fonctions de son jury constitutionnaire en les branchant sur les circonstances ordinaires de la vie des citoyens »⁹⁸. Parmi les rares défenseurs du projet, Eschasseriaux, ancien secrétaire de la Convention, partisan de la modération et membre du comité rédactionnel de la future Constitution de l'an II, pose le problème en ces termes, particulièrement éclairants, lors des débats qui suivent le discours de Sieyès du 2 thermidor de l'an II, estimant que la réconciliation de la République avec la paix, ou avec, en somme, la fin de la Révolution, nécessite l'installation au cœur des institutions d'« un élément politique, qui, en conjurant les grandes révolutions, maintient tous les pouvoirs d'une constitution dans l'harmonie, sans nuire à leur marche, à leur activité, à leurs fonctions naturelles, qui surveille l'exécution des lois comme la censure surveillait les mœurs, qui n'a de puissance que pour ramener toujours à la loi constitutionnelle et n'en a aucune pour la renverser »⁹⁹.

La proposition sera en tout cas rejetée en l'an III, dont la Constitution aboutit au Directoire, mêlant la balance des pouvoirs au sein du législatif à la prépondérance de ce dernier vis-à-vis, notamment, de l'exécutif ; l'idée du jury sera reprise en l'an VIII, à l'occasion de la Constitution éponyme promulguée le 25 décembre 1799, pour trouver une application, modifiée, sous la forme du Collège des Conservateurs, devenu ensuite le Sénat, organe le plus haut dans la hiérarchie. Mais elle perd déjà le statut démocratique que lui conférait l'élection parmi des représentants des autres assemblées puisque Sieyès, fidèle à sa

⁹⁷ Marcel Gauchet, *Op.Cit.*, p.62.

⁹⁸ *Ibid.*, p.77.

⁹⁹ Le Moniteur, t.XXV, p.482-489. Eschasseriaux est alors secrétaire de la Convention et l'un des futurs rédacteurs de la Constitution de l'an III ; à présent partisan de la modération, il s'était opposé à Robespierre le fameux 9 Thermidor de l'an III.

conception de la division du travail, colore d'une considération capacitaire sa conception démocratique mais ne renie pas celle-ci. Doté d'un important pouvoir, le Sénat « conserve la Constitution », pour reprendre les termes mêmes de la Constitution de l'an VIII, il sélectionne les membres des deux autres assemblées sur une liste dite de confiance nationale et désigne les Consuls. Pourtant les Sénateurs à présent désignés à vie et inamovibles ne peuvent décider seuls étant donné les privilèges que leur accorde le premier Consul Bonaparte pour s'en assurer la docilité, malgré une Constitution qui protège particulièrement leur indépendance ; le Tribunal qui doit, lui, discuter les projets de lois, se montre hésitant à entrer en conflit avec le gouvernement qui, *in fine*, décide pratiquement seul en la personne du premier Consul Bonaparte. Sieyès, alors Consul, va jusqu'à proposer en vain à ce dernier le titre de « Grand Électeur », aux pouvoirs limités, dans une ultime tentative de cloisonnement d'un despotisme annoncé. Cet échec d'un pouvoir d'arbitrage capable de rejeter une prérogative exécutive ou législative, sans pour autant en disposer pour lui-même, ne pouvait laisser indifférent notre tribun soucieux de la préservation des libertés et de la constitutionnalité des lois et devant à Sieyès sa nomination au Tribunal le 24 décembre 1799 : Benjamin Constant. Suivant de près les réflexions de Sieyès depuis les débats qui avaient mené à la Constitution de l'an III, période concomitante de sa rencontre en 1794 avec Madame de Staël, amie et admiratrice de l'abbé, nous l'avons vu, Constant développera sa théorie constitutionnelle en écho à celle de Sieyès notamment après son éviction du Tribunal par Bonaparte en 1802, qui voyait en lui le leader de l'opposition libérale ; il poursuivra alors l'exposé de ses réflexions auprès des publicistes du « groupe de Coppet », groupe d'intellectuels républicains ou partisans d'une monarchie constitutionnelle et défiant le bonapartisme, se réunissant essentiellement entre 1803 et 1817 au château de Coppet, au bord du lac Léman en Suisse, autour de Madame de Staël alors exilée de France par le premier Consul Bonaparte.

Prudent ou royaliste d'opportunité, ce n'est qu'en 1830, au retour d'exil de Sieyès, chassé, lui, par la Restauration depuis 1815, que Constant vantera ouvertement les mérites intellectuels de l'abbé et en revendiquera une certaine filiation ; après avoir précisé que l'on devait à Sieyès l'idée d'un chef de l'État s'abstenant de gouverner, il ajoute qu'on lui doit celle de la souveraineté limitée¹⁰⁰. On a déjà pu l'observer, c'est bien sur ce terrain que les deux penseurs se rejoignent. Sieyès, certes, ne redoute pas la participation de tous mais plutôt l'absolutisme de la volonté législatrice, que ceux qui assimilent cette dernière à la souveraineté populaire contre celle d'un seul, ne cherchent pas à considérer comme tel. Constant, en revanche, ne part pas du peuple homogène des travailleurs qui choisissent de mettre en commun une part, seulement donc, de cette fameuse souveraineté, mais plutôt des droits individuels consubstantiels à la société moderne. Dans les deux cas, cependant, il s'agit bien d'acter la limitation de la souveraineté en tant que nécessaire au respect de la volonté du peuple chez Sieyès considérant que ce dernier ne peut tout vouloir, et nécessaire à la nouvelle forme de liberté de ce même peuple moderne chez Constant. Si, comme Sieyès, Constant rejoint Rousseau quant à la source de l'autorité, ou seule légitimité politique démocratique, à savoir la volonté générale, il développe, pour les mêmes raisons que Sieyès et contrairement à

¹⁰⁰ Benjamin Constant, dans « Souvenirs historiques à l'occasion de l'ouvrage de M. Bignon », *Revue de Paris*, 1ère série, février 1830, t.11, p.121 : « C'est aussi à Sieyès que nous devons le principe le plus nécessaire à reconnaître dans toute organisation politique, la limitation de la souveraineté. Il y avait du courage à le proclamer au sein de la Convention qui avait terriblement abusé de la souveraineté illimitée ».

Rousseau¹⁰¹, la nécessité pour cela de la représentation, « pouvoir du petit nombre sanctionné par l'assentiment de tous »¹⁰² explique-t-il. Mais Constant précise aussi, dans une rhétorique qui n'est pas sans rappeler les envolées de Sieyès lors de son discours fameux du 2 thermidor sur la souveraineté limitée, où il avait d'ailleurs nommé sa version illimitée le « monstre politique », que « la démocratie est l'autorité déposée entre les mains de tous, mais seulement la somme d'autorité nécessaire à la sûreté de l'association »¹⁰³ et, dit-il encore plus explicitement : « La souveraineté du peuple n'est pas illimitée ; elle est circonscrite dans les bornes que lui tracent la justice et les droits des individus »¹⁰⁴. Subtile, la différence n'en est pas moins claire entre les deux penseurs ; les représentants expriment bien pour Constant la souveraineté du peuple et la question n'est pas de s'assurer qu'ils respectent bien le pacte communautaire initial vis-à-vis du demos, mais que le peuple lui-même, via ses représentants et le respect des droits individuels ne puisse tout vouloir.

Pour cela, Constant ne se contente pas alors non plus de la séparation des pouvoirs, nécessaire mais non suffisante tant que la substance de ce qui est régulé n'a pas été définie comme étant elle-même limitée. En effet, en toute logique constantienne, même dans le cadre de pouvoirs séparés, tout n'est pas discutable et la limite est alors située en amont de cette séparation des pouvoirs. Comment ? Constant le proclame clairement : « La limitation de la souveraineté est donc véritable, et elle est possible. Elle sera garantie d'abord par la force qui garantit toutes les vérités reconnues, par l'opinion ; ensuite, elle le sera d'une manière plus précise, par la distribution et par la balance des pouvoirs »¹⁰⁵. Ainsi, en acceptant l'idée d'un équilibre des pouvoirs, Constant est-il plus proche de Montesquieu que de Sieyès, mais il reproche au premier de n'avoir pas précisément borné l'autorité sociale en considérant que la liberté est le droit de faire ce que les lois permettent, en tant qu'elles émanent du peuple souverain, occultant ainsi l'éventualité, pourtant théoriquement envisageable, que ce même peuple souverain, restreigne la liberté individuelle. Il s'agit alors de définir ces droits privés que la sphère publique doit protéger, en d'autres termes, ces bornes que le peuple lui-même ne peut outrepasser. Ces droits individuels figés et inviolables ne puisent pas à la source des droits naturels mais de l'opinion, en tant que garante des « vérités reconnues »...ce qui ne s'en éloigne que par le caractère elliptique de l'expression, sur le même mode d'ailleurs que les « vérités » tenues pour « évidentes » dans la déclaration d'indépendance américaine de 1776. L'autorité sociale est, quant à elle, restreinte au « nécessaire » pour reprendre une expression commune à Sieyès et à Constant¹⁰⁶ et ne doit prendre en charge que les intérêts collectifs, ceux qui constituent des garanties au libre exercice des droits individuels. Ceux-ci sont alors listés par Constant dans ses *Principes de politique*, en droite ligne des droits

¹⁰¹ Dans *Principes de politique*, dans le recueil *Ecrits politiques*, de textes de Benjamin Constant choisis, présentés et annotés par Marcel Gauchet, Paris, Gallimard, 1997, p.314, Constant écrit : « Rousseau lui-même a été effrayé de ses conséquences ; frappé de terreur à l'aspect de l'immensité du pouvoir social qu'il venait de créer, il n'a su dans quelles mains déposer ce pouvoir monstrueux, et n'a trouvé de préservatif contre le danger inséparable d'une pareille souveraineté, qu'un expédient qui en rendit l'exercice impossible ».

¹⁰² *Ibid.*, p.310

¹⁰³ *Ibid.*, p.316

¹⁰⁴ *Ibid.*, p.319

¹⁰⁵ *Ibid.*, p.321

¹⁰⁶ *Ibid.*, p.316

imprescriptibles énoncés par la déclaration de 1789¹⁰⁷. Mais comment garantir cette fameuse limitation de la souveraineté? Constant nous a déjà livré une réponse avec l'idée d'opinion publique, relayant celle de liberté d'opinion et notamment de liberté de la presse qui lui est chère ; ce pouvoir de l'opinion se retrouve à l'échelon représentatif au sein de ce que Constant nomme le « pouvoir représentatif de l'opinion », assemblée élective élaborant les lois avec le « pouvoir représentatif de la durée », assemblée héréditaire, quand le pouvoir exécutif est, lui, confié aux ministres et le pouvoir judiciaire a pour mission d'appliquer les lois aux tribunaux. Le modèle n'est pas sans rappeler celui de Montesquieu vantant les mérites de la Constitution d'Angleterre, que Constant reprend d'ailleurs à son compte pour y saluer la capacité, pour le pouvoir royal, à mettre fin à toute action dangereuse du pouvoir exécutif, s'appuyant ici sur la recommandation de l'auteur de *De l'esprit des Lois* : « Si le monarque prenait part à la législation par la faculté de statuer, il n'y aurait plus de liberté. Mais, comme il faut pourtant qu'il ait part à la législation, pour se défendre, il faut qu'il y prenne part par la faculté d'empêcher»¹⁰⁸. Cependant, Constant souligne alors la nécessité d'un arbitre entre l'exécutif et le législatif : étant tous les dépositaires d'une souveraineté limitée, il faut quelqu'un pour le leur rappeler, quelqu'un qui ne soit pas capable, à son tour, d'action despotique, quelqu'un d'ailleurs qui ne soit capable d'aucune action. Ce sera le rôle du « pouvoir neutre », dans ce cas précis, pouvoir royal, « autorité à la fois supérieure et intermédiaire, sans intérêt à déranger l'équilibre, mais ayant au contraire, tout intérêt à le maintenir»¹⁰⁹. Ce pouvoir, sans être lui-même actif, rassemble l'autorité qu'il serait dangereux de laisser à l'un des pouvoirs réellement actifs. Mais si le contexte de publication des *Principes de politique* est celui de la Restauration, il serait hâtif de réduire le pouvoir neutre au pouvoir royal souvent cité dans l'ouvrage ; dans le texte antérieur, de 1802, non édité alors, *Fragments d'un ouvrage abandonné sur la possibilité d'une constitution républicaine dans un grand pays*, Constant avait déjà exposé la théorie du pouvoir neutre et montré qu'il était aussi bien compatible avec un régime républicain que monarchique. Il s'agit là d'un organe collégial dont les membres sont élus à vie, ce qui est censé les rendre incorruptibles et désintéressés comme l'est un monarque héréditaire, et qui défend les intérêts des gouvernants comme ceux des gouvernés. Le changement de nature du pouvoir neutre entre les deux textes nous semble renvoyer, lui, au Constant soucieux de se préserver un rôle politique et adaptant, à cette fin, la forme de son discours au pouvoir en place : encore ouvertement républicain au début du XIXe siècle, il se réfère plus aisément au pouvoir royal pendant la Restauration, mais la fonction du pouvoir neutre reste, elle, la même puisqu'il est toujours question, moyennant une impartialité acquise, de garantir la souveraineté du peuple dans les limites du respect de ses droits individuels ; or ceci relève bien, au demeurant, d'un projet républicain libéral.

Si ce pouvoir préservateur peut être rapproché du *jurie constitutionnaire* de l'an III suggéré par Sieyès, il s'en distingue par sa dimension plus libérale mais s'en rapproche par ses modalités de formation : le pouvoir neutre de Constant, quand il n'est pas héréditaire, est particulièrement démocratique, peut-être même plus encore que le *jurie* de Sieyès qui repose sur un principe d'élection plus aristocratique, parmi ceux qui sont capables d'en assumer le

¹⁰⁷ *Op.Cit.*, p.316 : « La liberté individuelle, la liberté religieuse, la liberté d'opinion, dans laquelle est comprise sa publicité, la jouissance de la propriété, la garantie contre tout arbitraire ».

¹⁰⁸ Montesquieu, *De l'esprit des lois*, Vol 1, GF Flammarion, Paris, 1979 (1748). p.302.

¹⁰⁹ *Ibid.*

rôle. Vertueux en ce sens, les représentants du pouvoir constituant chez Sieyès, à savoir les membres de son *jurie constitutionnaire*, sont capables à leur tour de s'interdire d'exercer cette volonté illimitée qu'ils ont pour mission de bannir au sein des autres pouvoirs. Lorsque Thibaudeau, éminent membre de la commission chargée de rédiger la constitution de l'an III, rejette avec véhémence le projet de Sieyès, il pose la question logique de savoir qui sera le gardien du gardien de la constitution ; il exprime alors clairement sa préférence pour le système américain des *checks and balances*, emprunté au système de la balance de Montesquieu, et va jusqu'à paraphraser les propos du *Fédéraliste*, n°51¹¹⁰, quant à la nécessité d'« opposer l'ambition à l'ambition » ; Marc Lahmer explique clairement à ce propos que « l'an III est de ce point de vue l'aboutissement d'une mutation de la théorie politique française, qui, dans un premier mouvement, avait prioritairement envisagé le bicamérisme comme l'expression institutionnelle de l'inégalité juridique avant que de le concevoir par la suite, de façon quasi exclusive, comme un élément constitutif de la séparation des pouvoirs et le gage de la modération de la loi »¹¹¹. Mais la critique de Thibaudeau manque, nous semble-t-il, de percevoir que l'équilibre des pouvoirs, seul, ne présuppose jamais la vertu des hommes qui l'animent, tandis que la séparation des pouvoirs munie d'un *jurie constitutionnaire* s'appuie aussi sur la qualité de la sélection de ses membres. De même, chez Constant, le seul intérêt du pouvoir neutre est de ne pas être renversé, non pas pour maintenir son propre pouvoir, très mince, mais pour maintenir quelque chose de plus précieux à ses yeux, sa « dignité ». Cette différence de registre entre les intérêts des hommes en charge des autres pouvoirs et l'intérêt de ceux chargés du pouvoir neutre rend compte de la spécificité de ce dernier, incapable de conflit avec les autres pouvoirs. C'est d'ailleurs à ce titre seulement que Constant peut préférer la monarchie à la république : les membres du pouvoir neutre partagent, dans la seconde, le plan d'égalité de tous les citoyens et doivent donc nécessairement s'imposer aux autres pouvoirs par un positionnement responsabilisant qui en contrarie aussitôt la fonction première. S'il peut nous sembler hasardeux qu'un républicain envisage sérieusement l'option d'un pouvoir neutre de source royale et si l'approche historique serait particulièrement pertinente pour situer le propos de Constant entre opportunisme politique et recherche d'une vérité philosophique, nous en retiendrons, à titre herméneutique, la difficulté à laquelle se heurte le Constant républicain lorsqu'il recherche une vertu humaine capable de boucler la boucle de la vertu de son système institutionnel.

Que l'on date son émergence théorique à 1789 avec Sieyès, qu'on la retrouve plus explicitement dans les débats constitutionnels de l'an III qui avaient vu naître le rapprochement intellectuel de nos deux penseurs, ou que l'on rende compte des faux semblants tant démocratiques que libéraux de la constitution à la fois sieyèsienne et bonapartiste de l'an VIII et des travaux ultérieurs de Constant, opposant libéral du futur empereur, il demeure que cette tentative des deux amis du groupe de Coppet d'installer une démocratie constitutionnelle non despotique a échoué.

¹¹⁰ *Le Fédéraliste*, Op. Cit., section 51.

¹¹¹ Marc Lahmer, Op. Cit., p. 143.

B.2.2.b. Le tiers-pouvoir contre l'instabilité institutionnelle

Toujours est-il que ce pouvoir que Constant nomme « préservateur » dans les *Fragments* aura plus d'attrait pour les Constitutions d'Amérique latine au XIX^e siècle¹¹² quand l'idée même d'un tel tiers-pouvoir semble s'éteindre en France jusqu'à l'après seconde Guerre Mondiale. Au-delà des différences de points de vue, nous avons cherché à mettre en évidence combien cette idée d'un tiers-pouvoir a aussi renvoyé à un souci de stabilité, et pas seulement à une réponse conceptuelle aux perspectives historiques dominant les enjeux constitutionnels. Leur théorisation en France est en effet inextricablement liée à des périodes politiquement très agitées. Des libéraux républicains aussi proches et aussi différents que Sieyès et Constant, cherchaient à maintenir, dans le sillage révolutionnaire, la souveraineté populaire comme liberté politique d'une part, autant finalement qu'une certaine autorité de l'État, limitée mais chargée d'une manière ou d'une autre de freiner la toute puissance législative et de garantir la pérennité du gouvernement. Un siècle plus tard, Tocqueville analyse le pouvoir du juge américain dans le cadre de la fonction exclusivement juridictionnelle qui est demeurée la sienne, jugeant la loi dans le cas concret d'une affaire particulière et ne l'annulant pas tout en laissant ce jugement faire jurisprudence ; incapable donc de dénaturer la démocratie, ce procédé apparaît alors comme un frein plus que comme un contrepoids (Baumert, 2008). Reprenons Tocqueville ainsi cité par Baumert : « en Europe, il n'y a guère que les révolutions qui, de temps à autre, apprennent aux pouvoirs de l'Etat qu'ils sont sortis de sa constitution ou qu'ils en méconnaissent l'esprit ; ici, en Amérique, c'est le juge qui (...) les arrête en refusant de donner la sanction judiciaire à leurs volontés ». ¹¹³ Ainsi, Tocqueville repère-t-il ici le caractère démocratique de la séparation des pouvoirs américaine où le juge n'empiète pas sur le pouvoir législatif et n'apparaît non plus aucunement comme partisan tandis qu'un contrôle abstrait de la loi pourrait s'imposer comme une immixtion de la justice dans les choix politiques, ce que craindra, précisément, la doctrine française sous la III^e République.

Enfin, à défaut d'une institution spécifique, le seul guide protecteur des droits, et donc potentiellement capable de freiner cette volonté législative, ayant survécu en tant que tel, de façon plus ou moins ouvertement intégrée aux réflexions constitutionnelles, est la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen (DDHC) de 1789. Pourtant, si tous nos régimes républicains post- révolutionnaires se sont définis au moyen de la séparation des pouvoirs contre l'oppression, qu'est-il advenu de la deuxième condition énoncée dans l'article 16¹¹⁴ de la Déclaration de 1789, la garantie des droits? Au-delà de la déclaration, quelles garanties réelles peuvent-elles être repérées dans l'histoire constitutionnelle française?

L'abstraction même de la DDHC suffit à poser des principes sur lesquels tous s'entendent mais sur lesquels les divergences sont nombreuses quand il s'agit d'en définir les modalités pratiques, sans que, pour autant, soit jamais envisagée la possibilité d'une raison

¹¹² Pour approche synthétique et intéressante pour situer l'intérêt partagé des pays d'Amérique latine au XIX^e siècle pour les thèses de Benjamin Constant sur le pouvoir neutre ou préservateur, voir Gabriel L. Negretto , « En repensant le républicanisme libéral en Amérique Latine. Alberdi et la constitution argentine de 1853 », *Amérique Latine Histoire et Mémoire. Les Cahiers ALHIM*, 11 | 2005, URL : <http://alhim.revues.org/962>.

¹¹³ Cf. Renaud Baumert, *Op.Cit.*, p.30.

¹¹⁴ Article 16 de la DDHC : « Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée ni la séparation des pouvoirs déterminée n'a point de constitution ».

humaine irréformable. Le pas serait trop rapidement franchi qui nous ferait conclure que l'imperfectibilité humaine explique, à elle seule, les échecs de nombreuses constitutions et nous nous tournons plutôt ici vers les grands constitutionnalistes français : Adhémar Eismein semble apporter la nuance que nous recherchons entre déclaration et garantie lorsqu'il explique que « Les déclarations des droits de l'homme et du citoyen sont un produit direct de la philosophie du XVIIIe siècle et du mouvement d'esprit qu'elle a développé. Ce sont les principaux axiomes dégagés par les philosophes et les publicistes, comme les fondements d'une organisation politique juste et rationnelle, que proclamèrent solennellement les auteurs des constitutions nouvelles destinées à en faire l'application (...). Ce ne sont pas des articles de lois précis et exécutoires. Ce sont purement et simplement des déclarations de principes (...). La Constitution de 1848, sous le titre de préambule et en huit articles, contient une véritable déclaration des droits et aussi des devoirs ; mais moins encore peut-être que celle de 1793 et de l'an III, cette déclaration n'a eu d'influence sur le développement de notre droit constitutionnel »¹¹⁵. Arnaud Coutant, dans un récent article¹¹⁶ analysant, entre autre, ce propos d'Eismein, rappelle à quel point l'importance des textes introductifs des constitutions a longtemps été juridiquement recalée en France. Il est intéressant de noter que son analyse conclut que jusqu'à la dernière Constitution en date, celle de 1958, la notion de garantie des droits avait davantage de valeur aux yeux des publicistes que celle de déclaration, ce qui pourrait expliquer l'absence systématique de déclaration comme partie intégrante d'une Constitution.

La IIIe République française, la première à s'inscrire dans la durée, sera, paradoxalement, la seule à ne pas reposer sur une Constitution mais sur les lois constitutionnelles de 1875 ; celles-ci ne consacrent aux droits aucune disposition, ni déclaration, ni garantie. Tout découle, plus que jamais, de la souveraineté de la loi, et par conséquent du Parlement. Là encore, les raisons de cette suprématie renvoient aux violences de l'Histoire : ce rejet de l'exécutif fait largement écho à celui du coup d'Etat par le premier Président de la République française, Louis-Napoléon Bonaparte, mettant ainsi fin à la très brève seconde République. « La souveraineté de la loi, explique Jean Rivero, paraissait alors si profondément inhérente à la notion même de démocratie que, lorsque le Parlement fut, à deux reprises, en 1901 et en 1909, saisi de propositions tendant à placer en tête des lois constitutionnelles de 1875, la Déclaration de 1789, la réintégrant ainsi dans le droit positif, il les écarta sans la moindre hésitation. Tous les efforts de la doctrine, et l'autorité d'un Duguit et d'un Hauriou, conscients de la gravité de la faille ainsi creusée dans l'Etat de droit, ne purent rien contre le silence du texte constitutionnel »¹¹⁷. Ce fut pourtant une période propice aux libertés (liberté de réunion et liberté de la presse en 1881, liberté d'association en 1901, pour ne citer que les plus emblématiques), qui furent en l'occurrence une préoccupation particulière des parlementaires et du Conseil d'Etat ; ce dernier commença alors à dégager des principes généraux du droit, souvent déduits des principes de 1789 et propres à limiter les excès de pouvoir, c'est-à-dire, à protéger ces libertés. Une telle garantie ou protection

¹¹⁵ A. Eismein, *Eléments de droit constitutionnel français et comparé*, Panthéon Assas, LGDJ, 2001, p.554-559.

¹¹⁶ Arnaud Coutant, « De la valeur d'un texte introductif : la Constitution française de 1848 et son Préambule », *Revue française de droit constitutionnel*, 2011/4 n°88, p.681-707.

¹¹⁷ Jean Rivero. « Les garanties constitutionnelles des droits de l'homme en droit français », *Revue internationale de droit comparé*. Vol. 29 N°1, Janvier-mars 1977. pp. 9-23. p.11.

semblait donc pouvoir être le fait de la loi et des conseillers de l'exécutif (Vimbert, 1992). Du reste, les libertés publiques sont alors considérées, rappelle Olivier Dord, comme « la contribution à la garantie des droits du modèle républicain à la fin du XIXe siècle »¹¹⁸. La loi infaillible (et la formation des esprits républicains est censée y participer solidement depuis les lois Ferry en 1881-1882 sur l'école publique, gratuite et obligatoire) les consacre et l'exécutif, comme son administration, se doivent de les respecter dans la perspective légaliste déjà rappelée, et non pas encore constitutionnaliste, de l'Etat de droit.

La faiblesse de l'exécutif et l'instabilité parlementaire de l'entre deux guerres signalent cependant aussi les limites d'une suprématie législative pour la garantie de la liberté ainsi entendue; l'intermède tragique de Vichy confirme aux yeux de la doctrine que le législateur peut irrémédiablement s'égarer. Les crimes de la seconde Guerre Mondiale, et la fragilité du régime de la IIIe République qu'ils auront achevé de révéler, vont renforcer la tradition libérale antérieure à 1875 et consacrer, dans le Préambule de la Constitution de 1946 - celle de la IVe République- les libertés complétées par les principes généraux du droit dégagés. Leur garantie constitutionnelle ne sera, elle, réellement affirmée qu'avec la Constitution de 1958, celle de la Ve République, achevant la rupture avec la souveraineté absolue du Parlement, et posant les bases théoriques et assorties d'une procédure tangible, d'un contrôle du Parlement par la création du Conseil constitutionnel. Ce glissement subreptice des libertés publiques définies par le législateur, aux droits fondamentaux constitutionnellement garantis ou encore, dans un langage plus politique, du seul contrôle de l'administratif à l'adjonction du contrôle du législatif achève cette fois le passage à ce que l'on peut appeler canoniquement l'Etat de droit. Notons ici qu'à la faveur de la floraison des Cours constitutionnelles qui se démultiplient dans l'Europe de l'après seconde Guerre Mondiale, la Constitution de la IVe République française crée un « Comité constitutionnel » mais son rôle est mineur¹¹⁹ et, selon l'analyse même d'Yves Guéna, Président et membre du Conseil constitutionnel entre 1997 et 2004 mais aussi gaulliste de la première heure, amplement au fait de l'esprit des institutions de 1958, ce comité « ne constitue pas un réel précédent¹²⁰ » du Conseil constitutionnel. Cette rupture apportée par la Ve République se fit néanmoins avec prudence, comme l'illustre l'article 34 de la nouvelle Constitution qui définit, comme étant du domaine de la loi : « les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques », non qualifiées en tant que telles de constitutionnelles et il faudra la célèbre décision du Conseil constitutionnel de 1971 pour officialiser la valeur constitutionnelle du Préambule de la Constitution de 1958 (comprenant alors la DDHC et le Préambule de 1946). Un mécanisme institutionnel est cependant déjà en place en 1958 qui semble sinon consacrer du moins ouvrir la voie à cette garantie, au-delà de la réaffirmation, au moins symbolique, au mieux principielle, de la DDHC dans le Préambule. La France, au sens du fameux article 16, dispose alors enfin d'une Constitution ! Et celle-ci semble jusqu'à aujourd'hui, infirmer – pour une fois- l'inquiétude de Tocqueville, écrivant, alors qu'il

¹¹⁸ O. Dord, « Libertés publiques ou droits fondamentaux ? », in *Libertés publiques*, La documentation française, 2000, p.12.

¹¹⁹ Une demande provenant conjointement du Président de la République et du Président du Conseil de la République (Sénat), après un vote à la majorité absolue de ce dernier était nécessaire à sa saisine, ce qui la rendit très rarement effective : on ne compte qu'une saisine de ce type sous la IVe République.

¹²⁰ Article d'Yves Guéna, « Le Conseil constitutionnel français », site internet du Conseil constitutionnel, http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/pdf/Conseil/armenie.pdf

participe aux débats constitutionnels de 1848 : « Nous sommes destinés à osciller longtemps entre le despotisme et la liberté, sans pouvoir supporter en permanence ni l'un ni l'autre »¹²¹.

Ces hésitations, bien qu'issues d'un courant minoritaire de la réflexion révolutionnaire, quant à la justification d'un pouvoir capable de garantir tout à la fois la souveraineté du peuple entendue comme rejet de l'absolutisme et les droits individuels du citoyen moderne, ont donc à la fois historiquement et théoriquement buté contre le roc monumental de l'assimilation de cette souveraineté populaire à un pouvoir législatif en lieu et place du souverain absolu, autant qu'aux rapports de force en découlant entre les différents pouvoirs, à la faveur des ruptures politiques qu'aura alors connues la France.

L'on peut donc conclure avec Marcel Gauchet qu'elles invitent pour le moins à réfléchir au besoin d'« une tierce instance, en plus du vouloir et de l'agir, pour obtenir cette réflexivité collective, cette lisibilité de la société pour elle-même, cette figurabilité de sa capacité d'action sur elle-même en lesquelles consiste l'essence ultime du processus démocratique »¹²². Ce pouvoir législatif que les tenants de cette « tierce instance » semblent tenir alors pour la nouvelle menace, n'a pas en effet les traits d'un nouvel absolutisme ; la métaphore consistant en effet à résumer cette crainte, voire cet état de fait, par le basculement d'un souverain absolu à l'autre, malgré la concentration manifeste de l'Histoire sur le rejet résolu du monarque, ne rend pas pleinement compte des évolutions de l'inquiétude vis-à-vis du législatif. Que le choix du législatif ait été historiquement le fruit d'un tel basculement ne peut en réalité réduire les défenseurs d'une « tierce instance » à des opposants au pouvoir populaire jugé absolu. En effet, la menace la plus avérée fut, dans le cas français, celle de l'anarchie gouvernementale. L'Exécutif, du reste, en pouvant renvoyer métaphoriquement au monarque ou à l'Empereur, ne pouvait qu'ajouter à la préférence déjà marquée pour le législatif ; ainsi, la manœuvre habile de l'assimilation du concept juridique d'Etat de droit à la conception française de la souveraineté, en consacrant l'Etat soumis aux règles qu'il édicte, a-t-elle le mérite, théorique du moins, de repenser tous les pouvoirs au même plan, sous l'Etat, et donc sous le droit.

B.2.2.c. La Constitution de 1958 crée le Conseil constitutionnel

La Constitution de 1958, celle de la Ve République, s'inscrit historiquement dans cette continuité de l'Etat de droit à la française; cela dit, politiquement et malgré les acrobaties juridiques qui rendent compatibles la conception de l'Etat de droit avec la conception française de la souveraineté, le Conseil constitutionnel apparaît comme une institution hybride, sorte de tiers-pouvoir soucieux d'encadrer les débordements du législatif autant qu'émanation de l'Etat de droit en tant que garant de la norme suprême. Greffe étrange en effet, que celle de cette institution non élue censée contrôler le Parlement, sur cette Constitution de la Ve République qui pose de son côté, dès son article 3 que « la souveraineté

¹²¹ Tocqueville, *Lettres choisies. Souvenirs*, Editions Quarto Gallimard, Paris, 2003, p. 635, « Lettre à Eugène Stöffels, Paris, 21 juillet 1848 ».

¹²² Marcel Gauchet, *Op.Cit.*, p.18.

nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants et par la voie du référendum », reliant ainsi au passage souveraineté nationale et souveraineté populaire, et désigne dans le même temps le Conseil constitutionnel comme susceptible d'invalider une loi pour inconstitutionnalité, sans recours possible, à la faveur, dira la doctrine, de l'émergence de l'Etat de droit après la seconde guerre mondiale. S'agit-il de freiner la volonté législative avec tout ce que cela peut comporter d'obstacles, surtout dès lors que l'on semble encore assimiler souveraineté et représentation, ou bien d'assurer que l'Etat et tous ses organes de pouvoir se soumettront à la Constitution entendue comme norme fondamentale indispensable à la machinerie juridique de la hiérarchie des normes ? Ce dernier cas relève-t-il au demeurant d'une conception du peuple souverain comme pouvoir constituant auquel tous les pouvoirs sont soumis en tant que seulement délégués par lui comme l'exprime *Le Fédéraliste* pour la Constitution américaine, ou encore d'une abstraction nécessaire à la soumission de l'Etat au droit ? On peut alors se demander dans quelle mesure une telle soumission dépend d'un droit exclusivement produit par ce même Etat et enfin si le pouvoir de ceux qui vérifient cette soumission, les juges, n'est pas *in fine* le pouvoir ultime par excellence et lui-même souverain, incontrôlé, tant que la Constitution n'a pas été révisée ? L'on en revient alors à la question régressive de Kelsen sur le rôle de la Cour constitutionnelle !

En guise de réponse, rappelons que le poids culturel et la pratique institutionnelle française du parlementarisme comme expression de la souveraineté du peuple depuis la Révolution française sont associés à ce qui fut perçu comme la nécessité historique de garantir un gouvernement stable et garant des droits des citoyens à travers le respect de normes juridiques dans une perspective d'Etat de droit, après les instabilités des III et IVe Républiques. Cette période se clôt d'ailleurs dans l'agitation politico-institutionnelle de la grande vague de décolonisation entamée sous la IVe, voyant notamment éclore la guerre d'Algérie en même temps que s'impose le déficit du redressement économique et de la reconfiguration des relations internationales. C'est ainsi une certaine expérience politico-juridique qui tisse la trame de la Ve République, en-deçà même de ses prescriptions constitutionnelles propres.

C'est dans ce contexte que naît notre interrogation sur la source du pouvoir d'une institution comme le Conseil constitutionnel, quand la source de tout pouvoir est d'abord populaire. Or, si l'on a vu qu'un changement ou un glissement à ce niveau est théoriquement viable au nom de conceptions diverses allant du pouvoir constituant à la doctrine juridique de la hiérarchie des normes, il nous faut comprendre dans quelle mesure il peut s'actualiser peu à peu dans les pratiques et les adhésions des citoyens. Lorsque Michel Debré, garde des Sceaux et membre du Comité interministériel formé en juillet 1958 par le Général de Gaulle de retour et Président du Conseil depuis le 1^{er} juin 1958, déclare, lors de son discours devant le Conseil d'Etat du 27 août 1958 que « La création du Conseil constitutionnel manifeste la volonté de subordonner la loi, c'est à dire la décision du Parlement, à la règle supérieure édictée par la Constitution. La Constitution crée ainsi une arme contre la déviation du régime parlementaire »¹²³, l'on est bien en présence d'une institution hybride en tant que visant le contrôle des décisions du Parlement comme le prévoyaient nos premiers républicains libéraux, tout en posant la Constitution comme l'arme absolue dans la même veine que la

¹²³ Site internet de l'Assemblée nationale : http://www.assemblee-nationale.fr/histoire/michel-debre/micheldebre_discoursconseild'etat_270859.asp

norme fondamentale, à la fois fondement et sommet de la hiérarchie des normes de l'Etat de droit. Or, si théoriquement la synthèse nous paraît opérée dès la proposition de Carré de Malberg où la loi est au centre de l'ordonnement juridique tout en imposant à l'Etat souverain dans son ensemble de s'y conformer, une théorie de l'Etat court en réalité depuis la fin de la III^e République qui permet à l'Etat de droit de prendre sens en accord avec la logique légicentriste française. Et le pas est institutionnellement franchi en 1958 avec la mise sous contrôle, non pas tant de la loi elle-même, que de son organe créateur, le Parlement. L'on est plus proche ici de Sieyès que de Constant même si la procédure de nomination des membres du Conseil constitutionnel s'éloigne de la version élective et, en ce sens, nous y reviendrons, plus démocratique, que l'on trouvait chez Sieyès dont le « jurie » exprimait le pouvoir constituant plus qu'une norme supérieure. Mais c'est bien en ce sens le contrôle institutionnel qui prime ici sur celui des commettants. Et c'est par ce biais que la logique de l'Etat de droit s'impose, sans pour autant se déployer tout-à-fait, elle non plus. Le contexte, certes, s'y prête, comme le rappelle le doyen Favoreu dans une communication présentée à l'occasion du 40^e anniversaire de la Constitution de la Ve République¹²⁴ en remarquant que « la démission des parlements législateurs de l'Allemagne nazie et de l'Italie fasciste entraînera les conséquences à la fois tragiques et désastreuses que l'on sait. Elles conduiront après guerre à la généralisation d'une garantie juridictionnelle des textes constitutionnels, faisant obligation, non seulement au pouvoir exécutif mais aussi au pouvoir législatif, de respecter les droits et libertés des individus » ; il faudrait bien entendu rajouter à ce tableau tragique les faiblesses de la III^e République ayant conduit aux errances du régime de Vichy; toutefois, il précise aussi que le Conseil constitutionnel, avait « une finalité sinon différente, du moins particulière ». La lecture des mémoires de Michel Debré¹²⁵ ou des archives constitutionnelles de la Ve République¹²⁶ suffit alors pour comprendre et, ce faisant, pour confirmer, l'intention de ce que la Constitution semble livrer comme une évidence : le Conseil constitutionnel a été créé pour contenir le législateur de telle sorte que l'Exécutif puisse gouverner sans entrave. Lors du deuxième anniversaire de la libération de Bayeux, en Normandie, le Général de Gaulle y prononce le fameux discours éponyme, alors que le projet de constitution pour la IV^e République vient d'être rejeté par référendum et que la France est sans gouvernement. Avant la tenue de la deuxième constituante, de Gaulle expose ses idées constitutionnelles dans ce discours qui, si ses réflexions ne seront pas intégrées à la Constitution définitive de 1946, servira de référence à celle de 1958. La faveur y est clairement donnée à un parlement bicaméral mais aussi à un pouvoir exécutif fort et procédant directement du chef de l'Etat. « Certes », y dit-il, « il est de l'essence même de la démocratie que les opinions s'expriment et qu'elles s'efforcent, par le suffrage, d'orienter suivant leurs conceptions l'action publique et la législation. Mais aussi tous les principes et toutes les expériences exigent que les pouvoirs publics, à savoir législatif, exécutif, judiciaire, soient nettement séparés et fortement équilibrés et, qu'au-dessus des contingences politiques, soit établi un arbitrage national qui fasse valoir la continuité au milieu des combinaisons. » Puis de poursuivre sur le

¹²⁴ Cf. site du Conseil constitutionnel : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/la-constitution-de-1958-en-20-questions/la-constitution-en-20-questions-question-n-18.17365.html>

¹²⁵ Michel Debré, *Trois républiques pour une France, Mémoires 1946-1958*, Albin Michel, Paris, 1988.

¹²⁶ Commission des archives constitutionnelles de la Ve République, *archives constitutionnelles de la Ve République, Volume 3, 8 janvier 1959 – 27 avril 1959* - La documentation française, Paris, 2010.

bicaméralisme : « Le premier mouvement d'une telle Assemblée ne comporte pas nécessairement une clairvoyance et une sérénité entières. Il faut donc attribuer à une deuxième Assemblée, élue et composée d'une autre manière, la fonction d'examiner publiquement ce que la première a pris en considération, de formuler des amendements, de proposer des projets. Or, si les grands courants de politique générale sont naturellement reproduits dans le sein de la Chambre des Députés, la vie locale, elle aussi, a ses tendances et ses droits. » Et, après avoir précisé que le pouvoir exécutif ne pourrait provenir du Parlement à cause de la confusion des pouvoirs en écho à celle des III^e et IV^e Républiques, et dans une rhétorique se rapprochant de l'idée du concours des pouvoirs selon laquelle chacun contribue à la même réalisation de l'intérêt général en ayant intérêt à ce que l'autre y parvienne donc sans conflit entre les pouvoirs, il prône détachement partisan du gouvernement et, qui plus est, du chef de l'Exécutif qui sera « placé au-dessus des partis, élu par un collège qui englobe le Parlement mais beaucoup plus large » et puisque le gouvernement sera, lui, responsable devant le Parlement, charge au chef de l'Etat « d'accorder l'intérêt général quant au choix des hommes avec l'orientation qui se dégage du Parlement ». Enfin, pour clore cette description de celui qui s'apparente, de par son détachement, du pouvoir préservateur de Constant, le chef de l'Exécutif aura aussi la « la tâche de présider les Conseils du Gouvernement et d'y exercer cette influence de la continuité dont une nation ne se passe pas ». Ce que la Constitution de la Ve République résumera, non sans ambiguïté vis-à-vis du rôle du Conseil constitutionnel, par son article 5 : « Le Président de la République veille au respect de la Constitution. Il assure, par son arbitrage, le fonctionnement régulier des pouvoirs publics ainsi que la continuité de l'État. Il est le garant de l'indépendance nationale, de l'intégrité du territoire et du respect des traités ». Michel Debré le confirme lors de son discours déjà cité du 27 août 1958 devant le Conseil d'Etat que « le Président de la République doit être la clé de voute de notre régime parlementaire » et « n'a pas d'autre pouvoir que celui de solliciter un autre pouvoir ».

Guillaume Drago, dans un article publié dans la *Revue d'histoire des Facultés de droit* rappelle l'influence sur de Gaulle de son ami René Capitant, Professeur de droit à l'Université de Strasbourg, résistant et gaulliste de gauche, et l'analyse que ce dernier avait faite du discours de Bayeux en en rappelant les trois principes « souveraineté populaire, séparation des pouvoirs, arbitrage national du chef de l'Etat ». Guillaume Drago souligne ici aussi la double influence de Carré de Malberg sur Capitant, son successeur à la chaire de droit constitutionnel de Strasbourg et de Capitant sur de Gaulle. Cette filiation a le mérite d'éclairer le maintien de la centralité de la loi, expression de la volonté générale, pour reprendre le titre même d'un ouvrage phare de Carré de Malberg¹²⁷ concomitant avec la répartition entre la loi et le règlement qui sera précisé dans la Constitution de 1958. De même, les deux auteurs cherchent à combiner référendum et parlementarisme et Capitant poussera plus loin la défense du référendum contre la seule démocratie représentative qui court toujours le risque de s'ériger en caste isolée du peuple. Jean-Louis Debré, l'actuel Président du Conseil constitutionnel, explique de la même manière dans l'ouvrage tiré de sa thèse, *Les idées constitutionnelles du Général de Gaulle*, la préférence du Général pour la « démocratie parlementaire » entendue comme « semi-représentative » et mêlant donc représentation et démocratie directe, à la « démocratie représentative » pure. La démocratie trouve son sens dans un système de

¹²⁷ Raymond Carré de Malberg, *La loi, expression de la volonté générale*, Economica, Paris, 1984.

pouvoirs équilibrés, où le Parlement, comme le chef de l'Etat, élus au suffrage universel, sont des émanations du peuple et ne se subordonnent pas l'un à l'autre. Guillaume Drago cite à ce propos un commentaire concluant prononcé en 1943 par Michel Debré : « le régime parlementaire ne survivra que si la séparation rigide des pouvoirs autorise le gouvernement seulement à gouverner et le Parlement seulement à contrôler l'action gouvernementale »¹²⁸. Certes, selon la Constitution de la Ve République, le gouvernement est responsable devant le Parlement mais le fameux arbitrage du chef de l'Etat, qui peut avoir recours au référendum, permet aussi d'éviter le régime des partis pour faire primer l'intérêt général, fortement ancré dans le modèle républicain français qui l'associe à la volonté du peuple.

A la lumière de l'urgence historique appelant à restaurer l'action gouvernementale, qu'un militaire du rang symbolique de sauveur de la Nation comme le Général de Gaulle perçoit comme l'action politique par excellence¹²⁹, en vertu aussi des conceptions institutionnelles que l'on peut prêter au Général et à ses proches, s'est donc élaborée cette Constitution de la Ve République combinant parlementarisme et exécutif fort dans un commun souci de légitimité démocratique entendue comme choix de la Nation, au moyen de la procédure électorale. Si une séparation stricte des pouvoirs concourant tous à l'intérêt général impose de les organiser d'une certaine manière, la description scrupuleuse de cette organisation et de ses procédures fait l'objet de la Constitution et son respect est placé sous le contrôle du Conseil constitutionnel. Notre compréhension de la mécanique alors en place nous semble entrer en consonance avec l'idée de pouvoir constituant que défendra le doyen Vedel, du moins si l'on fige la notion au moment de la création du Conseil constitutionnel. En effet, ne distinguant pas alors entre pouvoir constituant originaire (celui qui établit pour la première fois la Constitution pour les positivistes ou tout simplement pouvoir constituant pour les non positivistes) et dérivé (celui qui la révisé une fois qu'elle est en place mais considéré distinctement du pouvoir constituant par les non positivistes et nommé alors pouvoir de révision)¹³⁰, Vedel explique, notamment dans l'ouvrage déjà cité sur la légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel¹³¹, que la légitimité du juge constitutionnel tient précisément à ce qu'il n'est pas une source du droit, donc qu'il ne crée rien, mais plutôt un pouvoir constitué, donc toujours subordonné au souverain constituant. Il apparaît en tout cas que cet énoncé, même sujet à controverse pour toutes les raisons que nous avons ici dégagées, et en particulier en raison du lien problématique entre interprétation et création¹³², permet de relier la logique juridique de l'Etat de droit à la souveraineté populaire où, au moment même de l'élaboration et du vote de la Constitution, positivistes et non positivistes peuvent

¹²⁸ Article de Guillaume Drago déjà cité.

¹²⁹ Charles de Gaulle, *Le fil de l'épée et autres écrits*, Plon, Paris, 1999 (1932). Très sommairement, y priment la défense de la nation et le rôle de l'armée à cet effet ; mais celui-ci est conditionné par la politique qui lui donne son âme, d'où l'importance du chef de l'Etat.

¹³⁰ Pour une clarification de cette position, voir Olivier Beaud, « Un plaidoyer modéré en faveur d'un tel contrôle », *Cahiers du Conseil constitutionnel n° 27* (Dossier : Contrôle de constitutionnalité des lois constitutionnelles), janvier 2010 ; accessible sur le site internet du Conseil constitutionnel : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/cahiers-du-conseil/cahier-n-27/un-plaidoyer-moderé-en-faveur-d-un-tel-contrôle.51460.html>

¹³¹ *Op. Cit.*, Bastien François *et alii*.

¹³² Nous y reviendrons, ce ne sont ici que des clarifications conceptuelles préparant le terrain de travail qui suivra et sur lequel il s'agit de s'entendre dès à présent. Michel Troper, bien entendu, sera mobilisé sur ce thème.

s'entendre pour identifier la norme constitutionnelle originelle comme le sommet de la hiérarchie des normes.

Le Conseil constitutionnel, dont la Constitution de 1958 décrit clairement le rôle de contrôle du respect des procédures des Assemblées, n'a pas alors simplement vocation à encadrer une volonté législative surpuissante mais plutôt à garantir la liberté d'action de l'exécutif et l'organisation des pouvoirs telles que prévues dans la Constitution. En ce sens, et en écho au propos précédemment cité de Michel Debré sur la non subordination des pouvoirs l'un à l'autre, on commence alors à parler de parlementarisme rationalisé. Il apparaît clairement dans la Constitution de 1958 que le Conseil a vocation à contrôler la répartition des normes entre la loi et le règlement¹³³, autrement dit qu'il peut être l'arbitre en cas de confusion entre les deux. Le contrôle de constitutionnalité des lois organiques et du règlement des assemblées sont, dans cette perspective, logiquement obligatoires, afin que les Assemblées n'outrepassent pas leurs attributions constitutionnelles par le biais des lois qu'elles votent. Ce pouvoir du Conseil constitutionnel, raconte dans ses mémoires¹³⁴ Léon Noël, premier Président de l'institution est d'autant plus limité qu'il ne renvoie qu'à une compétence d'attribution ; il est vrai qu'excepté les lois organiques, les propositions de loi avant d'être soumises au référendum, les règlements des assemblées parlementaires¹³⁵, la régularité de l'élection du Président de la République et la régularité des opérations de référendums¹³⁶, l'existence de dispositions législatives intervenant dans des matières à caractère réglementaire¹³⁷, le Conseil n'intervient que s'il est saisi, en l'occurrence pour le contrôle de constitutionnalité des lois ordinaires¹³⁸ où, à l'époque, seuls le Président de la République, le Premier Ministre et les Présidents des deux Assemblées peuvent le saisir, et au sujet de la régularité des élections des députés et des sénateurs¹³⁹ ; enfin, il est automatiquement consulté quant à l'application de l'article 16 donnant les pleins pouvoirs au Président de la République¹⁴⁰ mais son avis demeure de nature exclusivement consultative. Et Léon Noël de conclure par une mise en garde aux accents prophétiques : « De ces diverses constatations, il résulte qu'au cas où on n'y prendrait pas garde, l'intervention du Conseil constitutionnel serait susceptible de tomber peu à peu en désuétude, sauf lorsqu'il s'agirait de l'élection présidentielle, de référendum et du contentieux des élections parlementaires »¹⁴¹. Pourtant, la rareté de ses interventions et l'absence d'activisme de sa jurisprudence font aussi dire à la doctrine, à travers ces propos plus récents d'Olivier Jouanjan, que « le Conseil constitutionnel demeura jusqu'aux changements décisifs de la première moitié des années 1970 une figure somme toute secondaire tant dans le jeu politique que dans sa représentation

¹³³ Art 34 et Art 37 respectivement.

¹³⁴ Léon Noël, *De Gaulle et les débuts de la Ve République, 1958-1965*, Plon, Collection Espoir, Paris, 1976.

¹³⁵ Ces trois premiers cas renvoient à l'article 61 de la Constitution.

¹³⁶ Articles 58 et 60 respectivement de la Constitution de 1958

¹³⁷ Article 41 de la Constitution de 1958

¹³⁸ Article 61 de la Constitution de 1958

¹³⁹ Article 59 de la Constitution de 1958, il ne s'agit pas d'une saisine à proprement parler mais du constat d'une contestation.

¹⁴⁰ Nous reviendrons à cet article dans le cadre de l'étude de la seule délibération à son sujet en 1961. Il prévoit la consultation officielle du Conseil constitutionnel mais ne précise pas que le Président de la République soit lié à l'avis du Conseil constitutionnel.

¹⁴¹ Léon Noël, *Op.Cit.*, p.33

scientifique »¹⁴². Cette évolution fut en effet relativement lente mais elle fait basculer la question de la légitimité originelle vers celle du processus à l'œuvre dans le temps à l'aune duquel se déploie une forme de légitimité nouvelle, précisément parce que reste posée la question de la légitimité première. Mais cette notion de processus est par trop déterministe par rapport à la réflexion que nous menons. Peut-être y a-t-il un processus à l'œuvre mais nous n'ambitionnons pas plus que de montrer, au moins dans un premier temps, celui de la première partie, quelques traits de cette évolution à travers les discours internes du Conseil constitutionnel pendant ses délibérations.

Toujours est-il que limité aux seules possibilités que lui réservait à l'époque la Constitution, le Conseil constitutionnel serait probablement demeuré un discret spectateur de la vie politique française. Olivier Jouanjan rappelle que le grand constitutionnaliste Charles Eisenmann avait bien perçu à ce titre que le droit de saisine, limité à quatre autorités politiques en matière de contrôle de constitutionnalité des lois, conduisait à « émasculer » la principale fonction du Conseil¹⁴³. Les deux révolutions complémentaires sur lesquelles nous aurons amplement l'occasion de revenir, la décision *Liberté d'association* du 16 juillet 1971, dans laquelle le Conseil constitutionnel reconnaît la valeur juridique du préambule de la Constitution et étend ainsi la base des textes de référence de son contrôle à la Déclaration de 1789 et au préambule de 1946 – l'ensemble devenant le fameux « bloc de constitutionnalité », mais encore l'élargissement de la saisine à minorité parlementaire – soixante députés ou soixante sénateurs – instauré en 1974 pour « parfaire l'État de droit » selon les propos¹⁴⁴ du chef de l'État, Valéry Giscard d'Estaing, permirent, elles, de donner au Conseil une dimension politique nouvelle, au sens de sa participation à l'élaboration de l'action politique par excellence, la loi. Louis Favoreu, dans l'intervention déjà citée¹⁴⁵, en conclura qu'« à l'issue du texte originelle de la Constitution de 1958, le Conseil constitutionnel s'était vu confier des missions plus larges que celles prévues initialement, certaines principales, d'autres accessoires. La pratique révèlera que les compétences accessoires, soit par interprétation, soit par révision de la Constitution, auront tendance à devenir les principales fonctions de la haute juridiction ». Il est alors cocasse de lire aujourd'hui encore sur le site internet de l'Assemblée nationale française, cette description, à l'emplacement dédié au Conseil constitutionnel : « Longtemps considéré comme une atteinte à l'expression de la volonté de la Nation, le contrôle de la constitutionnalité des lois n'existe réellement en France que depuis 1958. Il a été confié au Conseil constitutionnel, organe confiné dans un rôle limité lors des premières années de la V^e République »¹⁴⁶.

Enfin, cette analyse politique de la relation historique particulière de la République française au pouvoir législatif ne prétend pas épuiser toutes les manières d'aborder notre question et ne saurait non plus faire basculer nos analyses ultérieures dans ce que Raymond

¹⁴² Olivier Jouanjan, « Modèles et représentations de la justice constitutionnelle en France : un bilan critique », *Jus Politicum*, n°2, 2009. Revue internationale de droit politique www.juspoliticum.com, p.1.

¹⁴³ Ibid.

¹⁴⁴ Ibid.

¹⁴⁵ Déjà citée – 40^e anniversaire de la Constitution de 1958.

¹⁴⁶ http://www.assemblee-nationale.fr/connaissance/fiches_synthese/septembre2012/fiche_6.asp

Aron appelait « l'illusion rétrospective de la nécessité »¹⁴⁷ : elle avait seulement vocation à en situer plus justement les difficultés, eu égard à une histoire dont sont imprégnés les acteurs politiques comme les institutions républicaines qu'ils font vivre et que nous serons amené à rencontrer, sans considérer que ces difficultés sont le fruit d'un quelconque déterminisme historique. La cohérence de la réponse proposée par cette thèse, à partir d'une observation où une certaine histoire de la culture républicaine en France semble bousculée, est aussi à ce prix.

Le débat, s'il semble aujourd'hui clos du point de vue des pratiques institutionnelles voire de celui de l'opinion publique, ne l'est donc pas au niveau théorique, rappelle aussi Pasquale Pasquino dans *Sieyès et l'invention de la constitution en France*, en confortant cette affirmation par le fait que « dans un ouvrage récent, Michel Troper a proposé de redéfinir le concept de démocratie pour rendre compte du contrôle de constitutionnalité, du moins tel qu'il est pratiqué en France »¹⁴⁸. Ne nous réclamant pas d'une telle contribution au débat intellectuel, nous en partageons toutefois l'enjeu ainsi exprimé et proposons de rendre compte de l'évolution de la conception de la démocratie à travers celle de ses pratiques, à partir de l'intégration du contrôle de constitutionnalité parmi celles-ci.

B.2.3. Question de recherche

Formulons à présent notre question de recherche définitive en lien avec le matériau étudié, pour la promesse qu'elle renferme d'éclairer notre question initiale. Un peu à la manière d'un roman que l'on s'apprête à lire avec ce mélange de curiosité et de bienveillance propres à tous les commencements, nous avons abordé notre matériau avec l'espoir d'éclairer le général à la lueur du particulier, la rigueur scientifique en plus : s'il apprécie la surprise, cet espoir s'alimente au fur et à mesure des réponses à une question de recherche spécifique dont il est déterminant de ne pas dévier.

Depuis mars 2008, toutes rendues publiques de façon glissante quand elles remontent à vingt-cinq ans auparavant, les délibérations du Conseil constitutionnel, ou plus précisément leurs procès-verbaux, sont non seulement consultables dans un ouvrage spécifique édité en janvier 2009¹⁴⁹, foisonnant quoi que nécessairement limité par l'arrêt des consultations à l'année 1983 au moment de cette publication et par de classiques contraintes éditoriales¹⁵⁰, mais aussi aux Archives Nationales de la Ve République française, établies à Fontainebleau (Seine et Marne, département 77), puis à Pierrefitte-sur-Seine (Seine-Saint-Denis,

¹⁴⁷ Citation Aron : « Pas plus qu'on ne conseillera au politique d'agir aveuglément selon ses désirs, sous prétexte que tous les calculs risquent d'être démentis, pas davantage on ne refusera à l'historien le droit et le devoir d'imaginer ce qui aurait pu être pour comprendre ce qui a été, même si ces imaginations demeurent incertaines. Le calcul anticipé est la condition de la conduite raisonnable, les probabilités rétrospectives du récit véridique ». Raymond Aron (1905-1983), *Introduction à la philosophie de l'histoire* (1938), Paris, © Editions Gallimard, 1986, p. 223-224 et 230-231

¹⁴⁸ Pasquale Pasquino, *Op. Cit.*, p.154 et renvoi à Michel Troper, *Pour une théorie juridique de l'Etat*, Paris, PUF, 1994, P.235-236 et p.346.

¹⁴⁹ *Les grandes délibérations du Conseil constitutionnel 1958-1983*, B. Mathieu, JP. Machelon, F. Mélin-Soucramanien, D.Rousseau, X.Philippe, Dalloz, Paris, 2009.

¹⁵⁰ Plusieurs délibérations, trop longues, n'y figurent pas pour des raisons de format imposées par l'éditeur. Je remercie au passage à nouveau Madame Dominique Schnapper de m'avoir alertée immédiatement sur ce point ; cela m'a permis d'organiser assez tôt mon travail de consultation entre l'ouvrage édité et les Archives nationales.

département 93) pendant notre période de recherche. L'organisation de notre plan de travail permettait une recherche, puis une analyse des délibérations suivant notre question de recherche, sur la base d'une consultation des procès-verbaux jusqu'à mi-2011, soit sur la période allant de 1958 à 1986¹⁵¹, plus précisément de début 1959 (une fois que le Conseil est en ordre de marche conformément à la loi organique définissant son fonctionnement et n'intervenant qu'en novembre 1958) à mi-1986.

Ce sont les décisions du Conseil constitutionnel, publiques, elles, depuis la création de l'institution et « souveraines » nonobstant une conception politique valorisant avant tout la loi, « expression de la volonté générale »¹⁵², elle-même reflet de la souveraineté nationale appartenant « au peuple qui l'exerce par ses représentants et par la voie du référendum »¹⁵³, qui techniquement produisent un effet direct sur les autres institutions ; leur concision comme leur contenu juridiques fournissent du reste à la doctrine une matière intéressante pour l'analyse. Celle-ci pourtant peut laisser au politiste la frustration de l'inachevé et Denis Baranger repère les faiblesses des motivations du Conseil constitutionnel¹⁵⁴, en tant que reposant sur un formalisme certes détectable dans les décisions, mais dont l'automatisme masque les conditions dans lesquelles les composantes de la « majeure »¹⁵⁵ sont identifiées, pour employer le langage des juristes. On peut raisonnablement attendre des délibérations qu'elles nous montrent ces conditions et nous permettent d'en comprendre les ressorts renvoyant à nos yeux à une théorie de l'institution insérée dans la vaste théorie de la démocratie, plutôt qu'à une théorie pure du droit.

L'on peut alors chercher à comprendre à travers les délibérations comment cet effet produit par les décisions a été façonné en amont par les membres du Conseil constitutionnel. Les procès-verbaux de leurs délibérations lèvent, même partiellement, le voile sur ce mystère tenu secret par la législation française dès qu'un délibéré de justice est engagé. Si l'on tenait à comprendre via ses seules décisions le rapport à la démocratie qu'entretient le Conseil constitutionnel, c'est précisément la réception de ces dernières qu'il faudrait étudier en gardant l'optique qui est la nôtre. Les décisions, en effet, ne disent rien du rôle ni des contraintes que s'assigne le Conseil constitutionnel : elles fournissent simplement une réponse aux institutions qui l'ont saisi. Puis elles s'appliquent et modifient ainsi peu à peu la structure démocratique de part la diffusion de leur impact sur de futures lois, voire sur de futures saisines. Elles font ainsi jurisprudence et celle-ci est prise en compte à nouveau pour des décisions ultérieures, selon la logique juridique bien connue. Cette intégration des décisions du Conseil constitutionnel par ce système renvoie justement au rôle de l'institution au sein de celui-ci, rôle entendu comme son action propre.

¹⁵¹ Toutes les citations extraites des délibérations proviendront nécessairement de cet ouvrage ou des Archives nationales directement ; je ne le repréciserai pas pour chaque citation mais je préciserai en revanche la source utilisée avant de débiter l'analyse proprement dite de ces procès-verbaux.

¹⁵² Cf. Article 6 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen ou Déclaration de 1789, et article 62 de la Constitution de la Ve République.

¹⁵³ Cf. Article 3 de la Constitution de la Ve République.

¹⁵⁴ Denis Baranger, « Sur la manière française de rendre la justice constitutionnelle », *Jus Politicum*, n°7, 2012, *Le Conseil constitutionnel, gardien des libertés publiques ?* « <http://juspoliticum.com/Sur-la-maniere-francaise-de-rendre.html>

¹⁵⁵ *Ibid.*

Après avoir seulement survolé quelques délibérations et au vu de la foisonnante exégèse des décisions que propose la doctrine pour en isoler les motivations, il apparaît nettement que les décisions ne disent pas tout des motivations qui les ont orientées ; elles ne sont pas particulièrement explicites quant à la façon dont le Conseil se pense comme une institution parmi les autres institutions démocratiques, autrement dit, quant à la façon dont le Conseil se considère légitime démocratiquement. Ce n'est pas leur objet ; ce dernier est de rendre compte des seules raisons certes débattues en interne mais effectivement opérantes pour l'application de la décision à partir du droit constitutionnel. Toutefois, à partir du rôle avéré du Conseil constitutionnel au sein de la démocratie française de la Ve République, à partir de l'impact ou de la réception de ses décisions, l'on pourrait déduire une forme de légitimité à travers les caractéristiques d'acceptation de ce rôle. C'est toutefois au point de vue extérieur qu'il s'agirait alors de faire droit : celui des interlocuteurs du Conseil constitutionnel qui intègrent ses décisions. Il faudrait donc analyser précisément la prise en compte de celles-ci dans leurs travaux, débats et décisions ; mais quel matériau étudier ? L'ensemble des débats parlementaires où il est question du Conseil constitutionnel ? L'ensemble des projets de lois où le Conseil d'Etat veille au respect de la jurisprudence de son rival de la rue Montpensier ? Ce travail nous semble tout-à-fait d'intérêt mais le matériau disponible nous a conduit à privilégier l'autre point de vue, le point de vue interne ; un pari est à ce moment-là aussitôt fait que ce matériau apportera les éclairages suffisants à rendre ce point de vue interne fécond pour la question initiale. En partant, en réalité plus directement, de la façon dont le Conseil a pensé son propre rôle auprès des autres institutions ou instances de saisine, dans la mesure, seulement et nécessairement, où cette auto-conception aurait contribué à orienter, faiblement ou de manière déterminante, ses décisions, nous ne prétendons donc ni mettre au jour un rôle prétendument objectif du Conseil constitutionnel, ni même la forme de légitimité reconnue pour être la sienne, mais plutôt ce qui, à ses¹⁵⁶ yeux, rend possible un tel rôle, voire l'extension de celui-ci. Dès lors, cela peut alors renvoyer à un état de la société démocratique perçu par les membres du Conseil constitutionnel et permettant d'identifier les facteurs favorables à une évolution acceptable du rôle de l'institution.

Nous gardons à l'esprit que le rôle perçu du Conseil par les autres institutions et d'une manière générale par tous ceux qui le saisissent, le point de vue extérieur donc, apporterait une contribution intéressante à la question ; l'existence même d'un tel travail concourrait, de façon complémentaire du nôtre, au même objectif. Cependant, non seulement l'on ne saurait exclure des débats internes la présence de la réception de décisions antérieures, mobilisées dans les lettres de saisine ou dans les analyses des débats parlementaires auxquelles se livrent les membres du Conseil constitutionnel, mais il sera dans un second temps très intéressant d'y faire droit pour dégager une logique systémique à l'œuvre¹⁵⁷.

¹⁵⁶ Pour l'aspect un peu réifiant de ma façon de dire « le » Conseil et d'utiliser ce type d'expression qui pourrait sembler renvoyer à un individu, il ne s'agit pour l'heure que d'une facilité de langage m'évitant de répéter trop souvent « les membres du Conseil constitutionnel »...mais ce point sera plus précisément repris ultérieurement (Chapitre IV).

¹⁵⁷ Cf chapitre IV

Le matériau étudié peut donc nous faire raisonnablement espérer obtenir trois types d'informations intrinsèquement liées à l'institution :

- la confirmation de ce que le Conseil constitutionnel attend de ses décisions (cela étant déjà partiellement traduit dans leurs motivations publiées dans les décisions) en lien avec une idée du rôle qui est le sien;
- la réaction du Conseil à la réception de ses interlocuteurs (dans le temps) vis-à-vis de ses propres décisions ;
- la réflexion menée par le Conseil sur divers aspects de la Ve République selon les questions dont il est saisi (s'il y a débat, c'est que les interprétations de la Constitution ne vont pas de soi).

Coulisses des décisions publiques, les délibérations secrètes du Conseil constitutionnel dans une République construite sur la primauté de la souveraineté populaire, promettent donc de dévoiler d'autres éléments que les seules décisions n'en laissent apparaître, et notamment ceux qui nous intéressent quant à la façon dont il s'est peu à peu considéré lui-même légitime dans le système démocratique de la Ve République au point d'y développer de manière effective un pouvoir inédit. Outre ce point de vue interne à l'institution, c'est-à-dire son auto-conception de son rôle en construction, ces délibérations offrent aussi une analyse particulière mais stimulante de la démocratie française sur la période considérée : cette dernière est en effet nécessairement prise ici comme une donnée par un Conseil constitutionnel qui s'intègre peu à peu dans ses replis quand bien même l'objectivité de ce dernier est à relativiser par ce que ses membres attendent de leur impact même sur ce système démocratique positivement donné. Garder cependant ce même point de vue interne et considérer ses propres évolutions, comporte une composante nécessairement liée à l'évolution du système dans lequel le Conseil va parvenir à s'installer. Ce sera toujours une évolution considérée depuis le Conseil constitutionnel mais, précisément, en raison de cette unité de lieu, elle permettra de déceler une évolution dans la manière dont le Conseil se perçoit vis-à-vis des autres acteurs du système, donnés d'office pour plus légitimes que lui, donc *a priori* stables du point de vue de leur légitimité démocratique. Or, ces acteurs réagissent aux évolutions du Conseil à travers le nombre et la nature de leurs saisines, nous allons y revenir, et nous pouvons chercher à voir si cette réaction est perceptible dans l'évolution du discours interne de ses membres. L'action du Conseil constitutionnel étant constitutionnellement subordonnée à la saisine dans de très nombreux cas, les débats menés en interne sont toujours la préparation d'une réponse à ceux qui ont saisi l'institution ; la considération de la question posée et peut-être l'évolution de ce type de considération dans les débats pourront donc témoigner d'une prise en compte des évolutions éventuelles de la société démocratique et cela de manière d'autant plus remarquable que ces évolutions seront considérées comme déterminantes pour le déploiement du pouvoir du Conseil. Bien entendu, il s'agira alors là d'un point de vue subjectif ou du moins partiel du Conseil, puisque ce point de vue sera formé dans l'optique d'une intégration au système démocratique, entendue comme une reconnaissance de son rôle par les différents acteurs de ce système. Pour autant, il nous semble qu'une part d'objectivité y demeure précisément parce que le Conseil constitutionnel se trouve dans une situation de dépendance

vis-à-vis de ces acteurs, auteurs potentiels de saisines et ce faisant seuls capables de lui accorder la légitimité qu'il recherche.

Ainsi, si le regard porté sur le système démocratique à un instant donné ne peut saisir que les éléments propres à y permettre l'insertion du Conseil constitutionnel, ce dernier se doit d'en avoir la lecture la plus réaliste possible car tout décalage d'appréciation le desservirait.

Partielle, l'appréciation que les membres du Conseil constitutionnel peuvent avoir du système démocratique à des fins de reconnaissance de leur institution en son sein, se doit d'être impartiale.

Enfin, s'il est donc réel, ce lien entre notre matériau de recherche et notre question initiale demeure ténu, il est préférable de l'avouer d'emblée. En effet, il nous faut assumer la marge d'erreur ainsi mise au jour entre ce que le Conseil voudrait être et ce qu'il est mais il nous semble utile de préciser toutefois que ce qu'il voudrait être, nous pouvons au moins tenter d'y avoir accès et de l'expliquer au moyen de ce matériau unique, quand ce qu'il est s'appuierait sur des matériaux d'origines très diverses, au fond plus reconstruits que réels. Notons aussi que puisque la compétence attributive du Conseil était dès le départ réduite à la vérification du respect des procédures constitutionnelles par le Parlement, c'est donc bel et bien que ses délibérations ont une part non négligeable dans l'extension de son pouvoir, dont l'évolution vers un contrôle de constitutionnalité des lois accru est exemplaire. C'est là un argument fort en faveur de l'étude des délibérations que nous pouvons dès lors considérer comme la boîte noire du pilotage de cette intégration du Conseil à la vie démocratique. Pourtant, là encore, objectons tout de suite à notre enthousiasme que nous nous privons de certains autres aspects informatifs, comme les travaux du Conseil en amont des délibérations et notamment les auditions des secrétaires généraux du gouvernement ; mais ce n'est pas pour en nier l'importance dans son activité et bien plutôt parce que ce n'est pas l'activité globale du Conseil constitutionnel que nous étudions pour privilégier l'étude de ce matériau inédit. Faire droit à sa cohérence et à son évolution propres, revient plutôt à favoriser l'exploitation la plus fine possible de ce qui pourrait ressembler à un « terrain » de recherche plutôt que l'ambition d'embrasser tous les faits en une seule thèse, même si ce travail pourrait ultérieurement y contribuer.

Dominique Schnapper confirme dans son très documenté et passionnant ouvrage, *Une sociologue au Conseil constitutionnel*¹⁵⁸, la méconnaissance académique de cette dimension que nous dirons politique de l'institution : « les constitutionnalistes commentent le droit positif. Le seul politiste qui ait consacré un ouvrage au Conseil, Alec Stone Sweet, traite aussi du produit fini en étudiant l'effet de la jurisprudence sur l'élaboration de la loi.../... les uns et les autres ne se sont pas interrogés sur les manières et les processus selon lesquels le droit est produit ». Cette opportunité scientifique d'aborder ce matériau peu exploré que constituent les procès-verbaux des délibérations du Conseil constitutionnel depuis sa création en 1958 jusqu'en 1986 nous semble propre à apporter une contribution à une telle réflexion. Qu'il s'agisse de la fabrique du droit par le travail d'interprétation bien connu du juge constitutionnel, de ses interactions avec les autres institutions démocratiques liées par la saisine elle-même, ou encore de l'impact de ses décisions sur la vie politique, tout cela est

¹⁵⁸ Dominique Schnapper, *Une sociologue au Conseil constitutionnel*, nrf Essais, Gallimard, Paris, 2010, p. 27.

nécessairement, dans une certaine mesure, indiscutablement lié aux orientations choisies durant les débats du Conseil, propres en effet à exprimer le positionnement politique de l'institution, au sens de son positionnement au sein du système démocratique dont il impacte le contenu.

Dominique Schnapper précise à peine plus loin dans le passage déjà cité que « même les comptes rendus des délibérations publiés après vingt-cinq ne font apparaître qu'une part limitée de ce qui se passe réellement » ; elle ne peut, par ailleurs, pas évoquer les délibérations auxquelles elle a participé en tant que membre¹⁵⁹ du Conseil constitutionnel puisque celles-ci, trop récentes, sont toujours tenues par le secret. Son travail de sociologue propose donc de l'institution une vision inédite et particulièrement éclairante au niveau des pratiques quotidiennes de ses membres. C'est une approche qui, tout en différant de la nôtre, contribue à la nourrir. Comment, en effet, mettre pleinement au jour un sens construit dans le temps entre des procès-verbaux de délibérations qui ne sont que des déclarations figées et limitées par le peu d'accessibilité aux débats réellement vécus, quand il reste peu de membres encore vivants du Conseil constitutionnel sur la période étudiée ? Au moment où l'on accède aux archives, elles acquièrent en effet une tragique dimension historique. Le travail sociologique nous rend celle-ci moins austère.

Certaines précautions s'imposent aussi : ne pas succomber à la fameuse illusion rétrospective de la nécessité quand on connaît les conséquences réelles de telle ou telle décision sur la vie politique mais rester concentré sur l'analyse en amont, celle des délibérations, dans leur lien avec des délibérations antérieures ; les contextes historiques, les profils et les fonctions passées des différents membres du Conseil, l'origine de leur nomination pour neuf ans, par tiers renouvelables, par le Président de la République ou les Présidents des deux Assemblées, ou encore l'importance, dans l'étude des dossiers, du Secrétaire général, traditionnellement issu du Conseil d'Etat, seront autant d'éléments à prendre en compte pour relativiser les propos échangés et tenter de s'en tenir à ce qui y est recherché sans pour autant nourrir l'espérance trompeuse de le trouver derrière chaque phrase. La priorité sera donnée aux échanges entre les délibérants et à leurs articulations, en renvoyant aux échanges antérieurs pour mieux saisir une part de leur environnement de l'époque et, ce faisant aussi, l'évolution éventuelle de leurs débats. Résolument animé par l'aristotélicienne conviction que tout accès à un aspect ou à un autre du monde social se doit de prendre au sérieux ce qu'en disent les sociétaires au moment même où ils le disent, nous prenons acte de la fragilité de notre document historique. Du reste, ces procès-verbaux retranscrits par des greffiers aux compétences probablement inégales, n'ouvrent qu'une meurtrière dans la forteresse des travaux du Conseil constitutionnel. Aussi, en empruntant à l'histoire et à la sociologie pour en contextualiser et en relativiser l'interprétation, nous privilégierons, en politiste, ce qu'ils nous livrent non pas d'eux mêmes, pas plus que de l'institution, mais de notre sujet à savoir de la dimension évolutive de la vie politique des démocraties contemporaines eu égard à la prédominance de la légitimité démocratique par l'élection. Montrant ce que les membres de l'institution pensent de la place de celle-ci – et l'accroissement du nombre de ses décisions comme des terrains sur lesquels elle intervient, sans modification constitutionnelle systématique de son rôle, porte à croire que l'institution a

¹⁵⁹ Dominique Schnapper est nommée membre du Conseil constitutionnel par le Président du Sénat Christian Poncelet en février 2001 ; elle y siégera donc neuf ans, jusqu'en février 2010.

au moins une idée sur la question, voire l'anticipe - nos observations sont donc avant tout empiriques. Elles cherchent à identifier la présence d'une récurrence discursive structurante pour les décisions dans la mesure où celle-ci relève d'une auto-conception de son rôle par le Conseil constitutionnel. Elles sont dans un second temps qui est celui de la partie émergée ou rédigée de travail, descriptives ; mais cette description s'attèle à isoler, précisément, les moments des débats où cette auto-conception sera déterminante pour les décisions ; c'est en sens une description analytique issue d'une observation empirique.

Enfin, lorsque Dominique Schnapper relève que les juristes, « en insistant sur le caractère exclusivement juridique de la jurisprudence du Conseil et en négligeant son éventuelle dimension politique, affirment en même temps leur propre légitimité à la commenter »¹⁶⁰, nous nous saisissons de la remarque pour assumer humblement que nos compétences juridiques très limitées nous évitent ainsi la tentation d'une telle affirmation. Cette observation de Dominique Schnapper fournit aussi l'occasion de rappeler que la dimension politique des débats du Conseil constitutionnel n'est pas abordée ici en tant que telle et, *a fortiori*, pas à l'exclusion de la dimension juridique, mais comme un indicateur des possibilités de légitimation démocratique perçue par ses membres.

Pas plus qu'une thèse de philosophie ou de philosophie politique, cette thèse n'est donc une thèse de droit, quand cependant, l'éclairage philosophique et la pensée juridique en accompagnent la réflexion ; il ne semble pas déraisonnable d'envisager ainsi le projet scientifique de rendre intelligible une certaine évolution de la démocratie moderne à partir d'un cas pratique amplement façonné par le droit constitutionnel.

La question à poser à notre matériau pour éclairer notre question initiale, ou ce que nous appelons notre question de recherche est donc la suivante :

Quelle conception de la place de l'institution aux yeux de ses membres nous livrent les débats à huis clos du Conseil constitutionnel français, à la faveur de l'accroissement manifeste de son pouvoir?

¹⁶⁰ DS, *Op. Cit.*, p.27.

C. Conditions de validité du matériau empirique et approche générale

C.1. Conditions de validité

Selon notre approche, répondre à notre question de recherche implique donc de décrire la façon dont les membres du Conseil constitutionnel considèrent leur rôle, et de tenter de comprendre les ressorts démocratiques sous-jacents.

Destinée aux chercheurs comme aux citoyens, cette perspective, en faisant droit à l'empirie et aux conditions données, évolutives et diverses de la vie pratique qui en est l'objet, porte l'espoir d'une contribution à la connaissance à situer ainsi : comprendre, à savoir dépasser une telle historicité après lui avoir fait droit, implique de garder l'espoir pour les sociétés humaines d'un horizon, sinon universel, du moins capable de nous rendre le monde communément intelligible, moyennant le présupposé, somme toute modeste, d'une raison minimale partagée.

Ce dépassement de la vie pratique que nous aurons tenté de d'offrir reposera, de manière inductive, sur des questions que celle-ci n'aura pas forcément mises au jour directement mais qui, en tant que liées à une question initiale sur la démocratie moderne, permettront de rendre compte de manière cohérente du statut théorique de cette évolution. L'approche théorique inductive ici envisagée vise l'intelligibilité herméneutique des faits, pourtant d'abord considérés pour eux-mêmes comme selon leur rattachement à un système politique voulu et construit, celui de la démocratie des modernes dans la singularité française de la Ve République.

Cela nous conduira donc à considérer pertinente, voire désirable pour un travail de thèse, une projection *in fine* théorique, voire normative, des réponses d'abord empiriques que nous aurons apportées à cette question, à condition, nécessairement, d'en accepter les prémisses, autrement dit la définition générale de la démocratie moderne déjà proposée.

Enfin, il nous semble que c'est précisément dès l'instant où nous avons interrogé la pratique même de la démocratie représentative, à savoir le lien effectif que cette dernière établit et entretient entre gouvernants et gouvernés, que nous¹⁶¹ sommes passé de la participation civique à la réflexion scientifique, ou encore de la citoyenne à la chercheuse en science politique ; intéressées par le même sujet, la seconde a d'abord vocation à répondre à sa propre question en espérant aussi guider la première dans son action de citoyenne, sans pour autant se substituer à elle.

¹⁶¹ Il faudrait revenir au « je » dans ce retour ponctuel à l'avant-thèse mais la syntaxe en serait inélegamment écorchée.

Pour revenir au matériau, si la spécificité du Conseil constitutionnel dans le système républicain français a suscité notre attention, ce n'est pas au nom d'une survalorisation fantaisiste de son cas par rapport, par exemple, à la Cour suprême des Etats-Unis mais parce que nous ne partions pas là d'une déduction formelle de ce qu'il est, ou est censé être, au cœur du système républicain français¹⁶². Ancré dans une culture politique qui nous est certes familière, le Conseil constitutionnel français illustre notre question initiale, en vertu du contraste qu'il instaure au sein du paysage dominant des institutions démocratiques françaises au fil des républiques qui en constituent le support historique autant que politique : institution non élue, comme de nombreuses instances judiciaires, administratives ou de régulation et de contrôle, elle détient, contrairement à celles-ci, un pouvoir politique actif et pas uniquement consultatif¹⁶³. Ce pouvoir lui est conféré par la Constitution de 1958 qui, par son article 61, l'autorise à invalider une loi, action politique par excellence en tant qu'ordonnant la vie sociale de façon normative selon la volonté des citoyens représentés par leur Parlement élu¹⁶⁴. Le Conseil constitutionnel est d'ailleurs à ce titre une Cour souveraine puisque ses décisions ne sont susceptibles d'aucun recours comme le précise, toujours, la Constitution¹⁶⁵ ; dans le même temps, le caractère de Cour lui est toujours dénié par une partie de la doctrine et des hommes et femmes politiques¹⁶⁶. Les jugements du Conseil ne portent, il est vrai, ni sur des faits, ni sur des actes, ni sur des individus, mais exclusivement sur des procédures et en particulier sur la procédure législative, y compris entendue sous son sens le plus large de contrôle de constitutionnalité des lois si l'on accepte de considérer le respect de la Constitution par une loi comme un respect procédural, celui de la lettre du texte, constitutive de la procédure qu'elle décrit. Il n'en demeure pas moins un jugement souverain, définitif,

¹⁶² Chaque fois que nous disons système républicain français, nous renvoyons au principe du gouvernement démocratique moderne, donc représentatif, mis en ordre de marche par la Constitution de la Ve République française et inscrit dans l'histoire de la République en France.

¹⁶³ Des instances de régulation et de contrôle comme les différents comités consultatifs (Comité d'Ethique, Conseil Supérieur de l'Audiovisuel, Conseil Economique et Social par exemple), voire une institution plus directement ancrée dans le processus politique entre le Gouvernement et le Parlement, comme le Conseil d'Etat ne sanctionnent pas une loi votée par le Parlement national tout en contribuant à la façonner selon des modalités particulières que nous ne pouvons développer ici.

¹⁶⁴ Ce contrôle de constitutionnalité des lois n'était possible qu'avant la promulgation de celles-ci jusqu'à la réforme constitutionnelle de 2008 ayant instauré la fameuse question prioritaire de constitutionnalité (QPC) pour les lois déjà promulguées ; malgré la densité des réflexions que cette seule question peut susciter, elle n'entre pas dans notre périmètre ici ; nous y reviendrons cependant brièvement dans l'optique d'une mise à l'épreuve de certaines de nos conclusions. Notons que la QPC avait déjà fait l'objet d'un projet de loi constitutionnelle et d'un projet de loi organique, adoptés en conseil des ministres le 30 mars 1990 et soutenus par Robert Badinter, alors Président du Conseil constitutionnel. Le projet sera retiré par le Gouvernement après une seconde lecture infructueuse au Sénat.

¹⁶⁵ Article 62 de la Constitution de la Ve République.

¹⁶⁶ Olivier Jouanjan, dans « Modèles et représentations de la justice constitutionnelle en France : un bilan critique », *Jus politicum*, Revue internationale de droit politique, n°2, 2009, dresse un bilan éclairant et complet des tergiversations de la doctrine entretenues sur ce sujet par les politiques ; il y évalue le recours du Conseil constitutionnel de façon relativement floue, au modèle kelsénien, comme une façon de se légitimer dans une incertitude générale sur « ce qui doit caractériser une cour constitutionnelle » (p.9). C'est par ailleurs en vain que Robert Badinter, alors sénateur et ancien Président du Conseil constitutionnel, dépose un amendement lors de la révision constitutionnelle de 2008 pour accorder au Conseil la dénomination de Cour. L'on apprend, à la lecture du livre de Dominique Schnapper, qu'alors que le Sénat avait voté le projet, le Président de la République et de la majorité, Nicolas Sarkozy, avait donné pour mot d'ordre aux députés de s'y opposer.

que n'exprime pas le seul nom de « Conseil ». Ce que nous tentons de signaler ici tient avant tout au caractère éminemment politique de ce jugement émis par le Conseil constitutionnel : à la différence des autres institutions ou instances non élues ayant une influence certes décisive sur la vie politique sous la Ve République, le Conseil constitutionnel a le dernier mot vis-à-vis de l'action politique même, à savoir la loi, à moins d'un changement de Constitution propre à rendre valide une loi qui ne l'était pas jusqu'alors. En ce sens, et selon cette même acception de l'adjectif « politique », la portée politique de ses décisions est conséquente.

En nous intéressant avant tout à une compréhension approfondie des attentes et des craintes liées au rôle que les membres du Conseil constitutionnel expriment de leur institution pendant qu'ils délibèrent, nécessaire reflet de leur perception du système démocratique de la Ve République française, nous faisons deux postulats de départ :

- d'une part, étant donné les parcours traduisant généralement une riche expérience de la vie politique française¹⁶⁷ et le fait que les membres du Conseil constitutionnel soient souvent nommés au sein de l'institution au terme de leurs carrières diverses¹⁶⁸, il ne nous semble pas fantasque de prendre au sérieux leur façon d'aborder les institutions politiques et de considérer celle-ci au-delà de leur seul intérêt personnel, sans pour autant en rejeter radicalement la présence ; ce postulat est du reste conforté par la volonté exprimée par les membres du Conseil constitutionnel de s'accorder collégalement sur la formulation d'une décision commune, ce qui incite, *a minima*, les intérêts personnels éventuels à se fondre dans une vision partagée nécessairement épurée de considérations exclusivement personnelles ;
- d'autre part, l'ancrage historique du vote comme critère de légitimité démocratique au moment de la création du Conseil constitutionnel invite à penser que les membres du Conseil constitutionnel sont bien conscients du caractère autant insolite qu'inédit d'un contrôle de constitutionnalité des lois votées par le Parlement, de la part d'une institution non élue. Ce déficit de légitimité démocratique de leur institution étant ainsi perçu, le discours qu'ils peuvent tenir sur le système démocratique de la Ve République en place ne se nourrit pas d'illusions ; il cherche plutôt à exprimer avec justesse un point de vue partagé sur les pratiques démocratiques autorisées ou attendues par leurs acteurs, afin d'éviter tout faux pas à une institution qui, d'une certaine manière, sort déjà d'un cadre de légitimité établi.

¹⁶⁷ Que les membres du Conseil constitutionnel à sa création aient, pour beaucoup, participé au Comité consultatif constitutionnel ou soient des proches du Général de Gaulle, ou encore que les membres du Conseil constitutionnel déjà installé proviennent de fonctions politiques émanant des institutions de la Ve République, apporte une garantie de cette connaissance objective.

¹⁶⁸ Le cas particulier des anciens Présidents de la République qui ne sont pas nommés mais membres de droit du Conseil constitutionnel, pour critiquable que cela soit à l'égard d'une conception plus équitable des critères de nomination que nous partageons, ne contredit pas, sur notre période, le postulat émis : l'âge avancé des anciens Présidents de la République qui siègent réellement au Conseil constitutionnel – Vincent Auriol et René Coty -, le fait que Charles de Gaulle refuse d'y siéger et la présence relativement rare de Valéry Giscard D'Estaing, certes plus jeune et encore enclin à poursuivre une carrière politique, sur la période considérée, limitent la portée d'une influence éventuelle du seul intérêt porté par ces membres à la poursuite de leur carrière politique.

Le second postulat renforce, du reste, le premier : il permet d'éviter de considérer l'impartialité des points de vue exprimés sur le système démocratique en place comme une partialité masquée par le consensus qui l'entoure au nom d'une appréciation qui serait commune à une même classe d'individus en tant que défendant les mêmes intérêts ; en effet, dès lors que ces intérêts renvoient, précisément, à une reconnaissance au sein d'un système dont l'institution ne partage pas, *a priori*, le critère de légitimité démocratique, ils s'accommodent nécessairement d'une perception la plus exacte possible sur ce système. Considérons en effet que l'impartialité d'apparence que nous percevions à travers la recherche exprimée d'un point de vue collégial ne soit que le reflet d'une partialité partagée ; cette dernière ne s'en définirait pas moins par la possibilité pour l'institution d'exister, c'est-à-dire d'exercer régulièrement son pouvoir, au sein du système démocratique dont la légitimité, contrairement à la sienne, est acquise ; elle obéirait donc à la nécessité de comprendre ce système de la manière la plus objective possible. Autrement dit, la supériorité acquise de la légitimité démocratique électorale dont ne jouit pas le Conseil constitutionnel tout en cherchant à s'intégrer au système porté par ce même principe de légitimité, limite la partialité éventuelle des membres du Conseil constitutionnel quant à leur perception collégalement exprimée sur ce système, par le renforcement de la nécessité de leur objectivité.

Ces considérations présentent le mérite d'être assez spontanément crédibles, d'où la tentation d'en faire des postulats ; par ailleurs, la prudence qui en accompagne l'appréciation évite dans le même temps de trop en attendre : les prendre au sérieux n'implique pas, en effet, qu'on leur accorde une quelconque vertu justificative. En d'autres termes, elles se cantonnent à leur fonction de conditions valides posées pour assurer la possibilité d'une étude sans pour autant préjuger de son contenu. Elles permettent en revanche de dégager l'hypothèse qu'au moment où les membres du Conseil constitutionnel font une part dans leurs débats à la question de la place ou du rôle de leur institution dans le système démocratique républicain, ils offrent une réponse éclairante à la perspective d'une compréhension de l'évolution des pratiques démocratiques. En d'autres termes, de cette évolution, les postulats ne disent donc rien mais moyennant leur validité, on peut faire l'hypothèse qu'un processus de légitimation du Conseil constitutionnel nous est livré à travers les délibérations de ses membres.

C'est l'analyse de ces délibérations à partir d'une question de recherche dédiée qu'il convient à présent d'ordonner ; cela livrera le contenu de ce processus ou, indifféremment, des évolutions de la pratique démocratique française sur la période 1958-1986, explicatives de l'intégration d'une institution non élue dans le déroulement démocratique et électif de l'élaboration de la loi.

Résumons-nous :

Rappel de la question initiale : le sujet

Que nous apprend de l'évolution de la pratique démocratique moderne, entendue comme le lien entretenu entre gouvernants et gouvernés par le biais de la représentation et de l'élection, l'accroissement empirique du rôle joué par une institution non élue pouvant néanmoins avoir le dernier mot sur la loi, votée par des représentants élus par les citoyens ?

⇒ ***Matériau disponible, jouissant d'un intérêt cognitif propre tout en étant lié à la question ci-dessus : l'objet d'étude***

Les délibérations réalisées à huis-clos par les membres du Conseil constitutionnel français, avant de conclure quant à la décision de conformité constitutionnelle qui leur est demandée selon les sujets traités, parmi lesquels les lois votées mais non encore promulguées, sont, depuis juin 2008, publiques au plus tôt vingt-cinq ans après avoir eu lieu. Courant 2011, les délibérations secrètes des membres du Conseil constitutionnel nous sont donc accessibles, de manière inédite, pour la période 1958-1986.

Rappel de la question de recherche : question posée au matériau, orientant sa description ou fondant son analyse pour éclairer la question initiale

Quelle conception de la place de l'institution aux yeux de ses membres nous livrent les débats à huis clos du Conseil constitutionnel français, à la faveur de l'accroissement manifeste de son pouvoir?

=>=> *Conditions de pertinence du matériau*

a. Pré-étude de quelques-uns des débats liés aux décisions les plus marquantes¹⁶⁹ : justification de l'intérêt du matériau

Confirmation que la question de la place de leur institution au sein du système démocratique d'organisation des pouvoirs prévu par la Constitution de la Ve République intervient souvent dans les débats des membres du Conseil constitutionnel.

b. Postulats¹⁷⁰ de validité de l'utilisation du matériau

- Les membres du Conseil constitutionnel disposent d'une connaissance objective, en tant qu'indépendante de leurs appréciations personnelles, du fonctionnement des institutions de la Ve République et la collégialité imposée pour leurs décisions finales les incite à la faire prévaloir.

- La partialité, au sens de la tendance à privilégier certaines raisons à d'autres, de manière injustifiée, éventuellement partagée par l'ensemble des membres du Conseil constitutionnel, dont pourrait néanmoins se teinter cette connaissance objective, se trouve réduite par ce seconde postulat-ci, renforçant ainsi le premier, à savoir que ceux que l'on nomme

¹⁶⁹ C'est-à-dire reconnues comme telles par la doctrine juridique et ayant un lien avec des choix politiques majeurs : 1962/référendum portant sur l'élection du Président de la République au suffrage universel direct, 1971/ Liberté d'association et reconnaissance de la valeur constitutionnelle du préambule de la Constitution de 1958, 1973/taxation d'office et principe d'égalité, 1975/loi sur l'interruption volontaire de grossesse, 1982/loi de nationalisation, etc. Ce ne sont là que des illustrations du propos. Nous y reviendrons plus amplement.

¹⁷⁰ Justifiés plus haut de manière suffisamment succincte pour que nous ne prétendions pas l'appeler autrement que postulats.

communément les « sages », sont conscients du déficit de légitimité dont pâtit leur institution dans un système démocratique électif. Ainsi, leur point de vue sur ce système, lorsqu'il a partie liée avec des arguments discursifs, a-t-il intérêt à être le plus exact, disons le plus impartial possible, en tant que ne privilégiant *a priori* aucune considération sur une autre, dès lors que les membres du Conseil constitutionnel cherchent à s'y intégrer. L'hypothèse à première vue contre-intuitive de cette « impartialité intéressée » relativement à la compréhension du système démocratique considéré, mais logiquement acceptable, introduit alors la question du niveau de priorité des divers arguments mis en avant ; l'on ne saurait en l'espèce prétendre d'entrée de jeu que celui de la place du Conseil constitutionnel, dans un système où ce dernier souffre au départ d'un déficit de légitimité perçu comme tel, l'emporte sur tous les autres. Nous disons simplement ici que lorsqu'il est invoqué, il l'est de la manière la moins partielle possible.

⇒ *Conclusion sur le matériau étudié : du sujet à l'objet et retour*

Le matériau étudié a donc quelque chose à nous apprendre quant à l'évolution de la pratique démocratique élective du fait de l'importance croissante d'une institution comme le Conseil constitutionnel qui sort de ce cadre de légitimité démocratique. Ce sont, en l'espèce, les acteurs de l'institution eux-mêmes qui, en évoquant, lors de leurs délibérations, la place de leur institution dans le système démocratique électif, nous livrent une appréciation, que nous estimons pouvoir prendre au sérieux, du lien entre gouvernants et gouvernés précédemment appelé « pratique démocratique » : les membres du Conseil constitutionnel en dévoilent une évolution utile à leur propre positionnement acceptable, en marge de la seule désignation élective des gouvernants.

C.2. Trame de recherche

C.2.1. Une trame structurée par la question de recherche (objet) reliée à la question initiale (sujet)

S'offrent donc ci-dessus, logiquement, deux types d'éclairages possibles à partir de cet objet d'étude : celui portant sur l'objet lui-même et celui renvoyant au sujet général.

Ces deux types d'éclairages constitueront ensemble la trame argumentative de ce travail, en tant que noués par la même question initiale. La réponse proposée interviendra en deux temps complémentaires dont le second considèrera la possibilité d'une montée en généralité conclusive.

Nous chercherons donc dans un premier temps à mettre au jour les arguments des membres du Conseil constitutionnel relatifs au rôle ou la place de leur institution dans son rapport aux autres institutions démocratiques. Leur poids relatif dans les débats (sont-ils retenus ? Sinon, pourquoi ? Si oui, dans quelle mesure permettent-ils d'infléchir les débats ?), sera aussi observé dans le temps afin d'en saisir la pérennité et/ou l'évolution. Ce faisant, cette conception évolutive nous livrera les traits de la pratique démocratique française perçus par les membres du Constitutionnel autrement dit les raisons de l'acceptabilité supposée de leur périmètre d'action par leur environnement. Cela constituera le propos de l'ensemble des

trois premiers chapitres, à la fois analytiques, en lien avec la question de recherche, et commentés eu égard à l'évolution éventuelle de la pratique démocratique dont ils témoignent.

Ces trois premiers chapitres traversent deux grandes parties permettant de signaler le passage d'un processus de légitimation propre au Conseil constitutionnel (Première partie : « Une stratégie de légitimation entre contraintes et opportunités ») à une logique inter-institutionnelle généralisable (Deuxième partie : « L'intelligence politique de l'institution »). Cette deuxième partie sera complétée par le quatrième et dernier chapitre ouvrant la voie à une amorce de contribution théorique normative.

Selon l'importance relative des arguments mobilisés, et l'évolution de ceux-ci dans le temps, mais aussi eu égard à l'augmentation des saisines que nous avons initialement considérée comme un indicateur de l'augmentation du pouvoir du Conseil constitutionnel, nous chercherons donc à rendre compte de la façon dont l'institution se positionne dans le système démocratique, d'abord à travers la perception par ses membres des évolutions de la pratique démocratique permises par celui-ci ; puis, nous montrerons la pertinence d'envisager l'institution dans ses interactions effectives avec ce système qu'elle ne se contente pas d'observer comme en témoin, précisément, l'accroissement des saisines. Cette augmentation des saisines constitue, en effet, une réponse manifeste du système, déterminante également pour notre questionnement initial puisqu'elle rend visible cet accroissement de pouvoir du Conseil constitutionnel ; ce dernier est alors envisagé comme une entité délibérante à part entière et pas seulement comme le vecteur d'une série de délibérations secrètes effectuées par une collection d'individus. A ce moment-là, parler du Conseil constitutionnel plutôt que des membres du Conseil constitutionnel aura une valeur épistémique tandis que, jusqu'à lors, l'une et l'autre expression étaient interchangeables dans la seule optique d'éviter les répétitions.

Le sujet général initial se trouve nécessairement rétréci par la singularité de l'objet ; celui-ci est ancré dans le contexte historique d'une démocratie moderne renvoyant, certes, à la définition la plus générale de la démocratie moderne que nous avons donnée, mais s'étant aussi développée à la faveur d'une conception particulière du lien entre gouvernants et gouvernés au-delà de la seule acception pratique de la mise en œuvre de celui-ci à travers la représentation électorale. La République française considérée dans le temps long de son histoire post-révolutionnaire à nos jours, draine en effet un socle de conceptions, non pas du caractère pratique de ce lien, mais du contenu du projet politique qu'il sous-tend, à travers ce que les commentateurs de la vie politique ont coutume d'appeler les valeurs républicaines, sur lesquelles nous serons bien entendu amené à revenir plus précisément.

Notre étude du matériau choisi peut donc être considérée comme la première étape d'une enquête de science politique placée sous l'autorité d'une certaine conception, historique et pratique, de la démocratie française, républicaine, parlementaire et représentative et dont on cherche à comprendre les évolutions à travers cette question de la légitimation potentiellement à l'œuvre, d'une institution non élue et pourtant décisive pour la loi. Elle s'inscrit dans la perspective d'une théorie politique qui puise son fondement dans l'empirie, en l'occurrence celle de certains discours. L'analyse de ces derniers conduira à une double appréciation, selon une approche faisant d'abord droit à leur ancrage particulier : contextuelle et historique d'une part, elle donnera à voir l'institution au cœur de la vie démocratique française à un moment donné ; elle pourra d'autant moins s'abstenir de cette dimension que les membres du Conseil

constitutionnel eux-mêmes s'y réfèrent régulièrement et il s'agira alors de saisir la place de l'institution considérée par ses membres dans cet environnement contextuellement mouvant; elle fournira d'autre part et dans le même temps, une analyse des changements et des éventuelles invariances traduites dans ces discours, en regard de notre conception initiale de la démocratie française, gouvernement de soi, représentatif et mis en mouvement par un système républicain particulier. Ainsi, le discours sur l'institution dans sa relation à son environnement, lequel sera ainsi peu à peu précisé, pourra-t-il nous renseigner autant sur la première que sur le second. Par ailleurs, ces allers retours entre contingences historiques singulières et système politique et institutionnel particulier, en prenant pour point de départ une définition particulière de la démocratie considérée sous la Ve République française, offriront un pallier intermédiaire à notre éventuelle montée en généralité : les invariants autant que les contingences repérés dans les discours permettront de situer notre approche sur la démocratie française dans ce que nous pourrions appeler « sa généralité propre », avant d'aborder la généralité éventuelle de la démocratie moderne telle que définie. Cette définition générale de la démocratie moderne s'appuie sur une pratique admise de celle-ci, l'élection, en effet reconsidérée dans le cadre particulier du régime de la Ve République française qui en propose un exemple adéquat. L'évolution générale de la pratique démocratique qui nous intéresse sera nécessairement rattachée en premier lieu à ce cas particulier. Elle n'aura ici de général que ce qui traduira la rémanence de certaines pratiques intégrées à ce cas. Pourtant, si nous sommes partis d'un constat particulier, il s'articule à une définition de la démocratie moderne, certes également réductible au préalable à une certaine pratique, représentative et élective, mais aussi antérieurement comme la recherche du gouvernement collectif de soi, en ce sens alors très commune ; nous pourrions donc aussi tenter d'isoler les éléments généraux relatifs à la culture française de ceux qui ne renverraient qu'à cette définition plus générale encore, à condition que ces derniers ne soient ni tautologiques ni triviaux et qu'ils renvoient à des invariants consubstantiels à notre définition première. Celle-ci peut en effet être envisagée comme une fin à réaliser ou du moins reconnue comme telle par de nombreuses communautés politiques, sans lien exclusif avec les contingences historiques de l'une ou de l'autre ; si elle se nourrit alors d'une pluralité de projets de vie à réaliser¹⁷¹, elle se définit par les conditions de validité de ces derniers aux yeux de la collectivité considérée afin de préserver cette fin fondamentale et indéterminée du gouvernement de soi pour tous, dans le sillon de l'espérance lefortienne en « la possibilité d'une vie sociale dans laquelle l'idée de la légitimité ne soit pas perdue, mais devienne l'objet d'un incessant débat dans tous les domaines d'activité et de connaissance »¹⁷². Ainsi, cette fin, de par son indétermination assumée et nécessaire, est-elle tout autant moyen ou encore se caractérise-t-elle à l'aune de ses pratiques dès lors que demeure préservée, précisément, la définition première.

¹⁷¹ Rawls, *Théorie de la justice*, *Op. Cit.*

¹⁷² Claude Lefort, texte "Post-communisme et libéralisme" in *Le temps présent*, Belin, 2006.

C.2.2. Approche compréhensive et apport de la « théorie enracinée »

Enfin, il nous faut préciser à nouveau frais que nous ne saurions traiter notre objet en sociologue, au sens positiviste et durkheimien du moins. Cette précision est en effet nécessaire dès lors que nous reconnaissons pleinement à une telle approche de pouvoir proposer une autre lecture de l'évolution de l'institution que nous observons.

Cependant, considérer cette dernière comme un « fait social » pour reprendre l'expression sociologique fondatrice, et rendre compte de ce que font ses acteurs indépendamment de ce qu'ils pensent, afin de dégager la trame d'une dimension sociale abordable dans le rapport de forces au travail, semble, à tout le moins, entrer en convergence avec l'analyse de ce que disent ces mêmes acteurs...car dans le cas de notre objet, précisément, dire, c'est contribuer à faire.

Ainsi, en lisant ce qui se dit avant la prise de décision, nous faisons concomitamment droit à la nature de « fait » de celle-ci : nous montrons toutefois plus directement ce qui sous-tend ce fait aux yeux de ses acteurs mêmes. Nous ne nions cependant pas ici que ce qui peut s'identifier alors à une justification contourne peut-être les véritables forces au travail dans l'établissement de la décision, auxquelles l'on pourrait plus objectivement parvenir moyennant une analyse directe des positions des membres par rapport à leur situation sociale et à ce que la relative homogénéité de celle-ci révèle aussi de l'institution. Seulement, nous avons choisi de prêter une attention plus confiante à leurs propos tout en les relativisant aussi eu égard aux trajectoires sociales de leurs auteurs.

Nous nous revendiquons donc ici d'un positionnement scientifique qui certes prête une attention suffisante au réel, mais sans pour autant tracer une frontière étanche entre empirie et théorie. Il nous semble en effet plus prometteur d'envisager entre elles des possibilités d'échanges réciproques et féconds. Ainsi, rejoignons-nous le réinvestissement de l'analyse durkheimienne par une théorie de l'institution prenant au sérieux le propos constitutif de ses acteurs : leur conscience collective est non seulement façonnée par des processus sociaux influant sur leur propre action, du reste instituante/créatrice de leur institution, mais aussi et précisément parce que cette action instituante est délibérative, elle relève alors d'un choix collectif. A ce titre, Eric Millard résume le projet d'Hauriou¹⁷³ par cette synthèse éclairante, tout en ayant rappelé ses convergences avec Durkheim : « Voulant redonner sa place au subjectif, il doit intégrer une idée qui semble absente chez Durkheim, pour lui faire jouer le rôle que la conscience collective ne joue plus : l'idée de puissance »¹⁷⁴. Le second versant de notre travail, prolonge le premier car il s'appuie toujours sur les mêmes discours internes mais alors dans leur lien avec l'institution extérieure dont ils commentent la réception de la leur : du point de vue de l'« institution » de la démocratie électorale, l'externalité est alors à nouveau de mise ; tant que nous n'aurons pas montré qu'y joue aussi un élément contraignant, nous ne pourrions parler de la nouvelle institutionnalisation d'une pratique démocratique mais déjà, cependant, d'une interprétation intéressante des évolutions de la pratique pré-existante. Cette

¹⁷³ Cf. aussi, Julia Schmitz, *La théorie de l'institution du doyen Maurice Hauriou*, L'Harmattan, Paris, 2013.

¹⁷⁴ Eric Millard, « Hauriou et la théorie de l'institution », *Droit et société*, L.G.D.J., 1995, pp.381-412 ; p.388.

démonstration permettra de caractériser notre institution comme un corps délibérant¹⁷⁵ interagissant au sein d'un système.

Du reste, prêter cette attention respectueuse au matériau qui, précisément, fasse droit à sa valeur intrinsèque, en tant que phénomène potentiellement inaperçu qu'il exprime, sans *a priori* sur la nature de ce dernier¹⁷⁶, invite à chercher aussi, dans les propos étudiés, l'expression d'une logique propre dont on montrera les ressorts non exclusivement sociaux ; l'approche est compréhensive en ce sens. Elle voisine du reste avec celle dite de l'analyse française du discours¹⁷⁷, organisée autour d'un genre de discours spécifique – ces délibérations, qualifiables comme telles en raison de leur visée, menées dans une institution donnée avec une certaine stabilité – , traversé par des énoncés diversement repérables (mobilisation du droit constitutionnel ou encore de réflexions sur la vie politique nationale ou internationale, etc., ou encore registre didactique, registre démonstratif, registre polémique, etc.) mais reconstruits à travers la « formation discursive » qu'ils permettent de dégager dans le temps de par l'intérêt commun que nous leur portons et le fait que les membres du Conseil constitutionnel en débattent. Cette distance installée avec son objet par l'acte de lecture même, à condition d'y procéder selon une recherche donnée et stable, offre en effet une vision d'ensemble ultérieure de l'institution, échappant, dans son déploiement temporel, à ses différents acteurs tout en relevant de leur construction, elle-même alors ressaisie via l'angle de lecture choisi. Que les idées énoncées, voire les articulations retranscrites des idées se répondant l'une l'autre, soient des choses, est une approche générale des sciences sociales contemporaines que nous ne réfutons pas ; seulement, notre propre compréhension de ces choses passe alors par une méthode ; or, celle-ci, postulons-nous prudemment, conduit au mieux à une interprétation dont la cohérence, à défaut de la vérité, repose sur le lien étroit toujours établi avec l'idée médiatrice – ultimement chose elle-même mais elle n'est pas en l'espèce l'objet de l'étude – selon laquelle nous tentons de faire droit à ce que les acteurs disent de leurs pratiques. Finalement, la mise au jour d'une unité ou d'une cohérence discursive évolutive relève donc autant d'un parti pris de lecture, justifié par la question de recherche et sans suggérer de réponse *a priori*, que du respect des contenus énoncés pour leur capacité constructive observée sans pré-découpage non plus fixé *a priori*¹⁷⁸ et faisant simplement droit aux contextes divers qui les façonnent.

Une halte s'impose quant à l'autre méthode d'analyse canoniquement citée avec une telle analyse des discours, voire opposée à elle : l'analyse des contenus. D'une part, la proportion, limitée aux seuls textes édités et ne recouvrant pas l'ensemble des archives, des procès-verbaux numérisés ne nous permet pas d'engager une analyse automatique de repérage statistique de certaines occurrences. Privilégier cette méthode plus quantitative qu'est l'analyse de contenu, nous semblerait d'autre part susceptible de nous faire manquer l'essentiel de notre analyse, à savoir ce qui, dans les délibérations, oriente les débats et pas ce que la récurrence des termes livre des éventuelles priorités discursives. Cette seconde approche, si elle pourrait néanmoins être complémentaire de la nôtre, ne saurait en effet

¹⁷⁵ Nous nous référons ici à la définition simple et éclairante de Philippe Urfalino : « un groupe organisé en vue de prendre une décision » / cf article « Qu'est-ce qu'un corps délibérant ? »

¹⁷⁶ Dominique Schnapper, *La compréhension sociologique*, PUF, Paris, 2012 (1999).

¹⁷⁷ Dominique Maingueneau, « Quelles unités pour l'analyse du discours ? », *Romanistisches Jahrbuch* 53, 2003, p.109-118.

¹⁷⁸ Michel Foucault, *L'Archéologie du savoir*, Gallimard, Paris, 1969.

rendre compte du poids relatif des arguments invoqués : un argument peut n'être avancé qu'une fois selon une sémantique donnée et comporter pourtant un apport incontournable pour le débat. Cependant, la variabilité sémantique des arguments retenus méritera aussi d'être identifiée au titre de l'évolution de l'environnement social qu'elle peut exprimer¹⁷⁹ ; cela sera étudié concomitamment de l'évolution des contenus des réponses à la question de recherche.

Ce regard théorique, si on peut appeler ainsi une lecture analytique guidée par une question de recherche, se pose donc sur les faits en tant que partiellement établis par les propos, en vue d'une analyse qui nous les rendent accessibles et non pas plus distants encore¹⁸⁰.

Tout ce qui vient d'être dit trouve enfin son unité en adéquation avec notre question de recherche dans l'approche analytique développée par Anselm Strauss et Juliet Corbin¹⁸¹ : leur « théorie enracinée » apparaît finalement comme une synthèse fructueuse du cheminement décrit ci-dessus pour aborder une méthode d'analyse compréhensive. Dans *Les fondements de la recherche analytique*, les auteurs commencent par annoncer que leur méthodologie « implique de véritablement prendre au sérieux les propos et les actions des personnes étudiées »¹⁸², ce qui renvoie littéralement à l'un de nos postulats de départ ; puis ils exposent les composants majeurs de la recherche qualitative qu'ils préconisent : « des données provenant de sources diverses », « des procédures que les chercheurs utilisent pour interpréter et organiser les données.../...celles-ci consistent habituellement en une conceptualisation et une réduction des données, en l'élaboration de catégories.../...et en l'établissement de relations », un « échantillonnage non statistique », enfin « les rapports écrits ou oraux »¹⁸³ qui renvoient ici à nos analyses proprement dites. Au-delà des éléments constitutifs communs à notre méthode et à celle relevant de la théorie enracinée, c'est plus encore l'ambition scientifique de cette dernière qui nous en rapproche : un horizon commun de réflexion se dégage, décrit par Strauss et Corbin comme « une théorie qui dérive des données systématiquement récoltées et analysées à travers le processus de recherche »¹⁸⁴. Ainsi, poursuivent-ils, dans une perspective que nous ne pouvons qu'embrasser pleinement à ce stade, « la récolte des données, l'analyse et la théorie éventuelle sont inter-reliées »¹⁸⁵. Cette manière d'aborder la recherche comme un champ d'études capable de faire émerger une approche théorique, c'est-à-dire comme une lecture des données permettant d'en tirer des

¹⁷⁹ Koselleck, *Le Futur passé. Contribution à la sémantique des temps historiques*, traduit par Jochen Hoock et Marie-Claire Hoock, Éditions de l'École des hautes études en sciences sociales, Paris, 1990.

¹⁸⁰ Cf., Hannah Arendt, *Essai sur la révolution*, trad. M. Chrestien, Paris, Gallimard, 1967.

¹⁸¹ Je remercie à nouveau vivement ici Clément Viktorovitch, jeune Docteur en science politique venu discuter mon travail fin 2014 lors du séminaire que je co-organisais alors avec Benjamin Brice à l'EHESS sur l'étude de textes ; notre collègue m'a fait remarquer que j'utilisais la théorie enracinée « sans le savoir » et m'a alors initiée à ses grandes lignes. C'est aussi par honnêteté intellectuelle que je me réfère ici à celle-ci en dernier lieu : elle m'a en effet été suggérée alors que ma méthode était posée et elle m'est apparue comme une référence à la fois solide, rassurante et nécessaire car permettant d'exprimer mon propre cheminement avec la rigueur d'une recherche existante et déjà dédiée à cette méthode.

¹⁸² Anselm Strauss et Juliet Corbin, *Les fondements de la recherche qualitative – Techniques et procédures de développement de la théorie enracinée*, traduit de l'anglais, Academic Press Fribourg, Editions Saint-Paul, Fribourg, Suisse ; p.22.

¹⁸³ *Ibid.*, p.29 et 30.

¹⁸⁴ *Ibid.*, p.30

¹⁸⁵ *Ibidem.*

réponses pertinentes et capables, *in fine*, d'enrichir la compréhension du monde social pour en dégager un guide d'action possible, entre naturellement en résonance avec notre projet.

Elle nous permet aussi une ultime remarque sur la notion de théorie dans le champ de la science politique qui est le nôtre : de la théorie politique, modestement concernée ici, nous valorisons et défendons la promesse qu'elle porte d'une projection de l'action politique guidée par ses ambitions et suffisamment réaliste pour faire droit à la généralité éventuelle des conditions/contraintes de réalisations que celle-ci a pu déjà rencontrer.

D. Grille d'analyse des délibérations du Conseil constitutionnel (1958-1986)

Interroger les délibérations du Conseil constitutionnel sur la période 1958-1986 selon la perspective décrite implique de les contextualiser et de les relativiser afin d'en révéler plus rigoureusement la pertinence. Il s'agit donc de lire d'abord ces délibérations selon une grille d'analyse faisant droit à toutes les raisons constitutives des divers arguments, que ceux-ci soient retenus ou pas, pourvu qu'ils fassent débat, afin de lister, par ordre de priorité et sans surpondération, ce qui prime aux yeux des membres du Conseil constitutionnel.

Alors, sa place, selon ses membres, parmi les autres institutions se dévoilera selon sa valeur relative. Il s'agit aussi d'identifier ainsi le regard porté sur le système démocratique français par les membres du Conseil constitutionnel.

Aussi, une tâche préalable à cette analyse duale s'impose-t-elle : configurer précisément le périmètre à étudier, tant les thèmes traités par le Conseil constitutionnel peuvent être divers et sans pertinence pour notre sujet mais encore, parce qu'il serait vain d'espérer respecter les formats canoniques exigés pour une thèse et concomitamment analyser l'ensemble des débats disponibles. Il nous faudra donc faire des choix et les justifier pour assurer aux analyses suivantes l'assise non triviale nécessaire à leur ambition. En d'autres termes, il nous faut aussi garantir à nos analyses de porter sur des délibérations liées à des décisions dont l'importance pour la vie démocratique française justifie que l'on s'y intéresse dans la perspective qui est la nôtre.

C'est avec la circonscription de ce périmètre que nous poursuivons ci-dessous, avant de proposer plus précisément la grille d'analyse évoquée à lui appliquer.

D.1. Circonscription des documents intéressants pour cette recherche

D.1.1. La période étudiée

Les débats à huis-clos du Conseil constitutionnel français qui mobilisent notre attention s'étendent sur la période 1958-1986. Les étudier sur cette période, nécessairement circonscrite par la contrainte de la publicité s'achevant vingt-cinq ans avant la date actuelle¹⁸⁶ et par les contraintes rédactionnelles inhérentes à ce travail d'écriture, nous a semblé pertinent en soi à plusieurs égards.

¹⁸⁶ A proprement parler, puisque la révision constitutionnelle prévoit une publicité des débats s'étendant de la création de la Ve République le 4 octobre 1958 après l'approbation de sa Constitution par voie référendaire,

Cette période couvre en effet deux évolutions politico-juridiques majeures du Conseil constitutionnel, la fameuse décision du 16 juillet 1971 que nous avons déjà rencontrée et la révision constitutionnelle voulue par le Gouvernement en 1974 et élargissant la saisine du Conseil à soixante députés ou soixante sénateurs, autrement dit à la minorité ou, en termes plus partisans, à l'opposition. Ces étapes ont été amplement commentées par la doctrine juridique et Alec Stone Sweet¹⁸⁷ a montré que dès lors, « la doctrine a progressivement abandonné son hostilité à l'égard du Conseil. Un consensus s'est formé autour de l'idée que le Conseil était une juridiction digne de susciter le respect et l'attention de la doctrine parce qu'il générait une jurisprudence qui faisait autorité quant à la conformité au droit des lois parlementaires¹⁸⁸ ». La littérature juridique s'exprime du reste à foison sur ces questions en particulier et sur les décisions du Conseil qui en découlent, analysant précisément la cohérence juridique des motivations explicitement publiées dans les décisions. Dominique Schnapper, dans son ouvrage déjà cité, établit un parallèle concluant entre l'augmentation notable du nombre de publications de la doctrine sur le Conseil à partir de cette décision de 1971 et l'inflation du nombre de décisions elles-mêmes¹⁸⁹, encore accrue après la réforme de 1974. Il demeure que ces deux dates permettent au Conseil constitutionnel d'opérer un tournant du point de vue qui nous intéresse, celui de l'extension de son pouvoir ; de contrôleur de la procédure d'adoption de la loi, voire de la constitutionnalité de son périmètre, il devient aussi le gardien des libertés et des droits fondamentaux en 1971, puis un recours pour la minorité à partir de 1974. La question de sa légitimité y trouve nécessairement une dimension nouvelle que nous nous devons résolument de mettre au jour. Si notre période de référence occulte la dernière révision constitutionnelle de juin 2008 achevant, notamment, d'étendre la saisine du Conseil en la rendant possible pour tout justiciable au cours d'un procès, s'il y est « soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit »¹⁹⁰ et moyennant l'accord de la Cour souveraine compétente dans le cadre dudit procès, la Cour de Cassation ou le Conseil d'Etat, quant à la transmission de la « question » au Conseil constitutionnel, notre analyse pourra aussi préparer un terrain propre à rendre celle-ci intelligible sous l'angle politique ici privilégié, celui de la dynamique des forces à l'œuvre au sein des institutions démocratiques.

Par ailleurs, la période étudiée couvre des évolutions de la vie démocratique sous la Ve République reconnues par les politistes, autant que par les historiens et les juristes, comme

jusqu'à vingt-cinq ans avant la date actuelle ; le 1^{er} janvier 2009, date d'entrée en vigueur de cette réforme dans le cadre de la révision constitutionnelle de juin 2008, les archives des procès-verbaux détaillés des débats ou délibérations du Conseil constitutionnel étaient donc consultables de 1958 jusqu'au 1^{er} janvier 1984, d'où la publication de certaines délibérations dans l'ouvrage édité chez Dalloz et déjà cité. A la fin de l'année 2011, nous avons donc accès à ces archives jusqu'à la fin de l'année 1986.

¹⁸⁷ Alec Stone Sweet a consacré plusieurs travaux au contrôle de constitutionnalité selon une démarche comparative et notamment *The Birth of Judicial Politics in France*, The Constitutional Council in comparative perspective, NY, Oxford Univ Press, 1992.

¹⁸⁸ Article d'Alec Stone Sweet, « Le Conseil constitutionnel et la transformation de la République », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°25, août 2009 ; en ligne sur le site du Conseil constitutionnel : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/cahiers-du-conseil/cahier-n-25/le-conseil-constitutionnel-et-la-transformation-de-la-republiquesup1-sup.51711.html> Dans ce passage, Alec Stone Sweet reprend une idée développée dans le Chapitre 4 de son livre, *The Birth of Judicial Politics in France*, Op. Cit. chapitre 4, auquel il renvoie.

¹⁸⁹ Dominique Schnapper, *Op.Cit.*, p.78-80.

¹⁹⁰ Extrait de l'article 61-1 venu compléter l'article 61 de la Constitution de la Ve République sur la saisine du Conseil constitutionnel pour contrôle de constitutionnalité des lois.

autant d'orientations données à la vie sociale, en accord avec la Constitution ; en particulier le passage d'un gaullisme étatique mâtiné d'une social-démocratie d'après-guerre¹⁹¹, au tournant plus libéral des années soixante-dix, ou encore le premier changement de majorité avec l'élection du Président socialiste François Mitterrand en 1981, les prémisses d'une politique de décentralisation, la première cohabitation dévoilant ainsi en 1986 une possibilité pratique de la Constitution, demeurée jusqu'à alors l'impensé théorique d'un texte d'abord écrit pour dégager l'Exécutif de sa dépendance vis-à-vis du législatif, enfin la construction européenne passant, sur cette période, de l'ère du retour à la paix à celle de l'établissement d'un marché commun, mêlant coopération inter-étatique et abandons de certains pans de la souveraineté nationale traduite politiquement et juridiquement par l'acte unique européen de 1986, en sont quelques exemples marquants.

De surcroît, ces évolutions, en révélant une certaine dynamique des institutions politiques françaises dans le cadre de la Constitution de la Ve République sur fond de choix politiques, cheminent dans un contexte plus large et riche en événements extérieurs, politiques, économiques et sociaux, nécessairement aussi reflétés dans ces mêmes institutions; l'on peut citer sommairement la décolonisation et en particulier la guerre d'Algérie entre 1954 et 1962, la révolte étudiante dite de « mai 68 », les chocs pétroliers de 1973 et 1979, ou encore des changements économiques et sociaux dont, cette fois, le passage d'une majorité à l'autre et la préparation du marché commun européen constituent les trames, dans un contexte par ailleurs généralisé de montée en puissance des cours constitutionnelles dans les démocraties libérales¹⁹².

Or, on ne peut s'intéresser au changement dans la pratique démocratique française traduit par la montée en puissance du contrôle de constitutionnalité des lois, en faisant abstraction de ces divers événements, émanant de l'activité propre au Conseil constitutionnel ou de la vie publique en général, directement ou indirectement. Il se trouve du reste que la pré-étude des délibérations a aussi montré une corrélation nette entre les deux : non seulement les membres du Conseil constitutionnel font-ils valoir dans leurs débats les différents enjeux liés à ces événements mais sont-ils aussi souvent saisis à leur sujet. Autrement dit, le changement dans la pratique démocratique mis en lumière à travers cette étude n'est pas à la marge, ni même rivé à des évolutions plus procédurales¹⁹³ que politiques malgré la croissance spectaculaire du contrôle de constitutionnalité des lois : au contraire, il s'inscrit dans la trame même de la vie politique française¹⁹⁴. Plus clandestinement, la compréhension de ces

¹⁹¹ En ce sens que la Constitution de 1958 reprend notamment à son compte les droits sociaux consacrés par le Préambule de la Constitution de 1946.

¹⁹² Nous y revenons plus précisément au moment de certaines analyses de délibérations.

¹⁹³ Ce serait le cas de saisines pour contrôle de constitutionnalité de lois concernant des lois sans impact majeur sur les orientations de la vie des citoyens mais cela aurait un intérêt malgré tout pour notre analyse en tant que montrant une évolution parallèle à celle plus marquante produite par des lois en rupture avec l'ordre établi. Cela aurait constitué pour reprendre un terme symétrique à celui utilisé dans notre texte, une corrélation négative. Il se trouve que ce n'est pas le cas.

¹⁹⁴ Il ne s'agit pas de dire brutalement et présomptueusement que c'est mieux ainsi, que les grands tournants de la vie politique française font autorité et que si le processus de montée en puissance du contrôle de constitutionnalité se rattache à ces événements, alors il témoigne « mieux » de cette évolution de la démocratie que nous traquons dans les débats du Conseil. C'est au moins, une étape de moins à consolider pour nous : si nous montrions ces évolutions possibles à travers des cas considérés comme mineurs, nombreux, certes, mais faiblement représentatifs des grands temps de la politique française (par exemple, des cas plus généralement très procéduriers comme le Conseil en traite aussi beaucoup), il nous faudrait ensuite montrer comment cette autre

évolutions politiques elles-mêmes, quoi que secondaire ici, pourra sans doute aussi bénéficier, à rebours, de l'analyse des débats qui en sont imprégnés.

D.1.2. Approche quantitative

Avant de proposer, dans cette optique, un échantillonnage des délibérations à étudier, une première reconstruction à partir des données disponibles sur le site internet du Conseil constitutionnel¹⁹⁵ permet de montrer et de décompter, dans le tableau (1) ci-dessous, les décisions disponibles sur la période allant de 1958 (où le Conseil est d'ailleurs appelé Commission constitutionnelle provisoire du 22 novembre 1958 au 20 février 1959 inclus) à la fin de l'année 1986 ; nous profitons également de ce tableau pour expliciter le type de décisions prises par le Conseil constitutionnel et leur dénomination, le caractère obligatoire ou pas des saisines et l'article correspondant de la Constitution de la Ve République qui les prévoit. Enfin, nous reprenons ici, par souci de justesse arithmétique, la classification proposée sur le site officiel du Conseil constitutionnel pour le découpage des périodes par tranches de mandat de neuf ans à compter des premières nominations de 1958.

Tableau (1) :

Types de décisions rendues par le Conseil constitutionnel - par période de neuf ans à partir des premières nominations et arrêtées à fin 1986	1958-1967	1968-1977	1978-1986	TOTAL période
Loi ordinaire (contrôle de constitutionnalité des lois ordinaires, si saisine)	5	23	108	136
Loi organique (contrôle de constitutionnalité, saisine obligatoire)	13	21	14	48
Traité (si saisine)		2	1	3
Règlements des assemblées (contrôle obligatoire avec saisine systématique du Président de l'assemblée concernée)	16	9	9	34
Loi du pays (Nouvelle-Calédonie, article 77, sur saisine)	-	-	-	-
Question prioritaire de constitutionnalité (« QPC », si saisine)	-	-	-	-
Sous-total contrôle des normes/ « DC », article 61	34	55	132	221
Total/Sous-total Déclassement (« L »), article 37 (sur saisine obligatoire du Premier Ministre)	49	52	47	148

forme de vie politique, plus discrète, peut avoir un intérêt pour la pratique démocratique alors que son contenu est éloigné des préoccupations de la vie sociale. Ce serait bien entendu défendable mais la montagne pourrait alors accoucher d'une souris. Tandis que si nos cas pratiques, concrets, sont déjà inscrits dans les temps forts de la politique française, ceux qui conduisent à des changements, ceux qui traduisent une vie politique en train de se faire car toujours interrogée sur elle-même, toujours mue par la question des choix entre des moyens de réaliser une vie commune, alors les évolutions que nos débats y décèlent sont plus directement liées à une évolution des pratiques démocratiques en marche.

¹⁹⁵ C'est un site particulièrement bien renseigné et exhaustif.

Compétences outre-mer, article 74	-	-	-	-
Élection du président de la République («PDR»), article 58 (contrôle et proclamation des résultats <u>systematiques</u> ; examen des réclamations)	10	20	11	41
Élections à l'Assemblée nationale (« AN »), article 59 (<u>en cas de contestation/contentieux électoral</u>)	341	106	146	593
Élections au Sénat (« SEN »), article 59 (<u>en cas de contestation/contentieux électoral</u>)	32	14	15	61
Référendum, article 60 (contrôle <u>systematique</u> des opérations et proclamation des résultats)	6	2	-	8
Divers élections	-	1	5	6
Sous-total élections	389	143	177	709
Déchéance (conséquence Article 59 ; système si inéligibilité)	3	-	1	4
Incompatibilité (« I »), conséquence article 59 (Loi organique 151, code électoral ; système)	1	4	0	5
Fins de non-recevoir (sur saisine)	7	2	2	11
Avis de l'article 16, article 16 (consultation)	1	-	-	1
Nomination de membres (« NOM »), article 56 (avis)	15	14	14	43
Autres nominations	14	12	18	44
Décisions d'organisation interne du Conseil constitutionnel (« ORGA », décrets de 1959 sur le fonctionnement du Conseil constitutionnel)	6	-	0	6
Autres textes et décisions	1	-	-	1
Total	520	282	391	1193

Nous avons donc accès *stricto sensu* à ce que nous appellerons **un « corpus global » de 1193 délibérations**, à l'époque secrètes, du Conseil constitutionnel sur la période considérée. Or, compte-tenu du fait que nous cherchons à y comprendre les traits principaux de la légitimation de l'institution considérés par ses membres, il nous faut sélectionner dans ce large corpus celles des délibérations qui auront plus trait que les autres à une extension du pouvoir du Conseil constitutionnel en prenant acte des considérations générales précédentes.

Le tableau (1) ci-dessus montre que les trois premiers sous-totaux, relatifs au contrôle des normes, au déclassement et au contentieux électoral, représentent plus de 90% des décisions du Conseil constitutionnel sur la période et qu'ils se répartissent en :

- 18,5% de décisions « DC » rendues sur l'ensemble de la période, c'est-à-dire de décisions relatives au contrôle des normes conformément à l'article 61 de la Constitution, dont 61,5% pour contrôle de constitutionnalité, sur saisine, de lois ordinaires, 21,7% pour celui, obligatoire, des lois organiques, et 15,4% pour le contrôle du règlement des Assemblées, obligatoire ;

- 12,4% pour des décisions liées au contrôle pour déclassement éventuel d'un texte législatif en un texte à caractère réglementaire, permettant donc ainsi au gouvernement de modifier par décret un texte de loi, sur saisine du Premier Ministre ;
- 59,4% pour le contentieux électoral dont 83,6% pour les élections à l'Assemblée nationale.

Sur ces groupes les plus importants, le contrôle pour déclassement reste assez stable sur la période mais il est surtout remarquable qu'aux alentours de 1971-1974, dates clés de l'extension de pouvoir bien connue et déjà rappelée du Conseil, le contrôle de constitutionnalité des lois ordinaires passe du simple au quintuple, pour voir son nombre encore multiplié par quatre dans la période suivante (dernière période du tableau), alors que celui des lois organiques est à peu près stable (très légère progression puis retour au niveau précédent), que le contrôle du règlement des Assemblées, obligatoire, est divisé par deux au début des années soixante-dix également, puis semble se stabiliser, et que le nombre de contrôles des élections aux deux Assemblées est pour chacune d'elles divisé par trois au même moment. L'on peut déjà en déduire simplement que le règlement des assemblées et leur pratique électorale - et c'est heureux - évoluent peu à partir du moment où ils sont bien intégrés par leurs acteurs dont l'enjeu politique est, du reste, ailleurs puisque les questions débattues au sujet des lois dépassent celles relatives aux règlements internes mal stabilisés. Par ailleurs, il n'est pas non plus aberrant de supposer *a priori* que les lois ordinaires sont plus nombreuses que les lois organiques et que mécaniquement, même si la saisine des secondes est obligatoire, celle des premières, possible, peut aisément dépasser la saisine des lois organiques en nombre. C'est cependant la croissance de ce dépassement qui attire davantage notre attention ici, d'autant plus que ces trois derniers cas, constitutionnalité des lois organiques, règlements des assemblées et contentieux électoral notamment pour l'Assemblée nationale, constituaient la quintessence du rôle du Conseil constitutionnel à sa création. Celui-ci aurait donc bien pu, selon la crainte exprimée par Léon Noël et déjà citée, devenir une autorité secondaire, voire accessoire si le contrôle de constitutionnalité des lois ordinaires n'avait pas connu une telle recrudescence.

Cette croissance remarquable du contrôle de constitutionnalité des lois ordinaires relève donc en soi d'un déploiement des saisines traduisant, à tout le moins, une crédibilité croissante de l'institution sur un volet plus discret à ses débuts. Pourtant, rien dans la Constitution, pas plus d'ailleurs que dans la révision constitutionnelle de 1974, ne stipule une telle extension de pouvoir, manifeste précisément à partir de la décision de 1971 et poursuivie avec l'ouverture de la saisine aux parlementaires en 1974, d'abord considérée comme un geste vers l'opposition et pas vers le Conseil constitutionnel.

Si l'on regarde les chiffres d'un peu plus près, en restant concentré à présent sur **les trois évolutions les plus notables, à savoir l'augmentation du contrôle de constitutionnalité des lois ordinaires, la diminution du contrôle du règlement des Assemblées comme du contentieux électoral à l'Assemblée nationale (AN)**, et si on les relie à présent davantage à ces deux dates de 1971 et de 1974, par ailleurs à peu près en phase avec la logique des mandats de neuf ans du point de vue des mandats des Présidents du

Conseil constitutionnel, marqueurs d'une continuité malgré le renouvellement par tiers, voici le bilan que l'on en tire dans le tableau (2) ci-dessous :

	Novembre 1958 à février 1959 pour la Commission constitutionnelle provisoire puis 02/1959-02/1965 alors sous la Présidence de Léon Noël = 9 ans et 3 mois en tout	02/1965-02/1974 Présidence : Gaston Palewski = 9 ans	02/1974-02/1983 Présidence : Roger Frey = 9 ans	02/1983-31.12/1986 Présidence : Daniel Mayer (jusqu'en février 1986) puis Robert Badinter jusqu'en février 1995 donc jusqu'à la fin de notre période. = près de 4 ans	TOTAL Sur 28 ans
Règlements des assemblées (DC)	14	8	9	3	34
Elections à l'Assemblée nationale (AN)	200	243	121	29	593
Contrôle de constitutionnalité des lois ordinaires (DC)	4	5	74	53	136

Tableau (2)

Ce tableau (2) qui s'attache donc plus précisément aux types de décisions ayant varié en volume sur la période considérée, montre :

- Une diminution relativement lente du contrôle du règlement des Assemblées mais sans décrochage majeur, sauf à considérer la baisse de 14 à 8 comme atteignant un pallier, puisque s'y maintient ensuite, de manière assez stable, ce type de contrôle. Cette situation d'un contrôle du règlement des Assemblées en moyenne par an se maintient par ailleurs aujourd'hui encore, comme on peut l'observer en manipulant les tables analytiques de recherche sur les décisions proposées sur le site internet du Conseil constitutionnel¹⁹⁶.
- Une augmentation du contrôle du contentieux électoral de l'Assemblée nationale (« AN ») de 21,5% entre la période 1958-1965 et la période 1965-1974, à la faveur, en réalité et très logiquement, d'un nombre d'élections législatives plus élevé (3 pour la deuxième période, en 1967, 1968 et 1973, contre 2 pour la première, en 1958 et 1962) et une diminution en revanche nette sur la troisième période par rapport à la première ; c'est, en effet, entre 1974 et 1983, une diminution de près de 40% cette fois à nombre d'élections législatives égal (2 aussi, en 1978 et en 1981) ; une confirmation, sur la dernière période, plus courte, de 1983 à fin 1986, de cette tendance à la baisse puisqu'on note alors 29 recours pour une élection législative (1986) contre 4 fois plus de recours pour seulement deux fois plus d'élections législatives sur la période antérieure. Il nous faut cependant relativiser ces remarques quantitatives par

¹⁹⁶ Cf site internet du Conseil constitutionnel, rubriques « recherche sur les décisions » : <http://recherche.conseil-constitutionnel.fr/?expert=2>

des contextes électoraux qui peuvent être très différents d'une période électorale à l'autre et la période postérieure à celle que nous étudions montre en la matière une très grande variabilité¹⁹⁷.

- Enfin, l'évolution la plus marquante à savoir celle inhérente aux 61,5% de décisions relatives au contrôle de constitutionnalité des lois ordinaires parmi les décisions « DC » sur la période (136 sur 221). Il y apparaît en effet très nettement qu'entre 1974 et 1986, la part du contrôle de constitutionnalité des lois ordinaires dans le contrôle « DC » augmente spectaculairement, passant de 9 décisions entre novembre 1958 et février 1974 à 127 de février 1974 à la fin de l'année 1986 soit une augmentation des saisines pour contrôler des lois ordinaires de 1311,11% sur une période pourtant plus courte (dix-huit ans et trois mois pour la première, un peu moins de treize ans pour la seconde).

C'est donc bien ce dernier constat qu'il convient d'analyser, à la lumière du décrochage survenu en 1974, date de l'élargissement de la saisine du Conseil constitutionnel à 60 députés ou 60 sénateurs par la révision constitutionnelle déjà citée et sur laquelle nous aurons l'occasion de revenir.

Enfin, cette tendance n'a fait que s'accroître au-delà de la période étudiée et la nouvelle extension de la saisine aux justiciables par la révision constitutionnelle de 2008 a conduit à 242 saisines du Conseil constitutionnel par ce seul biais ne serait-ce qu'entre mai 2010 et octobre 2012¹⁹⁸. Un rapide coup d'œil sur le site du Conseil constitutionnel confirme la poursuite actuelle de cette tendance.

D.1.3. Approche qualitative

Pour nous cantonner à la période de notre étude, ce changement d'activité du Conseil constitutionnel concomitant de l'extension de son pouvoir par de nouvelles attributions auto-déclarées ou facilitées, mais non nécessairement prévues comme telles par une révision constitutionnelle, justifie que nous nous intéressions en particulier aux délibérations concernant les décisions des trois premiers sous-totaux du tableau (1) et en particulier à celles dont l'évolution, objet du tableau (2), est à la fois la plus manifeste et la plus directement liée aux nouveaux pouvoirs du Conseil constitutionnel dans le temps, celles en l'occurrence relatives au contrôle de constitutionnalité des lois ordinaires. Cette première catégorie de délibérations renvoie aussi directement à notre questionnement initial puisqu'outre son augmentation numérique, elle traduit une intrusion directe du Conseil constitutionnel dans l'élaboration, à son stade ultime, de la loi commune.

Par ailleurs, repérer, dans le même temps, l'évolution éventuelle des discours internes du Conseil sur le contrôle obligatoire des règlements des Assemblées aura alors vocation à rendre plus intelligible, voire à confirmer qualitativement ce glissement quantitatif du rôle initial à un rôle nouveau, à travers ce que ses acteurs eux-mêmes ont exprimé. Également,

¹⁹⁷ Même renvoi au site internet du Conseil constitutionnel que dans la note précédente.

¹⁹⁸ Idem.

outre la diminution ou la stabilité, à périmètre électoral constant, du contrôle du contentieux électoral à l'Assemblée nationale, celui-ci rejoint aussi qualitativement ce groupe du contrôle des règlements des Assemblées en tant qu'il renvoie, comme lui, au fonctionnement de l'Assemblée nationale. Si son évolution numérique est moins remarquable, le contenu des débats correspondants peut encore éclairer ou nuancer la façon dont le Conseil conçoit son rôle vis-à-vis du fonctionnement du pouvoir législatif, en dehors de la matière, elle directement politique, traitée par ce pouvoir.

La stabilité du nombre de lois organiques est un facteur quantitatif minimisant aussi leur rôle dans l'extension du pouvoir constitutionnel mais sur un plan qualitatif, elle recouvre peut-être, à travers les débats du Conseil constitutionnel liés à ces lois, des approches de son rôle par ses membres susceptibles de corroborer ou de nuancer celles dégagées de débats sur les lois ordinaires. Les débats sur les lois organiques ayant trait à la répartition des pouvoirs publics, ils témoignent en effet nécessairement d'un point de vue du Conseil constitutionnel intéressant sur les marges de manœuvre dont celui-ci estime disposer en l'espèce. Enfin, dans la même perspective, il ne sera pas inutile de dégager des débats correspondants le caractère de la stabilité en nombre des décisions liées aux déclassements, structurel (mécaniquement liée aux saisines) ou pas uniquement. En effet, outre la proximité de leur évolution numérique, les délibérations correspondant à ces deux derniers sous-groupes renvoient qualitativement à des décisions dont l'impact sur la loi commune, ou sur la vie politique, n'est pas direct mais néanmoins structurant à plus grande échelle puisque ces décisions portent sur la répartition des pouvoirs publics.

Sur la base de l'approche d'abord quantitative, puis nuancée par la nature qualitative du regard que nous portons sur les délibérations, le périmètre de cette étude est par conséquent le suivant :

- **Priorité donnée aux débats relatifs au contrôle de constitutionnalité des lois ordinaires, déterminant pour l'accroissement du pouvoir politique du Conseil constitutionnel entendu comme accroissement de ses sollicitations/saisines non obligatoires.**
- **Attention secondaire aux débats relatifs aux procédures parlementaires :**
 - **contrôles des règlements des Assemblées/saisines obligatoires, afin d'y rechercher les traces d'un glissement perçu d'un rôle à l'autre du Conseil par ses membres, à la faveur, précisément, de l'élaboration en cours d'une conception nouvelle de son rôle ;**
 - **et, dans une moindre mesure, contentieux des élections à l'Assemblée nationale/recours en cas de besoin donc saisines non obligatoires ; contentieux néanmoins plus mécaniquement lié aux périodes d'élections législatives .**
- **Attention moindre aux débats (eux-mêmes moindres) relatifs aux lois organiques et aux déclassements afin d'y repérer néanmoins les éclairages susceptibles de**

rendre compte, indépendamment de la stabilité numérique de ces saisines dans le temps, de la façon dont se manifeste cette perception par le Conseil constitutionnel de l'évolution de son rôle, à travers des débats concernant ici la répartition des pouvoirs publics – saisines obligatoires.

Circonscrire notre analyse aux délibérations spécifiquement liées à ces types de décisions, sans nous interdire cependant quelques incursions dans d'autres délibérations que nous avons aussi nécessairement attentivement étudiées pour ce travail est ainsi justifié qualitativement comme quantitativement ; cela ramène notre corpus global à **environ 200 délibérations entrant dans le cadre défini par notre question de recherche. C'est là notre « corpus intéressant ».**

Il nous faut à présent opérer un choix permettant un ciblage plus fin de ces deux cents délibérations compte-tenu du format attendu pour un travail de thèse que nous avons néanmoins souhaité propre à rendre compte de notre analyse et pas de ses seuls résultats. Nous aurions pu, en effet, maintenir ce corpus intéressant tel quel et n'en lister que nos conclusions : il nous semble que la mise au jour explicite de certains arguments en réponse à la question de recherche participe mieux de l'apport cognitif escompté.

Cette nouvelle circonscription à venir se doit donc de ne constituer qu'une réduction homothétique de la précédente : sur le principe d'un échantillonnage représentatif, elle reprendra dans les mêmes proportions les débats classés ci-dessus en fonction de leur croissance numérique sur la période concernée, croisée avec l'influence, à divers degrés, que le Conseil constitutionnel est susceptible d'exercer sur la vie collective entendue comme régie par sa loi commune. Elle mènera à notre échantillonnage final dit « **échantillonnage pertinent** ».

D.1.4. Hypothèses complémentaires conduisant du « corpus intéressant » à un « échantillonnage pertinent »

Ainsi liée aux évolutions politiques et sociales dans lesquelles elles s'inscrivent dans le respect de la Constitution ou au rythme des évolutions de cette dernière, voire à certaines évolutions contextuelles exogènes ayant nécessairement eu un impact sur certains choix politiques, la valeur qualitative des délibérations finalement étudiées pourra aussi faire écho à l'intérêt bien connu que leur aura porté la doctrine.

L'article 16 de la Constitution déborde en l'occurrence du périmètre défini précédemment. Il commence en effet ainsi dans sa version de 1958 : « Lorsque les institutions de la République, l'indépendance de la Nation, l'intégrité de son territoire ou l'exécution de ses engagements internationaux sont menacés d'une manière grave et immédiate et que le fonctionnement régulier des pouvoirs publics constitutionnels est interrompu, le Président de la République prend les mesures exigées par ces circonstances, après consultation officielle du Premier ministre, des Présidents des Assemblées ainsi que du Conseil constitutionnel... »

Il prévoit donc d'accorder les pleins pouvoirs au Président de la République sous certaines conditions et après la consultation du Conseil constitutionnel pour avis. Le caractère résolument politique que confère ainsi la Constitution à l'activité du Conseil constitutionnel en la matière, dès lors que ce dernier devra nécessairement débattre du fond et de l'opportunité et pas uniquement de la constitutionnalité d'une norme en tant que respect de la norme supérieure dans son énoncé, invite cependant à l'intégrer à notre périmètre. La mise en œuvre de cet article, même s'il n'a par ailleurs été utilisé qu'une fois sous la Ve République jusqu'à aujourd'hui, a du reste un intérêt directement lié aux préoccupations mentionnées sur le plan qualitatif : ancré dans une situation révélatrice d'une orientation politique profondément liée au contexte de la guerre d'Algérie, contexte particulier et décisif pour l'avenir de la France, le débat du Conseil constitutionnel sur la viabilité constitutionnelle de son application aura des éléments à nous livrer quant à la façon dont il se conçoit comme un maillon du système démocratique à un moment historique de la vie politique du pays.

Enfin, si les délibérations dont les décisions, et ce faisant l'autorité souveraine du Conseil, sont inséparables de la vie politique sous la Ve République sont, selon notre perspective, les mieux révélatrices de la conception que les membres du Conseil constitutionnel se font du rôle de leur institution au sein du système démocratique de la Ve République, elles sont aussi déterminantes pour l'intégration même de l'institution à cette vie politique de par l'impact, l'impression et les précédents que cette dernière y laissera. En effet, l'ensemble des acteurs du système républicain français reçoivent ou attendent alors les décisions du Conseil constitutionnel quand celui-ci est consulté ou saisi au moment où, précisément, ceux-là prennent en charge les orientations de la vie sociale ou réagissent aux événements extérieurs les impactant, quelle qu'en soit l'ampleur. Le simple bon sens invite alors à penser que ces moments où ses décisions sont porteuses de la promesse d'une telle attention accrue engagent le Conseil à jouer la carte de la réaffirmation de son rôle.

Quantitativement enfin, notre contrainte est plus prosaïquement celle d'un format académique considéré comme un standard mais notre ambition et notre promesse sont que la rigueur et la cohérence de la démonstration, alliées à l'intérêt scientifique dont celle-ci pourra finalement faire l'objet, justifieront *a posteriori* et, inclusivement, *a fortiori* le nombre ainsi limité de délibérations étudiées.

D.1.5. « Echantillon pertinent » final proposé

Des sections précédentes, découle la constitution d'un ensemble de documents, ou corpus de travail, dont la lecture et l'analyse ont vocation à fournir quelques réponses à la question de recherche formulée pour l'étude du matériau.

Sans nous priver de la lecture secondaire d'autres délibérations sur la même période, nous mobiliserons donc en particulier les délibérations ayant conduit aux décisions ci-dessous.

La source commune de ces débats, que nous ne rappellerons plus dorénavant, est celle du **versement général portant le numéro 20040168 Art 1-31 et consultable auprès des Archives nationales de la Ve République française**, établies sur le site de Fontainebleau

(Département 77) puis sur celui de Pierrefitte-sur-Seine (Département 93). Les séances listées ci-dessous et porteuses de l'astérisque * sont à ce jour exclusivement consultables aux Archives nationales ; les autres y sont toutes aussi consultables mais font également partie de la sélection de l'ouvrage paru aux éditions Dalloz déjà cité, *Les grandes délibérations du Conseil constitutionnel 1958-1983*¹⁹⁹. Etant donné le nombre de références que nous ferons à ces délibérations, nous ne précisons que leur date et leur thème et non plus, systématiquement, ces sources premières précisées ici une fois pour toutes.

En étudiant donc les délibérations liées aux décisions qui suivent, nous proposons finalement, mais selon des critères d'abord qualitatifs rappelés dans la section précédente, un « échantillon pertinent » final de **quarante-et-une délibérations**, représentant numériquement quelque vingt pour cent du « corpus intéressant »²⁰⁰, lui-même d'abord issu du « corpus global » des délibérations consultables sur la période 1958-1986. Sachant que les nominations par tiers des membres du Conseil constitutionnel, et donc de son Président, se font toujours aux alentours du 20 février pour une période de neuf ans jusqu'au début du mois de mars de l'année correspondante neuf ans plus tard, nous ne répétons pas ces dates à chaque fois ci-dessous dans la liste des délibérations retenues, classées selon les différentes présidences sous lesquelles elles ont eu cours :

1959-1965 / Présidence Léon Noël

1. **Séance du 07 avril 1960**, séance hors délibéré, sur un vœu de révision de l'article 61 de la Constitution pour l'auto-saisine du Conseil : délimitation des compétences du Conseil constitutionnel ré-exprimée par ses membres ; approche politico-juridique de son rôle en débat.
2. **Séance du 08 décembre 1960**, avis sur le référendum relatif à l'auto-détermination de l'Algérie : analyse de la situation, des contraintes du Conseil, de ses marges de manœuvre.
3. * **Séance du 20 décembre 1960**, décision 60-10 DC : résolutions modifiant les articles 32, 66, 80, 87, 101, 109 et 113 du règlement de l'Assemblée nationale (2^{ème} affaire de la séance).
4. * **Séance du 20 décembre 1960**, Décision n° 60-10 L - Nature juridique de l'article 10 de l'ordonnance n° 58-1374 du 30 décembre 1958 portant loi de finances pour 1959 et de l'article 3 de l'ordonnance n° 59-246 du 4 février 1959 portant loi de finances rectificative pour 1959, en tant que ces dispositions portent fixation respectivement des taux de cotisations des assurances sociales et des taux de cotisations des allocations familiales.
5. **Séance du 23 mai 1961**, avis sur la mise en œuvre de l'Article 16 de la Constitution.

¹⁹⁹ *Op.Cit. Les grandes délibérations du Conseil constitutionnel.*

²⁰⁰ Nous constatons *a posteriori* comme une heureuse surprise que cet échantillonnage nous a conduit à appliquer, voire à dépasser l'optimum bien connu de la loi de Pareto sans le savoir : 20% des délibérations intéressantes auront été retenues comme pertinentes pour rendre compte de l'ensemble. Mais rappelons qu'au-delà de cette apparence fortuite, notre choix n'a opéré qu'en fonction des critères qualitatifs énoncés et de l'ampleur rédactionnelle des analyses des délibérations menées en amont de ce travail de consolidation ayant aussi fortement contraint quantitativement le nombre d'analyses à intégrer dans le texte final.

6. [Séance du 18 juillet 1961](#), décision 61-14 DC, organisation judiciaire : domaine de la loi et du règlement.
7. [Séance du 02 octobre 1962](#), avis sur le référendum relatif à l'élection du Président de la République au suffrage universel direct : avis officieux sur un projet de loi référendaire.
8. [Séance du 06 novembre 1962](#), décision 62-20 DC, loi référendaire relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel direct; délimitation par le Conseil constitutionnel de son champ de compétence, notion de souveraineté invoquée pour connaître d'une loi référendaire.

1965 – 1974/ Présidence Gaston Palewski

9. [Séance du 27 février 1967](#) - Nature juridique de diverses dispositions des titres I et II du Code des débits de boissons et des mesures contre l'alcoolisme.
10. * [Séance du 30 janvier 1968](#), décision 68-35 DC : loi relative aux évaluations servant de base à certains impôts directs locaux.
11. [Séance du 27 mai 1968](#), Avis sur le projet de référendum relatif à la vie rénovation universitaire, sociale et économique : contexte de la fin de la révolte étudiante de mai 1968.
12. [Séance du 17 octobre 1968](#), décisions [68-506/515](#), [68-508](#) et [68-554](#), élections à l'Assemblée nationale, nature juridictionnelle du Conseil constitutionnel II
13. * [Séance du 06 juin 1968](#), décision 68-36 DC : résolution tendant à modifier les articles 7, 9, alinéa 9, 10, 12 et 86, alinéa 3 du règlement du Sénat.
14. [Séance du 26 juin 1969](#), décision 69-55 L : protection des sites, création d'un principe général du droit administratif
15. * [Séance du 20 novembre 1969](#), décision 69-37 DC : résolution modifiant et complétant le règlement de l'Assemblée nationale.
16. [Séance du 19 juin 1970](#), décision 70-39 DC : ressources propres des Communautés européennes.
17. * [Séance du 09 juillet 1970](#), décision 70-40 DC : loi organique relative au statut des magistrats.
18. [Séance du 16 juillet 1971](#), décision 71-44 DC : liberté d'association ; délimitation par le Conseil constitutionnel de son champ de compétences par la reconnaissance de la valeur juridique du Préambule de la Constitution.
19. * [Séance du 08 novembre 1972](#), décision 72-74 L : nature juridique des dispositions du paragraphe II de l'article L. 544 du code de la sécurité sociale
20. [Séance du 27 décembre 1973](#), décision 73-51 DC : taxation d'office, article 62 de la loi de finance pour 1974 ; première décision renvoyant explicitement à la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, relativement au principe d'égalité.
21. * [Séance du 23 décembre 1974](#), décision 74-52 DC : loi organique modifiant l'ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel ; débat des membres du Conseil constitutionnel sur la réforme de la saisine parlementaire (loi du 19/10/1974) consécutive à la révision constitutionnelle de 1974.

1974-1982/ Présidence Roger Frey

22. [Séance des 14 et 15 janvier 1975](#), décision 75-54 DC : loi sur l'Interruption Volontaire de Grossesse (IVG) ; contrôle de conventionalité transféré au juge ordinaire ; prise en compte dans les débats de l'aspect sociétal comme dimension de la loi. Pouvoirs d'appréciation relatifs du Conseil constitutionnel et du Parlement.
23. * [Séance du 23 juillet 1975](#), décision 75-58 DC : loi organique relative au statut de la magistrature.
24. * [Séance du 06 juillet 1976](#) à l'issue du débat menant à la décision 76-66 DC sur la loi organique relative au statut de la magistrature que nous étudierons, les membres du Conseil discutent aussi d'un sujet relatif à une autre saisine du Conseil, examinée, elle, plus largement lors de la séance du 15 juillet 1976 : le refus de la représentation d'avocat dans le cadre de saisines parlementaires. Leur discussion est ici intéressante.
25. * [Séance du 08 novembre 1976](#), décision 76-69 DC : prévention accidents du travail, l'une des premières saisines des députés socialistes ouvrant le bal des déclarations d'inconstitutionnalité.
26. * [Séance du 28 décembre 1976](#), décision 76-73 DC, loi de finances pour 1977.
27. * [Séance du 12 janvier 1977](#), décision 76-75 DC, fouille des véhicules.
28. * [Séance du 03 novembre 1977](#), décision 77-86 DC : résolution tendant à modifier les articles 142 et 143 du règlement de l'Assemblée nationale.
29. * [Séance du 27 juillet 1978](#), décision 78-95 DC : enseignement agricole (liberté de l'enseignement privé, débat débordant la saisine)
30. [Séance du 25 juillet 1979](#), décision 79-105 DC : loi sur la continuité du service public de la radio et de la télévision ; droit de grève et continuité du service public.
31. * [Séance du 13 septembre 1979](#), décision 79-109 L : nature juridique de dispositions portant création d'organismes de recherche.
32. * [Séance du 09 janvier 1980](#), décision 79-109 DC : prévention de l'immigration clandestine.
33. * [Séance du 22 juillet 1980](#), décision 80-119 DC ; loi portant validation d'actes administratifs ; notions de séparation des pouvoirs et de reconnaissance de l'existence d'un pouvoir judiciaire par le Conseil constitutionnel.
34. [Séance des 19 et 20 janvier 1981](#), décision 80-127 DC : sécurité et liberté des personnes.
35. * [Séance du 16 janvier 1982](#), décision 81-132 DC : loi de nationalisation. Limites balisées par le Conseil constitutionnel ; aide à l'appréciation du législateur.
36. [Séance des 24 et 25 février 1982](#), décision 82-138 DC : loi portant statut particulier de la région de Corse. Décentralisation, liens entre les décisions du Conseil constitutionnel.
37. [Séance du 30 juillet 1982](#), décision 82-143 DC : blocage des prix et des revenus ; conception souple de la séparation du domaine de la loi et du règlement.

1982- Février 1986/ Présidence Daniel Mayer

38. * [Séance du 26 juillet 1984](#), décision 84-173 DC : loi relative à l'exploitation des

services de radio-télévision mis à la disposition du public sur un réseau câblé.

39. * *Séance du 08 août 1985*, décision 85-196 DC : loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie.
40. * *Séance du 23 août 1985*, décision 85-197 DC : loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie.

Puis dès mars 1986 / Présidence Robert Badinter

41. * *Séance du 26 juin 1986*, décision 86-207 DC : loi autorisant le gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social (privatisations) ; aide à l'appréciation du législateur.

D.2. Définition d'une méthode d'analyse des délibérations

Une fois notre échantillon de travail identifié, il a fallu établir une grille de lecture permettant de pister la trace des réponses à la question de recherche plus précisément que lors de la pré-étude.

Que traquer en effet dans ces débats selon la perspective de recherche retenue ?

Rappel de la question de recherche adressée à l'échantillon final de délibérations :

Quelle conception de la place de l'institution aux yeux de ses membres nous livrent les débats à huis clos du Conseil constitutionnel français, à la faveur de l'accroissement manifeste de son pouvoir?

La réponse à cette question passe donc par l'analyse des délibérations listées. Or, une délibération, sous son acception la plus générale, est un échange d'arguments en vue d'une décision, en l'occurrence dans notre cas à partir d'un projet de décision d'abord précisément argumenté par l'un des membres du Conseil constitutionnel désigné par son Président comme le rapporteur. Cela suppose donc que des arguments interviennent dans les débats en mobilisant ce thème de la place ou du rôle du Conseil constitutionnel et que l'on puisse y lire les raisons de leur prise en compte ou pas pour la décision finale, et cela de manière éventuellement évolutive.

Il faut cependant préciser que le terme « délibération » tel qu'il est employé par les juristes renvoie à un échange secret d'arguments dans le cadre judiciaire, après avoir entendu toutes les parties en présence, indépendamment de la procédure de décision dont une telle « délibération » peut être le vecteur ; si ce n'est pas à la dimension procédurale que nous nous intéressons, les échanges d'arguments en leur temps secrets renvoient bien à l'idée de la délibération ici concernée. Il s'agit en effet d'analyser notre matériau comme une série d'énoncés capables de nous informer sur ce qui rend possible le positionnement du Conseil constitutionnel aux yeux de ses membres, sans *a priori* sur leur impact sur la décision. Un tel positionnement peut toutefois être d'abord escompté par les membres du Conseil constitutionnel vis-à-vis de ses interlocuteurs puis repris en compte comme tel dans les délibérations ultérieures ; à ce titre, il s'inscrit dans le temps.

Quant au vocabulaire mobilisé lui-même, nous utilisons indifféremment dans ce travail les termes de débat et de délibération, voire de discussion, et il nous faut en toute rigueur préciser pourquoi ils peuvent en effet ici se confondre, d'autant plus que la notion de délibération est particulièrement chargée de contenu en sciences sociales. La délibération au sens de la philosophie pratique, conceptualisée originellement par Aristote dans *l'Éthique à Nicomaque*, concerne les « affaires humaines », c'est-à-dire celles qui, selon la distinction fameuse du Stagirite, « dépendent de nous » : la délibération n'est possible que s'il existe plusieurs options pour élaborer une décision, laquelle relève du domaine de l'action, et l'on ne saurait délibérer sur ce qui est déjà posé, pas plus que sur ce qui ne dépendrait pas de nous ; les mathématiciens, pour reprendre l'exemple d'Aristote, ne délibèrent pas mais raisonnent pour comprendre ce qui ne dépend pas d'eux, ils recherchent par l'analyse à comprendre un résultat déjà là ; pour rester dans le registre de la philosophie pratique ou de l'action, ce qui est posé alors, c'est l'idée de « bonne action » ou de « bonne décision », mais celle-ci n'est définie comme telle que parce qu'il y a délibération, entendue comme évaluation des divers arguments y conduisant. La seule chose ici déjà posée sur laquelle on ne délibère pas, la fin donc, est qu'il s'agit de prendre la « bonne décision » ; or, le contenu de celle-ci n'est pas donné d'avance mais se construit, précisément, à la faveur des arguments évalués²⁰¹. En

²⁰¹ Pour cette raison, le principe d'une délibération aristotélicienne qui ne porterait que sur les moyens et pas sur les fins est discuté par certains auteurs au premier chef desquels Aurel Kolnai, mais cette subtilité n'est pas notre propos ; notons tout de même qu'en effet, délibérer en vue de l'avenir oblige à imaginer des fins possibles et à en peser les conséquences, ce qui peut en effet s'apparenter au fait de choisir parmi des fins mais dans ce cas, il est toujours possible d'objecter que ce que l'on nomme ici des fins s'avèrent alors des moyens en vue d'une autre fin, voire d'une autre priorité pour rester dans un registre plus contemporain. Peu importe en réalité qu'une fin soit fixée ou pas, nous semble-t-il ; Aristote parlerait ici de la fin comme étant la « bonne » décision sans préciser ce qu'elle est ; toujours est-il que si cette « bonne » décision dépend de nous, à un stade ou à un autre, ce ne serait pas son caractère de bonne décision qui importerait en tant que tel, en tant que fin, mais bien plutôt ce qui y mène : elle est finalement définie par nous à partir de raisons diverses permettant de l'élaborer et c'est cette

philosophie politique, des auteurs contemporains comme Jürgen Habermas, Jon Elster ou Bernard Manin ont amplement travaillé sur ce concept de délibération comme échange d'arguments en vue d'une décision. Il ne s'agit pas en effet d'agrèger des préférences de manière optimale comme selon les théories du choix social mais bien d'échanger des arguments, de les évaluer, de les peser les uns par rapport aux autres en vue de prendre une décision qui sera nécessairement bonne dès lors qu'elle aura été ainsi élaborée. Ces auteurs contemporains s'attachent à identifier ce critère de la bonne décision dans la façon dont celle-ci est prise et pas en vertu d'une idée *a priori* de ce qui est bon, comme on peut l'entendre du reste reprocher à Aristote ; notons cependant que celui-ci, à tout le moins, situait davantage aussi l'enjeu de la vie pratique dans les moyens plutôt que dans les fins.

Nous pouvons dans notre cas en effet partir de la définition classique de la délibération car il s'agit bien, pour les membres du Conseil constitutionnel, de prendre une décision quant à la conformité ou pas à la Constitution d'une loi non encore promulguée – il y a donc deux décisions possibles mais nous pourrions considérer que les membres du Conseil constitutionnel échangent des arguments pour prendre la bonne, seule fin posée, entendue ici comme celle qui sera constitutionnellement la plus défendable donc précisément celles dont les moyens dont on a délibéré garantissent qu'elle est la bonne - , à partir d'une proposition argumentée, ayant déjà fait, en ce sens, l'objet d'une délibération²⁰² de la part du rapporteur mais devant être alors partagée collégialement, ce qui conduit en général à mener une autre délibération, collective cette fois et en quelque sorte « duale » : il s'agit de décider si le projet du rapporteur est acceptable en l'état, autrement dit de délibérer sur les arguments déjà proposés, ce qui conduit nécessairement à les confronter à d'autres donc à délibérer à nouveau sur le même sujet en vue d'une décision qui peut s'avérer différente de celle proposée, à moins d'accepter immédiatement le projet en l'état ou de conclure de la même manière que le rapporteur sur tout ou partie de la décision ; en général et en tout cas dans les séances que nous avons sélectionnées, cette seconde délibération duale a lieu. Par ailleurs, dans certains cas, la « bonne décision » n'est pas seulement établie à l'aune d'un échange d'arguments constitutionnellement convaincants mais aussi eu égard aux conséquences propres à l'une et l'autre décisions. Aristote situe du reste aussi la délibération selon le genre de discours dit délibératif²⁰³, à savoir celui qui concerne une décision influant sur l'avenir et prise à partir de l'évaluation des différentes options et des arguments les soutenant pour parvenir à la

discussion sur les raisons ou encore les moyens de parvenir à une décision qui reste le moteur de la délibération. Peu nous importe de savoir si ceux qui délibèrent ont une idée déjà issue d'une délibération antérieure, de ce qui serait la « bonne » décision, peu nous importe donc de savoir si les acteurs choisissent leur fin à l'avance ou encore si les fins ne sont pas posées car nous pourrions toujours dire qu'ils sont malgré tout tous d'accord sur le fait que ce qui est posé, c'est le principe d'une « bonne » décision ; ce qui nous intéresse, c'est leur manière d'y arriver, c'est ce pourquoi ils aboutissent à cette décision-là comme étant la bonne. Choisir, en revanche, simplement entre des fins possibles sans raison exprimée, évaluée, pesée – mais ce n'est pas ce que défend Kolnai- reviendrait aussi à faire un choix sur la décision entendue comme fin mais d'une façon immédiate qui a plutôt trait à l'expression d'une préférence se passant de jugement. Pour cette autre distinction entre préférence et jugement, voir l'article de Pasquale Pasquino , « Voter et délibérer », *Revue européenne des sciences sociales* [En ligne], XLV-136 | 2007. URL : <http://ress.revues.org/84> ; DOI : 10.4000/ress.84

²⁰² Intérieure ou partiellement partagée avec le secrétaire général et le service juridique qui renseignent le rapport.

²⁰³ Les deux autres types de discours chez Aristote étant le « judiciaire » tourné vers le passé et mû par le critère du juste ou de l'injuste, et l' « épideictique », centré sur le présent et mû par le critère du noble ou du vil (Aristote, *Rhétorique*, 1358-59, Paris, Pocket, Agora).

« bonne ». Cela renforce donc le projet de prendre en charge, dans la délibération qui nous intéresse, certains éléments conséquentialistes sortant du seul cadre du respect de la Constitution, à condition toutefois de garantir aussi celui-ci. Dans notre cas, la délibération porte en effet sur une loi non encore promulguée, seulement votée, une loi qui, au sens kelsénien n'est pas encore une norme, une loi qui n'a pas de passé, une loi, en ce sens, qu'on ne saurait juger mais plutôt une loi qui promet certaines conséquences. En débattre relève bien à ce titre du genre délibératif classique mais on peut cependant aussi considérer que juger de sa constitutionnalité relève du genre judiciaire qui, chez Aristote, s'attache au passé, non pas, alors, du point de vue de son contenu ou de sa mise en œuvre effective mais du point de vue plus formel : la loi a été écrite et les membres du Conseil constitutionnel regardent si ce que dit cette écriture est conforme à ce que prévoit la Constitution. Ainsi, le Conseil constitutionnel est-il alors juge, non pas de la loi elle-même dans son effectivité mais de la conformité de son texte à la Constitution. Quoi qu'il en soit, cela le conduit à ce qui, *in fine*, sera considéré comme la « bonne décision », cette fin-là n'ayant pas changé mais le critère de la bonne décision étant en revanche défini par la diversité des arguments échangés et finalement partagés. Le sens de « délibération » retenu par les juristes avec lequel a commencé cette remarque, autrement dit l'appellation, canonique en droit, de « délibéré » renvoie donc aussi à une idée proche, de par sa temporalité, du genre judiciaire aristotélicien²⁰⁴.

Toutefois, afin d'éviter les répétitions, lorsque nous ferons plus exclusivement référence aux propos tenus qu'à leur finalité, nous utiliserons alors le terme de « débat » ou de « discussion » à équivalence avec celui de délibération.

Quant au statut de ces échanges, si Aristote suppose la délibération rationnelle et donc dégagée de tout élément émotionnel, passionnel voire manipulateur, il nous semble hasardeux, bien que défendable, d'accorder d'emblée cette qualité à ceux de notre étude : en effet, ces retranscriptions de débats en vue d'une décision ne traduisent pas entièrement l'effort des participants pour renoncer à leurs préférences propres²⁰⁵ ; si elles montrent leur capacité à développer un propos cohérent, construit à partir d'avis éventuellement contradictoires apportés par les uns ou les autres, tendant vers l'examen sans *a priori* de toutes les raisons présentées et susceptibles de remise en question, si elles relatent parfois des sentiments personnels en général rapidement mis de côté, elles ne peuvent tout dire de la vérité propre à chacun. Il s'agit cependant de ne s'en tenir qu'aux propos échangés avec cette part d'indulgence nécessaire à l'acceptation de leur rationalité ; l'accord qu'ils génèrent demeure cependant plus pertinent pour notre question de recherche.

²⁰⁴ Pour la définition juridique, nous nous en remettons au Dictionnaire juridique en ligne de Monsieur Serge Braudo, Conseiller honoraire à la Cour d'appel de Versailles : « Le "délibéré" est l'espace de temps au cours duquel les juges qui ont entendu les parties ou leurs mandataires à l'audience, se retirent, pour débattre collégialement des dispositions qui constitueront le jugement ou l'arrêt » ; site : <http://www.dictionnaire-juridique.com>

²⁰⁵ Nous avons déjà évoqué ces éléments qui peuvent bien entendu participer des raisons profondes des arguments avancés sans nécessairement être énoncées ; nous avons alors déjà montré que cette question demeurerait non pertinente pour notre recherche qui vise spécifiquement les raisons partagées, celles sur lesquelles les membres du Conseil constitutionnel se mettent d'accord, de manière alors nécessairement explicite, pour retenir des arguments permettant d'orienter la décision, que ces arguments, du reste, soient ou pas convertis en motivations explicitement retranscrites dans les décisions officielles.

Enfin, la notion de délibération pourra aussi ultimement être mobilisée pour mentionner les échanges entre institutions et nous verrons dans quelle mesure elle peut renvoyer ainsi à la délibération entre individus.

D'où la **grille de lecture utilisée, en deux temps**, pour analyser les délibérations du Conseil constitutionnel listées dans notre échantillon final :

⇒ **Premier temps - Pour chaque délibération,**

⇒ **Quels arguments liés à la façon dont les membres du Conseil constitutionnel conçoivent leur institution parmi les autres institutions démocratiques françaises, sont-ils débattus, qu'ils soient retenus ou pas ?**

1. Classement des arguments

= Repérage des arguments soutenus et de leur nature juridique, politique au sens de leur rapport avec la vie politique nationale ou internationale, personnelle si évoquée, économique, sociale, etc.

2. Qualification et quantification du rôle de ces arguments

= Limitation ou extension du rôle du Conseil constitutionnel + importance relative au sein de la délibération (argument très discuté relativement aux autres, rapidement discuté, peu discuté, faisant l'objet d'un consensus large ou d'un vote, partagé plutôt par certains membres que par d'autres) et récurrence de l'une à l'autre.

3. Discussion sur la présence explicite de l'argument dans la décision publique.

⇒ **Second temps - Une fois possible une vision d'ensemble de l'analyse descriptive fournie par la grille ci-dessus**

- Regroupement des arguments par thèmes communs permettant de situer le rôle du Conseil constitutionnel
- Evolution dans le temps des grands thèmes à travers l'évolution de leurs arguments constitutifs : sémantique (les termes mobilisés recouvrent des significations nouvelles), discursive (le rôle de l'argument dans la discussion change), relative (son poids par rapport à d'autres change).

Les chapitres à venir sont directement organisés autour des thèmes regroupant les arguments issus de cette analyse.

Celle-ci a été menée antérieurement et l'on ne rendra donc compte *a posteriori* que de ses résultats. Ces derniers seront cependant très détaillés autour de la question de recherche pour livrer un aspect de la vie intérieure de l'institution à travers les éléments de réponse

apportés ; cela fait aussi partie de la richesse du matériau étudié et permet par ailleurs de mieux développer notre réflexion propre au fil des délibérations parcourues. Les arguments échangés seront donc décrits, expliqués et commentés à travers des chapitres mettant au jour les thèmes majeurs qui les rassemblent comme une réponse à notre question de recherche, celle de la conception que les membres du Conseil constitutionnel expriment du rôle de leur institution.

Par ailleurs, la vision d'ensemble des délibérations demeure, qui nourrit la dimension cognitive de cette thèse. Les chapitres sont à cet effet organisés chronologiquement à partir des premiers arguments les plus présents dans les délibérations correspondantes et laissent ainsi également apparaître le caractère potentiellement évolutif des arguments mobilisés, sans que les nouveaux arguments excluent nécessairement les anciens.

La lecture en sera aussi guidée par un encadré en amont de chaque analyse de délibération qui en reprendra synthétiquement les apports. A dessein, ce récapitulatif reprendra textuellement les éléments nouveaux aussi présents dans la partie conclusive de l'analyse. Il indique visuellement l'étape franchie et ne reprend pas en revanche les éléments spécifiques à ladite délibération, également présents dans la conclusion d'où il est extrait.

Remarque : la Constitution de la Ve République a été révisée plusieurs fois sur notre période d'étude. A chaque fois que nous nous y référons dans les délibérations, c'est donc à la version en vigueur au moment où celles-ci ont lieu. Cet exercice est aisé, par exemple à partir du site internet du Gouvernement, Légifrance (*cf.* bibliographie), qui propose différentes versions de la Constitution de la Ve République.

SOMMAIRE DES DELIBERATIONS ANALYSEES

1959-1965 / Présidence Léon Noël

1. Séance du 07 avril 1960, séance hors délibéré, sur un vœu de révision de l'article 61 de la Constitution pour l'auto-saisine du Conseil – **Abandonné** p.113
2. Séance du 08 décembre 1960, avis sur le référendum relatif à l'auto-détermination de l'Algérie -**Avis** p.118
3. * Séance du 20 décembre 1960, décision 60-10 DC : résolutions modifiant les articles 32, 66, 80, 87, 101, 109 et 113 du règlement de l'Assemblée nationale (2^{ème} affaire de la séance). **Conformité** p.145
4. * Séance du 20 décembre 1960, Décision n° 60-10 L - Nature juridique de l'article 10 de l'ordonnance n° 58-1374 du 30 décembre 1958 portant loi de finances pour 1959 et de l'article 3 de l'ordonnance n° 59-246 du 4 février 1959 portant loi de finances rectificative pour 1959, en tant que ces dispositions portent fixation respectivement des taux de cotisations des assurances sociales et des taux de cotisations des allocations familiales. **Réglementaire** p.150
5. Séance du 23 mai 1961, avis sur la mise en œuvre de l'Article 16 de la Constitution. **Conditions réunies**, p.120
6. Séance du 18 juillet 1961, décision 61-14 DC organisation judiciaire **Conformité** p.153
7. Séance du 02 octobre 1962, avis sur le référendum relatif à l'élection du Président de la République au suffrage universel direct – **Avis et avis officiels** p.127
8. Séance du 06 novembre 1962, décision 62-20 DC, loi référendaire relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel direct – **Incompétence du Conseil** p.136

1965 – 1974/ Présidence Gaston Palewski

9. Séance du 27 février 1967 - Nature juridique de diverses dispositions des titres I et II du Code des débits de boissons et des mesures contre l'alcoolisme. **Partiellement réglementaire, partiellement législatif** p.161
10. * Séance du 30 janvier 1968, décision 68-35 DC : loi relative aux évaluations servant de base à certains impôts directs locaux. **Conformité** p.165
11. Séance du 27 mai 1968, Avis sur le projet de référendum relatif à la vie rénovation universitaire, sociale et économique. **Avis** p.179
12. Séance du 17 octobre 1968, décisions 68-506/515, 68-508 et 68-554, élections à l'Assemblée nationale, nature juridictionnelle du Conseil constitutionnel II – **Rejet** p.189
13. * Séance du 06 juin 1968, décision 68-36 DC : résolution tendant à modifier les articles 7, 9, alinéa 9, 10, 12 et 86, alinéa 3 du règlement du Sénat. **Conformité** p.195
14. Séance du 26 juin 1969, décision 69-55 L : protection des sites. **Partiellement réglementaire, partiellement législatif** p.198
15. * Séance du 20 novembre 1969, décision 69-37 DC : résolution modifiant et complétant le règlement de l'Assemblée nationale. **Non conformité partielle** p.203
16. Séance du 19 juin 1970, décision 70-39 DC : ressources propres des Communautés européennes. **Conformité** p.214
17. * Séance du 09 juillet 1970, décision 70-40 DC : loi organique relative au statut des magistrats. **Non conformité partielle** p.224
18. Séance du 16 juillet 1971, décision 71-44 DC : liberté d'association ; valeur juridique du Préambule de la Constitution. **Non conformité partielle** p.236
19. * Séance du 08 novembre 1972, décision 72-74 L : nature juridique des dispositions du paragraphe II de l'article L. 544 du code de la sécurité sociale – **Réglementaire** p.262
20. Séance du 27 décembre 1973, décision 73-51 DC : taxation d'office, article 62 de la loi de finance pour 1974 ; première décision renvoyant explicitement à la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, relativement au principe d'égalité. **Non conformité partielle** p.255
21. * Séance du 23 décembre 1974, décision 74-52 DC : loi organique modifiant l'ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel ; débat des membres du Conseil constitutionnel sur la

réforme de la saisine parlementaire (loi du 19/10/1974) consécutive à la révision constitutionnelle de 1974.

Conformité

p.269

1974-1982/ Présidence Roger Frey

22. [Séance des 14 et 15 janvier 1975](#), décision 75-54 DC : loi sur l'Interruption Volontaire de Grossesse (IVG). **Conformité** **p.277**
23. * [Séance du 23 juillet 1975](#), décision 75-58 DC : loi organique relative au statut de la magistrature. **Conformité** **p.302**
24. * [Séance du 06 juillet 1976](#) à l'issue du débat menant à la décision 76-66 DC sur la loi organique relative au statut de la magistrature que nous étudierons, les membres du Conseil discutent aussi d'un sujet relatif à une autre saisine du Conseil, examinée, elle, plus largement lors de la séance du 15 juillet 1976 : le refus de la représentation d'avocat dans le cadre de saisines parlementaires. **Conformité** **p.303**
25. * [Séance du 08 novembre 1976](#), décision 76-69 DC : prévention accidents du travail. **Rejet** **p.310**
26. * [Séance du 28 décembre 1976](#), décision 76-73 DC, loi de finances pour 1977. **Non conformité partielle** **p.312**
27. * [Séance du 12 janvier 1977](#), décision 76-75 DC, fouille des véhicules. **Non conformité partielle** **p.320**
28. * [Séance du 03 novembre 1977](#), décision 77-86 DC : résolution tendant à modifier les articles 142 et 143 du règlement de l'Assemblée nationale. **Conformité** **p.326**
29. * [Séance du 27 juillet 1978](#), décision 78-95 DC : enseignement agricole (liberté de l'enseignement privé, débat débordant la saisine) **Non conformité partielle** **p.341**
30. [Séance du 25 juillet 1979](#), décision 79-105 DC : loi sur la continuité du service public de la radio et de la télévision ; droit de grève et continuité du service public. **Non conformité partielle** **p.354**
31. * [Séance du 13 septembre 1979](#), décision 79-109 L : nature juridique de dispositions portant création d'organismes de recherche. **Réglementaire** **p.361**
32. * [Séance du 09 janvier 1980](#), décision 79-109 DC : prévention de l'immigration clandestine. **Non conformité partielle** **p.365**
33. * [Séance du 22 juillet 1980](#), décision 80-119 DC ; loi portant validation d'actes administratifs. **Conformité** **p.372**
34. [Séance des 19 et 20 janvier 1981](#), décision 80-127 DC : sécurité et liberté des personnes. **Non conformité partielle** **p.383**
35. * [Séance du 16 janvier 1982](#), décision 81-132 DC : loi de nationalisation. Limites balisées par le Conseil constitutionnel ; aide à l'appréciation du législateur. **Non conformité totale** **p.403**
36. [Séance des 24 et 25 février 1982](#), décision 82-138 DC : loi portant statut particulier de la région de Corse. Décentralisation, liens entre les décisions du Conseil constitutionnel. **Conformité** **p.429**
37. [Séance du 30 juillet 1982](#), décision 82-143 DC : blocage des prix et des revenus. **Conformité** **p.438**

1982- Février 1986/ Présidence Daniel Mayer

38. * [Séance du 26 juillet 1984](#), décision 84-173 DC : loi relative à l'exploitation des services de radio-télévision mis à la disposition du public sur un réseau câblé. **Non conformité partielle** **p.445**
39. * [Séance du 08 août 1985](#), décision 85-196 DC : loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie. **Non conformité partielle** **p.453**
40. * [Séance du 23 août 1985](#), décision 85-197 DC : loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie. **Conformité** **p.461**

Puis dès mars 1986 / Présidence Robert Badinter

41. * [Séance du 26 juin 1986](#), décision 86-207 DC : loi autorisant le gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social (privatisations). **Conformité** **p.475**

PREMIERE PARTIE- UNE STRATEGIE DE LEGITIMATION ENTRE CONTRAINTES ET OPPORTUNITES

CHAPITRE I – Rencontre avec le droit constitutionnel

Le droit constitutionnel : adjuvant d'une affirmation de pouvoir par un Conseil constitutionnel en quête de légitimité démocratique

I.1. Politique, juridique : clarification des termes

Cette juxtaposition des termes « politique » et « juridique », loin d'opposer le caractère juridique du Conseil constitutionnel à son caractère politique, en évoque plutôt le lien intime traversant cette thèse. Une brève explication sémantique s'impose donc.

Le rôle dit politique du Conseil constitutionnel s'affirme à travers un pouvoir croissant si l'on s'en tient à l'inflation des saisines déjà relevée; ce pouvoir s'entend alors nécessairement comme une incursion décisive dans le processus d'élaboration de la loi en cours ou à venir, par l'effet d'une jurisprudence alors connue du législateur. Le rôle de l'institution a donc une portée politique au moins en ce sens d'une incidence sur la vie politique entendue comme législative.

Des délibérations des membres du Conseil constitutionnel, se dégage aussi l'idée que la temporalité de cette portée politique est guidée par un droit constitutionnel dynamique. En effet, l'argument juridique y tient une place prépondérante mais on observe aussi que lorsque les membres du Conseil constitutionnel l'invoquent, précisément, pour considérer leur place parmi les autres institutions, c'est autant en fonction de ce qu'il garantirait au présent que de ce qu'il promet pour l'avenir. Tout se joue comme si le droit constitutionnel pouvait continuellement actualiser l'espérance d'une crédibilité bien assise.

Le point de vue extérieur, qu'il soit le moins expert, à savoir celui du citoyen, ou encore le plus directement concerné, à savoir celui du responsable politique, en passant par le plus savant, celui de la doctrine constitutionnelle commentant les décisions du Conseil ou bien des chercheurs et professeurs de théorie politique ou de philosophie du droit, prenant acte, dans leurs réflexions, du voyage au long cours suivi par l'institution jusqu'à être reconnue comme un maillon non accessoire du système républicain français, considère aujourd'hui la « judiciarisation » du Conseil constitutionnel comme un lieu commun. Or, cette judiciarisation s'accompagne de la généralisation du contrôle de constitutionnalité des lois, tout en étant cependant partie du contrôle du respect de la procédure législative ; en d'autres termes, l'institution se judiciarise à mesure qu'elle intervient dans le domaine législatif de la Ve République en s'y imposant de manière de plus en plus visible comme le juge de la constitutionnalité des lois. Cette visibilité s'accroît au fur et à mesure des commentaires des décisions, relayés d'ailleurs, bien au-delà de la période qui nous intéresse, par *Les cahiers du Conseil constitutionnel*, devenus *Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*. Mais elle s'accroît aussi plus subrepticement de par l'attention croissante que lui portent les débats

parlementaires²⁰⁶. De toutes parts et à commencer par les énoncés même de ses décisions, ou plus en amont dès l'article 61²⁰⁷ de la Constitution, le Conseil constitutionnel renvoie l'image d'un expert juridique es-conformité constitutionnelle même si la doctrine est souvent critique à cet égard. Nous n'inventons rien ici en soulignant simplement la spécificité des décisions des cours constitutionnelles dans le paysage judiciaire : motivées en droit, ces décisions ont un impact direct sur l'action législative, action politique s'il en est. Si cette dimension politique de l'institution participe en soi de l'intérêt qui pourrait lui être porté dans le cadre d'une thèse de science politique – la portée de ses décisions sur la vie politique –, c'est ici à partir du positionnement correspondant du Conseil constitutionnel discuté par ses membres que nous l'abordons. Levons donc préalablement tout risque de confusion à propos du terme « politique », substantif tantôt masculin, tantôt féminin ou encore adjectif ; il est en effet à ce titre porteur d'horizons divers : une bonne fois pour toutes, sa signification renvoie pour nous à l'organisation de la vie sociale sous son acception la plus large, dès lors que celle-ci relève d'un pouvoir accepté par les sociétaires, c'est-à-dire d'un pouvoir légitime ; la détention de ce pouvoir étant l'apanage du souverain, il appartient donc à la communauté des citoyens lorsque le gouvernement est de type démocratique. De cette manière, le terme de « politique » renvoie donc d'abord à ce que la science politique appelle « le » politique même si nous rencontrerons « la » politique au sens du conflit des opinions, voire de l'action qui en découle ; dans cette optique, « la » politique relève elle-même « du » politique. L'adjectif « politique » peut ainsi selon les situations renvoyer au premier comme à la seconde, notamment concernée quand il s'agit de qualifier la proximité des membres du Conseil constitutionnel avec les détenteurs du pouvoir politique légitime. Dans ce travail, nous entendons enfin par démocratie, rappelons-le, la démocratie moderne, représentative et en particulier la démocratie libérale contemporaine ; le critère démocratique qu'il nous importe donc de garder à l'esprit est celui de l'auto-gouvernement par les citoyens, par le biais du principe représentatif. Quand nous parlerons de République moderne, il s'agira d'ailleurs du principe du gouvernement représentatif ou encore de la démocratie représentative et, dans le cadre de notre étude, c'est la Ve République qui décrit les mécanismes particuliers de mise en œuvre d'un tel régime.

Du reste, c'est précisément un changement du rapport au pouvoir politique en place entretenu par le Conseil constitutionnel qui s'exprime dans ses débats, moyennant un usage stratégique du droit à l'appui d'une place à tenir. L'impression répandue et renforcée par les commentaires sur les décisions, leur jurisprudence, leur prise en compte par les différents acteurs politiques, que le Conseil constitutionnel est passé d'une institution créée par le pouvoir exécutif pour surveiller le pouvoir législatif tout en étant composée essentiellement de membres historiquement, politiquement et affectivement proches de ce pouvoir exécutif – en d'autres termes proches du Général de Gaulle – à une institution plus autonome ayant su définir ses propres codes d'appartenance mais dont les membres sont demeurés, pour la plupart, sur la période considérée, toujours relativement proches de ce même pouvoir de par la

²⁰⁶ Sources : entretiens avec des membres du Conseil constitutionnel, un député député, des militants ; également la revue du Conseil constitutionnel, *Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, Dossier : « Le conseil constitutionnel et le Parlement » ; Paris, Dalloz, n°38, 2013.

²⁰⁷ Selon la version initiale de la Constitution de 1958, en vertu de l'article 61, le Conseil constitutionnel se prononce sur la « conformité à la Constitution » des lois organiques, avant leur promulgation, des règlements des assemblées parlementaires et s'il est saisi, des lois ordinaires. Il est donc le garant de la conformité de l'ensemble de la procédure législative à la Constitution.

procédure de nomination et/ou leurs carrières antérieures, acquiert alors une pertinence nouvelle à la lecture des délibérations. Celles-ci en effet confirment, voire dévoilent une logique de vases communicants entre le caractère politique de l'institution et la justification juridique de ses décisions. Le moment paroxystique de cette coloration éminemment politique du Conseil constitutionnel, si proche du pouvoir sans en être, est celui de ses débuts ; puis, à l'autre bout de son parcours inachevé, s'affirme une tendance à se justifier exclusivement par la force du dernier argument juridique tout en s'étant éloigné – mais pas trop néanmoins - du pouvoir politique. Cet arc tendu dans le temps, entre institution visiblement proche du pouvoir politique et judiciarisation revendiquée, s'impose en effet, à la lecture des délibérations, comme sous-tendant la mécanique de progression du Conseil constitutionnel, sans rupture et selon une fluidité dont l'analyse cherchera à rendre compte.

Nous avons donc commencé à aborder l'évolution du discours des membres du Conseil constitutionnel à partir de l'origine intensément et indéniablement politique de l'institution, au sens de sa proximité avec « la » politique et sans occulter la portée politique de ses décisions au sens de leur impact sur « le » politique. Or, cette double vocation politique du premier Conseil constitutionnel se dédouble immédiatement, à travers les délibérations de ses membres, d'arguments juridiques de poids et qui ne cesseront de jalonner l'évolution de l'institution. Ils font donc l'objet de ce premier chapitre.

I.2. Une institution dont le rôle politique est ambigu pour ses membres

I.2.1. Les héritiers-légalistes, gardiens de la légende gaulliste en marche

« Des Grecs, jadis, demandaient au sage Solon : “Quelle est la meilleure Constitution ? “ Il répondait : “Dites-moi, d'abord, pour quel peuple et à quelle époque ?“ »

Charles de Gaulle, *Discours de Bayeux*,²⁰⁸ 16 juin 1946

Les premiers membres du Conseil constitutionnel nommés au début de l'année 1959, après la transition effectuée par la Commission constitutionnelle provisoire depuis novembre 1958, partagent tous avec le Président de la République, Charles de Gaulle, le sens de l'urgence de la reconstruction d'après-guerre, allié à cet enjeu déterminant pour le futur de la Nation : garder un rôle dans le nouvel ordre mondial en train de se mettre en place sous l'égide des Etats-Unis, contre le courant idéologique socialiste porté par l'autre grand vainqueur de la guerre, l'Union soviétique. La Ve République naît donc dans ce contexte de guerre froide et de redéfinition des grandes puissances mondiales, sous les auspices de l'indépendance nationale que son créateur, le Général de Gaulle, entretient au moins depuis le discours de Bayeux déjà évoqué en introduction. Elle est porteuse, c'est connu aussi, d'une ambition institutionnelle en rupture avec l'instabilité gouvernementale précédente et visant à donner à l'idéal démocratique un cadre d'actions capable de libérer l'énergie dont la France a

²⁰⁸ Source : <http://www.charles-de-gaulle.org/pages/espace-pedagogique/le-point-sur/les-textes-a-connaître/discours-de-bayeux-16-juin-1946.php>

besoin pour sa reconstruction, déjà entamée sous la IV^e République dont les principes sont maintenus dans le Préambule de la nouvelle Constitution, autant que pour dessiner les contours d'une présence incontournable dans les nouvelles relations internationales²⁰⁹.

Les premiers membres du Conseil constitutionnel, tous anciens hauts fonctionnaires ou hommes politiques proches du Général de Gaulle ont donc bien conscience de ces enjeux nouveaux, et de la façon dont le père et premier Président de la Ve République a pensé le rôle de chaque institution dans cette configuration globale. Le premier Président du Conseil constitutionnel, Léon Noël, Docteur en droit puis maître des requêtes au Conseil d'Etat et haut fonctionnaire responsable de différents cabinets ministériels avant et après la première Guerre Mondiale, est ambassadeur de France en Pologne puis Ministre des Affaires étrangères lors de l'armistice franco-allemand et franco-italien de juin 1940, qu'il refusera de signer, en présence de Hitler et du Général italien Badoglio. Nommé délégué général de la zone occupée par le Maréchal Pétain alors investi des pleins pouvoirs constituants par l'Assemblée nationale de la III^e République agonisante, Léon Noël, en profond désaccord avec le gouvernement de Vichy en résultant, démissionne fin juillet 1940. Il se rallie en 1943 à de Gaulle et à la résistance dont il sera l'un des chefs de file à Paris. Après la guerre, il rejoint le Rassemblement du peuple français (RPF) fondé par de Gaulle pour mettre en œuvre le programme annoncé dans le discours de Bayeux. Proposant de dépasser les fragilités institutionnelles de la IV^e République, au-delà du clivage droite/gauche, le mouvement se propose d'abord de réunir tous les « gaullistes ». Découragé par l'effondrement, en 1955, de ce parti rongé par de nombreuses dissensions après de premiers francs succès, il fait partie, sans surprise, de ceux qui appellent, à l'initiative du second Président de la IV^e République, René Coty, le retour du Général de Gaulle au pouvoir après la crise de mai 1958 liée au contexte insurrectionnel déclenché par les généraux français partisans d'une Algérie française. C'est la fin de la IV^e République. Léon Noël raconte dans ses mémoires²¹⁰ que dès la prise de fonction de de Gaulle, dont il demeure l'un des fidèles admirateurs, à la Présidence de la République,

« son entourage ne l'appelle que 'mon général' » ; et de poursuivre :

« Je ne l'appelle pas autrement, comme l'Histoire ! Il reste bien le 'général de Gaulle' qui se trouve être, pour l'instant, Président de la République. C'est vraiment un personnage unique et, comme je le lui ai dit il y a quelques mois, qui n'a pas fini d'étonner l'Histoire »²¹¹.

Les autres membres nommés dans ce premier Conseil constitutionnel s'inscrivent dans cette mouvance où l'admiration pour le Général le dispute à l'importance des convictions partagées avec les siennes ; ils sont par ailleurs aussi tous issus de la vie politique ou de la haute administration. L'on a déjà commenté les doutes de Léon Noël quant à la capacité pour le Conseil constitutionnel d'inscrire un rôle institutionnel pérenne en raison des limites de ses compétences attributives, de sa dépendance vis-à-vis des quatre autorités, Président de la République, Premier ministre, Président du Sénat et Président de l'Assemblée nationale, et de

²⁰⁹ Dans les mémoires de Michel Debré, père de la Constitution de 1958 avec le Général de Gaulle, figure un récit très parlant de sa rencontre avec Pierre Mendès-France, et de la vision que ce dernier a de la place de la France à l'international et du rôle nouveau que vont être amenées à jouer les institutions internationales. Michel Debré, *Trois républiques pour une France, Mémoires 1946-1958*, Albin Michel, Paris, 1988. p.66-67.

²¹⁰ Léon Noël, *De Gaulle et les débuts de la Ve République 1958-1965*, Plon, Collection espoir, Paris, 1976.

²¹¹ *Op. Cit.*, p.15.

la façon dont le Parlement censé être ainsi rationalisé pourrait bien tacitement s'entendre avec le Gouvernement pour laisser, par exemple, ce dernier gouverner par décret sans faire jouer la responsabilité gouvernementale par la procédure de la motion de censure, ou encore à l'inverse légiférer sur des matières d'ordre réglementaire dès lors que les autorités capables de saisir le Conseil s'entendent pour le tolérer. L'on entend à présent les regrets du premier Président du Conseil constitutionnel quant à la durée trop courte – de neuf ans- du mandat des membres de l'institution, au rang protocolaire trop bas comme aux rémunérations qui

« ne correspondent nullement à l'importance de leurs attributions, ni au rôle éminent qui leur incombe dans l'Etat »²¹².

Ce sont là, explique-t-il, des conditions bien peu tentantes pour appartenir à une telle instance en comparaison des honneurs et des émoluments que les hautes personnalités sollicitées pour en faire partie recevraient dans d'autres fonctions publiques ou dans le privé. Enfin, Léon Noël, même si nous accordons du crédit à sa voix en tant que celle du Président de l'institution, autrement dit celle, comme aujourd'hui encore, de son seul représentant à l'extérieur, ne parle ici ni pour lui seul, ni même pour le Conseil constitutionnel à l'instant donné, mais se fait le porte-voix de toute une génération de membres du Conseil : il déplore notamment les soupçons éveillés dans l'opinion publique par les membres du Conseil, actuel et à venir, qui continueraient d'exercer d'autres fonctions publiques ou privées contrairement au règlement.

« Cette possibilité, dit-il, éveille parfois les soupçons, d'ailleurs tout-à-faut injustifiés, dans une opinion volontiers malveillante et toujours mal informée »²¹³.

La mission est donc ardue pour les membres du Conseil constitutionnel qui doivent se convaincre de l'adéquation existant entre l'éminente mission qui leur incombe et celle qui doit, selon eux, leur incomber étant donné leur carrière antérieure et malgré les manquements formels à une telle adéquation ; mais elle l'est aussi en ce qu'ils doivent également convaincre les acteurs de la vie politique de l'importance d'une mission dont eux-mêmes ne doutent pas mais dont ils perçoivent l'avènement, sinon dans le rejet, du moins dans l'indifférence générale. Dominique Schnapper a précisément relevé les critiques alors proférées à l'égard de l'institution par, notamment, certains professeurs de droit dont elle conclut que l'image du Conseil leur semblait

« un club réunissant de temps à autre des politiques retraités et quelques notables, alors que le principe même de son existence était mal accepté par le monde parlementaire », bref que cette dernière « fut exécration »²¹⁴.

Les premiers membres du Conseil, Maurice Patin, certes Docteur en droit mais faisant toute sa carrière dans les grandes instances judiciaires en spécialiste des affaires criminelles, Georges Pompidou, professeur de lettres, maître des requêtes au Conseil d'Etat et directeur général de la Banque Rothschild mais également chargé de mission au cabinet du Général de Gaulle dont il gagne la confiance alors que celui-ci est Président du gouvernement provisoire de la République française dès la fin de la seconde Guerre Mondiale, sont nommés, avec Léon Noël, par le Président de la République ; Maurice Delépine, Conseiller d'Etat, nommé, en

²¹² *Ibid.*, p.34.

²¹³ *Ibidem.*

²¹⁴ Dominique Schnapper, *Op.Cit.*p.56.

1937, Chef de cabinet de Vincent Auriol alors ministre socialiste de la Justice, puis démis de ses fonctions par le Gouvernement de Vichy et poursuivant alors sa carrière au Conseil d'Etat, Charles Le Coq de Kerland, avocat, ancien résistant, Jean Gilbert-Jules, avocat, sénateur radical-socialiste, ministre de l'intérieur au début de la guerre d'Algérie, sont nommés par le Président du Sénat radical-socialiste, Gaston Monnerville ; Victor Chatenay, ancien résistant et grand admirateur du Général de Gaulle²¹⁵, ancien membre du RPF déjà cité, Louis Pasteur Vallery-Radot, professeur de Médecine, ancien résistant, ancien député RPF, et Jean Michard-Pellissier, sont nommés par le Président de l'Assemblée nationale, Jacques Chaban-Delmas, ancien résistant, compagnon de la Libération, membre du RPF puis du mouvement des Républicains sociaux (RS) soutenant l'action du Général de Gaulle entre 1956 et 1958 et ensuite membre de l'Union pour la nouvelle République (UNR) ayant pris la suite du mouvement RS. Docteur en droit et diplômé de l'Ecole libre des sciences politiques, Michard-Pellissier est avocat à la cour d'appel de Paris ; élu aux élections législatives des 26 avril et 3 mai 1936, il siège alors à l'Assemblée nationale au sein du groupe de la gauche indépendante. Il vote la loi constitutionnelle le 10 juillet 1940 accordant les pleins pouvoirs au maréchal Pétain mais son activité auprès de la Résistance pendant l'occupation lui vaut d'être relevé de son inéligibilité par le jury d'honneur présidé par René Cassin. S'il ne sera pas réélu député, il poursuit sa carrière d'avocat d'affaires, puis devient maire de Soulac-sur-Mer (Aquitaine) en 1953 et se lie d'amitié avec Jacques Chaban-Delmas, maire de Bordeaux, qui lui permet d'être rappelé dans des cabinets ministériels, notamment lorsque ce dernier est ministre des travaux publics (juin 1954-février 1955) puis de la Défense nationale (décembre 1957-mai 1958).

Tous renvoient directement l'image, de l'aveu même de leur Président, d'une institution non seulement créée pour rationaliser l'action parlementaire mais encore pour le faire en tant qu'émanation du pouvoir politique gaulliste plus qu'au titre de ses compétences juridiques. Il nous faut cependant nuancer cette considération sur la faible dimension juridique des parcours des premiers membres du Conseil constitutionnel, que Léon Noël avance dans ses mémoires : nous l'avons vu, nombre d'entre eux avaient tout de même en effet une formation juridique, voire avaient partiellement exercé un métier juridique²¹⁶ avant leur carrière en général politique ; il demeure cependant qu'aucun juriste au long cours, au sens où l'entend la doctrine, c'est-à-dire aucun professeur de droit, ne fait alors partie du Conseil constitutionnel.

Affirmant le caractère malaisé de sa tâche, le Président Léon Noël en conclut que,

« il importait, au plus haut point, que, dès son entrée en fonctions, le Conseil constitutionnel donnât l'impression qu'il était absolument indépendant et qu'il s'en tiendrait strictement au rôle juridictionnel

²¹⁵ Léon Noël, *Op.Cit.*, p.23.

²¹⁶ L'actuel Président du Conseil constitutionnel, Jean-Louis Debré, dans son allocution introductive du colloque Pompidou (avril 2014) mentionne ce point afin de rendre compte de ces profils au moins partiellement juridiques cf. « Discours », *Colloque Georges Pompidou, membre du Conseil constitutionnel 1959-1962*, 2 avril 2014 ;

<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/documentation/contributions-et-discours/2014/le-conseil-constitutionnel-lors-de-sa-mise-en-place.140542.html>

Nous verrons aussi plus tard que c'est là une tendance actuelle de tenir à rendre publique cette dimension d'expertise juridique ; du reste mon entretien avec Monsieur le Président Debré m'en a convaincue. Léon Noël, de son côté, rend plutôt hommage aux parcours politiques et résistants des premiers membres du Conseil et renvoie probablement aussi à la critique que firent réellement certains professeurs de droit du manque de juristes du fait peut-être de leur propre absence ou de celle de leurs pairs dans ce premier Conseil.

que la Constitution lui assignait. Aucune illusion n'était possible, poursuit-il, le Conseil constitutionnel aurait grand peine à imposer moralement son autorité et à acquérir le prestige qui lui était nécessaire »²¹⁷.

C'est dans ce contexte et autour de ces parcours que se déploient les premières délibérations du Conseil constitutionnel ; la lecture analytique effectuée en interrogeant le rôle relatif des arguments mobilisés pour signaler le rôle de l'institution met en évidence le thème dominant du rôle de l'usage du droit imposé par la Constitution elle-même et tout autant allié à cette quête de crédibilité que Léon Noël évoquait plus haut, comme celle d'une autorité morale.

1.2.1.a. A l'ombre du Président de la République, le droit constitutionnel

Séance du 07 avril 1960, séance hors délibéré, sur un vœu de révision de l'article 61 de la Constitution pour l'auto-saisine du Conseil

=> Qu'apprend-on ici ?

Les membres du tout jeune Conseil constitutionnel ré-évaluent la compétence de l'institution et notamment l'intérêt d'une éventuelle auto-saisine; le débat, vif, permet de saisir le lien entre les dimensions politique et juridique du rôle du Conseil constitutionnel, du point de vue de ses membres et, ce faisant, ce qui permet à ces derniers de considérer leurs décisions acceptables.

Le 07 avril 1960, alors qu'après un an et demi d'existence, le Conseil constitutionnel a principalement eu à traiter de lois organiques ou d'élections à l'une des deux chambres, Vincent Auriol, ancien Président socialiste de la IV^e République et membre de droit de l'institution, propose un débat officiel sur la possibilité d'un vœu de révision de l'article 61 de la Constitution. Il expose alors à ses collègues l'intérêt d'enrichir cet article prescrivant les modalités de saisine du Conseil constitutionnel pour le contrôle de constitutionnalité des lois, par une possibilité d'auto-saisine²¹⁸. Ce vœu « hors-délibéré » fait l'objet d'une objection immédiate de la part du Président Léon Noël, suivi de l'autre ancien Président de la IV^e République, René Coty, également membre de droit du Conseil constitutionnel : leur institution ne peut sortir de son rôle en suggérant une telle révision constitutionnelle pour la simple raison que l'initiative d'une révision ne fait pas partie de ses compétences actuelles. Celle-ci n'est donc envisageable qu'officieusement, suggère Léon Noël, afin de ne pas donner le « mauvais exemple » en outrepassant ses compétences par cette simple suggestion, par cet avis consultatif qui n'est même pas tenu par le secret puisqu'il est ici débattu hors délibéré. Or, à qui faut-il ainsi donner l'exemple, peut-on se demander ? René Coty renchérit en précisant que le Conseil constitutionnel surveille le respect de la procédure constitutionnelle de révision par les Assemblées, ne pouvant émettre de vœux en la matière, et qu'il ne peut donc « s'arroger » lui-même un tel un droit interdit aux parlementaires. Le cœur du débat

²¹⁷ Léon Noël, *Op.Cit.*, p.35.

²¹⁸ Cette proposition, apprend-on à la fin du débat, fait suite à deux « violations constitutionnelles » selon Vincent Auriol qui évoque ici la possibilité de récentes élections algériennes truquées, et le refus du Président de la République de convoquer le Parlement.

s'achemine vers l'interprétation du lien entre gouvernement et respect de la Constitution, le premier n'étant pas l'attribut du Conseil constitutionnel, rappelle René Coty; l'argument le plus largement mis en avant par Vincent Auriol est cependant que,

« ce n'est pas gouverner que demander le respect de la Constitution »,

situant de cette manière le Conseil en marge du gouvernement mais sur un plan dont on ne saurait dire s'il est considéré comme supérieur, tout en pouvant affirmer qu'il est celui de la Constitution. Dans les termes plus savants de la hiérarchie des normes, c'est le principe fondamental de l'Etat de droit, à savoir le surplomb de la puissance publique dans son ensemble par la norme supérieure, qui est âprement discuté, principalement par les deux anciens Présidents de la IV^e République et Léon Noël. En effet, si pour Vincent Auriol, se mettre au même plan que le Parlement en étant capable de demander un contrôle de constitutionnalité des lois qu'il vote, n'est pas gouverner, dans la mesure où respecter la Constitution ne renvoie pas à l'action législative elle-même, le Président du Conseil constitutionnel objecte d'entrée de jeu que leur institution ne peut se placer au-dessus du suffrage universel. C'est bien la place du gardien de la Constitution qui fait débat. René Coty fait alors de cet argument le cœur de la question après avoir exprimé que l'avis du Conseil constitutionnel sur une réforme de sa saisine pourrait toujours être transmis dans le cadre de discussions libres, sans besoin de passer par un vœu officiel et constitutionnellement permis. C'est donc sur le fond qu'il faut s'entendre selon lui. Il est intéressant de noter que dès ce débat, dès ces premières années du Conseil constitutionnel, René Coty suivant Léon Noël, suivant ici lui-même Vincent Auriol qui en a maladroitement fait la cause de sa demande, sont rejoints par Georges Pompidou pour soutenir l'idée que le Conseil constitutionnel éviterait mieux une inconstitutionnalité législative si les possibilités de saisine étaient plus étendues, notamment au Parlement, au nom même, dit Coty dans une formule presque prémonitoire²¹⁹, des « droits de la minorité ». Mais l'argument contre le projet de révision proposé, celui d'une auto-saisine du Conseil constitutionnel, sur lequel insiste Coty, renvoie à une réflexion de théorie politique fortement ancrée dans le contexte historique français abordé en introduction :

« Il ne doit pas y avoir une Cour constitutionnelle au-dessus des pouvoirs mais une Cour d'arbitrage entre les pouvoirs ; le jour où il y aura une Cour suprême, il n'y aura plus de démocratie »

tranche en effet René Coty, après avoir évoqué la « suprématie des juges » seulement envisageable dans le cas fédéral illustré par le modèle américain²²⁰.

L'échange est alors vif mais concluant lorsque Vincent Auriol demande comment définir le régime où tous les pouvoirs violeraient la Constitution et que René Coty répond que

²¹⁹ La même formule est en effet exprimée dans la délibération sur la loi organique relative à la réforme constitutionnelle de 1974 élargissant la saisine du Conseil à soixante députés ou soixante sénateurs.

²²⁰ Il l'associe ainsi, dans le cas américain, à la nécessité de réconcilier plusieurs situations locales à l'horizon de l'Etat fédéral national mais il omet de préciser que la théorie politique américaine défend une vision de la Constitution proche de celle qu'avance Auriol ici, une Constitution reflet du pouvoir constituant, instituant tous les pouvoirs constitués, situés alors sur un même plan indépendamment de leur prérogatives propres. Cf, partie introductive ou directement *Federalist papers, Op. Cit., Le Fédéraliste*, Art. 78.

c'est le régime de la République depuis 1875 ! Peut-on ici suggérer l'ironie ou encore la résignation d'une réponse qui évoquerait, sans s'en émouvoir outre mesure, les révisions constitutionnelles soutenues, voire portées par son auteur lui-même et pourtant sujettes à polémiques, celles ayant conduit, précisément, au régime de Vichy mais aussi à la Ve République²²¹ ? S'il est complexe de chercher à élucider les états d'âme de René Coty, c'est surtout peu pertinent pour le propos : c'est l'effet de son énoncé sur la tournure de la discussion, dans la mesure où celui-ci exprime un point de vue déterminant sur le rôle de l'institution, qui nous intéresse. Il est à ce titre saillant que le dernier Président de la IVe République entende ainsi clore le débat lié au gardien de la Constitution : nul ne peut se réclamer d'un tel rôle en surplomb du pouvoir en place, explique-t-il depuis le début, dès lors que ce pouvoir est légitime, à savoir élu, si l'on s'en tient à la République depuis 1875. Il peut paraître alors paradoxal d'entendre certains membres du Conseil constitutionnel s'en remettre à la suprématie électorale quitte à ce qu'elle soit contraire à la lettre de la Constitution, tout en se montrant néanmoins fort attachés à ne pas dévier eux-mêmes des exigences procédurales de la Constitution. Le paradoxe peut cependant être dépassé si l'on se souvient que ce respect de la Constitution apparaît dès le début, dans la bouche de Léon Noël et dans celle de René Coty, comme une garantie de crédibilité pour le Conseil constitutionnel, dépendant d'une saisine en effet jugée bien étroite. Sur le fond, l'argument de René Coty sur la primauté traditionnelle de la volonté souveraine de la Nation sur la Constitution elle-même tourne donc un peu court : les détracteurs de la proposition de Vincent Auriol préfèrent en effet s'en remettre, et lui-même s'y réfère aussi, à un projet ultérieur d'élargissement de la saisine afin que le Conseil soit plus sûrement saisi en cas de manquement constitutionnel. Nul n'entend donc sérieusement accepter une violation de la Constitution mais les marges de manœuvre du Conseil constitutionnel en la matière sont limitées et ses membres en sont conscients. Ce dernier point, au moins, est consensuel. Par ailleurs, Georges Pompidou rappelle succinctement que la situation présente²²² renvoie à un conflit entre le Parlement et le Président de la République et que l'arbitrage de ce type de conflit par le Conseil constitutionnel ne lui semble pas « indispensable » eu égard aux dispositions que prévoit la

²²¹ René Coty, alors sénateur sous la IIIe République vote la délégation du pouvoir constituant au Maréchal Pétain par la loi constitutionnelle éponyme du 10 juillet 1940. Ses faits de résistance ont néanmoins contribué à racheter cet acte pour lequel il avait été jugé inéligible en 1944 ; en 1945, un jury d'honneur le réhabilite. L'ordonnance du 9 août 1944 refuse à cette loi du 10 juillet 1940 la qualité de loi constitutionnelle – Le 1^{er} juin 1958, le Parlement de la quatrième République investit de Gaulle à la tête du gouvernement sous la pression du Président de la République René Coty, qui lui confie ensuite la charge de rédiger la nouvelle Constitution tandis que la nouvelle procédure de révision est issue du vote, constitutionnel, d'une dérogation à la procédure de révision elle-même...ce qui permet, contre le texte de la Constitution de 1946 de confier le pouvoir de révision à de Gaulle plutôt qu'à l'Assemblée nationale comme prévu.

²²² En quelques mots, le 17 mars 1960, le Président de l'Assemblée Nationale, Jacques Chaban Delmas, transmet au Président de la République une lettre de demande de convocation de l'Assemblée nationale en session extraordinaire, faisant suite à la demande de celle-ci à la majorité de ses membres (Art 29 de la Constitution) et accompagnée des 287 signatures de ceux-ci, ainsi que d'un ordre du jour détaillé en cinq propositions de lois relatives au monde agricole. En réponse, par une lettre du 18 mars 1960, le Général De Gaulle rejetait la demande pour plusieurs motifs : l'interdiction du mandat impératif tandis que la demande était formulée à la suite de pressions des organisations paysannes ; le refus de créer un précédent ; le refus d'anticiper sur le programme gouvernemental ; le refus de contrarier l'article 40 (conséquence des demandes afférentes sur les ressources publiques) ; enfin, le Président fonda le pouvoir de rejeter cette demande sur son rôle de gardien de la Constitution et d'arbitre du fonctionnement réguliers des pouvoirs publics, conformément à l'article 5 de la Constitution.

Constitution²²³. Là encore, le rôle que pourrait s'arroger le Conseil, ou simplement une extension de celui-ci qu'il pourrait suggérer, semblent des options aux contours d'autant plus incertains qu'elles pourraient mettre le Conseil constitutionnel dans une position politique dépassant son seul rôle d'arbitre du respect de la Constitution. Jean Gilbert-Jules clôt ce volet du débat par un compromis à trouver entre les conceptions défendues respectivement par René Coty et Vincent Auriol : ni « gouvernement des juges », ni « muets du sérail ». Toutefois, aux yeux de la grande majorité des membres du Conseil constitutionnel qui s'expriment ici, le choix de la nation souveraine prime la justice constitutionnelle si les deux doivent être mis en balance à autorités égales comme le suggère Vincent Auriol ; ce n'est cependant pas le cas lorsque ce sont ces mêmes représentants de la nation souveraine qui demandent au Conseil constitutionnel de trancher, ce dernier ne prétendant pas alors prendre le dessus sur le suffrage universel.

Le Conseil constitutionnel semble ici osciller entre le respect républicain du suffrage universel et les limites constitutionnelles qu'il se doit de faire respecter à celui-ci. Pourtant, si le Conseil constitutionnel se doit plutôt ici de rester discret en ne proposant pas de révision constitutionnelle selon une modalité qui ne serait pas, en l'occurrence, constitutionnelle, c'est pour une raison qui ouvre et clôt le débat, par la bouche de son Président : le Conseil constitutionnel ne peut se permettre de bafouer lui-même la Constitution s'il entend être crédible auprès des Assemblées dont il espère pouvoir étendre les possibilités de saisine pour maintenir, sinon accroître, son « autorité ». Ce terme conclusif de Léon Noël donne toute sa cohérence au propos dont il fait le fil conducteur du débat ; cette autorité dont parle Léon Noël ne saurait d'ailleurs s'affirmer à travers une extension du rôle seulement consultatif du Conseil constitutionnel et c'est bien une extension de la saisine parlementaire qu'il préconise ici comme le compromis recherché mais dont le débat est néanmoins reporté *sine die*. Vincent Auriol a donc malgré tout permis de faire émerger un consensus sur le caractère trop étroit des possibilités de saisine mais il se heurte tout au long du débat à une conception de la légitimité démocratique exclusivement électorale²²⁴.

Le 15 juin de la même année, Léon Noël reçoit un courrier de Vincent Auriol lui faisant part de sa décision de ne plus siéger au Conseil constitutionnel afin, apprend-on dans les mémoires du Président de l'institution, de ne plus « demeurer impuissant ni muet en présence des atteintes portées à la souveraineté nationale »²²⁵, faisant sans doute allusion à la validation antérieure, par le Conseil constitutionnel, d'élections algériennes « truquées » qu'il avait déjà évoquées dans cette délibération²²⁶ à l'appui de son projet sur l'auto-saisine, et

²²³ Motion de censure notamment (Art.49).

²²⁴ Dans cette optique, l'on peut même supposer que la remarque précédente de Coty ne sous-entendait rien d'autre que cette prépondérance du choix électoral : après tout, les pouvoirs de Pétain ont été votés par les représentants de la Nation et la loi constitutionnelle issue de la révision de 1958 a été votée par référendum ; dans les deux cas, c'est la procédure de révision qui peut sembler prendre des libertés par rapport au texte constitutionnel ; ainsi, si l'élection prime, la Constitution résolument moins, à moins de considérer avec certains constitutionnalistes que la procédure de révision a été, elle, légalement révisée (cas du passage de la IIIe République à Vichy via la délégation du pouvoir constituant à Pétain mais votée selon des termes constitutionnels et cas de la dérogation à la procédure de révision prévue par la Constitution de la IVe République mais cette dérogation elle-même ayant été votée selon une procédure constitutionnelle).

²²⁵ Léon Noël, *Op.Cit.* p.122

²²⁶ Si cette phrase fait directement écho à la souveraineté nationale donc à la parole de la nation souveraine exprimée à travers les élections, mentionnons aussi ici, à titre d'éclairage contextuel permettant de mieux cerner le propos de Vincent Auriol, que ce débat intervient quelques mois après le vote de la Loi Debré sur

rappelant ainsi qu'à ses yeux aussi prime la souveraineté nationale, étant entendu que ses modalités d'expression sont décrites par des procédures constitutionnelles précises. La perspective politique de Vincent Auriol ne saurait ici être ignorée : partisan du non au référendum relatif à la Constitution de la Ve République pour le rétrécissement du pouvoir législatif que, selon lui, elle instaure, il entrevoit sans doute aussi le rôle du Conseil constitutionnel comme un contre-pouvoir permettant, par la suprématie de la Constitution, de contrôler tous les pouvoirs et pas quasi-exclusivement le législatif ; lorsque René Coty ou Léon Noël lui objectent la souveraineté du suffrage universel, on peut donc y déceler une certaine ironie relayée du reste par la remarque finale adressée par René Coty à Vincent Auriol :

« jamais un doctrinaire de gauche n'a proposé l'institution d'une cour constitutionnelle ».

Il fait en effet en réalité peu de doute que la proposition de Vincent Auriol n'ait rien de l'idée conservatrice d'une Cour tendant à contrecarrer les élans de la souveraineté nationale. Du reste, Vincent Auriol ne semble pas animé, comme les autres membres du Conseil constitutionnel et à l'instar de son Président, par la même préoccupation du moyen le mieux adapté pour étendre le pouvoir du Conseil constitutionnel.

Il est enfin un autre point récurrent du débat qui ne laisse de surprendre de la part d'une assemblée constitutionnellement conçue comme indépendante : la référence que constitue son fondateur, le Président de la République, pour la conception que se fait le jeune Conseil constitutionnel de son rôle. Sous la menace proférée par Vincent Auriol de quitter l'institution à la fin du débat, Léon Noël s'engage personnellement à s'entretenir avec le Président de la République, Charles de Gaulle, des questions soulevées ce jour-là. C'est donc alors le pouvoir exécutif qui semble le seul à pouvoir juger de la pertinence des évolutions entrevues pour le Conseil constitutionnel. Il est saisissant de voir que cette façon d'apaiser le débat est quasiment consensuelle – l'histoire montre tout de même que Vincent Auriol reste peu convaincu mais le débat se clôt néanmoins - ; le Président de la République tranchera sur le rôle du Conseil constitutionnel en l'espèce ! Eu égard aux liens d'amitié de Léon Noël avec le Général de Gaulle, cette confiance n'a rien de surprenant mais elle place d'emblée le Conseil constitutionnel sous l'escarcelle du chef de l'Etat. Ne nous étonnons pas outre mesure et ne feignons pas d'ignorer que les discussions informelles entre acteurs des différents pouvoirs sont non seulement inévitables mais parfois souhaitables ; elles cristallisent cependant ici un rapport à l'Exécutif témoignant d'une filiation hautement politique au sens partisan où nous avons défini l'adjectif. Plus que d'échanges servant l'intérêt de l'une ou l'autre institution, voire, espérons-le aussi, l'intérêt public, il s'agit ici de ne s'exprimer que si le chef de l'Etat l'autorise et cette autorisation n'est elle-même possible que par les relations privilégiées qu'entretient avec lui le Président du Conseil constitutionnel.

l'enseignement privé en France et que les débats houleux entre laïcs (aux côtés desquels se range Vincent Auriol) et partisans de l'école libre (confessionnelle catholique dans la grande majorité des cas) ont conduit à un compromis politique jugé insatisfaisant par de nombreux partisans des deux bords. Dans la lettre que Vincent Auriol adresse à Léon Noël pour lui faire part de sa décision de ne plus siéger au Conseil constitutionnel, le 25 mai 1960, il s'appuie en effet sur le fait que le Conseil n'avait pas été saisi entre autres d'une question sur ces lois scolaires. Il ajoute : "Cette désinvolture à l'égard de la souveraineté nationale et de notre charte fondamentale oriente le régime constitutionnel de 1958 vers un système de pouvoir personnel et arbitraire en opposition avec les règles et principes essentiels de la démocratie." Ce texte est en ligne, par exemple sur le site de la société d'histoire de Revel Saint-Ferréol :

<http://www.lauragais-patrimoine.fr/LES-PERSONNALITES/VINCENT%20AURIOL/AURIOL1000.htm>

Beau renversement d'un argument qui visait d'abord, pour contrer Vincent Auriol, à jouer du respect de la procédure constitutionnelle et du rôle d'arbitre du Conseil constitutionnel plutôt que d'en faire une autorité rivale du Parlement : l'ombre de l'arbitre a finalement la silhouette du Président de la République...conformément cependant à l'article 5²²⁷ de la Constitution !

Ce débat intensément politique du Conseil constitutionnel, aux deux sens où nous usons du terme de « politique », n'a en effet rien d'anecdotique même s'il peut sembler sortir du périmètre précédemment délimité pour les analyses des délibérations du Conseil constitutionnel. Pour l'heure, cette délibération officielle, à laquelle les membres du Conseil ne sont même pas tenus par une quelconque saisine de donner suite, est pour cette raison le théâtre d'une liberté de ton qui conduit néanmoins le Président à trancher afin, lit-on, de clarifier le positionnement du Conseil constitutionnel aux yeux de tous. Il s'agit donc d'une délibération par et pour l'institution. Distincte en cela de notre propos davantage intéressé par les délibérations dont les décisions auront un impact sur la vie politique sous son acception la plus large, cette délibération vaut davantage comme une sorte d'avant-propos en tant que rendant explicitement compte de l'un des premiers points de vue du Conseil constitutionnel sur son propre rôle et sur l'extension envisageable de celui-ci.

Séance du 08 décembre 1960, avis sur le référendum relatif à l'auto-détermination de l'Algérie

=> Qu'apprend-on ici ?

La prise de conscience et la prise en compte de la principale contrainte du Conseil constitutionnel se confirment, à savoir celle de sa compétence attributive ; celle-ci lui permet aussi, dans le même temps, de manifester son respect du souverain, dont l'expression passe par le Président de la République et par la loi.

Quelques mois plus tard, lors de la délibération relative aux opérations préalables au référendum sur l'auto-détermination de l'Algérie, le huit décembre 1960, les membres du Conseil constitutionnel sont amenés à discuter du contenu de divers décrets proposés par le Premier ministre. Trois d'entre eux concernent directement l'organisation des opérations de référendum et notamment les partis autorisés à faire de la « propagande » – entendons à faire campagne-, le contrôle des opérations de référendum en Algérie et l'adaptation du premier décret aux départements et territoires d'Outre-mer. Sans difficulté et à l'unanimité, les membres du Conseil constitutionnel modifient les projets de décrets dans un sens plus respectueux de la Constitution ; cette unanimité étant même dans le premier cas exprimée par un vote, l'un des membres suggère de la mentionner dans l'avis à communiquer au Premier ministre mais le Président du Conseil constitutionnel exclut cette hypothèse, du reste ralliée

²²⁷ Pour rappel, l'article 5 de la Constitution de 1958 : « Le Président de la République veille au respect de la Constitution. Il assure, par son arbitrage, le fonctionnement régulier des pouvoirs publics ainsi que la continuité de l'État.

Il est le garant de l'indépendance nationale, de l'intégrité du territoire et du respect des traités ».

par aucun autre membre. Ainsi, au-delà de la discussion que la saisine leur impose, les membres du Conseil gardent-ils à l'esprit la meilleure façon de paraître unis, voie étroite vers le renforcement de leur crédibilité ; ici, la forme d'unité que laisse supposer la collégialité de leurs décisions est préférée à l'expression de l'unanimité.

Par ailleurs, le quatrième et dernier texte qui leur soumis, invite les membres du Conseil à donner leur avis sur le projet de décret du Président de la République décidant de soumettre au référendum le projet de loi lui-même relatif au référendum sur l'auto-détermination de l'Algérie, le premier référendum étant prévu le 03 janvier 1961 et le second, le cas échéant,

« dès que les conditions de la sécurité en Algérie permettront d'y rétablir le plein exercice des libertés publiques »²²⁸,

dixit le projet de loi lui-même.

Ce dernier texte suscite davantage de débats et de désaccords entre les membres du Conseil constitutionnel que les précédents : si Jean Gilbert-Jules et Léon Noël estiment que le Conseil ne doit intervenir que sur des questions d'organisation du référendum et ne pas juger de son opportunité à la place du Président de la République, Georges Pompidou, « stupéfait » de cette approche, se demande plutôt si

« le rôle du Conseil dans la Nation n'exige pas qu'il émette un avis en la circonstance »,

sans statuer sur le projet de loi mais sur le décret. L'on revient ici au débat précédent sur l'auto-saisine dont on comprend qu'il n'avait rien de ponctuel lorsque Georges Pompidou rappelle :

« nous avons passé notre temps à dire que le Conseil devrait pouvoir se saisir lui-même et, brusquement, alors que nous sommes consultés, nous chercherions un abri en jouant les Ponce Pilate ? ».

Il est intéressant pour notre question de noter que même Gilbert-Jules exprime son accord pour accroître les pouvoirs du Conseil constitutionnel mais entend seulement ne pas y procéder sans modification de la Constitution. Selon lui, sanctionner la décision du Président de la République en jugeant la constitutionnalité du référendum proposé est un acte de nature politique ; René Cassin le rejoint au motif, plus précisément constitutionnel, que la consultation du Conseil sur ce type de décision ne figure pas à l'article 11 qui décrit le recours par le Président de la République à un tel référendum tandis qu'elle y figure à l'article 16 prévoyant les conditions de pleins pouvoirs au Président de la République. Gilbert-Jules enchérit en exprimant qu'il ne saurait y avoir de conflit entre le Président et le Conseil. Voilà qui explicite les limites du pouvoir du Conseil constitutionnel : il lui serait donc impossible de s'opposer à la décision explicitement dite « politique » de recourir au référendum. Tous s'accordent finalement sur cette version en acceptant de formuler, dans l'avis final, l'incompétence du Conseil constitutionnel vis-à-vis de la décision du Président de la République de recourir au référendum, comme du projet de loi soumis à ce dernier.

Une fois encore, une forme d'auto-censure du Conseil constitutionnel par ses membres l'emporte sur l'élan, également partagé, d'en accroître la compétence, au nom, précisément,

²²⁸ Ce référendum se déroulera en Algérie le 1^{er} juillet 1962. Ce sont les Accords d'Évian qui, en mettant un terme à la guerre d'Algérie le 19 mars 1962, autrement dit en garantissant « les conditions de la sécurité » prévues par le projet de loi soumis au référendum et finalement adopté par cette voie le 3 janvier 1961, prescriront la tenue de ce second référendum dans un délai compris entre trois et six mois.

du respect de la Constitution et de la souveraineté exprimée dans la loi ou à travers la décision du Président de la République.

Séance du 23 mai 1961, avis sur la mise en œuvre de l'Article 16 de la Constitution.

⇒ Qu'apprend-on ici ?

Le contenu de cette délibération est par définition politique, au sens où l'analyse de la constitutionnalité demandée ne peut se faire sans juger de l'opportunité du choix correspondant proposé par l'un des organes du pouvoir politique. Il s'avère que les membres du Conseil constitutionnel s'expriment ici au nom de leur mission attributive telle que précisée dans la Constitution tout en privilégiant une certaine idée de la stabilité nationale ; si celle-ci oscille entre, d'un côté, le fait de privilégier le Parlement, et, de l'autre, celui de privilégier l'approche plus directe du Président de la République, cette alternative se résout par la priorité de la confiance que tous, à commencer par le « peuple », ont en ce dernier. Le droit constitutionnel apparaît cependant indépassable à des fins de crédibilité mais aussi eu égard à un certain respect des membres du Conseil constitutionnel pour leur mission ; il n'en demeure pas moins qu'il ne prime pas en tant que tel quand bien même il le pourrait. La discussion demeure largement dominée par une réflexion politique qui, certes, s'impose ici mais qui déborde le cadre de la constitutionnalité du choix politique exprimé par l'auteur de la saisine. Ainsi, quand l'occasion leur est donnée de mener une réflexion politique, les membres du Conseil constitutionnel considèrent-ils de leur mission de maintenir la stabilité politique de la nation, avec la contrainte de présenter leur décision sous l'angle du respect de la Constitution. Cette stabilité, dans ce cas de figure, est corrélée à la confiance générale dont jouit le Président de la République selon eux.

Cet argument repéré dans la délibération précédente quant au respect de la souveraineté est repris pour justifier l'avis positif donné le 13 avril 1961 par le Conseil constitutionnel au Président de la République, Charles de Gaulle, quant à la mise en œuvre de l'article 16 de la Constitution, accordant, sous certaines conditions, les pleins pouvoirs au Président de la République. Cet avis, fameusement cité comme un cas illustrant le soutien indiscutable du Conseil à son créateur plus qu'à la Constitution elle-même, invite par nature les membres du Conseil constitutionnel à mener un débat au cours duquel ils prennent la pleine mesure de l'impact politique de leur choix. En l'occurrence et contrairement aux deux cas précédents, l'avis du Conseil porte ici nécessairement sur un choix politique et l'article 16 de la Constitution en fait explicitement état, comme cela avait été rappelé lors de la délibération précédente. Chaque argument y porte en effet nécessairement la marque de la conception que les membres du Conseil constitutionnel se font du rôle de leur institution au sein du système politique en place puisqu'ils ont, précisément, à formuler un avis sur le caractère constitutionnel d'une décision politique particulièrement circonstancielle. Le type d'avis dont il est question est en effet exclusivement celui pour lequel la Constitution autorise le Conseil à inférer sur les choix politiques du gouvernement, sur le même plan, certes consultatif, que le Premier Ministre et les Présidents des Assemblées sont appelés à le faire. Georges Pompidou, membre du Conseil constitutionnel qui s'était montré prudent vis-à-vis du rôle politique que s'arrogerait l'institution notamment lors du débat sur l'auto-saisine, puis

plus enclin à proposer au Conseil de juger de la pertinence d'un référendum, se montre à présent d'autant plus prompt à discuter du fond de la question que la Constitution le prévoit: tout en soulignant que la rébellion de certains chefs militaires à Alger ne renvoie pas exactement à la situation décrite à l'article 16, il voit tout de même

« un risque immense à refuser au chef de l'Etat de faire jouer l'article 16 » ;

et de préciser ce risque qui repose sur une remise en cause explicite de la capacité du Parlement à agir vite. Ce facteur de division nationale, rappelle Georges Pompidou, est confirmé comme tel par les leçons de l'Histoire récente et précisément par la situation de 1940 où le Président Lebrun avait regretté de ne pas avoir eu plus de pouvoirs. Pompidou saisit ainsi l'occasion qui est offerte au Conseil constitutionnel par cette consultation de donner un avis politique. La discussion se poursuit longuement sur ce terrain d'opportunité politique, bien au-delà du constat partagé de l'ambiguïté de la situation réelle à Alger qui, de l'avis général des membres du Conseil constitutionnel, ne permet pas d'affirmer que, le « fonctionnement régulier des pouvoirs publics constitutionnels est interrompu » comme le prévoit l'article 16.

S'agit-il alors d'un artifice auto-justificatif partagé par les membres du Conseil pour faire droit à leur tendance à ne pas égratigner le Général de Gaulle ou bien de l'expression d'un certain point de vue politique que la Constitution leur permet d'exprimer? Nous résisterons à toute interprétation trop hâtive et la doctrine, sur le seul fondement de la décision, semble avoir tranché le débat depuis longtemps, renvoyant à la faute juridique du Conseil ; l'on peut cependant simplement établir que si la Constitution prévoit un avis du Conseil constitutionnel avant la mise en œuvre de l'article 16 par le Président de la République, elle suggère plutôt que celui-ci portera sur l'adéquation entre la situation réelle de la Nation et les circonstances mentionnées dès le début de l'article pour le rendre applicable : il n'est pas dit en revanche que le Conseil constitutionnel soit supposé répondre d'une autre forme d'opportunité politique. Or ses membres s'étaient jusque-là montrés fidèles à sa compétence attributive, en en appelant à son créateur pour trancher quant aux évolutions de cette compétence : les voici qui semblent à présent la dépasser en débattant des compétences du Parlement et des conséquences qu'il y aurait à opposer un refus au Président de la République. La discussion n'en est pas moins pertinente et les arguments développés ont leur poids pour une analyse complète de la situation politique du pays mais le fait qu'ils permettent de conclure à un blanc-seing donné pour l'application de l'article 16 alors qu'ils outrepassent le domaine de compétence du Conseil constitutionnel crée, pour le moins, un doute quant à la motivation première de ce dernier. Sa retenue ne semble au fond valoir que lorsqu'elle lui évite de se confronter au Général de Gaulle tout en lui garantissant une certaine crédibilité vis-à-vis des instances de saisine. Maurice Patin va plus loin, qui martèle à côté de l'argument de l'opinion publique, également avancé, que « c'est au général de Gaulle que le peuple accorde sa confiance, plus qu'aux institutions. On sait que lui seul, actuellement, peut sauver le pays ».

Il va de soi que si l'on ne peut faire ici l'impasse sur les liens d'amitié qui rapprochent Maurice Patin, comme d'autres membres du Conseil constitutionnel, de Charles de Gaulle, l'on ne peut non plus sous-estimer l'ethos républicain de ses membres à une période politiquement très tendue pour la jeune Ve République. Le recours à cet article, jusqu'à

aujourd'hui seulement mis en œuvre à cette seule occasion depuis la création de la Ve République, cristallise en effet l'opposition même entre la politique du Général de Gaulle et les partisans résolus de l'Algérie française.

Les arguments politiques invoqués, dépassant l'analyse de l'adéquation de la situation aux circonstances prévues par l'article 16, sont ainsi guidés par l'amitié envers le Général de Gaulle et par ce qu'il incarne historiquement. Ils se nouent autour d'un sentiment commun d'appartenance à la République française et à une certaine conception de celle-ci, organisée par une Constitution comprise comme l'orientation politique choisie par de Gaulle. Tout se passe ici comme si une amitié politique, une *philia* aristotélicienne, soutenait la stabilité recherchée pour la cité.

Quel lien avec la conception qu'ils expriment de leur rôle ? D'un côté, les membres du Conseil constitutionnel semblent conscients de devoir leur légitimité à la création du Conseil constitutionnel par la Constitution insufflée par le Président de la République, porteur d'une légitimité charismatique au sens wébérien ; ils manifestent ainsi un attachement à leur mission attributive en tant que correspondant au vœu de ce dernier tandis qu'ils s'en remettent à son avis supposé ou attendu quand l'issue des débats pourrait contrecarrer ses projets. D'un autre côté, eu égard à la situation politique de la France, en pleine décolonisation et en même temps en pleine consolidation de la société d'après-guerre, pour laquelle le Général de Gaulle a, précisément, été rappelé au pouvoir²²⁹, les membres du Conseil constitutionnel s'envisagent aussi comme les garants du respect de la Constitution au nom de la stabilité des institutions républicaines qu'elle promet. Là encore on ne peut nier à ces institutions leur incarnation par celui qui les a très largement conçues ; la valeur symbolique du référendum qui en fait finalement le produit du peuple souverain semble ici se concevoir à travers ce débat comme un lien renforcé entre le peuple et le Président, puisque ce référendum du passage à la Ve République intervient à l'initiative de celui qui est venu au secours de la Nation. Cette stabilité institutionnelle promise par la Constitution est ainsi encore lue à travers un certain esprit gaulliste de cette même Constitution, rappelé du reste dans son article 5 mentionné plus haut.

En d'autres termes, dans le premier cas, sur un plan constitutionnel, les membres du Conseil constitutionnel considèrent qu'ils ne peuvent être au-dessus du Président de la République et qu'en cas de besoin, c'est lui qui dit le droit. Dans le deuxième cas de figure, en jouant la carte du Président de la République, les membres du Conseil constitutionnel expriment que leur sentiment n'est pas d'outrepasser la Constitution mais plutôt de soutenir la Nation, à travers ce rôle de garant de la continuité de l'Etat qui incombe, précisément, au Président de la République. Ils n'expriment pas, cependant, une telle crainte de bafouer la Constitution, même si le texte de celle-ci n'est pas respecté à la lettre comme le traduit sans contester la phrase citée plus haut de Maurice Patin, décisive ; le Président Léon Noël commente, en effet, que malgré les raisons plus objectives concernant la non-nécessité d'appliquer l'article 16,

« il a été plus frappé par l'intervention de Monsieur Patin ».

²²⁹ Alors en tant que Président du Conseil à la demande du Président Coty, sous la IVe République, à la suite du putsch d'Alger le 13 mai 1958.

La décision est prise à l'unanimité moins une voix, d'accéder à la demande du Général. Cette grande confiance transparaît en effet dans les débats comme étant fortement corrélée à une conscience politique partagée des besoins de la Nation pour sa stabilité. La décision, ainsi comprise, renvoie les conditions de l'application de l'article 16 à un *noble mensonge* socratique, celui qui ne dit pas la vérité mais qui, ce faisant, préserve l'essentiel de la cité.

Il semble donc, à travers les propos échangés pendant cette délibération sur l'article 16, que s'il est difficilement contestable de constater une forme de mainmise paternaliste de de Gaulle sur le Conseil constitutionnel, directe ou du moins vécue comme telle, cette seule analyse demeure réductrice : les membres du Conseil constitutionnel raisonnent et argumentent en effet pour comprendre, d'une part, plus que la lettre mais l'esprit de la Constitution dont ils pourraient à vrai dire se passer s'ils étaient seulement d'avance acquis à la cause gaullienne ; les débats du Comité consultatif constitutionnel (CCC) semblent au demeurant constituer la principale référence²³⁰ de cet « esprit ». D'autre part, ils cherchent à saisir la gravité de la situation et à anticiper les conséquences éventuelles d'une application ou pas de l'article 16 sur la stabilité du pays. Cette application éventuelle provoque d'ailleurs aussi leur inquiétude du fait qu'elle pourrait remettre en cause le rôle du Parlement ; Coty la qualifie de

« juridiquement fort contestable et politiquement dangereuse »,

et Gilbert-Jules considère comme

une « déviation du républicanisme de ne pas vouloir s'appuyer sur le Parlement », propre ainsi à bousculer

« le bloc constitué autour du Général de Gaulle »,

enchérit Coty. Il y a donc aussi bel et bien débat sur le meilleur moyen de préserver l'équilibre républicain, outre la confiance accordée à de Gaulle pour le faire. C'est là un second argument clé de cette délibération. Selon René Cassin, très proche aussi de de Gaulle, il faut bien distinguer entre les institutions et le chef de l'Etat. Professeur de droit, diplomate représentant la France à la Société des Nations de 1924 à 1938, ancien résistant ayant rejoint de Gaulle à Londres dès juin 1940, co-fondateur de l'UNESCO après la seconde Guerre Mondiale et Conseiller d'Etat, puis représentant la France aux Nations unies et co-auteur de la Déclaration universelle des droits de l'Homme, René Cassin préside en effet la Commission constitutionnelle provisoire et proclame officiellement l'élection du Général de Gaulle à la Présidence de la République en 1958 avant d'être nommé membre du Conseil constitutionnel par le Président du Sénat, Gaston Monnerville, en remplacement de Maurice Delépine, qui décède en avril 1961 ; il y sera reconduit pour neuf ans à partir de 1962. Pour autant, dans le camp de ceux qui encouragent l'application de l'article 16, le thème de l'inquiétude est aussi très présent et c'est une crainte commune de l'instabilité qui contribue à forger leur avis à tous, dans un souci préventif. Par ailleurs, des deux côtés, le maintien d'une certaine stabilité républicaine renvoie tout de même au soutien au Président de la République puisque, comme le résume Gilbert-Jules,

²³⁰ Sans être, pourtant, une source de droit.

« même si les membres du Conseil n'étaient pas d'avis de faire jouer l'article 16, il ne faudrait pas en déduire qu'ils veulent répondre non au général de Gaulle car cela signifierait en réalité 'oui au général de Gaulle avec le Parlement' ».

Cependant, ce second argument de l'inquiétude quant au rôle à venir du Parlement en cas d'application de l'article 16 a aussi cela d'intéressant qu'il permet de minimiser le premier. Ce n'est en effet pas tant le soutien à de Gaulle qui fait en réalité débat – même si l'on a dégagé deux raisons de ce soutien - : les membres du Conseil constitutionnel expriment plutôt peu à peu à l'unisson que la bonne décision lui appartient irrévocablement tandis que la façon dont on doit l'associer à la Nation, directement, sans égard pour les institutions dans cette situation d'urgence, tout en restant dans le cadre de la Constitution, ou bien en appuyant son action par le concert de toutes les institutions divise le débat. Les membres du Conseil soulèvent ici à leur manière, avec toute la modestie que la Constitution impose à leur institution, l'ancienne polémique entre Schmitt et Kelsen : quelle place pour les institutions représentatives et pour le Chef d'Etat dans des situations de menace pour la souveraineté nationale ? La théorie kelsenienne du droit serait reniée par la mise en œuvre de l'article 16 dans le cas qui nous préoccupe puisque la lettre du droit ne serait pas respectée : c'est au Parlement, en premier lieu, d'exprimer les choix démocratiques alors que la suprématie du chef de l'Etat romprait autant l'équilibre démocratique que la hiérarchie des normes. Et c'est bien, principalement, sur le terrain de la représentation et de la solidarité de la Nation face au danger que se joue la dispute. S'il y a délibération ici, c'est pour savoir ce qui serait le plus favorable à de Gaulle, mais pas tant pour lui-même que parce qu'il renvoie à l'intérêt de la Nation : soit le respect des institutions et donc de la Constitution à la lettre d'un côté, soit le respect d'un certain esprit de la Constitution de l'autre, au demeurant très largement insufflé par...le Général de Gaulle lui-même.

La division apparaît précisément sur le lien entre cet intérêt national supérieur et le Général de Gaulle lui-même : soit il y est assimilé personnellement, soit il représente cet intérêt à travers l'unité des institutions qui permettrait, en retour, de témoigner du soutien de la nation souveraine au Président de la République. L'argument décisif sera alors celui de la confiance particulière que le peuple accorde au Général de Gaulle et un avis positif sera finalement très largement voté.

La discussion n'est cependant pas terminée qui s'engage alors sur la façon d'exprimer ce choix comme respectant la Constitution : le Conseil estime donc ainsi avoir besoin de ce blanc-seing constitutionnel pour être crédible malgré ce soutien populaire qui semble acquis à une décision pro-gaulliste. Il faudra donc souligner dans la décision la gravité de la situation, décident ses membres. Les derniers moments de cette délibération sont dédiés à des manœuvres verbales permettant de garantir le respect de la Constitution, au nom finalement, de la sauvegarde des intérêts nationaux et d'une menace, si ce n'est immédiate, du moins explicitement énoncée par les généraux rebelles.

Les membres du Conseil constitutionnel montrent que le respect de la Constitution semble ici devoir nettement transparaître dans la décision : est-ce au nom d'une certaine idée

républicaine qui renvoie au respect des institutions comme le proclame d'ailleurs l'article 16 et comme le mentionne René Coty, en insistant sur l'importance de la gravité à souligner

« puisque c'est une des conditions prévues pour la mise en oeuvre de l'article 16 »,

ou bien est-ce une manière de montrer à leur principal interlocuteur à savoir l'auteur de la saisine, le Président de la République, qu'ils respectent leur propre fonction et rendent donc des avis constitutionnellement fondés ?

Cette volonté affichée dans le débat de chercher les termes donnant à leur avis l'autorité du respect de la lettre de la Constitution pourrait abattre d'un seul coup l'édifice interprétatif auparavant bâti autour de la primauté de l'adhésion de la Nation aux choix du Général de Gaulle. Toutefois, poser une telle alternative fait insuffisamment droit à l'importance que les membres du Conseil constitutionnel accordent à leur propre fonction, traduite *a minima* par l'intensité des échanges alors même que le consensus est assez vite trouvé. Que l'avis définitif bénéficie de l'onction du droit constitutionnel permet en effet ici au Conseil constitutionnel de manifester un respect de sa fonction, en réaffirmant cette dernière. Du reste, du point de vue de la perception que donnera de son rôle le Conseil constitutionnel à l'issue de cet avis, son Président Léon Noël avance aussi que celui-ci devrait se garder

d' « émettre des réserves car cela appauvrirait sa portée ; il doit répondre par oui ou par non et apprécier la situation au moment où il statue »,

proposant alors d'accompagner l'avis favorable officiel d'un message plus officieux demandant au Général, de la part du Conseil constitutionnel dans son ensemble, de n'user

« de l'article 16 qu'à défaut d'autre moyen d'action »,

proposition qu'il n'honora pas, comme nous l'apprend Dominique Schnapper²³¹ dans son ouvrage déjà cité. Toujours est-il que cette amorce de réflexion sur la portée de l'avis du Conseil constitutionnel laisse ici perplexe : Léon Noël plaide pour un avis tranché et favorable, au nom de la portée qu'il aura et même si le Président de la République peut ne pas en tenir compte. Il pourrait donc s'agir ici d'une précaution de la part de Léon Noël qui entend donner au Conseil constitutionnel une voix dont la seule clarté ferait l'autorité. Cette hypothèse déduite de notre lecture des délibérations invite à chercher quelque confirmation dans les *Mémoires* de Léon Noël ; nous y trouvons alors plutôt une nuance : « J'avais fait valoir à mes collègues qu'un avis conditionnel était inconcevable et qu'il importait que le Conseil constitutionnel prît la responsabilité de se prononcer nettement pour ou contre l'application de l'article 16 »²³².

En tout état de cause, le Conseil, en marge du pouvoir, semble s'imposer, que ce soit au nom d'un certain esprit républicain – gaulliste - ou pour asseoir son autorité de façon indépendante, l'expression d'une motivation qui ne se suffise pas de la seule facilité du

²³¹ Dominique Schnapper, *Op. Cit.*, p.59

²³² Léon Noël, *Op. Cit.*, p.140.

soutien à de Charles de Gaulle quand bien même ce soutien n'aurait rien eu de suspect au moment où il était le plus partagé par l'ensemble de la Nation.

Conclusion sur ces premières délibérations : quelle place pour le droit constitutionnel ?

Ce rôle du droit, pas même évoqué dans les débats, sinon sous-entendu par la formule approximative de « respect de la Constitution », paraît donc pour l'heure à la fois faible en comparaison du caractère éminemment politique du Conseil constitutionnel au sens de sa proximité avec l'Exécutif, et pourtant décisif si l'on s'en tient aux arguments qui renvoient au rôle ou à la place du Conseil constitutionnel au sein du système politique de la Ve République. La persistance de la référence à la Constitution en la matière, même pour en dévier, laisse en effet entrevoir un rempart prometteur mobilisé par le Conseil constitutionnel au cours de ses délibérations, sinon pour en faire primer la lettre, du moins pour s'en réclamer dans ses décisions. Cette référence ressort des premières délibérations comme la seule voie envisageable par les membres du Conseil constitutionnel pour ménager à leur institution une certaine crédibilité aux yeux de ses instances de saisine dont ils semblent respecter la légitimité : que ce soit celle, charismatique pour nous éclairer des idéaux-types de Max Weber, du Général de Gaulle, ou celle traditionnelle du suffrage universel conférée au Parlement, toutes deux balisent ainsi un chemin à l'installation du Conseil constitutionnel dont on voit cependant bien qu'il ne peut s'en remettre non plus à la seule légitimité légale-rationnelle appuyée par la création du Conseil constitutionnel par la Constitution elle-même. En effet, cette dernière se trouve plutôt aux prises avec les deux autres qui semblent en bien meilleure position de force. C'est donc finalement pensé en accord avec cette double contrainte que le droit constitutionnel oriente les débats, considérés depuis notre question de recherche.

Séance du 02 octobre 1962, avis sur le référendum relatif à l'élection du Président de la République au suffrage universel direct : avis officieux sur un projet de loi référendaire.

=> Qu'apprend-on ici ?

Un Conseil constitutionnel pris dans l'état de son attachement à la politique du Gouvernement autant qu'aux institutions républicaines dont la Constitution prévoit le fonctionnement et tentant de tenir compte de la contrainte constitutionnelle dont il pressent aussi l'opportunité qu'elle offre de le crédibiliser. Une atténuation, encore faible, de la dépendance du Conseil constitutionnel vis-à-vis de l'Exécutif et sa préférence pour ne se déclarer qu'à propos des opérations de référendums et seulement officieusement sur la procédure qu'un tel référendum aurait dû suivre pour être constitutionnelle.

La délibération officieuse du 02 octobre 1962 concernant l'avis sur le référendum relatif à l'élection du Président de la République au suffrage renforce cette première analyse.

La composition du Conseil constitutionnel a alors un peu changé. Marcel Waline, professeur de droit public, s'est opposé, jusque dans son enseignement, au régime de Vichy, et a participé au Comité consultatif constitutionnel chargé d'étudier l'avant projet de Constitution en 1958. Il est nommé par de Gaulle au Conseil supérieur de la magistrature et enfin au Conseil constitutionnel en mars 1962, en remplacement de Maurice Patin ; Edmond Michelet, ancien représentant de commerce, militant de l'Action française - extrême droite - puis défenseur du catholicisme social, rejoint la résistance dès juin 1940 et est déporté à Dachau en 1943 ; à la fin de la guerre, il est député du Mouvement Républicain Populaire (MRP), parti démocrate-chrétien, centriste, composé de fidèles au Général de Gaulle rejetant le clivage droite/gauche ; ministre des armées pendant le Gouvernement provisoire d'après-guerre de de Gaulle, il adhère ensuite au RPF et revient au gouvernement en 1958 avant d'être nommé au Conseil constitutionnel, en remplacement de Victor Chatenay, par le Président de l'Assemblée nationale en mars 1962. Enfin, Bernard Chenot, Haut fonctionnaire, Conseiller d'Etat, ministre en 1958, est nommé au Conseil constitutionnel en mai 1962 par le Président de la République, en remplacement de Georges Pompidou, nommé Premier Ministre après le référendum d'avril 1962 approuvant les accords d'Evian et mettant fin à la guerre d'Algérie.

L'enjeu est ici jugé trop grave par les membres du Conseil constitutionnel pour être limité, comme le suggère le commentaire général et bien connu de cet événement, à une controverse juridique entre l'utilisation de l'article 11 que souhaite de Gaulle pour soumettre aux citoyens ce projet de loi par référendum, et celle de l'article 89 prévoyant une révision constitutionnelle et donc le vote préalable des deux assemblées en des termes identiques avant le référendum. Si cette controverse est largement fondée, cette délibération montre qu'au-delà du texte, c'est aussi l'esprit de la Constitution qui est en effet encore invoqué, voire l'intérêt général, les deux étant souvent interchangeable dans la bouche des membres du Conseil constitutionnel au cours du débat. Il nous faut donc démêler cet écheveau pour saisir ce qu'il nous livre encore de la façon dont le Conseil constitutionnel conçoit son rôle et ce que cela permet de traduire de sa vision de la démocratie française à l'instant considéré.

Ces deux options constitutionnelles débattues le sont en effet d'abord en fonction de l'évaluation que font les membres du Conseil constitutionnel de la capacité légitimatrice propre à chacune : laquelle des deux permettra de considérer que l'élection du Président de la République au suffrage universel qui pourra en découler confèrera à ce dernier la confiance des citoyens préconisée par de Gaulle pour assurer la continuité de l'Etat après son septennat ? C'est la question sous-jacente à laquelle les membres du Conseil constitutionnel reviennent en permanence au cours du débat. A travers la lecture que donne Léon Noël du message adressé par le Général de Gaulle aux assemblées l'après-midi même, l'on voit en effet apparaître ici le Président de la République assuré de sa légitimité toute personnelle, charismatique et historique et de son souci de maintenir, une fois son septennat terminé, la même confiance à laquelle celle-ci est alors associée. C'est au titre de cette « confiance directe et explicite » que le projet d'élire le Président de la République au suffrage universel direct est défendu par de Gaulle. Si le débat du Conseil constitutionnel n'a pas à porter sur le bien fondé du projet, il est en effet intéressant de constater qu'il ne porte pas non plus sur le moyen juridiquement viable de le mener à son terme, mais plutôt sur celui d'en garantir, sur le fond précisément, la promesse. Il s'agit donc de savoir dans quelle mesure la procédure constitutionnelle choisie pour réviser le mode d'élection du Président de la République, imprimera dès le début cette élection du sceau de la confiance que celle-ci entend perpétuer.

Sont ainsi mises en avant, d'un côté la nécessité, avant un tel référendum sur le texte de loi prévoyant l'élection du Président de la République au suffrage universel, d'un vote régulier par les deux assemblées en vertu de l'article 89 sur toute révision de la Constitution et, de l'autre, la faveur à donner à l'esprit de la Constitution, selon lequel le peuple souverain serait directement l'arbitre, justifiant alors l'utilisation de l'article 11 pour un référendum direct au sujet de tout projet de loi portant sur l'organisation des pouvoirs publics. Les membres du Conseil constitutionnel se demandent si ces deux possibilités, au-delà de la seule question de leur justification juridique qui sera plus brièvement débattue, sont en adéquation avec la finalité attendue d'un tel projet de loi. Tous se disent alors « déchirés » et la majorité d'entre eux convient que juridiquement, c'est l'article 89 qui devrait prévaloir, de même que la mise en œuvre de l'article 16 avait posé au Conseil la question du meilleur soutien à de Gaulle, partagée par tous malgré l'inconstitutionnalité manifeste de cette mise en œuvre *stricto sensu*. L'article 11 est ainsi défendu par les plus fervents partisans d'une approbation directe du projet de loi comme mieux garante de la valeur symbolique escomptée pour celui-ci, en accord avec « l'esprit » de la Constitution. Lors de cette délibération officieuse de 1962, un argument décisif pour faire avancer le débat sera apporté par Edmond Michelet :

« nous sommes à une époque charnière, caractérisée par ce fait que le Président de la République est menacé de mort chaque jour. Nous ne sommes pas dans une période normale ».

En effet, depuis le putsch des Généraux du 23 avril 1961 que la délibération sur l'article 16 nous a déjà permis d'évoquer, et l'échec de ces derniers, de Gaulle devient l'ennemi des partisans les plus résolus de l'Algérie française, au premier chef desquels l'Organisation de l'armée secrète (OAS) créée au début de l'année 1961. Si les historiens sont partagés sur ses motifs premiers, il demeure qu'un premier attentat contre de Gaulle a lieu le 08 septembre 1961 à Pont-sur-Seine ; il est suivi d'une seconde tentative déjouée le 23 mai 1962 et d'un autre attentat qui restera davantage dans l'Histoire en raison de ses chances avérées de

réussite, celui fameusement nommé « du petit Clamart », perpétré le 22 août 1962, après la proclamation de l'indépendance de l'Algérie le 03 juillet 1962. Cela nous permet de contextualiser et de relativiser cette remarque aux accents particulièrement tragiques d'Edmond Michelet. Comme pour l'article 16, le caractère exceptionnel de la période, qu'il soit dicté par la menace pesant sur les institutions ou sur le chef de l'Etat, est invoqué par les membres du Conseil constitutionnel pour justifier le dépassement de la lettre de la Constitution. Cela aurait-il été envisageable avec un Conseil moins acquis à la cause gaulliste ? Le contexte est-il instrumentalisé par les membres du Conseil constitutionnel qui cherchent ainsi un prétexte pratique pour soutenir de Gaulle sans oser s'avouer partie prenante de cette seule démarche ? Ou bien, au contraire, le contexte nourrit-il pleinement leur réflexion ? La réponse est sans doute en partie donnée par le Président Léon Noël : reprenant la parole, il reconnaît que le propos de Michelet l'a touché « sentimentalement » même s'il juge le choix de l'article 11 non conforme à la Constitution, ce qui l'amène à imposer progressivement sa solution d'apporter une réserve officieuse au Président de la République quant à l'usage de l'article 11, tout en examinant tout de même la constitutionnalité du texte de projet de loi comme il le lui est demandé. Léon Noël, toujours dans ses mémoires, apporte aussi une autre réponse, la sienne propre, que sa position de Président du Conseil constitutionnel à l'époque autorise à considérer comme fiable quand les nôtres seraient ici plus spéculatives. Selon lui, c'est précisément parce que le Conseil constitutionnel - ou du moins son Président, lui-même - connaît et respecte l'avis du Général de Gaulle quant au rôle dudit Conseil, que celui-ci cherche des raisons ne contrariant pas cet avis ; à la recherche de la manière la plus à même de soutenir le projet de de Gaulle, s'ajoute donc la nécessité de calquer le rôle du Conseil constitutionnel sur ce qu'en attend son créateur. Or de Gaulle, rappelle Léon Noël, sans pour autant juger inopportunes les remarques juridiques du Conseil constitutionnel, estimait que,

« ce n'était pas pour cela qu'il (le Conseil constitutionnel) était consulté »²³³.

Il faut donc à ce dernier dépasser le cadre juridique pour satisfaire la demande de l'auteur de la saisine ; les membres du Conseil constitutionnel semblent adhérer à cette conception du rôle de leur institution : celui d'une assemblée capable de réfléchir avec distance aux enjeux politiques complexes d'une situation d'ensemble afin de maintenir la capacité d'action nécessaire à l'Exécutif. L'instrumentalisation du contexte évoquée est aussi présente, dès lors que l'on sait combien non seulement le Conseil entend se cantonner aux attentes du Président de la République, mais aussi à quel point ces enjeux lui paraissent parfaitement bien contrôlés par celui-ci. Sortir du cadre juridique, réfléchir sur le fond de la question et sur sa pertinence politique eu égard à ce renforcement de la visée gaullienne, voilà ici le rôle du Conseil constitutionnel exprimé par ses membres. Il y aurait donc urgence à garantir que tout successeur de de Gaulle sera aussi légitime que lui, mais nécessairement par une autre voie que la voie historique : celle, institutionnelle, de l'élection au suffrage universel direct en porte la promesse. Enfin, les membres du Conseil constitutionnel n'ignorent pas que le choix de l'article 11 dépasse aussi sa propre vocation fédératrice selon

²³³ Léon Noël, *Op.Cit.*, p.154.

l'esprit de la Constitution : il évite surtout à de Gaulle d'échouer dans son projet en passant par l'article 89 qui mobiliserait, lui, le fameux « cartel des nons »²³⁴, l'Assemblée nationale étant plus attachée à la tradition parlementaire et majoritairement opposée à un tel changement constitutionnel. Cette opposition des parlementaires n'est cependant évoquée qu'une seule fois pendant la délibération et à travers un autre exemple. Le Conseil constitutionnel se borne-t-il pour autant à considérer comme sa fin principale celle de renforcer l'Exécutif dans certaines orientations au détriment du Parlement ? Les débats du Conseil constitutionnel montrent que tous ses membres ont une plus haute idée de leur mission, tout en étant les obligés du Chef de l'Etat. Cette cause primant toutes les autres, les débats se détournent nécessairement de la seule constitutionnalité des projets ou des textes et usent alors d'un artifice de plus en plus maîtrisé : juger en opportunité quand le texte de la Constitution semble trahir son « esprit » et donc celui de son créateur, dans les circonstances du moment. Leur interprétation de ce fameux esprit de la Constitution ne leur semble même pas douteuse tant ils sont prompts à invoquer les discours de de Gaulle devant le Comité Consultatif Constitutionnel ou les vifs débats de celui-ci, documents historiquement très éclairants mais en aucun cas, néanmoins, références juridiques...A cette époque, la Constitution est donc assez largement assimilée à ce que son créateur a souhaité en faire, au delà de sa lettre votée par le peuple constituant. Mais malgré la facilité qui s'offre au Conseil constitutionnel de soutenir le Président de la République, il semble pourtant plus judicieux à la majorité de ses membres, y compris dans cette délibération-ci, pour la crédibilité même du Conseil, de ne pas trop s'éloigner de la lettre. Jean Gilbert-Jules résume cette idée partagée par beaucoup, à commencer par Léon Noël lui-même, qui mettra au vote avec succès la non constitutionnalité de la procédure envisagée par de Gaulle puis les conséquences à en tirer ;

« il s'agit de savoir si le Conseil est une machine enregistreuse et s'il a le droit de veiller à la régularité des opérations d'un référendum qui ne serait pas un vrai référendum »,

prévient alors Gilbert-Jules. La primauté de la lettre perce donc aussi dans cette délibération pour rappeler que le Conseil constitutionnel n'est pas censé juger de la procédure engagée pour user du référendum mais de la régularité des opérations correspondantes. Selon l'article 60 de la Constitution, « le Conseil veille à la régularité des opérations de référendum prévues aux articles 11 et 89 et en proclame les résultats ». Pourtant devant l'usage irrégulier de l'article 11, largement constaté par sept voix contre trois, la question est alors de savoir si le Conseil doit tout de même se prononcer sur les décrets prévoyant les opérations de référendum ; il est intéressant de noter alors que, par sept voix contre deux, les membres du Conseil constitutionnel décident de spécifier au Président de la République cette irrégularité dans une note officieuse et de donner tout de même un avis sur les opérations de référendum, sous réserve de leurs observations officieuses, afin, dit René Cassin, de ne pas « mettre le Conseil hors jeu ».

Mais hors-jeu vis-à-vis de qui ? Peut-être avons-nous là un début de réponse à notre question précédente sur le pourquoi des débats d'un Conseil pourtant acquis, d'une manière

²³⁴ Cf., Guillaume Sylvie, « Le « cartel des non » », *Parlement[s]*, *Revue d'histoire politique* 3/2004 (n° HS 1), p. 45-64 ; unis dans la diversité, les parlementaires malgré leur hétérogénéité politique se dressent contre ce projet de de Gaulle, seulement soutenu par l'UNR ; ils voteront quelques jours plus tard la motion de censure au gouvernement Pompidou.

ou d'une autre, à la cause de l'Exécutif. René Cassin parle en effet d'éviter que des requérants ne fondent des recours sur cette abstention, autrement dit que l'abstention elle-même ne fasse jurisprudence. Il s'agit donc, explicitement, d'exister positivement en tant qu'institution car vis-à-vis de celui qui la saisit, le Président de la République, cet avis n'est après tout qu'officieux et il n'en tiendra finalement d'ailleurs même pas compte, comme l'anticipe au moins René Coty, résigné à être appelé à participer « de toute manière » à ce référendum. Dans la suite du débat, l'avis relatif aux opérations proprement dites, posera, lui, moins de difficultés.

Ainsi voit-on ici, à travers ses membres, un Conseil « déchiré » pour citer Marcel Waline ou encore pris « d'une grande souffrance » comme l'exprime René Cassin, car jouer la lettre de la Constitution contre son esprit est vécu par les partisans même de ce choix comme une forme de trahison. René Coty tente alors d'atténuer ce sentiment en précisant clairement que ce choix vise à servir le Général :

« quand il s'agit du Chef de l'Etat, selon que son élection sera régulière ou non, le pouvoir qu'il exercera sera légitime ou non ».

Finalement, le Conseil constitutionnel respectera faiblement la lettre de la Constitution au moyen de cette note officieuse expliquant que le projet référendaire n'est pas constitutionnel en l'état, tout en s'en remettant néanmoins plus directement à l'esprit de celle-ci et en répondant à l'auteur de la saisine quant à la constitutionnalité des opérations d'un référendum à venir, malgré la non conformité constatée de la procédure utilisée.

L'attachement des membres du Conseil constitutionnel à de Gaulle se traduit dans ce débat par des considérations directement politiques en tant que liées à la forme de démocratie que la Constitution de la Ve République défend ; il faut donc pouvoir comprendre celle-ci précisément eu égard à son ambiguïté constitutive, que René Cassin nomme un « compromis » en précisant qu'il s'agit là

« d'un équilibre entre le régime représentatif et la démocratie directe », que « cet équilibre a été difficile à réaliser » et qu'« il n'est pas possible que l'architecte le renverse ».

Ceci engage à penser que la Constitution ne lie pas l'institution qui en est garante, pas plus que les normes édictées en son nom, comme le droit lie, lui, les différents sociétaires dont il organise l'activité ; autrement dit, si la Constitution représente la norme suprême, elle ne joue pas à plein ce rôle de norme, au sens juridique et kelsenien du terme car elle n'oblige pas de la même manière que le droit positif mais semble plutôt vivre de la confrontation des points de vue. Leur acceptabilité finale révèle alors, au-delà du droit positif, le lien politique, qu'ainsi comprise, elle noue entre gouvernants et gouvernés. C'est d'ailleurs précisément ce lien qu'il est si délicat d'identifier dans cette délibération, tant l'incarnation des gouvernés par le gouvernant, le Chef de l'Etat, exacerbe la dimension politique du droit constitutionnel, droit organisant les pouvoirs et les institutions démocratiques, en reflétant le consensus constituant ayant prévalu à l'élaboration de la Constitution. La proximité de cette élaboration dans le temps, intrinsèquement liée à la figure emblématique et populaire du Chef de l'Etat, achèvent de situer ces débats constitutionnels dans un contexte politique particulier : celui de la fondation d'un nouveau socle républicain, fondation fonctionnant comme une référence

implicite pour l'interprétation d'un texte qui, lui-même, comporte des options en apparences contradictoires. Lorsque les membres du Conseil constitutionnel déplorent le contournement de l'article 89 par de Gaulle, les deux plus fervents défenseurs de ce projet, Messieurs Chenot et Michelet expriment cette idée en décrétant, respectivement, que,

« le droit constitutionnel, c'est du droit politique ; si nous sommes dans une impasse, nous devons nous référer à l'esprit des institutions »

ou encore que,

« le droit constitutionnel est un droit de circonstance ».

Si la rhétorique de ces deux conseillers porte à l'excès l'expression de leur soutien au Président de la République, plaçant radicalement les circonstances politiques au-dessus des institutions, les autres membres, en débattant puis en votant la constitutionnalité des opérations de référendum malgré l'inconstitutionnalité officielle du recours à celui-ci, ne les contredisent finalement pas non plus. La position plus tranchée de ces deux membres du Conseil constitutionnel peut laisser supposer que leur proximité avec le chef de l'Exécutif empêche tout débat mais ceux qui débattent et que ce débat déchire – Léon Noël lui-même répondra à Michelet : « je suis déchiré mais cela ne m'empêche pas d'affirmer que le référendum est inconstitutionnel » - peinent aussi à déplacer l'enjeu vers le respect absolu, à la lettre, de la Constitution, à l'instar de ce que le Conseil d'Etat avait fait valoir dans son avis, rapidement évoqué par le Conseil constitutionnel. Conclure cependant que le Conseil d'Etat était constitué d'adversaires à de Gaulle²³⁵ et le Conseil constitutionnel d'amis du Général épuise-t-il la question ? Il nous semble que non, malgré la part de pertinence que nous pouvons à présent accorder à une telle remarque. Certes, ces éléments auront eu leur part à jouer dans la décision du Conseil constitutionnel. L'existence même d'un débat mobilisant une interprétation fine de la Constitution, comme garantissant une forme ou une autre de gouvernement républicain en modère cependant l'importance. Du reste, leur diverses trajectoires prestigieuses façonnent aussi nécessairement la perception que les membres du Conseil ont d'eux-mêmes : à l'évidence, ils ne se considèrent pas comme de simples exécutants du droit, pas plus cependant qu'en tant que de seuls soutiens gaullistes ; ce débat, cependant, de par sa densité et la richesse du propos contradictoire, exprime autre chose que les motivations personnelles éventuelles des membres du Conseil constitutionnel.

Une problématique est en effet dégagée et débattue pendant cette délibération qui prend sens pour elle-même, entre auto-conception partagée de leur rôle par les membres du Conseil constitutionnel et perception des marges de manœuvre qui demeurent les leurs. Elle articule la position que le Conseil constitutionnel conçoit pour lui-même autour de trois pôles : l'admiration et le respect portés au Président de la République par l'ensemble des membres, c'est entendu, mais aussi l'adhésion qu'il génère auprès des citoyens français à cette époque et qui permet de teinter le moment constituant d'une couleur plébiscitaire propre à autoriser toute lecture de la Constitution selon l'esprit que son créateur aurait souhaité y

²³⁵ Ce point est évoqué dans la délibération elle-même par René Coty.

mettre, tout en entrant en conflit avec une lecture plus positive du texte mais toujours, au demeurant, au nom de la légitimité du Président de la République, qu'un détournement de procédure eût pu ternir, selon les craintes de Coty, lui-même responsable de son retour au pouvoir. Enfin, le sentiment naissant, et partagé de façon récurrente dans cette délibération par de nombreux conseillers, que le Conseil constitutionnel est responsable de sa propre cohérence et ce faisant du degré d'autorité qu'il impose par sa jurisprudence.

Ainsi, sont aussi bien évoquées de précédentes décisions sur d'autres projets de référendums²³⁶ que les conséquences d'une décision allant dans l'un ou l'autre sens à la suite de cette délibération-ci. Il ne doit pas être « hors-jeu », mais ne doit pas non plus outrepasser ses compétences, ni autoriser de violation de la Constitution ou au contraire,

« acculer le gouvernement à une position sans issue »

en ne se prononçant pas sur ce référendum, explique Léon Noël pourtant résolu à signaler son inconstitutionnalité. Il n'est donc pas uniquement question d'amitié ou d'allégeance ici mais d'un questionnement multiple d'une institution encore jeune, qui doit tout au pouvoir en place et qui semble aussi avoir à cœur de trouver la juste adéquation entre la Constitution et la situation politique du pays. Elle a donc, pour sa survie ainsi entendue, à choisir entre deux situations « inconfortables » : la première revient à se déclarer incompétente pour les opérations référendaires si le référendum est inconstitutionnel alors même que celui-ci se passe de l'avis du Conseil constitutionnel pour avoir lieu, ce qui revient à se déclarer incompétente vis-à-vis d'une compétence que la Constitution lui attribue. Or, il est presque évident que le rapport de force, en matière d'adhésion populaire, est en faveur de de Gaulle qui vient d'ailleurs de remporter très largement deux référendums²³⁷, et que l'on retiendra alors du Conseil constitutionnel, comme le craint l'un des membres, qu'il n'a rien à dire sur les référendums et qu'il est à contre-courant de l'atmosphère dominante ; cela pourrait ne poser aucun problème à une Cour constitutionnelle bien établie que de refuser d'exercer une compétence au motif que la procédure afférente à l'objet du contrôle exercé n'est pas conforme à la Constitution ; mais cela semble ici faire craindre au jeune Conseil constitutionnel de passer pour incompétent dans son domaine d'attributions déjà étroit. L'autre position, celle que le Conseil a choisie, est de se prononcer sur les opérations de référendum pour avoir ensuite éventuellement à répondre d'une saisine pour inconstitutionnalité, inconstitutionnalité qu'il aura lui-même, officieusement, reconnue. Le droit constitutionnel apparaît ici finalement comme étant pour moitié un droit positif limité, rappelant la lettre de la Constitution sans prévoir, dans le cas d'un référendum, que ce rappel oblige, et pour moitié un droit « de circonstance » qui incite le Conseil constitutionnel à se prononcer.

Par ailleurs, le respect des institutions a ici une valeur en soi et non seulement au service du Général de Gaulle comme on avait pu le lire auparavant. Cette dépendance réciproque semble en effet à présent s'atténuer. Les partisans du respect de la lettre de la Constitution se retrouvent sans conteste dans ces propos sans ambiguïté de René Cassin :

²³⁶ Notamment celle sur les accords d'Evian (cessez-le-feu en Algérie) de mars 1962.

²³⁷ Celui de janvier sur l'autodétermination de l'Algérie et celui d'avril sur les accords d'Evian, avec une très large majorité de oui dans les deux cas.

« le souverain lui-même doit obéir aux lois qu'il s'est données. Ce que je dis du souverain, le peuple, je le dis de toutes les institutions ».

Il ne s'agit donc pas uniquement, même si c'est aussi présent, de défendre le respect des institutions pour renforcer le gouvernement lui-même mais aussi en tant qu'institutions représentatives de la Nation souveraine²³⁸.

Où en sommes-nous ?

Pour commencer, dans les délibérations analysées jusqu'ici, deux acceptions retenues pour l'adjectif « politique » sont causalement liées : quand les questions traitées les amènent à débattre pendant leurs délibérations sur les choix du gouvernement, « politiques » donc au premier sens du terme, autrement dit à débattre du fond, les membres du Conseil constitutionnel s'en remettent à des avis ultérieurs et officieux du Président de la République avec lequel son propre Président entretient ainsi une proximité « politique », au second sens du terme, celui relatif aux acteurs du pouvoir et pas au contenu de ce dernier.

Les délibérations ci-dessus permettent de conclure que le Conseil constitutionnel auto-limite ainsi sa marge de manœuvre décisionnaire quand il perçoit nettement la portée politique – au premier sens- éventuelle de ses conclusions qui ne sont que des avis : ne pas être susceptible d'infléchir les choix du chef de l'Exécutif s'impose comme une contrainte directement liée à la conception qu'ils partagent de leur propre rôle. Si les membres du Conseil constitutionnel ne font pas l'économie d'une analyse poussée de la constitutionnalité des textes qui leur sont soumis, la protection du Président de la République, qu'il s'agisse de la légitimité de ses décisions, du maintien de l'union nationale qu'il a su créer, ou encore de sa protection physique, fait en effet office de tour imprenable, comme si le Général de Gaulle se substituait à, ou se confondait avec, la Constitution elle-même. L'analyse des décisions par la doctrine, et non pas des délibérations, sur cette période originelle du Conseil, a déjà permis de tirer une conclusion similaire ; celle des délibérations ne se contente cependant pas de la confirmer en faisant parler les archives des procès-verbaux des séances correspondantes. Elle montre aussi une articulation qui pourrait sembler inattendue à cette période où le Conseil constitutionnel a été considéré comme « un club de retraités »²³⁹ soutenant l'Exécutif : les débats juridiquement nourris des membres de l'institution sur la lettre et l'esprit de la Constitution s'associent à ceux, très développés, sur la situation politique de la France et sur ses institutions démocratiques. Des arguments juridiques renvoyant à une interprétation du droit constitutionnel renvoient en effet au respect que les membres du Conseil ont pour leur mission autant qu'à la projection qu'ils espèrent renvoyer de leur institution à l'extérieur, y compris auprès d'une opinion publique ayant pourtant encore peu de prise sur eux ; ils viennent aussi soutenir leur réflexion sur leur propre autorité, dépendante des instances de saisines. Ces deux types d'arguments juridiques s'entraînent du reste l'un l'autre.

²³⁸ Georges Vedel, éminent membre du Conseil plusieurs années plus tard, distinguera à ce propos, dans un entretien publié dans *Le Débat*, « les écrivains et non pas les auteurs de la Constitution »²³⁸ quand ces derniers sont ceux qui l'ont votée.

²³⁹ Dominique Schnapper, *Op. Cit.*, p. 54.

Ces débats mènent ainsi à des décisions dont les arguments juridiques sont *a priori* transmis au Président de la République, ne serait-ce qu'officieusement, tandis que la contrainte politique l'emporte pour les décisions officielles. Certains des membres déjà cités du Conseil constitutionnel n'hésitent pas à décréter que, précisément, le droit constitutionnel est du « droit politique », du « droit de circonstances » qui n'oblige pas par ses normes propres mais qui existe plutôt par l'interprétation de celles-ci compte-tenu des enjeux *a priori* plus grands qui structurent la vie démocratique.

Pourtant, l'usage qui est fait du droit pendant les délibérations, que ce soit en soutien, pourtant non indispensable, des contraintes politiques, moyennant des interprétations ad-hoc de la Constitution, ou encore en vertu de l'image ou de l'autorité du Conseil constitutionnel déjà repérées, lui confère une dimension justificatrice qui s'avère peu à peu auto-constitutive : ainsi, l'argument de René Cassin déjà évoqué, renvoie-t-il, sans la nommer, à l'idée de précédent créé par le Conseil constitutionnel, à travers le fait qu'une décision de ne pas se prononcer sur un tel projet de référendum pourrait servir à fonder un recours ultérieur similaire. Si la règle du précédent ne vaut pas officiellement dans les pays de droit romain, et en l'occurrence en droit français, René Cassin, ancien Conseiller d'Etat, connaît bien la pratique des Cours de dernière instance qui cherchent à assurer une certaine cohérence des décisions entre elles, que l'on nommera bientôt jurisprudence. Ainsi, même si les raisons juridiques participent positivement aux débats en vertu du positionnement du Conseil constitutionnel considéré par ses membres, il est suggéré ici qu'elles peuvent à l'avenir se muer en contraintes extérieures façonnant cette conception. Si nous nommons souvent celle-ci auto-conception, cette remarque permet de rappeler que le préfixe ne saurait laisser supposer que le Conseil est toujours libre d'une telle conception ; c'est simplement celle que lui même exprime par la voix de ses membres mais c'est précisément l'évolution de cette conception qui nous intéresse et, ce faisant, l'évolution de la manière dont elle est exprimée : celle-ci traduit une perception de son environnement par le Conseil constitutionnel. Saisir alors ce qui confère aux arguments invoqués par les membres du Conseil constitutionnel, à l'appui de l'idée qu'ils se forgent de leur rôle, une dimension contraignante exogène, informe des possibilités offertes en l'espèce par son environnement, puisque l'institution demeure à beaucoup d'égards dépendante d'une saisine limitée. En l'occurrence, cette irruption de l'idée de précédent avant la lettre, semble valoir en soi, parce que la pratique française montre que les décisions émanant d'une instance juridique, quelle qu'elle soit, se doivent d'être cohérentes entre elles pour la stabilité et la pérennité du système juridique lui-même²⁴⁰. Ce faisant, elle n'est peut-être pas directement liée à l'auto-conception que le Conseil constitutionnel exprime de sa place parmi les autres institutions, par la voix de ses membres, mais elle n'en exprime pas moins un argument nouveau, sous forme de contrainte, qui va ultérieurement lui permettre de modeler cette conception.

Au-delà de cette question du précédent juridique, l'ambivalence générale entre arguments politiques et juridiques ici mise en exergue trouve une formulation synthétique chez le Président du Conseil constitutionnel d'alors. Ecrivant au sujet d'une décision similaire

²⁴⁰ Cette pratique s'impose à toutes les grandes juridictions françaises même si le Conseil d'Etat ne formulera officiellement le principe sur lequel elle repose qu'en 2006 : celui de la sécurité juridique des citoyens vis-à-vis de la loi (qualité et prévisibilité de la loi) imposant nécessairement aussi un certain respect des précédents liés aux interprétations de la loi par tout juge et renvoyant à l'idée de jurisprudence déjà mise en pratique.

du Conseil constitutionnel, consulté en mars 1962 pour un avis officieux par le Général de Gaulle, à propos du référendum relatif aux accords d'Evian mettant fin à la guerre d'Algérie, Léon Noël évoque dans ses Mémoires les objections juridiques formulées officieusement au Président de la République, eu égard à un texte qui, dit-il, « débordait les limites de la Constitution »²⁴¹ ; Léon Noël déplore en effet que les objections confidentielles adressées par le Conseil constitutionnel au Général furent malgré tout diffusées dans le milieu politique et conclut, non sans malice, qu' « en la circonstance, ces indiscretions avaient, du moins, un avantage : elles étaient de nature à renforcer l'institution. »²⁴²

Poursuivons sur ces pistes de réflexion sur l'usage du droit par le Conseil constitutionnel car il est à la fois très présent et très mouvant. Les délibérations que nous avons étudiées ici sont liées à des décisions du Conseil constitutionnel potentiellement déterminantes pour la vie politique mais plus encore pour son positionnement aux yeux des acteurs démocratiques extérieurs, instance de saisine ou pas. L'on peut toujours se demander quelle part les seuls affects ont pu y jouer, qui ont pu empêcher toute opposition ferme au Général de Gaulle, pourtant porteuse d'une promesse d'autorité pour le Conseil constitutionnel...à moins que celle-ci ne fût simplement inaudible à un moment où les saisines émanaient d'un Exécutif ayant déjà affirmé sa disposition à se passer des préconisations juridiques du Conseil constitutionnel. Cette promesse d'autorité avait alors tout lieu d'aboutir à un coup d'épée dans l'eau. Pourtant, la récurrence des débats sur la lettre de la Constitution et la tendance à corréler celle-ci à la crédibilité de l'institution signalent une réflexion partagée par ses membres quant au respect qu'elle est censée inspirer. Poursuivons donc l'analyse : cette perception du rôle du droit constitutionnel, entre une contrainte liée à la mission du Conseil et une opportunité pour lui d'un dépassement de ses diverses dépendances politiques, mérite d'être mise à l'épreuve des délibérations d'un Conseil constitutionnel qui ne soit pas directement dépendant du Chef de l'Exécutif. Il sera ainsi possible d'en saisir la portée.

1.2.1.b. Au-delà de la relation du Conseil constitutionnel à de Gaulle

Séance du 06 novembre 1962, décision 62-20 DC, loi référendaire relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel direct ; saisine du Président du Sénat.

=> Qu'apprend-on ici ?

Le Conseil constitutionnel délimite son champ de compétence en le restreignant : il ne saurait juger de la conformité à la Constitution d'une loi référendaire. Ses membres se positionnent d'abord de manière à garantir leur propre cohérence par rapport à l'avis précédent quitte à prendre le risque de renvoyer l'image d'une institution tolérante envers certaines

²⁴¹ Cf Léon Noël, *Op.Cit.*, p.190-192.

²⁴² *Ibid.*

entorses à la Constitution mais le risque plus grand à éviter semble celui de se dédire, fortement associé à l'idée que la souveraineté populaire est indépassable, surtout lorsqu'elle exprime aussi son soutien au Président de la République Charles de Gaulle. Dans cette perspective, les membres du Conseil constitutionnel ne croient pas aux vertus légitimatrices de l'opportunité offerte par la saisine du Président du Sénat de se présenter comme un contre-pouvoir vis-à-vis de l'Exécutif.

Il ne s'agit pas à présent de nuancer, au moyen de quelques délibérations, l'influence de l'auteur direct de la saisine sur les considérations des membres du Conseil constitutionnel : nos conclusions précédentes établissaient certes un lien fort entre l'institution de la rue Montpensier et le Président de la République, Charles de Gaulle, mais elles montraient aussi précisément que ce dernier était associé aux institutions républicaines elles-mêmes ; à ce titre, il serait naïf de supposer que les considérations politiques du Conseil changent radicalement lorsqu'il est saisi par des personnalités politiques de rang inférieur. Les scrupules que ses membres expriment quand une décision émanant du Président de la République contrarie la Constitution s'atténuent cependant nécessairement lorsque celui-ci n'est plus l'auteur du recours au Conseil. Que le Conseil constitutionnel ait d'abord vocation à veiller au fonctionnement régulier des institutions liées aux autres instances de saisine, à savoir les deux Assemblées dont chaque Président peut le saisir, réduit encore la plausibilité d'un effacement de la réflexion politique. De surcroît, la délibération qui a retenu notre attention ci-dessous est directement liée à la précédente : le poids du Général de Gaulle ne saurait y avoir entièrement changé. La présence d'autres interlocuteurs invite cependant à regarder de plus près dans quelle mesure le rôle du droit constitutionnel évolue dans ce cas de figure où le Conseil constitutionnel se positionne par rapport aux assemblées parlementaires, en l'occurrence ici le Sénat dont le Président émet la saisine.

La prédiction de la nouvelle saisine post-référendaire évoquée dans la délibération précédemment étudiée, se réalise vite, en effet, et lors de la séance du 06 novembre 1962, après avoir proclamé les résultats dudit référendum, le Conseil doit analyser le recours du Président du Sénat, Gaston Monnerville. Notre propos n'est pas de nous prononcer sur ce qui aurait dû être décidé quand bien même cette question a alimenté la plupart des commentaires sur cette décision ; l'enchaînement des arguments alimentant cette délibération dévoile en revanche pour ce travail une préoccupation centrale du Conseil constitutionnel, en tant que capable d'orienter la décision finale : comment maîtriser l'incertitude pesant sur sa crédibilité présente ou à venir ? Si nous avons déjà repéré précédemment cet argument déterminant, il est en effet encore plus central dans cette délibération et cela notamment parce que le Conseil constitutionnel est saisi par le Président du Sénat. En effet, d'une part, Gaston Monnerville affiche depuis plusieurs mois une opposition marquée au gouvernement²⁴³ et son recours est

²⁴³ Soulignons ici le mauvais rôle que Léon Noël donne à Gaston Monnerville sur cette affaire dans ses mémoires. L'accentuation de la critique invite à se demander si l'on avait le droit, aux yeux du premier Président du Conseil constitutionnel, de ne pas être gaulliste à cette époque. En tout état de cause, ces commentaires montrent que le Conseil est aussi le lieu d'un débat si ce n'est partisan, du moins sous-tendu par des passions partisans qui se veulent seulement républicaines quand il s'agit de plaider en leur faveur et plus ouvertement

largement anticipé par les membres du Conseil constitutionnel dont, au passage, on aura donc l'occasion de situer le caractère plus ou moins partisan ; mais surtout, d'autre part, il s'agit à présent de discuter de la constitutionnalité d'une loi votée par le peuple souverain lors d'un référendum dont la régularité des opérations a été validée par le Conseil constitutionnel ; cette même loi est par ailleurs remise en cause par le Président d'une institution représentant aussi ce même peuple souverain. C'est donc à nouveau le compromis entre les pratiques directe et indirecte de la souveraineté, propre aux institutions de la Ve République et particulièrement exacerbé par le contenu même du texte référent, à savoir l'élection du Président de la République au suffrage universel, qui est d'abord questionné ici. La Constitution apporte sa part d'éclairage qui précise que si le référendum est relatif à une révision constitutionnelle et provient donc de la mise en œuvre de l'article 89, alors

« la révision est définitive après avoir été approuvée par référendum » ;

en revanche, si le référendum relève de l'article 11, ce qui fut le cas ici, elle ne précise rien ; enfin, l'article 61 prévoit, lui, les possibilités de saisine relatives à des lois non encore promulguées sans évoquer le cas des lois votées par référendum. Si la saisine, on l'a vu, avait été redoutée et en ce sens prévue par le Conseil constitutionnel, son auteur, avait, lui, prévenu le 27 octobre 1962, à la veille du référendum :

« Je saisisrai le Conseil constitutionnel qui prendra ses responsabilités comme j'ai pris les miennes. J'en ai le droit au nom de l'Assemblée que je préside. Je demanderai au Conseil de se prononcer sur l'irrégularité flagrante et l'inconstitutionnalité de ce référendum »²⁴⁴.

Sa lettre de saisine lie la recevabilité de son recours au fait que celui-ci relève d'une « loi » puisque le texte concerné s'intitule « projet de loi relatif à l'élection du Président de la République au suffrage universel ». Michard-Pélessier, le rapporteur du projet de décision oriente très vite son propos sur la question de savoir si la seule nature juridique d'un texte le rend susceptible de saisine ou si ce n'est pas plutôt sa procédure d'adoption, position qui a sa faveur et qu'il appuie par des raisons très nettement spéculatives :

« Quelle que soit l'interprétation que vous donniez à l'article 11 (2)²⁴⁵, l'objet des textes pouvant être soumis à référendum paraîtra toujours plus large que celui d'une loi ordinaire. Et surtout le vote par la Nation leur donne une autorité particulière ».

Le débat semble ainsi pouvoir se clore sur cette aura incantatoire dont disposerait la procédure d'adoption d'un texte à valeur normative par le biais du référendum. Il reste que les membres du Conseil constitutionnel débattent plus longuement sur ce thème dans cette délibération-ci

intéressées quand elles font l'objet de critiques ou d'opposition. Mais nous en retiendrons l'influence exercée par les différences de considérations apportées au Général de Gaulle, représentant de la Nation ou garant du nouvel équilibre institutionnel profitant autant à sa légitimité. Cf Léon Noël, *Op. Cit.*, p.232-239.

²⁴⁴ Cité par H. Chatel, *Le Président du Sénat sous la Ve République*, Mémoire de DEA, Université de Droit, d'Economie et de Sciences sociales de Paris II, 1974 ; p.33.

²⁴⁵ Dans la version initiale ayant cours au moment de cette délibération, l'alinéa 2 de l'article 11 de la Constitution de 1958 prévoit que «Lorsque le référendum a conclu à l'adoption du projet, le Président de la République le promulgue dans le délai prévu à l'article précédent ». Mais il ne dit pas pour autant explicitement que le Conseil constitutionnel ne saurait être saisi avant promulgation, comme tente de le soutenir le Rapporteur.

que dans la précédente car il n'est plus uniquement question de savoir si de Gaulle aurait dû passer par l'article 89 ou par l'article 11 mais d'abord de savoir si le recours est recevable, autrement dit si le Conseil constitutionnel est compétent. Que ce soit la question première du Conseil n'a rien d'étonnant, d'abord parce que c'est là une question de procédure constitutionnelle mais aussi parce que cette considération sur sa compétence est d'emblée abordée par le rapporteur ; il la présente en effet comme une solution au problème de cohérence que poserait une décision de non conformité de cette loi issue d'un référendum, après un premier avis du Conseil constitutionnel favorable audit référendum. Nous savons aussi à présent que beaucoup de ses membres se sont inquiétés de la crédibilité de l'institution dans la délibération précédemment étudiée si jamais il lui faudrait faire face à une telle situation. Les débats reprennent donc ici sur la possibilité de considérer cette loi au titre de celles dont peut être saisi le Conseil :

« Nous avons dit, rappelle l'un des membres, par sept voix sur dix, que le référendum était inconstitutionnel. Comment nous déjuger ? La grosse erreur est de n'avoir pas donné au Conseil des attributions plus larges lui permettant de statuer avant. Si on déclare que le référendum est annulé, c'est formidablement grave. Mais c'est une astuce que de dire que nous ne sommes pas compétents ».

Quelques autres morceaux choisis peuvent aussi convaincre, sinon de l'ampleur du débat, du moins de sa vigueur :

« Je crois, dit Michard-Pélicier, qu'une fois que la Nation a décidé, tout contrôle ne peut être que sans objet » ou encore « Une juridiction, un Conseil ne pourrait s'arroger un tel droit de contrôle sans porter l'atteinte la plus grave à la souveraineté nationale ».

Cette passion manifeste du rapporteur pour la souveraineté nationale exprimée par la voie du référendum se veut donc au service de l'argument d'incompétence du Conseil mais c'est là un point de vue que l'ancien Président de la République, René Coty, ne peut entendre :

« Il y a, sous-jacente à ce rapport, une théorie qui est la suivante : quand le peuple souverain s'est prononcé, tous – Conseil constitutionnel compris – n'ont plus qu'à se taire. C'est une doctrine. Est-ce la doctrine de la Constitution ? C'est la seule question que nous devons examiner ».

Coty entreprend alors de rappeler précisément que la Constitution prévoit le plus souvent un exercice de la souveraineté par le biais des représentants. Pour lui, il ne s'agit d'ailleurs même pas de raisonner sur la constitutionnalité d'une loi qui émane directement du peuple en tant que procédure sans recours possible, mais de revenir à la validité même de la procédure utilisée – l'article 11 plutôt que l'article 89 de la Constitution- et le Conseil a déjà émis un avis sur ce point. Ainsi, est-il suggéré ici au Conseil constitutionnel d'émettre une décision sur cette seule question de procédure irrégulière. Le débat se poursuit sur la pertinence de cette proposition eu égard au texte constitutionnel même et à la formulation ambiguë du recours : ce dernier qualifie d'une part la nouvelle loi de « constitutionnelle » donc relevant de l'article 89 puis de loi « ordinaire » pour justifier sa propre recevabilité. Or, soit il s'agit d'une révision constitutionnelle et le Conseil constitutionnel n'est pas compétent selon l'article 89, soit il s'agit d'une loi votée au titre de l'article 11, ce qui rendrait le recours possible mais la remise en cause de la non utilisation de l'article 89 serait alors ici sans pertinence. Cependant, critiquer l'ambiguïté verbale du recours peut ici relever d'une certaine mauvaise foi : cette

ambiguïté ne puise-t-elle pas sa source dans l'inconstitutionnalité même de la procédure utilisée au départ ? Dans le même temps, les formulations ambiguës de la saisine donnent aussi le sentiment d'une extrapolation de la lettre de la Constitution visant à surestimer²⁴⁶ la recevabilité du recours de Gaston Monnerville ; la lecture de la lettre de saisine²⁴⁷ nous incite à reprendre ici à notre compte ce commentaire éclairant de Franck Lafaille, qui nous apprend aussi que cette lettre a été écrite par le secrétaire général du Sénat de l'époque, François Goguel²⁴⁸, d'ailleurs membre du Conseil constitutionnel à partir de 1971 :

« les arguments justifiant la compétence du Conseil constitutionnel sont plus développés que les passages relatifs à la violation de la Constitution »²⁴⁹.

La saisine tendrait donc davantage à montrer la voie d'un contre pouvoir au Conseil constitutionnel qu'à motiver son recours pour non conformité. Franck Lafaille précise aussi qu'il n'échappe pas à Goguel ni à Monnerville,

« que l'incompétence représente la voie médiane pour un Conseil qui ne peut à la fois approuver une procédure condamnée quelques jours auparavant et censurer la volonté populaire »,

pour conclure :

« Cette lettre de saisine représente un *vade-mecum* pour le Conseil constitutionnel. Gaston Monnerville concentre son argumentation à convaincre le juge de sa propre compétence ».²⁵⁰

Léon Noël considère, lui, dans ses Mémoires que « Le Président du Sénat savait pertinemment que le Conseil constitutionnel ne disposait pas du droit de se prononcer sur la légitimité du recours au référendum, pour modifier la Constitution. »²⁵¹ Quelles que furent les intentions de Gaston Monnerville, respect de la lettre de la Constitution par attachement aux institutions républicaines, dans le sillage d'un Rudolph Von Jhering pour reprendre Franck Lafaille, rappelant²⁵² que le juriste allemand considérait la procédure comme la sœur jumelle de la liberté, ou encore déclenchement d'un « scandale d'ordre politique »²⁵³ comme l'affirme Léon Noël, René Coty précise au cours du débat que, de toute façon, dès lors que le Conseil est saisi, l'enjeu n'est plus d'analyser les motifs du recours. Pour autant les motifs de recevabilité invoqués par Gaston Monnerville sont au cœur du sujet et contribuent amplement à nourrir une discussion où René Coty prend particulièrement souvent la parole – pas moins de deux heures sur les trois heures et demie de séance dira Léon Noël²⁵⁴, confirmant la longueur et la fréquence des prises de paroles de René Coty lisibles dans cette délibération - et

²⁴⁶ La qualité de cette saisine est vigoureusement critiquée dans ce débat, y compris par ceux des membres qui soutiennent l'idée du recours ; cela dit, la mauvaise foi assez évidente qui perce dans la lettre de saisine, malgré le détournement de procédure pourtant aussi manifeste, par de Gaulle.

²⁴⁷ Les lettres de saisine sont toutes consultables sur le site internet du Conseil constitutionnel, par décision et/ou par date.

²⁴⁸ Nous aurons l'occasion de présenter François Goguel, Professeur de droit public à l'IEP de Paris.

²⁴⁹ In Franck Lafaille, *Le Président du Sénat depuis 1875*, Editions L'Harmattan, Paris, 2004 ; p 268.

²⁵⁰ *Ibid.*

²⁵¹ *Op. Cit.* , Léon Noël, p.237.

²⁵² Franck Lafaille, *Op. Cit.*, p.269.

²⁵³ *Op. Cit.* , Léon Noël, p.236.

²⁵⁴ *Op. Cit.* , Léon Noël, p.238.

se montre, comme précédemment, très attaché au respect de la lettre de la Constitution et tout autant à l'autorité du Conseil constitutionnel :

« le constituant peut avoir oublié de préciser les conditions de saisine du Conseil dans le cas du référendum car il ne s'est pas beaucoup préoccupé du référendum. Mais qu'on n'amoindrisse pas le Conseil constitutionnel ! C'est quelque chose que le Conseil constitutionnel tout de même ! »

et d'enjoindre ses collègues à penser

« qu'il (le Conseil) ne s'est guère prononcé jusqu'alors que dans des cas qui n'ont pas beaucoup passionné l'opinion ».

Soutenu par Vincent Auriol dans ce débat, René Coty se voit rejoint par René Cassin qui apporte un nouvel élément en faveur de l'affirmation par le Conseil de sa compétence à juger d'une loi votée par la voie du référendum :

« si vous dites que le Conseil est incompetent, vous ouvrez la porte à tous les abus »

estime Cassin pour qui,

« décider que le vote du peuple couvre tout, c'est grave » surtout dès lors que « le peuple s'est lui-même tracé des barrières ».

On retrouve là encore, du reste, l'idée antérieurement avancée des précédents à anticiper. Pourtant, au nom aussi de l'autorité du Conseil constitutionnel, d'autres de ses membres préfèrent lui éviter de s'opposer à une telle expression de la souveraineté populaire ; « sanctionner sans annuler » comme le propose Cassin, semble impossible à leurs yeux, il vaut donc mieux pour la crédibilité et la cohérence perçue des décisions du Conseil, dont la légitimité semble encore bien faible face à celle du référendum, se déclarer incompetent.

C'est bien l'option qui sera retenue que de se déclarer incompetent pour juger d'une loi référendaire. Mais l'étau s'était tout de même bien resserré autour du Conseil : il n'avait pas excédé sa compétence et n'avait fait qu'exprimer officieusement son rejet du projet de référendum sur la base de l'article 11, lequel était constitutionnel en termes d'opérations prévues sur le terrain des compétences du Conseil constitutionnel ; le référendum a eu lieu, ses résultats ont été proclamés par le Conseil et il fallait alors à ce dernier redire éventuellement que la loi référendaire en résultant était inconstitutionnelle, car découlant d'une procédure inconstitutionnelle qu'il ne s'était pourtant pas estimé susceptible de remettre en cause officiellement.

Conclusion

Se dédire ou trahir la Constitution, tel fut précisément le nouveau dilemme pesant sur la crédibilité même du Conseil pendant cette délibération ;

« c'est de nous-mêmes que nous allons donner au public le spectacle affligeant de dire d'abord que le référendum est inconstitutionnel et ensuite que cela n'a pas de sanction. J'en suis peiné pour le Conseil constitutionnel »,

résume René Coty.

Pour rester cohérent, le Conseil aurait pu se prononcer contre cette loi : en effet, était-ce vraiment se dédire que d'évaluer la conformité de la procédure législative dans le cas d'une saisine sur une loi puisque cette procédure ne pouvait en réalité faire l'objet du précédent avis ? Il semble plutôt qu'il ait été un peu tard pour cette voie : l'affaire précédente avait fait grand bruit, le Conseil constitutionnel y avait laissé l'image de celui qui tolère un référendum non conforme à la Constitution quand bien même son avis avait dû se limiter aux opérations afférentes, elles conformes, et le Conseil enfin venait de proclamer, conformément à la Constitution, les résultats du référendum créant la nouvelle loi. Remettre celle-ci en cause après l'expression du suffrage populaire était à l'évidence critique. Le Conseil constitutionnel n'échappa pourtant pas à une impression générale d'incohérence constitutionnelle après sa proclamation des résultats du référendum : il exprimait ainsi publiquement une forme de validation d'un détournement de la Constitution aux yeux des juristes et du personnel politique plus que des citoyens dans leur ensemble qui venaient de donner leur consentement populaire ; cette saisine du Président du Sénat ne pouvait que rappeler un tel manquement. On peut alors se demander dans quelle mesure l'image du Conseil constitutionnel a vraiment primé aux yeux de ses membres tant cet enchaînement semblait prévisible ; sa crédibilité a en effet plutôt souffert de cette décision dans des proportions que de nombreux membres de l'institution avaient eux-mêmes anticipées lors des deux délibérations sur le sujet. Au cours de celle sur la loi référendaire, l'on voit bien la difficulté pour l'institution seule de construire sa crédibilité dans cet environnement flou :

« Il y a des Français dont l'opinion sera déjà faite », redoute à ce titre Coty, relayé par Michelet rappelant que,

« des professeurs de droit ont déjà dit que le Conseil était incompétent ».

Il a pourtant respecté le cadre qui lui était imposé même si au nom d'un certain respect de la Constitution, il aurait pu tenter d'en sortir mais comment puisque, précisément, elle ne l'y autorisait pas ? La thèse de l'incompétence sur la loi référendaire fut du reste juridiquement soutenue par Georges Vedel qui écrira dans le journal *Le Monde* du 30 décembre 1971, au nom de la compétence attributive du Conseil que,

« Juridiquement, Vincent Auriol et Gaston Monnerville avaient tort quand ils l'accusaient (le Conseil) de se dérober ; politiquement, leurs critiques visaient non le Conseil, juge scrupuleux, mais le ou les rédacteurs des textes constitutionnels qui avaient limité son rôle. »

Le Conseil saura cependant par la suite se montrer plus créatif et l'on a vu combien le soutien d'une manière ou d'une autre, au Général de Gaulle, primait tout de même ici. Refuser, plus en amont, de formuler un avis sur les opérations de référendum eût sans doute été théoriquement défendable : le Conseil aurait pu avancer qu'il lui était impossible de se prononcer, même au nom d'une attribution prévue par la Constitution, si l'objet de la saisine n'était pas lui-même constitutionnellement recevable. Faire preuve de ce peu d'audace était cependant prendre le risque de se mettre « hors jeu », risque d'autant plus inutile à prendre que l'avis du Conseil constitutionnel sur le projet de loi référendaire était voué à demeurer officieux.

Du point de vue de son positionnement dans le système décisionnaire politique, le Conseil constitutionnel oscille donc à cette époque entre la conviction qu'il faut entretenir la confiance que portent les français au Général de Gaulle, même si ses membres divergent quant aux meilleurs moyens d'y arriver, et le souhait d'être reconnu au moins pour le rôle que lui attribue la Constitution ; là aussi, des variantes existent quant à la meilleure manière d'asseoir cette autorité, allant du principe du respect strict de sa compétence comme seul garant de la cohérence de ses décisions à des interprétations plus larges de certains aspects du texte constitutionnel. Or, d'un côté, les membres du Conseil constitutionnel sont aussi de ces français qui ont une grande confiance en de Gaulle et de l'autre, l'autorité de leur institution est entre les mains de ceux qui la saisissent et en particulier du Général de Gaulle qui déclare en Conseil des Ministres le 07 novembre 1962 :

« Je ne vois pas quels auraient été sa figure et son avenir (du Conseil constitutionnel) s'il avait voulu s'opposer à la volonté nationale.../...On aurait fait ce qu'il aurait fallu pour en tirer les conséquences »²⁵⁵.

Face aux inclinations gaullistes des personnalités susceptibles de saisir le Conseil constitutionnel comme le Président de la République, le Premier ministre Michel Debré et le Président de l'Assemblée nationale, Jacques Chaban-Delmas, les occasions de saisine de Gaston Monnerville auraient offert une tribune bien étroite à un Conseil constitutionnel d'abord soucieux de se faire une place dans le système républicain français.

Le point sur la question de la légitimité du Conseil constitutionnel perçue par ses membres à ce stade

Au terme des analyses précédentes, la question de la légitimité du Conseil constitutionnel semble entendue tantôt comme l'autorité de ses décisions, autrement dit le respect qu'elles inspirent selon les membres du Conseil, tantôt comme la cohérence entre ses décisions successives témoignant de la solidité de leurs motivations. Dans le premier cas, les variantes sont nombreuses qui permettent de décliner cette notion d'autorité-respectabilité, dans le second, il s'agit plutôt de ne pas se contredire. Quoi qu'il en soit, la notion de légitimité sous-jacente est toujours avant tout liée au fait que les personnalités susceptibles de saisir le Conseil constitutionnel consentiraient à le faire à nouveau à l'avenir.

En particulier, elle est appréhendée par les membres du Conseil constitutionnel à partir d'un attachement convaincu au gaullisme, voire d'une dépendance vis-à-vis des instances de saisine en tant qu'elles en émanent automatiquement, du fait de la paternité de de Gaulle sur l'organisation institutionnelle des pouvoirs. Du reste, quand bien même les membres de ces instances ne se réclameraient pas du gaullisme, le Conseil constitutionnel, pour la grande majorité de ses membres, n'estime de toute façon pas pouvoir s'imposer aux yeux de la Nation à travers une confrontation avec le pouvoir exécutif : ses membres tiennent ce dernier

²⁵⁵ Alain Peyreffite, *C'était de Gaulle*, Gallimard, Paris, 2002.t1, p.265.

en haute estime et savent l'adhésion populaire dont il jouit. C'est là à la fois une contrainte pour les membres du Conseil constitutionnel et une conviction largement partagée.

L'invocation du droit, entendu comme respect de la lettre de la Constitution, jalonne en même temps les débats ; ceux-ci dévoilent ainsi un Conseil constitutionnel intensément animé de l'intention de perdurer dans le système républicain français, et prompt à discuter des moyens les plus sûrs d'y parvenir, au premier chef desquels, précisément, la mise en avant du respect du droit constitutionnel. Contrainte propre au gardien de la Constitution, le droit constitutionnel devient rapidement le moyen opportun de s'assurer la légitimité sous les acceptions entendues plus haut. S'il n'ose s'avancer bien loin sur la voie de l'interprétation du texte constitutionnel par crainte de contrer l'exécutif ou la souveraineté populaire, le Conseil constitutionnel entend exprimer à travers ses décisions une cohérence et un respect du texte constitutionnel que l'Exécutif a pourtant parfois minimisés. Cette conception de sa légitimité l'invite alors à dépasser cette seule dépendance. Cet entrelacement discret entre la dépendance politique nourrie de convictions gaullistes et l'usage d'un droit à la hauteur de la mission confiée au Conseil constitutionnel, aux yeux de ses membres, constitue le plus souvent la richesse du débat contradictoire dans les délibérations. Ce sont d'ailleurs là deux facettes d'un même prisme : l'accroissement des saisines et la pérennisation du rôle du Conseil constitutionnel dans la vie politique, autrement dit sa légitimité, passent par un consentement des auteurs des saisines et représentants des citoyens, à considérer que l'élection n'est pas la seule voie pour accepter des décisions ayant un impact sur la vie institutionnelle ou sociale.

C'est cependant seulement à travers l'évolution de tels propos tenus par les membres du Conseil constitutionnel qu'un nouveau visage se dessine, sinon de la légitimité démocratique, du moins de certaines de ses caractéristiques. Afin de mieux en cerner la pertinence, on doit donc se demander dans quelle mesure ces premières considérations sont pérennes, voire, avant cela, si elles valent pour d'autres types de contrôles exercés par le Conseil constitutionnel. En l'occurrence, ceux ne relevant pas d'une dimension aussi « politique » au sens de leur inférence directe possible sur les choix du législateur, émanant de l'Exécutif ou du législatif, méritent l'attention. Les contrôles considérés dans notre segmentation initiale comme ayant un impact immédiat moindre sur l'organisation de la vie collective, car étant exclusivement situés sur un plan procédural réglant l'activité des institutions elles-mêmes ou les unes vis-à-vis des autres relèvent de cette catégorie. Ces contrôles ont cependant aussi une portée politique importante car elle a partie liée à la séparation des pouvoirs prévue par la Constitution de 1958 mais ils n'influent pas directement sur la loi. Nous les avons du reste considérés eu égard à leur évolution propre et comparativement éclairante au moment où le contrôle de constitutionnalité des lois acquiert un élan nouveau : il s'agit là des recours obligatoires, fréquents sur la première période étudiée puis en nette décroissance ou se stabilisant, ceux respectivement relatifs à toute résolution modifiant le règlement des assemblées, ceux relatifs aux lois organiques et encore ceux appartenant « au Premier ministre, seul habilité à saisir le Conseil constitutionnel, d'apprécier l'opportunité de cette saisine »²⁵⁶, concernant des demandes ponctuelles de déclassement du

²⁵⁶ cf le site Légifrance du gouvernement français sur les modifications de dispositions législatives survenues après l'entrée en vigueur de la Constitution de 1958 : <http://www.legifrance.gouv.fr/Droit-francais/Guide-de->

domaine législatif vers le domaine réglementaire de dispositions législatives intervenues après 1958. Que les saisines soient ici obligatoires oblige à rappeler que les cas considérés diffèrent entre eux qui engagent les membres du Conseil constitutionnel à penser spécifiquement l'impact de leur pouvoir ; il faudra donc comparer à chaque fois cette réflexion à celle qu'inspire au Conseil constitutionnel un contrôle plus directement politique. Le caractère obligatoire des saisines, s'il apparaît induire une caractéristique constante dans ces variantes, sera alors aussi signalé.

Par souci de clarté, nous nommerons ci-dessous les décisions correspondantes, un peu abusivement, « politiquement neutres », prenant acte que l'appellation mérite quelque nuance. Pour maintenir une cohérence thématique rendant la lecture plus fluide et à même de faire suivre notre raisonnement, nous avons regroupé les délibérations précédentes et proposons donc ci-après un léger retour dans le temps.

1.2.2. Le cas des décisions « politiquement neutres »

A travers leur effet sur l'organisation ou les modalités de l'élaboration de la loi, ces décisions vont retarder ou anticiper cette dernière mais pas en modifier la teneur au motif que celle-ci ne serait pas conforme à la Constitution ; il s'agit d'en circonscrire le fond mais à travers la seule régularité de la procédure, autrement dit en s'assurant que la loi est élaborée selon les règles du fameux parlementarisme rationalisé et que le pouvoir législatif respecte son domaine de compétence. Elles ne visent donc pas directement le travail réalisé par le législateur sur le contenu de la loi.

Il s'avère que l'usage du droit dans ces cas où l'on contrôle l'organisation des procédures et de l'activité du Parlement, mais pas la constitutionnalité du contenu qu'il élabore, se traduit dans les débats du Conseil constitutionnel par des propos qui en montrent un intérêt rhétorique plus immédiat. Le Conseil constitutionnel semble en effet plus enclin à délibérer sur un terrain juridique que lorsqu'il fait face à des enjeux politiques plus directs.

Séance du 20 décembre 1960, décision 60-10 DC : résolutions modifiant les articles 32, 66, 80, 87, 101, 109 et 113 du règlement de l'Assemblée nationale (2^{ème} affaire de la séance)*

=> Qu'apprend-on ici ?

La référence au droit dans ce débat est plus immédiate que dans les délibérations dites « politiques », précédemment étudiées. Les membres du Conseil constitutionnel n'ont pas ici à s'embarrasser d'un questionnement sur une rivalité éventuelle entre la souveraineté propre de l'institution et celle du peuple : le règlement des Assemblées²⁵⁷ est à ce titre moins problématique que l'élaboration de la loi. Les discussions montrent cependant des membres

legistique/II.-Etapas-de-l-elaboration-des-textes/2.4.-Decret/2.4.5.-Elaboration-d-un-decret-de-l-article-37-second-alinea-de-la-Constitution

²⁵⁷ Cf. Sophie Cacqueray et Louis Favoreu, *Le Conseil constitutionnel et les règlements des assemblées*, Economica, Paris, 2001.

soucieux de faire valoir le droit constitutionnel avec une certaine souplesse prenant au sérieux les pratiques réelles des Assemblées quand elles ne sont pas nécessairement en contradiction avec la Constitution.

La deuxième affaire débattue par les membres du Conseil constitutionnel lors de la séance du 20 décembre 1960 concerne les résolutions modifiant les articles 32, 66, 80, 87, 101, 109, 113 et 80 du règlement de l'Assemblée nationale pour lesquelles le Président Chaban-Delmas a, comme il se doit selon le premier alinéa de l'article 61 de la Constitution, saisi le Conseil constitutionnel. Monsieur Chatenay en est le rapporteur et se livre à un examen article par article de ces dispositions dont il estime qu'elles n'ont aucun lien entre elles. Ce sont les dispositions 109 et 80 qui font particulièrement débat, les autres étant déclarées conformes immédiatement après qu'il en a donné lecture.

L'Assemblée nationale propose de modifier l'article 109 de son règlement afin de prévoir que lorsqu'un texte relatif à un projet de loi est rejeté par le Sénat, alors l'Assemblée nationale délibère en seconde lecture à partir du texte initial, transmis par le Gouvernement après le rejet par le Sénat ; ceci lèverait les difficultés rencontrées par la pratique qui a alors cours, d'une discussion sur une série d'amendements sans ordre donné, au motif principal que l'Assemblée ne dispose pas de base de discussion lisible après le rejet par le Sénat. Or, l'article 42 de la Constitution précise dans son deuxième alinéa que,

« Une Assemblée saisie d'un texte voté par l'autre Assemblée délibère sur le texte qui lui est transmis »,

rappelle René Coty, contre l'avis du rapporteur qui estimait la demande de l'Assemblée nationale acceptable pour « des raisons de logique et de bon ordre des débats ». Mais pour teintée de bon sens qu'elle soit, la résolution proposée n'en demeure pas moins distincte de ce que prévoit la Constitution par son article 42, disposant que l'Assemblée délibère à nouveau sur la base d' « un texte transmis ». René Coty répète du reste l'expression pendant cette délibération, appuyant ainsi sa question d'une autorité toute juridique :

« Avons-nous le droit de prendre le contrepied d'une disposition formelle ? ».

Selon lui, en effet, la procédure ayant déjà cours, celle par voie d'amendements, est plus constitutionnelle en tant que ne remettant pas en cause la lettre de la Constitution. Lors d'un premier vote, cet argument juridique imparable l'emporte puisque la majorité des membres du Conseil constitutionnel estiment l'article 109 modifié non conforme à la Constitution sur la base de cet argument. Pourtant, la précision de la lettre, qui semble dans un premier temps primer de manière assez évidente, est rapidement nuancée par Jean Gilbert-Jules qui considère d'une part que la modification ne viole en rien l'Article 42²⁵⁸ et que d'autre part, la

²⁵⁸ Son argument n'est pas précisé dans le procès-verbal mais l'on peut sans trop de risque avancer qu'il renvoie au fait que la portion de phrase « délibère sur le texte qui lui est transmis » de l'article 42, n'impose pas une transmission par l'autre Assemblée et peut s'accommoder d'une transmission par le Gouvernement, comme le prévoit la résolution. Ce n'est au demeurant pas cet aspect de la remarque de Gilbert-Jules qui relancera la discussion mais l'autre, relatif à l'artificialité de la procédure qui a alors cours.

pratique actuelle est « artificielle » car, précisément, mise en place pour palier sous forme d'amendements l'absence de texte transmis par le Sénat. Léon Noël prend l'argument au sérieux et reconsidère alors le nouvel article comme une « addition mineure à la Constitution ». Le vote précédent est alors annulé pour donner lieu à un second vote, au nom cette fois de la pratique réelle qui tolère déjà de ne pas respecter la Constitution. Le nouvel article 109 est finalement accepté en l'état. Il s'agit ici de comprendre la lettre de la Constitution tout en cherchant à cerner les motivations réelles de la résolution – et ce faisant des parlementaires – et dans quelle mesure celle-ci ne permettrait pas en l'occurrence de faire davantage respecter la Constitution que le *statu quo*, tout en corrigeant les défauts pratiques de celui-ci. Il est intéressant de noter en effet que le Président du Conseil constitutionnel a enchaîné sur l'objection de Jean Gilbert-Jules en invoquant « une addition minimale à la Constitution » comme s'il manifestait là le souhait de comprendre les parlementaires à partir du moment où le respect de la Constitution demeurerait garanti.

Quant à l'article 80 du Règlement de l'Assemblée nationale, il concerne les demandes de levée d'immunité parlementaire et de suspension de poursuites ; certains parlementaires ont en effet craint que le Gouvernement ne fasse échec à ce droit reconnu aux Assemblées au nom de l'article 26 de la Constitution sur l'immunité parlementaire, et cela en vertu d'un article 48 qui confie au Gouvernement de fixer l'ordre des discussions des Assemblées dont les priorités doivent être les projets de loi déposés par le Gouvernement et les propositions de loi qu'il a acceptées. La modification proposée envisage donc l'inscription d'office des demandes d'immunités pour la séance hebdomadaire réservée par priorité aux questions des membres du Parlement au Gouvernement, toujours selon l'article 48. S'agissant ici moins de faciliter le travail de l'Assemblée concernée, comme précédemment, que d'assurer son contrôle strict, notamment à travers son respect de ce qui est prévu par le Gouvernement comme étant l'ordre du jour prioritaire, l'article 48 est résumé en des propos tranchés par le rapporteur qui rappelle combien ce dernier

« n'a pas entendu laisser aux Assemblées une séance qui soit soustraite à l'ordre du jour prioritaire.../...mais bien faire une place importante à l'une des modalités, reconnue comme essentielle, du contrôle parlementaire. »

Cette conception du rapporteur fait directement écho à la suivante, de Léon Noël, exprimée dans ses Mémoires :

« Il leur échappait (aux parlementaires), en particulier, que, pour que celui-ci (le Conseil constitutionnel) pût éventuellement empêcher le pouvoir exécutif de violer la Constitution en empiétant sur le domaine du pouvoir législatif, il était indispensable qu'il défendît, avec intransigeance, cette même Constitution contre leurs propres entreprises. »²⁵⁹

En effet, les parlementaires tentent bien ici d'empêcher le Gouvernement de faire obstacle au droit que leur confère l'article 26 et la réponse du rapporteur s'attache à recentrer le propos sur l'obligation, néanmoins, pour les Assemblées de respecter la prérogative gouvernementale en matière d'ordre du jour. Toutefois, le rapporteur, une fois cette première précision rappelée, tente de se placer du côté des Parlementaires et reconnaît le caractère lacunaire de

²⁵⁹ Léon Noël, *Op.Cit*, p.40

l'article 48 qui laisse ouverte la possibilité pour le Gouvernement d'en user abusivement et d'empêcher, par le seul jeu des priorités, l'Assemblée d'user, elle, du droit que lui confère l'article 26. Il propose donc une nouvelle rédaction de l'article 80, ne reprenant pas la modification des Parlementaires mais mettant en garde contre un usage systématique par le Gouvernement d'un droit qui ferait obstruction à celui des Parlementaires. Mais Jean Gilbert-Jules ne suit pas le rapporteur dans cet énoncé car selon lui,

« le respect de l'article 26 s'impose avant celui de l'article 48 »

en tant que relevant de droits propres des Parlementaires, sinon, dit-il,

« nous ne sommes plus en régime parlementaire ».

Si le point de vue se défend, comment choisir des deux textes celui qui primera sur l'autre ? De quelles ressources dispose la Constitution pour y aider les membres du Conseil constitutionnel ? Les deux textes sont « sur le même plan juridique » rétorque le rapporteur. Mais René Cassin rejoint Jean Gilbert-Jules à propos de « la prérogative fondamentale du Parlement » que constitue l'article 26, auquel le Gouvernement ne peut porter atteinte au nom d'une procédure dont il pourrait user légalement mais aussi instrumentalement. René Cassin apporte ici un éclairage juridique précieux en tant qu'ancien membre, lui-même, de l'équipe de rédaction de l'article 48 : les priorités qui y sont énoncées ne concernent que les projets ou les propositions de loi. A ce titre, la proposition du rapporteur, consistant à préciser l'importance de ne pas abuser de ce « pouvoir » de priorité, est sans pertinence puisque ce pouvoir en tant que tel n'existe pas. René Coty revient alors à la pratique réelle de l'Assemblée en matière d'ordre du jour. En l'occurrence, l'observation de différents ordres du jour de l'Assemblée nationale montre qu'en pratique, les mesures d'ordre intérieur²⁶⁰ sont prioritaires. Pompidou entend ces exemples comme autant de preuves que l'Assemblée demeure en définitive assez libre de fixer son ordre du jour : il les complète en exprimant sa préférence pour la proposition du rapporteur dès lors que si la demande de mise à l'ordre du jour des immunités parlementaires peut précéder tout débat, elle risque fort d'être exprimée systématiquement et de conduire à de l'obstruction parlementaire. Il évoque pour sa part le cas du Député Pierre Lagaille dont on pourrait évoquer la suspension des poursuites à chaque séance. Pompidou fait ici allusion à la situation de ce député de la 1^{ère} circonscription d'Alger, membre actif de plusieurs insurrections en faveur de l'Algérie française et incarcéré à la prison de la Santé en février de la même année, après que son immunité parlementaire fut levée. L'objection de Coty selon laquelle la durée des débats sur l'immunité parlementaire est limitée par le règlement semble cependant atténuer la portée du propos de Pompidou : approuvée par plusieurs membres et reprise par Gilbert-Jules, elle permet au Président de résumer le débat à un conflit de hiérarchie entre l'article 26 et l'article 48 à propos duquel tous sont néanmoins d'accord pour que l'article 26 puisse s'appliquer.

C'est finalement le vote pour la conformité à la Constitution de la résolution proposée qui l'emporte. Et René Cassin de conclure que,

« Le Conseil n'a pas voulu s'engager sur la prééminence de l'article 48 sur l'article 26 ou inversement. Ceci s'explique par le fait que le champ d'application de l'un et de l'autre n'est pas le même ».

²⁶⁰ Les exemples donnés par Coty font état d'une priorité dans l'ordre du jour d'abord donnée à l'affichage et la distribution du procès-verbal de la séance précédente, puis au Comité directeur du fonds d'aide et de coopération.

La thèse du rapporteur n'a donc pas été retenue sur ce point pour des raisons de prudence juridique dont le Conseil n'évoque pas explicitement l'intérêt qu'elles représentent pour lui, mais qui sont plutôt abordées ici de façon pondérée à travers une recherche de l'interprétation la plus juste du texte constitutionnel en regard de la pratique réelle de l'Assemblée et de la part qu'elle fait en même temps au respect de la Constitution.

Conclusion

Cet exemple nous a paru d'autant plus intéressant que Léon Noël, dans ses Mémoires, a tendance à faire davantage la part belle à l'intransigeance juridique du Conseil constitutionnel vis-à-vis des prétentions anti-constitutionnelles de l'Assemblée nationale ; si nous pouvons rejoindre ici ses conclusions sur le fait que « la raison d'être » du Conseil d'alors « est essentiellement d'assurer le respect de la Constitution, en évitant tout conflit entre les deux pouvoirs sur l'interprétation de son texte »²⁶¹,

celle-ci nous semble tout autant pouvoir s'actualiser à travers une prise en compte des revendications de l'Assemblée nationale dans la mesure où la lettre de la Constitution demeure respectée. Il y a bien chez certains membres une tendance à vouloir faire primer un certain esprit pro-Exécutif dans la Constitution, mais celle-ci est alors discutée afin que sa lettre soit respectée.

Il nous faudra poursuivre ces descriptions mais il apparaît ici que la référence empirique au droit dans les débats est plus immédiate que dans les délibérations dites « politiques », précédemment étudiées. Il semble que le Conseil constitutionnel endosse en effet plus directement le rôle que lui reconnaît explicitement la Constitution quand celui-ci ne saurait s'embarrasser d'un questionnement sur une rivalité éventuelle entre la souveraineté propre de l'institution et celle du peuple: le règlement des Assemblées est en effet à ce titre moins problématique que l'élaboration de la loi. Pourtant, il cantonne, certes sans difficulté, le Conseil constitutionnel à son rôle de gardien du parlementarisme rationalisé mais les discussions parcourues ici montrent aussi des membres soucieux de s'y soumettre avec autant de souplesse que de respect du droit constitutionnel, garant véritable de la simple fiabilité de l'institution et, par suite, de son apport à l'équilibre institutionnel recherché par la Constitution de la Ve République. Il semble s'agir ici, en d'autres termes, de prendre son travail au sérieux.

Le respect du droit constitutionnel semble en être le garant et il nous faut poursuivre ce parcours pour rendre compte des conclusions descriptives qu'il permet de tirer eu égard à notre question de recherche.

²⁶¹ Léon Noël, *Op.Cit*, p.41.

Séance du 20 décembre 1960, Décision n° 60-10 L - Nature juridique de l'article 10 de l'ordonnance n° 58-1374 du 30 décembre 1958 portant loi de finances pour 1959 et de l'article 3 de l'ordonnance n° 59-246 du 4 février 1959 portant loi de finances rectificative pour 1959, en tant que ces dispositions portent fixation respectivement des taux de cotisations des assurances sociales et des taux de cotisations des allocations familiales.*

=> Qu'apprend-on ici ?

Les membres du Conseil constitutionnel prennent en compte le rôle du Parlement non pas pour le restreindre mais pour en garantir le respect. Ils accordent tout de même finalement moins gain de cause à la saisine, c'est-à-dire au pouvoir réglementaire, au nom d'une cohérence juridique, jurisprudentielle et pratique dégagée par le rapporteur. L'élément jurisprudentiel est le seul à servir la cause propre du Conseil constitutionnel. Faire primer le droit dans cette délibération, comme dans la précédente, semble ainsi une évidence.

La quatrième affaire débattue lors de cette même séance du 20 décembre 1960 renvoie d'abord à une demande de déclassement ; rappelons qu'en plus du caractère « politiquement neutre » de la décision correspondante, cette délibération nous intéresse aussi dans la perspective plus large de la compréhension de la stabilité du nombre de saisines du même type sur la période étudiée où le pouvoir du Conseil s'accroît, à savoir que le nombre de saisines pour des cas plus « politiques » augmente.

A la demande du Premier ministre, conformément à l'article 37 de la Constitution, le Conseil constitutionnel est ici saisi au sujet du caractère législatif ou réglementaire des dispositions de deux articles de deux ordonnances²⁶² relatives à la fixation du taux des cotisations de la Sécurité Sociale. Le rapporteur, René Cassin, situe sans tarder le plan juridique du problème posé au Conseil constitutionnel : puisqu'il s'agit dans les deux cas de modifications relatives aux taux de cotisations des assurances sociales et des allocations familiales, et que l'article 34 de la Constitution renvoie le domaine de la loi en ces matières aux « principes fondamentaux » de la Sécurité Sociale, il faut donc déterminer si les modifications de taux touchent à ces principes fondamentaux déjà partiellement dégagés par deux décisions antérieures du Conseil constitutionnel²⁶³. Sur cette base et sur celle des textes en vigueur, deux principes sont alors dégagés, à savoir que la détermination des cotisants et la participation de chaque catégorie aux charges sont donc du domaine de loi ; en revanche, compte-tenu de la variabilité historique de la répartition des taux entre employeur et employé mais aussi de celle du plafond des taux, deux règles sont aussi dégagées, qui renvoient la répartition des taux ainsi que leur plafond, au domaine du règlement. Si cela répond en bonne part à la question, il reste encore à déterminer de quelle nature est la fixation du taux elle-même. Les références juridiques et historiques étant ici moins immédiates, le rapporteur propose un débat contradictoire.

²⁶² Respectivement articles 10 et 3, alinéa 2, des ordonnances n°58-1374 du 30 décembre 1958 et n°59-246 du 04 février 1959.

²⁶³ 7 avril et 8 juillet 1960 ; cf. site du Conseil constitutionnel.

« En faveur du pouvoir réglementaire, dit-il, la note du gouvernement invoque des arguments très sérieux ».

Et ces arguments sérieux reposent sur l'une des décisions antérieures du Conseil constitutionnel déjà citée : en appui sur cette décision qui considère comme réglementaire la détermination des prestations remboursables, la fixation des taux représente nécessairement une mesure exécutoire, doctrine que René Cassin rapproche d'ailleurs d'un récent arrêt du Conseil d'Etat relatif au salaire minimum²⁶⁴. Enfin, la même note du Gouvernement revient sur l'article 34 de la Constitution qui précise, outre que seuls les principes fondamentaux de la Sécurité Sociale sont fixés par le législateur, que ce dernier fixe les seuls taux relatifs à l'imposition et qu'il ne s'agirait donc pas de confondre impôts et Sécurité Sociale. Le Gouvernement conclut enfin, relève René Cassin, qu'il existe même une branche de la Sécurité Sociale pour laquelle le taux n'a jamais été fixé par voie législative²⁶⁵. Ces arguments du Gouvernement semblent parfaitement recevables au rapporteur qui prend alors néanmoins soin d'y trouver des objections, comme annoncé au début de son exposé. Pour ce qui concernerait la compétence législative, René Cassin ne voit guère que la fixation du taux initial par une ordonnance, autrement dit par un texte *in fine* législatif. Toutefois, contextualisant ce fait, il précise qu'à l'époque,

« les pouvoirs du Gouvernement et son activité étaient très grands » et que l' « on a reproché parfois au Parlement de mal distinguer le domaine législatif et le domaine réglementaire mais le Gouvernement n'a pas toujours eu, non plus, des notions très claires à cet égard ».

Enfin, rendant hommage au travail du Conseil d'Etat pour mettre au jour cette distinction, il lui semble compréhensible que celui-ci ait pu laisser passer certaines imprécisions étant donné le nombre d'ordonnances qu'il avait alors à analyser quotidiennement. Le caractère législatif originaire du texte concerné ne peut donc être mis en avant avec certitude pour appuyer la nature législative des modifications suggérées. Trouver des arguments éventuels en faveur du caractère législatif de ces modifications invite alors, selon le rapporteur, à s'interroger sur le fond de la question. L'on aurait pu s'attendre à ce que le rapporteur s'en remette aux seuls arguments juridiques et jurisprudentiels invoqués plus haut à l'appui du caractère réglementaire de ces modifications ; puis manifestant le souhait d'épuiser la question en envisageant également des arguments contraires, on aurait pu s'attendre à ce que n'en trouvant pas de sérieux sur le terrain juridique, il s'en tienne à la première catégorie d'arguments. Or, le rapporteur va plus loin et demande alors

« s'il serait bon que la fixation du taux relevât du pouvoir réglementaire ».

Le Conseil constitutionnel excède-t-il son rôle ici ? N'est-il pas seulement censé identifier les textes juridiques à l'appui desquels un texte peut être considéré comme législatif ou réglementaire ? Suivons la démonstration de René Cassin qui le mène à juger au fond. Le critère de l'article 34 définissant le domaine de la loi en matière de Sécurité Sociale adopté

²⁶⁴ La référence au Conseil d'Etat est très détaillée juridiquement dans le procès-verbal de cette délibération.

²⁶⁵ Branche relative aux accidents du travail.

par le Constituant n'est pas « le degré d'importance pratique de la réglementation » mais renvoie aux « principes fondamentaux » ; or, les cotisations de Sécurité Sociale ont une incidence pratique sur les prix puisqu'elles en constituent réellement un élément de formation – il faut entendre ici sur les montants remboursables- ; ceux-ci sont cependant réglementés depuis 1945 par le Gouvernement, même si le rapporteur en exprime le regret ; le législateur ne pourrait donc pas, en pratique, fixer un taux de cotisation sans en référer au Gouvernement qui réglemente les prix sur lesquels la fixation dudit taux aurait précisément une incidence. L'irruption de cette question pratique présente l'intérêt de déplacer l'enjeu du débat sur le terrain de la cohérence entre les actions législatives et gouvernementales. Vu sous cet angle, le Conseil constitutionnel est encore dans son rôle de gardien du bon fonctionnement des institutions et son jugement au fond semble d'ailleurs mû par cette seule préoccupation. Enfin, conclut René Cassin, il reste un argument faible en faveur du pouvoir législatif, celui d'après lequel les cotisations de Sécurité Sociale ne font pas partie des autres taxes, dites parafiscales, et relevant du pouvoir réglementaire. Faible en effet car il impose pour être effectif de considérer les cotisations de Sécurité Sociale dans leur rapport à ces taxes parafiscales et de montrer qu'en dehors de leur champ, on sort du domaine réglementaire. Or, la Sécurité Sociale ne se définit pas en regard de ces taxes, c'est « un régime *sui generis* » rappelle le rapporteur qui conclut, après cette mise au jour d'arguments pour et contre, au caractère finalement réglementaire du texte relatif aux assurances sociales. De la même manière, il considère que le texte relatif au taux de cotisation des allocations familiales est du domaine du pouvoir réglementaire.

Le débat s'ouvre avec une préoccupation de Charles Le Coq de Kerland, qui entrevoit dans le pouvoir du Gouvernement de fixer de tels taux, ce dont l'a convaincu l'argumentaire de René Cassin, une possibilité de détournement du pouvoir législatif : celui-ci en effet pourrait ainsi ne plus avoir de marge de manœuvre sur la participation des deux catégories à cette charge, en l'occurrence la catégorie des salariés et celle des employeurs, si le Gouvernement se met à faire jouer les taux dans le sens opportun. Il est rejoint par Gilbert-Jules qui craint que le Gouvernement n'ait les mains trop libres quand bien même le Parlement serait censé garantir la participation des deux catégories. De quelle latitude dispose réellement le Parlement ?, s'interroge Gilbert-Jules. Georges Pompidou intervient alors qui préfère ne pas

« multiplier en ces matières, les principes fondamentaux »

dont le taux de cotisation ne fait pas selon lui partie. Les cotisations familiales renvoient à une redistribution de revenus par l'employeur indépendamment de la cotisation du salarié, alors que les assurances sociales impliquent la solidarité des salariés au mécanisme, dans une logique, précisément, d'assurance ; dans les deux cas, explique-t-il, dès lors qu'il n'y a pas parité entre employeur et salarié, définir une répartition des taux entre les deux peut difficilement s'apparenter à un principe fondamental, même s'il va de soi que le Gouvernement ne saurait, lui, prévoir une répartition des taux à la faveur exclusive d'une partie au détriment d'une autre. Le rapporteur entend aussi minimiser ce risque au double motif que le Parlement peut toujours contrôler le Gouvernement en l'interpellant et que selon lui, toute réforme de la Sécurité Sociale serait de toute façon soumise au Parlement. Au moment du vote qui suit, le Conseil constitutionnel décide du caractère réglementaire des dispositions ainsi soumises à son examen.

Conclusion

Analyse juridique et garantie du respect des institutions et de leur périmètre respectif ont amplement structuré ce débat y compris dans sa partie contradictoire et le Gouvernement n'obtient gain de cause qu'au terme de la recherche du meilleur argument, que nous dirons juridico-pratique pour résumer la position du Conseil constitutionnel. Du reste, le rapporteur, suivi par certains membres, exprime par deux fois le souhait de reconsidérer certains aspects du rôle du Parlement au profit de ce dernier mais n'en accorde pas moins gain de cause à l'auteur de la saisine, au nom de la cohérence juridique, jurisprudentielle et pratique qu'il a dégagée. L'élément jurisprudentiel est d'ailleurs ici le seul venant servir la cause propre du Conseil constitutionnel et c'est aussi le premier invoqué à la suite, d'ailleurs, de la note du Gouvernement : si le Conseil ne débat pas ici de sa crédibilité, l'invocation de ses décisions antérieures sur lesquelles s'appuie le Gouvernement est prise très au sérieux. Si aucun membre du Conseil n'exprime non plus combien il est nécessaire pour leur institution de respecter ses propres précédents, il apparaît néanmoins que cela va de soi pour tous. Faire primer le droit dans cette délibération, comme dans la précédente, semble ainsi une évidence inhérente à la mission du Conseil constitutionnel, cette « compétence attributive » qui fait tant débat lorsque les saisines touchent davantage à l'action politique directe : la souveraineté que la Constitution confère aux décisions du Conseil constitutionnel semble alors bien faible en regard de celle du « peuple » invoqué dans l'article 3 de la même Constitution. Le caractère certes obligatoire des saisines ici « politiquement neutres » mais relatif à des choix demeurant à la discrétion du Gouvernement, ne semble pas, en somme, pouvoir contribuer au déploiement de l'activité du Conseil constitutionnel ; il ne s'agit pas, en effet, dans les débats internes, de surenchérir sur l'autorité ou la crédibilité du Conseil auprès de ceux qui l'ont saisi, voire auprès de l'opinion comme ce fut le cas auparavant.

Séance du 18 juillet 1961, décision DC 61-14 L, organisation judiciaire : domaine de la loi et du règlement.

=> Qu'apprend-on ici ?

Nonobstant un regard critique sur la compétence parlementaire en matière judiciaire, les membres du Conseil constitutionnel s'accordent sur le fait que l'équilibre institutionnel ne saurait être détourné au détriment du pouvoir législatif. Le rôle du Conseil constitutionnel s'avère ici plus proche de celui d'un garant de l'équilibre constitutionnel des pouvoirs que de celui d'un défenseur résolu de l'Exécutif.

Un an et demi plus tard, la séance du 18 juillet 1961 connue par la doctrine sous le nom d'« organisation judiciaire » s'inscrit dans la même veine pour notre propos. Encore relative à une demande de déclassement du Premier ministre, dans les conditions prévues à l'article 37, alinéa 2 de la Constitution, elle concerne le caractère réglementaire ou législatif des dispositions de l'article 5 de l'ordonnance du 22 décembre 1958 sur l'organisation

judiciaire. Pour des raisons principalement pratiques, le Gouvernement souhaite créer à Paris, Lyon et Marseille, des tribunaux d'instance ayant la seule compétence pénale, déchargeant ainsi les tribunaux suburbains qui disposent jusqu'alors de la double compétence civile et pénale et étendant géographiquement la compétence des tribunaux de police actuels. La situation décrite par le Gouvernement pour justifier son projet de modification du texte et reprise ici par le rapporteur, Maurice Patin, est celle de tribunaux d'instance suburbains établis loin des centres villes et devant par ailleurs traiter d'affaires de plus en plus nombreuses dans des locaux inadaptés. La question pour le Conseil constitutionnel est donc de savoir si la disposition de modification correspondante est du domaine de la loi ou du règlement. Comme précédemment, le rapporteur se livre à un exercice d'analyse textuel visant à juger ici du rapport entre l'article 34 prévoyant que « La loi fixe les règles concernant la création de nouveaux ordres de juridiction » et la modification proposée. Si le rapporteur conclut dans un premier temps au caractère réglementaire de ce texte eu égard au fait qu'il n'est pas question ici de création d'un nouvel ordre juridictionnel mais d'une scission dans les attributions d'un ordre pré-existant, il se livre, comme dans la délibération précédente, à une objection contradictoire mais celle-ci tourne court très vite au motif de

« l'incapacité absolue du Parlement de réaliser une réforme judiciaire » ;

ainsi, même s'il se montre critique vis-à-vis de la pratique gouvernementale de rédaction des textes en matière d'organisation judiciaire, dénoncée pour la démultiplication des articles d'ordonnance sans veille rigoureuse à la question de leur nature réglementaire ou pas, le rapporteur juge le Parlement plus critiquable encore et affirme que,

« il est préférable que le Gouvernement ait compétence »

pour une telle réforme. Jugement de valeur s'il en est, celui-ci est exprimé sans même s'appuyer de manière explicite sur des exemples témoignant de cette incompétence parlementaire, qui semble du reste aller de soi pour d'autres éminents membres du Conseil constitutionnel : le Président René Coty rejoint le rapporteur quant à l'incapacité du Parlement en la matière mais atténue la critique en accordant toutefois au Parlement la capacité d'obtenir un vote sur l'extension du ressort du tribunal de police de Paris. L'on peut noter ici la différence d'appréciation dont le Parlement fait l'objet de la part des conseillers constitutionnels d'une délibération à l'autre : respectés en tant que membres d'une institution représentative dont le bon fonctionnement est crucial pour la vie démocratique, ils le sont moins sur le plan de leur propre compétence, du moins en matière judiciaire. René Coty poursuit en reconsidérant cependant la question sous un angle plus juridique et en se demandant si la création de tribunaux d'instance à compétence pénale exclusive ne renvoie pas à la création d'un nouvel ordre du juridiction, sous-entendant que l'argument du rapporteur relatif à un seul partage des compétences entre tribunaux est insuffisant pour conclure qu'il n'y a pas création. Mais la question étant difficile à trancher seule, Coty s'en remet à une analyse des conséquences qu'aurait cette possibilité éventuellement accordée au Gouvernement de créer de telles formes particulières de juridiction, même si elles ne relèvent pas d'un ordre radicalement nouveau. La conclusion exclusivement juridique, au sens

sylogistique du terme, n'allant pas de soi, ce recours à l'anticipation des conséquences possibles fait alors peser sur le Conseil constitutionnel une responsabilité « politique », au sens où sa décision aura à terme un impact sur l'équilibre du partage des pouvoirs institutionnels : « faut-il que nous permettions cela ? » demande Coty craignant de laisser à l'Exécutif la liberté de créer des juridictions à son gré. Et Coty de poursuivre sur la voie de la prudence pour conclure malgré les critiques formulées à l'encontre du Parlement que,

« c'est la compétence législative qui doit l'emporter ».

Le rapporteur a été ébranlé par les craintes exprimées par Coty, rejoint par Michard-Pellissier, car il revoit sa proposition en distinguant au sein du texte qui comporte les modifications, une dimension législative - la création de tribunaux à compétence pénale exclusive -, et une dimension réglementaire - la détermination de leur ressort²⁶⁶-, dessinant ainsi l'option qui sera retenue pour la décision finale.

Conclusion de la section : Que retenir de ces décisions « politiquement neutres » ?

Finalement, pour le moment, ces débats liés à des décisions « politiquement neutres » du Conseil constitutionnel montrent un attachement de ses membres au droit constitutionnel comme à un référent permettant à l'institution, par définition, d'exercer sa compétence attributive. Le souci d'exhaustivité juridique des rapporteurs et la rigueur des débats qui s'en suivent dévoilent un Conseil constitutionnel soucieux d'accomplir la mission qui lui est confiée et de le faire valoir dans ses décisions. En termes plus familiers, nous l'avons vu, le Conseil prend son rôle au sérieux. Cela transparaît sans ambiguïté dans les débats liés à des saisines automatiques comme les résolutions de modification des règlements des Assemblées : ces débats n'expriment aucun autre enjeu pour les membres du Conseil que celui d'exercer la mission que lui confère la Constitution, en prenant cependant acte des pratiques réelles selon une conception du droit constitutionnel respectueuse de la lettre, mais sans rigidité abstraite. Pour autant, les saisines obligatoires, quoique liées à une volonté du Gouvernement, représentées dans ce cas de figure par les demandes de déclassement du domaine législatif au domaine réglementaire, ne génèrent pas de débats moins juridiques ; il s'agit au contraire de marquer dans les décisions la primauté du droit constitutionnel et le respect des équilibres prévus par la Constitution ; cette dernière n'étant en la matière du reste pas toujours explicite, on voit qu'un détour par les conséquences et, ce faisant, par un jugement des faits anticipés, permet au Conseil constitutionnel de cantonner chaque pouvoir, ici Exécutif et législatif, au rôle que lui reconnaît la Constitution. Débattant alors plutôt en la matière comme un modérateur des prétentions de chaque pouvoir, le Conseil n'exprime aucun

²⁶⁶ Le site internet du Conseil national des Barreaux, <http://cnb.avocat.fr>, définit le ressort d'une juridiction comme l'étendue de sa compétence géographique, le type de contentieux qu'elle peut être amenée à juger, les montants à l'intérieur desquels elle peut statuer et les sommes au delà desquelles les jugements qu'elle prononce sont susceptibles d'appel.

intérêt à en ménager un plutôt qu'un autre mais plutôt un réel attachement à ne pas être considéré comme celui qui aura autorisé certains dépassements.

I.2.3. L'argument juridique pour penser la place du Conseil constitutionnel lors de la période gaullienne : synthèse

Nous avons mobilisé deux marqueurs pour analyser ces premières descriptions des débats internes au Conseil constitutionnel :

- Le premier renvoie à l'existence dans les délibérations du Conseil constitutionnel, d'arguments relatifs à des contraintes, propres à l'institution ou pas, influentes pour élaborer la décision finale ; relevant ainsi, de près ou de loin, d'une conception particulière que les membres du Conseil se font du positionnement de leur institution dans la chaîne de décisions constituant la vie démocratique, ces arguments nous ont secondairement conduit à distinguer entre les décisions ayant un impact direct sur les choix politiques et celles ayant un impact moins direct et plus procédural.
- Nous avons alors été amené à nous poser la question de l'influence éventuelle, dans ces débats, de la nature de la saisine, en tant qu'obligatoire ou pas ; en effet, les saisines obligatoires concernent des décisions qui auront un impact politique indirect contrairement aux saisines non obligatoires; les délibérations concernées faisaient du reste elles-mêmes cas de cette distinction dans la perspective d'une autre saisine non obligatoire escomptée.

Dans ce premier moment « politique » du Conseil constitutionnel, au titre de ses liens avec le Président de la République, proche de la plupart des membres, mais aussi créateur de l'institution et père de la Constitution qui en définit les prérogatives, bénéficiant d'une très forte adhésion populaire à cette époque tendue de la jeune Ve République, l'institution de la rue Montpensier exprime dans ses débats internes le souci premier du droit constitutionnel, comme une contrainte à laquelle il lui faut se plier par respect pour sa mission. Ce respect peut par ailleurs être corrélé à une attention plus ou moins grande accordée à l'image perçue de la cohérence ou de la pertinence de ses décisions. Le droit constitutionnel apparaît alors à ce titre, non plus comme une seule contrainte inhérente à la définition de la mission de l'institution, mais comme le moyen de lui faire exprimer son exigence propre et susceptible d'être perçue comme telle, entend-on dans les débats, indépendamment d'autres formes de légitimité en présence et pourtant manifestation plus prégnantes dans la société française.

Cette percée du droit constitutionnel dans sa capacité ainsi légitimatrice est cependant corrélée à d'autres facteurs :

- Pour les décisions susceptibles d'avoir un impact direct sur les choix politiques, l'influence de l'adhésion des membres au gaullisme, à travers une adhésion à l'homme lui-même ou aux institutions qu'il a créées, l'emporte tout en espérant être à son tour

justifiée par le droit constitutionnel. Celui-ci demeure en cela le garant, faible mais présent, d'une certaine autonomie d'analyse qu'entend expliciter l'institution. C'est, du reste, davantage ici l'auteur de la saisine qui prime plutôt que sa nature, entendue comme relevant d'une démarche obligatoire ou pas, même si l'inquiétude des membres du Conseil pour la perception de l'intérêt de leur mission s'amplifie jusqu'à orienter partiellement les décisions, toutes choses égales par ailleurs, dans le cas des saisines non obligatoires.

- Pour les décisions « politiquement neutres », en tant que relatives au fonctionnement institutionnel prévu par la Constitution et non vouées à modifier cet équilibre, qui dominant d'ailleurs les premiers débats, la conception que les membres du Conseil ont de leur rôle, renvoie plus directement au respect du droit constitutionnel, dans une démarche souple en tant qu'à l'écoute des pratiques réelles comme de la lettre de la Constitution, mais sous le sceau d'une évidence qui n'entre pas en conflit avec d'autres dimensions de la légitimité démocratique comme dans le cas précédent. Le respect du droit constitutionnel est débattu en tant que tel afin d'épuiser le raisonnement juridique syllogistique, du reste atténué par une attention réelle aux pratiques ou dépassé dans ses propres impasses par une réflexion conséquentialiste. Mais il demeure l'enjeu premier de ces débats portant avant tout sur la garantie du fonctionnement institutionnel prévu par la Constitution. Ce caractère « politiquement neutre » des décisions va logiquement de pair avec l'absence d'influence de l'auteur de la saisine dans les débats.

Le tableau A, ci-dessous, reprend ces premiers éléments de conclusion et les dispose dans la perspective de notre recherche ; dans le sillage de notre démarche compréhensive, y sont donc restitués, pour rendre compte des arguments mobilisés pour orienter les débats vers la décision et traduisant ce faisant une conception que les membres du Conseil constitutionnel se font du rôle de leur institution :

- la ligne de partage étant apparue quant à la manière de mobiliser des arguments de même nature, entre les décisions devant avoir un impact direct sur les choix politiques publics et celles n'ayant qu'un impact indirect en tant que liées au respect des procédures institutionnelles prévues par la Constitution ;
- l'ensemble de ces arguments eux-mêmes ainsi différenciés ;
- l'influence de l'auteur de la saisine sur la conception de leur mission par les membres du Conseil dans le cas des décisions ci-dessus dites « politiques » ;
- les questionnements découlant de ces premières analyses pour poursuivre l'enquête selon notre question de recherche.

Tableau A. Arguments mobilisés lors des délibérations de notre échantillon sur la période 1959-1965 et exprimant une conception du rôle du Conseil constitutionnel par ses membres

Délibérations liées à des décisions ayant un impact direct sur des choix politiques en cours	Délibérations liées à des décisions "politiquement neutres", exclusivement liées au respect du fonctionnement des institutions selon la Constitution
<p>* Respect de la lettre de la Constitution : respect de "l'esprit" de la Constitution.</p> <p>* Respect de la cohésion nationale portée par l'action politique du Président de la République Charles de Gaulle, à travers l'adhésion directe à ses choix ou par le respect plus strict des institutions entendues comme renforçant la légitimité de ce dernier.</p> <p>* Importance d'exprimer une forme de respect du droit constitutionnel néanmoins.</p> <p>=> Recherche d'une perception de fiabilité et d'autonomie exprimée dans la voie étroite du respect des choix gaullistes, d'autant plus étroite que celle-ci vaudrait aussi respect de la Constitution.</p>	<p>* Respect de la "lettre" de la Constitution et des domaines d'actions qu'elle prévoit pour les différents institutions/pratique juridique des raisonnements syllogistiques.</p> <p>* Prise en compte des arguments de la saisine dans le cadre d'un débat contradictoire.</p> <p>* Prise en compte des pratiques dès lors que la Constitution n'en est pas contrariée.</p> <p>* Raisonnement conséquentialiste en dernier recours, pour palier l'absence d'évidence constitutionnelle de la réponse.</p>
Influence de la saisine, selon qu'elle soit obligatoire ou pas et/ou selon son auteur	
<p>Plus que le caractère obligatoire ou pas de la saisine, c'est son auteur qui détermine les débats pour la raison exprimée au-dessus, mais l'inquiétude du Conseil constitutionnel quant à la perception de la cohérence et de l'utilité de son rôle semble plus nettement exprimée quand la saisine n'est pas obligatoire.</p>	A priori sans influence.
Pistes de travail pour la suite des analyses	
<p>* Quelle affirmation au moins interne de son autonomie après la période gaullienne?</p> <p>* Quelle évolution éventuelle du rôle du droit constitutionnel pour mener à bien les délibérations à cet effet?</p> <p>* L'auteur de la saisine revêt-il toujours une importance?</p> <p>* Les saisines non obligatoires confirment-elles cette attention particulière quoi qu'en soit timide dont elles semblent ici faire l'objet?</p>	<p>* Quelle évolution de la place du droit dans ces débats où il y est déjà central?</p> <p>* D'autres arguments interviendront-ils de manière décisive et susceptible d'exprimer un point de vue du Conseil sur son propre positionnement?</p>

I. 3. Le rôle stratégique du droit constitutionnel

I.3.1. Le rempart juridique contre l'incertitude du Conseil sur son rôle

La composition du Conseil constitutionnel a quelque peu évolué depuis les précédentes analyses²⁶⁷. A l'issue du mandat de Léon Noël en mars 1965, le Président en est devenu Gaston Palewski, nommé par le Président de la République, Charles de Gaulle ; à la même date, comme le prévoit le renouvellement par tiers du Conseil constitutionnel, le Président du Sénat, Gaston Monnerville, nomme François Luchaire, tandis que le Président de l'Assemblée nationale, Jacques Chaban Delmas, nomme Henri Monnet, puis aussi, en avril 1967, Jules Antonini, en raison de la démission d'Edmond Michelet. Reprenant le fil des analyses avec la délibération du 27 février 1967 concernant une demande de classement, sur saisine du Premier ministre Georges Pompidou, de plusieurs dispositions législatives vers le domaine réglementaire, nous retrouvons donc pour l'instant au Conseil constitutionnel, Edmond Michelet, Jean Michard-Pellissier, Jean Gilbert-Jules, René Cassin et Marcel Waline, tandis qu'André Deschamps, nommé par le Président de la République, a remplacé Bertrand Chenot, lui-même remplaçant de Pompidou en 1962 et nommé en septembre 1964 à la Présidence des Assurances Générales de France alors nationalisées. Respectivement trois professeurs de droit et deux juristes composent ainsi ce Conseil constitutionnel après trois vagues de renouvellement par tiers (1962, 1965, 1968) et les renouvellements imposés par la nécessité : René Cassin, Marcel Waline et François Luchaire d'une part, et Jean Michard-Pellissier et Henri Monnet d'autre part. Les deux anciens Présidents de la République sont décédés.

Gaston Palewski est diplômé de l'École des Hautes études commerciales (HEC), de l'École libre des sciences politiques, de la Sorbonne (licence es-lettres), de l'École du Louvre et de l'université d'Oxford. Il démarre une carrière politique en tant qu'attaché du cabinet du maréchal Lyautey au Maroc (1924-1925), puis du Ministre de la Justice, Paul Reynaud, de 1930 à 1931. Il poursuit auprès de ce dernier, alors Ministre des Colonies, en tant que chargé de mission de 1931 à 1933 puis continue de le seconder quand celui-ci devient Ministre des Finances en 1938. C'est du reste Paul Reynaud qui présente Charles de Gaulle à Gaston Palewski. Volontaire à la 34^e escadre de bombardement de nuit au Maroc peu avant la déroute française de juin 1940 contre les forces militaires allemandes, il rejoint Charles de Gaulle à Londres dès 1940. Puis, engagé en août 1940 dans les Forces françaises libres de l'Est africain, il est nommé par de Gaulle premier directeur des affaires politiques de la France libre à Londres chargé des territoires non libérés, et représente de Gaulle à Alger tandis que celui-ci devient Président du gouvernement provisoire de la République française à la libération. Resté très proche de de Gaulle, il crée avec lui le Rassemblement du Peuple Français, le RPF, en 1947. Commence alors sa carrière politique, et le voici élu député de la Seine en juin 1951.

²⁶⁷ Du reste, afin de rendre effectif dès le début le principe de nomination renouvelable par tiers tous les trois ans, Maurice Patin, Maurice Delépine et Victor Chatenay en tant que premiers membres du Premier Conseil constitutionnel, sont nommés en 1959 pour trois ans seulement, Léon Noël, Charles Lecoq de Kerland et Louis Pasteur Valléry Radot le sont pour six ans, quand Georges Pompidou, Jean Gilbert-Jules et Jean Michard-Pellissier sont nommés, eux, pour neuf ans. Le mandat de Georges Pompidou est interrompu en avril 1962 car il est nommé Premier ministre après les accords d'Évian. René Cassin, que nous avons déjà eu l'occasion de présenter, est nommé en 1960, en remplacement de Maurice Delépine décédé avant la fin de son mandat ; il est renouvelé pour neuf ans à partir de 1962.

En novembre 1952, il est élu vice-président de l'Assemblée nationale puis réélu en 1953, 1954 et 1955. Le 22 février 1955, Palewski entre dans le cabinet Edgar Faure, chargé des affaires atomiques, des affaires sahariennes et de la coordination de la Défense. Il démissionne cependant avec tous les ministres gaullistes le 6 octobre 1955 pour protester contre la politique marocaine qui mène à l'indépendance. Battu aux élections législatives de 1956, il est nommé l'année d'après, à la demande du général de Gaulle, ambassadeur extraordinaire et plénipotentiaire à Rome. D'avril 1962 à février 1965, il est ministre d'État chargé de la Recherche scientifique et des questions atomiques et spatiales dans le cabinet de Georges Pompidou.

Dernier professeur de droit public entré au Conseil constitutionnel sur cette période, François Luchaire, ancien résistant, devient chargé de mission auprès du ministre de l'outre-mer en 1951, le gaulliste et libéral modéré Louis Jacquinot, rencontré pendant la Résistance. Puis conseiller à la Présidence du Conseil sous la Présidence de la République de René Coty entre 1957 et 1958, lequel avait aussi auparavant été soutenu par Louis Jacquinot, il participe à titre d'expert et en tant que Commissaire du gouvernement devant le Conseil d'État, à la rédaction de la Constitution de la Ve République auprès du Comité consultatif constitutionnel. Professeur jusqu'à sa nomination au Conseil constitutionnel, il est élu Président de l'Université Paris I²⁶⁸ en 1971, dans le cadre du réaménagement universitaire prévu par la loi Faure de novembre 1968, du nom du ministre de l'Éducation nationale d'alors, Edgar Faure. François Luchaire sera aussi, en 1972, l'un des principaux fondateurs du Mouvement radical (de gauche).

Henri Monnet, conseiller juridique et financier, est aussi titulaire des croix de guerre des deux conflits mondiaux ; ancien résistant dans le réseau Gers au sein du groupe de Résistance Combat, il est chargé de mission au cabinet civil du général de Gaulle en 1945. Ancien Conseiller de la République (Chambre haute du Parlement) des Landes sous la IVe République, de 1946 à 1948, alors affilié au groupe de la Gauche démocratique (proche des radicaux au Sénat de la IIIe République), devenu Rassemblement des gauches républicaines en 1949, il est à nouveau candidat au Conseil de la République en 1948, sous le patronage cette fois de l'Union Gaulliste. Battu, aura-t-il été remercié pour ce rapprochement gaulliste par cette nomination au Conseil constitutionnel, à près de soixante-dix ans, par Jacques Chaban-Delmas en 1965 ? Toujours est-il qu'il n'est pas sans intérêt, pour mieux cerner la teneur des propos tenus, de pouvoir considérer à cette période le positionnement politique mouvant d'Henri Monnet comme un reflet des liens que l'Union gaulliste révèle entre « le radicalisme et le gaullisme naissant », pour emprunter l'expression à une étude éclairante menée par Pierre Guillaume en 1990, sur le gaullisme bordelais de Jacques Chaban-Delmas²⁶⁹.

²⁶⁸ Pour un parcours complet de la biographie aux multiples facettes de François Luchaire, voir *François Luchaire, un Républicain au service de la République*, aux Editions de la Sorbonne, recueil de travaux de l'École doctorale de droit public et de droit fiscal de l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne. Disponible en ligne : <http://www.publications-sorbonne.fr/fr/livre/?GCOI=28405100930920>

²⁶⁹ Voir *Gaullisme et anti-gaullisme en Aquitaine*, Textes recueillis par Pierre Guillaume, Presses Universitaires de Bordeaux, 1990.

Séance du 27 février 1967, décision 67-44 L - Nature juridique de diverses dispositions des titres I et II du Code des débits de boissons et des mesures contre l'alcoolisme.

=> Qu'apprend-on ici ?

Les membres du Conseil constitutionnel envisagent le droit constitutionnel et leur jurisprudence comme des moyens fiables et potentiellement reconnus de justifier des prises de position lui permettant de rester cohérent, tout en faisant preuve de compréhension vis-à-vis des intentions politiques de l'auteur de la saisine.

Le Premier ministre, Georges Pompidou, saisit le Conseil constitutionnel pour l'appréciation de la nature juridique de diverses dispositions de certains articles du code des débits de boisson et des mesures contre l'alcoolisme; la délibération a lieu lors de la séance du 27 février 1967, en présence de tous les membres du Conseil sauf Edmond Michelet. Le rapporteur en est Marcel Waline qui rappelle les circonstances de la saisine : certaines dispositions de l'actuel code des débits de boissons sont inadaptées à l'arrivée sur ce marché de nouvelles boissons non alcoolisées, mais aussi au développement du tourisme en France amenant la création de chaînes d'hôtels ne pouvant pourtant détenir ou exploiter plus d'un débit, et encore au besoin d'assouplir la réglementation permettant les transferts de nombreux débits de boisson en raison de celui, programmé depuis 1960, des Halles de Paris dans l'espace de Rungis, plus moderne, plus vaste et au croisement de différents lieux de transports. Le Gouvernement, qui se veut volontariste sur ces sujets, souhaite donc pouvoir modifier par voie réglementaire les dispositions qui le nécessitent pour mener à bien ses projets, en vertu de l'article 37 de la Constitution définissant le domaine réglementaire et la possibilité de modification par décret gouvernemental après confirmation du Conseil constitutionnel de leur nature réglementaire, de ces dispositions législatives dès lors qu'elles sont postérieures à la Constitution. Certaines des dispositions ainsi visées sont d'emblée rejetées par le Conseil dont le rapporteur estime qu'il n'a pas compétence en la matière puisqu'elles sont antérieures à la Constitution et ont alors acquis le caractère législatif. La preuve en est donnée sans peine par le rapporteur qui se soucie néanmoins de justifier la demande du Premier ministre : celui-ci aurait pu croire, à tort, qu'une ordonnance de 1959, intervenant en réalité seulement au niveau de quelques numérotations, aurait modifié les articles concernés. Quelques autres dispositions ont cependant été modifiées à cette date postérieure à la Constitution et entrent donc bien dans le cadre de l'article 37. Afin d'en déterminer précisément la nature juridique, le Conseil se doit à présent d'en analyser le lien avec l'article 34 définissant le domaine de la loi.

Deux cas de figure se présentent alors :

- L'une des dispositions édicte des peines correctionnelles et toutes les autres renvoient aux conditions du délit ainsi visé dans la première ; or, la détermination des peines relève du domaine de la loi selon l'article 34 de la Constitution. Le rapporteur invoque alors les précédentes décisions du Conseil constitutionnel datant de 1961, 1964 et 1965²⁷⁰ selon

²⁷⁰ 61-13.L, 64-28.L, 65-35.L

lesquelles, précisément, si des peines correctionnelles sanctionnent la méconnaissance de certaines règles sans pour autant remettre en cause celles prévues à l'article 34, alors elles ne sont pas de nature à modifier ce texte en un texte législatif. Mais le Conseil d'Etat, dont on a déjà rencontré l'importance de la jurisprudence aux yeux des membres du Conseil constitutionnel, a apporté une contradiction plus récente à ces précédents puisque début février 1967, soit quelques jours à peine avant cette délibération, il a considéré que si une interdiction relève bien du domaine réglementaire, assortir celle-ci de peines correctionnelles confère à l'infraction visée le caractère d'un délit, ce que seul peut établir le Parlement. Une fois assortie de peines correctionnelles, une interdiction réglementaire relève donc ainsi de la loi et ne saurait par conséquent être modifiée que par une autre loi. Analysant alors les arguments déjà apportés par le Secrétaire Général du Gouvernement contre cette « théorie » du Conseil d'Etat, Marcel Waline considère l'un d'entre eux rapidement contournable, tandis que celui lié à « une interprétation trop littérale » de la part du Conseil d'Etat quant aux compétences constitutionnelles du législateur, suscite davantage de développements de sa part. Ceux-ci le conduisent à opter pour l'approche, précisément, du Conseil d'Etat, donc implicitement à se placer du côté du Parlement dans le conflit avec le Gouvernement que cette jurisprudence administrative semble installer. Le débat avec ses collègues va refléter ce type de prises de positions qui témoignent bien du reste d'une conception du rôle du Conseil constitutionnel : garant de l'équilibre entre les pouvoirs législatif et exécutif, revendiqué par Marcel Waline et René Cassin, lequel jugeant même que,

« le Conseil d'Etat n'a pas voulu aller à l'encontre de la jurisprudence du Conseil constitutionnel mais l'amener à repenser sa jurisprudence »,

il ne saurait pour ce faire étendre le domaine d'intervention du législatif, comme le suggère la mise en garde partagée par François Luchaire, Jean Michard-Pellissier et André Deschamps qui préfèrent ne pas étendre outre mesure le domaine législatif par l'adjonction de mesures correctionnelles.

Si François Luchaire, attentif aux termes, propose de distinguer entre des textes définissant précisément un délit et ses sanctions, alors nécessairement législatifs, et des textes réglementaires – prévoyant une autorisation spéciale, sous conditions - dont l'inobservation peut entraîner des peines alors nécessairement édictées par une loi, ses deux derniers collègues évoquent, eux, contre la tentative d'apaisement de René Cassin entre les deux Cours souveraines, la possibilité pour le Conseil constitutionnel d'annuler l'arrêt du Conseil d'Etat qui s'oppose à ses décisions antérieures. Cette option est rejetée par les autres au nom du caractère particulier et non général sur lequel portent les décisions du Conseil constitutionnel en tant que n'étant soumises à aucun recours selon l'article 62. Tranchant le débat, le Président Palewski s'en remet à la situation, autrement dit à l'opportunité de la demande du Premier ministre dont on apprend alors qu'elle pourrait aussi relever de la lutte contre l'alcoolisme, pour en conclure qu'il faut dans ce cas,

« laisser au Gouvernement le plus de pouvoir possible ».

Ce dernier argument clôt en effet le débat. Le Conseil constitutionnel, par la bouche de son Président et sans qu'il y ait eu besoin d'un vote effectif, préfère donc s'en tenir à sa propre jurisprudence, à la fois pour ne pas se déjuger, mais aussi parce qu'il s'estime saisi pour interpréter la volonté du Gouvernement que sa jurisprudence lui semble en l'espèce mieux protéger dans un domaine qui demeure, en pratique, celui du Gouvernement, à savoir la santé publique. Cette approche prime un respect littéral du texte de la Constitution, notamment de son article 34 et de son article 37, pour recentrer le rôle du Conseil constitutionnel sur une capacité à arbitrer en faveur d'un alignement des intentions des différents organes de pouvoir sur leurs prérogatives constitutionnelles ou empiriques²⁷¹. Ici, le Conseil d'Etat est juridiquement plus rigoureux que le Conseil constitutionnel qui, sur une question « politiquement neutre », adopte une réflexion politique en tant que réflexion sur la pertinence de modifier ou pas la logique de certaines pratiques institutionnelles.

- Dans le second cas de figure, les autres dispositions dont la nature juridique doit être examinée en regard de l'article 34 mais non plus cette fois relativement à la détermination et à la répression des crimes et délits, touchent, précise le rapporteur,

« aux garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques »,

en l'occurrence à la liberté du commerce et à celle des contrats. La encore, la jurisprudence du Conseil constitutionnel est immédiatement convoquée pour rappeler qu'un tel examen se doit de prendre en considération l'exercice de la liberté concernée au moment de l'entrée en vigueur de la Constitution. Or, la réglementation postérieure à 1958 n'a pas modifié ou accru les limitations pré-existantes à la liberté du commerce des débits de boisson mais a plutôt aménagé leur application, ce qui fait des textes visés des textes de nature réglementaire, à l'exception des dispositions de l'article 29 qui génèrent une discussion à la suite des propos du rapporteur. En effet, l'ordonnance du 7 janvier 1959 déjà citée a en effet modifié les premiers mots de cet article en généralisant l'interdiction de posséder des débits de boissons, des seules personnes et sociétés à l'ensemble des personnes morales, sociétés ou associations. A ce titre, cet article pourrait alors ressortir de la seule compétence législative, comme l'exprime clairement Jean Gilbert-Jules. Henri Monnet, lui, relie les deux propositions examinées et s'inquiète en premier lieu de ce qu'acceptera le mieux la doctrine : de manière nettement tactique, il lui semble en effet que la solution retenue précédemment quant au caractère malgré tout réglementaire de textes dont l'inobservation entraîne des peines correctionnelles donc définies, elles, par la loi, - solution dont on comprend ainsi qu'elle lui semble juridiquement abusive - sera d'autant mieux acceptée que le Conseil constitutionnel ne surenchérit pas avec une justification « délicate » du caractère

²⁷¹ La protection de la santé publique est constitutionnellement une prérogative gouvernementale notamment via l'article 11 du Préambule de la Constitution de 1946 mais sa valeur constitutionnelle n'ayant pas encore été déclarée à cette date et n'étant d'ailleurs pas non plus mentionnée dans le débat, elle apparaît plutôt ici comme relevant de manière évidente de l'action de l'Etat ; elle n'apparaît pas du reste dans le domaine général de la loi défini par l'article 34 de la Constitution de 1958. On peut considérer la création du premier ministère de la santé publique en France en 1930 comme l'officialisation d'une telle prérogative et/ou pratique, renforcée par le décret 55-1001 du 05 octobre 1953 permettant au Gouvernement de créer le premier code de la santé publique, rassemblant et organisant tous les textes législatifs existant alors et liés à la santé publique.

législatif des dispositions de l'article 29. Il exhorte de cette manière ses collègues à choisir, sans remettre en cause la décision précédente, la solution qui confèrera le plus de solidité juridique au Conseil constitutionnel. Si Jean Michard-Pellissier le rejoint, ce n'est pas au nom de la crédibilité juridique du Conseil constitutionnel, mais parce qu'il craint qu'une décision admettant le caractère législatif de ces dispositions au nom des

« garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques »,

ou encore le rattachant à un principe fondamental des « obligations civiles et commerciales », étendrait le pouvoir législatif au-delà de « certaines limites ». Ne clarifiant pas pour autant ces limites, Jean Michard-Pellissier semble estimer ici qu'il est de la responsabilité du Conseil constitutionnel d'y contenir le pouvoir législatif même si la Constitution lui paraît tout de même cantonner ce dernier dans un « domaine trop étroit ». L'on aurait aimé en savoir plus tout de suite mais le Président Palewski, ayant sans doute cerné les deux clans divergents entre les protecteurs des prérogatives parlementaires d'un côté et ceux qui en craignent toujours le dépassement de l'autre, met au vote la question du caractère législatif des dispositions de l'article 29 soumises au Conseil ; si François Luchaire opte cette fois pour le camp législatif, en raison, peut-on suggérer, de la même importance accordée à la précision des textes, on y retrouve aussi René Cassin, Marcel Waline et Jean Gilbert-Jules, tandis que l'abstention de Henri Monnet ne permet pas à Gaston Palewski d'user de sa voix prépondérante dans le cas d'un partage égal des deux positions : il ne rejoint que André Deschamps et Jean Michard-Pellissier pour le caractère réglementaire. Notre suggestion précédente à propos de François Luchaire semble confirmée par un ultime débat pour lequel il obtient gain de cause, en faisant rajouter à la décision finale, la précision qu'il avait défendue précédemment, sur le caractère toujours législatif de l'édiction de peines correctionnelles, quand bien même elles sanctionneraient un manquement à un règlement.

Conclusion

Une ligne de partage se dessine donc ici qui, bien que pouvant être légèrement mouvante au niveau des individus, classe les arguments mobilisés en deux catégories : ceux qui visent l'interprétation la plus étroite du droit, tant sur le plan des textes que sur celui des précédents du Conseil constitutionnel mais aussi du Conseil d'Etat, et ceux qui entendent user de la compétence attributive initiale du Conseil constitutionnel, par conséquent toujours selon un certain respect de la Constitution mais comme d'un guide du Gouvernement, prenant ainsi acte de leur rôle de garant d'un parlementarisme cantonné à un champ bien précis.

Le respect prioritaire de la Constitution et du corpus juridique ad-hoc s'affirme en effet comme le point d'appui nécessaire au déroulement productif du débat. Indissociable d'une réflexion sur les intentions du Gouvernement, auteur de la saisine, il peut venir en soutien à celles-ci ou bien valoir en soi et n'user d'une telle réflexion qu'à des fins conséquentialistes au plan juridique de la répartition constitutionnelle des pouvoirs. Il semble alors, en contrepoint, devoir conforter une protection du pouvoir législatif ; mais contrairement au soutien exprimé des prérogatives gouvernementales contre le pouvoir législatif, cette prise de position pro-législatif n'est cependant exprimée comme telle que

rarement ; elle ne l'est d'ailleurs pas par les juristes qui l'abordent plutôt comme le corolaire logique de cette attention accordée au texte de la Constitution.

Il reste que les accords sont, là encore, toujours trouvés, qu'ils soient d'apparence consensuelle ou issus d'un vote majoritaire, voire faiblement majoritaire, et ne font l'objet que de modifications à la marge, sans avoir généré d'objections majeures durant la délibération. A quoi tiennent-ils ? Au seul besoin partagé de trouver, précisément, un accord ou bien au caractère limité du désaccord ? Que le Conseil ne doive pas se déjuger lui-même, qu'il doive s'appuyer sur sa jurisprudence, ne pas être jugé de parti pris par la doctrine, ménager le Gouvernement dont il comprend le projet politique, la Constitution et sa propre crédibilité générale, semblent les finalités les mieux partagées par les membres du Conseil constitutionnel et apparaissent ainsi comme les piliers du compromis recherché. Le droit s'avère ainsi un rempart efficace pour protéger ces finalités, plus qu'une finalité en soi. Le Conseil constitutionnel, à travers ce compromis, renvoie l'image d'une vie politique où les tensions de pouvoir entre Gouvernement et Parlement persistent, à une période où le Gouvernement mène une politique de réforme volontariste et où il semble possible, y compris dans cette perspective, de prendre le droit au sérieux.

Séance du 30 janvier 1968, décision 68-35 DC - Loi relative aux évaluations servant de base à certains impôts directs locaux.*

=> Qu'apprend-on ici ?

Le débat sur cette loi ordinaire est autant politique, au sens où il conduit nécessairement à une décision ayant un impact direct sur la société, que politiquement neutre au sens où il traite aussi de l'équilibre constitutionnel entre les pouvoirs.

Les membres du Conseil constitutionnel s'accordent pour rechercher ce qui est à la fois constitutionnellement acceptable et politiquement souhaitable, au sens institutionnel, précisément, du respect d'une certaine entente entre Gouvernement et Parlement. Pour cela, il s'en remet à une clarification constitutionnelle du texte qui lui est soumis, en s'interdisant de trahir les intentions du législateur mais aussi d'en juger l'opportunité, tout en cherchant le point de réconciliation possible entre Gouvernement – auteur de la saisine – et Parlement – auteur du vote de ce qui fut au départ un projet de loi donc émanant du Gouvernement-. Le droit constitutionnel, nourri des jurisprudences du Conseil constitutionnel et du Conseil d'Etat va permettre de conforter les membres du Conseil constitutionnel dans la lecture du texte ainsi clarifié qu'ils proposeront en tant que capable de rendre celui-ci conforme à la Constitution sans être invalidé. Cet arsenal juridique ne sera pas restitué comme tel dans la décision, pas plus que la réflexion plus politique qu'il permet de soutenir ; il apparaît ainsi comme une garantie pour le Conseil constitutionnel qu'il peut se frayer une voie parmi les institutions républicaines entre lesquelles il entend pouvoir arbitrer afin d'en garantir la bonne entente. C'est là encore d'abord un rôle politique au sens d'un certain interventionnisme au niveau institutionnel qui ne se fait pas au nom du droit constitutionnel mais grâce à lui.

Le 30 janvier 1968, « la séance est ouverte à 9h45 en présence de tous les membres du Conseil » indique scrupuleusement le procès-verbal, comme à l'accoutumée. La composition du Conseil n'a pas lieu d'avoir changé, la nomination par le Président de l'Assemblée nationale de Jules Antonini, en remplacement, en 1967, du démissionnaire Edmond Michelet alors nommé Ministre d'Etat chargé de la Fonction publique sous le Gouvernement Pompidou IV, intervenant nécessairement en dehors des vagues de nominations par tiers en vigueur. Jules Antonini est un ancien résistant et un haut fonctionnaire, licencié en droit et polytechnicien, Secrétaire général de la SNCF à partir de 1958 et membre du Conseil d'Administration de l'Office de Radiodiffusion-Télévision Française (ORTF) de 1964 à 1967. Enfin, André Deschamps²⁷², ancien résistant proche de de Gaulle, est nommé par ce dernier après l'avoir déjà été au tour extérieur du Conseil d'Etat en 1948, où il sera, dix ans plus tard, choisi par René Cassin comme rapporteur du projet de Constitution auprès de la plus haute autorité administrative.

C'est la première affaire alors inscrite à l'ordre du jour qui nous intéresse : l'examen de la conformité à la Constitution en application de son article 61, du texte d'une loi ordinaire adoptée par le Parlement et relative aux évaluations servant de base à certains impôts directs locaux. Le Président Palewski donne la parole au rapporteur, Jean Michard-Pellissier. Si le contrôle de constitutionnalité des lois ordinaires est encore relativement rare à cette période – il n'y en a alors eu que cinq depuis la création du Conseil constitutionnel – le rapport ici présenté pourrait apparaître comme un modèle du genre tant il s'emploie à restituer et à comprendre le texte dans son contexte politique : un historique du projet de loi est d'abord rappelé, suivi d'un « résumé des positions respectives » du Premier ministre, Georges Pompidou, auteur de la saisine cette fois encore, et de celles du Président du Sénat, Gaston Monnerville ; ces dernières sont du reste encore considérées comme exceptionnelles quelque trente ans plus tard car représentant toujours le seul cas dans la vie du contrôle de constitutionnalité des lois ordinaires en France, où un parlementaire a envoyé des observations écrites en défense de la loi, contre la saisine gouvernementale²⁷³ ; enfin, le rapport revient sur un exposé détaillé des « travaux préparatoires » du Parlement ; alors, une « interprétation de ce débat » est proposée par le rapporteur ainsi qu'une réflexion sur la possibilité qu'auraient pu avoir les parlementaires d'une autre rédaction, menant à la seule interprétation du texte final raisonnable aux yeux du rapporteur, compte tenu cette fois du texte lui-même à présent resitué dans son contexte ; les éclairages préliminaires en soutiendront une interprétation textuellement resserrée mais permettant néanmoins, comme l'exprimera Marcel Waline dès l'ouverture de la discussion, de contenter « toutes les parties ». Le débat se clôt finalement sur

²⁷² Ces quelques informations proviennent de la biographie éponyme qu'Antoine Prost et Jay Winter ont faite de René Cassin ; Antoine Prost, Jay Winter, *René Cassin*, Fayard, Paris, 2011.

²⁷³ Cf « Les modes de décision du juge constitutionnel », « Rapport français » présenté par Monsieur Olivier Dutheillet de Lamothé, membre du Conseil constitutionnel, lors du Séminaire international de justice constitutionnelle, organisé par le Centre d'études constitutionnelles et administratives de l'Université Catholique de Louvain à Bruxelles les 6 et 7 décembre 2001 ; disponible en ligne sur le site du Conseil constitutionnel à l'adresse : http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/pdf/Conseil/modes.pdf. L'auteur cite ce cas comme le seul, en 2001, et depuis l'existence du Conseil, de production d'observations en défense d'une loi par les Assembles parlementaires, lors d'une saisine gouvernementale ; rien ne l'interdit, précise-t-il, mais la pratique a plus souvent été celle d'une défense de la loi par le Secrétaire Général du Gouvernement, à l'occasion d'une saisine parlementaire (cas inverse).

l'accord des membres du Conseil constitutionnel quant à certaines grandes lignes établies à travers la discussion à partir de la proposition du rapporteur, tout en la modifiant. L'élaboration progressive de la décision se passe d'un vote final pour son adoption.

La vision ci-dessus de la trame d'ensemble de la délibération considérée fournit un exemple fidèle de la tournure que prennent les débats du Conseil constitutionnel lorsque la finalité de la décision elle-même est partagée par ses membres ; celle-ci n'est cependant annoncée d'office par aucun d'entre eux et c'est l'exposé exhaustif du rapporteur, abordant lui-même diverses options, qui contribue à mettre peu à peu en exergue les points de partage. Cette mise en évidence va cependant de soi tout au long de la séance et signale que l'accord, déjà là, n'avait plus qu'à être formulé. Il importe à présent de mettre au jour ce que cette finalité dégagée des variations consensuelles autour de la solution proposée, exprime des conceptions que le Conseil se fait collectivement de son rôle dans ce débat.

L'« historique » présenté par le rapporteur nous apprend donc que le projet de loi initial renvoyait à la mise en œuvre du régime des impôts directs locaux déjà institué par l'ordonnance du 07 janvier 1959 ; en l'occurrence nommé « projet de loi relatif aux impôts directs locaux et à la mise en œuvre de l'ordonnance du 07 janvier 1959 », il visait donc à déterminer les bases d'imposition et la part des différentes catégories de contribuables « de manière plus équitable ». A cette fin de meilleure équité, le projet de loi prévoyait de revenir sur les principes présidant à la révision des évaluations des propriétés déjà bâties, de modifier dans ce sens l'ordonnance de 1959 pré-citée et d'édicter diverses mesures applicables immédiatement. Or, dès le début, apprend-on aussi du rapporteur,

« pour des questions de rapidité »,

le Gouvernement demande au Parlement de se limiter aux deux premiers points, seuls certains articles étant ainsi finalement encore concernés quand les autres feraient l'objet d'un projet de loi ultérieur. A ce stade, pour les articles devant à nouveau faire débat, six députés²⁷⁴ dont trois gaullistes, un socialiste et deux communistes, déposent un amendement demandant l'insertion d'un nouvel article ; ils fondent ce dernier sur ce qu'ils estiment constituer une juste remise en cause de la prise en charge locale de la suppression de recettes résultant d'un précédent décret de 1966, prévoyant des réductions de patentes pour les établissements liés à la recherche scientifique ou technique ; ils estiment donc que ce nouveau projet de loi se doit à présent d'assurer que,

« aucune mesure d'ordre réglementaire ne pourra entraîner une réduction des ressources fiscales des collectivités locales ».

Rejeté par le gouvernement, cet amendement est néanmoins adopté par l'Assemblée nationale et par le Sénat pour devenir l'article 22 de la nouvelle loi alors seulement nommée « Loi relative aux évaluations servant de base à certains impôts directs locaux ». Même si le Conseil est à présent saisi automatiquement pour l'ensemble de la loi, la lettre de saisine du

²⁷⁴ Les gaullistes Robert Wagner, Jean-Marie Poirier et Michel d'Ornano, respectivement membres de l'Union des Démocrates pour la Cinquième République pour les deux premiers et de la Fédération Nationale des Républicains Indépendants pour le troisième ; le socialiste Maurice Pic et les deux communistes Waldeck L'Huillier et Robert Levol.

Premier Ministre précise que c'est cet article 22 qu'il estime non conforme aux dispositions de l'article 34 de la Constitution définissant le domaine de la loi, tandis que les observations du Président du Sénat visent au contraire à le conforter ; ce dernier préconise en effet la suppression du décret du 30 avril 1955 d'application de la loi du 02 avril de la même année, accordant « des pouvoirs spéciaux » comme cette procédure réglementaire de 1966 pour l'aménagement du tarif des patentes.

« Il est donc nécessaire, en déduit le rapporteur, de se reporter aux travaux préparatoires pour tâcher de rechercher quel a été le but poursuivi par le législateur ».

Certes, l'on ne saurait ignorer que la préparation même de ce rapport, aux dires du moins de nombreux membres du Conseil constitutionnel, notamment de périodes ultérieures, peut avoir fait l'objet d'échanges entre les différents conseillers, que nombreux sans doute sont ceux connaissant déjà les tenants et aboutissants politiques de ce bras de fer entre le Gouvernement et le Parlement, et que,

« le but poursuivi par le législateur »

ne sera en réalité pas une découverte : il demeure que les membres du Conseil constitutionnel, à l'appel du rapporteur, vont en débattre sérieusement...rhétorique invitant à s'auto-justifier pour le choix d'une solution plutôt que d'une autre, ou thème directement structurant de la mission de l'institution aux yeux de ses membres ? C'est précisément ce qu'il importe de dégager ici.

Le rapporteur précise du reste immédiatement après cette entrée en matière, qu'éclairer la loi à travers une meilleure compréhension des travaux préparatoires, ne saurait lui donner une autre signification que celle de sa rédaction. Il invite donc explicitement ses collègues à se garder de tout écart par rapport au texte proposé, autrement dit, de toute interprétation hasardeuse. C'est cependant à double tranchant : que faire d'une rédaction qui exprimerait de manière insuffisante ce que l'analyse des travaux préparatoires aurait permis de mettre au jour ? Doit-on entendre ici de la part du rapporteur une exhortation pour le Conseil à inciter le parlement à clarifier ses énoncés ou bien à ne s'en tenir qu'au texte dans un respect strict du périmètre de chacun ? Mais alors, à quoi bon chercher à comprendre l'intention du législateur ? Une ébauche de réponse par défaut nous est fournie quelques phrases plus tard : cela ne saurait « permettre d'écarter l'application d'un texte clair ». Ainsi, s'agirait-il plutôt, semble-t-il, d'aider le Parlement à clarifier un texte qui le nécessiterait, en appuyant sa suggestion non pas sur un avis nouveau du Conseil constitutionnel sur la loi mais sur la compréhension par ce dernier des intentions du législateur. Un texte clair, en revanche, qu'il soit fidèle ou pas aux intentions premières du législateur, ne saurait être écarté, à moins bien sûr, d'une non conformité constitutionnelle mise en évidence. Il reste donc qu'aux yeux du Conseil – et par la voix de son rapporteur !- la clarté du législateur doit primer sa cohérence, ce qui permet de préciser le rôle de l'institution de la rue Montpensier.

Or, ces fameux travaux préparatoires montrent que les députés responsables de la rédaction de l'amendement insistent surtout sur le respect de la part du Gouvernement, de l'article 40 de la Constitution « en ce qui concerne les collectivités locales ». Cet article, en effet, prévoit la recevabilité des propositions formulées par le Parlement à condition qu'elles

n'entraînent ni diminution des ressources publiques, ni aggravation d'une charge publique. Les députés entendent ainsi que le Gouvernement respecte cette même règle incombant au seul Parlement selon la Constitution. Les interventions en séance des députés ayant co-rédigé l'amendement montrent qu'en effet ils espèrent mettre fin à la prise en charge par certaines collectivités locales de la baisse de la patente déjà évoquée, et faire supporter celle-ci à l'ensemble de la collectivité nationale dès lors que cette dernière est bénéficiaire des retombées scientifiques en résultant. Le rapporteur en déduit que,

« l'amendement n'a été qu'un prétexte »

pour ses auteurs, lesquels cherchaient d'abord une déclaration du gouvernement sur la prise en charge par la collectivité nationale de ces réductions de patente ; c'est en effet là l'objet de leurs échanges avec le secrétaire d'Etat à l'Economie et aux Finances, Robert Boulin, lors des débats parlementaires. L'amendement apparaît ainsi comme la formulation générale d'une garantie nouvelle concédée par le Gouvernement au sein du nouveau projet de loi, la seule ayant pu produire un accord, sans refléter explicitement l'arrière-plan des débats liés aux patentes en question, lesquelles, il est vrai, sont sans rapport avec ce projet de loi. Le rapporteur explique ainsi que la rédaction de l'amendement ne se trouve pas en harmonie avec le but recherché. Mais, si nous revenons à son propos introductif, cela le rend-il pour autant peu clair ? Il semblerait que oui à ses yeux puisqu'il en vient à exposer une réflexion, toujours nourrie des débats parlementaires, sur une rédaction alternative de l'amendement. Ce développement éclaire du reste aussi l'approbation antérieure et sibylline par le rapporteur de la remarque de Gaston Monnerville, quant au caractère « très général » de l'amendement. Il ressort à présent des débats parlementaires que l'un des députés réclamant cet amendement proposait en effet initialement d'y faire figurer textuellement le fameux décret du 7 décembre 1966 ; or, selon la formule correspondante intégrant explicitement la prise en charge par l'Etat de la perte de certaines ressources, cet amendement aurait été rejeté par le Secrétaire d'Etat à l'Economie et aux Finances au nom de l'article 40 selon lequel, précisément, l'on ne peut accepter d'amendement prévoyant une diminution des ressources de l'Etat. Pourquoi alors, se demande le rapporteur, ne pas avoir plutôt opté pour la voie préconisée par le Président du Sénat, à savoir la suppression, à travers cet amendement, de la délégation antérieure accordant au Gouvernement l'aménagement du tarif des patentes ? La réponse semble s'imposer au rapporteur : l'état du texte discuté résultant de l'épuration d'une partie de ses dispositions d'origine aurait été sans rapport avec un tel propos, lequel aurait donc même été contraire à l'article 48 de la Constitution circonscrivant les discussions parlementaires liées aux projets de lois, aux priorités définies par l'ordre du jour fixé par le Gouvernement et, par voie de conséquence, limitant le droit d'amendement au cadre strict de la loi. Ainsi est-il conclu que le texte finalement proposé, s'il n'explicite pas le but recherché par ses auteurs, n'aurait pu être rédigé autrement. Est-il néanmoins possible de l'interpréter clairement, autrement dit, de le mettre en œuvre ? La question de la clarté²⁷⁵ refait surface : le texte est-il porteur d'une

²⁷⁵ Cf dossier sur le site du Sénat, dédié à la clarté de la loi : <http://www.senat.fr/ej/ej03/ej030.html>

Citons ce passage : « L'exigence de clarté de la loi est apparue explicitement, pour la première fois dans une matière autre que pénale dans la décision n° 98-401 DC du 10 juin 1998 portant sur la loi d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail. » Il est intéressant de noter l'écart entre la préoccupation de la clarté et son apparition explicite dans une décision, quelque 30 ans plus tard !

action claire, qu'elle soit ou pas liée à l'intention initiale ? Si le texte ne produit pas une telle clarté, le rapporteur a déjà annoncé que le rôle du Conseil constitutionnel est alors d'y contribuer à partir des travaux préparatoires. Le procès-verbal du débat présente donc une autre étape du rapport sous l'intitulé « Interprétation du texte de l'article 22 ». Il s'agit de commencer par vérifier si « réduit à son texte », le message est clair. En l'état, il apparaît nettement et sans ambiguïté que l'absence de précisions dans la formulation adoptée donne au texte une portée générale : or, celle-ci d'une part dépasse l'intention originelle de récupération par le pouvoir législatif d'une délégation précédemment consentie, et procure d'autre part à ce pouvoir des possibilités nouvelles sortant du cadre de l'article 34 de la Constitution délimitant le domaine de la loi. Le rapporteur souligne en effet que l'article 22 s'applique à des mesures réglementaires « non fiscales en elles-mêmes » donc relevant simplement de l'article 37 définissant très largement les matières réglementaires en tant que non législatives. Il considère aussi de manière plus appuyée le risque d'un « contentieux permanent » dès qu'un texte réglementaire aura la moindre incidence fiscale.

Ainsi, la difficulté à user de textes trop généraux, au sens où ils mêlent plusieurs domaines, est-elle mise en exergue à travers ce cas : la confusion et la perturbation ultérieures des relations entre pouvoirs réglementaire et législatif sont craintes plus encore que la non conformité constitutionnelle *per se*. Le rapporteur s'en remet alors à l'interprétation des propres décisions précédentes du Conseil constitutionnel²⁷⁶ : selon celles-ci, le législateur peut édicter des peines correctionnelles pour la méconnaissance de certains textes sans que cela empêche la modification de ces mêmes textes par décret s'ils sont, précisément de nature réglementaire. En d'autres termes, par analogie avec le cas présent, un texte peut être pris par voie réglementaire et ses conséquences relever du législatif, ce que l'article 22 semble empêcher, créant ainsi la possibilité de ce « contentieux permanent » évoqué. Enfin, malgré cette interprétation allant dans le sens des précédents du Conseil constitutionnel et permettant d'éviter ces contentieux, les formules utilisées dans le texte, en n'étant pas modifiables par le Conseil comme l'a déjà mentionné le rapporteur, produisent un rejet immédiat de toute mesure réglementaire entraînant une réduction des ressources fiscales. Or, ce n'est même pas là l'intention exprimée par le législateur dans les travaux préparatoires. Après avoir repris les exemples fournis à l'appui de ce dernier point par la note du Secrétaire Général du Gouvernement, le rapporteur conclut que l'article 22 du texte du projet de loi soumis au Conseil constitutionnel est à la fois porteur de confusions de par sa portée générale et détaché de l'intention ayant présidé à sa rédaction. Il s'appuie enfin sur la compétence que l'article 22 retire au pouvoir réglementaire que ce dernier tient de l'article 37 de la Constitution, contrevenant ainsi à l'article 34, pour considérer l'article en cause non conforme.

Or, le rapporteur avait également annoncé que le Conseil constitutionnel devait maintenir un texte limpide dans sa rédaction, fût-il détaché des intentions initiales du législateur, tout en s'éclairant de celles-ci en cas de texte ambigu. Il va à présent plus loin, précisant ainsi la finalité d'un tel éclairage :

« Est-il possible de limiter la portée de l'article 22 en l'interprétant ? »

interroge-t-il alors. Or l'article 22 tient son ambiguïté de sa généralité : le rapporteur suggère donc de réduire sa portée en s'aidant, pouvons-nous supposer ici sans risque, des intentions

²⁷⁶ Celles des 05 mai 1961, 17 mars 1964, 2 juillet 1965 et 27 février 1967.

initiales du législateur mais sans ré- écrire le texte puisqu'il se l'est déjà interdit. Il rappelle alors que le Conseil constitutionnel a déjà usé d'une interprétation restrictive pour des déclarations de conformité concernant des règlements des Assemblées lors de trois décisions en 1959 mais considère que cela ne peut valoir précédent pour le contrôle de constitutionnalité d'un texte de loi. Son explication est intéressante car elle clarifie à nos yeux la position qu'il propose au Conseil constitutionnel quant à la différenciation de son rôle selon qu'il s'agisse de contrôler le règlement des Assemblées ou la constitutionnalité des lois : la distinction déterminante provient selon lui du caractère à usage interne du contrôle du règlement des Assemblées. Autrement dit, la mise en œuvre d'une interprétation restrictive par le Conseil d'un règlement des Assemblées pour considérer celui-ci conforme à la Constitution reposerait sur un dialogue exclusif entre le Conseil et l'Assemblée concernée. Or, le texte législatif déclaré conforme sera en revanche ensuite soumis à l'appréciation du seul pouvoir judiciaire et Jean Michard-Pellissier fait ici précisément remarquer que la formule consacrée par le Conseil dans le cas des interprétations restrictives des règlements des Assemblées, « pour autant que », n'aurait selon lui aucune influence décisive sur le juge qui n'aurait finalement à connaître que d'un texte déclaré conforme. Distinguer au sein de cette loi entre les articles déclarés conformes et ceux déclarés conformes moyennant certaines interprétations restrictives semble donc impossible au rapporteur du fait du destinataire du texte. Enfin, il rappelle que si le Président du Sénat a aussi envisagé de la part du Conseil constitutionnel une décision de non conformité du texte à l'article 34 de la Constitution, ce même Président a estimé que c'est alors l'ensemble de la loi qui devrait l'être, fondant cependant ce principe d'inséparabilité de l'article 22 de l'ensemble de la loi sur « des arguments politiques », dit le rapporteur. En effet, selon Monnerville, le Sénat n'aurait pas voté cette loi sans son article 22 concernant les collectivités locales qu'il représente.

Ainsi, selon le Président du Sénat, cette loi a été votée comme un tout indivisible. Dans les deux cas de figure ici proposés, celui du rapporteur et celui de Monnerville, une déclaration de conformité de l'article 22 sera inséparable de la conformité entière de l'ensemble de la loi. Or, selon le premier, cela conduirait le Conseil à laisser passer une loi pourtant partiellement non conforme et selon le second, en déclarer un article non conforme imposerait de déclarer toute la loi non conforme, ce qui ne serait pas juste non plus. Michard-Pellissier insiste alors sur le fondement nécessairement juridique de toute décision du Conseil y compris relative à la séparabilité ou non d'une disposition par rapport à l'ensemble du texte. Cette inséparabilité, selon lui, du point de vue du Conseil constitutionnel, non seulement ne saurait reposer sur l'argument politique de Monnerville, qu'il juge par ailleurs très spéculatif, mais en plus ne tient pas sur le plan juridique, cet article ne formant pas un tout avec le reste de la loi, car visant à empêcher une aggravation des charges des collectivités locales quand les autres dispositions fixent les bases de l'assiette de certains impôts locaux. Jean Michard-Pellissier conclut donc quant à lui à la non conformité à la Constitution du seul article 22.

Le débat s'engage alors à l'initiative de Marcel Waline qui revient sur la suggestion antérieure de Jean Michard-Pellissier concernant la conformité de l'article 22, moyennant sa limitation à la matière fiscale.

« L'intérêt d'une telle solution, déclare Walline, est qu'elle contenterait toutes les parties ».

En effet, elle traduirait bien la demande des parlementaires et satisferait aussi le Gouvernement puisque l'on apprend alors que la note du Secrétaire Général du Gouvernement mentionne aussi le raisonnement de Gaston Monnerville comme acceptable,

« si l'article 22 ne visait réellement que la contribution des patentes ».

Le doute émis par le rapporteur quant à la difficulté à faire respecter une telle limitation de portée pour une loi ordinaire quand cela lui semble si simple pour un règlement d'Assemblée, est alors levé par Marcel Waline qui considère pour sa part que l'usage de ce moyen par le Conseil d'Etat a déjà fait ses preuves tout en permettant d'éviter d'annuler des textes réglementaires. François Luchaire le rejoint dans cette approche. Jean Michard-Pellissier confirme que cela correspond aussi à son interprétation et se dit alors prêt à s'y rallier. Ici, au moins aux yeux de ces trois conseillers, le précédent du Conseil d'Etat²⁷⁷ rend possible l'insertion du Conseil constitutionnel au moins dans un environnement juridique ainsi capable d'accepter ses décisions pour légitimes. Jean Gilbert-Jules, cependant, estime que le Conseil constitutionnel se doit de considérer le texte de loi dans son ensemble et que cela engage à lire l'article 22 comme s'appliquant aux mesures réglementaires prises en application de l'ensemble de la loi relative aux impôts directs locaux. René Cassin, lui, considère même que l'article 22 en l'état n'a rien d'inconstitutionnel et que reconnaître cela aurait même l'avantage de favoriser de nouvelles délégations de pouvoir du Parlement au Gouvernement qui, précisément, n'ont pas lieu d'être considérées comme des aliénations ; cela assouplirait finalement les relations entre le législatif et l'exécutif. Ce nouvel argument incite le Président Palewski à reprendre la parole pour rappeler que l'article 22 situe le problème dans un cadre très général ; s'ensuit alors un échange de considérations auxquelles Luchaire tente de mettre fin dès lors que le Conseil semble se faire le juge de l'opportunité des textes, dans le sillage des remarques conséquentialistes et en effet relatives à l'opportunité de l'article 22 émises par Deschamps et Antonini, mais le rapporteur rétorque que la signification propre du texte voté par le Parlement doit malgré tout être prise en considération. Une nuance est ainsi introduite entre juger en opportunité et tenir compte de la signification du texte voté par le Parlement.

Le rôle du Conseil constitutionnel se précise ainsi puisque le rapporteur va proposer un nouveau projet de décision à partir de sa dernière déclaration, *a priori* consensuelle, consistant à attacher au texte une signification permettant au Conseil constitutionnel d'en limiter la portée à la loi qui lui est soumise, malgré la généralité de l'article en question. Cette décision de conformité de la loi moyennant une interprétation limitative²⁷⁸ de son article 22 sera acceptée.

²⁷⁷ Arrêt du CE cité par Waline : arrêt CE du 4 janvier 1957 – Syndicat autonome du personnel enseignant des Facultés de Droit.

²⁷⁸ C'est la première et timide apparition dans les délibérations de l'idée des fameuses réserves d'interprétation dans le cas d'une loi ordinaire. D'ailleurs, la réserve ne sera pas explicitement exprimée comme telle dans la décision. Le principe, lui, apparaissait déjà dans la décision du 17 juin 1959 relative au règlement de l'Assemblée nationale puis elles reviendront de manière plus explicite à partir de 1981 (20 janvier 1981 – Décision sur la loi sécurité et liberté, dont la délibération est étudiée plus loin).

Conclusion

Cette délibération recouvre à la fois ce que nous avons appelé le cas des délibérations liées à des décisions politiquement neutres, comme la précédente, et celui des délibérations liées à des décisions ayant un impact direct sur les choix politiques en cours ; en effet, elle porte de par le contenu du texte dont il est question, sur le respect du fonctionnement des institutions, tout en concernant une loi ordinaire votée par le Parlement sur une matière proprement – au moins partiellement – législative.

Instillés au fil de cette analyse du débat qui a visé à restituer le fil des arguments échangés, en lien avec le rôle du Conseil constitutionnel défini par ses membres, nos commentaires sur une telle conception peuvent ainsi se résumer :

- Le rapporteur se montre rapidement en accord avec la raison de non conformité de l'article 22 du projet de loi, mise en avant par la saisine du Premier Ministre, à savoir le non respect de l'article 34 de la Constitution ; pourtant, ce qui aurait pu être explicité d'entrée de jeu, emprunte le détour d'une compréhension du but poursuivi par le législateur. Plus qu'un seul procédé rhétorique pour faire adhérer ses collègues à sa conclusion – ce qui n'est au demeurant pas exclu-, c'est d'une manière de faire qui s'avérera par la suite propre au Conseil constitutionnel que le rapporteur fait ici la démonstration ; en effet, lui-même, après avoir épuisé tous ses arguments en faveur de la loi et avoir donc conclu par défaut à la non conformité à la Constitution de celle-ci, change d'avis extrêmement vite dès lors que Marcel Waline et François Luchaire proposent, sur la base de sa propre explication des intentions du législateur, de reconsidérer une décision de conformité qui pourrait « contenter tout le monde », tout en étant juridiquement parfaitement valide. Ainsi, ne peut-on pas taxer l'exposé du rapporteur de purement rhétorique pour amener les autres à partager sa conclusion puisqu'il consent rapidement à la modifier. Eclairer les intentions des auteurs de l'article critiqué aura donc permis au Conseil constitutionnel, comme le rapporteur l'avait suggéré au départ, d'inviter le Parlement à clarifier son texte, potentiellement conforme à la Constitution, selon la forme préconisée par le Conseil constitutionnel.
- Précisément, à la suite de l'exposé du rapporteur, ses collègues s'attachent, comme il l'a fait, à comprendre ce qu'il faudrait préciser dans le texte soumis au Conseil constitutionnel pour pouvoir le considérer conforme ; cette approche, si elle n'est pas unanime est, d'une part, largement majoritaire (seuls deux conseillers s'expriment ici contre et huit semblent la soutenir moyennant quelques réarrangements), d'autre part très peu remise en cause (les conseillers qui se manifestent à son encontre, si l'on exclut le raisonnement exhaustif du rapporteur, ne le font qu'une fois en se fondant sur des conséquences issues d'un jugement en opportunité que leurs collègues rejettent).
- La recherche fine des éventuelles contradictions avec la Constitution qui seraient générées par une acceptation de l'article en l'état, rejoint toujours le respect de la distinction que celle-ci prévoit entre le rôle du Parlement et celui du Gouvernement, y compris de manière conséquentialiste ; en ce sens, le Conseil semble très attaché à son

rôle de gardien du fonctionnement constitutionnel des institutions, tout en se livrant à un approfondissement de celui-ci pour l'occasion.

- Cela pour deux raisons principales et récurrentes dans le débat : le contenu du texte qui lui est soumis, d'une part, où, précisément, il est question des conséquences d'une mesure réglementaire sur une matière législative ; le contexte de la saisine, d'autre part – Gouvernement contre Parlement – et le rôle d'arbitre que le Conseil y joue d'office.
- Puisqu'il semble à la fois constitutionnellement possible et politiquement souhaitable de contenter les deux parties au sens de l'évitement du conflit entre Gouvernement et Parlement auquel semble attaché le Conseil constitutionnel – il est souvent rappelé au cours du débat que les divergences entre ces deux pouvoirs concernant cet article sont finalement moindres eu égard à l'accord sur le reste de la loi et il demeure que ce projet de loi du gouvernement a bien été voté par le Parlement- , celui-ci, confirmant ainsi son rôle d'arbitre favorable au compromis, saisit cette occasion de pouvoir s'exprimer sans choisir entre Gouvernement et Parlement puisque le terrain d'entente existe entre les deux parties en présence ; il peut ainsi s'imposer comme le garant de la distinction nécessaire entre une clarification constitutionnelle du texte ne modifiant pas l'intention du législateur et un jugement en opportunité.
- Enfin, pour respecter cette règle qu'ils se donnent tout en réconciliant - sans les juger donc - les arguments des deux parties, les membres du Conseil constitutionnel qui permettent de faire avancer le débat vers sa conclusion s'appuient, outre sur les articles de la Constitution référents, sur de nombreux précédents du Conseil constitutionnel ou du Conseil d'Etat. Il est intéressant de constater que ceux-ci n'apparaissent pas dans la décision comme tels : seuls y demeurent, de manière relativement synthétique en regard des arguments juridiques mobilisés pendant le débat, les articles de la Constitution incontournables pour le cas considéré et estimés suffisants pour justifier aux yeux des parties la décision de conformité. Le Conseil constitutionnel, s'il avance dans ses débats à partir d'éléments juridiques lui permettant de situer sa trajectoire possible, n'en éprouve pas pour autant le besoin d'accentuer à partir des mêmes motifs la justification de sa décision vis-à-vis de l'extérieur. C'est bien une conception de son rôle que nous lisons donc aussi dans ce débat, une conception en marche, confortant le Conseil dans ses choix plus que ne lui dictant le discours à tenir envers ses interlocuteurs, comme si celui-ci avait finalement moins besoin de justification. Cette conception renvoie alors le reflet d'une institution se considérant capable, en raison de cette justification interne largement juridique et jurisprudentielle, de se poser comme un arbitre des débats politiques, sur un mode à la fois, certes, indiscutablement juridique mais aussi bienveillant. Cette bienveillance renvoie à la recherche d'un compromis qui constitue véritablement la trame de cette délibération nouant entre elles la plupart des approches : s'interdisant d'apprécier les choix politiques des représentants des citoyens, les membres du Conseil

constitutionnel se permettent cependant, non pas d'en évaluer passivement la seule conformité constitutionnelle, mais de les soutenir activement, puisqu'ils permettent aux parties en présence de reconsidérer leurs choix sur la base du plus large accord politique constitutionnellement acceptable.

- Le compromis, s'il est possible et souhaitable, donne aussi au garant du respect de la répartition constitutionnelle des pouvoirs, un rôle de médiateur objectif qui semble largement partagé en interne.
- Ainsi, si le droit en général apparaît comme un rempart contre l'incertitude relative aux marges de manœuvre du Conseil constitutionnel, c'est qu'il lui permet, en interne, de définir une position entre l'appréciation de la loi et le jugement de sa conformité à la Constitution, en s'appuyant sur la jurisprudence existante. Ici, le droit n'a donc pas un seul rôle justificatif puisque les raisons qu'il porte ne sont pas toutes restituées dans la décision. Il apparaît tout autant comme un outil d'ajustement décisif pour aider le Conseil à tracer son sillon sur la voie préalablement choisie du compromis entre institutions.
- La mention récurrente et conjointe dans cette délibération de la lettre de saisine du Premier ministre contre l'amendement, du côté du Gouvernement, et des observations du Président du Sénat pro-amendement, du côté du Parlement, associée à celle des débats parlementaires, montrent un Conseil constitutionnel entretenant un dialogue asynchrone très présent avec les instances de saisine, se sentant ainsi potentiellement attendu comme l'arbitre de leurs divergences, au nom du droit constitutionnel certes, mais en attachant aussi beaucoup de soin à saisir les intentions de ces divers acteurs politiques. A tout le moins, c'est ici un Conseil constitutionnel qui sait se saisir des opportunités que lui donnent ses interlocuteurs de leur apparaître dans sa spécificité qui, pour être constitutionnelle, ne l'est pas exclusivement. Les institutions de la Ve République, à ce moment-là, apparaissent à la seule lecture de la conception de son rôle que développe le Conseil constitutionnel, comme générant des confusions ou des empiètements possibles entre exécutif et législatif, le second, semblant mériter d'être protégé du premier aux yeux d'un Conseil constitutionnel très soucieux de ne pas l'aliéner. Garant du parlementarisme rationalisé, le Conseil constitutionnel n'estime en effet pas pour autant pouvoir l'être au détriment du pouvoir législatif. Si la saisine est celle du Premier ministre, comme en 1967 à propos du déclassement de certaines dispositions du code des débits de boissons, ces deux délibérations ont aussi en commun le fait de s'intéresser au changement politique potentiellement contenu dans les textes examinés par le Conseil, changement politique entendu au sens le plus large de l'impact sur les citoyens des décisions de leurs représentants. Que la saisine soit celle du Premier ministre n'influence du reste pas en soi le propos ; lors de la délibération de 1967, ce sont les projets du Premier ministre en tant qu'afférents à sa saisine qui sont considérés, de même que cette fois-ci, les membres du Conseil constitutionnel s'intéressent au projet politique pour lequel il est saisi par le même Premier ministre. Certains membres du Conseil s'étaient exprimés en 1967 contre une

extension du pouvoir du Parlement mais cet argument n'avait pas été retenu tandis que l'adéquation entre le pouvoir constitutionnel du Gouvernement et le projet de celui-ci avait primé. De la même manière, ici prévaut l'adéquation entre ce que prévoit la Constitution et le projet politique porté par les différents textes, en l'occurrence ceux votés par le Parlement. Dans les deux cas cependant, il importe aussi de ménager l'auteur gouvernemental de la saisine mais sans toutefois lui accorder de position de surplomb sur le pouvoir législatif. Considérée depuis les débats du Conseil constitutionnel, la méfiance vis-à-vis du législatif qui a pu présider à la rédaction de la Constitution de la Ve République s'atténue ainsi pour se muer en analyse fine de ce qui doit véritablement demeurer dans le giron de celui-ci. La dynamique de cette analyse et des échanges correspondant pendant cette délibération renvoie avant tout à la position d'équilibre recherchée par les membres du Conseil constitutionnel, entre la prise au sérieux de la saisine gouvernementale et le souhait de faire droit à la capacité d'action des représentants des citoyens.

Avant de revenir à un panorama d'ensemble de l'évolution affirmée, de manière au moins majoritaire et propre à orienter la décision finale, par les membres du Conseil constitutionnel de leur rôle, poursuivons notre analyse à travers une autre délibération, plus politique encore, pour revenir enfin à quatre délibérations politiquement neutres, trois avec saisine obligatoire (règlements des Assemblées et déclassement) et relative à un contentieux électoral.

Nous concluons alors cette section par une synthèse de l'ensemble de nos observations guidées par la perspective de déceler cette conception de son rôle par le Conseil constitutionnel et ce qu'elle peut refléter des évolutions de la vie démocratique française.

L'année 1968 marque un moment politique fort connu et non moins étudié de la vie politique et sociale française. La vaste révolte, étudiante mais aussi socio-professionnelle, contre les structures traditionnelles ou, de manière moins polémiques, les structures en place de la société est alors entendue par le gouvernement gaulliste comme un mouvement contestataire de sa propre politique. Dès le 27 mai 1968, en écho direct de la réplique du gouvernement, le Conseil constitutionnel est sollicité par celui-ci pour fournir un avis à propos d'un décret décidant de soumettre un projet de loi au référendum, ce projet portant sur la rénovation universitaire, sociale et économique.

En mars de la même année, un nouveau tour de nominations par tiers a eu lieu au Conseil constitutionnel. Jean Sainteny y est alors nommé par le Président de la République en remplacement d'André Deschamps, quand le Président du Sénat nomme Georges-Léon Dubois en remplacement de Jean Gilbert-Jules et celui de l'Assemblée Nationale, Pierre Chatenet, en remplacement de Jean Michard-Pellissier. Ainsi, en mai 1968, le Conseil constitutionnel, présidé par Gaston Palewski, est-il constitué de cinq autres membres déjà

rencontrés, Jules Antonini, Henri Monnet, François Luchaire, René Cassin et Marcel Waline, ainsi que des trois autres nouveaux membres cités ci-dessus. Charles de Gaulle, après sa démission en 1969, ne siégera pas au Conseil constitutionnel.

Jean Sainteny est conseiller d'assurance, ancien résistant capturé par la Gestapo mais ayant réussi à s'en échapper, pour participer à la préparation du débarquement de Normandie. Ancien de la Banque d'Indochine avant-guerre, il devient Commissaire de la République pour le Tonkin et l'Annam du Nord en 1946 et négocie avec Hô Chi Minh un accord pour que l'Indochine demeure dans l'Union française. Celui-ci restera lettre morte avec l'éclatement de la guerre d'Indochine. Blessé dans une embuscade, Jean Sainteny repart pour Hanoï après les accords de Genève en 1954, comme délégué du gouvernement français auprès du Nord Viêt Nam. Commissaire général au Tourisme de 1959 à 1962, il est élu, en 1962, député de la deuxième circonscription de la Seine (2^e et 3^e arrondissement de Paris) UNR-UDT ; ces deux partis, l'Union pour la Nouvelle République fondée en 1958 par les partisans de de Gaulle et victorieuse aux élections législatives de 1962, ainsi que l'Union Démocratique du Travail fondée en 1959, se rassemblent en effet en 1962 avant de prendre ensemble le nom d'UDR (Union des Démocrates pour la Ve République), parti gaulliste, ancêtre de l'Union pour la Défense de la République ainsi rebaptisée à l'issue des événements de 1968 et victorieuse aux élections législatives de juin 1968. Entre temps, Jean Sainteny entre au gouvernement de Georges Pompidou comme ministre des Anciens combattants et Victimes de guerre, du 28 novembre 1962 au 8 janvier 1966. De 1967 à 1972, il est administrateur d'Air France et de l'Institut International d'administration publique (1967), fondateur et président de l'Office général de l'air (en 1969) et du Fonds français pour la nature et l'environnement (en 1970).

S'il est plus difficile d'accéder à des sources biographiques concernant Georges-Léon Dubois, Guy Carcassonne rappelle dans les actes du colloque du *Cinquantenaire du Conseil constitutionnel*, qu'il est l'un des rares membres de cette époque à être issu de l'autorité judiciaire²⁷⁹. Docteur en droit, il exerce des fonctions juridictionnelles à Paris. Il quitte son poste de substitut adjoint du procureur de la République près le Tribunal de la Seine, pour le maquis pendant la Seconde guerre mondiale et rejoint le réseau de Résistance du Vercors. Après la guerre, il est chargé de mission auprès de la Présidence du Conseil de la République entre octobre 1944 et juillet 1949, puis sous-directeur de la Direction des Affaires criminelles et des Grâces de juillet 1949 à février 1951, au sein du Ministère de la Justice. De 1951 à 1962, il est successivement conseiller, président de chambre, avocat général à la Cour d'appel de Paris, avant d'entrer à la Cour de cassation, où il finit sa carrière, alors conseiller doyen de la deuxième chambre civile. Egalement chef de cabinet du Président du Sénat Gaston Monnerville en 1958²⁸⁰, il est nommé au Conseil constitutionnel par ce dernier, encore en fonction, en 1968.

Diplômé de l'École libre des sciences politiques, Pierre Chatenet²⁸¹ est auditeur au

²⁷⁹ Guy Carcassonne, « Les membres du Conseil constitutionnel, 1958-2008 », actes du colloque *Cinquantenaire du Conseil constitutionnel*, 3 novembre 2008 et 30 janvier 2009 ; in *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2009, hors série, p. 2.

²⁸⁰ Cf. numéro 50 des *Cahiers du Cevipof*, année 2009, dédiés à François Goguel, sous le thème « François Goguel, Haut fonctionnaire et politiste », et écrits par Pierre Benoist.

²⁸¹ Cf. fond d'archives du Centre d'Histoire de Sciences Po, accessible en ligne : <http://chsp.sciences-po.fr/fond-archive/chatenet-pierre>

Conseil d'État puis membre du cabinet d'Alexandre Parodi, dont il s'est rapproché pendant la Résistance ; ce dernier est alors ministre du Travail et de la Sécurité sociale de septembre 1944 et octobre 1945, sous le Gouvernement provisoire de de Gaulle. Puis Pierre Chatenet fait partie de la délégation française à la conférence de San Francisco de l'ONU en 1945. Il entre alors au Quai d'Orsay pour une carrière de diplomate qui le conduit aux Nations unies, puis à l'OTAN. Conseiller de Pierre Mendès France, alors Président du Conseil (1954), lors du soutien de ce dernier au projet de la Communauté Européenne de Défense, il participe à la rédaction des accords de Paris pour le réarmement allemand et la création de l'Union de l'Europe occidentale, organisation de sécurité et de défense entre les Etats membres de la Communauté économique européenne et l'OTAN entre 1954 et 2011. Secrétaire d'État auprès du premier ministre Michel Debré du 8 janvier au 28 mai 1959, puis ministre de l'Intérieur²⁸² du 28 mai 1959 au 6 mai 1961, il est remplacé par Roger Frey – d'ailleurs futur Président du Conseil constitutionnel après Gaston Palewski - pour des raisons de santé. De 1962 à 1967, il est Président de la Commission européenne de l'Energie atomique. Présidant la jeune Commission des opérations de Bourse (COB) de 1968 à 1972, mais aussi les sociétés Créditel et Cofiroute entre 1973 et 1984, il est nommé au Conseil constitutionnel par le Président de l'Assemblée nationale, en 1968 ; il mènera ce mandat à son terme, jusqu'en 1977.

Reprenant notre étude à partir de mai 1968, nous y trouvons donc une institution composée de trois professeurs de droit, d'un juriste, d'un ancien membre de l'Autorité judiciaire et de quatre autres membres sans lien direct avec le droit de par leurs activités antérieures. Tous sont proches du pouvoir politique ou en ont à tout le moins une connaissance indéniable, indirectement par leur nomination au Comité consultatif constitutionnel, ou en tant que hauts fonctionnaires ou diplomates, ou encore directement en tant qu'anciens politiques eux-mêmes en plus d'autres activités professionnelles. Enfin, nombre de leurs activités et les parcours qu'elles tracent à leurs auteurs, s'entrecroisent souvent parmi les membres du Conseil constitutionnel où l'empreinte de la Résistance propre aux débuts de l'institution, cède ici partiellement le pas à celle de leur participation à la consolidation institutionnelle, de « la France de l'expansion », dans sa version déjà post-gaullienne²⁸³ pour parler comme les historiens Serge Berstein et Jean-Pierre Rioux.

C'est au titre d'une telle proximité avec le monde politique des membres du Conseil constitutionnel, que nous entendons depuis le début qualifier ce dernier de politique, non pas sous l'angle purement partisan – même s'il n'est pas question de nier celui-ci qui ne peut néanmoins apparaître *a priori* comme un donné, à moins d'en déceler la présence dans des propos ayant une influence sur les nominations, ce qui n'est pas le cas dans notre étude – mais soit à partir d'une proximité avec les représentants du pouvoir politique en général, soit en raison de leur propre influence sur les choix politiques effectués par ces derniers. Du point de

²⁸² Un Entretien avec Jacques Juillet, ancien préfet, mené le 20 décembre 2007 par David Valence, nous apprend à travers l'article de ce dernier, « 'Une prise en main rigoureuse de l'appareil d'Etat ?' Le pouvoir gaulliste face aux hauts fonctionnaires (1958-1962) », *Histoire@Politique. Politique, culture, société*, N°12, septembre-décembre 2010, www.histoire-politique.fr, que le Ministère de l'Intérieur était alors souvent taxé de « citadelle radicale ou socialiste », jusqu'à la nomination du gaulliste Roger Frey.

²⁸³ Cf. Serge Berstein et JP Rioux, Nouvelle histoire de la France contemporaine, *La France de l'expansion, I. La République gaullienne 1958-1969, 2. L'apogée Pompidou (1969-1973)*. Seuil, Paris, 1989, 1995 pour chacun des deux volumes mentionnés.

vue des parcours, le premier cas s'impose ; du point de vue des décisions à prendre par le Conseil constitutionnel, le second s'affirme quelquefois et seul l'éclairage que cela peut alors apporter à notre question de recherche importe depuis le début de cette étude.

Venons-en à la délibération du 27 mai 1968.

Séance du 27 mai 1968, Avis sur le projet de référendum relatif à la vie rénovation universitaire, sociale et économique : contexte de la fin de la révolte étudiante de mai 1968.

⇒ Qu'apprend-on ici ?

Le propos n'est plus de protéger de Gaulle ou d'éviter de délégitimer ses choix : il est devenu plus institutionnel et moins personnalisé mais il n'en demeure pas moins attaché au respect d'une certaine stabilité sociale dont la stabilité institutionnelle apparaît elle-même comme un catalyseur.

Un respect plus scrupuleux de la lettre de la Constitution semble aussi possible dans cette optique.

Cela étant, dès que la décision ou l'avis du Conseil constitutionnel a trait à des questions liées à l'action du gouvernement, le droit ne prévaut pas en tant que tel mais sur deux autres dimensions : d'une part, il permet au Conseil d'éclairer le gouvernement vers une action plus efficace mais pas nécessairement plus constitutionnelle ; d'autre part, il permet au Conseil constitutionnel d'asseoir un rôle en cours de définition lui permettant, à ses yeux, d'être accepté par son interlocuteur gouvernemental en vertu d'une justification objective.

Le principe d'un décret relatif au projet de loi de référendum est conforme à la procédure référendaire prévue à l'article 11 de la Constitution. Ce projet a été annoncé par le Président de la République, Charles de Gaulle, lors de son allocution télévisée du 24 mai 1968, tentant d'exprimer sa compréhension du phénomène multiple qui mobilise alors de manière fragmentée la société française : révolte étudiante d'abord puis sociale ensuite, auxquelles une réponse politique est alors proposée qui convoque le principe participatif tant revendiqué dans ces révoltes contestataires, sans cependant prendre la mesure de la tension politique dont celles-ci sont l'expression. De manière très éclairante, au terme de son analyse de la nature du rejet exprimé en mai 68, Evelyne Cohen explique en effet que,

« le mouvement issu de Mai 68 a en partie récusé l'offre de participation gaulliste parce qu'elle émanait « d'en haut »²⁸⁴.

Les accords de Grenelle signés le 27 mai 1968 entre les représentants du Gouvernement Pompidou, des syndicats et des organisations patronales sur le principe d'une augmentation de 35 % du SMIG (salaire minimum interprofessionnel garanti) et de 10 % en moyenne des salaires réels, et de la création de la section syndicale d'entreprise, mise en œuvre par la loi du 27 décembre 1968, sont aussi rejetés par la base militante et les grèves se poursuivent. Quelques jours plus tard, le 30 mai, le référendum proposé comme une réponse directe aux revendications exprimées sera reporté *sine die* par le Président de la République, pour lui préférer la dissolution de l'Assemblée nationale et la tenue d'élections législatives ; ce même

²⁸⁴ Cohen Evelyne, « L'ombre portée de mai 68 en politique », *Vingtième siècle. Revue d'Histoire*, 2/2008, n°98, p.19-28 ; p.28.

jour, plusieurs centaines de milliers de parisiens défilent pour exprimer leur soutien à de Gaulle. La lassitude d'une partie de la population aura en effet eu raison des étudiants, du moins dans l'immédiat et aux yeux du pouvoir politique ; celui-ci, fort de cet apaisement apparent, peut alors opter pour une élection législative symbolisant moins fortement le maintien de l'ordre social que ne l'aurait fait un référendum proposé par celui qui incarne le plus directement cet ordre social ; de cette élection, sera du reste exclue *de facto* une bonne partie des jeunes révoltés, la majorité étant alors de vingt et un ans. Une solution politique plus favorable au gouvernement est donc ainsi trouvée. Dans un entretien donné en 1981 aux journalistes Jean-Louis Missika et Dominique Wolton, Raymond Aron commente cette situation considérée comme attentiste par le Premier Ministre d'alors, Georges Pompidou²⁸⁵ : elle aurait été jugée mieux à même de conforter le gouvernement qu'une riposte immédiate envisagée par de Gaulle sous l'angle référendaire mais aussi, apprend-on, éventuellement répressif. Regardons à présent, depuis l'enceinte du Conseil Constitutionnel, comment ce projet de référendum avait été analysé et ce que cela peut traduire du positionnement de l'institution de son propre point de vue, c'est-à-dire selon sa conception de sa propre légitimité à exprimer une parole publique dont l'actualisation éventuelle ne saurait, en l'occurrence, être sans aucune conséquence politique. Il ne s'agit en effet ici que d'un avis mais, quel qu'il soit, il sera entendu car il est non officieux et aura au moins toujours ce que Dominique Schnapper appelle une « portée politique »²⁸⁶ : renforcer ou affaiblir le projet du Gouvernement aux yeux du monde politique, voire des citoyens recevant l'écho de la décision.

Le Conseil constitutionnel doit donc statuer sur le décret du projet de loi référendaire lui-même et sur ses quatre projets de décrets d'application. Le rapport est présenté par le Secrétaire général²⁸⁷ qui commence par rappeler les textes constitutionnels directement concernés, à savoir l'article 11 de la Constitution relatif à la conformité de la procédure référendaire, l'article 60 relatif au contrôle par le Conseil constitutionnel des opérations de référendums et l'article 46 de l'ordonnance du 07 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel ; ce dernier rappelle le rôle consultatif de celui-ci en matière de référendum et avait déjà été inscrit dans l'avis officiel rendu le huit décembre 1960 par le Conseil constitutionnel relativement au projet de référendum sur l'autodétermination de l'Algérie. Le secrétaire général, et ici rapporteur, précise en effet également que, de ce dernier texte, le Conseil constitutionnel a déjà déduit les limites de sa compétence en matière de référendums à l'organisation de leurs opérations. Ainsi, l'invocation d'une certaine jurisprudence du Conseil constitutionnel avant la lettre, par le détour des précédents ad-hoc, rangée du reste parmi les « principes » réglant l'activité de l'institution, permet-elle au rapporteur de renforcer l'argument limitant en la matière la compétence du Conseil constitutionnel au seul examen des décrets d'application. Lors de la délibération de décembre 1960, il s'agissait bien en effet pour le Conseil constitutionnel d'officialiser sa non immixtion dans le choix du gouvernement de recourir au référendum ou dans l'opportunité du projet de loi correspondant. La discussion se met alors cette fois en place autour de cette compétence

²⁸⁵ <http://www.ina.fr/video/I00018855>

²⁸⁶ Dominique Schnapper, *Op. Cit.*

²⁸⁷ Rares, ces cas peuvent se présenter et ne font d'ailleurs que mettre en scène une contribution toujours très fournie du secrétaire général à la réalisation du rapport en amont du délibéré.

du Conseil abordée par Messieurs Luchaire et Dubois : la première question à poser selon eux est pourtant celle de savoir si le référendum concerné se situe dans le cadre de l'article 11 ou de l'article 89, autrement dit s'il est lui-même constitutionnel en tant que cela demeure le préalable implicite à l'exercice de sa compétence sur les opérations de référendums, ces derniers relevant nécessairement de ceux prévus par la Constitution dans ses articles 11 ou 89. Si la question de l'applicabilité de l'article 89 ne se pose pas en réalité puisqu'il ne s'agit pas d'une révision constitutionnelle, tous deux considèrent que le projet de loi soumis au référendum n'entre pas non plus dans les cas prévus par l'article 11 et censés porter sur l'organisation des pouvoirs publics et non pas, disent-ils,

« seulement préciser dans quel sens devront être exercées les attributions » de ces derniers.

La liberté des débats internes témoigne encore tant de la souplesse d'interprétation du texte constitutionnel que se réservent les membres du Conseil constitutionnel à huis clos, que de la variabilité des contraintes qu'ils imposent eux-mêmes à leurs marges de manœuvre. Autrement dit, elle rend compte, dans le second cas, des compétences, au moins discursives, dont les membres de l'institution estiment pouvoir se prévaloir tant qu'aucune de leurs décisions publiques déjà formulées ne s'y oppose : alors la cohérence entre les précédents est de mise comme ce débat ne manque pas de le rappeler, dès le début, via les propos du rapporteur puis ceux de Marcel Waline qui emploie explicitement le terme de « jurisprudence du Conseil » à propos de la décision de décembre 1960. Par ailleurs, François Luchaire nous éclaire aussi sur « l'oubli » du débat de 1962 qui aurait pu tenir lieu, précisément, de jurisprudence interne dès lors qu'est mobilisée une comparaison entre les articles 89 et 11 et surtout qu'un avis, certes officieux, a été donné sur le décret malgré la non conformité de la procédure utilisée : François Luchaire n'y a pas lui-même pris part et ignorait l'existence de l'avis officieux.

C'est René Cassin, présent à l'époque, qui porte au jour la solution officieuse choisie alors, soutenant François Luchaire dans son souhait de vérifier qu'il y a bien constitutionnellement lieu à référendum mais sans pour autant se déclarer incompétent dans le cas contraire pour étudier la constitutionnalité du décret, comme le préconise son collègue, rallié par Georges Dubois. René Cassin est, du reste, parfaitement fidèle à son point de vue de 1962 : une déclaration d'incompétence renverrait encore selon lui à une mise hors jeu du Conseil constitutionnel même si les formules utilisées diffèrent quelque peu. Toutefois, même ainsi informé, François Luchaire ne sent pas lié par ce précédent officieux. Si finalement seuls Georges Dubois et lui voteront pour une déclaration d'incompétence du Conseil constitutionnel pour irrecevabilité constitutionnelle du projet de référendum, ce débat, mis en regard de celui de 1962, montre des arguments nouveaux : l'on aurait pu s'attendre à ce que le débat, en vertu du précédent, n'ait pas lieu sur ce thème ; mais qu'il ait lieu signale, à tout le moins, que certains membres du Conseil constitutionnel le considèrent justifié et par conséquent porteur d'une décision potentielle, autrement dit qu'ils envisagent possible, malgré le précédent officieux de 1962, une expression officielle de la compétence du Conseil constitutionnel quant à la conformité de la procédure mobilisée par le gouvernement relativement à un projet de loi de référendum et pas seulement de son avis sur les opérations. En 1962, le soutien politique au choix de de Gaulle l'avait largement emporté sur les arguments juridiques pourtant considérés comme indiscutables. A présent, la même raison

ressurgit qui s'attaque à la non conformité du projet de loi référendaire à la Constitution, mais cette fois à la faveur d'un débat plus juridique que politique.

Que des juristes remettent au goût du jour la question de l'incompétence du Conseil constitutionnel dès lors que le référendum lui-même ne satisfait pas aux conditions prévues par la Constitution, n'est au reste ni nouveau ni surprenant, mais il est notable qu'ils façonnent à présent la discussion sur le rôle du Conseil constitutionnel sous une acception moins politique que précédemment. La part politique du débat prend davantage l'allure d'un échange de points de vue sur le rôle des différents pouvoirs publics que sur le soutien à une ligne politique donnée. Il s'agit alors d'affiner une définition partagée de la compétence du Conseil en matière référendaire en faisant droit à sa propre jurisprudence officielle (1960) et à sa compétence constitutionnelle en la matière, autant qu'à ses nouvelles réserves juridiques portant sur l'écart entre le texte du projet de loi considéré et la Constitution, au sujet du rôle des pouvoirs publics. La question se pose alors de savoir comment exprimer ces réserves. Le faire officiellement l'empêcherait ensuite, comme ce fut craint en 1962, de formuler un jugement relevant, lui, de son domaine de compétences, à savoir celui relatif aux opérations de référendums. Toutefois, le retour au même argument de la pertinence d'une réserve alors plus officieuse, n'est plus soutenu, en 1968, au titre d'un renforcement souhaitable de la légitimité de de Gaulle, via le respect des institutions créées par ce dernier. Dans cette délibération de mai 1968, si la transmission officieuse des réserves juridiques du Conseil constitutionnel l'emporte en effet encore très largement, c'est au nom de la jurisprudence de 1960, confirmant l'attachement du Conseil constitutionnel à sa compétence consultative sur les opérations référendaires et au nom de telles attributions limitées par l'article 60 de la Constitution. Enfin, l'argument de l'incompétence semble à une large majorité de membres du Conseil, comme en 1962, trahir cette même compétence attributive. Il est enfin intéressant de noter que non seulement la contrainte politique de 1962 n'a plus lieu d'être mise en avant mais aussi qu'une autre contrainte politique intervient qui non seulement diffère, mais n'est cette fois pas retenue comme telle : signes des évolutions contextuelles tout autant que de ce qu'il semble pertinent de faire primer aux yeux de l'institution, ces débats confirment encore leur fonction de miroir de la communauté politique dans laquelle ils s'insèrent. En effet, et c'est paradoxalement la dernière tentative malheureuse de ce grand juriste, il semble à François Luchaire que l'incompétence du Conseil constitutionnel doive aussi être préférée pour éviter un référendum donnant

« un mandat impératif aux pouvoirs publics »

et se traduisant par conséquent aux yeux des citoyens comme un plébiscite pour ou contre de Gaulle dans une période où l'autorité qu'il incarne aura été très contestée. François Luchaire vise ici le titre même du projet de loi : « Projet de loi mandant les pouvoirs publics pour une rénovation universitaire, sociale et économique ».

Si ce n'est pas pour défendre ou protéger la légitimité, voire la personne du Président de la République que s'exprime ici Luchaire, comme cela avait été le cas de ses collègues de 1962, cette interprétation du référendum qu'il suggère de la part des électeurs aurait néanmoins pu à nouveau rallier les gaullistes du Conseil à sa cause ; or, loin d'être convaincus, les membres du Conseil constitutionnel votent par sept voix contre deux, celles précisément de François Luchaire et de Georges-Léon Dubois, contre l'argument de

l'incompétence. L'on entend même Pierre Chatenet faire la leçon au professeur Luchaire quant à

« la gravité avec laquelle doivent être examinés les textes relatifs au référendum » qui ne saurait dépendre « du résultat présumé de celui-ci ».

Du point de vue de la lecture des évolutions des possibilités considérées par le Conseil constitutionnel pour jouer sa partie dans le système démocratique de la Ve République française, cette délibération illustre une nuance importante : il ne s'agit pas de déduire dans un rapport de causalité artificiel – car non démontré- que la non prise en compte du même argument politique qu'en 1962 par le Conseil constitutionnel, traduit une situation politique différente ; ce serait là accorder un caractère oraculaire aux membres du Conseil constitutionnel qui ne sont pas les premiers acteurs de la vie politique de leur temps et dont le point de vue purement politique n'a pas du reste vocation à être représentatif. D'ailleurs, l'histoire montre que nous serions bien dans l'erreur si nous concluons, à partir de cette distance apparente des membres du Conseil constitutionnel dans ce débat de mai 1968 vis-à-vis de la question gaulliste, que la stabilité du gouvernement n'est plus pour celui-ci une préoccupation politique de premier ordre comme elle le fut en 1962 : l'attitude tactique de Georges Pompidou suggérée par Raymond Aron et allant du reste dans le sens de l'éviction de ce référendum, précisément pour les raisons avancées par François Luchaire et que nous nous étonnions plus haut ne pas voir soutenues par les membres du Conseil constitutionnel, dit exactement l'inverse ! Ne déduisant pas une situation politique à partir des arguments privilégiés par le Conseil constitutionnel pour élaborer collectivement des arguments faisant pencher ses décisions dans un sens ou dans l'autre, nous considérons en revanche ces arguments comme les indicateurs des marges de manœuvre dont le Conseil estime disposer ; celles-ci apparaissent ainsi comme de nouvelles possibilités pour l'institution de se forger une crédibilité et une acceptabilité à travers un rôle qui ne fera que croître.

La discussion se poursuit sur la forme que doit prendre la mention de l'article 11 dans les visas du décret, étant donné que le respect réel de cet article est controversé par Luchaire, Dubois et Cassin : le supprimer ou en nuancer l'application dans le texte ? Les arguments échangés le sont sur un plan tout autant techniquement juridique que directement lié au positionnement du Conseil constitutionnel : le Président Palewski, sans remettre en cause la pertinence des remarques avancées dans le sens d'une atténuation de la formule par François Luchaire et Georges Dubois, rejoints au moment du vote par le seul René Cassin, craint néanmoins que cela ne revienne pour le Conseil à manifester une prise de position sur le fond, ce qu'il s'est déjà interdit de faire en l'espèce – jurisprudence de 1960 - et ce à quoi la Constitution ne l'autorise pas explicitement non plus. Le vote permet de trancher : les visas ne seront pas modifiés. René Cassin s'en remet alors à la nécessité de faire malgré tout connaître au gouvernement que le cadre de l'article 11 est dépassé par le projet de loi : résignation à un pis aller, respect de la mission qui lui est assignée en tant que membre du Conseil constitutionnel et se devant d'éclairer le gouvernement quant au texte constitutionnel, ou encore tactique privilégiant la perception du positionnement du Conseil par ses interlocuteurs ? Ces deux dernières possibilités, sans exclusive, font à tout le moins écho au souhait répété de René Cassin à travers diverses délibérations, de permettre au Conseil constitutionnel de faire entendre sa voix, autrement dit d'affirmer sa compétence que ce soit

pour éclairer le gouvernement ou pour l'image qu'il renvoie.

Puis vient la lecture du décret portant organisation du référendum. Si ses visas ne déclenchent aucune discussion, son texte attire l'attention de François Luchaire en tant que ne mentionnant pas, comme ce fut l'usage pour les précédents référendums, la réouverture de la liste électorale : le droit de vote est cette fois subordonné à l'inscription sur les listes électorales arrêtées lors des dernières élections. Une fois encore, Luchaire fait une incursion dans le champ de l'opportunité du projet :

« les événements que nous connaissons concernent surtout les jeunes. Il faut donc faire tout ce qu'il y a de possible pour que les jeunes aient le droit de vote »

dit-il en craignant que dans le cas contraire, cela ne soit « très mal vu ».

Aux yeux de qui et qui serait ainsi mal vu? La suite des débats sur la présence éventuelle de textes appelant respectivement à voter oui et à voter non, envoyés avec les bulletins de vote, sur la participation des organisations syndicales à la campagne radiodiffusée, sur l'égalité des moyens de propagande entre partisans du oui et du non, fait pencher la réponse vers la société civile comme spectateur et l'Etat comme acteur ; le Conseil constitutionnel semble se ranger ici du côté de l'Etat, parlant pour ce dernier et non pas au nom de sa propre institution dont il faudrait asseoir le rôle. Il semble clair qu'ici François Luchaire, suivi cette fois par de nombreux autres membres du Conseil constitutionnel, se fait le porte-parole d'un Etat dont le nom même évoque d'abord son opposition à la société civile, dans ce climat social où la diversité des revendications se dissout dans la seule désignation de l'autorité étatique à combattre²⁸⁸. Les membres du Conseil constitutionnel débattent en effet ici de la meilleure manière pour l'Etat de se présenter non pas en opposition avec la société civile mais à son service. Cela justifie qu'un grand juriste prenne part à une discussion du fond et de l'opportunité de la question traitée : la façon dont seront menées les opérations relatives à ce référendum traduira nécessairement le traitement que l'Etat réserve à l'expression de la société civile. Le Conseil est ainsi censé se faire le garant non pas d'une prise de parole ou de position débridée de la part de la société civile, mais du respect du « principe d'égalité entre les candidats dans les programmes d'information » mentionné à l'article 12 de mars 1964²⁸⁹ pour l'application de la loi relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel, autrement dit d'une organisation juste par l'Etat de cette prise de parole, quitte à opposer les dispositions de cet article aussi bien au gouvernement qui y contreviendrait qu'aux journalistes grévistes de l'ORTF qui peuvent ainsi y faire obstruction. Pas de prise de parti donc entre l'Etat et la société civile mais plutôt une tentative d'assurer les conditions optimales de leur dialogue à travers ce référendum organisé par l'Etat. Lorsque Pierre Chatenet tente de freiner cet élan en avançant que le Conseil constitutionnel doit statuer *a posteriori* sur les irrégularités constatées et pas en les anticipant, il ne peut contrer François Luchaire : la modification du décret proposée dans ce sens par ce dernier est cette fois suivie par ses autres collègues. Les arguments de Luchaire sont même discutés à nouveau en présence, chose rare dans ces délibérations, de nombreux représentants

²⁸⁸ Je renvoie ici à l'ouvrage de Jean-Pierre Le Goff, *Mai 68. L'héritage impossible*, Paris, La Découverte, 1998 réédité en 2002 et 2006.

²⁸⁹ Article 12, alinéa 1^{er} du décret n°64-321 du 14 mars 1964 portant règlement d'administration publique pour l'application de la loi n°62-1292, relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel.

du gouvernement entrant tour à tour dans la salle des délibérés. Sa suggestion de ne pas mener ce référendum dans les territoires d'outre-mer pour des raisons d'ordre pratique mais aussi politique, les troubles à l'ordre public dans ces territoires semblant d'une part difficiles à évaluer et le retrait de certaines attributions des Assemblées locales par la loi référendaire susceptible d'entraîner des revendications politiques autonomistes d'autre part, n'est en revanche pas suivie.

Le motif premier en est politique et c'est le conseiller technique du Ministre chargé des départements et des territoires d'outre-mer qui l'exprime : le but du gouvernement est

« précisément de préserver l'unité de la nation française »

et, à ce titre, la propagande doit demeurer la même sur tous ses territoires ; mais Luchaire craint au fond que le moment ne soit pas opportun pour un tel référendum et que l'unité nationale n'en sorte pas préservée en raison de cette question des troubles dans les territoires d'outre-mer mais aussi de la grève et des prises de position des journalistes de l'ORTF. Ses collègues ne se laissent pourtant plus convaincre par cette suggestion de mentionner dans la note officielle au gouvernement que le Conseil constitutionnel estime non remplies les conditions sociales permettant le bon déroulement du référendum : après la remarque de Chatenet sur le jugement au fond par le Conseil que cela traduirait, Luchaire est seul à voter pour sa proposition.

Finalement, le Président Palewski tranche les dernières questions en rappelant que Conseil n'a pas à se prononcer sur le projet de loi lui-même tout en promettant d'évoquer tout de même non pas ses réserves sur le fond mais sur la conformité à la Constitution de la formulation de celui-ci, en téléphonant au Premier Ministre Georges Pompidou ou au secrétaire général du Gouvernement en fin de séance pour faire état de l'écart entre le titre du projet de loi mentionnant le Président de la République parmi les pouvoirs publics et le projet lui-même n'y incluant que le Gouvernement et le Parlement. Face à l'insistance de Luchaire pour inscrire dans le décret que seuls les bulletins de vote et le projet de loi peuvent être envoyés aux électeurs, Chatenet, confortant l'avis du Président Palewski, déclare plus crûment que,

« le Conseil n'est pas là pour exprimer des sentiments »,

ce à quoi le même Luchaire rétorque qu'il s'agit plutôt d'un souci du principe d'égalité et cette mention sera alors rajoutée.

La fin de cette délibération est enfin aussi très éclairante des préoccupations du Conseil constitutionnel. D'une part, les conditions sociales dans lesquelles le référendum va s'effectuer ne sont pas évaluées de la même manière : Luchaire est depuis le début pour une suppression de ce projet étant donné l'inadéquation de sa proposition et des moyens disponibles à la situation politique et sociale sur l'ensemble du territoire ; il cherche ensuite à modifier les décrets du projet de loi dans un sens à la fois plus constitutionnel et assurant un meilleur déroulement du référendum dans la situation présente dont il estime devoir aussi préciser dans la note au gouvernement qu'elle n'est pas propice ; nombre de ses collègues sont moins inquiets tout en considérant que le texte crée une intrusion des pouvoirs publics en droit privé que beaucoup estiment cependant relative ; ceux-là redoutent au reste davantage

des rajouts dans le texte tout autant susceptibles d'éveiller les soupçons de l'électorat sur le déroulement du référendum ; d'autre part, les membres du Conseil constitutionnel s'y retrouvent tous quant à leur fonction de modérateurs du déroulement de ce référendum : il s'agit d'informer le gouvernement sur les imprécisions du texte et les risques encourus pour l'unité nationale.

Le point de divergence récurrent sous-tendant le débat est celui de la manière pour le Conseil constitutionnel de participer à cet ordre social que tente, selon lui, de rétablir le gouvernement : aucun membre ne manifeste d'indifférence à cet égard mais une ligne de partage se dessine entre ceux qui, au nom de la lettre de la Constitution entendent faire valoir un désaccord officiel du Conseil vis-à-vis du gouvernement pour éviter à celui-ci de se fourvoyer, et ceux qui préfèrent limiter le rôle du Conseil à sa jurisprudence comme à sa mission constitutionnelle attributive tout en éclairant officieusement le gouvernement voire en acceptant certains aménagements formels lorsqu'ils ne sous-entendent pas de prise de position sur le fond mais permettent un meilleur respect de la Constitution. René Cassin se situe à équidistance des deux options en suggérant de faire valoir officieusement toutes les réserves formelles du Conseil n'entrant pas dans le cadre du seul contrôle des opérations de référendum ; il exprime en effet à plusieurs reprises cette importance de faire jouer à plein la mission « consultative » du Conseil constitutionnel. On revient finalement à la solution de 1962 mais après un vrai débat autour de positions distinctes sur la question, malgré ce précédent officieux. L'impossibilité pour le Conseil constitutionnel de se prononcer en opportunité a prévalu, associée à sa compétence sur les seules opérations de référendum et pas même sur la recevabilité constitutionnelle des textes du projet de loi référendaire ; cela à chaque fois à une très large majorité (trois voix, deux voix voire une seule dans le camp des plus réfractaires sur ces sujets). Elle a cependant été légèrement contrebalancée par certaines modifications ou suggestions considérées par une grande majorité acceptables en tant que n'entraînant aucun jugement au fond et permettant d'optimiser le déroulement du référendum en accord avec le texte de la Constitution. Enfin, s'interdisant de signaler explicitement dans sa note au gouvernement les irrecevabilités formelles du projet de loi en tant que n'entrant pas en consonance avec l'article 11, le Conseil s'autorise à mentionner très officieusement, en dehors de cet avis consultatif, et en contactant directement le Premier ministre ou ses services, celles qui installeraient sans conteste une ambiguïté entre les rôles des différents pouvoirs publics prévus par ce projet.

Conclusion

Dans la temporalité de notre étude à ce stade, la facilité avec laquelle le Conseil constitutionnel, par l'entremise de son Président, aujourd'hui comme hier, se prévaut d'une capacité à s'adresser directement et officieusement au gouvernement pour lui éviter une confusion constitutionnelle pouvant s'avérer préjudiciable à son action, est cohérente avec l'identification récurrente de celui-ci comme son interlocuteur privilégié tout au long des débats.

Si le propos n'est plus de protéger de Gaulle ou d'éviter de délégitimer ses choix, il est devenu plus institutionnel et moins personnalisé mais il n'en demeure pas moins attaché au respect d'une certaine stabilité sociale dont la stabilité institutionnelle apparaît elle-même

comme un catalyseur. Un respect plus scrupuleux de la lettre de la Constitution semble aussi possible dans cette optique, signe aussi que l'on peut à présent plus librement discuter de l'organisation des pouvoirs institutionnels sans se référer à son créateur. La délibération de mai 1968 est à cet égard intéressante car elle intervient précisément à un moment où de Gaulle est fortement critiqué sans que cela n'inspire une préoccupation particulièrement marquée au sein du Conseil constitutionnel. La pérennité des institutions semble revêtir alors une importance politique plus appuyée que le soutien personnel au Président de la République ne l'était auparavant. Il est davantage question à présent « d'unité de la Nation », « d'intérêt de l'Etat », de « besoins du pays » et de rôle des pouvoirs publics que de protection du Chef de l'Exécutif. Cela étant, dès que la décision ou l'avis du Conseil constitutionnel a trait à des questions liées à l'action du gouvernement, le droit ne prévaut pas en tant que tel mais sur deux autres dimensions : d'une part, il permet au Conseil d'éclairer le gouvernement vers une action plus efficace mais pas nécessairement plus constitutionnelle ; en effet, il importe davantage d'exprimer officiellement auprès du Gouvernement le fait que l'ambiguïté de certaines formulations eu égard au texte constitutionnel puisse brouiller la mise en œuvre à venir du projet de loi, tandis que le non respect de l'article 11 de la Constitution n'est en revanche que suggéré ; d'autre part, il permet au Conseil constitutionnel d'asseoir un rôle en cours de définition lui permettant, à ses yeux, d'être accepté par son interlocuteur gouvernemental en vertu d'une justification objective.

Pour suivre ce fil du rôle stratégique du droit constitutionnel...

Il est intéressant de s'attarder aussi sur des délibérations moins politiques, en ce sens où le propos juridique semble par définition aller de soi, sans dépendance aucune vis-à-vis du politique entendu comme choix orientant l'action de la société dans son ensemble à un moment donné. Ainsi, est-il en effet loisible de mieux saisir l'emploi du droit qui en est fait par contraste avec les délibérations, précisément, plus politiques. Revenons donc aux délibérations ainsi associées à des décisions que nous avons nommées à ce titre, et non sans un certain abus de langage déjà signalé, « politiquement neutres ». Nous y avons classé le contentieux électoral à l'Assemblée nationale dont nous n'avons encore rien dit. S'il évolue mécaniquement en nombre en fonction de l'intensité électorale des périodes considérées, il semble, à périmètre constant, en diminution sur notre période et demeure à ce titre secondaire pour éclairer l'extension du pouvoir du Conseil constitutionnel. Toutefois, le contentieux électoral traitant dans une certaine mesure du fonctionnement du pouvoir législatif, les débats dont il fait l'objet peuvent apporter leur pierre à l'édifice que nous construisons : celui de la perception par le Conseil de son rôle parmi les autres institutions politiques cette fois selon l'angle de vue où ses décisions n'ont qu'un impact indirect sur la loi. De telles décisions du Conseil constitutionnel ne conduisent, dans le cas le plus extrême, qu'à une annulation et à une reconduction de l'élection concernée pour des questions de procédure et donc sans influence directe sur les choix politiques à venir des représentants mais avec une influence sur la désignation de ces représentants eux-mêmes. Or, à moins de partir de l'hypothèse d'un

Conseil complaisant ou corrompu²⁹⁰, il n'y pas lieu de s'attendre à une saisine opportuniste du Conseil constitutionnel ou à des décisions de celui-ci connues pour soutenir certains recours ou pour en vouer d'emblée d'autres à l'échec, bref à des décisions venant modifier à dessein les choix des citoyens, et expliquant la rémanence de certains recours. Mais nous ne supposons pas *a priori* de tactique particulière du Conseil pour être saisi de ce type de recours et proposons simplement de voir, de manière générale, comment le Conseil constitutionnel comprend aussi son rôle dans de tels débats, en lien éventuel avec la saisine/le recours puisqu'elle/il n'est pas ici obligatoire.

Or, précisément, ce référendum dont débat le Conseil le 27 mai 1968 n'a pas eu lieu, pour les raisons déjà évoquées. Lors de sa deuxième allocution radiodiffusée²⁹¹ de cette fin du mois de mai 1968, le 30, de Gaulle annonce la dissolution de l'Assemblée nationale et le report *sine die* du référendum en raison de la situation matérielle qui n'en permettrait pas le bon déroulement ; c'était là du reste le motif explicitement mis en avant et défendu par Luchaire, seul contre tous. Les élections législatives ont donc lieu les 23 et 30 juin 1968 et l'Union pour la Défense de la République alors créée par les gaullistes à partir du thème de campagne éponyme et annoncé dans l'allocution rappelée ci-dessus, obtient une large majorité des sièges (294 sachant qu'en tout 394 constituent la majorité présidentielle contre 91 pour l'ensemble la gauche – Parti communiste, Fédération de la Gauche Démocrate et Socialiste, Parti Socialiste Unifié).

Le Conseil constitutionnel est saisi le 19 septembre 1968 dans le cadre du contentieux électoral à l'Assemblée nationale et reporte à une délibération ultérieure certaines des décisions ici attendues, en l'espèce à celle du 17 octobre 1968 traitant également de contentieux électoraux relatifs à ces mêmes élections. Au-delà de la seule continuité contextuelle avec le cas précédent, il est aussi intéressant de choisir ce contentieux électoral-ci car il est réputé par la doctrine pour avoir abouti à une décision affirmant la nature juridictionnelle du contrôle lié à ce type de recours. Qu'entend-on alors par juridictionnel ici ? Pour le non juriste, le dictionnaire juridique²⁹² en ligne fournit une définition simple et claire : il s'agit de la qualité de la fonction d'un tribunal, c'est-à-dire d' « un service public de l'État ayant pour fonction de juger les différends qui lui sont déférés ». Juger donc en droit comme en fait. Écoutons cependant à présent les membres du Conseil constitutionnel en parler.

²⁹⁰ Ce qui n'est pas une hypothèse de départ même si nous ne nous interdisons aucune trouvaille !

²⁹¹ Pour une écoute directe, Cf. <http://fresques.ina.fr/de-gaulle/fiche-media/Gaule00366/allocution-radiodiffusee-du-30-mai-1968.html>

²⁹² <http://www.dictionnaire-juridique.com/definition/juridiction.php>

Séance du 19 septembre 1968, décisions 68-526, 68-542 et 68-556 ; conclusions sur les recours 68-506 et 68-515 reportées ; puis séance du 17 octobre 1968, décisions 68-506 et 68-515, 68-508 et 68-554 ; élections à l'Assemblée nationale, nature juridictionnelle du Conseil constitutionnel

=> Qu'apprend-on ici ?

La question des droits des citoyens dans le débat marque une distance par rapport à une seule mobilisation du droit en vue de préciser les pouvoirs des différentes institutions démocratiques. Les moyens d'actions des citoyens sont considérés par ses seuls membres juristes, comme une responsabilité du Conseil, lui ouvrant ce faisant de nouvelles marges de manœuvre. Les opposants à la nature juridictionnelle du Conseil, eux, ne construisent pas d'argument particulier et se contentent de mobiliser la définition de la mission du Conseil par la Constitution, dont il ne serait pas dans l'intérêt de l'institution de s'éloigner.

L'intérêt du Conseil, du reste, est bien mobilisé par les deux camps mais le premier le situe à l'horizon de la protection des droits des citoyens dans le concert des autres juridictions, quand le second l'envisage à travers sa capacité à remplir à la lettre sa mission constitutionnelle.

Cinq recours contre l'élection à l'Assemblée nationale de députés sont présentés le 19 septembre 1968 au Conseil constitutionnel, dont trois sont rejetés rapidement. Les deux relatifs aux requêtes n°68-506 et 68-515, concernent l'élection de Monsieur Aubert dans la quatrième circonscription des Alpes-Maritimes et font davantage débat.

Monsieur Aubert, élu député, a lui-même déposé des conclusions aux fins de réserve d'action, en application de l'article 41 de la loi sur la liberté de la presse, du 29 juillet 1881, estimant être, de la part du requérant Monsieur Palmero, l'objet d'un acte diffamatoire « étranger à la cause », pour reprendre l'expression juridique consacrée et utilisée dans cet article 41, ce dernier pouvant alors faire l'objet de poursuites selon cette même loi. Monsieur Palmero accuse en effet, dans sa requête, Monsieur Aubert d'avoir produit et diffusé un tract portant contre lui de graves accusations juste avant l'ouverture de la campagne électorale. C'est François Luchaire qui ouvre le bal de la discussion après l'audition du rapport, en observant que si le Conseil constitutionnel répond aux conclusions aux fins de réserve d'action avancées par Monsieur Aubert, en application de l'article 41 ne semblant dans le texte ne concerner que les juridictions, alors cela l'amène

« à reconnaître qu'il est une juridiction ».

Si René Cassin pense qu'il en est une en effet lorsqu'il statue pour les matières électorales, le Président Palewski, lui, tient à distinguer entre des attributions juridictionnelles pour certaines matières et une juridiction. Pierre Chatenet le soutient, qui entend comprendre à la lettre l'expression « tribunaux » utilisée dans l'article cité de la loi de 1881 sur la liberté de la presse, et donc relativement au seul ordre judiciaire, mais René Cassin apporte alors une nuance aux accents jurisprudentiels : l'ancien Conseiller d'Etat qu'il est, rappelle en effet que la plus haute juridiction administrative a déjà considéré le jury d'honneur des inéligibles de l'après-guerre comme une juridiction. Il apporte cependant une ouverture au Conseil

constitutionnel en précisant que celui-ci n'est pas tenu de répondre aux conclusions aux fins de réserve d'action. Autrement dit, le Conseil constitutionnel est *a fortiori* une juridiction, et cela que l'article 41 s'applique au présent recours ou pas. Marcel Waline enchérit sur cette approche. Les faits diffamatoires étrangers à la cause auxquels conclut le requérant lui semblent cependant sans lien avec l'élection et la discussion s'oriente alors vers la question de l'applicabilité de l'article 41. Or, pour Luchaire, les choses sont nettes : si le Conseil est une juridiction, comme l'affirment ses collègues juristes, et cela indépendamment de l'article 41, alors la loi correspondante de 1881 s'applique. Le Président Palewski intervient alors avec une remarque cruciale :

« l'intérêt du Conseil constitutionnel est d'accentuer le caractère exceptionnel de ses attributions juridictionnelles ».

Il insiste ainsi doublement sur la dimension limitée de la mission juridictionnelle du Conseil constitutionnel : d'une part, celui-ci n'a que certaines attributions juridictionnelles et d'autre part, celles-ci ont un caractère exceptionnel. Il ne peut donc parler ici de son rôle de juge du contentieux électoral qui n'a rien d'exceptionnel ; en revanche, il renvoie probablement, comme incite à le penser la suite du débat, à la possibilité de répondre à une requête en principe réservée à un tribunal. A Waline et Luchaire qui optent pour que le Conseil réponde à la demande de Monsieur Aubert, tout en la renvoyant sur le fond, Dubois fait remarquer que le législateur a certes permis la répression de faits diffamatoires devant certains tribunaux (article 41 de ladite loi de 1881) mais en considérant ceux-ci agissant publiquement, contrairement à la procédure prévue pour le Conseil constitutionnel. La jurisprudence d'une autre Cour souveraine est invoquée pour nuancer cette remarque : celle de la Cour de Cassation cette fois, dont le rapporteur²⁹³ du recours rappelle qu'elle avait considéré en 1937, la même expression « devant les tribunaux » issue du même article 41 de la loi sur la liberté de la presse, applicable à toutes les juridictions y compris à celle des juges d'instruction où le secret est pourtant aussi la règle. La question des tribunaux concernés dans la loi précitée reste en suspens mais elle visait surtout à en aborder une autre, celle non pas du caractère juridictionnel en soi du Conseil constitutionnel mais celle, plus large, de sa compétence, le plus attaché jusqu'à lors à limiter le périmètre juridictionnel de celle-ci étant le Président Palewski. Chatenet revient alors à la discussion enclenchée entre Cassin, Waline et lui sur la recevabilité de la question elle-même compte-tenu du caractère juridictionnel du Conseil constitutionnel, plus ou moins limité selon les avis de ses membres. Dubois reprend alors l'article 44 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel qui précise dans une première phrase que le Conseil peut avoir à connaître

« de toute question et exception posées à l'occasion de la requête »

mais rajoute dans une phrase suivante que « sa décision n'a d'effet juridique » que pour l'élection concernée. Cela va dans le sens préconisé par Chatenet d'une irrecevabilité de la question, ce que Luchaire conteste puisque les pièces correspondantes du dossier renvoient bien, selon lui, à l'élection. Ainsi, voit-on ici clairement François Luchaire interpréter chaque nouvel élément de lecture du cas dans le sens d'un traitement de la question par le Conseil constitutionnel susceptible d'affirmer le caractère juridictionnel de ce dernier : en effet, il ne

²⁹³ Dans le cas du contentieux électoral, celui-ci est extérieur au Conseil constitutionnel.

limitait certes pas au départ le caractère juridictionnel du Conseil au contentieux électoral et en faisait plutôt une conséquence logique du fait qu'il lui revenait de droit de répondre aux fameuses conclusions relevant de l'article de 1881 – au passage, l'ordonnance du 07 novembre 1958 ne le contredit pas -, se trouvant être applicable aux juridictions ; mais le voici à présent prêt à faire le raisonnement inverse, consistant à dire que si la juridiction du Conseil s'arrête aux élections, alors la question doit être traitée puisqu'elle concerne bien ces dernières ; or, sachant qu'il a par ailleurs annoncé dès le début qu'en traitant la question, le Conseil s'affirmait de fait comme une juridiction, la boucle est bouclée ! Deux débats se superposent ici avec une certaine porosité : celui de la compétence juridictionnelle *per se* du Conseil, exclusivement mis en avant par la doctrine, et celui du rôle même du Conseil constitutionnel et de la définition de ses compétences. La focalisation de la doctrine sur le premier tient sans doute à la porosité entre les deux due, précisément, à la présence du droit sur ces deux registres : source de définition sur le premier – qu'est-ce qu'un tribunal en droit français ? - , il témoigne d'une plasticité ambivalente sur le deuxième en justifiant tantôt l'affirmation d'une compétence, tantôt sa restriction. Les juristes du Conseil constitutionnel, d'accord sur le premier débat, ne le sont pas entre eux sur le second : le Conseil peut bien être une juridiction, cela ne permet pas en soi de conclure de manière unanime qu'il doive répondre à la question. Cassin est contre, Luchaire et Waline pour, sur le plan procédural et pas sur le fond. Waline défend cependant la possibilité pour le Conseil constitutionnel de répondre à la question, autrement dit sa compétence en la matière, de manière différente de celle de Luchaire plus directement en écho à la définition juridique d'une juridiction : ce sont les conséquences d'une décision d'incompétence qui lui semblent déterminantes en tant que la non réserve d'action par le Conseil ferait jurisprudence auprès des autres tribunaux judiciaires et pourrait ainsi conduire à « un déni de justice ». Ne parvenant pas à convaincre son auditoire, il s'en remet plutôt à la solution de René Cassin considérant bien le Conseil comme une juridiction mais dont la compétence en matière de contentieux électoral ne lui permet pas de prendre en compte les réserves aux fins d'actions en réparation demandées par Monsieur Aubert, en tant que celles-ci sont « reconventionnelles », c'est-à-dire dépassant la demande de simple rejet de la prétention de son adversaire, Monsieur Palmero, à annuler son élection. Luchaire revient alors sur le terrain du droit en persistant à considérer qu'il s'agit là plutôt d'une question de procédure et cette approche juridique soutient pleinement et explicitement sa conception de la compétence du Conseil pour lequel il craint

« les commentaires qui suivraient une décision d'incompétence aboutissant à renforcer la thèse du caractère non juridictionnel du Conseil ».

Il est, parmi les juristes de ce débat convaincus du caractère juridictionnel du Conseil, celui qui assume le plus ouvertement ce lien entre le droit et la justification de la compétence de leur institution. Ainsi formulé, le point de vue de Luchaire est en opposition avec celui, déjà mentionné, du Président Palewski, relayé par Chatenet. L'on comprend pourquoi la question de la nature juridictionnelle du Conseil constitutionnel est retenue comme nouant ce débat mais celui-ci nous semble pouvoir situer la question sur l'échelle plus grande du rôle que le Conseil considère pouvoir jouer.

Les membres du Conseil ne parviennent finalement à s'entendre que sur le renvoi du traitement des conclusions aux fins de réserve d'action en diffamation à une délibération

ultérieure faisant suite à un examen plus approfondi, et ne traiteront ici que les autres pendants du contentieux.

C'est le 17 octobre 1968 qu'ils reviennent donc à la fameuse question. Le rapporteur propose alors trois décisions possibles en prenant soin d'en anticiper les conséquences dans le sillage du débat précédent : première option, le Conseil ne se prononce pas car il n'est pas un tribunal mais alors les écrits ou « mémoires » produits devant le Conseil ne bénéficieraient plus de l'immunité propres aux pièces de dossiers produits devant les juridictions et pourraient donc eux-mêmes toujours faire l'objet de procès en diffamation ; intervient ici l'idée que la réserve aux fins d'action en diffamation est la contrepartie de l'immunité prévue dans une autre aliéna du même article 41 sur la liberté de la presse, sauf si les imputations diffamatoires sont étrangères à la cause. Il était donc bien utile d'approfondir la question et l'on peut au passage s'étonner qu'elle ne l'ait pas été auparavant. Cela étant, en tout état de cause, si le Conseil constitutionnel renonce à considérer applicables ces réserves, les textes sujets à une telle applicabilité perdent en même temps leur immunité et peuvent donc donner lieu à des procès en diffamation que les imputations soient ou non étrangères à la cause. Tout requérant dont la demande serait rejetée pourrait ainsi se voir intenter un procès. La seconde option consiste au contraire à admettre les conclusions de Monsieur Aubert comme recevables sur la forme mais à les rejeter sur le fond en tant que non étrangères à la cause ; le caractère juridictionnel du Conseil serait bien sûr ici confirmé. Troisième option, le Conseil se déclarerait incompétent pour reconnaître d'une demande relative au contentieux électoral mais non liée à l'annulation d'une élection. Alors, une autre juridiction serait saisie de l'action en diffamation et serait ainsi amenée à trancher quant au caractère juridictionnel du Conseil constitutionnel ; mais dans l'hypothèse où elle conclurait négativement, alors toute partie diffamée dans les écrits produits devant le Conseil, que les faits soient ou non étrangers à la cause, se verrait nier la possibilité d'obtenir réparation, ce qui du reste pourrait aussi inciter l'usage d'imputations diffamatoires devant le Conseil constitutionnel.

C'est Marcel Waline qui entame la discussion, estimant d'une part que le secret des délibérés limiterait la portée des dites diffamations mais que, d'autre part, il est surtout très étonnant de se poser encore ces questions sur la compétence du Conseil alors que « l'article 62 de la Constitution donne à ses décisions²⁹⁴ l'autorité de la chose jugée et que la procédure et la terminologie rappellent à chaque instant qu'il s'agit d'une juridiction » ;

il entend faire avancer le débat en donnant lecture d'un projet de décision reprenant la deuxième option. Si Cassin et Monnet le suivent, Chatenet persiste à nier le caractère juridictionnel du Conseil mais précise cette fois que ce n'est pas en tant que tel mais simplement parce que le Conseil constitutionnel peut avoir selon les cas,

« des missions à caractère politique, juridique ou juridictionnel »,

ce qui n'est pas sans nous rappeler la déclaration du gaulliste Michelet lors du débat de 1962 sur le référendum relatif à l'élection du Président de la République au suffrage universel, selon laquelle le droit constitutionnel apparaissait comme du « droit de circonstance ». Sa phrase suivante minore cette apparente ouverture à tous les possibles car il se saisit alors de ce qu'il considère comme une démonstration par Waline du fait que la diffamation est exclue par

²⁹⁴ Elles ne sont, selon cet article, « susceptibles d'aucun recours ».

le secret de la procédure du Conseil, pour en déduire que celui-ci n'a pas à statuer sur la demande de Monsieur Aubert. Autrement dit, les conséquences redoutées pour la troisième option sont à minimiser et permettent, ce faisant, de la maintenir. Waline rappelle alors que son point n'était pas de considérer le Conseil comme le juge de l'existence du délit²⁹⁵ ; son raisonnement montre plutôt que si les risques annoncés par le rapporteur lui semblent en effet peu néfastes, il rejette néanmoins pour sa part la même troisième option pour sa prémisse sur l'incompétence du Conseil à laquelle il ne souscrit pas. Et Luchaire de préciser que la diffamation, sous-entendue même moindre, ne saurait rester sans sanction, manifestant ainsi son rejet de la troisième option compte-tenu de ce risque. Alors, Chatenet s'en remet à la « force » - et non d'ailleurs l'autorité²⁹⁶ - de la chose jugée, autrement dit l'impossibilité de tout recours sur les décisions du Conseil, qui ne vaut que pour les questions liées à la régularité des élections selon l'article 44 de l'ordonnance portant loi organique sur le Conseil. L'échange est intéressant pour notre propos, qui montre Chatenet toujours soucieux de limiter la compétence du Conseil au texte constitutionnel *stricto sensu* et Luchaire lui répondre qu'en tant que co-auteur de l'article 44 en question, il entendait limiter l'autorité de ses décisions précisément pour donner une compétence très large au Conseil constitutionnel. S'appuyer ainsi sur l'intention de limitation de l'autorité du Conseil pour se prévaloir d'une compétence restreinte trahirait donc plutôt une telle intention et la compétence ainsi restreinte serait par ailleurs nuisible aux électeurs dont les recours ne seraient pas protégés de la diffamation. Ainsi, Luchaire distingue-t-il entre une autorité limitée à un certain périmètre et la compétence de la même institution ; cette compétence est en effet entendue non pas comme la restriction de ses jugements à un type de recours recevable mais plutôt comme l'extension possible de ceux-ci à partir du périmètre initial et en vertu du système juridique dont il fait partie, supposé garantir une cohérence ayant trait, avant la lettre, à une certaine sécurité juridique qui ne prendra toute sa valeur constitutionnelle qu'avec l'intégration du Préambule au bloc de constitutionnalité en 1971, au titre de la « sûreté » que celui-ci garantit. Le débat se joue alors autant sur le registre de la répartition des pouvoirs, pour ceux qui entendent réserver à la loi la possibilité de distribuer les compétences juridictionnelles des tribunaux pour réserver les actions en diffamation, que sur celui de cette « sécurité » juridique que le Conseil se doit d'apporter aux citoyens, pour eux comme pour lui-même à travers l'image qu'il renverra. La formulation de Cassin est éloquente en cela :

« on en conclura que les citoyens n'ont pas devant le Conseil constitutionnel les garanties qu'ils ont devant les autres juridictions ».

La crainte que le Conseil ne soit considéré comme une juridiction de seconde zone n'appelle pas ici explicitement la volonté d'étendre les pouvoirs de celui-ci mais suggère qu'il est de son devoir d'apporter aux citoyens les mêmes garanties que les autres juridictions. Le Président Palewski demeure néanmoins très attaché à une grande prudence à propos des limites de l'action du Conseil constitutionnel ; même les conséquences négatives liées à la non considération du Conseil comme un tribunal listées par le rapporteur sont dans cette perspective mises au vote et, sans surprise, Cassin, Waline, Dubois et Luchaire en soutiennent

²⁹⁵ Mais plutôt, si nous relisons son intervention, d'exprimer qu'il lui semblait plus justifié d'amoinrir les conséquences énoncées par la troisième option, tout en rejetant au motif non pas de ses conséquences, mais du caractère indéniablement juridictionnel du Conseil à ses yeux.

²⁹⁶ C'est ici ma remarque et non la sienne.

encore la pertinence contre le Président Palewski, Monnet, Antonini, Sainteny et Chatenet. Ce vote scelle en effet le partage des points de vue qui court depuis la première délibération sur le sujet, entre, précisément les juristes et les non juristes quant à la notion de compétence du Conseil constitutionnel. Encore une fois, René Cassin prend le parti des citoyens, dont les droits de porter des mémoires écrits devant le Conseil est ainsi mis en péril ; il est soutenu par Georges-Léon Dubois qui parle de « déni de justice ».

Conclusion

Nous reviendrons à cette irruption des droits des citoyens dans le débat mais elle marque ici une distance par rapport aux débats des premières années du Conseil où le droit était davantage mobilisé afin de préciser les pouvoirs des différentes institutions démocratiques. Il est intéressant de noter pour l'heure que la prise en compte des moyens d'action des citoyens soit considérée par ses seuls membres juristes, comme une responsabilité du Conseil, lui ouvrant ce faisant de nouvelles marges de manœuvre. Les opposants à la nature juridictionnelle du Conseil, eux, ne construisent pas d'argument particulier et se contentent de mobiliser la définition de la mission du Conseil par la Constitution, dont il ne serait pas dans l'intérêt de l'institution de s'éloigner. L'intérêt du Conseil, du reste, est bien mobilisé par les deux camps – respectivement représentés en l'espèce par Cassin et Palewski – mais le premier le situe à l'horizon de la protection des droits des citoyens dans le concert des autres juridictions, quand le second l'envisage à travers sa capacité à remplir à la lettre sa mission constitutionnelle.

Enfin, la collégialité de l'institution semble ici mise à mal car Dubois rejette le projet soutenu par le Président et souhaite que soit spécifié dans le procès-verbal qu'il a voté contre cette décision, qu'il ne s'y résout

« ni en tant que citoyen, ni en tant que conseiller à la Cour de cassation, ni en tant que membre du Conseil constitutionnel ».

C'est Luchaire qui offre une porte de sortie à cette impasse en proposant un « compromis » : dire que les faits ne sont pas étrangers à la cause et que, pour cette raison, il n'y a pas lieu de statuer. Ainsi, le Conseil exerce-t-il prudemment sa compétence juridictionnelle en matière électorale, sans pour autant y renoncer. Le considérant correspondant est adopté.

Du point de vue des événements historiques et politiques, ces débats suivent celui du 27 mai 1968 : il paraissait donc judicieux de les étudier dans le sillage de ce dernier afin de faire droit à leur arrière-plan politique commun, éclairant pour les analyses. Nous avons donc légèrement dérogé à la règle annoncée du respect chronologique mais pour mieux cheminer vers la finalité réellement attachée à celle-ci : la chronologie ici ne vaut pas exclusivement en soi mais en tant que prévenant de déviations interprétatives rétrospectives ; elle contribue ainsi à situer les délibérations et l'évolution éventuelle de leur contenu dans leur contexte politique. Si celui-ci est en général superposable au contexte historique, il se peut, comme ce fut le cas ici, que certains débats renvoient à un contexte politique dont la genèse explicative ne peut se saisir par la seule concomitance des faits. Si l'Histoire compte comme critère d'analyse, ce n'est donc pas en tant qu'Histoire événementielle *per se*, mais en tant qu'éclairage de

certaines préoccupations contextuelles évoquées dans les débats et ayant leur propre temporalité; cette temporalité doit alors être privilégiée sans pour autant devenir exclusive. En retour, c'est sur l'histoire des arguments, voire des termes mobilisés dans ces débats, que nous mettons peu à peu la lumière, ne niant pas fournir ainsi une certaine histoire de la lecture des événements par notre institution, en même temps que s'offre une histoire de sa lecture d'un agir politique démocratique. Nous faisons d'ailleurs volontiers nôtre cette réflexion de Denis Baranger pour qui l'agir politique « ne se saisit qu'historiquement »²⁹⁷ ; seulement là où le constitutionnaliste invite au dépassement théorique de sa discipline, le droit constitutionnel, par l'histoire constitutionnelle, pour « une compréhension plus élevée de son objet », nous invitons analogiquement au dépassement de l'analyse politique externe du rôle de l'institution par une science politique historicisée à partir de cette dernière, pour une compréhension au moins mieux nourrie d'une expérience vécue de son objet, à savoir des potentialités de la démocratie contemporaine.

En l'occurrence, revenons à présent légèrement en arrière à travers des délibérations également politiquement neutres mais dont l'une d'entre elles est antérieure à celles étudiées ci-dessus, puisque s'étant tenue en juin 1968. Il s'est agi précédemment du contentieux électoral, largement prépondérant sur cette seconde période ; nous allons avoir affaire à présent à un nouveau cas de délibération relative à une résolution visant à modifier le règlement d'une Assemblée, le Sénat, donc relevant d'un contrôle obligatoire de la part du Conseil constitutionnel, puis, poursuivant alors dans le temps, à une délibération de 1969 faisant suite à une demande de déclassement, donc toujours liée à une saisine obligatoire.

Séance du 06 juin 1968, décision 68-36 DC : résolution tendant à modifier les articles 7, 9, alinéa 9, 10, 12 et 86, alinéa 3 du règlement du Sénat.*

=> Qu'apprend-on ici ?

Soucieux de renforcer – unanimement - la cohérence de ses interprétations, le Conseil constitutionnel manifeste aussi un certain attachement de ses membres à montrer leur respect d'une ordonnance laissant le Parlement libre de ses choix dans le cas considéré. Durant cette séance, l'accent est ainsi autant mis sur la cohérence entre les précédents du Conseil constitutionnel que sur une forme de bienveillance vis-à-vis du Parlement, entendue comme un respect de sa liberté de choix autorisée dans certains cas par le législateur.

Le 06 juin 1968, le rapporteur est Georges Dubois, auquel le Président Palewski donne la parole pour l'examen d'une résolution du Sénat visant à modifier les articles 7, 9, 10, 12 et 86 de son règlement. L'on apprend alors qu'il s'agit de contrôler la conformité à la Constitution de deux propositions de modifications émanant de la « Commission des lois

²⁹⁷ In Denis Baranger, « Le piège du droit constitutionnel » 1. L'histoire constitutionnelle et la science du droit constitutionnel / journée de recherche « Comment écrit-on l'histoire constitutionnelle ? » in *Jus Politicum* n°3 – 2009.

constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du règlement et d'administration générale du Sénat ». La première propose d'augmenter l'effectif des Commissions²⁹⁸ permanentes – modification de l'article 7 – proportionnellement à l'augmentation de l'effectif global du Sénat issue du nouveau découpage départemental et territorial de la région parisienne de 1964, augmentation entrant en vigueur lors du renouvellement triennal des sénateurs en 1968. Si la résolution propose de fixer précisément la répartition des futurs sénateurs dans les Commissions permanentes, le rapporteur s'en remet tout de suite à une décision précédente du Conseil constitutionnel de 1962 – il ne dit pas « nous » ni « le Conseil constitutionnel » mais « vous » en s'adressant à ceux de ses collègues présents pour cette décision – laissant aux Assemblées parlementaires le soin de décider de la composition de leurs Commissions. La seconde proposition semble plus problématique au rapporteur ; elle concerne la désignation des membres des Commissions spéciales (spécialement désignées pour l'examen d'un projet ou d'une proposition de loi en particulier) et des Commissions mixtes paritaires (celles chargées de proposer un texte sur les points restant en discussion entre les deux Assemblées). Les Commissions du Sénat sont permanentes et donc saisies de tous les projets ou propositions de loi entrant dans leurs compétences, rappelle Georges-Léon Dubois. Or, les exceptions à cette règle sont la désignation sur demande du Gouvernement ou sur proposition du Président du Sénat, de Commissions spéciales dédiées à l'examen de certains textes de loi ou encore au cas où une Commission permanente se déclare incompétente ou en cas de conflit de compétences entre deux Commissions. Par ailleurs, la Commission spéciale compétente au sujet des résolutions portant mise en accusation devant la Haute Cour de Justice²⁹⁹ (article 86 du règlement) « n'est qu'une Commission spéciale particulière ». Enfin, les Commissions mixtes paritaires dont Dubois estime qu'elles « sont une création particulièrement heureuse », sont prévues par l'article 45 de la Constitution pour permettre au Parlement, à la demande du Premier Ministre³⁰⁰, de trouver un accord sur des éléments d'un texte de loi jusque-là faisant l'objet de divergences entre les deux Assemblées. Le rapporteur précise alors que pour ces trois types de Commissions, permanentes, spéciales et mixtes paritaires, la nomination des membres obéit à des règles différentes qu'il expose, pour estimer ensuite que les modifications demandées ont vocation à éviter les pertes de temps dues aux longueurs des différents scrutins, venant de surcroît perturber des ordres du jour particulièrement chargés lors de séances publiques. Ainsi, avant même de se livrer à l'examen de conformité proprement dit, le rapporteur encourage-t-il ses collègues à considérer positivement le projet du Sénat.

Il demeure qu'une procédure nouvelle de désignation est prévue, qui généralise l'actuelle procédure énoncée à l'article 8 du règlement du Sénat pour les Commissions permanentes; son application généralisée entraîne alors en effet une modification des articles 9, 10 et 12 du même règlement. Soutenant explicitement cette résolution, le rapporteur

²⁹⁸ L'existence et le rôle des Commissions permanentes parlementaires dédiées à l'étude des textes de loi avant la séance publique et constituées de membres désignés à proportion des groupes parlementaires, sont prévus respectivement par l'article 43 de la Constitution de 1958 et par l'ordonnance du 17 novembre 1958 relative au fonctionnement des Assemblées parlementaires.

²⁹⁹ Cf. Article 68 de la Constitution, prévoyant les conditions auxquelles le Président de la République peut être destitué par le Parlement constitué en Haute Cour de justice.

³⁰⁰ Depuis la révision constitutionnelle de 2008 dédiée à la réforme des institutions, la Commission mixte paritaire peut aussi être réunie pour les propositions de lois sur demande conjointe des Présidents des deux Assemblées.

rappelle alors la décision du Conseil constitutionnel du 18 novembre 1960 ayant déclaré conforme à la Constitution la procédure de l'article 8. Au motif de ce précédent, il considère que s'appliquant aux Commissions spéciales et mixtes paritaires, la procédure n'a pas davantage lieu d'être non conforme. Mais le rapporteur opte pour une solution plus simple, ne permettant pas au Conseil constitutionnel de confirmer lui-même les principes auxquels doit se référer le Sénat, tout en renforçant cependant la perception de cohérence de ses interprétations : pour déclarer conforme cette nouvelle résolution, le Conseil lui semble devoir plutôt s'en remettre au fait qu'aucun texte référent, ni la Constitution, ni l'ordonnance du 17 novembre 1958 fixant le fonctionnement des Assemblées parlementaires, ne contient de dispositions relatives au mode de désignation des membres de ces Commissions, mis à part le fait que chaque Assemblée en fixe la composition, le mode de désignation des membres et leurs règles de fonctionnement. Il s'agit donc simplement de s'appuyer sur la liberté que la loi³⁰¹ donne aux Assemblées en la matière. Or, cette liberté a déjà été interprétée en 1962 par le Conseil constitutionnel relativement à la composition des Assemblées ; le rapporteur demande donc au Conseil d'en faire autant pour la désignation des membres des Commissions. Le rapporteur estime finalement que le Conseil constitutionnel se doit seulement d'être cohérent dans ses interprétations des lois organiques – « la même constatation doit être faite » - pour déclarer cette résolution conforme sans qu'il soit besoin d'en appeler à un raisonnement plus complexe qui viserait à montrer que les arguments de conformité de l'article 8 du règlement du Sénat de sa précédente décision de 1960 peuvent valoir pour les articles suivants. Cette seconde approche aurait cependant étendu de manière jurisprudentielle le champ d'actions du Conseil constitutionnel qui aurait pu en effet se prévaloir d'une décision précédente comme d'un principe à valeur constitutionnelle sur lequel s'appuyer pour contrôler toute évolution en matière de règlement des Assemblées, dans un rôle qui a de plus d'office été le sien puisque c'est là un contrôle obligatoire. L'approche choisie, en revanche, plus directe et plus évidente, montre un Conseil au moins cohérent dans ses interprétations, ce qui génère l'assentiment général de ses membres. Le rapporteur n'a pas, du reste, développé plus avant la première approche, préférant enchaîner avec la seconde présentée comme s'imposant plus naturellement à partir du texte de l'ordonnance pré-citée. Unaniment, les membres du Conseil constitutionnel préfèrent donc s'appuyer sur le précédent de 1962 interprétant la liberté donnée aux Assemblées par les dispositions constitutionnelles, dans le sens le plus large possible pour la matière concernée, plutôt que sur celui de 1960 portant un jugement définitif de conformité sur une procédure parlementaire existante. Si aucun débat n'a non plus suivi le rapport, après la lecture du projet de décision en découlant, François Luchaire propose cependant d'ajouter aux visas la référence à l'ordonnance du 17 novembre 1958 d'où est issue cette interprétation de la liberté des Assemblées de définir le mode de désignation de leurs Commissions diverses, puisque non seulement c'est un texte sur lequel s'appuie la décision, via l'évocation des « dispositions de la Constitution », mais aussi parce que le Conseil a déjà reconnu son importance dans une décision du 8 juillet 1966³⁰².

Conclusion

³⁰¹ L'ordonnance du 17 novembre 1958

³⁰² 66-28 DC

Le projet ainsi amendé ne fait l'objet d'aucune discussion. Renforçant la cohérence des interprétations du Conseil constitutionnel, il manifeste donc encore davantage un certain attachement unanime de ses membres à montrer leur respect d'une ordonnance, qui ne porte même pas loi organique comme le dit Luchaire, mais en tant qu'elle laisse le Parlement libre de ses choix dans le cas considéré. Durant cette séance, l'accent est autant mis sur la cohérence entre les précédents du Conseil constitutionnel que sur une forme de bienveillance vis-à-vis du Parlement.

Séance du 26 juin 1969, décision 69-55 L : protection des sites, création d'un principe général du droit administratif

=> Qu'apprend-on ici ?

Les membres du Conseil constitutionnel, après en avoir beaucoup débattu, privilégient ici à leur propre jurisprudence celle du Conseil d'Etat, en accord avec une certaine liberté préconisée par le Gouvernement mais ne pouvant se passer d'une expression législative. Ce faisant, ils débattent tous davantage de ce qu'il leur semble pouvoir décider que de devoir décider.

La meilleure solution est ici entendue comme celle qui sera à la fois constitutionnellement imparable et acceptable pour asseoir la crédibilité du Conseil constitutionnel comme un acteur du jeu politique ; les membres du Conseil n'osent cependant pas envisager ce rôle d'acteur comme pleinement juridictionnel tant ils se complaisent à modeler à leur institution un rôle sur-mesure de modérateur des relations entre les différents pouvoirs.

Ce dernier axe signale aussi ici la possibilité perçue par le Conseil constitutionnel de s'intercaler dans une structure institutionnelle dont la pérennité impose de faire face aux évolutions économiques et sociales à l'œuvre.

La séance du 26 juin 1969 s'ouvre en présence de tous les membres du Conseil constitutionnel sauf Georges-Léon Dubois. La saisine est antérieure à cette date et l'on apprend que lors de la séance du 10 juin précédent, le Conseil a renvoyé l'affaire à la date de cette nouvelle séance étudiée. Le rapporteur, Marcel Waline, précise qu'entre temps, le Gouvernement a changé. En effet, le Président Charles de Gaulle a démissionné à l'issue de l'échec du référendum sur la réforme du Sénat et de la régionalisation du 27 avril 1969, faisant suite au projet de référendum avorté de 1968 que nous avons entrevu à travers la délibération correspondante. Georges Pompidou a alors été élu Président de la République le 1^{er} juin 1969 et vient de nommer Jacques Chaban-Delmas, Premier ministre³⁰³. La saisine a

³⁰³ L'on retrouve au Gouvernement, Ministre d'Etat, chargé des Affaires culturelles, Edmond Michelet mais également Roger Frey, futur Président du Conseil constitutionnel, alors Ministre d'Etat, chargé des Relations avec le Parlement.

donc été effectuée par l'ancien Premier ministre, Maurice Couve de Murville, successeur de Georges Pompidou en juin 1968. Le rapporteur estime que la saisine demeure valable car « on ne peut assimiler la saisine du Conseil au dépôt d'un projet de loi », confirmant d'ailleurs juste après cette temporalité non partisane du Conseil constitutionnel, dont l'activité

« est proche en effet d'une activité juridictionnelle et non pas législative ou normative » précise-t-il.

L'on se souvient que cette activité juridictionnelle avait été pleinement assumée s'agissant du contentieux électoral ; elle semble l'être de manière plus générale ici, eu égard à tout recours exprimé par une saisine, d'où que provienne cette dernière. Le caractère juridictionnel de l'institution est cependant envisagé avec précaution mais ce que n'est pas l'activité du Conseil semble en revanche aller de soi. Par ailleurs, même si le Secrétaire Général du Gouvernement aurait officiellement déclaré maintenue la saisine, François Luchaire voudrait pouvoir s'appuyer sur une comparaison avec le Conseil d'Etat, ce dont Cassin le décourage tout en confortant la position du Conseil constitutionnel : saisi par le Gouvernement d'un avis sur le fond d'un projet de décret³⁰⁴, le Conseil d'Etat ne saurait considérer de lui-même que le projet demeure en cas de changement de gouvernement, sous-entendant que le Conseil constitutionnel ne donne pas d'avis sur le fond et n'est donc aucunement lié au projet politique et *a fortiori* pas à ses acteurs. Cela semble aussi couler de source pour Chatenet et le secrétaire général du Conseil constitutionnel clôt la question en informant les conseillers que même le Conseil d'Etat statue actuellement sur un projet de décret soumis par le précédent ministère... autrement dit, que ce soit pour s'en distinguer ou en tant que modèle, le Conseil d'Etat continue de jouer le rôle de référent pour les pratiques du Conseil constitutionnel qui prend cependant garde à ne pas superposer son champ d'action à celui de la plus autorité administrative, qu'elle soit juridictionnelle ou consultative. Le rapporteur ayant déjà présenté l'historique et le contexte de la saisine, reprend donc son propos avec l'étude de textes au fond. C'est cependant le Président Palewski qui avait fait connaître les dispositions concernées elles-mêmes. Ces deux interventions préliminaires successives apprennent ou rappellent aux membres présents que, d'une part, plusieurs dispositions relatives à diverses lois sur la protection des sites naturels et/ou historiques doivent être examinées par le Conseil constitutionnel pour une demande de déclassement et en précisent le contenu, et que, d'autre part, la protection de tels sites par l'Etat est récente puisque datant de la fin du XIXe siècle et ayant fait l'objet par la suite de différentes lois en 1913, 1930, 1941, 1943, puis 1965, 1967 et enfin 1969. Les dispositions concernées par la saisine relèvent des lois de 1930, de 1913 modifiées en 1941 et 1943 puis rendues applicables y compris aux départements d'outre-mer par celle de 1965, et de celle de 1967 et de 1969. Si le rapporteur mentionne la volonté du Gouvernement d'alors de faciliter la construction en accélérant ses procédures préalables, puisqu'il est notamment question dans les dispositions visées de délais auxquels doivent se soumettre les propriétaires de sites pour y réaliser des travaux autres que d'exploitation courante, il prend aussi la peine d'exprimer un avis plus personnel sur le sujet : « nos sites

³⁰⁴ Cas des décrets en Conseil de Ministres visant à la réintégration de dispositions législatives antérieures à la Constitution, dans le giron réglementaire, et nécessairement délibérés après avis du Conseil d'Etat (article 37).

sont menacés par le désir de récupérer des terrains pour y élever des constructions » déplore-t-il dès le début de son historique.

Quant à l'examen proprement dit, puisqu'il s'agit d'un déclassement éventuel de ces dispositions du domaine législatif vers le domaine réglementaire, et que la première disposition fixe aux propriétaires de sites naturels, historiques, artistiques, scientifiques, légendaires ou pittoresques, un délai de quatre mois pour saisir l'administration de leur intention de procéder aux travaux précités, Marcel Waline identifie les deux dispositions de l'article 34 pouvant être applicables à la disposition concernée afin d'en déduire sa nature législative ou pas. Citant un arrêt du Conseil d'Etat sur une question au contenu similaire, Waline en déduit que de la même manière, la durée du délai n'est qu'une mention d'application de la loi qui ne touche pas aux principes fondamentaux du régime de la propriété de l'article 34 et relève donc du domaine réglementaire. Mais cette comparaison ne suffit pas à Waline qui entreprend d'examiner aussi le lien entre la disposition visée et un autre volet ici pertinent de l'article 34, celui relatif à la détermination des délits, puisque ne pas respecter ce fameux délai entraîne des poursuites correctionnelles. Le rapporteur renvoie alors à la jurisprudence du Conseil constitutionnel que nous avons déjà eu l'occasion de rencontrer lors de la délibération sur le déclassement du code des débits de boissons en 1967 :

« si la matière est réglementaire, il importe peu qu'elle soit punie de peines correctionnelles ».

Certes mais il rappelle aussi que la décision de 1967 ci-dessus avait cependant légèrement infléchi cette jurisprudence en précisant que les nouvelles dispositions ne seraient sanctionnées qu'une fois que le législateur aurait voté un nouveau texte car souvenons-nous que selon ce point additionnel demandé par François Luchaire le texte de la sanction demeure du domaine législatif. Or, il semble au rapporteur que cette jurisprudence-ci fasse courir le risque que les constructeurs ne commettent « des désastres irréparables » avant d'être sanctionnés. La jurisprudence du Conseil importe donc et s'il ne s'agit ni de l'ignorer, ni de la contourner ; le rapporteur juge de ses conséquences sur le fond dans ce cas particulier. Or, explique-t-il, le texte pénal n'a « qu'une incidence indirecte » dans le cas des débits de boissons où il ne s'agit que de punir l'ouverture de tels débits en dehors des conditions prévues par le règlement, déjà considérées, elles, comme des dérogations accordées ; en d'autres termes, sur le fond, on sanctionne la dérogation à une dérogation. L'on peut s'étonner que Marcel Waline ne soit pas revenu plutôt sur la différence de nuisance entre un débit de boissons installé sans égard pour les conditions prévues à cet effet et le « désastre » provoqué par une construction construite avant le terme du délai d'information à l'administration, et devant encore attendre la loi prévoyant la sanction ad-hoc ; il est cependant aussi intéressant de noter que, malgré plusieurs expressions très théâtrales³⁰⁵ employées à propos de ces atteintes portées aux sites naturels ou historiques, il s'en tient ici au formalisme juridique pour distinguer précisément entre une sanction ne touchant pas directement l'ensemble de la disposition non respectée (code concernant les débits de boissons et les mesures contre l'alcoolisme, tandis que la sanction concerne exclusivement l'inobservance des nouvelles conditions prévues par certaines dispositions) et une sanction devant le viser directement (respect du délai

³⁰⁵ Y compris dans l'historique mentionné même si nous ne citons pas tous les termes employés.

d'information administrative dans le cas présent). Puisque la définition même du délit est modifiée par le présent article qui l'assortit de l'inobservance de ce fameux délai de quatre mois, achève-t-il alors de montrer, ce délai s'impose donc comme un élément constitutif du délit et relève bien de l'article 34, autrement dit du domaine de la loi. Marcel Waline émet cependant des doutes quant à la crédibilité du Conseil constitutionnel qui découlerait d'une telle approche :

« Cette solution n'est pas sans inconvénient puisque le Conseil paraît se déjuger ».

François Luchaire le suit néanmoins et René Cassin se déclare même, de manière parfaitement cohérente avec son propos précédent dans le cas du code des débits de boissons, favorable au

« maintien de l'évolution de la jurisprudence du Conseil » ;

celui-ci permettra en effet, selon lui, de

« favoriser le mouvement de liberté et de responsabilité »

dont le pendant consiste à disposer d'une compétence législative forte, indissociable d'un « respect strict de la législation ». En consonance avec les fondements de la modernité, cette conception d'une loi libératrice et responsabilisante dès lors qu'elle est respectée, semble ici relever tout autant d'une philosophie politique chère à René Cassin, que l'on a toujours entendu dans ces débats défendre les droits des citoyens et à cette fin l'institution parlementaire les représentant, en accord aussi avec un parcours antérieur ayant fait une large part à une telle défense, que d'une volonté de participer au « mouvement de liberté » de son temps. Si le discours de politique générale du nouveau Premier Ministre, Jacques Chaban Delmas, sur son célèbre projet de « Nouvelle société », socialement libéral et préconisant une économie sociale de marché, n'a pas encore eu lieu, son gaullisme issu du radical-socialisme et ses diverses prises de positions réformatrices, associés au retour du modernisateur Georges Pompidou au pouvoir, depuis la crise de mai 1968, symbolisent aux yeux de nombreux observateurs³⁰⁶ ce mouvement de liberté évoqué par René Cassin. Ainsi, le Conseil constitutionnel apparaît-il aux yeux de celui-ci comme un maillon de l'évolution politique du pays, un acteur qui, souvenons-nous, ne doit pas se tenir « hors jeu³⁰⁷ ». Ce rôle actif semble cependant aller de soi car il n'est pas explicité outre mesure par René Cassin ; l'on pourrait même lire ici l'expression d'un soutien personnel à une telle évolution de la politique générale. Toujours est-il que cela positionne le Conseil constitutionnel comme un accompagnateur crédible d'une telle évolution à travers celle de sa jurisprudence et nous en renvoie l'image d'un interlocuteur déjà perçu par le monde politique comme le détenteur du cadrage autorisé du rôle des institutions. C'est donc aussi là le reflet d'un environnement politique où le parlementarisme rationalisé s'affirme davantage comme une possibilité d'entente concertée entre les pouvoirs, régie de manière dynamique et équitable³⁰⁸ par le droit constitutionnel, plutôt qu'apparenté à un législatif cantonné aux domaines autorisés par l'exécutif.

³⁰⁶ Nous nous en remettons aux ouvrages historiques et aux archives journalistiques cités en bibliographie.

³⁰⁷ Cf. délibération du 02 octobre 1962 sur le référendum pour l'élection du Président de la République au suffrage universel direct où cette expression a d'abord été employée par René Cassin.

³⁰⁸ Démocratique même, puisque cette équité constitutionnelle à laquelle nous faisons allusion renvoie au fait que le souverain demeure le même pour tous les pouvoirs en démocratie, et c'est l'ensemble des citoyens.

René Cassin poursuit du reste son raisonnement libéral, et tout autant constitutionnel, en revenant sur le fond de manière conséquentialiste puisqu'il pointe alors le danger qu'il y aurait à laisser au gouvernement les mains libres en matière de modification de la propriété, domaine de la loi à travers l'article 34. Toutefois, si Chatenet se déclare convaincu, le Président Palewski, lui, modère cet élan en évoquant aussi le positionnement du Conseil constitutionnel qu'il estime pour sa part délicat de faire apparaître en contradiction avec sa précédente jurisprudence ; pourtant, la majorité des membres, sans vote, s'est finalement exprimée pour le caractère législatif qui sera retenu dans la décision.

Le rapporteur enchaîne alors avec d'autres dispositions à examiner concernant cette fois la destruction ou la modification des sites naturels ou classés, différant de la précédente sur le plan du délai demandé, et pour lesquelles le Gouvernement préférerait que l'autorisation spéciale prévue soit implicite, ce qui semble dangereux au rapporteur dans la mesure où une autorisation pourrait alors être implicitement donnée par l'administration qui n'oserait, pour diverses raisons, la donner explicitement. L'on a ici l'impression que le rapporteur se préoccupe une fois de plus du sort des sites protégés, ce dont il nous convainc par défaut en concluant que,

« toutefois, le rôle du Conseil n'est pas de protéger les sites ».

René Cassin décèle, lui, une incompatibilité entre une telle autorisation implicite et d'autres dispositions du texte, tandis que François Luchaire prévoit une illégalité du projet gouvernemental par rapport aux textes en vigueur sur les délais d'information à l'administration et un manquement dans ce même projet au niveau du délai de réponse de l'administration. François Luchaire précise qu'au contraire le fameux délai de quatre mois au-delà duquel le silence de l'administration pourtant informée vaut rejet, est un délai de droit commun effectif. C'est là pour Luchaire la mise en évidence d'un principe général du droit à l'encontre duquel irait le projet du Gouvernement en considérant que le silence de l'Administration vaudrait acceptation – puisqu'implicite – et non rejet et que l'on ne peut déroger à un principe général du droit que par la voie législative. Le Président Palewski approuve ce raisonnement et signale que c'est le cas de l'ensemble des membres présents. Waline fait alors remarquer que c'est, comme dans le cas du code des débits de boissons et des mesures contre l'alcoolisme, l'autorisation spéciale qui fait disparaître le délit et que dans ce cas, si la raison retenue avait été relative à la définition des crimes et des délits par l'article 34, à savoir celle qu'il prévoyait de proposer dans son rapport, le lien entre le texte et l'infraction aurait aussi été indirect, sous-entendant que par cette voie, la jurisprudence de 1967 du Conseil constitutionnel n'aurait pas été contredite.

Les dernières dispositions ne créent pas de débat mais fournissent toutefois au rapporteur la possibilité de revenir à l'intérêt public qu'il estime être mis en péril par le projet du Gouvernement dont il ne peut néanmoins qu'accepter le caractère réglementaire.

La conclusion permet à Luchaire de proposer que le principe général du droit précédemment dégagé soit mentionné dans la décision, ce qui ne semble pas satisfaire le secrétaire général du Conseil constitutionnel mais l'argument du professeur de droit quant à la possibilité ainsi offerte d'harmoniser la jurisprudence du Conseil constitutionnel avec celle du Conseil d'Etat rallie d'abord René Cassin – sans surprise à présent pour le lecteur – puis l'ensemble de leurs collègues.

Conclusion

Malgré un certain attachement manifesté par plusieurs membres du Conseil constitutionnel au maintien de sa jurisprudence, son évolution dans le sens de celle du Conseil d'Etat d'une part et en accord avec une liberté préconisée par le Gouvernement mais ne pouvant se passer d'une expression législative, d'autre part, l'emportent cette fois. Depuis 1967, la composition du Conseil constitutionnel a changé et ses membres les plus prudents vis-à-vis du pouvoir législatif dans les précédentes délibérations n'en font plus partie. Mais la composition du Conseil constitutionnel ne suffit pas à traduire son orientation et sa préoccupation pour le rôle qu'il lui semble devoir jouer.

En effet, l'existence même de débats et d'arguments divers mobilisés signalent que ce « devoir » est conditionné par un « pouvoir », au sens où les membres du Conseil constitutionnel débattent davantage de ce qu'ils peuvent décider que de ce qu'ils doivent décider. Les membres les plus méfiants vis-à-vis du Parlement n'ont pas en effet non plus de position définitivement figée en la matière et ne considèrent pas que le rôle irréductible du Conseil soit de contrôler ce dernier dont ils prennent même amplement en considération les travaux et les objectifs. Il s'agit plutôt de débattre ensemble de la meilleure solution, entendue comme celle qui sera à la fois constitutionnellement imparable et acceptable pour asseoir la crédibilité du Conseil constitutionnel comme acteur du jeu politique ; les membres du Conseil n'osent cependant pas envisager ce rôle d'acteur comme pleinement juridictionnel tant, toujours très proches du monde politique, ils se complaisent aussi à en cerner les enjeux pour modeler alors à leur institution un rôle sur-mesure de modérateur des relations entre les différents pouvoirs.

Ce dernier axe constitue plus solidement la trame partagée lors des débats que les appréciations individuelles propres aux différents membres sur les institutions qui les entourent. Il signale aussi la possibilité perçue par le Conseil constitutionnel de s'insérer dans une structure institutionnelle dont la pérennité impose de faire face aux évolutions économiques et sociales à l'œuvre.

Séance du 20 novembre 1969, décision 69-37 DC : résolution modifiant et complétant le règlement de l'Assemblée nationale.*

=> Qu'apprend-on ici ?

Les membres du Conseil constitutionnel estiment devoir clarifier les modalités d'un fonctionnement entre Parlement et Gouvernement qu'ils escomptent fluide et harmonieux. Cette harmonie est associée ici à l'idée d'une certaine stabilité des pratiques institutionnelles en cours de développement et sert de guide à la recherche de la conformité constitutionnelle autant qu'à celle d'un certain concert devant primer le conflit entre ces deux pouvoirs.

Avant la charnière théorique que peuvent représenter les débats retenus pour les années soixante-dix et soixante et onze selon la doctrine juridique, et dont la lecture proposée ici pourra quelque peu différer, terminons ce premier panorama des délibérations du Conseil

constitutionnel sous sa seconde Présidence, par l'analyse commentée de celle du 20 novembre 1969, faisant suite à la saisine obligatoire du Président de l'Assemblée nationale, Achille Peretti³⁰⁹, le 28 octobre 1969, pour une résolution modifiant et complétant le règlement de cette Assemblée en de nombreux articles³¹⁰. Citant Eugène Pierre³¹¹, le rapporteur Pierre Chatenet présente le projet initial de résolution comme quelque peu vidé de son contenu : et pour cause, la Constitution de 1958 et le cadre strict imposé par son article 61³¹² aux Assemblées seraient des limites techniques à la souveraineté des chambres parlementaires quant à leur règlement. L'absence d'accord politique y aurait, en pratique, aussi sa part. Toujours est-il que le rapporteur aborde sans concession l'analyse des résolutions restantes,

« un manteau d'arlequin dans lequel il a fallu faire de la tapisserie »

concernant les désignations et nominations, les commissions, l'organisation et le déroulement des débats publics, le contrôle parlementaire, qu'il recentre sur les commissions, les groupes et les questions, plus problématiques.

Abordant chaque problème séparément, il prend soin de le resituer dans le cadre plus large qui était le sien avant les restrictions qui se sont imposées à l'Assemblée nationale en raison du « préalable constitutionnel ». Cela signale au demeurant que cette dernière prend acte des limites que lui impose la Constitution et que de la même manière, l'institution qui en est la garante, le Conseil constitutionnel, en rend compte au moins dans ses débats, comme du reflet des tensions précédemment repérées entre Gouvernement et Parlement. Semblant donc plutôt déplorer cet état de fait constitutionnel qui épure tout projet de résolution modifiant le règlement des Assemblées en dehors d'un périmètre restreint, Pierre Chatenet parcourt les résolutions finalement soumises à l'examen du Conseil constitutionnel.

A propos des Commissions permanentes, que nous avons déjà rencontrées lors du débat de juin 1968 portant sur les modalités de désignations de leurs effectifs et de leurs membres au Sénat, le rapporteur s'aventure vers une défense d'opportunité. A plusieurs reprises, il considère en effet leur travail comme une solution à la nécessaire évolution du Parlement avec son temps et résume ainsi cette idée :

« l'ère des grands débats est terminée et il faut maintenant créer des organes de travail ».

Il déplore que les modifications soumises au Conseil ne permettent pas une telle évolution. Il ne se fait cependant pas l'écho des seules limites constitutionnelles imposées à l'Assemblée,

³⁰⁹ Avocat, ancien résistant, proche de de Gaulle, membre de l'Union des démocrates pour la cinquième République (UD-V^e, puis UDR), parti créé en 1967 par le mouvement gaulliste issu du rassemblement de l'Union pour la nouvelle République (UNR, 1958-1967) et de l'Union démocratique du travail (UDT, 1959-1967) communément désignée comme regroupant les gaullistes de gauche. En 1976, l'UNR est remplacée par le Rassemblement Pour la République (RPR). Président de l'AN de 1969 à 1973 et est nommé au Conseil constitutionnel en 1977.

³¹⁰ Précisément en ses articles 7, 10, 11, 20, 25, 26, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 43, 46, 48, 49, 50, 54, 56, 58, 61, 66, 87, 88, 91, 95, 99, 100, 101, 103, 104, 105, 106, 107, 111, 118, 132, 133, 134, 135, 136, 137-1, 139, 147, 148, 148-1, 148-2, 149, 151 et 162. Source : toujours les Archives nationales, procès-verbal de la délibération complète, même versement.

³¹¹ Le rapporteur a probablement à l'esprit le *Traité de droit politique, électoral et parlementaire* d'Eugène Pierre, Secrétaire général de la Présidence de la Chambre des députés et dont il fut un observateur méticuleux et réfléchi de 1885 à 1925.

³¹² Pour rappel, l'article précisant, entre autres choses, les obligations de saisine du Conseil constitutionnel par les Présidents de Assemblées souhaitant modifier leur règlement.

il critique aussi cette dernière pour son immobilisme, l'empêchant d'aller dans le sens d'une véritable évolution vers la publicité des informations transmises par les Commissions aux parlementaires ; or, cette évolution aurait permis, selon le rapporteur et en accord avec le Président de la précédente assemblée – Jacques Chaban Delmas- un meilleur contrôle parlementaire des actions de l'exécutif, notamment lors des auditions des ministres. Cependant,

« faire parler les membres des Commissions sous les yeux de la presse »

aurait fait reculer l'Assemblée elle-même. Plus étonnamment, le rapporteur déplore une telle rétractation en regard du « pas vers la démocratie directe » réalisé par la Constitution, et lorsque s'ouvre le débat, Luchaire pointe cette contradiction entre une démocratie directe où l'élu est subordonné à l'électeur, et le régime représentatif dont il a déjà été rappelé qu'il reposait sur une certaine liberté des représentants. Le professeur de droit considère que les débats « de philosophie constitutionnelle » sont vains, dès lors que chacun a ses convictions et que l'on a affaire à une Constitution qui, précisément, engage au compromis entre les deux principes. L'échange entre ces deux membres du Conseil constitutionnel rappelle que le débat politico-doctrinaire ayant fait suite à la révision constitutionnelle de 1962 instaurant l'élection du Président de la République au suffrage universel direct, relève de la tension même entre ces deux pôles de la Constitution, bien que largement occultée alors auprès de l'opinion publique par la figure charismatique de de Gaulle. Pierre Chatenet réplique en considérant les contradictions seulement apparentes, cette révision étant davantage, laisse-t-il entendre, le fruit d'une adaptation de la Constitution aux circonstances que l'émergence d'une restriction du pouvoir législatif consubstantielle au texte de 1958. Les deux conseillers, dont les interprétations de ce texte ne convergent pas en la matière, se retrouvent tout de même sur une interrogation commune quant au rôle du Parlement, teintée d'une même préférence : « l'élection du Président de la République au suffrage universel n'empêche pas un rôle plus actif des commissions et ne signifie pas que le député doive devenir un robot » conclut Chatenet qui éclaire ainsi son propos sur la démocratie directe, entendue davantage comme une expression libre des opinions plutôt qu'à l'aune d'une distinction entre subordination ou pas de l'électeur à l'élu... tandis que pour Luchaire, sur le même registre,

« il s'agit de savoir si l'on va dans le sens de la liberté de l'élu ou pas ».

Pour ce dernier, la tension est donc réelle entre les deux voies offertes par la Constitution mais tous deux mettent en avant l'importance de la définition de la marge de manœuvre de l'Assemblée nationale dans le cas qui leur est soumis. Après un détour par la III^e République pour mettre en exergue les risques de la Ve quand la toute puissance administrative découlant de la stabilité gouvernementale occulte le rôle de défense des citoyens que les Commissions avaient pu jouer auparavant, le Président Palewski rejoint ses collègues quant à la défense en l'espèce de la liberté individuelle des parlementaires. Il l'estime requise face à la prépondérance des groupes parlementaires comme le préconise d'ailleurs aussi le rapporteur. Par-delà l'inclusion même du Conseil constitutionnel dans le système politique qui se met en place depuis 1958, il est ici directement loisible de lire les tensions institutionnelles de ce dernier à travers ces commentaires distancés et convergents des membres de l'institution de la rue Montpensier. Quant au troisième sujet majeur – le rapporteur au demeurant a entre temps amené sans mal ses collègues à se ranger derrière sa déclaration de conformité à la

Constitution de nombreux articles mentionnés en introduction -, celui des questions au Gouvernement comme instrument du contrôle parlementaire, Chatenet y exprime aussi son regret que la modification finalement proposée par l'Assemblée ne contienne ni sanction ni procédure d'urgence et, comme à propos de la publicité de la communication entre les Commissions et les parlementaires, il déplore que le modèle du parlementarisme britannique, plus centré sur les sujets que sur les avis de chaque groupe, ne soit pas ici imité, jugeant alors que,

« sur ce point comme sur le reste, ce ne sont pas des textes mais les états d'esprit qui sont en cause ».

Cette même problématique de la parole individuelle des parlementaires surgit aussi à propos d'un article relatif à l'Assemblée européenne et jugé contraire au Traité de Rome par Chatenet en tant que ne permettant pas aux députés européens de siéger à titre individuel. Si cette préférence clairement exprimée par le rapporteur pour un parlementarisme libre et brassant tous les points de vue, sans subir la mainmise d'un groupe à travers le rôle des Commissions, traduit sans ambiguïté un jugement libre et partagé par la plupart des membres du Conseil quant à l'opportunité des résolutions proposées, elle ne semble pas pour autant pouvoir s'imposer comme telle puisque les conseillers intervenant dans le débat se réfèrent, à propos de différents articles connexes faisant partie de la même résolution, à la jurisprudence du Conseil comme aux articles référents de la Constitution. Notamment l'article 48, alinéa 2, de celle-ci est souvent invoqué en faveur d'une prise de parole des parlementaires à titre individuel. Pourtant, les arguments avancés par Gaston Palewski et François Luchaire diffèrent sensiblement de ce dernier point, même si prime encore l'argument de la prise de parole individuelle à préserver : le Président considère en effet que puisque les Commissions ont un droit d'amendement, elles doivent pouvoir disposer, sans rien enlever à la liberté individuelle des parlementaires qui les composent, de celui de poser des questions en leur nom collectif ; sur un plan plus constitutionnel, François Luchaire estime, lui, que ce serait

« ouvrir une brèche dans un principe constitutionnel qui est d'enserrer le contrôle parlementaire dans certaines limites ».

Mais il ne s'en tient pas à ce seul plan et envisage les conséquences d'une telle possibilité ; loin de vouloir cantonner les parlementaires – auxquels il entend laisser, on l'a vu, une certaine liberté – il craint en effet qu'une opposition ainsi collectivement manifestée à l'égard du Gouvernement ne renvoie l'image d'un vote de censure aux allures de « blâme », « contraire à ce qu'a voulu le Constituant de 1958 ». La lettre et l'esprit de la Constitution sont ici mis au même plan et c'est le rapporteur qui résume le mieux la position semblant se dégager d'une manière consensuelle confirmée par l'expression sans appel « il en est ainsi décidé » qui clôt le débat, même si la justification officielle sera la seule non conformité à l'article 48 de la Constitution. Il estime en effet que,

« il est gênant d'inventer un type de procédure qui n'est nécessité par rien »,

prenant en compte par cet euphémisme les conséquences éventuellement néfastes d'une telle procédure pour la stabilité des relations entre Gouvernement et Parlement.

Conclusion

Les membres du Conseil constitutionnel, avec un certain alignement, conviennent au cours de cette délibération qu'ils peuvent donner la priorité à leur point de vue, partagé par au moins la majorité d'entre eux une fois la décision annoncée et renvoyant à un travail de clarification des modalités du fonctionnement escompté harmonieux entre Parlement et Gouvernement.

Cette harmonie servant à fonder la recherche de la conformité constitutionnelle autant que celle d'un certain concert devant primer le conflit entre ces deux pouvoirs, le Conseil constitutionnel s'en voit ainsi le garant. Ce faisant, il renvoie l'image d'une articulation institutionnelle du système républicain encore en cours de stabilisation.

I.3.2. Synthèse sur la période 1965-1970

Cette première séquence de délibérations de la période de la Présidence du Conseil constitutionnel par Gaston Palewski permet de dégager les conclusions provisoires ci-dessous, dans le tableau B. Celui-ci s'inscrit dans la continuité de notre enquête et des conclusions précédemment tirées de l'étude de la période de la Présidence de Léon Noël.

Il semble utile pour cette étape intermédiaire de rappeler la démarche générale de cette étude, par-delà la masse d'informations brassées jusqu'à présent. Pour ce faire, dans le sillage de notre démarche compréhensive, afin de rendre compte des arguments mobilisés traduisant une conception que les membres du Conseil constitutionnel se font du rôle de leur institution, les éléments suivants sont restitués dans ce tableau de synthèse :

- la ligne de partage apparue quant à la manière de mobiliser des arguments de même nature, entre les décisions devant avoir un impact direct sur les choix politiques publics (décisions « politiques ») et celles n'ayant qu'un impact indirect en tant que liées au respect des procédures institutionnelles prévues par la Constitution ;
- l'ensemble de ces arguments eux-mêmes ainsi différenciés et répondant ou complétant les enquêtes à poursuivre repérées sur la période précédente (tableau A, p.158) ;
- l'influence de l'auteur de la saisine sur la conception de leur mission par les membres du Conseil dans le cas des décisions dites politiques ;
- les questionnements découlant de cette deuxième série d'analyses pour poursuivre l'enquête visant à éclairer notre question de recherche.

Pour commencer, voici un rappel des conclusions tirées de l'analyse de la période 1959-1965 :

Rappel des pistes de travail pour la suite des analyses, issues de la première série février 1959-février 1965	
<p>Quelle affirmation au moins interne de son autonomie après la période gaullienne?</p> <p>Quelle évolution éventuelle du rôle du droit constitutionnel pour mener à bien les délibérations à cet effet?</p> <p>L'auteur de la saisine revêt-il toujours une importance?</p> <p>Les saisines non obligatoires confirment-elles cette attention particulière quoi qu'en soit encore timide dont elles semblent ici faire l'objet?</p>	<p>Quelle évolution de la place du droit dans ces débats où il y est déjà central?</p> <p>D'autres arguments interviendront-ils de manière décisive et susceptible d'exprimer un point de vue du Conseil sur son propre positionnement?</p>

Le tableau B annoncé suit : **en gras**, les éléments nouveaux ou les évolutions par rapport à la première période.

Tableau B. Arguments mobilisés lors des délibérations de notre échantillon sur la période février 1965-fév 1974 et exprimant une conception du rôle du Conseil constitutionnel par ses membres: Première étape:Palewski 1: fév 1965- fin 1970

Délibérations liées à des décisions ayant un impact direct sur des choix politiques en cours	Délibérations liées à des décisions "politiquement neutres", exclusivement liées au respect du fonctionnement des institutions selon la Constitution
<p>* Importance de la jurisprudence du Conseil constitutionnel et prise en compte de celle du Conseil d'Etat.</p> <p>* Débat visant à dégager une compréhension fine et consensuelle des travaux du législateur y compris lorsque ce n'est pas lui qui saisit le Conseil constitutionnel.</p> <p>* Expression consensuelle d'une certaine bienveillance à l'égard du Parlement tout en se gardant explicitement d'apprécier les choix de celui-ci.</p> <p>* Recherche d'un rôle de consolidation des relations entre Gouvernement et Parlement / Primauté de la stabilité et de la pérennité institutionnelles/Usage du droit constitutionnel comme l'outil premier, évident et imparable, mis à la disposition de l'institution pour ajuster l'articulation constitutionnelle aux pratiques en cours entre Gouvernement et Parlement : garantie d'un compromis constitutionnel et pratique entre Gouvernement et Parlement.</p>	<p>* Distinction à présent établie entre les délibérations liées à des déclassements et celles liées au contentieux électoral ou au règlement des assemblées : les déclassements sont politiquement neutres dans la seule mesure où ils sont sans impact immédiat sur une loi et où le Conseil ne se prononce pas sur la conformité à la Constitution de celle-ci; ils ont cependant un impact à retardement sur la loi et, ce faisant, selon notre acception, sur les choix politiques ultérieurs. Les membres du Conseil constitutionnel expriment cette idée à travers une discussion sur les conséquences politiques des décisions de déclassement. Le Conseil constitutionnel privilégie alors des décisions qui, en étant constitutionnellement viables, ne relèvent pas d'une lecture statique de la Constitution mais permettent de comprendre voire de justifier les choix politiques du déclassement. A ce titre, il s'appuie sur sa jurisprudence et sur celle du Conseil d'Etat, en tant que susceptibles toutes deux de crédibiliser son approche aux yeux de la doctrine sur le plan juridique comme à ceux des politiques sur le plan de la compréhension des enjeux qui sont les leurs.</p> <p>* Même dans le cas de discussions sur des déclassements, le Conseil constitutionnel, à l'initiative de ses membres juristes, manifeste un intérêt bien compris autant qu'un attachement fort à la protection juridique des citoyens comme une conséquence de ses décisions.</p> <p>* Avec un impact politique moindre, les débats liés au règlement des assemblées montrent encore une prise au sérieux du travail des Assemblées et de la liberté qui doit être la leur, de l'équilibre que le Conseil constitutionnel entend encore faire prévaloir entre les institutions à travers une activité qui commence à se revendiquer, en interne du moins, comme juridictionnelle. Le contentieux électoral renvoie aussi à une réflexion du Conseil constitutionnel sur son rôle de garant du respect de la Constitution, autant que d'arbitre juridictionnel.</p>
Influence de la saisine, selon qu'elle soit obligatoire ou pas et/ou selon son auteur	
<p>* Plus que l'auteur de la saisine, c'est la bonne compréhension de l'enjeu politique dont elle relève qu'il importe au Conseil de prendre en compte. En ce sens, la saisine en tant que telle est prise au sérieux en fonction des enjeux politiques qu'elle exprime, dans le cadre institutionnel dont elle est issue.</p> <p>* L'invocation du droit constitutionnel est discutée tant celui-ci est considéré comme un élément de justification d'une appréciation fine, constitutionnelle, contextuelle mais non opportuniste des choix politiques en cause.</p>	Non pertinente
Pistes de travail pour la suite des analyses	
<p>* Vers davantage de prise en compte des contextes, d'une analyse non pas de l'opportunité des choix politiques mais de leur constitutionnalité associée à leur efficacité dans une situation donnée?</p> <p>* L'usage de la jurisprudence du Conseil constitutionnel semble stabilisé comme un instrument popre à proposer des décisions indiscutables.</p> <p>* L'évaluation des institutions dans leur relation avec les citoyens se confirme-t-elle comme relevant aussi du rôle du Conseil constitutionnel aux yeux de ses membres?</p> <p>* Les saisines non obligatoires continuent-elles à être étudiées dans leur environnement institutionnel où le Conseil affinerait un rôle d'arbitre?</p> <p>* Qu'advient-il de l'importance de l'auteur de la saisine?</p>	<p>* Le Conseil constitutionnel continue-t-il de jouer le compromis inter-institutionnel à travers le droit constitutionnel?</p>

I.3.3. Chronique d'une révolution juridique annoncée, celle de 1971

La doctrine a amplement commenté cette grande décision de juillet 1971, fameusement connue sous le nom résonnant comme l'ouverture d'un nouvel acte dans la vie des citoyens français : « liberté d'association ». Il est indéniable qu'elle marque l'avènement d'une ère juridique où les droits individuels jusque-là déclarés dans le Préambule de la Constitution, deviennent constitutionnellement garantis.

A travers cette décision, la grande œuvre du Conseil constitutionnel, saluée de toute part par les juristes comme par les politiques, qu'elle soit tactique ou qu'elle résulte inéluctablement d'une évolution sociale bien comprise par une institution qui estime devoir en assurer la pérennité à travers le droit constitutionnel, demeure sa conquête d'un pouvoir nouveau³¹³.

Porter le regard sur la délibération ayant conduit à cette décision s'imposait donc de ce simple point de vue extérieur et objectif. Cela s'imposait surtout immédiatement à un propos cherchant à rendre compte d'une conception par les membres du Conseil constitutionnel de leur propre rôle, en tant que lue comme un indicateur des aspérités de la vie démocratique la rendant plausible.

S'il semble prévisible de déduire d'une telle décision sur la liberté d'association que les membres du Conseil constitutionnel ont collectivement évalué leur rôle nouveau de protecteur des droits comme acceptable voire souhaitable par une société où l'éclosion des droits individuels est presque devenue une banalité historique pour les commentateurs du fameux tournant des années soixante-dix dans une large partie des démocraties occidentales, il importe ici de saisir plus finement comment cette conception de son rôle se greffe, aux yeux des membres du Conseil constitutionnel, sur un système institutionnel ne l'ayant pas formulé comme tel et ce que cela peut apprendre de ce système, qu'il soit appréhendé par ses seules institutions ou à travers la société qu'il organise. Or, il nous faut, en toute rigueur d'une part, mais aussi parce que d'autre part, précisément, l'analyse est à ce stade bien amorcée, faire droit à ce mouvement d'auto-conception, hésitant d'abord, puis de plus en plus structuré dont nous avons déjà montré l'émergence : si la prise en compte officielle du Préambule de la Constitution par le Conseil constitutionnel fait date en 1971, son évocation ainsi que celle de la protection des droits individuels s'inscrivent en effet dans une certaine généalogie.

Le terme de généalogie n'est pas à prendre sous une acception historique stricte : ce travail n'a pas l'ambition de brosser un tableau exhaustif de toutes les délibérations du Conseil constitutionnel sur la période étudiée mais d'identifier parmi certaines d'entre elles, dont l'introduction a expliqué la sélection, les ressorts de l'évolution du rôle de l'institution de son propre point de vue. La généalogie en question est ainsi propre à cette étude.

Ce n'est donc pas tant la précision de l'antériorité qui prime ici mais la pré-existence même de cette notion de « droits », dans le mouvement, précédemment mis en exergue, d'une utilisation tactiquement nuancée du droit constitutionnel par le Conseil pour penser son rôle et en déduire ses décisions. Il s'avère en effet que la notion de droits individuels est mobilisée

³¹³ La littérature juridique foisonne tant ici que je ne renvoie pas à une source en particulier pour les éclairages nécessaires à la néophyte du droit que je suis. Rares sont les ouvrages juridiques de ma bibliographie où je n'ai pu trouver une explication juridique sur cette décision, voire une mise en contexte précieuse et corroborée par la littérature historique.

par les grands juristes membres du Conseil constitutionnel comme allant de soi, plusieurs années avant la fameuse décision de 1971, au nom des compétences ou valeurs qui sont les leurs, mâtinées de leur conception de la société française. Notamment, lors du débat du 27 mai 1968 déjà étudié et relatif à l'avis sur le projet de référendum sur la rénovation universitaire, sociale et économique, René Cassin, estimant que si

« le Conseil constitutionnel n'est compétent que pour donner un avis »,

il doit alors le donner sans suggérer de nouveaux textes mais en appelant toutefois

« l'attention du Gouvernement non seulement sur des points techniques mais sur des points d'atmosphère »,

en l'occurrence, la réforme de l'éducation nationale prévue par le projet de loi qui entend adapter l'enseignement aux besoins du pays lui semble relever d'une intention méconnaissant le fait que,

« l'éducation nationale est d'abord un droit individuel et que les besoins de l'Etat ne viennent que secondairement ».

Si le débat s'oriente néanmoins sur la question urgente de l'utilisation la plus adéquate de la jurisprudence de 1962³¹⁴, cette observation de René Cassin nourrit la discussion sur le rôle du Conseil constitutionnel vis-à-vis du Gouvernement au plan non pas des choix politiques de celui-ci mais plus fondamentalement de ce qu'il convient de ne pas occulter en matière de pré-requis social ;

« il y a là une question importante qui devrait faire l'objet d'une observation au Gouvernement » conclut Cassin.

Si la question n'est pourtant pas reprise en tant que telle comme une priorité, elle est néanmoins reliée à celle, plus immédiate, de la formulation du texte soumis au référendum qui, confirme Luchaire dans la même veine, impose une certaine conception des besoins de l'Etat, de manière impérative, sans égard pour la liberté des représentants du peuple. Toutefois, la question « d'atmosphère », pour reprendre l'expression de Cassin, qui semble primer aux yeux de Luchaire, est tout de même plutôt celle du contexte politique tendu dans lequel le référendum sera surtout considéré comme un avis pour ou contre de Gaulle. Toujours est-il que cette notion des droits individuels est ici présentée comme sous-jacente à une certaine conception de la démocratie libérale que le Gouvernement ne saurait oublier, quels que soient ses choix programmatiques. L'on a retrouvé une idée similaire lors de la délibération du 17 octobre 1968 faisant suite à celle du 18 septembre 1968 sur le contentieux électoral relatif aux élections à l'Assemblée nationale de la même année. La discussion relative aux droits, non plus formulés relativement à chaque individu, antérieurement et au fondement même du pacte social, mais comme les « droits des citoyens », a ici un écho encore plus direct que précédemment car elle dénoue la question centrale dégagee par le Conseil dans ce débat. Ce qui retient cependant l'attention ici est la reprise de l'idée de droits devant être garantis aux citoyens et précisément sa formulation explicite, comme dans le cas précédent. S'il n'est ni anodin ni étonnant que ce soit René Cassin, co-rédacteur de la Déclaration universelle des droits de l'Homme, qui mobilise à nouveau cette thématique, on ne saurait

³¹⁴ Cf. notre propre analyse de la délibération correspondante.

cependant en limiter la contribution au débat à une telle prévisibilité. En effet, il importe davantage encore à nos yeux que cette thématique soit débattue ou prise au sérieux par d'autres membres pour l'élaboration d'un point de vue partagé qui permettra la rédaction de la décision officielle du Conseil constitutionnel. Or, sans revenir sur la construction progressive de l'argumentation du Conseil dans ce débat, où la question juridictionnelle est à la fois centrale et problématique en regard des attributions de l'institution, la notion de « droits des citoyens » aurait pu être seulement évoquée, laissant davantage de place aux termes de « tribunal » ou de « juridiction ». Elle est au contraire mentionnée explicitement à plusieurs reprises, contre une seule fois dans le débat précédent où elle est cependant moins directement liée au sujet traité, et renvoie aussi au terme de « garanties », au cours d'une discussion qui mobilise particulièrement les juristes du côté des partisans les plus ardents de cette protection des droits des citoyens par le Conseil constitutionnel, au-delà de la seule compétence juridictionnelle de celui-ci en matière de contentieux électoral. Ils n'obtiendront pas totalement gain de cause, on l'a vu, pour des raisons de prudence de la part de leurs collègues quant au rôle du Conseil, mais tous s'entendront sur un « compromis » faisant implicitement droit aux garanties que leur institution doit aux citoyens, pour sa crédibilité propre face aux autres juridictions, pour la cohérence de la sécurité juridique dans son ensemble, comme eu égard à la primauté même des droits des citoyens dans le système démocratique considéré.

Ainsi, dans le premier cas, la notion de droit individuel à l'éducation est-elle mobilisée dans le cadre d'un débat sur l'étendue du pouvoir de l'Etat contre la société civile, sur fond de définition de la société libérale en tant que déterminant ses attentes vis-à-vis de ce même Etat ; dans le deuxième cas, il s'agit des droits que tout citoyen peut revendiquer précisément en tant que citoyen. Il n'y est donc plus question pour le Conseil constitutionnel de se poser en gardien d'une sorte de pacte pré-étatique fondateur et par conséquent contraignant les finalités politiques de la communauté : le Conseil constitutionnel se situe ici plutôt au cœur d'un système politico-juridique dont il partage les ressorts démocratiques de protection juridique cohérente des citoyens.

Il peut se donc se placer, à travers cette notion de droits, tantôt en surplomb des relations entre Gouvernement et citoyens, au titre de ce qui permettrait irréductiblement la mutation d'individus en citoyens, définissant pour ce faire les prérogatives attendues d'un Etat, ou, plus en aval, sur le plan commun des institutions politiques exerçant ces mêmes prérogatives. En d'autres termes, la notion de droits est mobilisée dans l'échange d'arguments des membres du Conseil constitutionnel pour suggérer une forme d'inviolabilité libérale dont il se doit d'être le garant, ou encore pour manifester, de manière alors conséquente et logique, son attachement et sa capacité à protéger les droits civiques en découlant.

Ainsi, les droits à protéger par le Conseil constitutionnel s'annoncent-ils comme les ressorts d'une conception de la justice tantôt élaborée, tantôt simplement dégagée par ses juristes soucieux de cohésion sociale, mais en tout état de cause, déterminante dans l'idée partagée que ses membres se font de son rôle : garant des attentes légitimes des citoyens dans ce qui prend alors les traits d'un Etat de droit puisque ces attentes sont légitimes en tant que fondées sur un accord mobilisé dans les débats comme inviolable, et qu'elles sont attachées à la citoyenneté en en rendant précisément l'Etat débiteur. Le fait que ce raisonnement puisse être dégagé des propos des mêmes membres du Conseil constitutionnel que nous avons identifiés comme « les juristes soucieux de cohésion sociale » dans ce temps, même court, mais

encore et surtout qu'il soit débattu avec tous les autres membres et fournisse finalement à chaque fois les clés d'un compromis, prenant en compte d'autres contraintes relatives au rôle du Conseil, nous invite à en traquer la pérennité dans les débats et dans la participation à la prise de décision. Par ailleurs, il renvoie à une conception du rôle du Conseil constitutionnel par lui-même, indissociable d'un regard porté sur les attentes légitimes des citoyens.

Ce que nous avons tenté de mettre au jour de manière compréhensive se modèle en effet au gré des événements concrets, bouleversant la vision qu'une société se donne d'elle-même, voire plus intimement liés à des cas particuliers, mais s'offrant toujours tels quels aux membres du Conseil constitutionnel qui ont à les ré- interpréter. Ainsi, le *logos* que nous tentons de dégager, propre à l'action du Conseil constitutionnel telle que celui-ci la conçoit, renvoie-t-il irrésistiblement le reflet d'une certaine réalité sociale dans laquelle, seulement, il peut prendre sens. C'est cette nécessité exprimée dans les débats de s'ancrer dans une forme de réalité, qui en promet en l'occurrence une ré- interprétation nous la rendant intelligible et non pas seulement artificiellement reconstruite. A partir de ce sens, que nous proposons d'explicitier, en tant que rôle peu à peu affirmé d'une institution par elle-même, se révèle ainsi réflexivement la trace des évolutions sociales contribuant à forger ce sens même. Ainsi, du point de vue de ces seuls débats, est-il possible de lire l'évolution d'une société française mue par des revendications certes tantôt conjoncturelles, tantôt plus structurelles et durables, mais prenant appui sur une valorisation partagée de ce à quoi elle peut prétendre collectivement à partir des individus qui la composent.

Si la notion d'égalité-liberté se dessine dans cette perspective, c'est à l'aune d'une alchimie subtile entre la contingence événementielle et l'histoire longue de la société post-révolutionnaire ayant produit ses principes constitutifs. Tandis que le deuxième cas nous éclaire alors sur la relative simplicité à mettre en exergue le besoin d'une justice cohérente à partir de droits civiques non négociables en tant que tels dans cette société, le premier signale la nécessité d'extraire ou de rappeler ces droits individuels premiers pourtant formulés comme évidents. C'est à ce stade alors que notre raisonnement bute, rencontrant l'interprétation obligée et réflexive que doit en faire un Conseil constitutionnel s'en estimant le garant. Or, si le droit constitutionnel a été présenté dans la section précédente comme un rempart pour la crédibilité du Conseil, comment peut-il le demeurer dans le sillage de ces observations sur les droits privés de référence constitutionnelle? Il s'avère que le Préambule de la Constitution, reprenant la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 et le Préambule de 1946, est à ce titre cité comme « source de droit » pour la première fois – dans notre sélection mais aussi parmi l'ensemble complet et exhaustif des délibérations parcourues – en 1970, lors du débat du 19 juin sur les ressources propres aux communautés européennes (décision n° 70-39 DC). Voyons l'éclairage que la délibération correspondante apporte ici.

Séance du 19 juin 1970, décision 70-39 DC - Traité - ressources propres des Communautés européennes.

=> Qu'apprend-on ici ?

Les membres du Conseil constitutionnel expriment quasi-unanimement la volonté de montrer leur compréhension des enjeux politiques nationaux d'abord, tout en estimant nécessaire d'être acceptés dans leur approche par l'ensemble de l'opinion, dont on comprend aussi qu'elle est prête à considérer Préambule comme une source de droit. Une telle conception du Préambule par l'opinion, eu égard aux débats du Conseil constitutionnel, semble cependant davantage faire écho aux libertés publiques et collectives qu'il déclare protéger à travers la DDHC, qu'à l'autre notion très politique de paix, invoquée par François Luchaire qui mentionne le Préambule de 1946, ou encore à celle de droits fondamentaux.

La conception de son rôle par le Conseil constitutionnel comme un modérateur juridique capable de saisir les enjeux politiques du moment, des plus diplomatiques aux plus en adéquation avec la situation politique et sociale, doit cependant une bonne part à la nécessité exprimée d'être accepté comme tel. Cette nécessité influence par définition les interprétations constitutionnelles à privilégier, à commencer par celle du Préambule, présenté dans le discours interne comme un catalyseur utile à la formulation la plus acceptable possible de ce que la société dans son ensemble nomme alors souveraineté nationale, mais aussi mis en avant comme une évidence sur le plan général du droit que le Conseil constitutionnel ne saurait occulter et qui sera celui retenu pour la version « externe » du discours, à savoir la décision publique.

En plus des éléments annoncés ci-dessus, cette délibération offre le mérite secondaire de fournir un exemple de recours que nous n'avons pas encore rencontré et c'est par ailleurs la première fois que le Conseil est saisi pour un tel examen, précise le rapporteur, Pierre Chatenet : celui de la conformité d'un Traité à la Constitution, en vertu de l'article 54³¹⁵ de cette dernière qui prévoit la vérification par le Conseil constitutionnel saisi, de la conformité à la Constitution des engagements internationaux de la France. Plus précisément, l'examen de conformité demandé par la saisine du Premier ministre, Jacques Chaban-Delmas, porte ici sur le Traité signé le 22 avril 1970 et modifiant certaines dispositions budgétaires des traités instituant déjà les Communautés européennes³¹⁶. Il est aussi demandé au Conseil

³¹⁵ Art. 54 de la Constitution de 1958, intégrant seulement après la révision constitutionnelle du 25 juin 1992, la saisine parlementaire dans le cadre ici concerné : « Si le Conseil constitutionnel, saisi par le Président de la République, par le Premier ministre, par le président de l'une ou l'autre assemblée ou par soixante députés ou soixante sénateurs, a déclaré qu'un engagement international comporte une clause contraire à la Constitution, l'autorisation de ratifier ou d'approuver l'engagement international en cause ne peut intervenir qu'après révision de la Constitution. »

³¹⁶ Le Traité du 22 avril 1970 est le Traité de Luxembourg, signé par les membres de la Communauté européenne à cette date. Il instaure un système de ressources propres aux Communautés qui percevront ainsi les droits de douane, les prélèvements sur les importations agricoles, et une partie de la TVA des Etats membres. Il modifie également le traité signé le 08 avril 1965 instituant un Conseil unique des Communautés et une Commission unique des Communautés européennes afin de fusionner les structures exécutives déjà en place à travers les différentes Communautés, CEE, CECA, et Euratom. Les modifications apportées alors par le Traité du 22 avril 1970 portent sur la mise en commun des budgets correspondants.

constitutionnel de se prononcer sur la conformité à la Constitution de la décision du 21 avril 1970³¹⁷ relative au remplacement des contributions financières des Etats membres par des ressources propres aux Communautés. Le Gouvernement a par ailleurs souhaité une décision rapide de la part du Conseil constitutionnel « pour des raisons de haute convenance diplomatique », précise le rapporteur. Fort lui-même d'une riche expérience diplomatique, il présente alors un état des lieux de l'environnement de la saisine du Conseil : tant la décision du 21 avril que le Traité du 22 avril 1970 renvoient, en l'occurrence, à une même histoire diplomatique et politique et résultent du règlement n°25 pris par le Conseil de la Communauté économique européenne³¹⁸ le 04 avril 1962 quant au financement de la politique agricole commune ; favorisant inexorablement les intérêts français, ce règlement comprenait alors la contrepartie d'accéder à la demande, en particulier des Allemands et des Hollandais, d'accroître les pouvoirs de l'Assemblée européenne. Outre l'intérêt cognitif et historique de ce récit sur les modalités des négociations inter-étatiques à l'aube de la construction européenne, l'on observe encore de la part du Conseil constitutionnel une prise en compte soutenue du contexte politique de la saisine pour mieux comprendre la position du Gouvernement français. Il s'avère ainsi que la révision des pouvoirs budgétaires de l'Assemblée européenne qui fait l'objet du recours avait en réalité été admise par le Gouvernement français en tant que relevant de l'accord initialement négocié en 1962.

Or, apprend-on de la bouche du rapporteur, au moment de la ratification par le Parlement français des textes de ce dernier Traité de 1970, la question de la compatibilité constitutionnelle de celui-ci ainsi que de la décision du 21 avril « a été soulevée inopinément », donnant alors suite à une proposition de loi constitutionnelle afin que, « par dérogation à l'article 54 de la Constitution », la ratification puisse avoir lieu. Respectant de son côté ce même article 54, considère encore le rapporteur, le Gouvernement a alors décidé de soumettre les textes visés au Conseil constitutionnel puisqu'en effet cet article précise que c'est bien à l'institution de la rue Montpensier, si elle est saisie par l'une des quatre instances de saisine compétentes, de déclarer qu'un engagement international comporte une clause contraire à la Constitution et que celui-ci ne pourra alors être ratifié ou approuvé qu'après la révision adéquate de la même Constitution. Le Gouvernement a par ailleurs exprimé, à travers la lettre de saisine du Premier ministre et la note de son Secrétariat Général, qu'il n'avait pour autant aucun doute quant à la conformité à la Constitution des textes susvisés. Notons que si le Parlement ne semble pas, selon cette restitution des faits, opposé à la ratification des textes puisqu'il propose une loi constitutionnelle permettant de déroger à l'article 54 pour autoriser une ratification, en revanche, le choix et la formulation de la proposition de loi constitutionnelle suggèrent certes d'une part la possibilité d'une incompatibilité constitutionnelle, précisément en invoquant l'article 54, mais trahissent aussi un contournement, contraire à la Constitution, du Conseil constitutionnel d'autre part ; contournement que le rapporteur s'empresse d'estimer avec bienveillance comme probablement dû à la première rédaction de l'article 54 dans le projet de Constitution ne

mentionnant pas alors la saisine du Conseil constitutionnel. Toujours est-il que le rapporteur ne manque pas non plus de souligner le respect par le Gouvernement de l'article 54³¹⁹.

Ainsi, laisse-t-il entendre que le Parlement, comme le Gouvernement, demeurent attachés au respect de la Constitution, malgré quelques erreurs de procédure de la part du premier – « aucun système de dérogation n'est prévu » - et sont tout autant attachés à cette ratification ; seulement, le Parlement par l'intermédiaire de son Président de la Commission des lois, Jean Foyer³²⁰, y voit un risque en matière de souveraineté nationale et considère à tout le moins que le transfert de certains pouvoirs budgétaires au niveau européen est contraire à la Constitution ; son principal argument est en effet que la taxe proposée *in fine* serait contraire à l'article 34 de la Constitution prévoyant le domaine de la loi et notamment le fait que celle-ci fixe les règles concernant « l'assiette, le taux et les modalités de recouvrement des impositions de toute nature ». Sans doute, la dérogation à l'article 54 lui semble-t-elle dans cette perspective ne pas figer pour l'avenir un tel abandon de souveraineté.

Afin d'examiner la conformité à la Constitution des textes qui lui sont soumis, le rapporteur engage une analyse précise de ceux-ci, les situant dans le cadre plus large des traités antérieurs³²¹, pour conclure que les modifications prévues par le Traité du 22 avril 1970 ne concernent que « des mesures internes à la Communauté » et que même si elles pourraient aussi théoriquement modifier l'équilibre des contributions entre les Etats membres, ce n'est pas concrètement le cas en l'espèce. Quant à la décision du 21 avril 1970, il s'agit d'un acte réglementaire également interne à la Communauté, dont le caractère diplomatique ressort de celui du Conseil de la Communauté dont elle est issue. Mesure d'application de l'article 201 du Traité de Rome (1957), elle prévoit l'évolution progressive du mode de financement de la Communauté, allant d'une contribution par les Etats membres à des ressources propres, de même que le prévoyait déjà le Traité de la CECA (1951). Ces ressources seront le fruit de prélèvements agricoles, de droits de douanes relatifs à des échanges avec des pays tiers, et d'autres taxes dont en particulier une partie de la TVA, à hauteur d'un maximum de 1%. Les dépenses correspondantes de la Communauté sont également précisées par cette décision, leur financement par ces ressources propres devant être intégral à partir de 1975. Le rapporteur

³¹⁹ Pour approfondir notre compréhension du contexte, cf. *Droit du contentieux constitutionnel*, Dominique Rousseau, LGDJ, Paris, 2013 – paragraphe 206 où l'auteur explique que le Gouvernement a alors saisi le Conseil constitutionnel non pas uniquement pour le respect de la procédure constitutionnelle mais pour empêcher que la discussion parlementaire ait lieu ; cet intérêt du gouvernement semble du reste bien compris par les membres du Conseil constitutionnel lors de cette délibération.

³²⁰ Professeur de droit, résistant gaulliste, Jean Foyer entre en 1944 au cabinet de René Capitant, ministre de l'Éducation nationale, sous le Gouvernement provisoire de la République. Il est commissaire du gouvernement auprès du comité consultatif constitutionnel en 1958.

Député gaulliste (UNR puis RPR) du Maine-et-Loire à partir du 7 mars 1959, date à laquelle il remplace Victor Chatenay, nommé membre du Conseil constitutionnel. Il siège à l'Assemblée nationale jusqu'en 1988. Il est président de la commission des Lois constitutionnelles, de la Législation et de l'Administration générale de la République de l'Assemblée nationale (1968-1972 ; 1973-1981). À ce titre, il est rapporteur de la Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, portant son nom.

Jean Foyer est aussi secrétaire d'État chargé des relations avec la Communauté au cabinet de Michel Debré du 5 février 1960 au 18 mai 1961, puis ministre de la Coopération dans le même gouvernement à partir du 18 mai 1961 jusqu'au 14 avril 1962. Il est garde des Sceaux et ministre de la Justice dans le gouvernement de Georges Pompidou du 14 avril 1962 au 1^{er} avril 1967. Il est ministre de la Santé publique dans le gouvernement de Pierre Messmer du 5 juillet 1972 au 28 mars 1973.

³²¹ Il s'agit de la Décision 70/243/CECA, CEE, Euratom, prise par le Conseil des Communautés, et relative au remplacement des contributions financières par des ressources propres aux Communautés. Cf CVCE - Centre Virtuel de la Connaissance sur l'Europe - site <http://www.cvce.eu/home>.

identifie alors un éventuel problème d'incompatibilité constitutionnelle dans les dispositions instituant la perception par la Communauté de taxes additionnelles à la TVA. Cela rejoint du reste l'exposé des motifs de la proposition de loi constitutionnelle que nous avons déjà repris : la délégation de compétence ainsi prévue par ces dispositions de la décision du 21 avril 1970 serait contraire à l'article 34. Or, fait justement remarquer le rapporteur, soulignant une fois de plus subrepticement l'erreur au moins procédurière du Parlement, c'est alors l'article 34 de la Constitution qu'il s'agirait de modifier plutôt que l'article 54 si l'on suit la prescription de ce dernier en matière de ratification des traités. Par ailleurs, les parlementaires concernés estiment qu'une telle décision produirait « un démembrement de la souveraineté nationale » qui n'appartient qu'au peuple français comme le rappelle l'article 3 de la Constitution. La déclaration suivante du rapporteur, alors à l'unisson du Parlement, ne peut qu'étonner au regard de l'article 54 même :

« Dans ce cas, évidemment, ce sont les traités eux-mêmes qu'il faut réviser et non la Constitution », déclare-t-il, proposant ainsi une interprétation restrictive de l'article 54, lequel embrasse pourtant très largement la seule notion de « clause contraire à la Constitution » pour prescrire une révision de cette dernière.

Finalement, si du point de vue de la procédure, le contournement ou la modification de l'article 54 par le Parlement a fait l'objet de la critique du rapporteur, ce dernier semble sur le fond plutôt rejoindre les doutes ainsi exprimés ; autrement dit, il y aurait une limite à l'article 54 dont l'idée de souveraineté nationale dessinerait les contours.

Enfin, à l'appui de cette idée d'intégrité de la souveraineté nationale, Pierre Chatenet se réfère au Préambule de la Constitution et expressément à la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen dont l'article 14³²² précise que seules des assemblées élues peuvent prélever l'impôt. Les droits que nous traquons aussi à travers cette analyse, n'interviennent donc en premier lieu qu'eu égard à la collectivité qu'ils protègent, en écho à la représentation souveraine des citoyens. Mais, contre-argumentant, le rapporteur envisage alors aussi l'Assemblée européenne comme une assemblée d'élus et revient au fait que la décision du 21 avril n'est qu'une mise en application des traités antérieurs. Or, précisément, le Traité de Rome prévoyait la création de ressources propres « selon les règles constitutionnelles des Etats membres » rappelle le rapporteur, autrement dit, commente-t-il,

« conformément à la Constitution et rien d'autre et certainement pas après une révision de la Constitution ».

Les traités ratifiés en accord avec la Constitution de 1946 produiraient donc des décisions porteuses de désaccords éventuels avec la Constitution de 1958, notamment avec son article 34. Le rapporteur rejoint donc le Parlement sur le fond mais considère le système de dérogation proposé par celui-ci néanmoins irrégulier, voire dangereux. Il explique en effet que l'on peut considérer l'article 34 figurant au chapitre de la Constitution de 1958 et traitant des relations entre le Parlement et le Gouvernement, pouvoirs publics français, comme inadéquat avec des questions de relations internationales. Tout article constitutionnel contrarié par la

³²² Art 14 de la DDHC : « Les citoyens ont le droit de constater, par eux-mêmes ou par leurs représentants, la nécessité de la contribution publique, de la consentir librement, d'en suivre l'emploi, et d'en déterminer la quotité, l'assiette, le recouvrement et la durée ».

définition d'une politique commune pourrait en effet de la même manière faire l'objet d'une révision si l'on ne prenait garde à vérifier précisément son lien avec la nature des questions abordées, semble craindre le rapporteur. Prenant ainsi une certaine hauteur, il abandonne ses propres réticences à contrarier la souveraineté nationale pour envisager sur un plan plus technique la manière de respecter la procédure constitutionnelle tout en ne revenant pas sur un traité déjà ratifié. La porte de sortie qu'il entrouvre renvoie au seul article 53 qui serait ici pertinent en tant qu'identifiant les traités ne pouvant être ratifiés qu'en vertu d'une loi. En effet, précisément, les règles de l'article 201 du Traité de Rome prévoyant l'évolution progressive vers des ressources propres entrent sous l'escarcelle de l'article 53 et n'autorisent le franchissement des diverses étapes que moyennant un contrôle du Parlement. Le rapporteur propose au Conseil constitutionnel de rappeler ce « point crucial » car

« cela donnerait des armes au Gouvernement pour conduire ses prochaines négociations ».

La rhétorique du conflit utilisée ici ne peut laisser indifférent le lecteur contemporain intéressé par la construction européenne et qui se trouve ainsi face à une sorte de coalition de principe de la part des institutions françaises dans une perspective de négociation permanente. Ce n'est cependant pas le cœur de notre propos, quand les termes choisis, en revanche, retiennent l'attention en tant que témoignant d'un parti pris pro-gouvernemental semblant aller de soi. Le rapporteur recentre ensuite son exposé sur l'alternative qui s'offre au Conseil constitutionnel, saisi par le Premier ministre : il le fait sur un plan technico-juridique, présentant la possibilité de ne pas déclarer de contrariété constitutionnelle au motif que les textes soumis s'inscrivent dans l'application de traités antérieurs, et celle, opposée, de constater une contrariété avec l'article 3 de la Constitution, donc précisément au titre de la délégation de souveraineté, et de prévoir, dans le même esprit que le Parlement mais en accord avec l'article 54 au nom duquel le Conseil est saisi, une exception dans l'article 34 sur le domaine de la loi. Puis, quittant l'analyse juridique, il conclut en annonçant sa préférence pour la première option :

« je me permets d'appeler la vigilance de nos collègues sur le danger considérable que représenterait une telle modification de la Constitution »³²³ déclare-t-il.

C'est l'ancien diplomate qui s'exprime alors ici explicitement, évoquant son expérience des institutions européennes. Il importe à ses yeux, poursuit-il, d'aller vers une solution juridiquement viable et politiquement souhaitable, à savoir laissant

« le plus de pouvoir entre les mains de notre Gouvernement ».

Autrement dit, le jeu des négociations inter-étatiques à l'échelle européenne se doit de privilégier les intérêts nationaux et de ne pas, par conséquent, approuver trop facilement d'abandons de souveraineté, y compris via des révisions constitutionnelles cherchant à créer des cas d'exception. En accord avec les observations du Parlement dont on comprend alors qu'il les juge seulement inopinées car juridiquement maladroites, le rapporteur aborde la question de manière plus tactique, préférant éviter de modifier trop facilement la Constitution.

³²³ Cf. Chaïm, Perelman, *Traité de l'argumentation : La nouvelle rhétorique*, avec Lucie Olbrechts-Tyteca, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2009.

Le passage d'une argumentation logique à une argumentation persuasive par une forme de rhétorique n'a en réalité rien de mensonger ; il mêle simplement au discours des éléments de raisonnement puisant à différentes sources.

La discussion va s'engager avec ses collègues après avoir été ouverte par le Président Palewski qui enchérit sur l'alternative offerte au Conseil constitutionnel, renforçant ainsi l'importance pour l'institution de définir son rôle ; l'entrée en matière du Président mérite ici d'être citée *in extenso* :

« si gouverner est l'art de choisir entre de grands inconvénients, le Conseil, bien que n'ayant pas à gouverner, se trouve aujourd'hui devant un choix de ce genre car les deux partis entre lesquels il doit choisir comportent des inconvénients ».

La contradiction invitant à ne pas considérer le Conseil comme devant gouverner tout en le voyant obligé de le faire est corroborée par les inconvénients identifiés immédiatement après : ils le sont sur le plan de la souveraineté nationale dont le Conseil n'est pourtant pas censé être le garant. Les difficultés ne sont pas juridiques mais bien politiques et le Président, dans le sillage du rapporteur, assigne au Conseil une compétence évidente de garantie de la souveraineté, incitant à envisager la question examinée sous un angle nécessairement conséquentialiste. Ce n'est pas la première fois que les débats internes du Conseil constitutionnel le placent au cœur du débat politique, loin s'en faut. Le droit constitutionnel confirme ici son rôle de moyen de soutenir une fin politique, ce dernier adjectif n'étant pas entendu au sens partisan ou programmatique du terme, mais au sens de ce qui lie et meut la collectivité aux yeux du Conseil. Celui-ci se positionne ainsi comme le garant de l'équilibre institutionnel prévu par la Constitution, certes, mais à condition que cela soit cohérent avec l'esprit même de la Constitution et puisse s'accommoder des choix politiques des gouvernants. C'est bien à cet effet qu'est invoqué le sens principal du Préambule et plus encore ici de la DDHC.

« Dire la Constitution par rapport à la souveraineté nationale »,

tel est le propos, inédit pour le Conseil, résume son Président. Comment faire ? S'en remettre à des textes antérieurs comme ceux du Préambule ? Mais jusqu'où aller dans la régression interprétative ? Le Président Palewski propose alors un référent encore relativement nouveau, quoique déjà rencontré mais de manière moins structurante pour le débat : il demande à chacun de

« réfléchir avec toutes ses possibilités constructives de façon que la solution retenue puisse être approuvée par l'ensemble de l'opinion ».

Nous reviendrons sur ce point car l'exercice du commentaire de texte nous conduit nécessairement vers des thématiques débordant celles que nous entendons traiter à chaque fois ; cela étant, le premier regard posé sur ces délibérations nous semble aussi devoir faire droit à leur structure d'ensemble ; c'est toujours ainsi que notre perspective compréhensive a invité à procéder. Ainsi, est-ce ici la préoccupation toujours latente du Conseil constitutionnel qui réapparaît dans cette exhortation de son Président : répondre de façon satisfaisante pour le plus grand nombre. Prenons donc acte de ce critère de l'opinion, non pas en tant que tel pour le moment, mais en tant que critère permettant de clore le débat en asseyant en filigrane la crédibilité du Conseil constitutionnel.

Pour François Luchaire, qui intervient alors, la non contrariété constitutionnelle des textes ne saurait être avancée aussi légèrement qu'eu égard à la seule antériorité des traités dont ils émanent. La fixation de l'impôt et de l'assiette par un organisme international est une

question « grave » assène le Professeur de droit, sur un terrain alors éminemment politique. En revanche, il repère une raison juridiquement plus solide d'abonder dans le sens du rapporteur : elle se loge dans le Préambule même de 1958, en tant que reprenant celui de 1946 prévoyant des abandons de souveraineté à condition

« qu'ils servent à la sauvegarde de la paix ».

Reprise donc du Préambule à contre-emploi : précédemment invoqué au nom de la DDHC désignant l'Assemblée comme fixant l'impôt au nom de l'ensemble des citoyens qu'elle représente, il s'avère à présent porteur d'un abandon de souveraineté au nom d'un enjeu plus élevé que la souveraineté nationale, la paix. Si la référence peut s'entendre juridiquement, le raisonnement tient davantage de la réflexion politique, au sens déjà précisé. Toujours sur un plan politique, du reste, François Luchaire qualifie toute autre décision de « manifestation exagérée de nationalisme ». Autrement dit, il s'agit bien pour lui aussi de ne pas réviser trop facilement la Constitution mais pas au nom d'une sacro-sainte souveraineté nationale qui devrait être évidente. Une autre voix s'élève ainsi sur le même plan politique de la souveraineté nationale que celui abordé par le rapporteur, le Président et, aussi, bien que différemment sur la forme, par le Parlement, mais qui entend cette fois modérer le propos, entre l'importance de ré-affirmer les prérogatives législatives en matière d'impôt et d'assiette, et celle de ne pas occulter les enjeux fédérateurs constitutifs du projet politique de l'après-guerre, étant entendu que ceux-ci relèvent aussi d'une source de droit. Ainsi, choisir les textes de référence pour dégager la décision la plus constitutionnellement viable n'est-il pas qu'un exercice d'appréciation juridique du texte le mieux adapté au cas considéré mais, de manière très nette ici, un passage souvent obligé par une réflexion contextuelle et conséquentialiste qui situe le problème par rapport aux évaluations qu'en font ses principaux acteurs ; celles-ci étant politiques, aux deux sens du terme déjà explicités, la réflexion se fait ainsi elle-même politique ; elle l'est aussi bien eu égard aux intérêts bien compris du Gouvernement et partagés par le Conseil constitutionnel qui ne peut que répondre à la saisine de ce dernier, privant, *de facto*, le Parlement d'un débat sur le sujet, qu'en lien avec l'analyse par ce même Conseil de la situation politico-diplomatique de la France à ce stade de la construction européenne.

Il est intéressant de voir qu'en se refusant à se substituer au pouvoir politique, précisément, le Conseil constitutionnel se trouve malgré tout face à la nécessité d'y prendre part dès lors que la dimension juridique renvoie dos à dos plusieurs solutions qui relèvent en réalité d'une véritable alternative politique. L'on retrouve du reste ici cette définition déjà évoquée du droit constitutionnel développée par des constitutionnalistes contemporains comme Olivier Beaud et Denis Baranger : saisir l'agir politique en serait le principal enjeu. Ce qui importe alors dans notre perspective de recherche est de comprendre les ressorts des choix politiques du Conseil constitutionnel dans le cadre de son intégration dynamique, et pas uniquement constitutionnellement actée, à ce système politique dont l'avènement de la Ve République a marqué la création.

Pour revenir au débat étudié, l'on peut en effet se demander pourquoi et comment faire primer le Préambule de 1946 sur la DDHC quand tous deux font partie du Préambule de 1958 ? Au nom de son caractère plus récent ? C'est en tout état de cause une vision moins conservatrice de la souveraineté nationale qui se dégage ici, tout en faisant droit à cette

dernière. François Luchaire, attaché au maintien des prérogatives constitutionnelles en matière d'impôt mais respectueux des traités, a-t-il ainsi souscrit à la demande du Président, en optant pour une raison de nature juridique, politiquement modérée et extraite du Préambule de 1946 afin de fournir une décision en effet juridiquement défendable sans suggérer un nationalisme exacerbé à l'opinion ? Sans pouvoir déceler ses intentions profondes, il nous apparaît que l'énoncé de son propos renvoie, au moins textuellement, à cette approche.

Soucieux cependant d'aller au bout de son analyse juridique, s'il ne voit aucun obstacle à la compétence du Conseil constitutionnel quant au Traité du 22 avril considéré, en revanche, la décision du 21 avril ne relève pas selon lui d'un engagement international et donc pas non plus de l'article 54 prévoyant l'examen par le Conseil de sa conformité à la Constitution. Le Conseil des Communautés aurait plutôt arrêté

« une décision dont il recommande l'adoption par les Etats membres et non l'approbation »

précise Luchaire, paraphrasant le Traité de Rome qui prévoit en effet ce type de modalité décisionnelle. Ainsi, un projet de loi devrait-il ensuite émaner du Gouvernement, édictant les mesures prévues par une telle décision mais la ratification ou l'approbation du Parlement national n'est pas ici requise. Ses collègues Henri Monnet et Marcel Waline ne le suivent pas sur ce point. Selon Marcel Waline, le Traité de Rome, en prévoyant qu'une telle décision soit adoptée par les Etats membres « conformément à leurs règles constitutionnelles », n'exclut pas une révision constitutionnelle. Ce dernier exprime la même inquiétude que ceux qui se sont prononcés avant lui quant aux conséquences de la décision du 21 avril pour la France

« qui s'engagerait à appliquer un régime de TVA dont elle ne serait plus maître ».

Marcel Waline fait aussi observer dans ce sens que les matières fiscales ne relèvent pas d'une spécificité particulière comme le précise la note du Secrétariat Général du Gouvernement, autrement dit, suggère-t-il, des textes communautaires similaires pourront venir modifier le régime des libertés publiques dans son ensemble. Cette question des libertés publiques, celles attachées aux citoyens en tant que tels et dont ils attendent donc légitimement de leurs représentants la garantie, réapparaît ici en écho à la mention déjà faite à la DDHC par le rapporteur. Afin de ne pas figer définitivement le régime de la TVA, Marcel Waline estime nécessaire une révision de la Constitution. L'on retrouve encore l'assurance juridique d'une proposition - le Traité de Rome, sans l'imposer, n'exclut pas la révision constitutionnelle - qui vise en réalité un objet politique : le maintien d'une certaine souveraineté nationale. Il est ici flagrant que la majorité des membres du Conseil constitutionnel prennent spontanément position dans ce sens. En réalité, comment supposer qu'ils ne prendraient pas la pleine mesure de ceux de leurs choix juridiques dont la portée influencerait sans conteste les décisions politiques à venir ? Leurs seules trajectoires politiques, pour la plupart d'entre eux, explique cette position. La dépendance même du Conseil vis-à-vis du pouvoir politique qui le saisit l'invite à considérer « l'environnement » de ses analyses juridiques, pour reprendre le terme du rapporteur. Si nous avons aussi déjà constaté que cette prise en compte importe au premier chef à une jeune institution qui s'affirme à travers une justification juridique comme un interlocuteur crédible des instances de saisine politiques auxquelles elle s'adresse, il nous faut cependant à présent nous demander à quel point, dans cette délibération, cette démarche est accentuée par la conception progressive que le Conseil se fait de son rôle à ce stade.

Le président Palewski, qui avait soutenu la discussion sur la souveraineté nationale, modère à présent le débat en enjoignant ses collègues à ne pas anticiper le pire en termes de perte de maîtrise des libertés publiques à l'échelle nationale. René Cassin qui n'avait pas encore pris la parole, lui emboîte le pas, considérant que

« c'est en 1951 que le saut décisif a été fait »

mais que les approbations successives par le Parlement national prévues dès lors permettent à l'Etat de fixer son régime de perception de la TVA communautaire. René Cassin insiste aussi sur la nécessité de ne pas compromettre « la mise en route du marché commun » même si, en effet, « la renonciation a été consommée en 1957 », soulignant ainsi comme ses collègues cette notion d'abandon de souveraineté mais situant la création communautaire sur un plan politique qu'il s'agit aussi de considérer. Ainsi, René Cassin, rejoint-il le rapporteur préférant circonscrire le problème à l'engagement initial plutôt que d'envisager chaque nouvelle mesure comme un abandon de souveraineté qu'il s'agirait d'accepter, moyennant une révision de la Constitution. Du reste et de son propre aveu, la démarche du rapporteur est aussi tactiquement plus protectrice d'une forme de souveraineté nationale car elle envisage les nouvelles mesures comme de simples applications de traités antérieurs, néanmoins sous contrôle du Parlement; point repris par Dubois qui souligne pour sa part encore l'importance de montrer dans la décision que le Préambule est source de droit en termes de détermination de l'assiette. Le rapporteur enchérit par une phrase qui montre que le Conseil constitutionnel doit à ses yeux aussi se penser dans un environnement politico-juridique, voire politico-social dans lequel il ne peut dénoter :

« Nous sommes les derniers dans cette enceinte à ignorer le Préambule ».

Il est intéressant d'entendre ici le Préambule évoqué, à plusieurs reprises, comme une évidence juridique acquise.

Enfin, un premier vote rejette la proposition de Luchaire d'irrecevabilité de la notion d'engagement international de la décision du 21 avril, puis un projet de décision très proche de la préconisation du rapporteur est adopté à sept voix contre celle de Waline et l'abstention de Luchaire. Ainsi, les textes du Traité du 22 avril et de la décision communautaire du 21 ne sont-ils pas remis en cause, tandis que les intérêts de la France demeurent de son propre ressort, en accord avec l'esprit et les démarches diplomatiques de l'époque en matière d'intérêt national dans le cadre de la construction européenne. La solution vise donc autant le respect de la Constitution, celui de son Préambule et d'une opinion publique dont on comprend ici qu'elle est plutôt encline à saluer les efforts diplomatiques du gouvernement en matière de sauvegarde des intérêts nationaux : elle permet d'éviter une révision constitutionnelle qui aurait figé des choix politiques encore en construction.

Conclusion

Le Conseil s'est en effet ici quasi-unanimement exprimé pour manifester sa compréhension des enjeux politiques nationaux d'abord, dussent-ils se situer sur le plan international et diplomatique justifié par une construction européenne alors dessinée par des négociations inter-étatiques, tout en estimant nécessaire d'être accepté dans son approche par l'ensemble de l'opinion, dont on comprend aussi qu'elle entend déjà le Préambule comme une

source de droit. Cela étant, nous retiendrons qu'une telle conception du Préambule par l'opinion, eu égard aux débats du Conseil, semble davantage faire écho aux libertés publiques et collectives qu'il déclare protéger, qu'à l'autre notion très politique de paix, invoquée par François Luchaire, ou encore à celle de droits fondamentaux. Non qu'il faille les opposer entre elles – elles sont du reste compatibles-, mais il s'agit ici de souligner que lors de ce débat, il est particulièrement fait droit à la première. Pour autant, et le contraste mérite quelques lignes de plus, la solution retenue pour la formulation de la décision d'une part peut se passer de mentionner le Préambule et d'autre part sera modifiée en seconde lecture pour que, précisément, y soit intégré *a minima* le Préambule dans le premier visa, de manière alors indiscutée. Ainsi la conception de son rôle par le Conseil constitutionnel comme un modérateur juridique capable de saisir les enjeux politiques du moment, des plus diplomatiques aux plus en adéquation avec la situation politique et sociale, doit-elle sa part à la nécessité exprimée d'être accepté comme tel. Cette nécessité influence par définition les interprétations constitutionnelles à privilégier, à commencer par celle du Préambule, présenté dans le discours interne comme un catalyseur utile à la formulation la plus acceptable possible de ce que la société dans son ensemble nomme alors souveraineté nationale, mais aussi mis en avant comme une évidence sur le plan général du droit que le Conseil constitutionnel ne saurait occulter et qui sera celui retenu pour la version « externe » du discours, à savoir la décision publique. Cette dualité que constitue la référence au Préambule dans ce débat résonne avec celle de l'interprétation politique réservée à des textes de droit, déjà rencontrée ; elle traduit ici une dimension corrélativement duale de l'évolution de la pratique démocratique nationale : la notion de souveraineté y est encore prédominante tout en s'appuyant sur un corpus juridique dont une institution comme le Conseil constitutionnel semble devoir se prévaloir pour s'émanciper, paradoxalement, de cette notion de souveraineté aux yeux du même public.

L'on peut alors se demander dans quelle mesure ce cheminement d'un certain rapport entre droit et politique se poursuit sur l'axe à présent identifié d'une éclosion de la revendication par le Conseil constitutionnel d'un rôle encore flou de garant des droits, en allant chercher du côté de ces délibérations liées à des saisines obligatoires pour des lois organiques.

Relativement stables dans le temps, touchant cependant à la régulation des pouvoirs publics, premier rôle bien connu du Conseil constitutionnel, s'imprègnent-elles du même mouvement, ne serait-ce qu'à travers l'efficace de la dynamique jurisprudentielle, ou s'en émancipent-elles, laissant envisager une démarcation possible entre différents rôles du Conseil constitutionnel ?

Séance du 09 juillet 1970, décision 70-40 DC : loi organique relative au statut des magistrats.*

=> Qu'apprend-on ici ?

Une fois encore, il ne s'agit pas pour ses membres d'édicter une décision uniquement en fonction de ce que doit être le rôle du Conseil constitutionnel mais plutôt de s'entendre ensemble sur le fait que la décision choisie n'entre pas en conflit avec l'image de son rôle que ce dernier entend véhiculer. Ainsi, cette conception que le Conseil élabore de son rôle apparaît-elle plutôt comme une contrainte influente qu'en tant que seul moteur de ses débats. C'est particulièrement notable dans cette délibération.

Ce que nous avons déjà nommé une sorte de « jurisprudence interne » guide la délibération pour en orienter, voire en façonner les conclusions.

Sur le fond, elle mène à une réflexion sur la liberté individuelle des justiciables, présente en filigrane dans la garantie d'une justice indépendante dont le Conseil se prévaut précisément au titre de la confiance irréprochable que cette dernière entretient avec eux. L'indépendance du « pouvoir »³²⁴ judiciaire vis-à-vis du Gouvernement apparaît ici comme un principe en soi dont il ne s'agit plus de justifier les fondements mais dont il est néanmoins explicite qu'il demeure au service des citoyens.

Ainsi, l'autorité du Conseil constitutionnel, en tant qu'exprimée comme sa capacité à être respecté sans discussion ultérieure dans ses décisions, est-elle conçue elle-même en vertu de son indépendance par rapport au Gouvernement, rangeant ainsi l'institution du côté de l'autorité judiciaire dont elle se veut en même temps la protectrice au nom de la liberté individuelle (article 66), fondatrice de la séparation des pouvoirs, mais sans omettre de comprendre les enjeux politiques du Gouvernement ni outrepasser ses prérogatives légales et constitutionnelles propres.

La séance du 09 juillet 1970, temporellement très proche de la précédente et relative à la décision 70-40 DC sur la loi organique relative au statut des magistrats³²⁵ est d'autant plus intéressante à considérer dans cette perspective qu'elle traite d'un sujet où, précisément, penser l'indépendance de la justice vis-à-vis des autres institutions républicaines peut se décliner sur le mode d'une certaine conception des droits qu'il s'agirait de protéger.

En l'occurrence, c'est bien ainsi que le rapporteur, Georges Dubois, amorce son exposé. Citons directement ses premiers mots :

« Les constituants ont voulu que le statut des magistrats, qui intéresse l'équilibre des pouvoirs, la liberté et l'honneur des citoyens, fasse l'objet de garanties particulières. C'est pourquoi, sous le titre VIII de la Constitution, ils ont posé le principe de l'indépendance de l'autorité judiciaire et le principe

³²⁴ Ce terme de « pouvoir » n'apparaît pas dans la Constitution en tant qu'associé à celui de « judiciaire » ; l'on n'y cite que « l'autorité judiciaire ».

³²⁵ Il s'agit, comme mentionné dans les archives du procès verbal de cette délibération, de la deuxième affaire traitée lors de cette séance.

de l'inamovibilité des magistrats du siège. C'est pourquoi, également, ils ont voulu que le statut des magistrats soit porté par une loi organique ».

Puis, rappelant qu'il est magistrat lui-même, le rapporteur s'autorise quelques observations liminaires non sans avoir situé le texte de loi organique adopté par le Parlement comme recherchant à pallier l'insuffisance des effectifs au sein de l'organisation judiciaire, tout en apportant des garanties à l'avancement autant qu'à l'indépendance des magistrats. Ces observations suivantes, revendiquées et assumées comme personnelles, portent sur la notion d'indépendance qui selon lui ne doit rien aux lois mais tout à la seule « nature » de chaque homme. Minimisant ainsi – au moins de manière rhétorique -ce qu'il reconnaît être le projet partagé par le Gouvernement et le Parlement d'assurer aux institutions judiciaires indépendance et efficacité, il accentue son propos en considérant sur un plan toutefois moins subjectif que la démarche manque de logique. Il évoque à cet effet certaines incohérences de la pratique en cours du principe de « congé spécial » qui permet aux magistrats d'être rémunérés pendant quatre ans sans pouvoir être remplacés, mais encore et de manière plus virulente la culture politique répandue en France selon laquelle

« l'autorité indivisible de l'Etat était confiée tout entière au Président par le Peuple qui l'avait élu » niant par conséquent toute autre forme d'autorité y compris judiciaire, et enfin certaines pratiques abusives des autorités élues, précisément, pour se débarrasser légalement d'un magistrat leur déplaisant. L'attaque est donc vigoureuse et amère de la part d'un magistrat qui en conclut qu'assurer l'indépendance des magistrats n'est qu'un pis aller dans un contexte de dévalorisation progressive de tout un corps, orchestrée ou du moins entretenue par la culture politique ambiante. Le rapporteur a ainsi souligné ce qu'il estime relever de la gravité du contexte dans lequel évoluent les institutions judiciaires françaises, ce qui ne va pas l'empêcher d'aborder la loi organique sous l'angle juridique attendu de la part du Conseil constitutionnel mais tout en ayant préparé un terrain d'écoute propice à un contrôle qui selon lui, « doit également porter sur le fond ». Ce second point méritait d'autant plus d'être introduit, comprend-on alors, que selon le premier,

« formellement, la loi est conforme à la Constitution ».

Pour commencer, les dispositions relatives au recrutement et à la formation des futurs magistrats sont donc selon le rapporteur en conformité avec la Constitution à l'exception du nouvel article portant sur la formation des candidats reçus au concours de la magistrature, lesquels en leur qualité « d'auditeurs » ne sont plus affectés à l'Ecole Nationale de la Magistrature afin de pouvoir participer à l'activité juridictionnelle³²⁶ sous la responsabilité d'un magistrat, en étant astreints au secret professionnel pour lequel ils prêtent serment. Or, apprend-on encore, cette possibilité pour les auditeurs de compléter les effectifs du Tribunal de Grande Instance a été critiquée devant les deux Assemblées du Parlement par les Commissions des lois compétentes en vertu du risque ainsi présenté que,

« l'utilisation du jeune auditeur ne prenne le pas sur sa formation ».

³²⁶ Le rapporteur précise que cette activité concerne l'assistance du juge d'instruction dans tous les actes d'information, l'assistance des magistrats du ministère public dans l'exercice de l'action publique, la participation avec voix consultative aux délibérés des juridictions civiles et correctionnelles, la présentation orales devant celles-ci de réquisitions ou de conclusions, l'assistance aux délibérés des Cours d'assise.

Le rapporteur se rallie à cette critique et l'amplifie en anticipant le fait qu'un auditeur, autrement dit un étudiant ayant réussi le concours de la magistrature, sera « assimilé à un magistrat » et se prononcera donc « sur de délicates questions de droit civil » et « de graves peines privatives de liberté ». Par ailleurs, le serment prêté diffère de celui des magistrats en ce sens que les auditeurs ne jurent pas de remplir fidèlement leurs fonctions comme le font les magistrats, ce qui achève de démontrer qu'ils n'en sont pas, conclut le rapporteur. Du reste, l'aptitude des auditeurs à exercer leurs fonctions est constatée par leur inscription sur une liste de classement à la sortie de l'École selon un autre article, ce qui confirme qu'on leur confie à présent une fonction avant même de les considérer capable de l'exercer. Le rapporteur juge sévèrement que ces dispositions relèvent d'« un vice de contradiction », d'autant plus grave qu'un jury peut même imposer le renouvellement d'une année d'étude à un auditeur alors qu'il aura exercé la fonction de magistrat. Outre le mépris du justiciable, cette disposition remet en cause l'indépendance même de l'auditeur qui court toujours le risque d'être exclu de l'École alors qu'il exerce comme magistrat. En ce sens et sur ce point précis, le rapporteur plaide la non conformité. L'on apprend alors que le Ministère de la Justice a produit une note sur ce point, dont le rapporteur souligne qu'elle plaide la seule compétence quand la question étudiée est tout autre, étant en effet celle de l'indépendance.

Quant à la seconde série de dispositions, relatives à l'avancement des magistrats du siège, elle semble moins problématique et va même, annonce le rapporteur, dans le sens d'une plus grande garantie d'indépendance des magistrats. Seule une « innovation » inquiète le rapporteur et elle concerne l'apparition du gouvernement, en l'occurrence du Garde des Sceaux, en la personne du Directeur des services judiciaires³²⁷, chargé de faire connaître la voix de ce dernier et certes pas de juger mais d'être néanmoins entendu au sein du Conseil Supérieur de la Magistrature statuant comme conseil de discipline. Les garanties que le Directeur ne participe pas à la décision et que dans le cas contraire le Conseil d'Etat interviendrait, ne laissent pas moins cette disposition nouvelle susceptible d'être comprise dans le sens d'une pression exercée par le Gouvernement sur le Conseil de discipline. Avant même d'engager la discussion avec ses collègues, le rapporteur fait ici une remarque sur cette disposition qui retient nécessairement notre attention :

« je n'aperçois pas cependant, dit-il, comment nous pourrions la déclarer directement non conforme à la Constitution ».

Il s'agit bien là d'attirer l'attention de tous les membres du Conseil constitutionnel sur le fait que si la non conformité ne peut que sembler acquise pour des raisons de fond principalement conséquentialistes, voire ici spéculatives, les compétences du Conseil constitutionnel ne l'autorisent cependant pas à l'exprimer comme telle. Au-delà du droit, le rapporteur se veut donc le porte-parole d'une volonté, considérée comme collective³²⁸, d'invalider malgré tout cette disposition de la loi organique.

³²⁷ Très simplement, cf. site du Ministère de la Justice auquel il est rattaché (fonction inchangée depuis d'après l'historique) : « Sa mission essentielle consiste à assurer l'organisation et le bon fonctionnement de toutes les juridictions judiciaires. » <http://www.justice.gouv.fr/le-ministere-de-la-justice-10017/direction-des-services-judiciaires-10022/>

³²⁸ « Collective » selon le regard que nous pouvons porter sur les délibérations ayant lieu à l'intérieur de cette assemblée reviendrait à dire « collégiale » si cette prise de position était traduite dans la décision transmise à

L'exposé du rapporteur étant terminé et le projet de décision soumis, le Président Palewski prend la parole en commençant par rejoindre Georges Dubois quant au malaise de la magistrature, tout en nuanciant le propos de ce dernier qui en accusait directement le gouvernement, et en évoquant plutôt pour sa part des

« causes profondes tenant à des modifications des structures sociales ».

Demeurant cependant elliptique sur ce point, il rejoint le rapporteur sur ses conclusions et précise clairement le rôle du Conseil constitutionnel en la matière :

« s'attacher à ce que l'autorité de la chose jugée ne soit pas mise en cause parce que la composition des juridictions pourrait prêter à critiques ».

Cette déclaration mérite d'être considérée d'un peu plus près. Ici, le Conseil constitutionnel apparaît en effet comme le garant de la souveraineté des décisions de justice autant que du caractère irréprochable de leur élaboration, lequel est en effet réglé par une loi organique dont le Conseil doit systématiquement vérifier la conformité à la Constitution. Son Président place ainsi cette garantie de la souveraineté judiciaire en surplomb de l'irréprochabilité formelle ou organisationnelle qui préside à l'élaboration des décisions de justice, ce qui témoigne d'un respect à la lettre de la fameuse hiérarchie des normes : la Constitution prévoit en effet à l'article 64, Titre VIII –« De l'autorité judiciaire » (déjà cité), qu'une loi organique porte statut des magistrats et son article 61 pose que les lois organiques sont soumises au Conseil constitutionnel qui doit en vérifier la conformité à la Constitution avant promulgation, laquelle conformité renvoie notamment au contenu dudit Titre VIII posant l'indépendance de l'autorité judiciaire. Or, si la célèbre formule latine d'Ulpien au III^e siècle de notre ère, *Res judicata pro veritate accipitur*³²⁹, a infusé tant le droit écrit que le droit coutumier, faisant de la chose jugée l'ultime vérité sociale, cette autorité de la chose jugée qu'entend garantir le Conseil constitutionnel par la voix de son Président, ne figure pas dans la Constitution mais dans le Code Civil³³⁰. Elle est certes associée à l'autorité judiciaire de manière évidente pour les juristes mais les dispositions constitutionnelles auxquelles le Conseil doit vérifier la conformité au titre de cette autorité judiciaire concernent précisément l'indépendance de celle-ci et l'inamovibilité des magistrats (article 64), leur formation (article 65) et enfin la liberté individuelle dont ladite autorité est la garante (article 66). Il s'octroie donc ici un droit de regard plus étendu en s'assurant que la fameuse autorité de la chose jugée ne soit pas remise en cause par des manquements constitutionnels en effet susceptibles d'être produits par la nouvelle loi organique. Il se déclare donc ainsi garant de l'autorité judiciaire en un sens très large que la Constitution n'envisage pas, si ce n'est dans la seule formulation de son titre VIII, « de l'autorité judiciaire ». Sans pour autant chercher à tergiverser avec les termes, nous soulignons plutôt ici la solennité avec laquelle la question est traitée par le Président, en droite ligne, du reste, des propos liminaires du rapporteur : le Conseil constitutionnel apparaît ainsi, au moins sur un plan rhétorique qui donne le ton à ce débat naissant, comme le protecteur de l'Autorité judiciaire telle qu'elle est censée s'imposer dans

l'extérieur de la même assemblée. Mais nous reviendrons sur ce qu'induit le terme même de collégialité pour les membres du Conseil (Chapitre IV).

³²⁹ « La chose jugée est tenue pour vraie », formule presque reprise telle quelle dans l'article du Code Civil cité dans la note suivante.

³³⁰ Article 1351 du Code Civil.

une démocratie libérale, autrement dit souverainement en vertu du principe de séparation des pouvoirs ; mais les propos tenus ici au sein du Conseil constitutionnel accentuent ainsi la dimension très elliptique du rôle de l'Autorité judiciaire dans la Constitution.

Les autres membres du Conseil constitutionnel rejoignent également le rapporteur au sujet de l'indépendance des auditeurs. Marcel Waline insiste à cet effet sur un point que Georges Dubois avait relevé sans pour autant en faire le motif principal de l'inconstitutionnalité de la disposition concernée, en raison de son caractère spéculatif : le soupçon que les justiciables pourraient avoir quant à l'indépendance des auditeurs. Ce n'est pas tant l'indépendance *per se* qui réapparaît ici en tant que devant être protégée par le Conseil car elle figure dans la Constitution, mais le fait que l'indépendance de la justice « ne doit pas » être soupçonnée. Dans ce même sillage, René Cassin préconise au Conseil de « se montrer sévère dans son contrôle ». Ces prises de position, du rapporteur, du Président et de ces deux grands juristes membres du Conseil constitutionnel, convergent vers la même affirmation sans conteste de l'autorité de leur institution pour rappeler au Gouvernement la place cruciale d'une justice irréprochable, à travers l'indépendance de celle-ci. L'on retrouve alors ce qui semble devenir une constante, à savoir, malgré tout, la volonté également partagée de comprendre l'intention du Gouvernement : il est « louable » considère Cassin, que ce dernier souhaite utiliser les auditeurs comme juges ; de même Dubois poursuit en qualifiant le but ainsi recherché de « parfaitement estimable » mais finalement, semble-t-il résumer, d'assez maladroit. Chatenet enchérit sur le principe, selon lui plutôt pertinent, de l'apprentissage privilégié par le Gouvernement, mais Luchaire déplore que l'indépendance des auditeurs ne puisse y être préservée. Du reste, précise-t-il, le Conseil ne saurait statuer sur des textes d'application, porté par ce souci récurrent de bien distinguer entre loi et règlement ; poursuivant la clarification de la position du Conseil à cette frontière, ses collègues préférèrent envisager les choses de manière plus contextuelle : soit en considérant qu'il y a bien plutôt matière à légiférer, ou bien que les textes, indépendamment de leur nature réglementaire ou législative, sont eux-mêmes porteurs des éclairages nécessaires au Conseil constitutionnel. Waline démêle cette confusion en déclarant que la disposition critiquée ne nécessite pas d'autres éclairages et en aucun cas ceux d'un règlement d'administration publique ; il ne faut pas d'ailleurs, selon lui, « donner à penser que la décision du Conseil » dépend de la Chancellerie.

A nouveau, il s'agit de l'autorité du Conseil constitutionnel, à travers son indépendance vis-à-vis des positions du Gouvernement, de manière analogue à celle qui prévaut pour la justice en général. Comprendre les intentions du Gouvernement s'actualise donc ici dans une pratique fine conjuguant le respect des objectifs politiques à leur compatibilité avec la Constitution, voire avec une idée partagée et plus haute de ce qui fonde la souveraineté de l'autorité judiciaire. Cette observation nous semble au demeurant confirmée par la suggestion du Président Palewski, pratiquant une fois de plus une sorte de synthèse des propos, consistante au-delà de sa seule rhétorique persuasive : il ne s'est agi pour le Conseil, « à de nombreuses reprises », que de consulter les représentants du Gouvernement à des fins de compréhension et non pas de dépendance. Mais Cassin craint qu'à l'inverse, cela ne s'apparente à des suggestions émises par le Conseil au Gouvernement, ce qu'il n'a pas à faire, contrairement au Conseil d'Etat.

La discussion se clôt donc et le projet de décision du rapporteur sera adopté à peu près en l'état.

Conclusion

Ici encore, la définition du rôle du Conseil constitutionnel s'avère sinon prédominante dans le débat, du moins décisive ; elle ne l'est cependant pas exclusivement, à savoir qu'il ne s'agit pas pour ses membres d'édicter une décision uniquement en fonction de ce que doit être le rôle du Conseil constitutionnel mais plutôt, cette fois encore, de s'entendre ensemble sur le fait que la décision choisie n'entre pas en conflit avec l'image de son rôle que ce dernier entend véhiculer, voire, par défaut, éviter de véhiculer. Ainsi, cette conception que le Conseil élabore de son rôle n'apparaît-elle pas comme une raison suffisante en soi pour décider mais plutôt comme une contrainte réellement influente.

Ce que nous avons déjà nommé une sorte de « jurisprudence interne » sur le rôle du Conseil constitutionnel fait ainsi son chemin, reprise ou citée par plusieurs de ses membres au titre de positions déjà partagées à travers d'autres débats et ayant nécessairement une incidence sur la décision, sans avoir vocation à y transparaître ni explicitement ni exclusivement. Elle guide plutôt la délibération pour en orienter, voire en façonner les conclusions.

Que nous livre-t-elle de plus ici ? Quelle pierre à l'édifice de cette conception de son rôle développée peu à peu par le Conseil apporte-t-elle et que reflète celle-ci des caractéristiques de la société ou de la vie politique démocratiques du moment ? Une reprise conclusive des éléments dégagés ci-dessus en la matière permet de répondre : si la liberté individuelle des justiciables est seulement évoquée, elle est présente en filigrane dans la garantie d'une justice indépendante dont le Conseil se prévaut précisément au titre de la confiance irréprochable que cette dernière entretient avec eux. L'indépendance du « pouvoir »³³¹ judiciaire vis-à-vis du Gouvernement apparaît ici comme un principe en soi dont il ne s'agit plus de justifier les fondements mais dont il est néanmoins explicité qu'il demeure au service des citoyens.

Ainsi, l'autorité du Conseil constitutionnel, en tant qu'exprimée comme sa capacité à être respecté sans discussion ultérieure dans ses décisions, est-elle conçue elle-même en vertu de son indépendance par rapport au Gouvernement, rangeant ainsi l'institution du côté de l'autorité judiciaire dont elle se veut en même temps la protectrice au nom de la liberté individuelle (article 66), fondatrice de la séparation des pouvoirs, mais sans omettre de comprendre les enjeux politiques du Gouvernement ni outrepasser ses prérogatives légales et constitutionnelles propres.

Au nom même de l'autorité du Conseil constitutionnel à le faire prévaloir, le respect de la Constitution dont celui-ci est chargé s'apparente donc au respect de l'équilibre constitutionnel des pouvoirs autant que des fondements de celui-ci, apparaissant ici comme irrésistiblement libéraux. Ils renvoient en effet à la notion de liberté individuelle, indéfinie ici mais garantie à chaque citoyen en tant qu'il est d'abord un individu et qu'il ne consent à

³³¹ Ce terme de « pouvoir » n'apparaît pas dans la Constitution en tant qu'associé à celui de « judiciaire » ; l'on n'y cite que « l'autorité judiciaire ».

devenir citoyen que si cela protège, précisément, cette liberté individuelle première, pour reprendre la logique bien connue de la modernité classique et libérale.

I.4. Le thème des droits et libertés avant 1971

En guise de rappel, nous avons établi de premières conclusions sur la période 1958-1965 (cf tableau A p. 158) puis nous avons abordé la période 1965-1974 et proposé certaines conclusions intermédiaires sur la tranche 1965-1969 (cf tableau B p.209).

A partir des pistes à suivre ainsi identifiées de manière glissante sur ces deux périodes, nous avons pu repérer ce thème structurant pour notre étude, des droits et libertés, que nous avons donc suivi jusqu'à l'aube de la décision de 1971.

Avant d'en venir à la délibération correspondant à cette décision fameuse, voyons où les analyses précédentes nous ont mené sur ce thème des droits et libertés en lien avec notre question de recherche, à savoir dans leur rapport au rôle du Conseil constitutionnel considéré par ses membres.

Cette présence de la notion de liberté à travers les débats que nous étudions et les évolutions qu'y comporte l'usage du terme par les membres du Conseil constitutionnel livrent en effet une clé de compréhension du rôle du Conseil évalué par ses membres. Comme déjà annoncé, notre parti pris méthodologique repose sur une prise au sérieux du choix des termes employés par les différents membres du Conseil constitutionnel, dès lors que celle-ci est aussi corroborée par la pertinence du contenu de ces mêmes termes, entendue ici comme relevant directement ou indirectement de la manière dont ces membres conçoivent le rôle de leur institution dans le système démocratique que nous observons ainsi.

Cette démarche a pu prendre fructueusement, quoi que très partiellement, appui sur la méthode développée par les travaux de l'historien Reinhart Koselleck : celui-ci retrace, dans l'introduction³³² à l'une des œuvres collectives majeures auxquelles il a amplement contribué et relative à l'histoire des concepts à travers l'évolution des langages politiques et sociaux en Allemagne, la trame structurant son étude et les résultats de cette dernière. Cela donne alors à voir, d'une manière compréhensive et réflexive qui a retenu notre attention, diverses strates d'évolution sémantique historiquement conditionnées et en même temps liées au cœur d'un concept qui s'en dégage ainsi, perméables les unes aux autres ou pas, qui rendent intelligibles à travers une telle histoire des concepts, les évolutions politiques et sociales du périmètre concerné. Or, s'il s'impose de faire droit à la rigueur de l'analyse ainsi déployée, il est aussi fécond pour nous, sans rendre extrapoler l'analogie possible, d'en emprunter le cheminement, en vertu de la similitude des points d'ancrage méthodologiques comme des objectifs initiaux.

³³² Cf la première traduction en langue anglaise à l'introduction de l'œuvre magistrale collective écrite en langue allemande, *Geschichtliche Grundbegriffe* : « Introduction and Prefaces to the *Geschichtliche Grundbegriffe (Basic Concepts in History : A Historical Dictionary of Political and Social Language in Germany)*, article de Michaela Richter, *Contributions to the History of Concepts*, Volume 6, Issue 1, Summer 2011 : 1-37.

En suivant la méthodologie proposée, il nous faut alors commencer par inscrire dans l'histoire l'évolution de l'usage des concepts à travers les termes employés pour s'en approcher, c'est-à-dire commencer par repérer les modifications historiques majeures capables de produire cette évolution. Cet aller-retour permanent opéré par Koselleck entre les événements et l'évolution des concepts qui en découle n'est pas immédiatement réalisable dans notre cas : le seul fait majeur en tant que tel ici, mais cependant non des moindres, est la création de la Ve République française et de sa Constitution en 1958, tandis que l'historien allemand s'intéresse au temps long marqué par les Lumières, la Révolution française et la Révolution industrielle, en y repérant des faits associés à travers l'évolution des concepts repris au niveau langagier; d'autres faits historiques scandent aussi, bien entendu, notre période et notre périmètre, mais rappelons toutefois que l'enjeu de notre étude est d'abord politique au sens particulier des pratiques de la démocratie contemporaine. C'est donc davantage à ce que nous pourrions appeler des « faits politiques » renvoyant à la conception de la légitimité politique et mis au jour à travers leur dimension historique, que nous nous intéressons. Autrement dit, nous pouvons partir d'un fait historique majeur structurant la pratique démocratique française en 1958, antérieurement ou concomitamment, puis repérer d'autres faits ou ruptures du même ordre, s'ils sont déterminants pour cette pratique démocratique, et tenter ensuite d'en appréhender l'impact en question à travers l'évolution des termes associés à cette pratique.

D'une certaine manière, dans notre cas de figure, certains de ces faits majeurs sont les déterminants premiers d'une pratique politique, comme les faits historiques pour Koselleck déterminent ou orientent les changements étudiés. D'autres, également, peuvent être liés à des concepts associés à cette pratique, comme chez l'historien allemand. Pour illustrer ce propos analogique, disons qu'au titre d'éléments factuels de départ, nous ne saurions parler, comme le fait Koselleck, de la désintégration des ordres accompagnant la Révolution française ou de la nouvelle dimension temporelle qu'induit l'événement lui-même en repoussant alors sans trêve l'horizon d'une attente sur le sens des concepts ainsi entrés dans l'Histoire, tels ceux de « démocratie » ou de « république » ; nous pouvons en revanche plus sûrement nous en remettre aux « faits politiques » durables et très prégnants dans la conception de la pratique démocratique française encore en 1958, ou bien apparaissant progressivement à la suite de l'établissement de la Ve République.

Nous les retenons pour leur caractère structurant de la vie politique française, auquel se réfèrent clairement les différentes délibérations étudiées. Ces éléments factuels ainsi appréhendés sous l'angle politique qui est le nôtre, mais toujours historicisés, se résument comme suit (et il est du reste immédiatement remarquable que ces faits politiques sont eux-mêmes des émanations politiques de la Révolution française) :

- Les fondements libéraux de l'idée républicaine française.
- La loi, durablement pensée comme exprimant la volonté générale par le vote à la majorité des citoyens.

Une fois identifiés ces « faits politiques majeurs », il faut ensuite réinvestir les concepts évolutifs repérés sur la même période afin de saisir, à travers cette évolution, celle de ces faits eux-mêmes ou de leur empreinte sur la vie politique, entendue sous l'angle social

ou institutionnel. Or, des premières délibérations étudiées jusqu'aux dernières, celles intervenant juste avant, précisément, cette année 1971, il est ressorti que le droit constitutionnel auquel nous avons amarré notre premier fil conducteur pour ce travail d'aller-retour entre l'auto-conception de son rôle par le Conseil et les évolutions de la pratique démocratique française, prend alors des aspérités diverses même si nous n'y revenons pas en détail à présent. Cela informe bien entendu sur la manière dont il est mobilisé pour permettre aux membres du Constitutionnel de penser leur rôle - c'est là l'axe d'analyse de ce travail - et témoigne, ce faisant, toujours du point de vue des conseillers, des possibilités d'acceptation d'une institution non élue par le système démocratique dans lequel elle interagit. Une dimension additionnelle apparaît cependant alors qui permet d'affiner cette approche : la référence au droit constitutionnel joue certes à plein dans cette conception de son rôle par le Conseil constitutionnel mais la diversité évolutive du contenu propre du droit ainsi mobilisé, en étant, précisément, liée dans les débats à ces deux « faits politiques majeurs », peut rendre compte, selon la méthode ci-dessus, d'une évolution politique de la référence au droit, c'est-à-dire du rôle institutionnel ou social que celui-ci est censé jouer.

D'autres axes d'analyse seront mis au jour dans les différents chapitres et ils permettront une lecture de l'évolution des pratiques démocratiques à travers la façon dont le Conseil constitutionnel en convoque la thématique pour concevoir son rôle ; c'est cependant sur celui-ci, le rôle du droit constitutionnel, qu'intervient ce niveau plus fin d'analyse à travers l'évolution conceptuelle manifeste du terme de droit(s) lui-même.

En reprenant synthétiquement les résultats des analyses précédentes sous l'angle des aspérités ou des évolutions du terme de droit(s) repérées sur l'axe d'analyse relatif au rôle du droit constitutionnel dans les délibérations, on repère ainsi l'impact de ces dernières sur les deux faits politiques majeurs référents :

- 1/ Faiblement évoquée au sens de son impact direct sur la décision mais tout de même récurrente dans les délibérations, la notion de « droit individuel » apparaît dès les premiers temps du Conseil constitutionnel comme ce que tout individu peut exiger de l'Etat et cela prioritairement sur les besoins exprimés de manière programmatique ou conjoncturelle par le gouvernement ; paradoxalement, c'est la loi commune, expression de la volonté générale, qui confère à ce droit individuel la tonalité d'une exigence potentiellement égale pour chaque individu et devant être préservée de toute incursion gouvernementale.
- 2/ Les « droits des citoyens » apparaissent, eux, plus décisifs et s'affirment dans les débats comme les garanties fournies par l'Etat républicain aux citoyens, précisément considérés comme tels au nom de ces garanties ; si l'idée fameuse d'un contrat social ou, dans un langage plus contemporain, d'un pacte républicain, est ici sous-jacente, la loi est pensée comme le lien nouant ce pacte à travers un effort commun des différentes institutions qui la produisent, Gouvernement aussi bien que Parlement.

Entre ces deux pôles, individuel et collectif, du droit ou plutôt des droits, via un passage au pluriel lui-même révélateur de la réaffirmation des fondements libéraux de l'idée

républicaine française, le rôle que s'impose le Conseil constitutionnel, moyennant la garantie du droit constitutionnel, oscille ainsi : d'un côté, celui d'un exécutif des intentions du Gouvernement ou du Parlement afin de tracer la voie d'un équilibre institutionnel respectueux d'une Constitution encadrant désormais cette fameuse expression de la volonté générale ; de l'autre, celui d'un garant de ces droits dont peuvent se prévaloir les citoyens d'une démocratie libérale bien comprise, sans opposition conflictuelle ni fusion principielle entre société civile et Etat ; il s'agit plutôt alors de rendre compte de la dimension collective de ces droits attachés à l'ensemble des citoyens à travers la loi.

C'est ainsi, en filigrane, à une réinterprétation récurrente de la loi, à partir des deux « faits politiques » fondateurs, que se livrent les membres du Conseil constitutionnel, traçant, ce faisant, les contours de leur mission.

La référence au Préambule de la Constitution, en particulier à la DDHC, apparaît ainsi comme une opportunité exploitable : elle est visiblement dans l'air du temps, les conseillers le disent eux-mêmes, mais elle permet surtout de catalyser la coexistence entre une volonté générale historiquement structurante, une Constitution redonnant une place de choix au Gouvernement, et des droits individuels à garantir collectivement en démocratie. C'est alors un autre aspect de ceux-ci qui se démarque, à mi-chemin des deux précédents, à savoir les droits individuels et les droits des citoyens :

- 3/ la notion de « libertés publiques » est en effet mobilisée à partir de la DDHC dans le sens où celles-ci doivent être garanties précisément par des représentants libres, non asservis, ni à l'exécutif, ni à un programme, ni à un parti, dans une veine étonnamment parlementaire si l'on reprend la classification des évolutions du gouvernement représentatif de Bernard Manin³³³ où « la marge d'indépendance des gouvernants » rétrécit dans le temps, au profit d'une emprise des partis d'abord, puis du « public » ou de l'image attendue par l'opinion. Nous aurons l'occasion de revenir sur ce point mais notons pour le moment que le seul bémol apporté à l'usage éventuel de cette analyse de Bernard Manin relève ici du fait que notre regard est porté par les débats du Conseil constitutionnel et ne sauraient entièrement traduire les conditions objectives de la vie parlementaire. En tout état de cause, les représentants de la souveraineté nationale apparaissent pour le Conseil constitutionnel comme des médiateurs à comprendre, en tant que leur liberté même vis-à-vis des autres institutions reflète celle des citoyens qui consentent à les laisser ordonner, à travers la loi, les libertés dont ceux-ci entendent jouir.

Lire ainsi à partir d'une mobilisation diverse du terme de droit(s) dans les débats, la réconciliation conceptuelle des termes qu'offre la DDHC, selon ces mêmes débats, est du reste conforté par les parcours empreints d'une expérience politique ou proche de la vie politique des membres du Conseil constitutionnel, ici comme hier, immanquablement attachés à la représentation nationale si prégnante dans la culture politique française. Si nous ne pouvons dialoguer avec eux autrement que fictivement à travers ces débats, les mémoires de bon nombre d'entre eux confirment cette perception et, bien plus près de nous, en dehors de

³³³ Cf bien sûr Bernard Manin, *Principes du gouvernement représentatif*, Op. Cit., chapitre VI, « Métamorphoses du gouvernement représentatif ».

notre période d'étude, ce qui renforce ainsi encore notre lecture dès lors qu'on aurait pu imaginer une diminution de cette culture légi-centrique avec le temps et l'évolution du rôle du Conseil constitutionnel, le livre déjà cité de Dominique Schnapper, *Une sociologue au Conseil constitutionnel*, agrémenté des échanges que nous avons pu avoir avec l'auteure comme avec d'autres membres du Conseil constitutionnel actuel³³⁴ rappelle

« l'attitude fondamentale de retrait ou de critique qu'adoptent un grand nombre de ses membres à l'égard de cette institution singulière »³³⁵.

Cela du reste ne les empêche pas d'exprimer, comme nous pouvons aussi le lire, un attachement à leur fonction, voire à leur mission, exacerbé par le souci d'une légitimité qui ne semble donc pas pouvoir se jouer sur un registre conflictuel ni même simplement comparatiste avec celle des institutions élues. Il est alors intéressant de noter ici que cette liberté des représentants évoquée se voit subrepticement conditionnée par la DDHC, sous le regard attentif d'un Conseil constitutionnel en quête de sources de droit de référence pour asseoir ses propres propos. Or, selon une analyse récente de Véronique Champeil-Desplats,

« Le Conseil constitutionnel ne définit pas les libertés publiques. Le lecteur doit se contenter d'une liste qui s'allonge au fil des décisions »³³⁶.

Pourtant, cette invocation décelée plus haut comme la traduction plausible et acceptable d'une perception des droits garantis aux citoyens d'une démocratie libérale, fortement imprégnée de l'idée que la loi est l'expression de la volonté générale, structure peu à peu l'activité du Conseil constitutionnel, bien que non exclusivement et d'une manière ressortant ici comme autant opportuniste que sensible aux attentes sociales. En réalité, cette seule prise en charge d'une évolution du concept de droits par ses membres ancre l'activité du Conseil constitutionnel dans la dynamique de la vie démocratique et va nécessairement en faire un acteur. S'il s'agit d'un acteur d'un type particulier, d'un acteur secondaire qui, comme le souligne la citation précédente, allonge une liste de libertés publiques plus qu'il n'en impose de conception politique *per se*, cet acteur secondaire acquiert, par la récurrence de sa présence dans le système politique, une notoriété et, ce faisant, un rôle perçu nécessairement de plus en plus important, dont la décision de 1971 confirme évidemment avec éclat l'avènement.

Regardons ce qu'en livre le procès-verbal de la délibération correspondante.

I.5. La naissance du bloc de constitutionnalité

En juillet 1971, le Conseil a déjà vu le renouvellement de trois de ses membres dont les fonctions arrivaient à leur terme : Jules Antonini, Marcel Waline et René Cassin, remplacés à partir du mois de mars par François Goguel, Paul Coste-Floret et Henri Rey, respectivement nommés en février 1971 par le Président de la République, Georges

³³⁴ Entretiens avec le Président du Conseil constitutionnel, Monsieur Jean-Louis Debré, et les conseillers Renaud Denoix de Saint-Marc et Claire Bazie-Malaury (respectivement, en juin 2013 et en septembre 2013 avec Monsieur le Président et septembre 2014 avec Madame et Monsieur les conseillers).

³³⁵ Dominique Schnapper, *Op. Cit.*, p.200.

³³⁶ *Jus Politicum, Revue de droit politique*, Vol IV, 2012, Véronique Champeil-Desplats, « Le Conseil constitutionnel a-t-il une conception des libertés publiques ? », p.52.

Pompidou, le Président du Sénat, Alain Poher, membre du centriste Mouvement Républicain Populaire³³⁷ et le Président de l'Assemblée nationale, Achille Peretti, membre de la gaulliste UDR.

François Goguel est alors docteur en droit, professeur à l'Institut d'Etudes Politiques de Paris où il a contribué à fonder l'étude de la géographie électorale, et ancien secrétaire général du Sénat³³⁸ où il est entré en 1931 à ce poste occupé pendant dix-sept ans (1954-1971), avant d'être nommé membre du Conseil constitutionnel en 1971. Ainsi, ses qualités d'observateur et de participant de la vie des institutions républicaines et de la vie publique des années 1930 aux années 1980, l'engagent-elles à un travail de chroniqueur politique. Sur le plan institutionnel, attaché aux institutions des Troisième et Quatrième Républiques, il rallie tout de même le gaullisme présidentieliste. Ainsi, à la fois fin connaisseur des institutions, juriste et politiste spécialisé dans les questions électorales, cet ami de Michel Debré contribue à l'élaboration et aux modifications de la Constitution de la Ve République.

Paul Coste-Floret est Professeur de droit et ancien résistant, également conseiller du député socialiste André Philip et procureur adjoint au Tribunal de Nuremberg. Membre des deux Assemblées nationales constituantes, il est rapporteur du second projet de Constitution de la IV^e République adopté le 27 octobre 1946 ; plusieurs fois ministre sous la IV^e République³³⁹, il est député MRP de l'Hérault de 1946 à 1958, mouvement du reste créé à la suite du Parti démocrate populaire, d'inspiration chrétienne pendant l'entre deux guerres et ayant soutenu la deuxième version de la Constitution de la IV^e République. Paul Coste-Floret est plusieurs fois ministre sous cette IV^e République. Au ministère de la France d'Outre-mer, il participe aux accords de la baie d'Along en 1949 et fait modifier le statut de la Cochinchine devenant ainsi une partie du Viêt Nam. Au Ministère de la Santé, il propose d'augmenter les allocations familiales. Député, il est le rapporteur du projet de statut de l'Algérie en 1957 et encourage aussi une plus grande autonomie de l'Afrique noire française. En technicien du droit comme en politique soucieux d'efficacité, il sera aussi l'auteur de nombreuses propositions³⁴⁰ visant à faire évoluer le système vers un régime parlementaire où l'exécutif aurait aussi ses prérogatives. Favorable au retour du général de Gaulle au pouvoir, bien que ce dernier ait condamné³⁴¹ le projet de Constitution de la IV^e République issu du rapport à l'Assemblée constituante de Paul Coste-Floret le 20 août 1946, celui-ci fait partie du Comité consultatif constitutionnel en 1958. Réélu député MRP en 1958 puis en 1962, il est nommé en 1971 par le président du Sénat, Alain Poher, au Conseil constitutionnel où il siègera jusqu'à

³³⁷ Elu à la Présidence du Sénat le 3 octobre 1968, Alain Poher devient de ce fait le second personnage de l'État, après le président de la République d'alors, Charles de Gaulle. Ainsi, le jour de la démission de ce dernier, le 28 avril 1969, Alain Poher est chargé, selon la Constitution, d'assurer l'intérim de la présidence de la République. Candidat à l'élection présidentielle anticipée qui suivra, en juin 1969, soutenu par les centristes et la droite non gaulliste, il parvient à s'y qualifier pour le second tour, face à l'ancien Premier ministre Georges Pompidou, qui l'emportera cependant. Réélu Président du Sénat le 2 octobre 1971, il sera continuellement reconduit dans cette fonction jusqu'en 1992.

³³⁸ Pour rappel, il fut à ce titre le rédacteur de la lettre de saisine du Président du Sénat d'alors, Gaston Monnerville, au sujet de la loi référendaire de 1962 sur l'élection du Président de la République au suffrage universel.

³³⁹ Cf. le livre écrit par sa sœur, Marie-Françoise, *Paul et Alfred Coste-Floret, deux jumeaux et trois républiques (1911-1990)*, Lacour Editeur, Nîmes, 2001.

³⁴⁰ *Ibidem*, aussi pour une contextualisation et une étude des vicissitudes de la IV^e République traversées par Paul Coste-Floret.

³⁴¹ Discours d'Epinal, 19 septembre 1946.

sa mort.

Henry Rey, quant à lui, est élu député de la Loire-Atlantique de 1958 à 1973, d'abord sous l'étiquette UNR (Union pour la Nouvelle République, créée en 1958 pour soutenir l'action du Général de Gaulle de retour au pouvoir) puis sous celle de l'UDR lui succédant (Union des Démocrates pour la République³⁴²). Il préside le groupe de ce parti à l'Assemblée nationale de 1963 à 1969. Ministre d'État chargé du Tourisme dans le gouvernement Georges Pompidou IV, du 31 mai au 10 juillet 1968, il est à nouveau ministre du gouvernement Jacques Chaban-Delmas, délégué auprès de celui-ci, chargé des DOM-TOM, du 20 juin 1969 au 25 février 1971. Il est alors nommé membre du Conseil constitutionnel à cette date, par le Président de l'Assemblée nationale qu'il a longuement fréquentée, Achille Peretti, lui-même UNR, UDR puis RPR.

Séance du 16 juillet 1971, décision 71-44 DC : liberté d'association.

⇒ Qu'apprend-on ici ?

L'invocation des droits est ici façonnée par une recherche sur la manière d'exprimer la souveraineté nationale, liée à l'idée que la loi exprime la volonté générale et qu'il faut donc faire grand cas des raisons des institutions censées la traduire, tout en faisant valoir « les garanties du citoyen », autrement dit les droits individuels collectivement garantis par une démocratie libérale. La tension entre les deux s'annule à travers la mise au jour d'une liberté publique, en tant que PFRLR, qu'est la liberté d'association, issue des lois historiques de la III^e République. Cette promesse de réalisation d'un compromis constitutionnellement viable, entre l'expression républicaine de la volonté générale d'une part et la protection libérale des citoyens d'autre part s'actualise donc par la prise en considération du Préambule.

Il semble plus aisé pour un Conseil constitutionnel en quête de légitimité de jouer la conciliation entre Constitution et société plutôt que le clivage politique cristallisé par la nouvelle loi.

Le Président du Sénat, Alain Poher, centriste, précédemment membre du MRP (dissout en 1967), est élu à cette fonction le 3 octobre 1968, sans s'y être porté candidat ; il a alors aussi eu l'occasion d'assurer, conformément à la Constitution, l'intérim de la Présidence de la République, au départ du Général de Gaulle, du 28 avril 1969 au 20 juin de la même année, après avoir été lui-même candidat malheureux à l'élection présidentielle face à Georges Pompidou qui en sortit vainqueur. Peu de temps avant de saisir le Conseil constitutionnel au sujet de la constitutionnalité de la nouvelle loi sur la liberté d'association, il livre à la presse les raisons de sa saisine, sans prendre parti lui-même et en s'en remettant pour ce faire à l'institution de la rue Montpensier :

« Sur ce texte fondamental, on est en droit de s'interroger.../...il est en effet dans les attributions de la Haute juridiction constitutionnelle de dire le droit, afin d'éclairer le législateur»³⁴³.

³⁴² Tous ces acronymes ont déjà été explicités en introduction dans la section présentant les origines et l'avènement du Conseil constitutionnel puis au début du Chapitre I à propos des premiers membres et de leurs parcours politiques.

³⁴³ Ces propos sont cités par le rapporteur François Goguel, comme mentionné dans le procès-verbal de la délibération.

Les membres du Conseil constitutionnel voient ainsi leur institution auréolée, auprès de l'opinion publique, d'une utilité technique au service du législateur. Cette seule validation d'un tel rôle par la parole politique du second personnage de l'Etat, quelle que soit sa dimension tactique, rend compte en effet d'un type de perception acceptable du Conseil constitutionnel à l'extérieur de l'institution, en l'occurrence du point de vue des instances de saisine partagé avec l'opinion publique.

La délibération commence avec un historique du projet de loi présenté par le rapporteur François Goguel. Etant donné l'attention qui lui sera portée au cours de la délibération, résumons-en les grandes lignes.

Le gouvernement a élaboré un projet de loi visant à mettre en place un contrôle préalable se substituant au contrôle *a posteriori* d'associations de loi 1901, librement formées mais paraissant reconstituer une association déjà reconnue comme nulle. L'Assemblée nationale a adopté le projet le 11 juin 1971 mais le Sénat l'a repoussé en raison du vote d'une question préalable initiée par le sénateur centriste indépendant Pierre Marcellin, également constitutionnaliste ; par définition de cette procédure, le Sénat refusait donc d'engager la discussion du texte soumis à son examen, sur un motif d'opposition qui rendrait inutile toute délibération au fond. Ce motif fut du reste clairement explicité par le sénateur comme ayant un fondement constitutionnel. Devant ce rejet par le Sénat, le Premier ministre, Jacques Chaban Delmas, provoque la constitution d'une Commission Mixte Paritaire entre les deux Assemblées pour parvenir à un texte plus consensuel ; mais celui-ci sera à nouveau seulement voté par l'Assemblée nationale et rejeté par le Sénat fin juin. Enfin le 1^{er} Juillet 1971, le Premier ministre demande à l'Assemblée nationale de statuer définitivement. Conformément aux possibilités de saisine du Conseil constitutionnel à cette époque, il ne reste plus qu'au Sénat la possibilité de saisir l'institution à l'initiative de son Président ; ce que fera Alain Poher, le Président du Sénat usant ainsi pour la première fois dans l'histoire de la Vème République, de son droit personnel de saisine du Conseil constitutionnel sur le fond d'une loi ordinaire.

A l'occasion du colloque organisé en 2001 par le Conseil constitutionnel pour le centenaire de la loi de 1901, François Luchaire, membre du Conseil au moment du débat sur la liberté d'association de 1971, déclare à ce propos :

« Le Président du Sénat Alain Poher saisit alors le Conseil constitutionnel mais avec beaucoup de prudence. En effet, la seule saisine du Président du Sénat, Gaston Monnerville, remontait à 1962 et avait échoué en s'opposant à la loi référendaire décidant de l'élection du chef de l'Etat au suffrage universel direct. C'est pourquoi, le recours n'est pas motivé, il se borne à demander au Conseil de se prononcer sur 'la conformité de la loi à la Constitution' ».

Alain Poher défère donc le projet de loi au Conseil constitutionnel le 1^{er} juillet 1971, le jour même d'ailleurs du 70ème anniversaire de la loi de 1901. Citons ici ce passage un peu long extrait des Mémoires d'Alain Poher, car il présente le mérite de contextualiser les faits :

« Les bons rapports existant entre le Sénat et le gouvernement n'empêchèrent pas que se déroule une lutte sévère, en 1971, contre une loi adoptée par l'Assemblée nationale. Et une page importante du droit constitutionnel fut alors écrite. Tout commença quand le préfet de police de Paris, sur injonction du ministre de l'Intérieur, M. Raymond Marcellin, refusa aux fondateurs de l'association des Amis de *La Cause du Peuple* (c'était le nom d'un journal trotskiste) la délivrance du

récapitulé de la déclaration qu'ils avaient faite lors de cette création. La situation était telle que cette association se trouvait considérée comme non existante. Simone de Beauvoir et Michel Leiris³⁴⁴ attaquèrent aussitôt ce refus devant le tribunal administratif de Paris, qui fit droit à leur requête en annulant cette décision du préfet. Le ministre de l'Intérieur n'en appela pas au Conseil d'Etat pour attaquer ce jugement, mais préféra utiliser une autre stratégie : changer la loi de telle façon que ce refus - et d'autres du même genre éventuellement à venir - devienne légal »³⁴⁵.

L'atmosphère politique est en effet à la revendication d'une certaine liberté d'expression, souvent violemment exprimée par l'organisation maoïste « La gauche prolétarienne » issue de mai 68 et interdite en mai 1970 mais poursuivant la diffusion de ses idées à travers son journal, *La cause du peuple*. Les deux écrivains cités ici sont alors parmi les plus emblématiques de la gauche intellectuelle, notamment après leur soutien à la révolte étudiante de mai 1968, et ils codirigent l'Association des amis du journal maoïste *La Cause du peuple*, lequel est régulièrement saisi dès sa publication par décret du ministre de l'intérieur Raymond Marcellin.

Or, le Sénat ne s'oppose pas de manière systématiquement conservatrice à ces revendications de liberté alors très prégnantes dans le débat public. Alain Poher poursuit en effet ainsi dans ses Mémoires :

« Notre assemblée considérait en effet, dans une large majorité, qu'elle ne pouvait porter atteinte au droit d'association. Ce n'étaient pas les dispositions mêmes de la loi qui nous gênaient, mais l'usage abusif qui pouvait en être fait »³⁴⁶.

Il va de soi qu'Alain Poher donne aussi de cette manière à la chambre qu'il préside et dont la pertinence dans le système de la Ve République avait été remise en cause – sans succès – par de Gaulle en 1969, l'image d'une assemblée soucieuse des droits et libertés, en même temps qu'il va donner au Conseil constitutionnel la même opportunité³⁴⁷. Il est éclairant pour notre propos de poursuivre encore pour quelques lignes avec les Mémoires d'Alain Poher, dans la mesure où l'on y retrouve cette proximité « politique » du Conseil constitutionnel et des autres institutions démocratiques, en l'occurrence à travers l'évidence d'un coup de téléphone transmis par le Président du Sénat au Président du Conseil constitutionnel :

« Auparavant, je pris la précaution de téléphoner à Gaston Palewski, président de ce Conseil, pour lui demander ce qu'il pensait de ma démarche. Il n'hésita pas : " Si le Général, père de la Constitution, était encore au pouvoir, jamais il n'aurait accepté un tel texte. Il faut faire comprendre à Pompidou qu'il n'est pas de Gaulle, lui donner une leçon, le rappeler à l'ordre... ". C'est le gaullisme historique qui s'exprimait par sa voix. Il se trouvait que cet avis s'accordait avec mes préoccupations ».

Cette dernière citation révèle que Poher se réjouit que ses propres préoccupations soient partagées par celle du Président du Conseil constitutionnel, ce qui ne saurait laisser envisager cela comme la condition nécessaire de sa saisine mais qui invite néanmoins à penser que les deux institutions, par les voix ici de leurs Présidents respectifs, s'alignent sur

³⁴⁴ Les deux écrivains, parmi les plus emblématiques de la gauche intellectuelle, notamment après leur soutien à la révolte étudiante de mai 1968, co-dirigent l'Association des amis du journal maoïste *La Cause du peuple*, lequel journal est régulièrement saisi dès sa publication par décret du ministre de l'intérieur Raymond Marcellin.

³⁴⁵ In Alain Poher, *Trois fois Président*, Mémoires, Plon, 1993.

³⁴⁶ *Ibid.*

³⁴⁷ Une synthèse historique des rejets du projet de loi au Sénat sur le site internet de celui-ci titre encore : « Le Sénat sauve la liberté d'association ». <http://www.senat.fr/evenement/archives/D20/intro.html>

un même point de vue politiquement revendiqué du gaullisme, au nom de la figure d'exception du « Général » en matière d'autorité. En d'autres termes, défendre le gaullisme historique, revient ici à ne laisser aucune autre personnalité tenter de s'emparer de son autorité sans égard pour le respect des droits. Il serait délicat d'en déduire que de Gaulle aurait suivi ce point de vue ; ce n'est certainement pas le propos d'un travail respectueux de l'Histoire et dans le même temps privé par définition des éléments d'analyse historique capables de reconstituer les intentions du premier Président de la Ve République. Toujours est-il cependant que les deux Présidents s'accordent visiblement pour « donner une leçon » à Pompidou et se drapent d'un commun attachement au gaullisme pour rappeler au Président de la République qu'on ne joue pas avec le droit d'association. Attachement au droit d'association *per se*, volonté d'exprimer une opposition à son rival victorieux à l'élection présidentielle de 1969, attachement au gaullisme historique comme capacité à imposer des choix forts mais respectueux de certaines valeurs de la République ? Autant d'intentions que l'on peut attribuer à Alain Poher mais qui présentent surtout ici l'intérêt d'être entendues par le Président du Conseil constitutionnel, pour sa part affectivement plus gaulliste que pompidolien³⁴⁸. Mais sans doute plus encore que les affinités personnelles qui permettront de nuancer certaines de nos observations de cette délibération du Conseil constitutionnel, les deux institutions, par l'intermédiaire de leurs Présidents, partagent-elles le besoin d'exprimer le caractère incontestable de leur utilité en cette période agitée de la vie politique et sociale française : le Sénat fait figure de lieu conservateur que de Gaulle lui-même avait souhaité rénover et l'échec du projet fut amplement imputé à un rejet du Général lui-même par l'opinion publique ; le Conseil constitutionnel, quant à lui, est alors encore la jeune institution déjà décrite jusqu'ici.

Que nous apprend la délibération proprement dite ?

Le rapporteur du projet de décision, François Goguel, s'il va défendre la loi et fournir à cet effet de nombreux arguments juridiques en faveur de sa constitutionnalité, entend cependant très rapidement se mettre à la place du Gouvernement qui a déposé le projet de loi, ainsi que de l'Assemblée nationale qui l'a voté. Evoquant la lettre de saisine, il souligne d'ailleurs que contrairement au seul précédent de saisine du Conseil par le Président du Sénat – en l'occurrence Monnerville en 1962 sur la fameuse loi référendaire - celle-ci s'en remet pleinement à l'institution de la rue Montpensier pour juger de la conformité de la loi à la Constitution et n'y apporte pas son propre point de vue motivé. C'est aussi pourquoi François Goguel conclut qu'il incombe à présent au Conseil constitutionnel de comprendre les raisons de cette saisine. Il s'agit donc bien de commencer par comprendre les élus responsables de la saisine, à travers cette démarche du Président du Sénat et il n'est pas question de ne regarder le texte que par rapport au corpus juridique en vigueur. Pour cela, Goguel entreprend de revenir à la genèse du projet de loi et aux méandres parlementaires ayant conduit à cette saisine. Selon les divers articles de la loi de 1901, les associations peuvent se former

³⁴⁸ Cf Les Mémoires de Michel Debré, *Trois Républiques pour une France*, Tome 4, « Gouverner autrement : 1962-1970 », p.36-37. Où l'auteur décrit Gaston Palewski comme un véritable fidèle du Général de Gaulle quand Pompidou se considère, lui, dès 1965, comme son successeur naturel, lors d'un dîner où de Gaulle a réuni Michel Debré, Gaston Palewski, Georges Pompidou et André Malraux.

librement mais n'ont la capacité juridique³⁴⁹ que si elles font l'objet d'une publicité relevant d'un principe de déclaration et de dépôt de statuts auprès de la préfecture ; un récépissé de déclaration suffit alors pour officialiser cette publicité communiquée via le Journal Officiel de la République. Si l'association est reconnue « nulle », c'est-à-dire fondée sur un objet illicite, contraire aux lois, aux bonnes mœurs, ou portant atteinte à l'intégrité du territoire ou à la forme républicaine de gouvernement, alors sa dissolution est prononcée par un tribunal civil sur requête de tout intéressé ou du ministère public. En 1901, seules les congrégations religieuses sont exclues de ce régime de liberté et soumises à un régime d'autorisation préalable, rejointes, à partir de 1936, par les associations dites étrangères³⁵⁰ ; la même année, sont susceptibles d'être dissoutes en Conseil des Ministres, les associations ayant organisé des manifestations armées dans les rues, ou des groupes de combat ou milices privées, ou ayant porté atteinte à l'intégrité du territoire ou à la forme républicaine de gouvernement. A partir de 1951, celles comprenant d'anciens collaborateurs au régime de Vichy sont aussi susceptibles d'une telle dissolution. La nouvelle loi de 1971 modifie principalement les dispositions précédentes en un sens dont la constitutionnalité peut en effet faire débat, dans la mesure où elle remplace dans les cas exceptionnels d'associations « apparaissant » fondées sur une cause susceptible d'en faire décider la nullité, ou « paraissant » reconstituer une association déjà dissoute pour nullité³⁵¹, le contrôle *a posteriori* par une autorité judiciaire, par un contrôle préalable initié par le Procureur de la République puis exercé par une autorité judiciaire. Le délai d'obtention du récépissé s'en trouve rallongé, pouvant aller de huit jours à deux mois. L'on apprend de la bouche du rapporteur que la presse, comme les débats parlementaires, ont parlé à ce propos d'un « système d'autorisation préalable », ce que le rapporteur réfute : un tel système existe déjà pour les congrégations religieuses et les associations étrangères pour lesquelles d'ailleurs l'autorisation émane du pouvoir administratif et même pas judiciaire. L'accusation serait donc ici outrancière, ce qui n'empêche pas le rapporteur, à travers une démarche très rigoureuse, de continuer de chercher à en comprendre le fondement. Il identifie d'abord trois problèmes éventuels, puisque la saisine elle-même n'en suggère aucun précisément : la conformité à l'article 34 c'est-à-dire la possibilité d'une remise en cause du caractère législatif du texte, la conformité à l'article 4 puisque c'est le point d'orgue de l'argumentation du Sénateur Marcilhacy considérant que la nouvelle loi fait obstacle à la libre formation des groupements politiques dont il est question dans cet article, et enfin le Préambule de la Constitution « au respect de laquelle il nous faut veiller » dit-il, incluant ainsi très naturellement le Préambule à ladite Constitution dès lors que la loi soumise au contrôle du Conseil concerne explicitement l'exercice d'une liberté publique.

Le Conseil d'Etat, apprend-on, a déjà considéré que la loi concernée, en posant des règles relatives

« aux droits civiques et aux garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques »

³⁴⁹ Possibilité de disposer de moyens de financement divers, de signer des contrats, d'employer des salariés et d'agir en justice.

³⁵⁰ Sièges à l'étranger, administrateurs étrangers, plus d'un quart des membres étrangers.

³⁵¹ C'est bien précisément le soupçon pesant sur l'association des amis de « la cause du peuple », l'organisation éponyme ayant, elle, été dissoute.

en était bien une ; or, précise Goguel, si

« notre Conseil n'est évidemment pas lié par l'avis du Conseil d'Etat »,

ce dernier semble au rapporteur avancer ici des raisons parfaitement fondées. A propos de l'article 4, en revanche, le rapporteur estime que Marcihacy a mal interprété la notion de groupements politiques « librement » formés en l'assimilant à l'impossibilité d'un contrôle préalable : en effet, à partir de la jurisprudence du Conseil constitutionnel de 1959, déclarant conforme un article du règlement du Sénat obligeant les groupes politiques à rendre publique une déclaration politique sans que cette obligation n'entraîne aucun contrôle de contenu de la déclaration, le sénateur aurait extrapolé une décision prise dans le seul cadre de l'activité d'une assemblée ; celle-ci n'a par définition aucunement vocation à provoquer manifestations violentes ou troubles dans la rue, et la décision de conformité du Conseil, à nouveau confirmée en 1971, n'aurait alors visé que la prévention de tout obstacle opposé par un groupe majoritaire à un groupe minoritaire, voire à des parlementaires isolés, que l'on empêcherait de s'exprimer à travers le contrôle préalable du contenu de leur déclaration. Enfin, si le rapporteur entend ainsi faire un usage adéquat de la jurisprudence de sa propre institution, il précise aussi que le sénateur a tronqué à tort l'article 4 invoqué qui, en effet, ne se contente pas de poser la libre formation de partis et groupements politiques contribuant au suffrage mais qui, pris dans son intégralité, rappelle aussi les devoirs de ces partis et groupements, à savoir le respect « de la souveraineté nationale et de la démocratie ». Or, selon François Goguel, précisément, un tel respect implique la légitimité d'un mécanisme de contrôle par l'autorité judiciaire. Rien pourtant ne l'atteste et c'est plutôt en réalité sa propre philosophie politique de la liberté que défend ici Goguel ; ce qu'il confirme en concluant sur ce point que,

« l'essentiel, c'est en somme de reconnaître que la liberté n'est pas la licence ou l'anarchie, que par conséquent, la liberté n'exclut ni la réglementation, ni le contrôle, à condition que celui-ci ne soit pas arbitraire, c'est-à-dire qu'il relève de l'autorité judiciaire et non des pouvoirs gouvernementaux ou de l'administration ».

Il en convient lui-même en rajoutant que cette approche peut tout-à-fait être débattue. Il conclut enfin, pour achever de démontrer le respect de l'article 4, que deux grands partis politiques français, le Parti socialiste, créé en 1905 (alors dénommé SFIO jusqu'en 1969 - Section Française de l'Internationale Ouvrière), et le Parti communiste, créé en 1920, n'existent encore au moment de ce débat qu'en tant qu'associations librement formées sans capacité juridique conformément à l'article 2 de la loi de 1901. Cette réalité et la non contradiction de cet article 2 de la loi de 1901 par la nouvelle loi prive cette dernière de tout soupçon liberticide de non conformité à l'article 4 de la Constitution sur la libre formation des partis politiques.

Pour finir, Goguel aborde alors la vérification de la conformité de la nouvelle loi au Préambule, c'est-à-dire à la DDHC et au Préambule de 1946 dans sa partie dédiée aux Principes Fondamentaux Reconnus par les Lois de la République (PFRLR). N'identifiant aucun passage de la DDHC qui pourrait renvoyer à la liberté d'association, il en vient au Préambule de 1946 : les PFRLR y sont seulement évoqués de la manière la plus vague, arbitraire et imprécise qui soit, voire dangereuse si l'on s'y appuyait pour contrôler la constitutionnalité d'une loi votée, pour reprendre les adjectifs utilisés par le rapporteur qui souligne ainsi son attachement à la plus grande rigueur en la matière et, ce faisant, à la valeur

d'une loi votée par les représentants du peuple puisqu'il rappelle à cet effet que l'article 3 de la Constitution précise :

« la souveraineté nationale appartient au peuple, qui l'exerce par ses représentants et par la voie du référendum ».

Juriste et membre du Conseil constitutionnel, François Goguel a aussi une longue expérience parlementaire et nous pouvons noter ici sa réticence à offrir trop aisément au Conseil constitutionnel la possibilité d'un contrôle de constitutionnalité des lois. Pourtant, que ce soit par honnêteté et rigueur intellectuelles ou encore par l'effet recherché d'une belle rhétorique de persuasion par la neutralisation de toute critique à venir, il ne se contente pas de cette approche superficielle des PFRLR et entreprend au contraire d'en saisir la genèse pour mieux en dégager le sens et montrer que finalement, l'on ne saurait en tirer une quelconque contradiction avec la nouvelle loi. En effet, les travaux préparatoires sur le Préambule de 1946 laissent penser que l'absence d'évocation de la liberté d'association y aurait à voir avec le fait que les congrégations religieuses ne jouissent pas, elles, d'une même liberté, et cela depuis la III^e République. Cette suggestion de Goguel, si elle demeure spéculative, n'en renvoie pas moins à une explication plausible étant donné le caractère problématique de la question religieuse dont témoigne l'avènement progressif de la liberté républicaine en France. Il en déduit que précisément, la liberté d'association n'a pas été évoquée lors de ces travaux parce que pour les associations jugées potentiellement dangereuses, à tort ou raison précise-t-il, comme les congrégations religieuses et plus tard les associations étrangères, le système d'autorisation préalable existait déjà. Autrement dit, Goguel propose une lecture par défaut du débat sur les PFRLR, considérant inutile de les citer dans la mesure où tout ce qui pourrait nuire au régime républicain est déjà sous contrôle...et de conclure magistralement en énonçant pour sa part un de ces principes fondamentaux :

« C'est un des principes fondamentaux de la République qu'elle se défende quand on la menace. »

Voilà de quoi réjouir les tenants d'une vision du juge constitutionnel créateur de droit ! Toujours est-il qu'une fois ce principe accepté, le système d'autorisation préalable proposé sous certaines conditions par la nouvelle loi ne contrarie pas le Préambule. Goguel conclut donc à la conformité de la nouvelle loi à la Constitution et le débat proprement dit s'ouvre à ses collègues.

Ce dernier argument s'expose immédiatement à la critique et la réplique vient de Paul Coste-Floret qui, dit-il, partage la même analyse que le rapporteur pour en déduire une conclusion différente, manifestant ainsi, s'il était encore besoin, que l'argumentation proprement juridique ne suffit pas à conclure. Paul Coste-Floret en vient plus directement à la description de la nouvelle loi en ce qu'elle remplace un système répressif par un système préventif, même si le contrôle est judiciaire et non pas administratif et, qu'en conséquence, elle contrarie la liberté d'association déjà reconnue à deux reprises par le Conseil d'Etat³⁵² comme un principe constitutionnel ; du reste, il situe la liberté d'association parmi les lois fondamentales de la République, ce qui est bien le cas des lois de la III^e République qui font

³⁵² 1956 et 1958, notamment l'arrêt fameux Conseil d'Etat du 11 juillet 1956 « Amicales des annamites de Paris », consacrant comme PFRLR la liberté d'association.

office de Constitution. Par ailleurs, il reprend les articles de la Constitution auxquels Goguel a confronté son analyse de la nouvelle loi et il suggère notamment que le rapporteur aurait extrapolé l'article 4 car au fond si l'on regarde cet article en entier, c'est bien après s'être formés librement que les partis peuvent être réprimés si jamais ils contrarient les principes de la souveraineté nationale et de la démocratie. Il affirmera aussi un peu plus loin que de

« la République ne doit pas être défendue par n'importe quel moyen ».

Ayant ainsi dessiné à son tour les grands traits d'un certain esprit républicain, il considère le système de contrôle préalable, instauré par la nouvelle loi, contraire au Préambule en tant que contraire au principe fondamental de la liberté d'association, qui en fait automatiquement partie comme il l'a démontré. L'argument est encore repris par Dubois, sur un registre directement à même de fonder une réflexion sur le régime républicain français :

« dans un régime libéral, on ne fait pas ce genre de procès, on juge sur les actes »

déclare ce dernier, rejoint par François Luchaire qui estime que

« ce n'est pas en s'en prenant à la capacité juridique des associations que l'on défend la République ».

Si Dubois rejoint Coste-Floret en tout point, il précise, en juriste, que le Conseil a déjà cité le Préambule dans un visa de la décision de juin 1970 sur les Communautés européennes. Les considérations politico-philosophiques sur la République ne se privent pas ici d'en appeler à une jurisprudence nourrie. Luchaire, lui, replace ainsi le débat sur un terrain moins philosophique où s'opposaient réellement deux conceptions de la République et de sa défense : si, selon lui, Goguel a raison de prétendre que la République doit se défendre, il ne saurait duper ses collègues en arguant que cette loi le permettrait. Il n'est donc plus question d'associer un tel prestige à cette dernière mais de la regarder pour ce qu'elle est : en s'en prenant à la capacité juridique des associations, elle prend seulement le risque que certaines, à la limite de la légalité, ne se déclarent plus. Piètre défense de la République en effet. Ce regard conséquentialiste et pragmatique permet d'atténuer le lyrisme des arguments de Goguel et de revenir au point crucial de la notion d'autorisation préalable. Or, c'est là une question de liberté fondamentale, à tout le moins, qu'elle soit liée aux principes de la République ou pas, semble dire Luchaire que nous nous devons de citer ici *in extenso* :

« Lorsque l'on compare le Conseil aux autres juridictions qui, dans le monde, exercent une activité semblable, on dit toujours que le Conseil est l'organe régulateur de l'activité des pouvoirs publics alors que les autres institutions étrangères sont les défenseurs des libertés. Aujourd'hui, le Conseil doit donc faire très attention car par l'affaire dont il a à connaître, il retrouve cette tâche de défenseur des libertés ».

Il y a là l'expression limpide d'une volonté de situer le Conseil par rapport aux autres Cours constitutionnelles c'est-à-dire comme un défenseur des libertés, ce qu'il n'est pas censé être à sa création mais qui s'impose peu à peu, lit-on de ses débats, par une jurisprudence propre et environnante autant qu'un contexte général ; en tout état de cause, si l'on ne saurait renvoyer sans exagération cette déclaration de François Luchaire à la volonté d'étendre le pouvoir de son institution, elle n'en témoigne pas moins son ambition de saisir les enjeux de la mission du Conseil et d'accomplir celle-ci. Les enjeux sont contextuels et en ce sens politiques : même s'ils sont mis au jour par la jurisprudence, ils renvoient à une certaine évolution libérale de la société ; la mission, elle, est de savoir à quoi se fier pour juger de la

constitutionnalité d'une loi et de le faire. Or, elle ne peut, précisément, être accomplie que moyennant la prise en compte de cette évolution libérale de la société, considérée à la loupe de la jurisprudence. En effet, soutenu par le caractère libéral de la République française déjà mis en avant sur le plan juridique par Coste-Floret, l'argument de Luchaire met le Conseil constitutionnel en devoir de s'affirmer dans un système démocratique libéral en plein essor. Ainsi, c'est une évolution politique du droit constitutionnel, ici au sens social, que traduisent les propos de Luchaire. Pour autant, ce dernier aborde cette évolution avec prudence, exhortant ses collègues à « faire très attention », ce qui conforterait plutôt l'hypothèse d'une retenue malgré tout, et non pas celle d'un Conseil prêt à s'emparer de la première opportunité d'accroître son pouvoir. Il s'agit finalement ici davantage de continuer de définir son propre rôle que de chercher à l'accroître *a priori*. Or, pour ce faire, dégager un PFRLR semble bien plus hasardeux que s'en référer à des décisions juridiques déjà établies ou encore à établir des limites sur le fond de la loi à partir de caractéristiques positives de la République, voire de s'en remettre à une version plus libérale, résolument plus dans l'air du temps et résumée par Luchaire. Cet argument a même ébranlé le rapporteur qui persiste néanmoins en soutenant que les arguments en faveur de la loi mis en avant par ses collègues – Luchaire, Dubois, Coste-Floret – sont d'opportunité et non constitutionnellement fondés. La possibilité d'interroger le Ministère de l'Intérieur est suggérée par Chatenet qui espère ainsi comprendre dans quelle mesure la nouvelle loi défendrait la République ; Dubois répond alors que le rôle du Conseil n'est pas de juger les intentions du Gouvernement. Cette nuance est importante pour un Conseil qui, s'il ne juge pas les intentions, les prend tout de même largement en considération.

La synthèse viendra du Président Palewski : le caractère législatif du texte soumis au Conseil, entendons sa conformité à l'article 34, ne fait pas de doute ; sa conformité à l'article 4, c'est-à-dire à la libre formation des groupements et des partis politiques associée à leur respect de la démocratie française, a donné matière à discussion et est par conséquent laissé de côté par le Président, manifestant ainsi son refus de trancher quand le débat contradictoire est fondé sur des oppositions philosophico-politiques ; en revanche, il lui semble insoutenable que la liberté d'association ne soit pas un PFRLR et il lui apparaît comme une évidence que le contrôle préalable modifie le régime même des associations, sur le fond et pas seulement sur des points de procédure. Une discussion brève s'en suit sur le fait de trancher l'affaire au fond, ce à quoi tous se rallient, y compris Goguel qui estime que le problème principal demeure un problème de procédure ayant des impacts sur le fond dès lors qu'une association peut être privée de sa capacité juridique un certain temps. La conclusion revient à Dubois, confirmant ainsi le rôle du Conseil plus qu'amorcé pendant le débat et pour qui,

« bien souvent...// la garantie du citoyen se trouve dans la procédure ».

La décision, pour la raison évidente d'une absence de consensus, est alors mise au vote ; elle déclarera la loi non conforme à la Constitution au moyen principal qu'elle bafoue la liberté d'association, principe fondamental alors identifié comme étant reconnu par les lois de la République, par six voix (Palewski, Coste-Floret, Dubois, Luchaire, Chatenet, Monnet) contre trois (Goguel, Rey, Sainteny). Cette fois, le Préambule est au cœur des considérants et l'on sait toute l'encre que cela a fait couler.

Conclusion

Cette délibération nourrit la réflexion antérieure sur l'évolution de la notion de « droits ». Leur invocation y est résolument façonnée par une recherche sur la manière d'exprimer la souveraineté nationale, liée à l'idée que la loi exprime la volonté générale et qu'il faut donc faire grand cas des raisons des institutions censées la traduire, tout en faisant valoir, d'une manière fructueusement contradictoire, « les garanties du citoyen », autrement dit les droits individuels collectivement garantis par une démocratie libérale. Très clairement, la tension entre les deux s'accroît ou s'annule à travers la mise au jour d'une liberté publique, en tant que PFRLR, qu'est la liberté d'association. Cette promesse de réalisation d'un compromis constitutionnellement viable, entre l'expression républicaine de la volonté générale d'une part et la protection libérale des citoyens d'autre part s'actualise par la prise en considération du Préambule. Cela avait de grandes chances de séduire un Conseil constitutionnel plus soucieux d'exister par la synthèse des interprétations constitutionnelles politiquement acceptables, que par la mise au jour de clivages au sein de la trame de fond du système républicain en place. Que la décision de conformité satisfasse politiquement son Président, sur un plan partisan, et celui du Sénat pour des raisons où l'intérêt de cette institution le dispute à la défense du droit d'association, n'enlève rien au fait qu'il est plus aisé pour un Conseil constitutionnel en quête de légitimité de jouer la conciliation entre Constitution et société plutôt que le clivage politique cristallisé par la nouvelle loi. Porté, précisément, par ce souci d'acceptabilité, le Conseil débat puis décide, en mettant au premier plan le rôle de protecteur des droits attendu d'une assemblée comme la sienne dans une démocratie libérale, tout en trouvant le moyen de le rendre incontestablement compatible avec le pacte républicain prévalant au sein de la société française, sans être soupçonné d'une extrapolation outrancière dès lors que la liberté d'association est l'une des lois historiques de la III^e République. Toutefois, si la conception que ses membres se font du rôle de leur institution se teinte d'une lecture nécessairement objective des attentes sociales vis-à-vis d'une Cour constitutionnelle - et ainsi les reflète -, elle ne traduit pas pour autant l'intention *a priori* de se positionner de telle ou telle manière mais bien plutôt le questionnement constructif que cela apporte au débat. En effet, l'analyse de cette délibération montre un Conseil soucieux de naviguer dans un champ d'opportunités bien comprises mais ni jamais unanimement convaincu du bénéfice à en tirer, ni exalté d'invoquer le Préambule d'une manière exceptionnelle. En ce sens, prétendre ici que le Conseil constitutionnel opère une révolution juridique semble abusif, sauf bien sûr à considérer l'idée de révolution à travers ses implications, voire ses impensés.

Pour autant, la révolution est en marche du point de vue extérieur...et la réforme constitutionnelle de 1974 viendra consacrer le Conseil constitutionnel dans son rôle de protecteur des droits en associant à cette mission nouvelle mais potentiellement théorique, un vivier d'acteurs susceptibles de l'actualiser : la minorité parlementaire devient en effet une instance de saisine. Ce qu'en pensent les membres du Conseil constitutionnel nous est offert par le procès verbal archivé de la délibération sur la loi organique correspondante, dont est automatiquement saisie l'institution. Néanmoins, pour mieux s'y pencher, il sied auparavant

de commencer à rendre plus explicitement compte d'un autre axe structurant les débats au titre même d'une réflexion sur son rôle par le Conseil constitutionnel et qui est du reste déjà ressorti des analyses précédentes. En effet, si l'usage du droit constitutionnel a été le premier abordé, de par sa récurrence et les formes diverses qu'il prend dans les débats, traduisant ainsi une certaine évolution de la compréhension de la démocratie française par les membres du Conseil constitutionnel, il doit aussi son effectivité, nous l'avons plusieurs fois souligné, à l'attachement concomitant que ceux-ci expriment à l'égard des autres institutions démocratiques, à commencer par le Parlement. C'est pourquoi le chapitre suivant, respectueux d'une chronologie incontournable d'une part et de la poursuite de la recherche en cours d'autre part, annonce la réforme de 1974 pour la considérer dans ce contexte de prise au sérieux du Parlement : ce contexte est en effet à la fois naturellement celui de ladite réforme, mais aussi celui du Conseil constitutionnel lui-même. Avant cela, une synthèse générale sur ce premier chapitre s'impose.

I.6. Tableau de synthèse C (février 1959-Année 1971) et conclusion des analyses cumulatives

Organisation de cette synthèse

Reprendre en synthèse les résultats des analyses des délibérations s'impose donc à présent, depuis la création du Conseil constitutionnel jusqu'à l'aube de la grande réforme de sa saisine en 1974, élargissant celle-ci à la minorité parlementaire ; ainsi, pour rester cohérent par rapport au découpage par présidence du Conseil constitutionnel, cette synthèse concerne ses deux premières présidences (Léon Noël, février 1959 – février 1965 ; Gaston Palewski, février 1965- février 1974).

Le tableau C ci-dessous propose une lecture plus immédiate de l'enchaînement compréhensif de nos conclusions, eu égard à notre question de recherche.

Il ne se substitue pas aux analyses détaillées précédentes et a seulement vocation à en résumer les traits principaux dans un souci de clarté générale, avant d'aborder plus précisément cette question du positionnement du Conseil constitutionnel par rapport au Parlement.

Les axes structurants sont, du reste, imbriqués les uns aux autres et ne se suivent pas d'une manière simplement séquentielle ou chronologique. Si le deuxième axe s'amplifie au point de devenir incontournable, certes, après le premier dans l'enchaînement des débats, il demeure qu'il s'y invite très vite, nous l'avons vu ; c'est bien sa première percée qui incite à se pencher plus avant sur ce qu'il livre pour notre question.

Le tableau C reprend donc les conclusions des tableaux A et B sur les enquêtes à poursuivre à l'issue des analyses des délibérations sur la période 1959-1965 (tableau A, Présidence Léon Noël) puis 1965-1969 (tableau B, Présidence Gaston Palewski 1) et les complète par les conclusions des analyses sur 1970-1971 (Présidence Gaston Palewski 2, avec l'émergence du préambule en 1970).

Il offre ainsi une vision d'ensemble des arguments déployés par les membres du Conseil constitutionnel qui leur permet d'exprimer une conception de leur rôle entre février 1959 et juillet 1971.

Points de basculement par rapport aux tableaux précédents

Il nous faut enfin noter un glissement important résultant de notre démarche de recherche compréhensive menée à partir des discours des acteurs : si dans les tableaux précédents (A, p.205 et B, p.264), une distinction était apparue au sein des arguments liés à des décisions ayant un impact direct sur les choix politiques en cours, selon l'auteur des saisines, celle-ci semblait s'atténuer à la fin de période Palewski 1 (Février 1965- Fin 1969) au profit d'une commune réflexion sur les enjeux voire sur les conséquences politiques des décisions pour les auteurs des saisines, quels qu'ils soient, et plus généralement pour les institutions au nom desquelles ils s'exprimaient et, *in fine*, les citoyens eux-mêmes. Cette atténuation ayant été confirmée par les débats suivants sur la période Palewski 2 (1970 – 1971), la distinction selon l'auteur des saisines n'apparaît plus dans le tableau C.

De la même manière, le tableau B montrait l'amorce d'un effacement de la ligne de partage entre les décisions ayant un impact politique direct et celles ayant davantage trait au fonctionnement des institutions : dans l'un et l'autre cas, les arguments semblaient pouvoir finalement s'accorder sur les conséquences de telle ou telle décision sur l'équilibre institutionnel, voire, plus faiblement, l'équilibre social. La période Palewski 2, qui complète le tableau B pour en faire le tableau C, confirme cette tendance. Cette distinction entre les deux cas demeure donc dans le tableau C mais relève d'une dissolution progressive à suivre.

C'est en réalité pour la même raison que l'on assiste à l'effacement de l'influence de l'auteur de la saisine comme à celui, plus discret pour l'instant, du poids prépondérant de l'impact politique direct des décisions. Les analyses précédentes ont en effet dégagé le fondement commun à ces deux tendances : une réflexion des membres du Conseil constitutionnel plus affirmée sur l'art et la manière de lier les énoncés constitutionnels aux pratiques réelles des institutions autant qu'aux conséquences d'une loi sur la vie publique.

Tableau C - Arguments structurant les délibérations du Conseil constitutionnel et suggérant ce que ses membres pensent de leur rôle – Février 1959-Année 1971

Fev 1959- Fév 1965 L. Noël	
<p>Débats liés à des décisions susceptibles d'avoir un impact direct sur les choix politiques (contrôle de constitutionnalité des lois ordinaires, mise en œuvre de l'article 16, opérations de référendum)</p> <ul style="list-style-type: none"> • Quelle affirmation au moins interne de son autonomie après la période gaullienne? • Quelle évolution éventuelle du rôle du droit constitutionnel pour mener à bien les délibérations à cet effet? • L'auteur de la saisine revêt-il toujours une importance? • Les saisines non obligatoires confirment-elles cette attention particulière quoi qu'en soit l'auteur? 	<p>Débats liés à des décisions ayant un impact moindre sur les choix politiques et davantage liées au respect du fonctionnement constitutionnel des institutions (règlements des assemblées, contentieux électoral à l'AN, lois organiques et déclassements)</p> <ul style="list-style-type: none"> • Quelle évolution de la place du droit dans ces débats où il y est déjà central? D'autres arguments interviendront-ils de manière décisive et susceptible d'exprimer un point de vue du Conseil sur son propre positionnement?
Fev 1965- Fin 1969 G. Palewski 1	
<p>⇒ Réponses : le droit constitutionnel est en effet de plus en plus souvent mobilisé comme une justification externe (au niveau des décisions) émancipant le Conseil du pouvoir politique (notamment gaulliste) mais également, et paradoxalement, de plus en plus en interne, comme un argument mis au service des enjeux politiques. A travers un approfondissement des textes juridiques disponibles, le Conseil s'autorise ainsi des incursions dans une réflexion de fond sur les choix politiques examinés, en particulier à l'occasion de saisines non obligatoires.</p> <p>A suivre :</p> <ul style="list-style-type: none"> • Vers davantage de prise en compte des contextes, d'une analyse non pas de l'opportunité des choix politiques mais de leur constitutionnalité associée à leur efficacité dans une situation donnée? • L'usage de la jurisprudence du Conseil constitutionnel semble stabilisé comme un instrument propre à proposer des décisions indiscutables. • L'évaluation des institutions dans leur relation avec les citoyens se confirme-t-elle comme relevant aussi du rôle du Conseil constitutionnel aux yeux de ses membres? • Les saisines non obligatoires continuent-elles à être étudiées dans leur environnement institutionnel où le Conseil affinerait un rôle d'arbitre? * Qu'advient-il de l'importance de l'auteur de la saisine? 	<p>⇒ Réponses :</p> <ul style="list-style-type: none"> • Prise en compte des conséquences politiques des déclassements et usage du droit constitutionnel en interne pour encadrer l'importance du politique qui prime, dans une perspective conséquentialiste (e.g. si l'on modifie le statut de telle disposition maintenant, cela fera jurisprudence et les conséquences dans un autre contexte ne seront alors peut-être pas souhaitables car allant à l'encontre d'un projet politique bloquant certains fonctionnements institutionnels) • Règlement des assemblées : attention particulière émergeant à savoir celle accordée à la liberté des assemblées en tant que représentantes des citoyens; droits des citoyens à être représentés par des assemblées libres. <p>A suivre :</p> <ul style="list-style-type: none"> * Le Conseil constitutionnel continue-t-il de jouer le compromis inter-institutionnel à travers le droit constitutionnel?
1970 – 1971 G. Palewski 2	
<p>Réponses :</p> <ul style="list-style-type: none"> • Prise en compte du contexte et des enjeux politiques à travers des discussions relatives aux intérêts nationaux. • Prise en compte du contexte et des enjeux politiques à travers des discussions sur ce qu'en attend l'opinion. • Mise au jour de nouvelles sources de droit, notamment le Préambule afin de mieux appréhender certaines notions politiques; notamment conflit puis coexistence et éventuellement remplacement au fil des débats, entre le Préambule et la notion de souveraineté. Vers une prise en compte accrue de la liberté des justiciables puis des individus porteurs de droits avant même les intérêts du gouvernement et de la mise en œuvre du programme pour lequel il a été élu. • L'auteur de la saisine s'efface devant l'importance aux yeux du Conseil des opportunités que représentent pour lui la réconciliation entre Constitution et enjeux politiques. <p>A suivre :</p> <ul style="list-style-type: none"> • Le droit constitutionnel mobilisé pour clarifier le dialogue entre Parlement et Gouvernement; ici, perçoit l'idée que la Constitution encadre la volonté générale. • Le droit constitutionnel spécifiquement mobilisé pour protéger les droits individuels. • Le Conseil se positionne dans ses débats comme reliant ces deux pôles ci-dessus, les représentants des citoyens d'un côté et les individus de l'autre, à travers un rapport nouveau à la loi, comme expression des libertés publiques et collectives provenant de droits attachés à chaque individu. Un positionnement entre respect et émancipation vis-à-vis des choix parlementaires pour en faire émerger le droit à travers la protection du citoyen. • A cette fin, le Préambule revêt alors un rôle structurant car il offre au Conseil la possibilité de désigner ces libertés publiques, avec toute la logique jurisprudentielle qui s'ensuit. 	<p>A suivre :</p> <ul style="list-style-type: none"> • Les droits des citoyens perçus même au niveau des débats sur les lois organiques : le fonctionnement constitutionnel des institutions apparaît comme une condition du respect de ces droits. • Poursuite de l'art de privilégier le dialogue entre Gouvernement et Parlement dans les débats relatifs aux déclassements.

Ces arguments évolutifs mis au jour dans leur ensemble sur la période 1958-1971 permettent de déduire que si le Conseil constitutionnel n'a pas de stratégie définie une fois pour toutes pour pérenniser son pouvoir parmi les institutions démocratiques, ses membres pensent néanmoins stratégiquement à cette fin, au cas par cas, selon les examens qui leur sont soumis.

Les arguments qu'ils mobilisent nous livrent du reste les raisons de cette dimension stratégique en demi-teinte : ils renvoient très souvent à des contraintes explicitement énoncées par les membres du Conseil constitutionnel.

En d'autres termes, pour pouvoir proposer des décisions acceptables, il leur faut bien tenir compte de certains faits établis et dont la légitimité n'est pas à prouver ; ceux-ci s'entendent, si l'on s'en tient aux propos mêmes des membres du Conseil constitutionnel, comme résultant d'un contexte institutionnel et démocratique général et d'une culture politique. Le contexte général dans lequel ils interviennent est retranscrit dans la Constitution de la Ve République et la forme de légitimité démocratique qu'elle valide ; la culture politique dont hérite ce contexte est celle du poids du pouvoir législatif électif en tant que représentant de la nation, remodelé par l'influence historique puis constitutionnelle de de Gaulle renforçant le poids de l'exécutif et du Gouvernement.

Cette stratégie de positionnement du Conseil constitutionnel correspond ainsi à un calcul des options les plus pertinentes pour respecter ces contraintes afin d'aboutir à des décisions qui tiendront leur légitimité de ce respect tout en saisissant les opportunités éventuelles d'affirmer ou d'étendre une compétence. Ce serait donc plutôt une stratégie par défaut : plus que rechercher une légitimité, les membres du Conseil constitutionnel entendent ne pas paraître illégitimes c'est—à-dire qu'il faut s'interdire de passer outre certaines contraintes bien établies par le fonctionnement à la fois constitutionnel et historique des institutions démocratiques.

Pour autant, les arguments échangés par les membres du Conseil constitutionnel montrent que la conception qu'ils se font du rôle de leur institution se modifie, précisément parce que des opportunités nouvelles apparaissent mais aussi parce que les contraintes se muent elles-mêmes en opportunités à la faveur de deux traits majeurs relatifs aux arguments mobilisés : le droit constitutionnel est aussi jurisprudentiel et respecter une jurisprudence est souvent l'opportunité de s'imposer sans craindre de trahir la forme de légitimité électorale dominante ; le respect du fonctionnement constitutionnel des institutions peut s'enrichir sur le plan interprétatif d'une compréhension d'autres enjeux à l'œuvre pour les pouvoirs publics et cette approche est porteuse d'une dimension pédagogique du rôle du Conseil constitutionnel vis-à-vis de ces acteurs.

Ainsi, les arguments identifiés comme structurant dans le temps les délibérations pour les mener aux décisions renvoient-ils à une alchimie entre contraintes et opportunités, celles-ci étant autant de moyens à la disposition du Conseil constitutionnel pour penser son rôle de manière nouvelle ou simplement plus affirmée à partir des contraintes initiales alors stratégiquement reconsidérées.

Le chapitre conclusif de la première partie reviendra sur cette articulation des arguments suggérant une forme de légitimation possible du Conseil constitutionnel en fonction des opportunités et des contraintes perçues par celui-ci, et que nous décrirons alors plus spécifiquement.

Parvenant à certains égards à dépasser stratégiquement ces contraintes, les membres du Conseil constitutionnel pourront aussi les envisager à l'aune d'une réflexion politique propre mais il est trop tôt pour aborder cette dernière idée qui fera l'objet du troisième chapitre.

En revanche, l'évolution des arguments mobilisés lors des délibérations internes du Conseil constitutionnel, en donnant à voir comment ses membres envisagent le rôle de leur institution, permet déjà de saisir leur propre analyse des changements à l'œuvre au sein de la pratique démocratique française. En effet, en accord avec les hypothèses initiales posées pour cette recherche, il sied de rappeler que ce qui se dit en interne dans le secret des délibérés, en ne figurant pas nécessairement de manière explicite dans le texte public de la décision correspondante, ne saurait tenir *a priori* la promesse de livrer tel quel un processus de légitimation du Conseil constitutionnel : l'on ne pourrait pour cela que spéculer sur la fidélité aux débats internes de l'interprétation que font les pouvoirs publics et les citoyens des décisions. En revanche, ce qui se dit en interne pour penser le rôle ou la place du Conseil constitutionnel parmi les autres institutions républicaines, précisément, s'appuie sur le regard que ses membres portent sur ce système dans son ensemble ; ainsi l'évolution des arguments mobilisés traduit-elle un changement dans la compréhension partagée sur ce système et sa pratique démocratique. En retour, et par définition, cette évolution de la pratique démocratique ainsi repérée informe sur ce qui peut y être considéré comme légitime.

Ce ne sont donc ni les décisions, que nous n'analysons pas et qui demeurent en la matière plus elliptiques, ni même les délibérations proprement dites, qui décrivent un processus de légitimation du Conseil constitutionnel : ce sont les changements démocratiques décelés par les secondes qui informent de nouvelles pratiques démocratiques possibles et potentiellement à l'œuvre.

Si à ce stade, rien ne prouve que celles-ci soient réellement actualisées, il est temps d'en dire deux mots au titre de leur seule plausibilité, dégagee de ces trois premières séries d'analyses. Précisons encore que cela ne saurait apporter une vision détaillée des rouages institutionnels, de leur efficacité et de leurs limites : ce n'est pas notre propos et le matériau étudié n'y suffirait pas. Plus simplement, du regard porté par les membres du Conseil constitutionnel sur le système démocratique à travers leurs discours sur l'intégration acceptable de leur institution dans ce système, nous tirons les traits changeants de ce dernier ; ils informent alors sur la pratique démocratique à l'œuvre, entendons les acceptions nouvelles de la légitimité démocratique.

En synthèse, voici ces grands traits évolutifs :

- Le système institutionnel républicain marqué par la suprématie de l'élection comme critère de légitimité démocratique tolère la jurisprudence constitutionnelle comme une raison acceptable de modifier ses projets, au moins dès la fin de la présidence gaullienne.
- Le système judiciaire en place est suffisamment souple ou imprécis, et du reste indécis en matière de prise en compte du droit européen, pour pouvoir accepter une nouvelle jurisprudence constitutionnelle sur les droits et libertés mais aussi sur ses propres principes.
- Le rôle prégnant du Parlement dans la pratique démocratique française, point de départ de ce travail, n'est pas démenti : même contrôlé, celui-ci s'impose aux yeux du Conseil

constitutionnel dans sa pleine souveraineté, induisant, à beaucoup d'égards, la considération de la position du second par rapport à celle du premier.

- L'émergence progressive des libertés individuelles comme revendication démocratique, au-delà même des libertés publiques collectives, traduit, à travers le regard du Conseil sur ces libertés, un glissement perceptible du sens de la loi, passant de l'expression d'une règle dont le respect assure la protection du bien commun et ramassée sous le terme de libertés publiques, à la reconnaissance de droits pré-existant pour chaque individu et que la loi doit donc respecter avant même d'en énoncer la règle. Cette émergence suggère le développement de l'Etat de droit dans le cadre de la démocratie représentative qui en rendrait possible la revendication ou encore, en d'autres termes, un certain libéralisme politique à l'œuvre au sein du système républicain représentatif.

CHAPITRE II – Un co-législateur ?

Les enjeux de la nouvelle saisine parlementaire pour le positionnement du Conseil constitutionnel par rapport au législateur

II.1. La loi, le Parlement et la Constitution

II.1.1. S'adresser au Parlement

Dans la perspective précédemment annoncée, les débats relatifs à la décision du 08 novembre 1972 sur la nature juridique de certaines dispositions du code de la sécurité sociale et à la décision du 27 décembre 1973, relative à la taxation d'office et constituant la première décision renvoyant explicitement à la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, en vertu du principe d'égalité, sont à prendre au sérieux : juridiquement, sur le plan de l'intégration du Préambule et de la protection des droits, ils creusent plus avant le sillon entamé depuis plusieurs années au sein d'autres délibérations et officialisé en 1971 ; ce faisant, ils inscrivent le Conseil constitutionnel dans un rapport direct au Parlement. En effet, le choix de ce dernier pour élaborer et voter la loi est impossible à occulter de la réflexion menée par les conseillers, sous diverses formes.

Séance du 08 novembre 1972, décision 72-74 L : nature juridique des dispositions du paragraphe II de l'article L. 544 du code de la sécurité sociale*

=> Qu'apprend-on ici ?

La question relève d'une saisine du Premier ministre pour déclassement et la définition du domaine législatif revêt dans ce débat une ampleur particulièrement révélatrice de la montée en puissance d'un Parlement initialement censé être contrôlé par le Conseil constitutionnel. S'il s'agit encore de « marquer des limites », fidèlement à la vocation première du Conseil, le Président Palewski rappelle que c'est parce que, *a contrario* de cette mission initiale, le Conseil constitutionnel s'est montré jusque-là libéral avec le Parlement.

Du reste, il donne ici gain de cause au Gouvernement au nom de sa propre jurisprudence et afin de rappeler à celui-ci qu'il dispose des outils nécessaires pour éviter ce type de confusion. Le droit permet donc au Conseil constitutionnel d'exprimer un point de vue neutre de toute intention politique mais pas neutre d'une intention de positionnement dans un jeu institutionnel mené par le Gouvernement et le Parlement, avec lesquels il s'avère donc souhaitable de trouver le juste niveau de dialogue.

La séance du 08 novembre 1972 donne lieu à la décision 72-74 L sur la nature juridique des dispositions du paragraphe II de l'article L. 544 du code de la sécurité sociale. Il s'agit là d'une saisine du Premier ministre quant au caractère éventuellement réglementaire plutôt que législatif de ces dispositions. Il est intéressant de revenir à ces types de saisines du Conseil constitutionnel, non obligatoires, relativement rares et stables sur la période étudiée, car elles

permettent d'enrichir notre angle de vue sur la relation du Conseil au Parlement considérée à partir de débats portant sur la répartition des pouvoirs et pas exclusivement sur le contrôle de constitutionnalité des lois, comme cela sera le cas de la délibération suivante.

Le rapporteur, Pierre Chatenet, commence par déclarer que la saisine est régulière et qu'il s'agit de savoir si les dispositions citées résultant d'une ordonnance du 21 août 1967, ratifiée par la loi du 31 juillet 1968, ont un caractère législatif ou réglementaire, tandis que le Secrétariat Général du Gouvernement a accompagné la lettre de saisine d'une note développant la thèse réglementaire. Chatenet fait aussitôt remarquer qu'une ordonnance, en vertu de l'article 38 de la Constitution, a trait à

« des mesures qui sont normalement du domaine de la loi »

tandis qu'en pratique, il sied de constater que les rédacteurs de ces textes

« n'ont pas à l'esprit la distinction entre l'article 34 et l'article 37 »,

autrement dit la distinction entre respectivement ce qui relève du domaine de la loi et ce qui n'en relève pas. Ce serait donc, poursuit-il à travers une accusation qui a ici le mérite de la clarté, le gouvernement qui serait à l'origine d'une confusion entre les domaines législatif et réglementaire pour demander ensuite au Conseil de lever celle-ci. Mais Luchaire met en garde ses collègues contre un empiètement éventuel du Conseil constitutionnel sur le périmètre du Conseil d'Etat, censé distinguer entre matière législative et réglementaire lors de l'examen de tout projet d'ordonnance. Il s'agit donc là pour Chatenet, de ne pas enfermer le Conseil constitutionnel dans un rôle propice à certaines facilités pour le gouvernement et pour Luchaire,

« d'éviter qu'une mise au point du Conseil constitutionnel n'apparaisse comme un blâme à l'égard du Conseil d'Etat ».

Dans les deux cas, il sied donc pour le Conseil constitutionnel de se positionner par rapport au Gouvernement et au juge administratif suprême en tant que le second est aussi le conseiller du premier : ne pas voler au secours des confusions gouvernementales et ne pas se placer en surplomb de l'autorité judiciaire administrative. Chatenet adhère aussi à cette dernière précaution, exprimant également son souhait de « ne pas heurter le Conseil d'Etat ».

Ces propos situent une fois de plus le Conseil constitutionnel au sein d'une grande famille institutionnelle qu'il connaît bien et dont il respecte les rouages comme les positions, quand bien même il cherche à y clarifier la sienne. C'est encore le Président Palewski qui opère une synthèse constructive pour le Conseil constitutionnel : s'en remettant à sa connaissance pragmatique de la pratique des ordonnances qui servent souvent à faire passer des mesures où le doute entre législatif et réglementaire demeure, il estime que l'occasion est donnée à l'institution qu'il préside de « mettre les choses à leur juste place », c'est-à-dire de jouer auprès du seul Gouvernement un rôle non pas d'expert de la distinction entre les matières législatives et réglementaires mais, plus en amont, de contrôleur du respect par chacun de ses attributions ; autrement dit, plus que répondre au Gouvernement sur ces questions, le Conseil devrait rappeler à ce dernier qu'il a aussi les moyens d'y voir clair avec plus de rigueur entre loi et règlement.

Sur le fond, le texte en question, explique ensuite le rapporteur, invite à se demander si les abattements affectant le montant des prestations familiales selon des zones territoriales peuvent être supprimés par décret, c'est-à-dire de manière réglementaire. Il s'en remet alors à l'article 34 de la Constitution, précisant le domaine de la loi et notamment les principes

fondamentaux de la sécurité sociale, principes souvent explicités, du reste, par le Conseil constitutionnel. C'est donc vers une jurisprudence propre à ce dernier que regarde le rapporteur en faisant remarquer que sur les points concernés – détermination des prestations et détermination des catégories de bénéficiaires-, le Conseil d'Etat a adopté la même. Cette précaution prise, il poursuit en indiquant les contreparties de cette jurisprudence qui ont aussi été dégagées par le Conseil constitutionnel quant aux domaines à écarter de ces principes fondamentaux de la sécurité sociale, à savoir les modalités de calcul des prestations. Ces dernières paraissent donc clairement, aux yeux du rapporteur, relever du domaine réglementaire à travers la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Il conclut au caractère réglementaire du texte soumis et précise qu'il faudra « éviter les interprétations abusives » en préconisant pour cela un projet de décision « extrêmement prudent ». Opaque sur l'objet de cette prudence, le rapporteur semble néanmoins se rallier aux observations précédentes : rappeler au Gouvernement qu'il dispose de textes et d'une jurisprudence pour traiter lui-même rigoureusement de ces questions, sans pour autant heurter le Conseil d'Etat. Luchaire, lui, émet malgré tout des doutes sur le fond, que Chatenet lève rapidement et

« le Conseil se déclare d'accord avec les conclusions du rapporteur »,

lit-on dans le procès-verbal de la délibération. Pourtant, la discussion se poursuit avec une remarque de Palewski sur la manière très « libérale » –sic- avec laquelle le Conseil a jusqu'à présent défini la matière législative en matière de sécurité sociale ;

« il est bon de marquer des limites »

en conclut-il, comme s'il revenait au rôle du Conseil constitutionnel indépendamment de la décision prise. Ce rôle renvoie ici à un Conseil qui semble devoir demeurer le garant du respect des attributions constitutionnelles de chaque institution, en s'aidant de sa propre jurisprudence.

Conclusion

S'il ne s'agit pas ici d'écouter l'avis du Parlement en tant que tel puisque la question relève d'une saisine pour déclassement, la définition du domaine législatif revêt tout de même une ampleur révélatrice ici d'une montée en puissance d'un Parlement initialement censé être contrôlé par le Conseil constitutionnel. S'il s'agit encore de « marquer des limites », ce en quoi le Conseil reste fidèle à sa vocation première, le Président Palewski rappelle que c'est parce que, *a contrario* de cette mission initiale, le Conseil constitutionnel s'est montré jusque là libéral avec le Parlement. Du reste, s'il donne ici gain de cause au Gouvernement, c'est au nom de sa propre jurisprudence et afin de rappeler à celui-ci qu'il dispose des outils nécessaires pour éviter ce type de confusion. Le droit permet donc au Conseil constitutionnel d'exprimer un point de vue neutre de toute intention politique mais pas neutre d'une intention de positionnement dans un jeu institutionnel mené par le Gouvernement et le Parlement avec lesquels il est donc souhaitable de trouver le juste niveau de dialogue.

Il est intéressant et nous aurons l'occasion d'y revenir, de signaler que la discussion s'achève avec un compte-rendu de François Luchaire, totalement étranger à la question traitée et à présent close, sur la conférence des cours constitutionnelles européennes à laquelle il a assisté quelques jours plus tôt; il en rapporte la pression qu'il a ressentie de la part de celles-ci pour « accentuer le contrôle des parlements » en commentant que ce n'était pourtant pas là le rôle

de la conférence. Celle-ci a eu lieu à Dubrovnik au moment où le communisme yougoslave espérait démontrer sa supériorité par la maîtrise de ses assemblées locales, explique François Luchaire à titre d'éclairage sur cette pression inattendue, émanant selon lui davantage des organisateurs et à tout le moins injustifiée pour le membre d'un Conseil constitutionnel cherchant davantage à accentuer le dialogue plutôt que le contrôle du Parlement. Ainsi, cette réaction clairement partisane et anti-communiste d'un Luchaire qui soutient ici davantage un certain libéralisme parlementaire se fait aussi par ricochet l'écho d'une évolution du Conseil constitutionnel vers le Parlement ; celle-ci est du reste d'autant plus prégnante, comme déjà souligné, qu'au fond le légicentrisme précède la création du Conseil constitutionnel.

Séance du 27 décembre 1973, décision 73-51 DC : taxation d'office, article 62 de la loi de finance pour 1974 ; première décision renvoyant explicitement à la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, relativement au principe d'égalité.

=> Qu'apprend-on ici ?

La décision de non conformité sera fondée à la fois sur la méconnaissance de la procédure citée par plusieurs conseillers et sur celle de la déclaration de 1789, au titre du principe d'égalité, discuté mais néanmoins peu soutenu par les membres du Conseil constitutionnel ; par ailleurs, tout l'article concerné et non seulement l'amendement examiné sera alors déclaré non conforme.

Cette éventuelle séparation entre l'article et sa partie amendée est rejetée par certains membres au nom de l'accord sous-jacent entre Gouvernement et Parlement qui serait ainsi trahi, quand le Président Palewski, lui, refuse aussi une telle séparation mais pour des raisons relevant d'un rôle plus juridictionnel du Conseil.

Il s'agit finalement pour le Conseil constitutionnel de montrer sa bonne compréhension du jeu parlementaire mais pour mieux y faire valoir le droit et, ce faisant, protéger le citoyen. Le Conseil, par la voix de son Président, se définit ainsi comme le protecteur des droits individuels et s'affirme dans ce jeu interinstitutionnel dont il ne saurait se montrer dupe.

La séance du 27 décembre 1973, en présence de tous les membres dont nous commençons à être familiers, porte donc sur l'examen de la conformité à la Constitution de la loi de finances pour 1974, sur une saisine du Président du Sénat, Alain Poher, notamment au sujet de l'article 62 de cette loi. Ce dernier, précise le rapporteur Pierre Chatenet, prévoit une modification de l'article 180 du code général des impôts, par une décharge de cotisation, sous le contrôle du juge de l'impôt, dans la mesure où, citons les conditions mentionnées dans cet article 62,

« les circonstances ne peuvent laisser présumer l'existence de ressources illégales ou occultes ou de comportements tendant à éluder le paiement normal de l'impôt, et si les bases d'imposition n'excèdent pas cinquante pour cent de la limite de la dernière une limite nécessaire de la base d'imposition »,

limites que le Président du Sénat considère non conformes à la Constitution. Celui-ci parle même dans sa lettre de saisine,

d' « une discrimination basée sur la fortune vraie ou supposée d'une certaine catégorie de citoyens ».

Le rapporteur commence par rappeler que l'article 180 qu'il s'agit ici de compléter, renvoie à la taxation d'office de citoyens dont il s'avère qu'à tort, certains revenus n'ont pas été déclarés et d'en conclure que ces dispositions,

« ont donc pour objet d'éviter la fraude ou l'évasion fiscale »,

en rappelant que cet article,

« a toujours été hautement controversé » au motif d'un « procédé de taxation autoritaire » et du « caractère inquisitorial » de l'impôt sur le revenu qu'il renforce ainsi.

C'est pourquoi, selon le rapporteur, cet article

« revêt une importance politique certaine ».

Et d'en lister les divers débats qui, depuis 1970, agitent régulièrement le Parlement à l'initiative –vaine- de certains parlementaires soucieux de rendre la taxation d'office « moins brutale ». Le dernier débat alors en date, celui de 1973, poursuit le rapporteur, est issu d'un amendement visant à

« donner un moyen de défense aux contribuables taxés d'office ou à certaines catégories d'entre eux ».

Cet amendement finalement adopté, le Gouvernement a à son tour amendé le texte avec la disposition faisant ici à présent débat, en raison, *dixit* la lettre de saisine, de son caractère « discriminatoire ».

Le rapporteur conclut cet historique en annonçant à ses collègues un débat

« déplaisant car celui-ci (le Conseil) doit faire un choix entre l'inquisition et la fraude et sa décision sera critiquée quelle qu'elle soit ».

Une fois encore, il ne s'agit pas uniquement de choisir selon le seul droit mais de se projeter vers ce qui est attendu, voire acceptable de la part du Conseil constitutionnel ; autrement dit, il s'agit de délibérer pour dégager collégialement une décision fondée sur ce que le Conseil pense être de son ressort, que cette décision l'exprime en tant que tel ou pas. C'est ce regard de l'institution sur elle-même que nous traquons et qui s'affirme ici encore comme un axe structurant pour ses débats. Dans cette perspective, néanmoins, sur le fond, le rapporteur pressent la difficulté :

« c'est un débat difficile car il met en cause plus des principes que des textes ».

En réalité, les textes seuls pourraient être débattus mais situer le débat dans le contexte plus large du bien-fondé de la loi initiale invite à prendre en compte ce qui a fait débat au Parlement et qui dépasse, par définition, le droit, en l'occurrence, le fait de ne donner qu'à certains contribuables la possibilité de se défendre dans le cadre d'une taxation d'office. Toutefois, l'examen de la conformité à la Constitution des textes concernés demeure sans conteste structuré autour d'une analyse de la conformité aux articles pertinents de la Constitution puis à ceux du Préambule, annonce le rapporteur, qui nous fait ainsi prendre acte de ce qu'il annonce, deux ans après la fameuse décision de 1971, comme étant « toujours la même méthode ». Rapidement, c'est l'article 2 de la Constitution, relatif à l'égalité devant la loi de tous les

citoyens, qu'il avance comme pouvant être remis en cause par le texte examiné. Or, cet article, poursuit-il, s'il s'en prend littéralement aux discriminations fondées sur « l'origine », « la race » ou « la religion », ne fait pas cas de la fortune. Quant au Préambule, qu'il s'agisse de l'article 1^{er} posant fameusement que « les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits » ou de l'article 5 sur la manière égale avec laquelle la loi s'applique à tous, il n'est pas contrarié par la nouvelle loi selon le rapporteur, dans la mesure où la discrimination incontestable qu'elle instaure est le propre de toute la législation fiscale sans que ces articles du Préambule soient remis en cause. Enfin, dit-il,

« la DDHC est un peu dépassée en ce qui concerne les principes économiques »,

ne prenant aucunement en considération les évolutions économiques et sociales ultérieures. Il est intéressant de noter qu'à ce stade d'un exposé dont il est difficile de ne pas considérer l'argumentation relative à la discrimination et au Préambule comme quelque peu rapide, le rapporteur éprouve le besoin de rassurer ses collègues quant à la légitimité, *a contrario*, de l'invocation de la même DDHC pour ses décisions précédentes sur la liberté d'association ou les contraventions :

« ce qui touche aux libertés publiques » y aurait selon lui « gardé plus de valeur ».

Voilà une appréciation rassurante permettant de dédouaner le rapporteur de toute invocation du Préambule en matière économique sans pour autant contredire l'usage qu'a précédemment fait le Conseil constitutionnel du même Préambule. Le rapporteur ne s'en tient cependant pas à cette seule version et prend soin de nourrir un exposé contradictoire sans pour autant argumenter de manière détaillée : l'on pourrait en effet de la même manière déclarer le texte en question non conforme à la DDHC au titre des principes fondateurs de celle-ci, en considérant que le droit fiscal seul, et par conséquent la notion de principes économiques précédemment invoqués, ne sont pas le fond d'un problème qui pose en réalité une distinction entre ceux qui peuvent être contre les pouvoirs publics et les autres ; auquel cas, ce serait bien le principe d'égalité qui serait bafoué. Si l'on relie cette conclusion à l'introduction du rapporteur, nous noterons qu'il avait prévu : deux solutions sont possibles, l'une déclarerait la loi conforme à la Constitution et le risque encouru par le Conseil est alors d'être considéré comme encourageant « l'inquisition » ; l'autre, à l'inverse, déclarerait la loi non conforme à la Constitution et le Conseil pourrait être critiqué pour son soutien à « la fraude ». Il va de soi que le débat public ne se priverait pas de ce type d'attaques verbales à l'endroit du Conseil comme à celui de toute institution politique, mais si le Conseil, par la bouche de son rapporteur pour le moment, y prête autant d'attention, c'est bien qu'il n'envisage pas son rôle sous le seul angle du respect du droit, quand bien même toute motivation ne saurait être exprimée autrement.

A l'initiative du Président Palewski, la discussion s'engage alors et c'est François Luchaire qui argumente contre l'idée d'un manquement au principe d'égalité, en ancrant le propos sur l'hypothèse même suggérée par Chatenet mais pour la prendre à rebours : dès lors que les principes de 1789 ne posent pas d'égalité stricte devant l'impôt comme le précise l'article 13 de la DDHC sur la contribution des citoyens « à hauteur de leurs facultés », il semble en effet inutile d'invoquer le dépassement du droit fiscal par la DDHC au motif que celle-ci prônerait exclusivement une égalité de traitement entre tous les citoyens ; autrement dit, la DDHC elle-même est explicite, selon Luchaire, quant à un droit fiscal par définition discriminatoire. Dans

ces conditions, le droit fiscal dans toute son évolution historique mobilisée par le rapporteur contre la DDHC et le principe d'égalité de celle-ci suggéré comme obsolète en matière fiscale, n'est pas opposable au texte même de la DDHC en l'espèce.

En s'en remettant ainsi plus directement au texte de la DDHC à travers cet article 13, Luchaire parachève en réalité la démonstration de Chatenet qui ne tenait, plus faiblement, que sur une appréciation de l'obsolescence de la DDHC sur le plan économique. Il renforce ainsi ce faisant la pertinence de l'usage de cette dernière. Ainsi, face à l'alternative proposée par le rapporteur, Luchaire opte-t-il, pour des raisons d'abord juridiques, pour la conformité de la loi. Il livre cependant ensuite une autre analyse, toujours juridique et cette fois liée à la procédure parlementaire ; en effet, si le Président du Sénat a saisi le Conseil constitutionnel, c'est en raison de l'irrecevabilité, déclarée par le Gouvernement, des amendements proposés par les sénateurs Dailly et Marcilhacy³⁵³ afin de donner un moyen de défense aux contribuables taxés d'office ; la Commission des finances du Sénat avait alors déclaré, elle, les amendements recevables ; passé ensuite en Commission mixte paritaire, le texte ainsi amendé l'avait à nouveau été par le Gouvernement par l'ajout de la disposition ayant déclenché la saisine du Conseil constitutionnel par le Président du Sénat. Luchaire souligne ici que l'irrecevabilité invoquée d'abord par le Gouvernement l'avait été à tort sur le fondement de l'article 40³⁵⁴ de la Constitution refusant les amendements susceptibles d'induire une diminution des ressources publiques ou une aggravation de leurs charges.

Or, cela suppose, observe Luchaire, que l'administration surévalue les dépenses pour qu'une telle annulation éventuelle d'une taxation d'office soit considérée comme une diminution de ressources avant même que le taxé d'office n'ait pu s'en défendre. En revanche, l'article 42 de l'ordonnance du 2 janvier 1959 portant loi organique relative aux lois de finances, poursuit-il, également invoqué par le Gouvernement, était bien opposable à l'amendement puisqu'il entend éviter les cavaliers budgétaires, autrement dit les amendements visant autre chose que l'objet même de la loi de finance en ne cherchant ni à supprimer ni à réduire une dépense, ni à créer ni à accroître une recette. L'article concerné était bien irrecevable à ce titre et c'est sur ce motif que le Conseil constitutionnel devrait annuler l'amendement dans son ensemble, préconise Luchaire, puisque les lois organiques ont été considérées par l'institution comme faisant corps avec la Constitution. Ainsi, sous le seul angle de la procédure juridique associé à la pratique du Conseil, la disposition examinée devrait-elle être déclarée non conforme à la Constitution. Reste alors à

« résoudre le problème de l'inséparabilité de la dernière disposition »

du reste de la loi de l'article. Là encore Luchaire rappelle la pratique du Conseil qui

« a toujours examiné ce problème en fonction de l'applicabilité du texte dont une disposition serait déclarée inconstitutionnelle ».

³⁵³ Tous deux membres du groupe de la « Gauche démocratique » regroupant des tendances assez diverses autour des radicaux de gauche et de quelques personnalités centristes, et devenu en 1995 le « Rassemblement Démocratique et Social Européen » ; Si Marcilhacy est plutôt classé du côté des radicaux de gauche, Etienne Dailly est souvent revendiqué par la droite. Souvenons-nous aussi que c'est le sénateur Marcilhacy qui avait fait adopter la question préalable rejetant le projet de loi de réforme du droit d'association en 1971, ancêtre de la saisine donnant lieu à la célèbre décision du Conseil constitutionnel.

³⁵⁴ Art 40 de la Constitution de 1958 : « Les propositions et amendements formulés par les membres du Parlement ne sont pas recevables lorsque leur adoption aurait pour conséquence soit une diminution des ressources publiques, soit la création ou l'aggravation d'une charge publique ».

Très soucieux d'inscrire l'activité du Conseil constitutionnel dans le cadre d'une pratique cohérente, François Luchaire va cependant plus loin en déclarant que même applicable après son amputation de la disposition alors examinée, le texte initial devrait d'abord être compris à partir de « ce qu'a voulu le Parlement ». L'applicabilité en question ne saurait donc s'entendre indépendamment du débat public ; en d'autres termes, si le droit donne toute leur validité aux décisions du Conseil constitutionnel, il ne saurait donc cependant supplanter un débat public qui renvoie à d'autres raisons visiblement jugées, de l'intérieur de l'institution, tout aussi dignes d'intérêt. Luchaire mobilise à ce titre un élément contextuel déterminant : « une certaine entente » entre le Gouvernement et le Parlement au moment du vote. En effet, explique-t-il, quand bien même le texte amputé de l'article litigieux serait-il juridiquement applicable, s'il a été voté dans des conditions de bonne entente politique, il traduirait alors sous cette nouvelle forme une trahison de « la volonté du législateur ». François Luchaire n'hésite pas non plus à mentionner que lorsque le Gouvernement approuve devant le Parlement un amendement qui relève en réalité de la compétence réglementaire et non législative, pour ensuite saisir le Conseil constitutionnel, « il en est ainsi », suggérant que le Parlement peut se retrouver trahi par ailleurs ; pourquoi le Conseil constitutionnel devrait-il être plus respectueux en l'espèce alors qu'il a le droit de son côté ?, serait-on enclin à se demander alors. Luchaire nous apporte en tout cas une réponse éclairante en ajoutant que dans le cas concerné, précisément, c'est l'adoption du sous-amendement proposé par le Gouvernement après l'amendement des sénateurs, qui a été

« la condition de l'accord avec le Parlement ».

Luchaire parvient ainsi à préciser son appréciation précédente : cette « entente » entre Gouvernement et Parlement ne revêt pas la seule apparence d'un vote dès lors que ce dernier est le fruit d'un accord préalable ; il revient au Conseil constitutionnel, invite à penser Luchaire, de considérer pleinement cette « volonté du législateur », ainsi invoquée pour la troisième fois en seulement cinq phrases, autrement dit de la considérer au-delà de ce qu'exprime son vote et plutôt à partir des conditions de réalisation de ce dernier. Appliquer ce texte tronqué reviendrait donc à trahir le législateur.

Ce point ne peut que retenir notre attention car il situe le rôle du Conseil constitutionnel aux yeux du juriste François Luchaire : ce rôle se trouve en effet ici contraint par la volonté du législateur qui serait trahie par un texte tronqué ne reflétant plus son projet initial. Mais que dire alors de la déclaration de non conformité totale d'un texte à la Constitution ? Une telle décision pourrait-elle être prise sans trahir le législateur ? Ou bien le droit l'emporterait-il plus facilement de cette manière radicale sur cette volonté du législateur, qu'en autorisant seulement une partie du texte à s'appliquer ? Autrement dit, à quel moment la non conformité à la Constitution prime-t-elle pour la décision à prendre par le Conseil constitutionnel ? Il est ici tentant de considérer celle-ci comme un cas limite où, en effet, dès lors que rien ne peut être constitutionnellement sauvé dans le texte, alors la non conformité totale de celui-ci à la Constitution ne fait aucun doute et la Constitution peut s'imposer au législateur sans que l'on puisse y voir de quelconque trahison. En revanche, il semble prioritaire de privilégier autant que possible la volonté du législateur, tant que la non conformité n'est pas totale ou éventuellement flagrante. Encore faut-il alors que cette « volonté » soit bien comprise, nous semble-t-il cependant. C'est en tout cas ce

qu'avance Luchaire en invitant dans le débat ces conditions d'accord entre Parlement et Gouvernement. Il ne recommande cependant pas, pour sa part, de déclarer conforme le texte eu égard à ce respect de la volonté du législateur. Il ne dit pas non plus qu'il faudrait déclarer l'ensemble non conforme. Sa conclusion demeure qu'on ne peut séparer les deux parties du texte, la conforme, de la non-conforme à la Constitution. C'est François Goguel qui poursuit en commençant par revenir sur la DDHC qu'il juge, lui, dépassée sur le plan fiscal ; il exprime à ce titre la crainte que le jour où le Conseil pourra être saisi par des particuliers, plusieurs dispositions dépassées de la DDHC pourraient alors être invoquées et faire échec à

« l'évolution de la législation dans un sens plus social ».

Prime encore ici la législation, notamment eu égard aux évolutions sociales mises en œuvre après le moment libéral de 1789. Que Goguel anticipe ici l'évolution de la saisine du Conseil constitutionnel vers une situation proche de la nôtre aujourd'hui – saisine par tout justiciable dans le cadre de la procédure de la question prioritaire de constitutionnalité – est en soi notable car cela peut laisser envisager la perception d'un mouvement libéral de la société par Goguel; toutefois, pour l'heure, il est plus adéquat de souligner que cette remarque de Goguel est formulée dans la perspective d'une mise en garde quant à l'évolution du rôle du Conseil constitutionnel qui ne saurait, selon lui, être acculé par le droit à faire échec à la législation. Ainsi, à partir d'un motif différent de celui de Luchaire, il en vient également à rappeler que le Conseil n'a pas vocation à s'opposer à cette même « volonté du législateur ». Mais le juriste qu'il est ne s'en tient pas pour autant à ce seul point de vue conséquentialiste et empreint d'une certaine philosophie politique légicentrée : il va chercher des critères d'application des principes de 1789 ; ces derniers doivent pouvoir se combiner, propose-t-il, « avec des dispositions précises de la Constitution ».

Cela a le mérite d'affiner un peu une méthode encore imprécise lorsque l'on a affaire à des « principes ». D'une part, l'article 6 de la seule DDHC pose que la loi doit être la même pour tous, ce qui, dans le contexte de la France de 1789, renvoie à l'interdiction de pratiquer une discrimination sur la base de l'appartenance à un ordre considéré comme privilégié et ne serait donc pas mis en défaut par l'article 62 examiné par le Conseil ; pour Goguel, cela engage surtout à ne même pas citer la DDHC dans la décision du Conseil constitutionnel ; d'autre part, sans y revenir explicitement, Goguel ne trouve visiblement pas de combinaison pertinente entre cet article 6 de la DDHC et des dispositions de la Constitution. Enfin, sans besoin, donc, de se référer à la DDHC, le Conseil pourrait déclarer que l'amendement en question a été adopté dans la méconnaissance de l'article 42 de l'ordonnance portant loi organique relative aux lois de finance, comme le soulignait aussi Luchaire. Finalement si Goguel et Luchaire sont en désaccord quant à la manière, voire à la pertinence, de mobiliser la DDHC, ils se rejoignent quant à la non conformité constitutionnelle de la procédure, mais aussi eu égard à un respect commun du pouvoir législatif même s'ils ne l'invoquent pas aux mêmes fins.

Paul Coste-Floret, opte, lui, comme le fait explicitement Goguel, pour la non conformité mais à condition de citer la DDHC.

Le Président Palewski reprend alors la parole pour recentrer le débat sur le fond, tout en le reliant à ce qu'il entend être le rôle du Conseil constitutionnel : choqué, dit-il, par le fait qu'« une catégorie de citoyens ne puisse apporter de preuves à l'appui de ses affirmations »,

il rappelle que le Conseil constitue le dernier bastion de la défense des droits et engage ainsi à privilégier

« la barrière de la défense des droits individuels que constitue le Conseil ».

Synthétisant alors les propos précédents, il propose une décision de non conformité fondée à la fois sur la méconnaissance de la procédure citée et sur celle de la Déclaration de 1789, au titre du principe d'égalité, discuté mais néanmoins peu soutenu par ses collègues - seul Coste-Floret s'est déclaré pour une telle invocation – en précisant que tout l'article 62 et non seulement l'amendement examiné doit alors être déclaré non conforme.

Conclusion

A rebours de Luchaire qui craignait pour sa part une séparation entre l'article 62 et sa partie amendée au nom de l'accord sous-jacent entre Gouvernement et Parlement, le Président Palewski, lui, refuse aussi une telle séparation mais pour des raisons relevant d'un rôle plus juridictionnel du Conseil : il offre ainsi une lecture moins enthousiaste de cet accord qu'entendait respecter Luchaire en suggérant qu'il s'agirait plutôt d'un arrangement et non d'un accord bâti sur une « volonté » partagée. De la part du Gouvernement, proposer un amendement pour faire passer un texte au Parlement, avec pour issue escomptée le rejet *in fine* dudit amendement par le Conseil constitutionnel, est une approche propice, selon le Président, à de nombreuses « fraudes », loin du bel accord exprimant « la volonté du législateur ». Il s'agit donc pour le Conseil constitutionnel de montrer sa bonne compréhension du jeu parlementaire mais pour mieux y faire valoir le droit et, ce faisant, protéger le citoyen.

Le Conseil, par la voix de son Président, se définit ainsi comme le protecteur des droits individuels et affirme sa capacité à ne pas être dupe d'un jeu interinstitutionnel qu'il connaît bien. Monnet rajoute que ne pas séparer l'amendement du reste de l'article aura aussi pour mérite de faire à nouveau réfléchir le Gouvernement à la question de la taxation d'office.

II.1.2. Le juge et le politique

Le Président de la République, Georges Pompidou, décède le 2 avril 1974, avant la fin de son septennat ; une élection présidentielle anticipée est donc organisée les 5 et 19 mai suivants.

Valéry Giscard d'Estaing, énarque et inspecteur des Finances, ministre des Finances et des Affaires économiques de 1962 à 1966, sous la présidence du Général de Gaulle, exerce à nouveau la fonction de ministre de l'Économie et des Finances sous la présidence de la République de Georges Pompidou, de 1969 à 1974. Il s'est à présent éloigné du gaullisme et dirige le parti des Républicains indépendants, deuxième composante de la majorité de droite. Puis, candidat à l'élection présidentielle de 1974, il devance le gaulliste Jacques Chaban-Delmas au premier tour, pour être finalement élu président de la République française au second tour, face au candidat de l'Union de la gauche, François Mitterrand. Ce scrutin est analysé par de

nombreux historiens du politique³⁵⁵ comme la confirmation d'une perte de vitesse du gaullisme et le retour du courant libéral en France ; dans l'ouvrage collectif sur la Ve République, dirigé par Jean Garrigues, Sylvie Guillaume et Jean-François Sirinelli³⁵⁶, les auteurs analysent ce courant comme

« l'héritier des valeurs et expériences libérales du XIXe siècle », appuyé depuis lors sur le Centre gauche et les indépendants à tendance républicaine et partageant

« avec la démocratie chrétienne et avec le radicalisme modéré, un attachement fort à la liberté du marché et à l'anti-socialisme, ainsi qu'une fibre républicaine et parlementaire revendiquée et un engagement européiste, voire fédéraliste, incontesté ».³⁵⁷

A l'appui de ces analyses, nous pouvons citer les réalisations concrètes du septennat de Valéry Giscard d'Estaing qui annonçait dès son premier discours de Président de la République³⁵⁸ :

« De ce jour, date une ère nouvelle de la politique française, celle du rajeunissement, et du changement de la France ».

Les réalisations conséquentes furent d'ailleurs annoncées par la formule résumant le projet, à savoir faire de la France une « société libérale avancée » : vote de l'abaissement de la majorité civile et électorale à 18 ans, dépénalisation de l'avortement ou encore autorisation du divorce par consentement mutuel. A ces mesures directement liées à la vie sociale, s'en adjoignirent d'autres touchant cette dernière plus indirectement, à travers ses institutions, comme l'élargissement du droit de saisine du Conseil constitutionnel, la création d'un secrétariat d'État à la condition féminine, la suppression de l'ORTF, entité que nous avons déjà croisée lors d'une précédente délibération du Conseil. Sur le plan économique, les chocs pétroliers vont cependant commencer à produire leurs conséquences en mettant un terme aux Trente Glorieuses qui avaient accompagné les premières années de la Ve République gaulliste et pompidolienne. Pour l'heure, à l'aube de la révision constitutionnelle impactant directement le Conseil constitutionnel en 1974, le Premier ministre est Jacques Chirac ; d'abord gaulliste puis très proche de Pompidou sous la présidence duquel il sera ministre en même temps que Valéry Giscard d'Estaing, il soutiendra la candidature de ce dernier à la présidentielle de 1974 contre celle de Jacques Chaban-Delmas, Premier ministre de Pompidou jusqu'en 1972.

Cette contextualisation de la délibération du Conseil constitutionnel relative à la loi organique issue de la révision constitutionnelle insufflée par le nouveau Président de la République en 1974 et concernant l'élargissement de la saisine du Conseil constitutionnel, mérite encore d'être complétée par un regard porté sur le dialogue entre le Président de la République, Valéry Giscard d'Estaing et le nouveau Président du Conseil constitutionnel, Roger Frey.

Précisons préalablement que celui-ci, ancien membre du comité directeur du mouvement gaulliste après guerre, est secrétaire général des Républicains sociaux en 1955 et fait partie des

³⁵⁵ Cf notamment Serge Berstein, René Rémond, Jean-François Sirinelli (dir.), *Les années Giscard, Institutions et pratiques politiques, 1974-1978*, Paris, Fayard, 2003.

³⁵⁶ Cf Ouvrage collectif sous la direction de JF Sirinelli, *Comprendre la Ve République*, Paris, PUF, 2010.

³⁵⁷ *Op.Cit.*, p. 283-284

³⁵⁸ Cf. Discours de Valéry Giscard d'Estaing après sa victoire à l'élection présidentielle le 19 mai 1974, archives de l'institut national de l'audiovisuel, site <http://www.ina.fr/notice/voir/I00018103>, phrase citée à 6'38''.

acteurs du retour de de Gaulle au pouvoir après la crise de mai 1958. Il est alors nommé membre du comité consultatif constitutionnel. Ministre de l'Information de janvier 1959 à février 1960 puis ministre délégué auprès du Premier ministre jusqu'en mai 1961 dans le gouvernement Michel Debré, il est Ministre de l'Intérieur de mai 1961 jusqu'au 1^{er} avril 1967, dans les gouvernements Debré puis Pompidou. Vivement critiqué par la gauche après la répression meurtrière qu'il mène alors contre une manifestation d'Algériens le 17 octobre 1961, et après la violente réplique policière lors de la manifestation au métro de Charonne en février 1962 pour la paix en Algérie, il doit aussi faire face à l'enlèvement, à Paris, par des policiers marocains, de Medhi Ben Barka, opposant socialiste au roi du Maroc Hassan II. Après ces temps agités et très controversés de son parcours politique, il sera nommé Ministre d'État chargé des Relations avec le Parlement d'avril 1967 à fin mai 1968 sous le Gouvernement Pompidou IV, puis encore de juillet 1968 à fin juin 1969 au sein du Gouvernement Couve de Murville et dans celui de Jacques Chaban-Delmas dès le 20 juin 1969. Enfin, il sera ministre d'État chargé des Réformes Administratives de janvier 1971 à juillet 1972 puis parlementaire pour un an à partir de mars 1973, en tant que Président du groupe UDR³⁵⁹ de l'Assemblée nationale. Il est nommé Président du Conseil constitutionnel par le Président de la République, Georges Pompidou, en février 1974. Voilà donc un Président du Conseil constitutionnel au parcours exclusivement politique.

Le professeur de droit Loïc Philip, dans son analyse des origines de la réforme constitutionnelle de 1974³⁶⁰, livre un état des lieux révélateur de l'influence sur cette réforme des liens politiques entre Valéry Giscard d'Estaing et Roger Frey. Le premier ayant nommé le second, tous deux partagent en effet souvent un même passé politique en tant que ministres ou secrétaires d'Etat au sein de nombreux gouvernements ; chronologiquement, ceux de Michel Debré, de Georges Pompidou et de Jacques Chaban-Delmas renvoient à des temps politiques communs à ces deux personnalités. Plus spécifiquement, Loïc Philip se demande

« qui de M. Valéry Giscard d'Estaing ou de M. Roger Frey a été le véritable initiateur de la réforme »³⁶¹.

Bien entendu, celle-ci s'inscrit en droite ligne de la politique annoncée par le nouveau Président de la République, tant sur le plan idéologique de la percée libérale promise et ainsi traduite par un ré-équilibre des positions entre majorité et minorité parlementaire, que sur un plan plus technique souligné par l'auteur, à savoir celui d'un élargissement de la majorité présidentielle vers la gauche afin de garantir un fonctionnement des institutions moins crispé sur des enjeux partisans. Pourtant Loïc Philip suggère que cette réforme ait pu être initiée par le Conseil constitutionnel lui-même, dans la seule logique d'une jurisprudence évoluant vers un meilleur respect des libertés fondamentales³⁶², à travers des normes de références certes peu à peu dégagées mais sans pour autant pouvoir développer ses possibilités de saisine. Dernier acte

³⁵⁹ Union pour la Défense de la République, mouvement gaulliste mais rassemblant aussi des gaullistes de gauche ; ancêtre du Rassemblement Pour la République, fondé par Jacques Chirac en 1976 dans une ligne plus conservatrice que le mouvement des Républicains indépendants d'où provient le Président Valéry Giscard d'Estaing.

³⁶⁰ Loïc Philip, « Bilan et effets de la saisine du Conseil constitutionnel », *Revue française de science politique*, Août-Octobre 1984, n°34, p.988-1001.

³⁶¹ *Ibid.*, p. 989

³⁶² Sur le plan jurisprudentiel, l'auteur part de la décision du Conseil de 1959, sous la Présidence de Léon Noël, reconnaissant la valeur constitutionnelle des lois organiques, et poursuit bien entendu avec celle de 1971 reconnaissant celle du Préambule.

de ce processus d'extension d'un pouvoir jurisprudentiel dont le potentiel demeurerait encore trop faiblement exploité, cette réforme ouvrirait donc la voie à un accroissement de saisines en matière de respect des libertés fondamentales. Cela, du reste, serait en adéquation avec le comportement politiquement volontariste du Président Frey qui, rappelle l'auteur, s'est déjà autorisé, à l'issue de la proclamation des résultats de l'élection présidentielle, une préconisation auprès du Parlement et du Gouvernement pour que soit modifiée la réglementation de l'élection présidentielle³⁶³. Débordant ainsi largement les attributions du Conseil, son Président aurait posé les jalons de cette réforme constitutionnelle, finalement engagée quelques mois plus tard. Enfin, l'auteur suggère aussi une démarche tactique de Roger Frey proposant d'intégrer à ladite réforme la possibilité d'une auto-saisine du Conseil constitutionnel au sujet du respect des libertés publiques tout en sachant que celle-ci ne serait jamais acceptée par le Parlement, craignant en cela la politisation du Conseil constitutionnel en une sorte de troisième chambre parlementaire avec droit de veto ; par contraste, l'autre proposition, celle de la saisine parlementaire, serait alors apparue beaucoup plus inoffensive sur le plan du rapport de force politique, au sens fort du pouvoir de faire ou défaire la loi.

Cet aparté permet de faire droit à ce qui demeure un impensé de la littérature juridique sur le Conseil constitutionnel, à juste titre sans doute si ce n'est pas son propos, mais correspondant, précisément, à l'analyse politique naissante³⁶⁴ à laquelle nous proposons de contribuer, sur la place de l'institution.

Il ressort en effet de l'éclairage contextuel ci-dessus que la Constitution est ainsi révisée selon une conception particulière de l'organisation institutionnelle et sociale, autrement dit une conception particulière de la vie politique, en l'occurrence ici libérale. Celle-ci va alors de pair avec une nouvelle organisation des équilibres entre les pouvoirs ou de leurs « moyens d'action mutuels »³⁶⁵ pour citer Michel Troper. En effet, il ne s'agit pas seulement d'intégrer un nouveau type de saisine modifiant par suite l'article 61 de la Constitution d'une manière exclusivement juridique prescrivant les modalités de cette saisine nouvelle, parlementaire, dont le Conseil constitutionnel va passivement hériter et que les instances de saisine devront respecter si elles envisagent une saisine de ce type, dans le respect de la Constitution, sommet de la hiérarchie des normes. Il ne suffit pas non plus d'en déduire que cette nouvelle possibilité de saisine apporte au Conseil la promesse d'un accroissement mécanique de son pouvoir. C'est bien entendu exact mais s'en tenir à ces exactitudes, juridique et mécanique, occulte la manière dont les projets politiques, voire les idéologies au travail influent sur l'organisation des institutions et par suite sur leurs pratiques, zone où intervient notre questionnement. Ces projets ou idéologies sont du reste eux-mêmes inscrits dans un contexte favorable à leur éclosion mais les ignorer renverrait une image très lisse des institutions quand celles-ci, et surtout leurs rapports entre elles, résultent en réalité de choix politiques évolutifs. Il n'est cependant pas question pour nous d'opposer ainsi analyse juridique et analyse politique mais plutôt de ne pas prendre la première pour la seconde. La Constitution, ses réformes et ses pratiques montrent en effet plutôt au fil de notre étude, à

³⁶³ Proclamation des résultats de l'élection présidentielle par le Conseil constitutionnel le 24 mai 1974.

³⁶⁴ Cf Bastien François, « Le Conseil constitutionnel et la cinquième République -Réflexions sur l'émergence et les effets du contrôle de constitutionnalité en France », *Revue française de science politique*, Année 1997, Volume 47, Numéro 3, pp. 377-404. L'auteur considère qu'une telle analyse a été « abandonnée », p.382.

³⁶⁵ cf. Michel Troper, « La Constitution et ses représentations sous la Ve République », *Pouvoirs*, 4, 1978, p. 61.

travers les propos des membres du Conseil constitutionnel, une certaine dépendance vis-à-vis du politique plus qu'une capacité à s'imposer à lui purement et simplement. Nous suivrions du reste ici volontiers la conception réaliste de la Constitution de Michel Troper si la Constitution était notre objet ;

« dans une deuxième conception, réaliste ou mécaniste, la constitution est au contraire perçue comme l'organisation même du pouvoir politique dans l'État, dans laquelle les autorités ont des compétences et des moyens d'action mutuels si bien équilibrés qu'elles ne pourraient pas, même si elles le voulaient, outrepasser leurs pouvoirs³⁶⁶»,

dit le constitutionnaliste. Priment ici les contraintes, certes constitutionnellement prévues pour prévenir les abus de pouvoirs, mais surtout en tant que pesant sur les jeux des pouvoirs entre eux qui leur pré-existent. Ceux-ci ne s'effacent pas ensuite et ne se contentent pas *a priori* de suivre à la lettre la règle constitutionnelle pour elle-même une fois qu'elle est posée ; ils sont davantage, à un certain point, contraints par elle.

Cette étude ne saurait se prévaloir de la théorie des contraintes juridiques³⁶⁷ (TCJ) développée par Michel Troper pour autant : cette dernière relève d'un autre champ académique et surtout d'un autre projet scientifique, visant à rendre intelligible l'interprétation faite d'un énoncé juridique par une pluralité d'acteurs disposant de moyens divers pour faire respecter leurs décisions. Cette théorie apporte cependant un point d'appui solide et éclairant à un propos soulignant l'usage du droit constitutionnel par une institution au pouvoir évolutif : le droit constitutionnel est en effet mobilisé dans les discours internes du Conseil constitutionnel pour être compris de ses interlocuteurs dans l'affirmation de son autorité et le changement qui affecte à présent les possibilités de saisine du Conseil s'offre aussi comme une contrainte à exploiter dans cette même logique d'affirmation de son autorité. Les modalités de cette dernière restent à mettre en lumière et ne sauraient être d'emblée déterminées par le seul mécanisme auquel elles se rattachent. Nous venons de voir que cette mise en lumière s'inscrira du reste dans une conscience partagée du projet politique qui façonne alors la vie des institutions démocratiques. La TCJ offre d'ailleurs aussi une possibilité de lecture plus politique en ce sens que d'une part, les contraintes juridiques pèsent bien entendu sur les acteurs politiques et que, d'autre part, les considérations qui président à l'élaboration du système juridique peuvent façonner pour longtemps les pratiques légitimant l'action collective.

Enfin, que le Président du Conseil constitutionnel ait pensé la réforme dans la même optique que le Président de la République, nonobstant la finalité stratégique évidente pour son institution, ne doit pas ici non plus nous faire surpondérer la connivence coupable qui existe entre des pouvoirs *a priori* séparés mais simplement nous rappeler la relation au politique indéniable des membres du Conseil constitutionnel et en particulier de son Président Frey ; cela ne fait que renforcer l'idée que les conceptions politiques entraînent une lecture ad-hoc de la Constitution en tant que régulateur des jeux de pouvoirs inhérents à toute activité politique moderne, *i.e* institutionnelle, et découlant de ces conceptions.

Dans le cas du Conseil constitutionnel, la réforme de 1974 nous semble donc devoir pour une bonne part être lue en fonction de la vision libérale de la vie politique qui lui préside. Les

³⁶⁶ *Ibid.*

³⁶⁷ Michel Troper, avec Véronique Champeil-Desplats et Christophe Grzegorzczak, *Théorie des contraintes juridiques*, LGDJ, Paris, 2005.

effets de la réforme pour le Conseil sont alors autant de possibilités nouvelles pour l'institution d'exprimer, à travers des saisines potentiellement accrues, un point de vue qui lui permette de s'insérer plus avant dans le système démocratique ainsi remodelé. C'est précisément le développement d'un tel point de vue dans ce nouveau contexte politique plus libéral qu'il convient de comprendre en ne se contentant pas de prendre acte de l'augmentation spectaculaire des saisines qui aurait de fait étendu le pouvoir du Conseil constitutionnel. Nous envisageons ce point de vue exprimé par le Conseil pour s'insérer dans ce nouveau contexte politique, comme une réaction de l'institution dans le nouveau cadre constitutionnel qui est le sien plutôt que de considérer ce cadre comme une étape déterminant d'emblée la marche à suivre aux institutions concernées par la nouvelle saisine parlementaire, à savoir le Parlement et le Conseil constitutionnel.

Il s'agit donc de rendre compte, même partiellement, de la manière dont s'est conçu cet espace du système démocratique dans lequel a pu se loger cette mise en œuvre nouvelle du contrôle de constitutionnalité des lois, au-delà de la prévisibilité rétrospective de l'augmentation des saisines. Partant de là, à travers les analyses qui suivent, caressons l'espoir de combler la frustration ainsi exprimée par Bastien François que, du reste, nous rallions :

« les constitutionnalistes s'emploient à produire, le plus souvent sur le mode de la commémoration, une histoire mythologique des «origines», celle du «Big-Bang» de la révision constitutionnelle de 1974 élargissant la saisine du Conseil constitutionnel, oubliant alors que l'immense majorité des commentateurs n'avait vu là, à l'époque, que 'réformette' ou 'gadget', au mieux 'un gramme de démocratie' selon l'expression de Maurice Duverger.../...Même les très rares auteurs qui ont refusé, à juste titre, de voir dans la réforme de 1974 un moment fondateur explicatif par lui-même, n'ont pas su résister aux sirènes de l'explication téléologique»³⁶⁸.

Enfin, la délibération dont l'analyse va suivre et qui livre le point de vue des membres du Conseil constitutionnel sur la réforme dans le cadre de leur réflexion sur la constitutionnalité de la loi organique correspondante, se situe aussi dans un contexte plus large ; celui-ci est du reste à prendre au sérieux dès lors qu'il a été évoqué à plusieurs reprises dans l'enceinte même de précédents débats du Conseil constitutionnel : le débat de 1971 sur la liberté d'association où François Luchaire entendait hisser le Conseil au niveau des « autres institutions étrangères », à savoir celui de « défenseurs des libertés » ; celui aussi de 1972 sur le déclassement de certaines dispositions du code de la sécurité sociale, à l'issue duquel François Luchaire avait abordé la conférence des cours constitutionnelles européennes. Celles-ci en effet se regroupent à partir de 1972, à l'occasion de cette première conférence s'étant tenue à Dubrovnik et citée par Luchaire, et trois Cours constitutionnelles en sont alors les membres à part entière : la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne, la Cour constitutionnelle d'Italie et la Cour constitutionnelle d'Autriche, toutes trois respectivement créées en 1949 et en 1948 pour les deux premières et en 1920 pour celle d'Autriche, considérée comme la plus ancienne au monde³⁶⁹. Le

³⁶⁸ Bastien François, *Ibidem*, p. 382-383.

³⁶⁹ Cf. Joseph Pini, « La cour constitutionnelle autrichienne et les rapports entre juge constitutionnel et pouvoir constituant », *Cahiers du Conseil constitutionnel n° 7 (Dossier : Autriche) - décembre 1999* ; l'auteur situe la création profondément kelsénienne de la cour constitutionnelle autrichienne : « Après que le paragraphe 16 de la " décision constitutionnelle " du 30 octobre 1918 de l'Assemblée constituante eut repris les dispositions de 1867 sur le contrôle des lois et règlements, la question du devenir du Tribunal d'Empire fut confiée par le chancelier Karl Renner à l'étude de Kelsen ; celui-ci présenta un projet de Tribunal constitutionnel reprenant l'essentiel des compétences du Tribunal d'Empire en en renvoyant la question de l'élargissement à la décision de la Constituante, et

Conseil constitutionnel ne rejoindra la conférence qu'en 1987, après les cours de Suisse (1978), d'Espagne (1981) et du Portugal (1984). Si l'on peut lire aujourd'hui sur le site internet de la Conférence que,

« elle encourage l'information réciproque des Cours membres, notamment en ce qui concerne leurs méthodes de travail (la procédure) et la pratique du contrôle des normes, ainsi que les échanges d'idées sur des questions institutionnelles, structurelles ou autres dans les domaines du droit public et de la justice constitutionnelle »,

mais encore que,

« la Conférence prend en outre des mesures visant à renforcer l'indépendance des Cours constitutionnelles comme élément indispensable à la garantie et à la mise en œuvre de la démocratie et de l'État de droit, en mettant notamment l'accent sur la protection des droits de l'homme » et qu' « elle soutient vivement le développement de relations permanentes entre les Cours constitutionnelles européennes et institutions analogues »,

l'on en comprend mieux l'enjeu initial à la lumière du renforcement de la démocratie libérale qu'elles opèrent dans les pays aux régimes post-fascistes, post-autoritaires ou post-communistes comme, respectivement l'Allemagne et l'Italie, l'Espagne et le Portugal, puis, après la chute du communisme, les pays anciennement rattachés au bloc soviétique, à partir des années quatre-vingt-dix.

Par ailleurs, au-delà de ces nécessités historiques faisant office d'accélérateurs de la mise en place de telles cours constitutionnelles, Pasquale Pasquino démontre qu'elles s'inscrivent logiquement dans la mise en œuvre du projet libéral moderne qui, depuis Hobbes³⁷⁰, conditionne le consentement à obéir à l'autorité souveraine au fait que celle-ci garantisse les droits fondamentaux de ses sociétaires. Ainsi, les événements provoqueraient-ils seulement des mises en place diverses de telles cours, comme le légicentrisme révolutionnaire français en a façonné l'avènement particulier, ou encore la fin des régimes fascistes, autoritaires puis communistes en a accentué la création dans les pays concernés.

La conception que se fait une telle Cour de son rôle, comme révélateur des évolutions de la démocratie libérale, nous intéresse particulièrement dans le cas français en tant que glissement manifeste d'une pratique purement élective à la pérennisation du pouvoir du juge constitutionnel, dans la mesure où elle s'inscrit directement dans le cadre d'une pratique démocratique et pas exclusivement comme un rempart libéral contre les dérives autoritaires. Elle est cependant à l'œuvre dans ce même contexte que le Conseil entend lui-même prendre au sérieux et qu'il mobilise toujours à ce stade de notre étude sur le registre de la protection des droits. Celle-ci est de plus en plus considérée comme une revendication évidente de la part d'une opinion publique ou de la part du Conseil constitutionnel lui-même, de manière opportuniste ou pas, mais

que Renner souhaite, pour en accroître le prestige et le rang, dénommer Cour constitutionnelle, juridiction unique pour toute la nouvelle Autriche fédérale. Dès la Constitution provisoire de mars 1919, qui concrétise l'organisation fédérale du pays, la Cour se voit reconnaître une compétence nouvelle et fondamentale dans le projet kelsénien (avant même, dans une certaine mesure, le contrôle de constitutionnalité des normes en tant que tel) : le contrôle a priori des lois fédérées, qui enracinait l'idée d'une juridiction unique à compétence exclusive. À l'issue du processus constituant final et du débat, lancé par Renner et Michael Mayr et alimenté par les projets de Kelsen, sur les rapports entre Länder et État fédéral et les relations entre droit fédéral et droit fédéré, la Constitution fédérale du 1er octobre 1920 consacra pleinement l'existence de la justice constitutionnelle moderne selon le modèle " concentré ".

³⁷⁰ Pasquale Pasquino, « Le contrôle de constitutionnalité : généalogie et morphologie », *Cahiers du Conseil constitutionnel* n° 28 (Dossier : *L'histoire du contrôle de constitutionnalité*) - juillet 2010.

indéniablement liée à la montée en puissance des autres cours constitutionnelles européennes.

Développant une conception de son rôle en droite ligne du libéralisme auquel il a partie liée, autant qu'à l'histoire propre des institutions républicaines auxquelles il se rattache, le Conseil constitutionnel œuvre ainsi, autant qu'il s'y adapte, à un moment libéral émergent au fameux tournant des années soixante-dix, achevé dans les années quatre-vingts³⁷¹, et dont la montée en puissance des cours constitutionnelles est un aspect³⁷².

II.1.3. La révision constitutionnelle de 1974 vue par le Conseil constitutionnel

Dans ce contexte, le 23 décembre 1974, le Conseil constitutionnel est automatiquement saisi de la loi organique du 19 octobre 1974, relative à la partie de la révision de la Constitution prévoyant cette extension de saisine, autrement dit de la loi organique modifiant l'ordonnance du 7 novembre 1958 portant elle-même loi organique sur le Conseil constitutionnel.

Le Président du Conseil est donc Roger Frey mais d'autres membres ont changé puisque François Luchaire et Henri Monnet ont terminé leur mandat en même temps que Gaston Palewski; en plus de Roger Frey, déjà présenté, deux autres nouveaux conseillers ont donc prêté serment en début d'année : Gaston Monnerville que nous ne présentons plus puisque il est présent dans nos analyses depuis le début en tant que premier Président du Sénat, d'octobre 1958 à octobre 1968, puis sénateur, avant d'être donc nommé au Conseil constitutionnel par son successeur à la Présidence du Sénat, Alain Poher, membre du centriste Mouvement Républicain Populaire ; Gaston Monnerville est alors membre du nouveau Mouvement des Radicaux de Gauche faisant suite au Mouvement de la Gauche Radicale Socialiste ; René Brouillet, ancien élève de l'École normale supérieure, où il côtoie Georges Pompidou, puis de l'École libre des sciences politiques, sera résistant et membre du Conseil national de la Résistance ; il poursuit comme directeur de cabinet du Général de Gaulle, puis secrétaire général du gouvernement tunisien de 1946 à 1950. Au Ministère des Affaires Etrangères sous la quatrième République, il est Secrétaire général à la Présidence du Conseil pour les affaires algériennes en 1958, à l'aube de la cinquième République, puis directeur de cabinet du Général de Gaulle à la Présidence de la République entre 1958 et 1961. Ce proche de Michel Debré a donc observé de très près les débuts de la cinquième République. Diplomate ensuite, il sera finalement nommé au Conseil constitutionnel en 1974 par le Président de l'Assemblée nationale, Edgar Faure, alors membre de l'UDR (Union des Démocrates pour la cinquième République), mouvement gaulliste issu du rassemblement entre l'Union pour la nouvelle République (UNR, 1958-1967), et l'Union démocratique du travail (UDT, 1959-1967), dite des gaullistes de gauche.

François Goguel, Paul Coste-Floret, Henri Rey, Jean Sainteny, Georges-Léon Dubois et

³⁷¹ Les thèses historiques abondent et il ne s'agit pas pour nous de chercher à dater avec exactitude ce mouvement des démocraties contemporaines mais de le mentionner dans sa plus grande généralité : des chocs pétroliers à la chute du mur, en passant par la construction européenne et la mondialisation, c'est une convergence de tendances libérales, sur les plans économique et politique, à laquelle sont confrontées les démocraties issues de l'Etat providence de l'après-guerre, entre les années 70 et la fin des années 80 ; pour un panorama éclairant des impacts politiques du mouvement, voir Sciences Humaines, Grands Dossiers N°14 - mars-avril-mai 2009, *Idéologies, le retour de flamme*, et notamment l'article de Gilles Dostaler, « Du libéralisme au néolibéralisme ». Ce qui importe ici pour nous, c'est de connaître l'arrière plan des débats étudiés afin de ne pas surévaluer la lecture qu'ils en fourniraient seuls.

³⁷² L'évolution de la construction européenne en est un autre, déjà entrevu dans le débat de 1970.

Pierre Chatenet sont toujours membres du Conseil constitutionnel.

Séance du 23 décembre 1974, décision 74-52 DC : loi organique du 19 octobre 1974 modifiant l'ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel ; débat des membres du Conseil constitutionnel sur la loi organique consécutive à la réforme de la saisine du Conseil constitutionnel par voie dans le cadre de la réforme constitutionnelle de 1974.*

=> Qu'apprend-on ici ?

Sur la forme, le Conseil, après en avoir débattu, opte consensuellement pour le fait de considérer ce type de saisine comme les autres : il sera saisi sur l'ensemble de la loi, au-delà des dispositions ou articles spécifiés par les lettres de saisine ; il s'en remet pour cela à la formulation explicite de l'article 61 de la Constitution et de l'article 22 de l'ordonnance portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, ainsi qu'à la jurisprudence du Conseil de 1971 sur la liberté d'association où celui-ci avait rajouté un considérant à la décision pour évoquer les autres dispositions, à savoir celles ne faisant pas partie de la saisine.

Sur le fond, le sens et la portée de cette loi pour les institutions et pour son propre rôle, l'exposé du rapporteur est fourni qui n'appelle pas d'objections majeures et témoigne plutôt d'une conscience à la fois nette et intimidée du pouvoir nouveau qui pourrait échoir au Conseil : entre appropriation pratique d'une extension prévisible des saisines et définition politique d'un échange nouveau avec le Parlement, sur fond d'une montée en puissance des libertés publiques à garantir, une certaine modération domine la séance quant à l'idée d'extension de pouvoir qu'une telle étendue de saisine conférerait au Conseil constitutionnel. Cette modération ne va pas sans enthousiasme : les membres du Conseil constitutionnel vivent cette réforme comme une forme de reconnaissance même s'ils savent les parlementaires majoritaires réticents à leur ouvrir la voie d'un pouvoir nouveau.

Tous les membres sont présents et le Président Roger Frey leur lit la lettre de saisine du Premier Ministre, Jacques Chirac, demandant conformément aux articles 46 et 61 de la Constitution à ce que le Conseil constitutionnel se prononce sur la conformité à celle-ci de la nouvelle loi organique. Le rapporteur, Georges Dubois, poursuit alors en rappelant qu'avec cette loi, le Conseil constitutionnel pourra être saisi par soixante députés ou soixante sénateurs pour se prononcer sur la conformité des lois à la Constitution. Derechef, il se réjouit :

« les droits de l'opposition ont été accrus » puis se reprend, « je devrais dire, la protection des libertés publiques est accrue ».

Cette entrée en matière doit retenir notre attention. S'il n'est pas surprenant que le rapporteur commence par s'étonner du caractère inhabituel, voire exceptionnel, de la loi qui est soumise à l'examen du Conseil dans la mesure où elle touche à l'activité de celui-ci dans des proportions inédites et porteuses d'horizons résolument nouveaux pour l'institution, il est notable qu'il colore cette réaction d'une prise de position nette quant au rôle qui incombe ainsi au Conseil constitutionnel : cette extension de sa saisine promet, selon lui, un accroissement des libertés publiques, autrement dit, le Conseil devient officiellement l'interlocuteur de la défense

de ces libertés publiques véhiculées par une voie nouvelle pour l'opposition. Or, ce terme de libertés publiques nous avait mené sur le chemin d'une certaine idée du parlementarisme partagée par les membres du Conseil constitutionnel et révélatrice de la prégnance de la loi, expression de la volonté générale, autant que du lien que celle-ci opérait entre les droits individuels et un égal et collectif accès à ces derniers par tous les citoyens. Le regard porté sur l'évolution générale de la démocratie moderne par Bernard Manin avait soutenu cette observation pour la renforcer dans ce qu'elle pouvait traduire de la vie démocratique à la période considérée. En poursuivant à présent, le passage à l'étape suivante développé par l'auteur dans la postface de son ouvrage fameux, *Principes du gouvernement représentatif*³⁷³, apporte encore un éclairage théorique similaire : le parlementarisme se mue en démocratie de partis sous la tension oeuvrant, par définition, au sein de la démocratie moderne et représentative, démontre l'auteur ; il le fait à partir d'une vaste enquête permettant de dégager des traits généraux propres à la dynamique démocratique, mais non pour autant déterministes, résultant de certains faits générateurs particuliers auxquels il faut faire droit pour rendre la perspective à la fois réaliste et intelligible. Ces traits généraux sont alors plutôt des indicateurs du possible démocratique que des repères fixes d'une dynamique annoncée. L'élargissement du suffrage électoral, en l'occurrence, en est un : en rendant impossible « une relation personnelle entre l'élu et tous ses électeurs »³⁷⁴, il ouvre la voie aux partis politiques qui se développent dans la deuxième moitié du XIXe siècle en Angleterre et en France afin de palier cette perte de lien et d'orienter les électeurs. En France, le dernier temps de l'élargissement du suffrage apparaît à la libération, en 1945, avec la participation des femmes au suffrage déjà dit « universel ».

Or, si le processus décrit par Bernard Manin a vocation à rendre intelligible certains principes potentiellement moteurs de la démocratie moderne, l'auteur ne prétend jamais que les séquences décrites s'enchaînent mécaniquement ; il fait en effet largement droit à l'irrégularité temporelle de ces processus de transformation. Ainsi, il va de soi qu'une démocratie de partis émerge déjà sous la IIIe République, à l'aune notamment des premières revendications de classe suivant l'avènement récent du suffrage universel masculin mais, à travers sa grille de lecture, cette forme démocratique de la IIIe République apparaît d'autant mieux comme ce fameux régime d'assemblée évoqué en introduction, où le parlementarisme serait dévoyé au profit de transactions entre élus qui ne sont pas encore les tenants d'un parti dont il sied de suivre la ligne sans faillir ; ce serait plutôt là une phase transitoire entre parlementarisme et démocratie de partis. En revanche, à l'heure où le Conseil constitutionnel délibère sur la loi organique élargissant sa saisine, la fin d'un gaullisme largement prédominant depuis au moins les débuts de la cinquième République laisse place à une éclosion plus affirmée de partis davantage fondés sur des positions économiques et sociales diversement marquées. En effet, si jusqu'au début des années soixante-dix, des courants politiques intermédiaires entre une droite gaulliste et sociale traditionnelle et une gauche communiste ou radicale, se meuvent dans une logique de rassemblement des gaullistes de droite et de gauche, des orientations plus tranchées se consolident nécessairement avec la création du Parti socialiste en 1971, et l'émancipation concomitante des partis centristes vis-à-vis du gaullisme. Une démocratie de partis en gestation depuis plusieurs décennies peut alors s'affirmer.

³⁷³ Bernard Manin, *Op.Cit.*

³⁷⁴ *Ibid*, p.264

Si cette appréciation du contexte nous est inspirée par l'auteur des *Principes du gouvernement représentatif*, l'accès au contexte lui-même est ici encore rendu possible par la perception qu'en renvoient les membres du Conseil constitutionnel, en l'occurrence le rapporteur de la loi à examiner. Il devient ainsi fécond d'appréhender ce propos de Dubois sur « l'opposition » comme le constat d'une éclosion de cette démocratie de partis dont les traits demeurent à saisir. En effet, les nouveaux interlocuteurs du Conseil constitutionnel, à savoir l'opposition ou encore la minorité parlementaire, introduisent une nouvelle dimension politique dans le périmètre d'actions de l'institution ; l'adjectif « politique » est ici entendu au sens de la relation du Conseil au pouvoir en place, dont nous avons du reste pu mettre au jour une évolution manifeste vers une prise au sérieux, non nécessairement complaisante, des travaux et intentions parlementaires. Il ne s'agit en effet plus à présent du Parlement dans son ensemble - ce n'est jamais à travers une évocation des appartenances politiques des uns ou des autres que celui était abordé par les membres du Conseil mais plutôt sous une acception très générale – mais d'une saisine de l'opposition à la majorité parlementaire. Quelle perception de son rôle le Conseil constitutionnel a-t-il dans cette nouvelle perspective ? L'éclairage de Bernard Manin permettra ici d'aborder plus rigoureusement la question sous l'angle du caractère éventuellement partisan des prises de position du Conseil, ou du respect des engagements programmatiques du parti majoritaire, ou encore de cette coïncidence que souligne l'auteur entre la majorité électorale et une opinion publique³⁷⁵ dont on a déjà entrevu qu'elle commençait être prise en considération par le Conseil constitutionnel.

Continuons d'abord d'écouter le rapporteur : il aborde le Parlement sous l'angle d'un rapport entre majorité et opposition qui serait garant des « libertés publiques », cette garantie se trouvant à présent renforcée par la possibilité de saisine du Conseil constitutionnel par l'opposition. En d'autres termes, les libertés publiques ne peuvent que gagner à voir se prolonger le débat entre majorité et opposition, comprend-on alors. Reste à définir le rôle du Conseil constitutionnel dans ce prolongement du débat. Le rapporteur conclut pour sa part que,

« la mission du Conseil constitutionnel est élargie »,

suggérant que la saisine élargie induit un élargissement de la mission elle-même. Le rapporteur rappelle alors que jusqu'à présent, le « contexte » accordait la première place au Gouvernement et au Président de la République, suivis par le Parlement, et que le contrôle de constitutionnalité des lois n'avait alors d'autre objet que,

« le maintien de l'équilibre entre les pouvoirs », entendu comme ce fameux « canon braqué contre le Parlement », rappelle-t-il en citant le juriste Eisenman aux débuts de la Ve République.

Le rapporteur s'avance peut-être en ajoutant que cela était contraire à l'esprit censé animer les institutions de 1958, du moins tout ce qui peut concerner cet « esprit » des institutions de la Ve demeure-t-il discutable comme nous avons pu le voir en introduction lors du rappel des débats, des enjeux et des relations de pouvoir ayant finalement fait émerger la Constitution; toutefois, il fait remarquer avec justesse que le contrôle de constitutionnalité des lois a bien évolué depuis. Acteur du Conseil constitutionnel, il exprime ainsi sans prise de recul plus

³⁷⁵ Cf. le tableau récapitulatif synthétique très éclairant in Bernard Manin, *Op.Cit.*, p.303.

approfondie ce qui lui semble un important changement en cours. Son commentaire conclusif sur ces aspects liés au rôle du Conseil montre ce dernier sous un jour bien plus actif qu'à l'accoutumée, quand il nous semblait osciller entre émancipation et suivi des balises déjà posées par la vie politique. Le rapporteur déclare alors en effet :

« l'évolution naturelle des choses fait qu'une institution tend toujours à développer ses raisons d'être ».

Ce changement proviendrait donc de l'institution elle-même, quand il nous semble plutôt opéré par le Gouvernement ; à moins que le rapporteur ne parle ici de l'avenir de l'institution après l'avènement de la saisine parlementaire. Sans aucun doute, les intentions de Roger Frey sont aussi connues des membres du Conseil constitutionnel. Mais il serait paradoxal d'entendre le rapporteur revendiquer à demi-mot, au nom du Conseil, l'initiative d'une telle extension de saisine, porteuse pour l'institution de nouvelles raisons d'être qu'il reste d'ailleurs à dévoiler, tandis qu'en 1971, la fameuse révolution³⁷⁶ juridique explicitement déclenchée par le Conseil constitutionnel avec la création du bloc de constitutionnalité n'avait pas fait l'objet d'une telle prise de conscience à travers le débat correspondant, pourtant décisif. Georges Dubois va toutefois s'expliquer davantage : citant l'article 16 de la DDHC selon lequel,

« Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution »,

il considère que le Conseil a glissé du « maintien de l'équilibre politique » au « respect de la Constitution », dont la garantie des droits représente la condition nécessaire. Il poursuit en minimisant cette fois le rôle du Conseil lui-même dans ce glissement au sein de l'article 16 : en effet, selon lui,

« cette démarche était inscrite dans la Constitution ».

Le Conseil n'aurait donc eu qu'à suivre la Constitution à la lettre pour « développer ses raisons d'être », autrement dit ses raisons d'être saisi ou encore plus prosaïquement, son pouvoir. Rappelant alors que la lenteur de cette démarche tient avant tout à la passivité du Conseil constitutionnel face aux saisines, il persiste quant au fait que le Conseil soit

« toujours allé dans le sens d'un élargissement de ce pouvoir de contrôle » et que dès lors, « il vient de trouver sa récompense ».

Ainsi cette révision constitutionnelle est-elle vécue, au moins par le rapporteur pour le moment, comme une opportunité offerte par le Gouvernement à une institution qu'il entend faire évoluer dans un sens déjà initié par cette institution elle-même à travers la garantie des droits. Non seulement les débats précédents n'ont montré ni une telle continuité ni une telle ambition mais encore pourquoi le Gouvernement aurait-il envisagé les choses ainsi ? Si l'on sait son ambition libérale, il n'en demeure pas moins que l'extension de pouvoir du Conseil n'est pas apparue comme son projet premier. Dubois nous répond : le Gouvernement a constaté

« la place de tout premier plan prise par le Conseil dans le fonctionnement des institutions, l'audience de plus en plus grande que ses décisions trouvent »

et il s'est montré

³⁷⁶ Avec le bémol qui s'impose vis-à-vis du terme de révolution comme nous l'avions alors souligné lors de la création par le Conseil du bloc de constitutionnalité.

« désireux d'introduire un supplément d'inspiration libérale dans les institutions politiques ».

Le rapporteur rassemble ainsi des éléments éclairants quant à la perception que le Conseil – ou du moins que lui-même pour le moment – a de sa place à travers ce qui lui semble être la perception des autres institutions démocratiques ; or, vu la proximité que le Conseil constitutionnel entretient avec celles-ci, l'on peut admettre que cette perception, si elle partagée par les autres membres, soit tout près d'être juste : le Conseil aurait donc gagné de sérieux galons de crédibilité au sein du fonctionnement des institutions démocratiques, auprès d'une certaine opinion – l'on ne saurait dire si Dubois évoque ici l'opinion publique, le monde politico-administratif ou la doctrine juridique, ou bien tous ceux-ci ensemble – et cela irait dans le sens des réformes libérales initiées par le nouveau Gouvernement. Enfin, précise le rapporteur, cette extension du rôle du Conseil constitutionnel se traduit non par de nouvelles attributions mais par une saisine étendue. Les choses se clarifient donc : libéral, le nouveau Gouvernement souhaite marquer le Conseil, qu'il considère également devenu libéral, de ses réformes, lesquelles permettraient à l'institution de la rue Montpensier non pas de développer son périmètre de décisions possibles mais de répondre à davantage de saisines. Pas d'évolution du rôle, à proprement parler, du Conseil constitutionnel contrairement à ce qui avait été annoncé par Dubois, mais plutôt une capacité accrue pour le Conseil d'exercer ce rôle, ou encore, pour rappeler le propos de Dubois, de « développer ses raisons d'être ». Nous aurions donc à présent affaire à un Conseil libéral, entendons garant du respect des droits, récompensé par un Gouvernement, suivant cette même ligne politique, par la possibilité d'exercer plus souvent cette mission.

En tout cas, en nous interdisant d'évoquer ici l'évolution à venir du rôle du Conseil constitutionnel, il s'avère que le rapporteur insiste sur le caractère allant de soi de cette activité nouvelle : inscrite dans la Constitution qui n'attendait que ce petit « supplément d'inspiration libérale » autant dans la démarche qu'aurait initiée depuis le début le Conseil constitutionnel, celle-ci, ainsi présentée, semble cependant relever davantage de l'enthousiasme d'un défenseur exalté des libertés publiques en la personne du rapporteur que d'une interprétation de sa part résolument déterministe sur l'évolution à l'œuvre. Le rapporteur va en effet très vite modérer ce propos. Il renvoie alors l'image d'un Conseil constitutionnel à la fois reconnaissant pour cette « récompense » légitime, et soucieux de l'envisager avec une certaine prudence puisque son activité n'est finalement pas considérée comme étendue à ce stade. Le rapporteur se réjouit d'ailleurs aussi de « la confiance » ainsi manifestée par l'exécutif et le législatif. Voilà en tout cas le Conseil ainsi situé par rapport aux deux grands pouvoirs de la Ve République : il est digne de leur confiance. Positionnement nécessairement passif au demeurant car même potentiellement davantage saisi, le Conseil demeure dépendant des instances de saisine gouvernementales et parlementaires, en se disant de surcroît, d'une certaine manière, redevable de leur confiance ainsi exprimée. Cette entrée en matière est ensuite suivie d'un exposé reprenant plus mécaniquement les différentes dispositions de la loi organique. Celles-ci correspondent principalement à des précisions sur la nouvelle procédure de saisine et la seule question discutée porte sur la nécessité ou pas d'une lettre unique de saisine par les soixante députés ou sénateurs, le Gouvernement ayant prôné la lettre unique comme manifestation d'une « démarche collective ». Or, explique ensuite le rapporteur, l'objectif de cette réforme était un meilleur respect de la Constitution par les lois ordinaires à travers une étendue du nombre de personnes ayant le droit de saisir le

Conseil à cet effet et ceci ne milite pas spécialement pour une lettre unique. Il précise alors son argumentation : certes, la réforme en question était présentée initialement comme un « début de statut de l'opposition ». Le rapporteur associe alors directement cette réforme à une défense des libertés publiques pour en déduire que face à un tel enjeu, cependant,

« la notion de minorité dépasse celle d'opposition »,

car il n'y a pas de raison que seule l'opposition, au sens partisan du terme, se batte pour les libertés publiques. Des membres de la majorité et de l'opposition pourraient constituer cette minorité qui ne se confondrait alors plus avec l'opposition partisane. Visionnaire - à moindres frais cependant car le débat mentionné ci-après fait déjà rage à l'Assemblée -, Dubois prédit que ce cas pourrait rapidement se présenter à l'occasion de la loi sur l'interruption volontaire de grossesse (IVG)...c'est en effet ce qui se passera un mois plus tard. Pour l'heure, Dubois déduit de son raisonnement que l'opposition dont il est question, celle qui défend les libertés publiques, renvoie à la notion de minorité plus qu'à celle de parti d'opposition à la majorité parlementaire et que les soixante parlementaires sont à ce titre soixante individus avec chacun un droit de saisine. Seul François Goguel se montre en désaccord avec le rapporteur : pour lui, le Conseil n'est pas radicalement passé à une phase de protection des libertés publiques, à l'exclusion de tout le reste, et que cette nouvelle possibilité de saisine peut très bien s'appliquer à des cas de respect des procédures constitutionnelles. Dubois lui répond qu'il n'y avait rien d'exclusif dans sa vision des choses mais que,

« ce qui importe surtout, c'est la défense des libertés publiques » ;

elles auront donc constitué toute la trame de son exposé, depuis la présentation de la réforme jusqu'à la remise en cause de la lettre unique. Au-delà de l'importance récurrente de la locution dans son exposé, c'est son caractère déterminant pour l'argumentation générale du rapporteur que l'on peut souligner tant elle révèle la prégnance de la conception par le Conseil de ce nouveau rôle de défenseur des libertés publiques. Et nous disons ici « le Conseil » car dans son ensemble, lit-on sur le procès-verbal, il se déclare favorable aux conclusions du rapporteur, ce qui ne nous empêche pas de souligner qu'à la marge, la notion de protection des libertés publiques comme mission nouvelle ne revêt pas exactement la même importance pour tous ses membres même si tous se rejoignent sur le fait qu'il y ait eu

« incontestablement une évolution du Conseil constitutionnel »,

pour citer Coste-Floret. Mais le débat n'en est pas pour autant clos et il s'agit à présent d'aborder quelques difficultés pratiques posées par la nouvelle loi organique. Si le débat porte sur des questions techniques surmontables par les membres du Conseil constitutionnel, nous ne nous intéresserons bien entendu qu'à celles qui renvoient à la conception qu'ils peuvent avoir ainsi de leur rôle. En la matière, passant sans difficulté en revue le type de lois concernées par cette nouvelle saisine parlementaire, le rapporteur s'arrête plus longuement sur le cas des lois référendaires et des textes intervenant dans le cadre de la mise en œuvre de l'article 16 de la Constitution (pleins pouvoirs au Président de la République sous certaines conditions³⁷⁷) : de nature législative, ces textes pourraient être soumis au contrôle du Conseil, lui semble-t-il. Or, techniquement, cela sera impossible puisque les textes correspondants ne sont connus qu'au

³⁷⁷ Cf délibération de 1961.

moment de leur publication, ce qui est confirmé par Monnerville, qui a vécu en 1961, depuis le Sénat, la publication des textes faisant suite à la mise en œuvre de l'article 61 ; celui-ci rappelle du reste que le Conseil n'a de toute façon en l'espèce qu'un rôle consultatif. Suit un exposé contradictoire plus long de la part du rapporteur sur l'étendue de la saisine, à savoir tout ou partie de la loi concernée, dans la mesure où les lettres de saisine peuvent mobiliser des dispositions différentes de la même loi ; du reste, le rapporteur de la Commission des Lois du Sénat, apprend-on, a suggéré que le Conseil constitutionnel devrait s'assurer que toute disposition soumise à son examen devrait rassembler soixante signatures, nonobstant le nombre de lettres de saisine. Le rapporteur en déduit que,

« le Conseil aura donc à effectuer une opération de criblage ».

D'autres questions techniques sont annoncées, sans grande difficulté, et le rapporteur souligne que dans l'ensemble, le législateur a laissé tout cela à

« l'appréciation du Conseil constitutionnel ».

En d'autres termes, au-delà du fond de cette loi organique et de la précision concernant « une ou plusieurs » lettres de saisine, le législateur laisse au Conseil le soin de poser les règles de fonctionnement adéquates, ce qu'il fait sans difficulté, autour d'accords rapidement consensuels.

Trois questions se posent cependant qui sont davantage débattues, relativement au rôle du Conseil : celle d'abord de savoir ce qui peut être dit à la presse. Goguel prône un « climat de discrétion » et précise que si les informations peuvent provenir des auteurs des saisines, il n'est pas souhaitable qu'elles proviennent du Conseil ; celle ensuite de la connaissance de la date et de l'heure de la promulgation au cas où les lettres de saisines parviendraient trop tard ; si Goguel ne pense pas comme Monnerville que l'exécutif doive en aviser à chaque fois le Conseil constitutionnel car, dit-il,

« les risques des saisine n'existeront pas pour chaque loi »

et apparaîtront de toute façon lors des débats parlementaires, Dubois suggère une information officieuse de la part du Conseil à la Présidence de la République dès l'arrivée des lettres de saisine. L'on voit bien ici les membres du Conseil étonnamment pris au dépourvu sur ces points certes techniques mais néanmoins abordés comme déterminants pour la prise en compte des recours dont ils ont auparavant loué, avec un enthousiasme partagé, l'intérêt pour le respect de la Constitution. En tout état de cause, le problème est ici repoussé par le Président Frey à une prise de contact ultérieure avec le Secrétariat Général du Gouvernement, comme si le Conseil demeurait timide face à cette incursion nouvelle qu'il lui faudrait faire auprès de l'exécutif avant la promulgation de la loi. La dernière question discutée est celle du contenu concerné par la saisine : Goguel suggère de traiter ce type de saisine comme les autres à savoir de se considérer saisi sur l'ensemble de la loi, au-delà des dispositions ou articles spécifiés par les lettres de saisine ; il s'en remet pour cela à la formulation explicite de l'article 61 de la Constitution et de l'article 22 de l'ordonnance portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, ainsi qu'à la jurisprudence du Conseil de 1971 sur la liberté d'association où celui-ci avait rajouté un considérant à la décision pour évoquer les autres dispositions, à savoir celles ne faisant pas partie de la saisine. Ce point semble faire consensus.

Brouillet rappelle enfin que la tendance lors des débats parlementaires

« était de limiter les possibilités d'action du Conseil » ;

cette remarque est intéressante dans la mesure où elle apporte un bémol à l'enthousiasme des débuts du débat sur la « récompense » décernée par le Gouvernement et le Parlement au Conseil constitutionnel.

Conclusion

Cette dernière remarque entre cependant en consonance avec la modération qui a somme toute pris le dessus dans l'exposé du rapporteur quant à l'idée d'extension de pouvoir qu'une telle étendue de saisine conférerait au Conseil constitutionnel.

La phrase finale de Georges Dubois teinte toutefois cette modération d'une espérance dont la froideur du procès-verbal atténue sans doute l'émotion :

« le Conseil, comme toutes les juridictions, tend bien à élargir sa compétence » conclut-il.

L'on attend donc de voir comment il s'y prendra mais cette remarque consensuelle montre au moins qu'une voie est ouverte dont le Conseil sait combien il dépend à présent de lui de la rendre propice à un pouvoir nouveau.

Entre les commentateurs issus de la doctrine juridique et ceux du monde politique, et les membres du Conseil constitutionnel, ces derniers semblent finalement les plus conscients du chantier qui leur est offert.

Quant à Loïc Philip qui achève l'article préalablement cité en évoquant la réception dédaigneuse dont cette réforme a pu faire l'objet auprès de certains constitutionnalistes³⁷⁸, tout en observant, quelques dix ans plus tard donc, que

« peu d'observateurs ont compris, à l'époque, qu'il s'agissait d'une réforme capitale dont les effets seraient considérables »,

il pourrait sembler victime de l'illusion rétrospective dont se méfie Raymond Aron...

« On découvre toujours des raisons lointaines et valables qui, après coup, confèrent une apparente nécessité à l'issue effective »³⁷⁹,

observait fameusement ce dernier. Loïc Philip atténue cependant cette critique par un propos correspondant plus justement à la réalité de l'époque livrée par ce procès-verbal :

« on peut même se demander si les auteurs de la réforme avaient eux-mêmes pleine conscience de la portée de la révision de 1974 ».

Nos analyses montrent que le pouvoir du Conseil constitutionnel se définit en permanence en interne par la projection de la portée de ses décisions sur sa propre légitimité escomptée, en accord avec la contrainte constitutionnelle. Ce champ des possibles ouvert en 1974 restait donc à actualiser.

L'accès aux archives du procès-verbal de la délibération correspondante du Conseil constitutionnel nous autorise à répondre que les bénéficiaires de la réforme, ont eu, quant à eux, une conscience à la fois nette et intimidée du pouvoir nouveau qui pourrait leur échoir, entre

³⁷⁸ Il cite en l'occurrence les professeurs Duverger et Juillard.

³⁷⁹ Raymond Aron, *Introduction à la philosophie de l'Histoire*, Gallimard, Paris, 1986.

appropriation pratique d'une extension prévisible des saisines et définition politique d'un échange nouveau avec le Parlement, sur fond d'une montée en puissance des libertés publiques à garantir.

Voyons comment leur conception du rôle de leur institution évolua alors au fil des débats faisant dans le cadre des saisines qui en découlèrent.

II.2. La métamorphose de la loi à la faveur de l'Etat de droit

II.2.1. L'évolution de la relation avec le Parlement exprimée dans les débats

Séance des 14 et 15 janvier 1975, décision 75-54 DC : loi sur l'Interruption Volontaire de Grossesse (IVG).

⇒ Qu'apprend-on ici ?

- * Contrôle de conventionalité transféré au juge ordinaire
- * Prise en compte dans les débats de l'aspect sociétal comme une dimension de la loi à examiner
- * Pouvoirs d'appréciation relatifs du Conseil constitutionnel et du Parlement considérés et exprimés au nom du même peuple souverain.

Lorsque les conseillers parlent du Conseil constitutionnel ou évoquent son rôle au cours de cette délibération, c'est pour le situer par rapport aux autres institutions, politiques ou judiciaire, bien souvent pour renforcer la perception que l'on aura alors de la pertinence ou de la cohérence de ses décisions.

Le Conseil constitutionnel en ressort encore, et plus nettement qu'auparavant, comme un guide au service du législateur, tenant sa crédibilité de la référence constitutionnelle étendue au Préambule, d'une capacité implicite à faire valoir la stabilité sociale et du caractère collégial de ses décisions.

Le besoin d'unisson souvent convoqué pendant la délibération exprime la fragilité d'une institution qui cherche encore son positionnement par rapport à un législateur auquel elle ne saurait se substituer tout en traçant les contours de sa force ; celle-ci reste à conquérir dans une unité de point de vue sur ce que l'institution doit garantir. Ce lien structurant pendant toute la délibération entre le consensus à trouver, exprimé par cette invocation récurrente du « nous », et la collégialité de fait de la décision promet une continuité de contenu plus affirmée que d'habitude entre les arguments mobilisés pendant la délibération et ceux retenus pour la décision, même si tous n'ont pas lieu d'apparaître.

En l'occurrence la relation au Parlement, qui traduit une conception en interne consensuelle du rôle du Conseil constitutionnel par ses membres, est l'un de ces arguments décisifs. C'est là non pas un tournant mais un approfondissement d'une démarche enclenchée depuis longtemps. La décision va fameusement traduire cette approche dans son premier considérant, selon lequel :

« L'article 61 de la Constitution ne confère pas au Conseil constitutionnel un pouvoir général d'appréciation et de décision identique à celui du Parlement mais lui donne compétence pour se prononcer sur la conformité à la Constitution des lois déferées à son examen ».

Le public auquel s'adresse le Conseil constitutionnel apparaît ainsi composé : en premier lieu des auteurs de la saisine ; d'une façon plus générale, des parlementaires ; du gouvernement ; des institutions judiciaires, notamment sur le premier volet plus technique de la délibération relative à ce qui deviendra le contrôle de conventionalité et qui voit le Conseil constitutionnel abandonner aux autres tribunaux l'analyse au cas par cas de la conformité d'une loi à un traité pour des raisons ici politique (le Conseil s'opposerait trop frontalement au Parlement) et stratégique-diplomatique (relativement à d'autres traités en cours dans le cadre d'une divergence de vues entre France et Grande-Bretagne sur la construction européenne) ; des citoyens ou de l'opinion publique pour reprendre le terme cité plusieurs fois dans la délibération. Ce public est présenté par les intervenants du débat comme plutôt enclin à accepter cette loi, ce qui rend la décision peu risquée pour un Conseil constitutionnel qui vient de bénéficier d'un accroissement de pouvoir et qui ne veut pas avoir l'air d'en abuser par une censure de la loi.

Enfin, l'équilibre politico-social et l'apaisement face au clivage moral qu'installe ce sujet au sein de la société, incite les membres de l'institution à opter pour la loi en tant que capable de régler une situation de « désordre ».

Les conseillers sont cependant bien conscients que cette loi ne relève pas de manière évidente de principes à valeur constitutionnelle et que personne n'en serait dupe, d'où la primauté des arguments juridiques les moins contestables pour éviter le risque de laisser le « public » extrapoler quant aux intentions du législateur, voire, pire, du Conseil constitutionnel.

Les 14 et 15 janvier 1975, les membres du Conseil constitutionnel doivent délibérer au sujet de la conformité à la Constitution d'une loi qui a alors déjà amplement fait débat et cela bien au-delà de l'enceinte parlementaire : cette délibération donnera lieu à la fameuse décision 75-54 DC relative à l'interruption volontaire de grossesse (IVG). La doctrine y voit à juste titre une décision importante en matière de compétence du Conseil qui, en considérant

« qu'une loi contraire à un traité ne serait pas contraire à la Constitution »,

se prive ainsi d'un vaste champ de saisines voué à s'accroître avec le développement du droit européen, à savoir ledit contrôle de conventionalité. Juridiquement, en effet, cette décision sera appelée à devenir un précédent puisqu'une telle déclaration d'incompétence laissant aux instances judiciaires, au cas par cas, le loisir de vérifier la conformité d'une loi à un traité et ce faisant d'en accepter la conformité à la Constitution en vertu de l'article 55³⁸⁰ de cette dernière, offre aux tribunaux, par transitivité, la possibilité d'un contrôle de constitutionnalité. La première saisine parlementaire donne donc lieu à une limitation du pouvoir du Conseil constitutionnel ! Mais ses membres en avaient-ils conscience et, surtout, comment envisageaient-ils alors leur rôle dans cette nouvelle configuration ?

³⁸⁰ Art 55 de la Constitution de 1958 : « Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie ».

Les conséquences juridiques de cette décision sont certes intéressantes en tant qu'éclairant le partage de compétences entre le Conseil constitutionnel et les autres cours souveraines françaises du dispositif judiciaire et l'on pourrait s'attendre à ce qu'il y soit là aussi *a priori* question d'une conception de son rôle par le Conseil. Notre lecture s'est cependant nécessairement attardée sur les raisons de ce choix partagées pendant la délibération : elles révèlent davantage que le rôle de l'institution est ici envisagé d'abord par rapport à celui du Parlement et que ce positionnement dans le paysage judiciaire s'en suit. Du point de vue de la pratique démocratique française, cette mise à distance n'est pas anodine.

Regardons donc d'un peu plus près ce qui ressort de l'analyse.

Au moment de la rédaction définitive de ces lignes, la fameuse « loi Veil » sur l'IVG vient de fêter ses quarante ans. Si le propos n'est pas ici d'en dresser un bilan dans quelque domaine que ce soit, cette célébration émue invite à accorder une considération particulière au contexte des débats provoqués par le projet de loi à l'époque. Toutefois, indépendamment des circonstances de notre calendrier rédactionnel, toute recherche contextuelle quant aux débats sur le sujet en 1974-75 foisonne de commentaires et de documents d'archives que seul un travail spécifiquement dédié à celui-ci pourrait prétendre analyser exhaustivement. Prenant donc au sérieux nombre de ces lectures de travaux approfondis, comme nous l'avons fait pour les débats liés aux événements de mai 1968 ou bien, plus tôt, à ceux consécutifs à la crise algérienne, qui ont aussi dépassé l'enceinte de la représentation nationale, nous nous efforçons d'en limiter l'exposé à ce qui demeure un éclairage suffisant pour situer la délibération à étudier par rapport à la vie démocratique de son temps.

Ainsi affluent également des articles de médecins hospitaliers, de personnes s'exprimant au nom de milieux associatifs et militants pour les droits des femmes, ou encore de politistes et bien entendu de politiques, de journalistes, et d'observateurs divers, qui nous font partager l'air du temps en confortant la pertinence d'analyses plus scientifiques menées dans le domaine des sciences sociales sur la question. Il en ressort que le débat toucha alors indéniablement l'opinion publique sous une acception extrêmement large. Dans un article³⁸¹ de Maud Gelly, médecin hospitalier, « Le MLAC³⁸² et la lutte pour le droit à l'avortement », écrit en 2005 à l'occasion des trente ans de la loi Veil, peut-on lire que

« Depuis 1970, le Mouvement de libération des femmes mène des actions spectaculaires pour dénoncer l'oppression des femmes et revendiquer entre autres le droit à l'avortement. C'est ainsi que 343 femmes, célèbres ou anonymes, signent le 5 avril 1971 un manifeste dans lequel elles affirment avoir avorté, et donc avoir enfreint l'article 317 du Code Pénal de 1810, et dans lequel elles revendiquent la liberté de l'avortement. Ce manifeste constitue un véritable défi au pouvoir, qui n'avait alors le choix

³⁸¹ Article d'abord paru en 2005 pour la fondation Copernic (article en ligne sur le site de la fondation)/ récupérer lien pour préciser source spécifique puis citer les sources de l'article lui-même, citées par son auteur Maud Gelly : Michelle Zancarini-Fournel. *Histoire (s) du MLAC (1973-1975)*. Revue CLIO n°18, 2003. Sandrine Garcia. *Expertise scientifique et capital militant : le rôle des médecins dans la lutte pour la légalisation de l'avortement*. Actes de la recherche en sciences sociales n°158, 2005. Jean-Yves Le Naour, Catherine Valenti. *Histoire de l'avortement*. Seuil, 2003. Xavière Gauthier. *Naissance d'une liberté*. Robert Laffont, 2002. MFPF. *Liberté, sexualités, féminisme*. La Découverte, 2006.

³⁸² Mouvement pour la Liberté de l'Avortement et de la Contraception - association française de loi 1901, créée en avril 1973 afin de légaliser l'interruption volontaire de grossesse (IVG) en France, en regroupant des militant(e)s féministes, des militants du Planning familial, le Mouvement de libération des femmes et le Groupe information santé, constitué de médecins et d'agents de santé. Le MLAC a été dissous en février 1975 après le vote de la loi Veil autorisant l'IVG, puisque son objectif était alors atteint.

qu'entre deux options : soit poursuivre en justice les 343 signataires, ce qui n'était pas assumable politiquement ; soit reconnaître que les lois de 1920 et de 1923, qui avaient renforcé la répression de l'avortement, n'étaient de fait plus applicables. Contrairement à ce qu'on retient souvent de cet épisode et de la décision du ministère public de ne pas poursuivre ces femmes, certaines des signataires ont payé cher leur prise de position : il ne s'agissait évidemment pas des actrices ou écrivaines, mais d'intérimaires de l'enseignement ou des administrations, qui se sont vues brutalement renvoyées après la publication du Manifeste ».

Il n'en demeure pas moins que la loi en vigueur n'était alors plus applicable et que cela mit plusieurs médecins face à l'obligation de prendre position devant les cas d'avortements qu'ils rencontraient ou étaient susceptibles de rencontrer. Mais là encore, la controverse domine et l'article poursuit ainsi :

« Le Conseil de l'Ordre des médecins, organe notoirement réactionnaire créé sous Vichy, s'oppose catégoriquement à toute légalisation de l'avortement, et son président Lortat-Jacob ira jusqu'à dire des 343 femmes signataires du Manifeste qu'en 'observant la qualité nominale des 343 délinquantes en question, l'orthographe et la résonance de leur nom patronymique, elles n'apparaissent pas très catholiques'. D'autres médecins, minoritaires, prennent position pour le droit à l'avortement. Eux non plus ne viennent pas de nulle part : la plupart des 331 médecins signataires du manifeste du 3 février 1973, dans lequel ils déclarent pratiquer des avortements, sont issus du Groupe Information Santé ». Enfin, la conclusion de l'article résume bien l'enjeu du propos tel qu'il ressort des archives de l'époque : « L'avortement est un acte emblématique de cette problématique en ceci que sa décision n'appartient qu'à la femme, et non au médecin. Ces médecins cherchent à créer un état de fait en pratiquant des avortements et en revendiquant haut et fort cette pratique interdite ».

Par ailleurs, en dehors du MLAC, d'autres associations se font entendre, comme l'association « Choisir » présidée par Gisèle Halimi³⁸³ qui revendique une loi légalisant l'avortement, tandis que le MLAC redoute davantage l'encadrement par les pouvoirs publics qu'impliquera effectivement la loi. Quoi qu'il en soit, le gouvernement ne tolère plus ces transgressions répétées de la loi et Valéry Giscard d'Estaing, lorsqu'il est élu Président de la République en 1974, confie le dossier de l'avortement à Simone Veil, ministre de la Santé, dans l'objectif premier de rétablir l'ordre autant que dans le sillage de sa logique libérale. Simone Veil défend alors son projet de loi devant une Assemblée nationale déchaînée : les procès-verbaux parlementaires mentionnent même de virulents propos antisémites³⁸⁴ et misogynes à son égard. Enfin, la loi promulguée en 1975 légalise l'avortement sans pour autant le reconnaître comme un droit. Elle ne prévoit en effet pas de remboursement de l'avortement par la Sécurité Sociale et impose un entretien « social » avant un avortement qui sera limité à dix semaines de grossesse et conditionné à une autorisation parentale pour les mineures ainsi qu'à des critères de séjour pour les étrangères. La loi est du reste votée pour une durée limitée,

« comme s'il fallait que les femmes apportent la preuve qu'elles ne feraient pas n'importe quoi »,

³⁸³ Quelques mots sur cette avocate féministe, signataire en 1971 du Manifeste des 343, parmi 343 femmes qui déclarent avoir avorté et réclament le libre accès aux moyens anticonceptionnels et l'avortement libre, ayant aussi soutenu la candidature de François Mitterrand à la Présidentielle de 1965 (où De Gaulle l'emporte finalement au second tour contre FM, candidat unique de la gauche ayant ainsi instauré la bipolarité de partis aux élections présidentielles) dans l'optique d'associer socialisme et féminisme.

³⁸⁴ Ici, le site internet de l'Assemblée nationale est précieux qui rassemble vidéos et procès-verbaux archivés : <http://www.assemblee-nationale.fr/13/evenements/simone-veil-2010.asp>

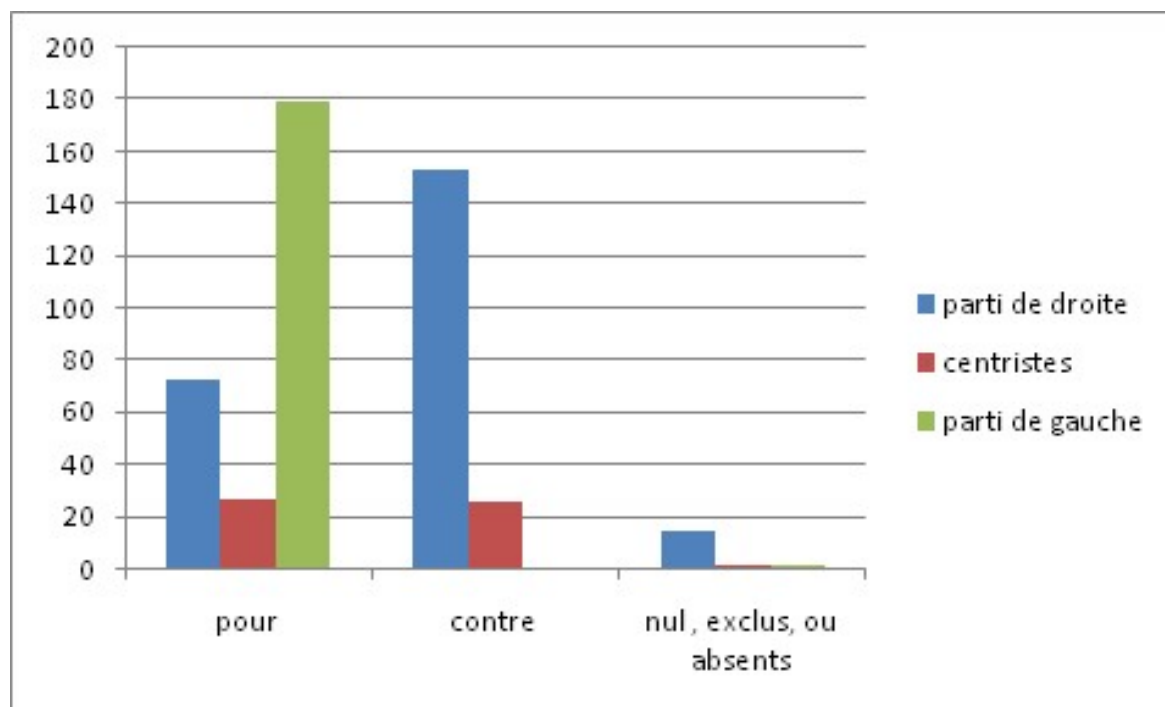
reprend l'article pré-cité sur le MLAC. Il faudra en effet attendre 1979 et voir défiler de nombreuses manifestations publiques³⁸⁵ pour que cette loi soit rendue définitive.

Le procès-verbal du premier débat parlementaire à l'Assemblée nationale sur cette loi est tout aussi éclairant pour notre propos et permet d'ailleurs de resserrer ce dernier autour du thème qui nous intéresse. Au-delà des invectives subies par Simone Veil dans un climat parlementaire houleux dont l'Institut National de l'Audiovisuel garde les traces pour la postérité, ce procès-verbal permet de situer de manière dépassionnée la composition politique du Parlement et ses votes.

Simone Veil est alors ministre de la Santé, politiquement située au centre droit, dans la mouvance du Président Valéry Giscard d'Estaing ; le Premier ministre est Jacques Chirac, déjà brièvement présenté. Elle est l'auteure du projet de loi IVG qu'elle présentera et défendra à l'Assemblée nationale, présidée par Edgar Faure (centriste, parti Radical). Si la loi est votée à l'unanimité par l'ensemble des partis de gauche, la division provient de la droite elle-même. La loi est cependant votée à 284 voix contre 189 en première lecture puis à 288 voix contre 192 en deuxième lecture. Voici comment se répartirent alors les votes :

³⁸⁵ 30 000 femmes le 6 octobre 1979 et une manifestation de 50 000 personnes le 24 novembre 1979 à l'appel des partis politiques et des syndicats.

Structure du vote des députés en deuxième lecture

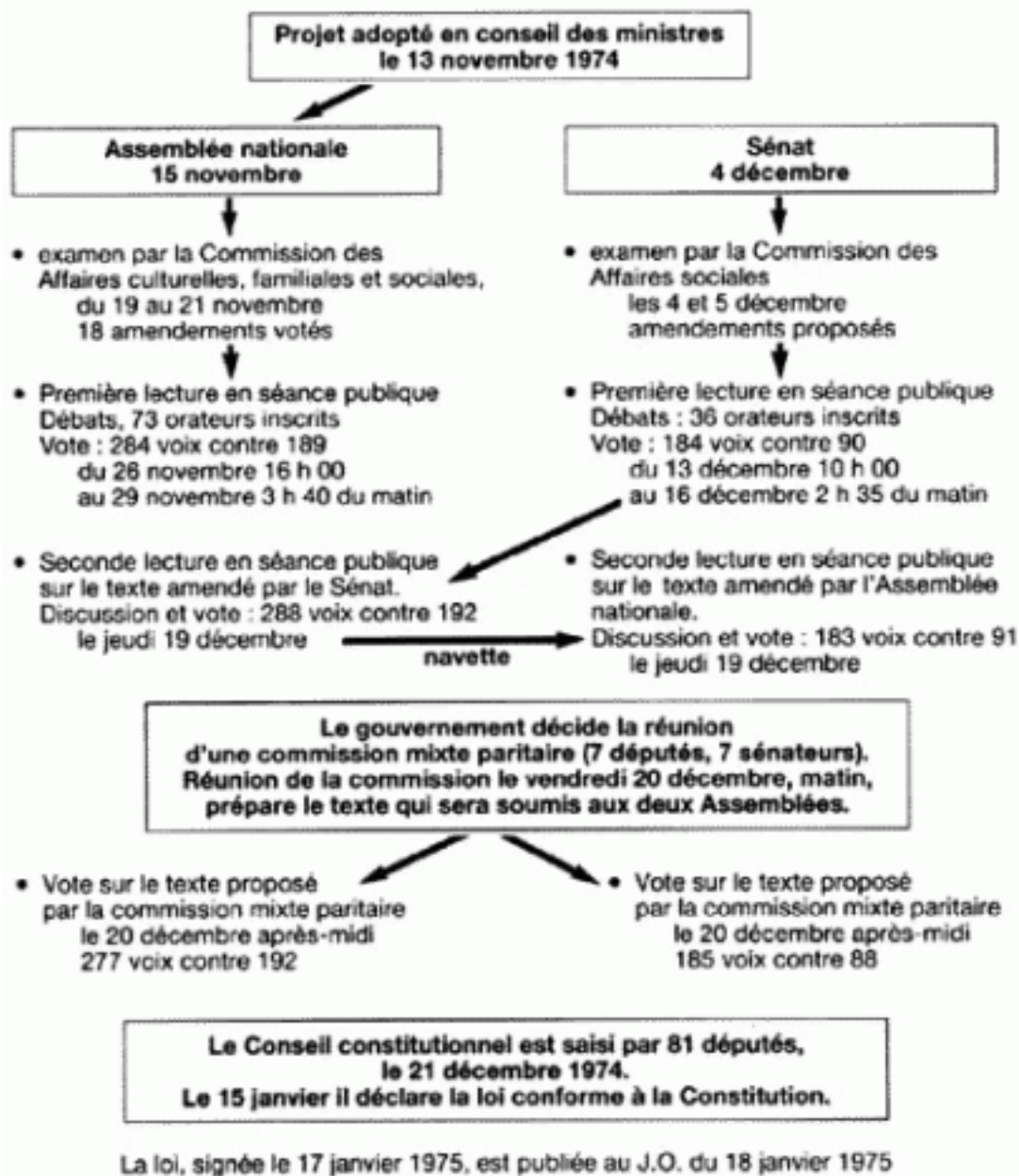


(Source : journal *Le Parisien*, numéro paru le 30 novembre 1974, archives du Journal.)

Le Président du Sénat est alors le gaulliste Alain Poher et la loi est votée à la chambre haute en première lecture à 184 voix contre 90, puis à 183 contre 91 en deuxième lecture. Après cette double lecture, le gouvernement propose la réunion d'une commission mixte paritaire dont le texte sera voté par 277 voix contre 192 à l'Assemblée Nationale et à 185 contre 88 au Sénat.

Le site internet de l'Assemblée nationale offre ce récapitulatif des votes parlementaires :

LA LOI SUR L'INTERRUPTION VOLONTAIRE DE GROSSESSE AU PARLEMENT (novembre-décembre 1974)



Enfin, une fois n'est pas coutume, nous restituons ci-dessous le texte de loi juste avant la saisine du Conseil constitutionnel, dans sa quasi-intégralité, en accord avec le traitement plus large que nous avons réservé à ce débat étant donné sa position charnière dans cette étude :

TITRE PREMIER

Article premier.

La loi garantit le respect de tout être humain dès le commencement de la vie. Il ne saurait être porté atteinte à ce principe qu'en cas de nécessité et selon les conditions définies par la présente loi.

Art. 2.

Est suspendue pendant une période de cinq ans à compter de la promulgation de la présente loi, l'application des dispositions des quatre premiers alinéas de l'article 317 du Code pénal lorsque l'interruption volontaire de la grossesse est pratiquée avant la fin de la dixième semaine par un médecin dans un établissement d'hospitalisation public ou un établissement d'hospitalisation privé satisfaisant aux dispositions de l'article L 176 du Code de la santé publique.

TITRE II

Art. 3.

Après le chapitre III du titre premier du Livre II du Code de la santé publique, il est inséré un chapitre III *bis* intitulé "Interruption volontaire de la grossesse".

Art. 4.

Cet article renvoie à la section I du chapitre III *bis* du titre premier du Livre II du Code de la santé publique (*que nous pouvons en revanche nous passer de reproduire ici dans son intégralité*)

Il ne manque alors plus à cette contextualisation du débat que le texte de la saisine du Conseil Constitutionnel par les quatre-vingt-un députés de la majorité de droite ainsi divisée, le 20 décembre 1974 ; le voici³⁸⁶ :

« Les soussignés, Députés à l'Assemblée Nationale, défèrent à la censure du Conseil Constitutionnel la loi relative à l'interruption volontaire de la grossesse, et spécialement les dispositions de l'article 3 de ladite loi en tant qu'il autorise l'avortement, sans autres conditions que de forme, durant les dix premières semaines de la grossesse. Ils concluent qu'il plaise au Conseil Constitutionnel dire lesdites dispositions non conformes aux principes réaffirmés par le préambule de la Constitution, et non conforme aux dispositions de l'article 2 de la Convention Européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des libertés fondamentales, dont l'autorité est supérieure à celle des lois aux termes de l'article 55 de la Constitution ».

Les membres du Conseil constitutionnel n'ont pas encore changé, qu'il sied sans doute de rappeler après ces multiples informations fournies ci-dessus : Jean Sainteny, haut fonctionnaire, gaulliste, nommé par l'ancien Président de la République, Charles de Gaulle ; Georges-Léon Dubois, haut fonctionnaire, nommé par le précédent Président du Sénat Gaston Monnerville ; Pierre Châtenet, haut fonctionnaire et homme politique, centriste, nommé par l'Ancien Président de l'Assemblée Nationale, Jacques Chaban-Delmas ; François Goguel, historien et homme

³⁸⁶ Source : [site internet du Conseil Constitutionnel, décisions classées par date, saisine directement accessible.](#)

politique gaulliste, nommé par l'Ancien Président de la République Georges Pompidou, rapporteur du projet de décision pour cette séance ; Paul Coste-Floret, Professeur de Droit et homme politique de centre droit, nommé par le Président du Sénat alors en fonction, Alain Poher ; Henri Rey, homme politique, UDR, ancêtre du RPR, nommé par l'ancien Président de l'Assemblée Nationale, Achille Peretti (gaulliste) ; Gaston Monnerville, homme politique de la gauche démocratique puis MRG, nommé par le Président du Sénat alors en fonction, Alain Poher (centriste, MRP, tendance démocratie chrétienne) ; René Brouillet, ancien diplomate, gaulliste nommé par le Président de l'Assemblée Nationale alors en fonction, Edgar Faure (Parti radical socialiste, puis parti Radical).

Le Conseil Constitutionnel est donc principalement composé de membres de droite et de quelques centristes, à l'instar de la majorité au Gouvernement et au Parlement. Cette première saisine parlementaire, depuis l'entrée en vigueur de la désormais fameuse révision constitutionnelle de 1974, ne provient cependant pas de l'opposition de gauche ; elle est émise par une partie de la droite, autrement dit par une minorité appartenant à la majorité parlementaire et gouvernementale, comme cela avait été évoqué par les membres du Conseil constitutionnel lors de la délibération précédemment étudiée et relative à la conformité de la loi organique modifiant la saisine de l'institution. La question ne se pose donc pas ici de savoir si le Conseil constitutionnel est tenté de privilégier les saisines issues d'une minorité dont il pourrait lui-même politiquement se réclamer puisque sa propre composition semble homothétiquement proche de la droite parlementaire et autant divisée qu'elle, si l'on s'en tient à un plan purement partisan. Parvenir à une décision collégiale serait donc bien difficile si le Conseil constitutionnel devait être le reflet des penchants partisans de ses membres. Par ailleurs, le Conseil Constitutionnel, s'il ne s'estimait mandaté que pour soutenir tel ou tel parti, ce qui n'est jamais apparu de manière indéniable dans les délibérations rencontrées jusqu'ici en dehors d'un attachement quasi-filial au gaullisme chez les conseillers des premiers temps, pourrait se contenter de déclarer la loi conforme à la Constitution et s'en remettre au point de vue du Parlement majoritairement de droite qui l'a votée ; il pourrait aussi, à l'inverse reconduire en son sein la division parlementaire des partis de droite sur la question en concluant par un vote, ce qu'explicitement il va même s'interdire de faire pendant cette délibération, nous le verrons. L'enjeu moteur du débat se loge donc ailleurs que dans une logique de préférences partisans.

Ce que les membres du Conseil constitutionnel estiment devoir être leur rôle se structure dans ce débat autour de six arguments permettant d'aboutir à une conception partagée. Etant donné la densité des échanges se déroulant à plusieurs niveaux en même temps, nous optons ci-après pour un commentaire composé de ces arguments majeurs préalablement identifiés, plutôt que pour une analyse plus linéaire susceptible de noyer la lecture spécifique de chacun d'entre eux, tant ils sont enchevêtrés les uns aux autres.

II.2.1.a. Une continuité entre le Conseil et le législateur

Le rapporteur du projet, François Goguel, annonce dès son introduction que la loi soumise à l'examen du Conseil relève, au fond, d'une problématique complexe, en tant que renvoyant à des données,

« d'ordre moral, d'ordre métaphysique, d'ordre social autant que d'ordre proprement juridique ».

Ainsi, place-t-il d'emblée sur un même plan l'importance du droit comme l'impossibilité de faire abstraction des considérations d'un autre ordre. Il renvoie alors immédiatement aux débats parlementaires témoignant également de cette complexité, marquant ainsi un profond souci de continuité entre le Conseil Constitutionnel et le législateur. Or, c'est là un axe clé de la trame argumentative de Goguel mais aussi de la délibération qui s'ensuivra avec ses collègues.

Les débats parlementaires, ont été denses, souvent passionnés et toujours portés par des analyses approfondies ; François Goguel salue officiellement ce travail à travers ce qu'il nomme même un « hommage », en avançant que la loi votée l'a été pour correspondre à « la moins mauvaise des solutions ». Après sa longue introduction aux accents très peu juridiques, un béotien pourrait attendre un échange d'arguments sur le terrain social mais ce serait là, précisément, reconduire un débat parlementaire.

Cette délibération a cela d'intéressant qu'elle montre la spécificité des arguments du Conseil Constitutionnel de façon d'autant plus éclairante que le rapporteur rend lui-même d'abord cet hommage au législateur, avant de proposer d'engager les débats sur un terrain qui se refuse à constituer une redite des discussions parlementaires, pas plus qu'une contradiction de celles-ci. Le rapporteur, en présentant ainsi son propos, prend ses distances vis-à-vis d'un éventuel rôle d'avocat de la saisine qui lui serait reproché. Il ne se positionne du reste pas davantage comme le porte-parole d'une majorité parlementaire. Il va plutôt présenter son propre point de vue argumenté, sans le placer dans un quelconque rapport de force ou de comparaison avec le propos du législateur. Il s'agit, prend-il soin de préciser, de

« tenir compte des conditions satisfaisantes dans lesquelles cette loi a été discutée »,

après avoir rappelé combien, sur le fond, les discussions furent profondes.

Il poursuit dans cette perspective, en situant les deux institutions, Parlement et Conseil constitutionnel, l'une par rapport à l'autre : pour la première, il s'agit de « l'exercice de la souveraineté », quand la seconde doit s'adonner à son « propre examen de la loi ».

Or, cette mise à distance par rapport à la souveraineté ne peut s'entendre, une fois prononcé l'éloge de Goguel au Parlement, que dans le respect des réflexions menées par le législateur, autrement dit, dans le respect de cette même souveraineté. Il ne s'agit donc pas pour le Conseil, selon François Goguel, de s'arroger une quelconque forme de souveraineté, même si tous ses membres savent que le dernier mot lui appartiendra. Cette précaution d'une Cour, par ailleurs dite souveraine en ce dernier sens par la vulgate juridique, vis-à-vis de la notion de souveraineté elle-même, laisse entrevoir un lien subtil entre deux souverains ne pouvant entrer en conflit pour la simple raison qu'en réalité ces institutions parlent au nom d'un seul et même véritable souverain antérieurement désigné comme tel : l'ensemble des citoyens. Sans revenir ici outre mesure sur la théorie du pouvoir constituant parcourue lors de l'étape introductive de cette thèse, nous suggérons tout de même que la façon dont le rapporteur aborde la nécessité d'un lien entre le Conseil Constitutionnel et le législateur semble y renvoyer dès lors que deux institutions « souveraines » peuvent apporter chacune, et de manière complémentaire, une touche différente à ce qui ressort alors comme la base commune à toute souveraineté.

Or, s'il n'y a qu'un seul souverain ou une seule base commune, l'on ne peut que se borner à le/la représenter, à savoir à parler en son nom ; nécessairement alors, toute double représentation doit être intrinsèquement cohérente. Nous avons plus haut abordé la notion de continuité entre le Conseil et le législateur comme un trait déterminant dans les délibérations du Conseil constitutionnel et en particulier dans celle-ci, explicitement : une continuité ainsi revendiquée contraint, de manière simplement logique, le Conseil constitutionnel à considérer le propos du législateur de façon non conflictuelle. C'est davantage à un partage des tâches entre Parlement et Conseil que l'on assiste ici.

Pour finir, le rapporteur s'autorise l'expression de ses convictions intimes et de son propre cheminement pour soutenir pour sa part cette loi contre son éthique personnelle. Si la démarche peut relever, à titre individuel, d'une grande sagesse, le Président Roger Frey s'empresse de rappeler que,

« les responsabilités du Conseil ne se confondent pas avec celles du législateur »

et que raisonner ainsi au fond n'entre donc pas dans la mission du Conseil. S'il y a continuité avec le législateur, cela passe donc bien par le respect du rôle de chacun, jusqu'au bout ; le spectre de l'accusation d'un gouvernement des juges, souvent invoqué dans d'autres délibérations mais pas explicitement dans celle-ci, n'est jamais bien loin.

Puis, comme il s'est agi en premier lieu pour le rapporteur d'aborder la question, qui fera d'ailleurs jurisprudence, de la possibilité pour le Conseil constitutionnel de juger de la conformité d'une loi à un traité, en l'occurrence à la Convention européenne des droits de l'homme, le premier débat qui suit son exposé porte sur ce point.

Là encore, le Président Frey persiste dans son rôle de modérateur, veillant à ce que le Conseil constitutionnel ne sorte pas

« de ses attributions telles qu'elles sont définies dans le cadre de l'article 61 et des attributions qu'il tient de l'article 54³⁸⁷ ».

La question qui va alors se poser renvoie à l'idée d'auto-saisine par le Conseil constitutionnel et cela placerait cette fois ses pouvoirs à égalité de, et donc en conflit avec, ceux du législateur, à moins de délimiter très précisément auparavant son domaine d'intervention. Le débat est ici essentiellement juridique et les membres du Conseil constitutionnel se rangent assez rapidement derrière l'avis du rapporteur, selon lequel le Conseil ne peut juger de la conformité d'une loi nationale à un traité international. A la suite de la décision, ce rôle reviendra progressivement alors aux deux autres cours souveraines françaises, la Cour de Cassation et le Conseil d'Etat³⁸⁸. Ce qui nous intéresse, ce ne sont toutefois pas les conclusions juridiques, aussi importantes soient-elles pour la doctrine et pour la jurisprudence mais plutôt les arguments liés au positionnement du Conseil ayant permis d'y aboutir. Il s'est en effet réellement agi ici de penser le rôle du Conseil constitutionnel vis-à-vis de la loi et plus précisément vis-à-vis du Parlement. La conclusion du rapporteur est dans un premier temps acceptée à l'unanimité mais la discussion porte alors sur le projet de décision et notamment sur le risque d'y faire apparaître de

³⁸⁷ L'article 54 renvoie à la façon dont des dispositions d'un traité éventuellement contraires à la Constitution peuvent tout de même entraîner sa ratification : moyennant une révision constitutionnelle.

³⁸⁸ Deux arrêts fameux : celui de la Cour de Cassation, dès le 24 mai 1975, arrêt Société des cafés Jacques Vabre ; celui du Conseil d'Etat, le 20 octobre 1989, arrêt Nicolo.

façon implicite la notion d'auto-saisine si jamais le Conseil laissait supposer qu'il évaluerait à l'avenir de son plein gré la conformité d'un traité à la Constitution. La décision finale ne l'emporte alors plus à l'unanimité et deux camps se dessinent, inégalement constitués en nombre, entre les plus précautionneux sur cette question et ceux qui pensent que le Conseil constitutionnel pourrait malgré tout se prononcer de façon plus nette quant à la conformité, non pas d'une loi à un traité, mais au moins d'un traité à la Constitution, quand le Conseil n'aurait pas été saisi auparavant sur le sujet. Les premiers l'emportent mais le vote est exclu par leurs opposants eux-mêmes, qui se plient à la majorité évidente.

Enfin, cette notion de continuité entre le Conseil et le législateur intervient à nouveau lors de l'examen du deuxième volet de la saisine, c'est-à-dire celui de la conformité de la loi, non plus au Traité, mais à la Constitution elle-même. Au-delà de tous les textes de droit qui peuvent légitimement être mobilisés – ceux mentionnés dans la saisine mais aussi par un mémoire la soutenant et invoquant le Préambule de la Constitution, comme le fait la saisine mais plus précisément celui de 1946 où il est question pour la Nation de garantir la protection et la santé à la mère et à l'enfant, ou encore ceux cités par le rapporteur, qui prend soin de rechercher tous les textes de droit mobilisables, la DDHC de 1789, les PFRLR, les préambules de 1946 et de 1958 et certaines de leurs dispositions de principe, les articles du code civil relatif à la succession et sous-entendant que l'embryon est un être vivant -, la question de l'interprétation de ces textes se heurte à la complexité de la définition d'un être humain, tant sur plan biologique qu'éthique. Les délibérants reviennent alors sur les contradictions rencontrées lors des débats parlementaires sur cette question délicate, mais se gardent encore de reproduire de tels débats où les opinions personnelles empêcheraient le consensus et parce que, précise l'un des membres,

« la loi essaie de résoudre une situation de désordre »,

ce qui ressortait de la mise en perspective de cette délibération dans son contexte. Il faut donc, une fois de plus, comprendre et respecter ce que cherche à faire le législateur.

Cette remarque permet cependant d'aborder le second axe argumentatif de la délibération qui renvoie aussi à la conception que le Conseil se fait de son rôle : ce que cherche à faire le législateur ne va pas sans conséquences.

II.2.1.b. La prise en compte des conséquences sociales de la loi

La digression même du rapporteur, à la suite de son exposé principal sur le projet de décision, lorsqu'il exprime ses convictions personnelles sur l'avortement, invite à cet égard à chercher à démêler son intention. En effet, il précise qu'en aucune manière, cette position personnelle ne pourra entrer en ligne de compte dans le texte de la décision : pourquoi alors l'exprimer ? S'il signale d'abord que, selon lui, les conséquences d'une telle loi seraient sans doute de généraliser la tendance de la société à se déresponsabiliser de ses actes, il entend aussi regarder cette même société dans son évolution objective. Autrement dit, qu'il condamne cette déresponsabilisation est une chose, qu'il en prenne acte en est une autre. Les français ne sont plus chrétiens, explique-t-il à cet effet, et les chrétiens n'ont pas le droit d'imposer un code de moralité ; du reste, poursuit-il, l'attente d'un enfant est trop souvent liée à une angoisse, notamment aussi à cause de la réprobation des chrétiens vis-à-vis des mères célibataires, et plus

généralement pour des raisons de difficultés sociales ; enfin, souligne-t-il, le consensus de l'opinion publique est évident à ce sujet. François Goguel, exhaustif et objectif dans son propos sur la société française, défend ainsi pourtant cette loi au nom même d'une prise de recul vis-à-vis de sa propre religion qui l'entraînerait à condamner l'avortement, mais aussi en vertu de la responsabilité que lui paraît porter cette même religion quant à l'évolution de la société. L'Eglise, déplore-t-il, n'a pas été très charitable avec les mères célibataires : avorter clandestinement a même paradoxalement longtemps ouvert les portes d'une forme de respectabilité dont n'étaient pas gratifiées les célibataires qui gardaient leur enfant. Ainsi, la religion s'invite-t-elle dans le débat pour mieux en être exclue et ce, non pas au nom d'une laïcité intraitable mais à partir du point de vue objectif d'un croyant.

François Goguel privilégie aussi un terrain d'entente neutre et consensuel, c'est-à-dire sur lequel on peut émettre objectivement de semblables observations sans nier pour autant son éthique personnelle : la réalité sociale. Du reste, le rapporteur ne semble pas s'être trompé en abordant les choses ainsi ; dès le début du débat sur ce deuxième volet la question, Paul Coste-Floret le confirme :

« il est impossible de faire abstraction de ses pensées religieuses ou philosophiques » annonce-il tout en précisant que, pour autant,

« il ne se sent pas disposé à imposer aux autres sa morale personnelle ».

C'est à l'imprécision du texte de loi qu'il s'en prend alors, au nom des conséquences sociales d'énoncés ne précisant pas suffisamment les cas dans lesquels une interruption volontaire de grossesse peut intervenir. Il revient alors sur les débats antérieurs concernant l'avortement et la façon dont, à chaque fois, ceux-ci sous-tendaient une certaine vision de la société et de l'impact d'une politique de natalité. Entre 1910 et 1924, explique-t-il, la loi contre l'avortement visant à limiter la dépopulation criante dès le début du XXème siècle, tout en l'insérant dans un ensemble d'aides à la famille, n'était pas appliquée dans les faits ; le nombre d'avortements avoisinait alors les cinq cent mille par an. La décision alors de renforcer la pénalisation en 1920 et en 1923 intervenait dans un contexte de chute de la démographie consécutif à la première guerre mondiale. Puis, le débat s'engage sur l'évolution individualiste de la société et la désagrégation progressive des politiques familiales, que beaucoup de membres du Conseil constitutionnel semblent déplorer, dans un discours pour le moins conservateur mais qui n'entend pas pour autant nier cette évolution. Pour autant, le texte lui-même semble trop flou à la plupart des membres du Conseil quant à l'état de « détresse et de nécessité » qui conduit à opter pour un avortement, alors jugé éventuellement dé-responsabilisant et ainsi nuisible à la société. Toujours dans ce même esprit de prise en compte des conséquences sociales de la nouvelle loi, la question de l'euthanasie fait son apparition. Si une affection prénatale peut, avec cette loi, conduire à opter pour un avortement, comment assurer que le pas ne sera pas franchi, de la possibilité de mettre légalement un terme à la vie d'un enfant malade après sa naissance, s'interroge-t-on.

Dans cette perspective, Gaston Monnerville apparaît comme le moins conservateur et modère le propos tout en témoignant beaucoup de respect aux craintes exprimées : il recentre le débat sur une priorité « sociale » quitte à ce que les magistrats soient dans l'obligation de créer en

effet certaines garanties dans l'application de cette loi. Et Dubois qui ne semble pourtant pas non plus, à titre personnel, très attaché à cette loi, de conclure que,

« il faut légiférer pour des hommes et si la loi n'est pas promulguée, il y aura autant d'avortements... /... dans les conditions lamentables qui sont bien connues ».

Sainteny le rejoint en citant le plaidoyer de Simone Veil cherchant à éviter la répétition « des drames humains ». Cela rejoint la réflexion précédente sur l'objet de la loi, à savoir mettre fin à une situation de désordre nuisible à la société.

Il s'agit donc pour le Conseil constitutionnel, de manière très consensuelle ici, d'établir des priorités sociales et de bien les peser, avant de conclure quant à la constitutionnalité de cette loi, qui semble au demeurant avoir bien été pensée dans cet esprit de sagesse sociale que le Conseil rallie.

Cette discussion est aussi indissociable d'un débat plus juridique concernant la façon dont le Conseil constitutionnel peut extraire, afin de finalement trancher, les Principes Fondamentaux Reconnus par les Lois de la République (PFRLR). La ligne argumentative permettant alors au Conseil constitutionnel de penser son rôle renvoie à la prise en compte des conséquences futures pour le législateur de cette reconnaissance des PFRLR. Il s'agit donc de concevoir ses propres outils juridiques ou sources de droit, en fonction de ce qu'ils induiront au niveau législatif. C'est le troisième axe argumentatif intéressant pour notre étude.

II.2.1.c. La délicate reconnaissance des PFRLR eu égard à leurs conséquences futures

Outre le fait que cette possibilité que se donne le Conseil depuis la reconnaissance de la valeur constitutionnelle du Préambule de la Constitution, officialisée par sa fameuse décision de 1971 sur la liberté d'association, lui confère un rôle d'interprète positif de la Constitution ou de créateur de droit, pour emprunter au langage du réalisme juridique, ses délibérations lèvent aussi le voile sur la prudence du Conseil dans cette démarche créatrice.

Ces précautions renvoient bien sûr à l'axe déjà étudié de la continuité nécessaire avec le législateur mais aussi à une double modération quant à la lecture contextualisée des textes de droit d'une part, et à la mobilisation des évolutions dans le temps d'un certain idéal républicain d'autre part. Pourquoi une telle approche? Le débat montre en effet une recherche, par cette double modération, d'une certaine stabilité sociale souvent exprimée comme telle. Les membres du Conseil constitutionnel semblent pouvoir faire droit à ce qu'ils espèrent être une forme de consensus social en limitant leur propre capacité créatrice de PFRLR par une mise à l'épreuve des contextes, et en s'interdisant d'extrapoler ce que peut recouvrir l'idéal républicain surplombant ces principes fondamentaux. Ainsi seulement considérés sous l'angle de leurs limites, les PFRLR apparaissent-ils alors comme des révélateurs de ce qui peut faire consensus au sein de la société. Les échanges d'arguments portant sur les PFRLR renvoient en effet particulièrement au lien dont est garant le Conseil constitutionnel entre les prescriptions durables de la Constitution et la loi contingente due, elle, à l'appréciation de la nécessité ambiante par le Parlement. Mais manier à cet effet les PFRLR demeure un délicat exercice d'interprétation et Goguel lui-même rappelle d'ailleurs que,

« il faut se montrer très prudent avec ceux-ci au risque de bloquer toute évolution législative », s'inscrivant ainsi dans la continuité avec le législateur déjà abordée précédemment.

Plus précisément, comment en vient-on à les mobiliser dans ce débat ? Dans le cas présent, la problématique se situe d'abord autour de la notion de droits individuels inaliénables faisant partie du pacte social ; autrement dit, c'est le Préambule de la Constitution qui est mobilisé. Le doute ayant persisté au sein du Parlement, le Conseil Constitutionnel a été saisi. En l'occurrence, la saisine s'appuie sur le Préambule de la Constitution de 1946 et son passage relatif à la protection et à la santé de la mère et de l'enfant. Goguel, puis le Conseil dans son ensemble, prennent évidemment l'objection très au sérieux et entendent la compléter par l'examen de la conformité de la nouvelle loi à tous les textes évoquant ainsi de façon plus ou moins explicite, la notion de droit à la vie. C'est pourquoi Goguel entreprend de convoquer les PFRLR éventuellement relatifs à un tel droit. Si l'interdiction de l'avortement a certes été officielle pendant longtemps au sein de la République à travers l'Histoire, celle-ci provient cependant d'une législation antérieure à l'établissement de la République française³⁸⁹. Elle ne serait donc pas d'essence républicaine et quand bien même elle le serait, Goguel précise que cela renvoie à des « principes consubstantiels à la philosophie politique et sociale de la République » qu'il convient de manipuler avec prudence. Mais ce sera là le nœud du débat contradictoire qui va suivre et qui, pour le moins, montre en effet que la prudence en matière de PFRLR est de mise. Paul Coste-Floret, en effet, lancera la contre-offensive en affirmant qu'il faut ranger parmi ces principes tous ceux que la République a faits siens, sans considération historique sur l'existence même de la République.

Ainsi, deux interprétations entrent-elles en conflit qui posent la question suivante : comment reconnaître qu'une loi est passée de contingente à fondamentale par une sorte d'intériorisation par la pratique républicaine des citoyens et/ou de leurs représentants ? En d'autres termes, comment tirer un PFRLR d'une loi républicaine ?

Pour Goguel, à partir du moment où ce que l'on entend considérer comme un principe conserve malgré tout un caractère contingent et historique, il ne peut être fondamental et reste du domaine de la loi ordinaire. Pour Coste-Floret, au contraire, c'est la pratique durable qui engage quelque chose de fondamental pour la République. L'argument est plus cohérent que celui de Goguel sur ce point, car si l'on peut défendre avec ce dernier l'idée selon laquelle un principe doit correspondre à la philosophie politique de son temps, il semble alors au mieux arbitraire et au pire contradictoire de décréter que les principes républicains naissent nécessairement seulement avec la République...comme si celle-ci émergeait d'un coup à partir d'un terreau totalement vierge de tout principe hérité ou de toute intention à visée organisatrice de la vie sociale dans un sens républicain avant la lettre. Coste-Floret se saisit alors des autres textes de lois mentionnés par un François Goguel très exhaustif, pour montrer que, précisément, les articles du code civil qui font état de l'embryon comme d'un être vivant ont certes une valeur juridiquement législative mais sont

« l'expression du principe fondamental du droit à la vie »

et c'est bien pour cette raison que le législateur aurait justifié l'avortement par la notion d'un état de nécessité. Seulement, l'état de nécessité se définit juridiquement par l'existence d'un péril ou

³⁸⁹ En l'occurrence antérieure à la deuxième République (1848-1870) puisque Goguel parle ici du code pénal de 1810, qui constitue une reprise sous le Premier Empire du code du délit et des peines issu, lui, du Directoire (1795-1799).

par l'utilité sociale de l'infraction, c'est-à-dire, selon Coste-Floret, seulement si la vie de la mère est en danger, ce qui rend donc la loi proposée non conforme à la Constitution. Il est rejoint par d'autres conseillers dans son argumentation. Goguel se défend alors sur le terrain juridique en signalant le glissement qu'opèrent ses détracteurs, de PFRLR à des principes généraux du droit ne servant qu'à contrôler la légalité des actes réglementaires ; il invoque alors la prudence nécessaire à la vie démocratique eu égard à l'extraction de PFRLR qui doivent être considérés tout au long de leur histoire éventuelle dans le contexte qui s'impose au législateur. C'est pourquoi son argument majeur prenait plutôt appui sur la DDHC de 1789 pour répondre à la question que d'autres textes peuvent néanmoins poser concernant la définition de l'être humain (1^{er} alinéa du Préambule de la Constitution de 1946) ou de l'individu dont la Nation assure le développement (10^{ème} alinéa du même texte), autant que le texte mentionné à l'occasion de la saisine (Alinéa 11 du même texte sur la protection de la santé de la mère et de l'enfant). Le rapporteur avait en effet laissé de côté le terrain glissant de la définition des PFRLR pour souligner la primauté du Parlement en terme « d'appréciation » des « modifications législatives rendues nécessaires par l'évolution sociale » que le Conseil ne saurait considérer comme figée dans des PFRLR, quelle qu'en soit finalement la pérennité dans l'histoire longue de la République. L'on a déjà vu à quel point cette évolution sociale était prise au sérieux par le rapporteur pour comprendre la position du Parlement et du Gouvernement. La discussion sur les PFRLR en fait cette fois un enjeu à part entière, situant le rôle du Conseil constitutionnel relativement à l'extraction de tels principes.

François Goguel s'est alors plutôt demandé, en présentant son rapport, comment interpréter le terme d'être humain étant donné que toute définition biologique ou même éthique, s'était heurtée à de nombreuses contradictions intellectuelles ou métaphysiques pendant les débats parlementaires. Or le texte de 1789, réaffirmé par le Préambule de 1946 comme par celui de 1958, proclame que

« les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droit ».

Goguel s'est alors appuyé sur cette définition initiale réaffirmée, pour considérer que tous les textes ultérieurs entendent nécessairement les êtres humains comme étant déjà nés. Par ailleurs, le fait même qu'un premier projet de Constitution en 1946 ait été rejeté par référendum alors qu'il comportait explicitement l'idée de la vie dès la conception, retirée dans le texte finalement retenu, montre bien que les êtres bénéficiant de droits constitutionnels sont les êtres humains déjà nés.

Enfin, cette lecture resserrée des textes juridiques et de leur hiérarchie se clôt par un dernier argument tout autant juridique, à savoir celui que la nouvelle loi ne contrevient pas non plus à l'article 2 de la même DDHC en tant qu'elle n'atteint pas à la liberté de la femme ni à celle du corps médical : la femme décide seule de pratiquer une IVG et l'équipe médicale est libre de la refuser.

Ainsi, la force du droit positif est-elle utilisée par le rapporteur ici contre un exercice abusif de définition des PFRLR, ce qui a pour mérite de situer aussi l'enjeu politique de ceux-ci. Aucun nouveau PFRLR ne ressortira de cette délibération mais il aura été dans le même temps important de s'assurer qu'aucun PFRLR n'était non plus bafoué par la nouvelle loi, en tant qu'il n'a pu juridiquement être démontré que la sacralisation de la vie de l'embryon relevait de l'un de ces principes. La frontière était cependant très mince entre les deux approches et c'est encore la

prudence vis-à-vis des choix du législateur y compris de ses choix futurs quand des PFRLR peuvent être si facilement invoqués, qui l'a emporté.

La façon dont le Conseil Constitutionnel, dans cette délibération, entreprend par la voix de ses membres, de penser à ses propres attributions futures ou encore au caractère jurisprudentiel de ses décisions qui lui donnerait une marge de manœuvre plus ou moins grande vis-à-vis du législateur ou des autres instances juridiques apparaît aussi en tant que telle explicitement, et non seulement à travers les arguments mobilisés pour procéder à l'examen demandé. En l'occurrence, penser sa place par rapport aux autres institutions démocratiques parcourt aussi directement ces débats et mérite que l'on y regarde de plus près, spécifiquement.

II.2.1.d. L'expression explicite et directe d'une réflexion sur la place du Conseil

Lors du volet de l'exposé du rapporteur concernant la question de la conformité de la loi au traité, celui-ci commence par rappeler un arrêt du Conseil d'Etat³⁹⁰ déclarant que le fameux article 55 de la Constitution ne donne la priorité aux traités que sur les lois leur étant antérieures. Revenant aux analyses du Comité consultatif constitutionnel pour comprendre le sens de cet article, Goguel en déduit son désaccord avec le Conseil d'Etat mais pour affirmer ensuite que le Conseil Constitutionnel ne saurait se prononcer sur la conformité d'une loi à un Traité : il place donc celui-ci dans une situation malgré tout cohérente vis-à-vis du Conseil d'Etat, puisqu'il reviendrait donc aux autorités administratives et judiciaires de décider au cas par cas de la supériorité du Traité sur la loi. L'on sait depuis que cette décision a marqué une restriction du rôle du Conseil Constitutionnel en matière de constitutionnalité des lois quand les droits protégés par la Cour Européenne des Droits de l'Homme de Strasbourg sont invoqués, mais avançons qu'elle lui a aussi donné une primauté politique en tant que gardien de la Constitution nationale, plutôt qu'un caractère judiciaire ou administratif, réfuté au cours de cette délibération : d'une manière plus générale, Châtenet déclare en effet que

« le Conseil n'est pas une institution judiciaire et n'a donc pas à répondre à des moyens ; il examine la conformité d'un acte politique, la loi, à un texte politique, la Constitution »

et de mettre en garde, plus loin, et soutenu par Goguel, de ne pas glisser vers « des errements à forme juridictionnelle ». Il sera intéressant d'analyser à travers d'autres délibérations dans quelle mesure ce glissement peut avoir eu lieu. Ce caractère juridictionnel a plutôt pour l'instant permis de contribuer à la définition du périmètre d'actions du Conseil. Au-delà des querelles de vocabulaire repérées assez tôt dans les débats entre les partisans du terme de « conseil » et ceux du terme de « juridiction »³⁹¹, ce caractère juridictionnel a en effet commencé à transparaître d'une délibération de 1968 au sujet de ce périmètre d'action juridictionnelle du Conseil alors prudemment circonscrite au contentieux électoral tout en laissant ouverte l'option d'une protection accrue des requêtes individuelles dans l'optique d'une défense des droits des citoyens sous certaines conditions, et en maintenant un cap alors net vers le respect des compétences attributives du Conseil par la Constitution.

³⁹⁰ Syndicat général des fabricants de semoules de France, 1968

³⁹¹ Par exemple dans la délibération sur la loi référendaire en 1962.

Toujours est-il que la question de la conformité d'un traité à la Constitution fait ici débat en lien avec le rôle du Conseil constitutionnel et le Président Frey prend souvent la parole pour limiter celui-ci à ce que prévoit la Constitution ; mais sa préoccupation n'est pas tant le respect à la lettre de celle-ci et il ne conteste pas en tant que telles les objections diverses de Dubois, Monnerville ou Coste-Floret sur la difficulté que représenterait pour le Conseil une loi dont il faudrait examiner la conformité à un traité³⁹² s'avérant lui-même non conforme à la Constitution³⁹³. Le point aveugle de ses réticences tient précisément au positionnement du Conseil par rapport aux autres institutions politiques, quand il rappelle, faisant sans ambiguïté allusion à la récente révision constitutionnelle, que,

« au moment où le Conseil vient de recevoir de nouvelles attributions, une décision par laquelle il semblerait sortir de ses compétences donnerait à penser qu'il veut à tout prix élargir celles-ci ».

Après une telle déclaration, la décision finale de conformité à la Constitution peut être analysée comme une forme de retenue de la part d'un Conseil constitutionnel s'interdisant de s'opposer à un Parlement et à un Gouvernement venant de lui octroyer de nouveaux pouvoirs³⁹⁴. L'on a affaire ici, par la voix de son Président, à un Conseil qui ne tient pas à renvoyer aux instances de saisine l'image d'une institution en quête de pouvoir. Que ce soit malgré tout le cas n'est pas le propos et ce serait là, du reste, une extrapolation de notre part ; ce qui importe en revanche est ce souci de ne pas paraître vouloir abuser d'un pouvoir nouvellement étendu, pas tant dans le seul respect de l'auteur d'une telle extension que dans celui de son image propre. Ainsi, si dans les faits, le Conseil peut sembler se montrer reconnaissant envers le Gouvernement et le Parlement en n'invalidant pas la loi, il entend clairement aussi en tirer un certain profit, celui d'une discrétion perçue en retour, qui devrait lui valoir une forme de respect de la part des instances de saisines.

Pour autant, le même Président Frey enjoint un peu plus loin les membres du Conseil à « ne pas se lier les mains » et il entend ici donner au Conseil la possibilité de pouvoir revenir sur d'autres législations proches de celle-ci, moyennant certaines dérogations, en avançant l'argument selon lequel

« il serait dangereux de donner valeur absolue à des principes qui peuvent souffrir des exceptions »,

en l'occurrence celui que mobilise le rapporteur concernant la protection de l'être humain seulement à partir de sa naissance en vertu du texte cité de la DDHC. Il s'agit donc bien ne pas renvoyer l'image d'un Conseil trop prompt à élargir sa compétence, tout en restant ouvert à la possibilité de le faire ou, à tout le moins, de ne pas restreindre cette compétence d'entrée de jeu. Or, déclarer ainsi que le Préambule, invoqué à travers la DDHC, n'aurait pas de valeur absolue,

³⁹² Selon une compréhension normative de l'art.55 de la Constitution énonçant la supériorité des traités sur les lois ; cette approche, précisément, ne sera pas retenue à l'issue du débat. Pour une analyse juridique fine de l'interprétation de l'article 55 comme ayant force de norme ou pas, voir « Lire l'article 55 : Comment comprendre un texte établissant une hiérarchie des normes comme étant lui-même le texte d'une norme ? », Olivier CAYLA, *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 7 (Dossier : La hiérarchie des normes) - décembre 1999

³⁹³ Possible si le Conseil constitutionnel n'a pas été saisi quant à la conformité d'un Traité à la Constitution (art. 54)

³⁹⁴ Nous l'avons nous-mêmes évoqué dans le paragraphe précédent lié au respect du législateur et Dominique Schnapper développe cette idée dans son livre, ce qui, étant donné l'expérience de l'auteure au Conseil constitutionnel et la situation du Conseil dans le contexte politique de l'époque, renvoie à un motif plus que plausible.

est alors réfuté par Coste-Floret, également suivi par les autres membres, dès lors que le Conseil est tenu par sa propre jurisprudence. S'il veut et peut anticiper les effets de ses décisions, il ne peut en revanche revenir sur ses décisions passées, en l'occurrence celle de 1971.

Le rôle du Conseil constitutionnel qui fait débat relève donc de sa crédibilité vis-à-vis d'un public extérieur plutôt indéfini mais au sein duquel on peut au moins trouver les instances de saisines, connaisseuses de sa jurisprudence, autant que de l'extension de ses attributions et du type de dialogue que celle-ci instaurerait avec le législateur. Et, précisément, ce type de dialogue renvoie à un positionnement par rapport à cet interlocuteur clé de l'environnement démocratique qu'est le législateur ; si ce dialogue est mobilisé comme tel à plusieurs reprises, il se nourrit en permanence d'une question qui semble aussi valoir pour elle-même tant elle anime les débats, au moins dans la deuxième partie dédiée à la constitutionnalité de la loi à la Constitution (et pas au Traité) : celle du contenu de la loi et de son opportunité, au-delà du caractère juridiquement acceptable de son énoncé.

II.2.1.e. L'attention portée au contenu de la loi et à son opportunité

Considérer les conséquences sur l'équilibre social de la conformité ou de la non-conformité de la loi à la Constitution semble en effet indissociable dans les débats d'une réflexion sur le contenu même de cette loi, qui permet aussi Conseil d'exprimer son positionnement par rapport au législateur en pensant à nouveaux frais le message véhiculé par la loi : que dit celle-ci à la société à propos de la notion de droit à la vie qu'elle renferme ? Telle est une interrogation que Goguel amorce dès la présentation de son projet, en soulignant à ce titre le fait que la complexité de la loi, sur le fond, renvoie à

« deux aspects différents d'une réalité infiniment complexe »,

à savoir, d'un point de vue biologique que, d'une part la vie commence au moment de la fécondation et que, d'autre part, la vie ne se forme qu'avec le système nerveux central pour reprendre les points de vue de deux biologistes³⁹⁵ cités par le rapporteur, qui n'entend donc pas pour autant réduire la réalité à ces deux aspects ou conceptions différentes de la vie, mais renvoyer à d'autres de ses facettes éminemment inconciliables et problématiques. C'est seulement en juristes que les membres du Conseil peuvent surmonter cet obstacle, poursuit-il, et nous avons déjà relevé ses arguments dans cette optique. Au moment du débat, Châtenet résume les points de vue convergents de ses collègues sur la loi en concluant qu'après certes,

« un bon débat parlementaire, le texte qui en est sorti est plus mauvais que le texte initial ».

Il fait alors directement allusion à l'ambiguïté de l'article 1^{er} de la loi qui d'une part précise que

« la loi garantit le respect de tout être humain dès le commencement de la vie »,

pour d'autre part se contredire, ou du moins laisser planer le doute d'une contradiction, en autorisant l'avortement. Aussi, dans le sens de cette notion de respect de l'être humain dès le commencement de sa vie, ressortant dans les débats parlementaires comme une notion hautement délicate et centrale pour une conception partagée de la vie sociale, mais également pour ôter toute ambiguïté préjudiciable à la compréhension de la loi, le Conseil décide-t-il de

³⁹⁵ Dans l'ordre, Robert Debré et Jacques Monod.

clarifier ce point dans le texte de la décision, entrant ainsi de plains pieds dans le contenu de la loi.

Le jugement en opportunité fait aussi son apparition sur le premier volet du débat, relativement à la conformité de la loi au Traité, lorsque le rapporteur évoque le danger qu'il y aurait à affirmer la possibilité pour une loi nationale de déroger à un traité international, au moment même où la Grande-Bretagne remet en cause son adhésion au Traité de Rome ; elle pourrait arguer de cette disposition que se serait autorisée la France pour, à son tour, établir des lois trahissant le Traité. Mieux vaut donc, diplomatiquement, convenir de l'opportunité d'une décision affirmant l'impossibilité pour le Conseil de juger de la conformité d'une loi à un Traité. Si Goguel s'empresse de rappeler la primauté des arguments juridiques dans son raisonnement, il a tout même jugé pertinent de rappeler ce point d'opportunité diplomatico-politique, qui ne sera, d'ailleurs, pas contredit.

Enfin, la forme même de délibération du Conseil Constitutionnel dans sa spécificité propre est soulignée à plusieurs reprises de manière décisive par ses membres pour situer ensemble le rôle de leur institution : l'obligation qui est la sienne d'aboutir à une décision présentée comme collégiale est explicitement mobilisée pour parvenir à la meilleure décision pour l'ensemble des acteurs concernés, institutions représentatives et citoyens, comme si cette collégialité ne pouvait être artificielle, à savoir simplement officielle, mais se fonder sur un point de vue consensuel pour servir le positionnement du Conseil constitutionnel dans son environnement démocratique. Cet attachement à la collégialité a déjà été souligné à plusieurs reprises mais cette délibération en fait particulièrement cas, c'est pourquoi la section suivante y revient.

II.2.1.f. L'importance de la collégialité

François Goguel aborde en effet dès le début de son exposé l'importance du caractère collégial de la décision à venir. Il commence par confier qu'il n'a jamais eu à traiter de cas aussi complexe que celui-ci, ce qui n'est d'ailleurs rien d'autre qu'une opinion personnelle ; à l'appui de cette observation, il liste tous les registres autres que juridiques auxquels lui semble renvoyer cette loi. Les données d'ordre moral, métaphysique et social émaillant ce cas ont déjà été évoquées précédemment mais sans cette précision rajoutée par le rapporteur : il est,

« très heureux de n'avoir pas à le résoudre seul ». Et de poursuivre peu après :

« vous aurez tous à participer ».

Il semble alors modestement réclamer l'aide de ses collègues pour « améliorer » le projet dit-il.

Pourquoi prendre cette précaution, rare dans les délibérations, mais toujours latente puisque les décisions sont toutes collégiales? La réponse à cette question pourrait se lire dans l'éloge que le rapporteur fait des débats parlementaires, puisqu'il intervient tout de suite après : ceux-ci ont abouti à la « moins mauvaise des solutions », approuve Goguel, exprimant encore une fois son point de vue personnel tout en le justifiant par la qualité, faisant visiblement consensus, des débats. Il conclut ainsi :

« il me semble que notre propre examen de la loi doit tenir compte des conditions satisfaisantes dans lesquelles cette loi a été discutée par ceux qui en avaient la responsabilité et qui ont assumé cette responsabilité dans des conditions fort honorables à la fois pour eux et pour nos institutions ».

C'est donc comme si des bonnes conditions d'une discussion dépendaient la qualité et la validité des décisions qui en ressortaient, la discussion étant ici celle du Parlement. Ceci n'a rien de nouveau et renvoie, en partie, à la définition aristotélicienne d'une bonne délibération en vue d'une décision : c'est celle qui doit se donner les moyens pertinents de débattre. Il s'agirait en l'occurrence ici des analyses et des études ayant nourri les débats parlementaires, pourtant, on le sait aussi, fort houleux, mais ayant permis le triomphe du meilleur argument, au-delà des passions suscitées par le sujet. François Goguel enjoint en effet presque directement ses collègues à suivre ce modèle en indiquant que leur examen collectif de la loi – « notre propre examen » – est d'une certaine manière obligé par ces conditions satisfaisantes d'élaboration de celle-ci. Il s'agit en effet, préconise-t-il, de se comporter de façon tout aussi « responsable ». Or cette responsabilité, précisément, ne sera pas celle d'un seul homme, lui ou un autre, ni même celle d'une majorité, mais celle de tous, comme le rapporteur a bien pris soin de le rappeler.

Autrement dit, le propos prête à polémique, mais le Conseil Constitutionnel doit faire preuve d'une responsabilité qui sera ici collective avant d'être perçue comme collégiale dans la décision. Il demeure bien que la collégialité est associée à un certain attachement à un choix collectivement partagé. Si le rapporteur va, nous l'avons vu, accompagner son argumentation de nombreuses interprétations personnelles, voire de convictions propres, le propos ne sera ni dogmatique ni irréversible, puisqu'il sera « amélioré », selon ses vœux, par tous ses collègues, dans un souci de responsabilité.

Il est intéressant de remarquer que la collégialité de la décision semble ici offrir la possibilité accrue de cette responsabilité : cette dernière ne sera pas imputable à un seul homme. La rhétorique de Goguel semble confirmer cette approche car il prend très souvent soin de nuancer ses « je pense que » ou autres entrées en matière personnelles, par le fait que,

« le Conseil Constitutionnel devra en discuter ».

Lorsqu'à la fin de la délibération, Coste-Floret « pense qu'il vaut mieux ne pas voter », il exprime sans doute la crainte d'une difficulté à se mettre d'accord qui serait préjudiciable au Conseil ; cependant, étant donné le secret des délibérés, elle ne saurait l'être qu'aux yeux de ses membres. Il semble ici importer qu'au-delà de la publication d'une décision collégiale perçue par les interlocuteurs du Conseil, celle-ci, à défaut d'avoir fait l'unanimité, ne soit réellement pas marquée en interne du sceau de la mésentente qu'un vote laisserait transparaitre sans appel. Cette mise en garde de Coste-Floret semble en effet ne concerner que le public restreint de ses collègues et lui-même. Il fait ainsi écho au souhait manifeste du rapporteur d'aboutir ensemble à une solution ou, *a minima*, de faire en sorte que celle-ci ait le moins possible l'apparence du désaccord. L'on peut aussi envisager qu'étant donné la mobilisation d'ampleur provoquée par le sujet traité, Goguel, comme Coste-Floret, craignent que les difficultés des membres du Conseil constitutionnel à s'entendre sur tous les points abordés ne finissent par être connues du public et ajoutent au clivage ambiant, voire nuisent à l'unité recherchée pour l'autorité du Conseil. Si ces deux raisons de leur insistance pour trouver un point d'entente sont plausibles, elles demeurent spéculatives compte-tenu des informations à disposition. Elles n'ôtent toutefois rien à l'idée que les membres du Conseil constitutionnel semblent ainsi désireux de donner à la collégialité de leur décision le fondement antérieur d'une entente collective, même par défaut.

Enfin, comme l'avait d'ailleurs annoncé Goguel, cette entente ne saurait être le fruit des opinions personnelles, aussi bien argumentées soient-elles, mais de l'avis collectivement accepté

–si ce n’est partagé– issus de divers débats contradictoires. Du reste, sans entrer dans une analyse quantitative du discours pour autant, l’importance du nombre d’occurrences du terme « le Conseil » ou encore du « nous » s’impose à la seule lecture.

Au-delà de ces propos du rapporteur, dans ce débat sans doute plus encore que dans les autres eu égard à ses multiples registres de réflexion, la collégialité de la décision a aussi pour corollaire la liberté pour les mêmes conseillers de se rallier au rapporteur sur certains points puis de le contredire sur d’autres avant la prise de décision. Après ce que nous venons de dire de la recherche d’un accord minimal, cette liberté de ne pas s’en tenir à un point de vue figé serait même la bienvenue. Il ne s’agit pas, à l’évidence, d’un débat où chacun choisit son camp une fois pour toutes et où l’on tente ensuite de négocier un accord minimal ; les majorités ou les soutiens font état d’une réelle plasticité au cours de la délibération qui ne se clôt d’ailleurs à aucun moment intermédiaire par un vote, lequel est même refusé à deux reprises, nous l’avons évoqué. Ainsi, cette recherche d’une entente, prônée par plusieurs conseillers au cours du débat, s’accompagne-t-elle d’un comportement délibératif qui la rend en effet continuellement actualisable. L’ensemble des membres du Conseil semblent ainsi l’appeler de leur vœux et y contribuer avec un certain systématisme qui n’est pas inédit ici.

Conclusion : l’apport de la délibération IVG de 1975 à notre question de recherche

Lorsque les conseillers parlent du Conseil constitutionnel ou évoquent son rôle au cours de cette délibération, c’est pour le situer par rapport aux autres institutions, politiques ou judiciaire, bien souvent pour renforcer la perception que l’on aura alors de la pertinence ou de la cohérence de ses décisions. Lorsqu’ils n’en parlent pas directement, de nombreux arguments mobilisés concourent encore à le situer dans le paysage démocratique et s’entourent de précautions qui remettent ce positionnement au centre du débat.

Le Conseil constitutionnel en ressort encore, et plus nettement qu’auparavant, comme un guide au service du législateur, tenant sa crédibilité de la référence constitutionnelle étendue au Préambule, d’une capacité implicite à faire valoir la stabilité sociale et du caractère collégial de ses décisions. Ce dernier s’avère réellement tel que parce que la délibération produit elle-même un certain consensus. Il importe en effet aux membres du Conseil constitutionnel de partager un même point de vue sur des enjeux qu’ils considèrent tous d’une profonde gravité pour la société, pour le législateur et par conséquent pour leur propre institution. Ainsi, la conception partagée de leur rôle est-elle ici considérée en interne comme la condition nécessaire de la pertinence de leur décision. Ce besoin d’unisson exprime la fragilité d’une institution qui cherche encore son positionnement par rapport à un législateur auquel elle ne saurait se substituer tout en traçant les contours de sa force ; celle-ci reste à conquérir dans une unité de point de vue sur ce que l’institution doit garantir.

Ce lien structurant pendant toute la délibération entre le consensus à trouver, exprimé par cette invocation récurrente du « nous », et la collégialité de fait de la décision promet une continuité de contenu plus affirmée que d’habitude entre les arguments mobilisés pendant la délibération et ceux retenus pour la décision, même si tous n’ont pas lieu d’apparaître.

En l'occurrence la relation au Parlement, qui traduit une conception en interne consensuelle du rôle du Conseil constitutionnel par ses membres, est l'un de ces arguments décisifs. C'est là non pas un tournant mais un approfondissement d'une démarche enclenchée depuis longtemps de manière d'abord très discrète puis davantage développée autour de l'expression de ce respect du législateur que nous avons commencé à mettre en évidence. En janvier 1968, lors du débat sur la constitutionnalité de la loi relative à certains impôts directs locaux, les membres du Conseil constitutionnel avaient déjà amplement souligné l'importance des travaux du législateur, confirmant ainsi une tendance déjà repérée consistant à toujours saisir les enjeux politiques exprimés par les représentants des citoyens ; les débats étudiés ensuite avaient maintenu ce cap, parfois de manière très critique, respect du Parlement ne rimant pas avec accord systématique mais plutôt avec bienveillance constructive. La conclusion du Président dans cette délibération de 1975 est à ce titre éloquente :

« Nous avons fait notre devoir en notre âme et conscience ».

Ce « nous » par nature collectif ne soulève aucun désaccord et cette phrase du Président résonne comme une conclusion de celle du rapporteur ayant rappelé que,

« Les responsabilités du Conseil constitutionnel ne se confondent pas avec celles du législateur »,

dont l'éloge alors appuyé semble à présent avoir trouvé son pendant pour le Conseil constitutionnel : les « sages » ont su être tout aussi responsables, semble dire leur Président, sans outrepasser leur rôle, ce que la décision va fameusement traduire dans son premier considérant, proposé par Goguel :

« L'article 61 de la Constitution ne confère pas au Conseil constitutionnel un pouvoir général d'appréciation et de décision identique à celui du Parlement mais lui donne compétence pour se prononcer sur la conformité à la Constitution des lois déférées à son examen ».

C'est sans doute là l'expression directe de ce message envoyé au Parlement, précédemment analysé. Il en est d'autres sur la loi elle-même, véhiculés auprès de l'ensemble des citoyens qu'elle concerne. Le public auquel s'adresse le Conseil constitutionnel, en premier lieu les auteurs de la saisine, mais d'une façon plus générale, les parlementaires, le gouvernement (notamment ici puisqu'il s'agit d'un projet de loi), les institutions judiciaires (notamment sur le premier volet plus technique de la délibération relative à ce qui deviendra le contrôle de conventionalité), et les citoyens ou l'opinion publique pour reprendre le terme cité plusieurs fois dans la délibération, est présenté par les intervenants du débat comme plutôt enclin à accepter cette loi, ce qui rend la décision peu risquée pour un Conseil constitutionnel qui vient de bénéficier d'un accroissement de pouvoir et qui ne veut pas avoir l'air d'en abuser. Sans doute, aussi, au nom de cet équilibre politico-social auquel les membres de l'institution semblent tenir, la décision paraîtra-t-elle plus juste à cette large audience. Pour autant, les membres du Conseil insistent aussi pour aboutir à une décision synthétique :

« Plus il sera concis, réclame Brouillet à un moment où le débat contradictoire peine à trouver le consensus, moins il sera vulnérable ».

Les considérants purement juridiques semblent ainsi répondre à deux objectifs : d'une part, le Conseil dispose des attributions que la Constitution lui confère, et juger de la conformité des lois à celle-ci relève d'une analyse juridique requérant une compétence spécifique mais

renvoyant à des concepts idéologiquement neutres et, ce faisant, acceptables par tous. En cela, la force du droit est porteuse de légitimité pour le Conseil et l'on comprend bien alors qu'il mette exclusivement en avant des arguments juridiques, notamment dans une République longtemps portée par la toute puissance du législatif. D'autre part, ces considérants juridiques pourraient, comme c'est le cas auprès des membres du Conseil constitutionnel et c'est bien, en réalité, pour cela qu'ils délibèrent, susciter à leur tour des interprétations ; mais pour éviter de reconduire un débat sans fin, les arguments juridiques de la décision ne doivent, en effet, ouvrir la porte à aucune interprétation alternative, d'où la brièveté des considérants. Ainsi entend-on Brouillet recommander encore :

« Tout ce qui sera dit sur la constitutionnalité risque d'aboutir à valoriser la loi : il faut donc réduire au maximum le nombre de considérants ».

Il ne s'agit pas d'un argument personnel même si le conseiller n'apprécie guère au fond cette loi, mais du constat après une délibération complexe, qu'il sera difficile de faire comme si cette loi relevait de manière évidente de principes à valeur constitutionnelle. Personne n'en sera dupe, semble-t-il ainsi prévenir. Autant donc n'inscrire que les arguments juridiques les moins contestables sans prendre le risque de laisser le « public » extrapoler quant aux intentions du législateur, voire, pire, du Conseil constitutionnel. Mais ce n'est pas seulement au nom du conservatisme exprimé de ses membres que le Conseil se montre aussi prudent : ses débats confirment que c'est d'abord parce qu'il prend acte des propres difficultés du Parlement sur un sujet de société aussi sensible à l'époque. Ainsi, même s'il semble y avoir un consensus social en faveur de cette loi, les problèmes moraux qu'elle soulève indéniablement continueraient de diviser l'opinion s'ils étaient mis en avant, même à travers des textes de droit les encadrant. Le respect de cet apparent consensus social associé au fait que les droits individuels ne sont pas bafoués par la loi invite à recouvrir d'un voile pudique la critique émise par la saisine. De fait, la décision est retravaillée plusieurs fois pour atteindre un compromis entre les conseillers, porté par une concision promettant de ne pas relancer le débat moral et sur laquelle tous s'accordent. Il ne reste dans la décision, à propos de la conformité de la loi à la Constitution, que la non contradiction entre la loi et le Préambule - le seul article mentionné est alors l'article 2 de la DDHC sur la liberté - la cohérence de la loi en tant que respectant la vie mais ne proposant l'avortement qu'en cas de nécessité, la non contradiction avec les PFRLR ou la protection de l'enfant rappelée dans le Préambule de 1946 et cité à l'occasion de la saisine, ainsi que le respect des autres dispositions à valeur constitutionnelle de ce texte, sans citer celles-ci. Le rôle modérateur du Conseil, ici, apparaît dans cette seule mention du respect de la vie, qui n'est pas une fantaisie des juges mais une reprise du texte de la loi lui-même, aussi flou soit-il.

Si cela résonne donc comme la validation d'un principe très libéral, conforme à l'évolution sociale du moment, le Conseil constitutionnel, en laissant en suspens les questions morales comme les imprécisions du texte, ne s'interdit pas une réflexion ultérieure sur ce sujet délicat aux yeux de tous. Il s'invite donc subrepticement dans un débat public qui est amené à durer encore et indique ainsi que le Parlement, à tout le moins, peut l'y accepter, sous certaines conditions rappelées pendant cette délibération et dans le texte de la décision.

II.2.2. Dialoguer avec un législateur à deux visages : Parlement et Gouvernement

Cet élan descriptif de l'évolution peu à peu dégagée de la relation du Conseil constitutionnel au Parlement, à travers ce qu'en expriment ses membres, peut tirer profit d'un regard porté vers des débats où la saisine est obligatoire. En effet, s'il est apparu dans les délibérations précédentes que la nouvelle saisine parlementaire s'invitait comme une donnée nouvelle sur l'art et la manière pour le Conseil constitutionnel de considérer ce positionnement par rapport au Parlement, les débats qui en découlent en sont-ils les seules expressions ? Autrement dit, dans quelle mesure cette relation au Parlement dépasse-t-elle éventuellement le cadre canonique de la nouvelle saisine parlementaire ?

Dans les délibérations relatives aux saisines obligatoires, on retrouve en effet certains marqueurs caractéristiques d'une conception de cette position vis-à-vis du Parlement, voire, plus généralement, vis-à-vis de tout auteur de la loi. Si l'extension de la saisine affine et démultiplie les possibilités d'actualisation du rôle du Conseil constitutionnel façonné par ses membres, ce rôle s'affirme en effet aussi selon une pérennité propre dont on a déjà signalé l'antériorité. A nouveau, c'est du cœur des délibérations que proviennent ces éclairages.

Deux délibérations déjà croisées et relatives au statut des magistrats, en 1970 puis en 1971, à travers des saisines obligatoires pour des lois organiques, avaient permis de dégager un autre aspect de l'autorité du Conseil constitutionnel selon ses membres : la capacité de celle-ci à être respectée sans discussion ultérieure de ses décisions, en vertu de l'indépendance de l'institution par rapport au Gouvernement ; le Conseil était alors ainsi situé du côté de l'autorité judiciaire que, ce faisant, il protégeait. Pour autant, cela se passait déjà sans omettre de comprendre les considérations de l'auteur de la loi, ni outrepasser les prérogatives constitutionnelles propres au Conseil.

Une nouvelle saisine de ce type, toujours relative au statut de la magistrature, intervient en juillet 1975 puis une autre encore en juillet 1976, qui donnent prise à notre interrogation sur l'évolution éventuelle de intérêt prêté par le Conseil constitutionnel aux enjeux politiques considérés par l'auteur de la loi. Après la réforme de 1974, qu'advient-il de cette tendance pour des saisines non concernées par ladite réforme ? Celle-ci a en effet pu être considérée comme une étape consolidant la relation du Conseil constitutionnel aux institutions démocratiques, notamment au Gouvernement qui l'a initiée et au Parlement qui l'a votée, devenant ainsi un interlocuteur potentiellement plus fréquent du Conseil. L'on peut donc se demander si cette consolidation d'une tendance antérieure à la réforme se repère encore lors de débats où précisément la récente saisine parlementaire n'est pas à l'œuvre.

Enfin, si le thème concerné a déjà été rencontré - le statut de la magistrature-, il ne nous intéresse pas en tant qu'éventuel élément stabilisateur en la matière : il n'avait en effet en 70 et en 71 eu d'impact dans le débat qu'au sujet des droits des citoyens à protéger et pas spécifiquement eu égard à une relation Conseil-Gouvernement. Toutefois, ces nouvelles délibérations peuvent bien entendu aussi présenter un intérêt, ici secondaire, quant à la façon de débattre des droits des citoyens. Nous tenons en effet autant que possible à ne pas faire

d'impatte sur l'imbrication toujours à l'œuvre des diverses trames argumentatives nourrissant la conception de leur rôle par les membres du Conseil constitutionnel.

Ainsi, à double titre, cette délibération de la séance du 23 juillet 1975 sur la loi organique relative au statut de la magistrature, retient ici l'attention tout comme, de la même manière, celle du 06 juillet 1976 encore relative à une loi organique concernant le statut des magistrats.

Séance du 23 juillet 1975, décision 75-58 DC : loi organique relative au statut de la magistrature.*

⇒ Qu'apprend-on ici ?

A la question de savoir si, après 1974, une saisine obligatoire plonge le Conseil constitutionnel dans une réflexion de positionnement aussi délicate vis-à-vis du Parlement que la précédente saisine non obligatoire l'avait suggéré, un élément de réponse est ici apporté qui renvoie au précédent argument majeur, celui du droit constitutionnel (chapitre I). En particulier, c'est l'existence d'une jurisprudence qui évite ici aux membres du Conseil constitutionnel la difficulté de se positionner par rapport au Parlement, précisément sur un sujet pour lequel il avait déjà pourtant été amené à le faire.

Cette délibération a le mérite de montrer la pérennité de cet argument du droit constitutionnel tout en incitant à chercher plus avant la manière dont celui de la relation au Parlement s'y articule.

Cette délibération de 1975 s'inscrit en droite ligne des débats de 1970 et 1971 sur le même sujet puisque le Conseil constitutionnel est saisi, avant promulgation, aux fins d'appréciation de sa conformité à la Constitution, d'une loi organique dont l'objet est de proroger jusqu'au 31 décembre 1980 certaines dispositions des lois organiques du 17 juillet 1970 et du 20 juillet 1971 et d'en modifier d'autres.

En l'occurrence, expose le rapporteur Dubois, la loi est issue de la proposition d'un député de proroger de cinq ans de plus, en raison de l'insuffisance des effectifs, les possibilités de recrutement « latéral » des magistrats qui avaient fait l'objet des débats relatifs aux lois précédentes. Notamment celle de 1971 avait légèrement modifié celle de 1970 pour ouvrir à une nouvelle catégorie de fonctionnaires la possibilité d'intégrer la magistrature. Si la procédure législative puis la saisine du Conseil constitutionnel ont bien été respectées, autrement dit si la nouvelle loi organique en est bien une et est ainsi conforme à la Constitution sur la forme, il faut s'en assurer aussi sur le fond, ajoute le rapporteur. L'on a pu rencontrer cette expression « au fond » parmi les membres du Conseil constitutionnel pour exprimer parfois un questionnement sur le bien-fondé de la loi, c'est-à-dire sur son opportunité, tout en s'en défendant à d'autres moments puisque tel est le rôle du législateur ; toutefois, ici, l'expression renvoie à son sens premier : le contenu textuel de la loi, son énoncé, bref ce qu'elle prescrit doit aussi être conforme à la Constitution. La nuance mérite d'être précisée car elle tient à ce que l'énoncé de cette prescription incite parfois, voire oblige le Conseil, à mieux comprendre l'opportunité de la loi. Cette dernière démarche n'est ainsi pas nécessairement une incursion délibérée dans le domaine du législateur. Cette précision s'invite ici dans le fil de notre étude car le présent débat ne se focalise plus sur l'opportunité de la loi quand celle-ci avait été une réelle préoccupation sur le

même sujet quelques années auparavant. Revenant en effet très succinctement sur les dispositions nouvelles ou la prorogation des anciennes proposées par cette nouvelle loi, le rapporteur n'en propose aucune analyse liée à leur opportunité pour la simple raison que ces nouveautés s'inscrivent « dans la même ligne » que les lois organiques de 1970 et de 1971 déclarées conformes à la Constitution ; or, cela qui suffit pour conclure à l'unanimité à une décision de conformité, moyennant la seule mention de la modification en question. Un autre élément intervient donc, au-delà du caractère obligatoire de la saisine, qui évite au Conseil constitutionnel la difficulté de se positionner par rapport au Parlement alors qu'il avait déjà été amené à le faire : l'existence d'une jurisprudence. S'il était besoin de s'en convaincre, cela rappelle au moins que le Conseil n'en a pas fini avec la dimension stratégique du droit pour penser son rôle, quand bien même d'autres facteurs sont à présent très souvent mobilisés lors des débats.

Nous cherchions un élément de réponse à la question de savoir si une saisine obligatoire plongeait le Conseil dans une réflexion de positionnement aussi délicate vis-à-vis du Parlement que la précédente saisine non obligatoire l'avait suggéré : nous voilà avec une réponse à une question plus générale puisque la résurgence de la jurisprudence du Conseil constitutionnel clôt d'office ce débat relativement court. Poursuivons alors notre tâtonnement avec la saisine de 1976.

Séance du 06 juillet 1976 ; décision 76-66 DC, loi organique relative au statut de la magistrature*

⇒ Qu'apprend-on ici ?

Dans le cas cette fois d'une sanction possible de la loi organique pour des raisons de procédure, les membres du Conseil constitutionnel à l'unisson redoutent de jouer aux puristes du droit qui n'auraient pas d'égards pour les intentions du législateur.

Ils explicitent bien cette position : si le législateur bafoue les prescriptions constitutionnelles par inadvertance, il sied de lui rappeler les règles mais sans pour autant freiner ses projets pour des raisons exclusivement procédurières ; en revanche, s'il s'avère qu'une manœuvre est opérée à dessein par le législateur pour contourner la Constitution, alors le droit constitutionnel peut s'imposer comme une sanction. En d'autres termes, le Conseil constitutionnel se fait l'arbitre des intentions des pouvoirs publics vis-à-vis de la Constitution : ceux-ci peuvent s'égarer dans la mise en œuvre d'une procédure mais pas jouer volontairement avec cette dernière et c'est d'abord ce qu'il importe de distinguer.

Dégager de telles intentions ne se passe pas non plus d'une vérification de la conformité de la loi au fond, laquelle invitait aussi le Conseil constitutionnel, avant 1974³⁹⁶, à privilégier une compréhension fine des enjeux considérés depuis le point de vue du législateur.

Là encore, le rapporteur est Léon-Georges Dubois et non seulement la procédure va primer dans l'examen qu'il propose de la loi organique mais il annonce aussi d'entrée de jeu que c'est précisément la procédure qui pose problème, ce qui règle d'ailleurs très vite la question du fond ; pour situer ce dernier, disons cependant que la nouvelle loi prévoit d'une part d'ouvrir aux

³⁹⁶ Cf. justement les premiers débats de 1970-71 sur le statut des magistrats.

femmes magistrats le même droit au congé postnatal qu'aux femmes fonctionnaires et que, d'autre part, elle étend le recul de la limite d'âge pour l'accès aux emplois publics par concours également au concours de la magistrature, dans le sillon déjà amorcé d'un recrutement accru de magistrats.

La question de la conformité constitutionnelle de la procédure, elle, se pose dès lors que le délai de quinze jours prévu par l'article 46 de la Constitution entre le dépôt d'un projet ou d'une proposition de loi organique et la délibération de la première assemblée, n'a sans conteste pas été respecté. Revenant d'abord minutieusement sur l'identification du jour de dépôt qu'il faudrait retenir pour rester fidèle à la procédure prévue par la Constitution en la matière, le rapporteur montre en effet plus nettement que le délai a indéniablement été raccourci par l'ordre du jour parlementaire fixé par le Gouvernement, relativement à son projet de loi organique. Après de nombreux calculs achevant de montrer à tout le moins la « légèreté » du Gouvernement, le rapporteur conclut ainsi :

« J'ai le sentiment que le Conseil serait avisé de faire œuvre normative en précisant ce qu'il convient de tenir désormais pour un dépôt et comment il convient de calculer un délai ».

A vrai dire, l'expression « faire œuvre normative » est ici abusive car il s'agit plutôt de rappeler au Gouvernement et au Parlement ce qui est déjà inscrit dans la Constitution mais ce qui retient l'attention est cependant la position de surplomb qu'entend faire adopter le rapporteur au Conseil vis-à-vis des autres institutions républicaines sur ce sujet précis du respect de la procédure. C'est alors que le rapporteur se ravise en précisant que l'aisance qu'il attribue ici au Conseil pour se faire donneur de leçon tient surtout au fait que la loi concernée est « mineure » c'est-à-dire précise-t-il, « sans implication politique ». Il faut simplement comprendre qu'elle ne renvoie à aucun programme politique ou à aucun enjeu immédiat pour la société ou pour un parti. Pour autant, le rapporteur tient à ce rappel à l'ordre procédural pour une raison qui nous semble pourtant politique, au sens où elle renvoie au fonctionnement même des institutions démocratiques représentatives :

« On voit, dit-il, que suivant la conception adoptée de la notion de dépôt, on peut arriver à dessaisir l'Assemblée élue au suffrage universel direct et même le Parlement ».

C'est en effet là une conséquence théoriquement possible d'une absence de débat à l'Assemblée passé le délai légal pour ledit débat. Si nous avons déjà noté la différence spontanément établie par les membres du Conseil constitutionnel entre ce qui relève de « la politique » et ce qui relève de l'organisation constitutionnelle des pouvoirs publics, étant entendu que le second volet participe sans conteste de la mission du Conseil constitutionnel, quelque chose de plus transparait ici du propos de Dubois : ce n'est même pas tant la non conformité constitutionnelle du fonctionnement des pouvoirs publics qui serait ici à déplorer par le Conseil mais explicitement le dessaisissement du pouvoir conféré par l'élection à l'Assemblée. Autrement dit, le rapporteur invoque une raison politique au sens institutionnel, certes, mais dans son lien consubstantiel avec la conception de la vie démocratique inhérente à une démocratie représentative. C'est l'élection en tant que critère de légitimité démocratique qui serait mise à mal par un tel manquement à la procédure. En effet, il ne s'agit pas de n'importe quel pouvoir public mais du plus central d'entre eux, celui qui représente directement les citoyens. Plus encore que le seul registre constitutionnel de répartition des pouvoirs, le rapporteur poursuit en mobilisant donc ici une philosophie politique dont on a déjà souvent pu souligner l'importance

pour les membres du Conseil constitutionnel : la primauté du pouvoir conféré par l'élection. Ainsi, prône-t-il une décision de non conformité pour cette loi organique. Et à l'appui de l'importance qu'il entend accorder aux raisons invoquées, il invite ses collègues à un consensus sur la question ou du moins à dégager une majorité nette.

S'en suit un débat sur les règles différemment suivies en la matière par l'Assemblée nationale et le Sénat, avec pour fil rouge le rappel par le Président Frey qu'en effet la décision rendue fera jurisprudence et qu'en accord avec le rapporteur, il faudra également faire part au Président de la République et à ceux des Assemblées des raisons du choix du Conseil ; cela suggère du reste l'intérêt, non mentionné en tant que tel, d'une décision nettement partagée par ses membres. Il ne s'agit donc pas de blâmer au nom du seul droit mais de s'assurer que les raisons du blâme soient comprises tant il en va de la mise en mouvement du principe représentatif. Enfin, il ressort du débat qu'en cherchant à comprendre les raisons ayant conduit à cette situation défectueuse, on n'y trouve de la part du Gouvernement qu'une « simple inadvertance ». A l'instar de Chatenet, la plupart des membres du Conseil constitutionnel expriment alors une certaine réticence à se prévaloir d'une institution trop pointilleuse tandis qu'aucune « manœuvre » n'a présidé à une telle erreur de procédure et que celle-ci n'est enfin que l'affaire d'un ou deux jours, sans réelle conséquence sur le débat et le vote de la loi concernée. Aller jusqu'à une décision de non conformité fait craindre à Chatenet que,

« l'opinion publique, pour ne pas dire les juristes, aurait sans doute beaucoup de mal à comprendre ».

Goguel rejoint cet avis sans accepter pour autant de figer les pratiques dans un sens ou dans l'autre et surtout en prenant néanmoins soin de prévenir les acteurs concernés des difficultés potentielles à éviter à l'avenir. Goguel, prenant ensuite fait et cause pour l'image que véhiculera le Conseil constitutionnel, estime

« qu'il serait ridicule de s'opposer à la promulgation de ce texte pour une raison de pure forme ».

Châtenet, Goguel, Sainteny, Rey, Brouillet partagent ainsi le même point de vue, auquel le Président Frey apporte toutefois un bémol : il aurait « tendance à être plus sévère sur la forme » étant donnée la « légèreté », reprend-il, dont témoigne cet irrespect de la procédure. Il mentionne toutefois l'importance de considérer les éventuelles difficultés de fond de la loi et celle-ci, le rapporteur l'a dit, n'en comporte pas. Ainsi, la seule forme, au sens de la procédure, ne vaut-elle pas la peine de déclarer une non conformité quand le fond, autrement dit le contenu du texte de la loi, ne pose aucun problème en l'espèce.

Pourquoi ainsi dissocier les deux et faire primer le fond ?

« Une décision de non conformité, conclut-il pour toute réponse, donnerait certainement l'impression que le Conseil constitutionnel veut jouer au maître d'école tatillon ».

Se ralliant donc à l'opinion de la majorité, précise le procès-verbal de la délibération, le Président reçoit alors l'accord de l'ensemble des membres pour une décision de conformité assortie, précise-t-il, d'un rapport

« indiquant les interprétations qui paraissent les meilleures dans cette matière de procédure et de délai ».

Conclusion sur ces deux dernières délibérations

A la question de savoir si dans le cas de saisines obligatoires, le Conseil constitutionnel maintient le cap d'une certaine prudence caractérisée par un message clair apporté au législateur et évitant une sanction juridique abrupte, ces deux dernières délibérations répondent en invitant d'abord à relativiser l'importance en interne d'un tel débat. En tant que lié à une compréhension fine des motivations du législateur, celui-ci cependant demeure mais il ne constitue pas l'argument premier orientant les décisions. En l'occurrence, une jurisprudence existante prévaut qui apporte aux membres du Conseil constitutionnel l'assurance d'une crédibilité déjà acquise et d'une autorité d'autant moins contestable qu'elle renvoie à un registre relevant de sa seule compétence constitutionnelle. Cependant, cet usage du droit constitutionnel qui réapparaît ici se mêle encore, dans un second temps, à une réflexion sur ses propres limites face au pouvoir politique. Il ressort alors de ces débats que lorsque la jurisprudence confirme la conformité de la loi organique à la Constitution, il n'y a pas lieu de mobiliser d'autres arguments tandis que, dans le cas contraire d'une sanction éventuelle, alors les membres du Conseil constitutionnel à l'unisson redoutent de jouer aux puristes du droit qui n'auraient pas d'égards pour les intentions du législateur. Ils explicitent bien cette position : si le législateur bafoue les prescriptions constitutionnelles par inadvertance, il sied de lui rappeler les règles mais sans mettre un frein à ses projets pour des raisons exclusivement procéduriers ; en revanche, s'il s'avère qu'une manœuvre est opérée par le législateur pour contourner la Constitution, alors le droit constitutionnel peut s'imposer comme une sanction.

En d'autres termes, le Conseil constitutionnel se fait l'arbitre des intentions des pouvoirs publics vis-à-vis de la Constitution : ceux-ci peuvent s'égarer dans la mise en œuvre d'une procédure mais pas jouer à dessein avec cette dernière et c'est d'abord ce qu'il importe de distinguer. Cela confirme une certaine prudence dans la pratique des décisions de non conformité qui semble se référer d'abord aux intentions du législateur pour en mesurer ici la volonté réelle de contourner la procédure constitutionnelle en regard du contenu d'une loi qui, lui, demeure constitutionnel. En effet, dégager de telles intentions ne se passe pas d'une vérification de la conformité de la loi au fond, laquelle invitait aussi le Conseil constitutionnel, avant 1974³⁹⁷, à privilégier une compréhension fine des enjeux considérés depuis le point de vue du législateur.

Finalement, la jurisprudence s'impose sans entrave dès lors qu'elle relève de la forme et induit une décision de conformité, étant entendu que le fond de la loi est aussi nettement en conformité avec la Constitution. Si cette jurisprudence s'avère amener le Conseil vers une décision de non conformité, alors les intentions du législateur sont considérées avec une attention relevant de la conception par le Conseil de son rôle déjà repérée puis mise en lumière par l'émergence de la saisine parlementaire ; il s'agit alors de guider le législateur plutôt que de le sanctionner comme un juriste « tatillon », sur la forme comme sur le fond ; mais cette bienveillance ne va pas sans condition : ce même législateur ne doit exprimer aucun irrespect manifeste à la Constitution, ultime garde-fou du Conseil constitutionnel.

³⁹⁷ Cf. justement les premiers débats de 1970-71 sur le statut des magistrats.

Poursuite de la discussion à l'issue de la précédente délibération du 06 juillet 1976 : le sujet abordé est relatif à une autre saisine du Conseil constitutionnel, examinée, elle, plus largement lors de la séance du 15 juillet 1976 mais cette discussion-ci est intéressante qui porte sur le refus de la représentation d'avocat dans le cadre de saisines parlementaires.

=> Qu'apprend-on ici ?

Le Conseil se déduit « maître de sa procédure » au sens de la marche à suivre pour l'examen d'une loi ordinaire. A ce titre, il s'agit d'éviter de reproduire un débat parlementaire sur la nécessité de la loi, à moins d'avoir particulièrement besoin d'un éclairage sur son énoncé : la loi ne saurait donc être accusée ou défendue par d'autres que par les parlementaires qui, seuls, représentent les citoyens. Le rôle du Conseil se démarque à nouveau de celui du Parlement tout en lui témoignant son respect.

La délibération du 06 juillet 1976 que nous venons de parcourir se termine sur une note inattendue et simplement due à un hasard de calendrier : la session parlementaire s'achève et les dernières saisines du Conseil constitutionnel vont bien entendu devoir se tenir dans les délais habituels. Or, avec l'une d'entre elles, une demande inédite a été exprimée qui nécessite une réponse rapide, en amont de la délibération proprement dite. C'est cette demande inédite qui suscite notre intérêt. Les membres du Conseil constitutionnel abordent donc la question à la fin de la délibération sur la loi organique. Ils ajoutent ainsi un éclairage de plus à l'analyse précédente. Le Président du Conseil constitutionnel indique en effet qu'une autre saisine, relative à la loi concernant la modification du statut des fonctionnaires à examiner ultérieurement, s'est accompagnée d'une demande de la part des députés socialistes, d'être représentés par un avocat lors de la procédure d'examen. Cet avocat a demandé au Conseil constitutionnel quel serait son rôle et la marche à suivre dans cette affaire. Le Président Frey rappelle alors que la nouvelle saisine parlementaire, en donnant un pouvoir aux représentants élus de la Nation, ne saurait, par définition de la représentation, les autoriser à déléguer ensuite ce pouvoir à un avocat. Du reste, ajoute-t-il, l'exercice du contrôle de constitutionnalité n'est pas une activité juridictionnelle et ne prévoit pas, par conséquent, la représentation des parties concernées par un avocat. Chatenet renchérit d'ailleurs sur ce point en exprimant explicitement

« qu'il n'y a évidemment pas de parties »

identifiables quand il y a d'un côté la loi et de l'autre ses détracteurs, d'autant plus que dans le cas de cette saisine parlementaire, la loi est l'œuvre commune du Gouvernement et du Parlement, d'où sont issus aussi ceux censés la mettre en procès. La clarté du Conseil quant aux autorités habilitées à le saisir et à se faire entendre dans ce cadre est rappelée par le Président Roger Frey qui met d'ailleurs explicitement en garde à ce titre contre « un abus de procédure » ; il est aussi intéressant de noter l'argument décisif du Président, auquel se rangent tous ses collègues, et ainsi notifié dans le procès-verbal :

« Le Conseil constitutionnel auquel aucune procédure particulière n'est imposée par les textes, est donc maître de sa procédure. C'est pourquoi le Président, quant à lui, estime qu'il n'y a pas lieu de donner suite à cette demande de représentation ».

Le terme de « procédure » est donc utilisé par Roger Frey pour renvoyer aux instances habilitées à saisir le Conseil constitutionnel autant que pour évoquer le délai dont celui-ci dispose pour établir sa décision, ce qui est parfaitement clair dans la Constitution. En revanche, il l'emploie aussi au sens juridictionnel de la marche à suivre dans le cadre d'un procès ou d'un jugement, ce qui en effet n'est aucunement spécifié dans la Constitution. Ce qu'il nous faut retenir ici est que le Conseil s'en déduit « maître de sa procédure » au dernier sens du terme.

Notons qu'à plusieurs reprises, on a aussi pu remarquer un Conseil réticent à l'idée de faire intervenir systématiquement les représentants du Ministère public ou le Secrétaire Général du Gouvernement qui auraient plaidé, eux, en défense de la loi soumise à l'examen du Conseil : celui-ci a alors la plupart du temps argué qu'il ne s'agissait pas de reproduire un débat parlementaire sur la nécessité de la loi, à moins d'avoir particulièrement besoin d'un éclairage sur son énoncé. Bref, les membres du Conseil constitutionnel délimitent très nettement ce qui est de leur seul ressort sur un plan proprement procédural ou jurisprudentiel, dès lors que cela est sans impact direct sur les choix politiques du Gouvernement ou du Parlement, qu'ils refusent donner l'impression de juger sur le fond comme formellement à travers une procédure qui affaiblirait le sens de la représentation démocratique.

Où en sommes-nous depuis 1974 ?

Finalement, si la réforme de 1974 permet aux membres du Conseil constitutionnel de clarifier son positionnement, de par l'intensité potentielle des saisines et la relation nouvelle à la minorité qu'elle offre, on ne peut conclure qu'elle modifie radicalement le rapport du Conseil au législateur. A ce titre, rien ne permet de suggérer l'influence décisive du caractère obligatoire ou pas de la saisine sur la conception que les membres du Conseil constitutionnel se font du rôle de leur institution; si la réforme de 1974 leur permet d'approfondir leur réflexion sur ce rôle, ce dernier continue de s'affirmer indépendamment de l'obligation ou pas d'être saisi, même s'il peut alors comporter des variantes de contenu.

Ainsi, l'opportunité des nouvelles saisines parlementaires permet-elle au Conseil constitutionnel de préciser sa position vis-à-vis du Parlement mais avant de revenir sur ce rôle qui s'affine, rappelons qu'à rebours de cette extension de pouvoir, les deux premières délibérations de cette période (loi organique suivant la réforme de 1974 et loi IVG en 1975) montrent plutôt un Conseil prêt à réfréner des élans qui seraient propres à l'émanciper du pouvoir politique. Nous nous étions alors demandé si la crainte de ne plus être saisi pouvait motiver cette façon de penser ce rôle. Or, si le doute peut perdurer, l'attention minutieuse portée aux débats et aux intentions parlementaires pendant les délibérations d'une part, les réticences exprimées de longue date par les membres du Conseil constitutionnel à l'idée de s'émanciper trop radicalement du Parlement d'autre part, invitent raisonnablement à penser que cette forme d'autolimitation relève d'un respect du Parlement qui dépasse ce type de crainte. Par ailleurs, à travers des saisines obligatoires, les membres du Conseil constitutionnel ne font pas nécessairement montre d'une intransigeance juridique plus marquée. Ces éléments concourent à signaler que les membres du Constitutionnel, de manière assez consensuelle, témoignent très fréquemment, pour ne pas dire systématiquement, le souhait d'approfondir leur compréhension des enjeux débattus au Parlement. Que ce soit là une stratégie jugée plus fine pour être à nouveau

saisi demeure une possibilité à considérer sérieusement mais la résurgence d'une telle approche lors de délibérations relevant de saisines obligatoires permet d'en relativiser la seule dimension stratégique.

En tout état de cause, les saisines non obligatoires, issues d'au moins soixante députés ou soixante sénateurs, ont massivement progressé à l'issue de la réforme de 1974 ; pour rappel, nous avons mentionné à l'occasion de la présentation de notre méthode de travail que les décisions correspondantes, pour contrôle de constitutionnalité des lois ordinaires, représentaient 61,5% de l'ensemble des décisions de conformité, dites « DC », sur la période 1958-1986 (136 contrôles de constitutionnalité des lois ordinaires sur 221 DC) tandis qu'une augmentation spectaculaire de 1311,11% s'y produisait entre la sous-période 1958 –1974 et celle de 1974-1986 (9 décisions entre novembre 1958 et février 1974 puis 127 de février 1974 à la fin de l'année 1986). Cette prédominance en marche des saisines non obligatoires pour contrôle de constitutionnalité des lois ordinaires dès 1974 invite donc bien entendu à poursuivre l'évaluation de la manière dont le Conseil constitutionnel pense son rôle lors des délibérations correspondantes et à déceler dans quelle mesure la relation au Parlement est envisagée comme porteuse d'une dimension stratégique pour le Conseil constitutionnel.

Cela se dévoilera peu à peu lors des délibérations suivantes où le législateur est originellement tantôt parlementaire tantôt gouvernemental. Nous n'en avons pas spécifiquement fait cas pour le moment mais il convient de rappeler que la Constitution de la Ve République permet au Gouvernement d'être à l'origine de certaines lois³⁹⁸ même si celles-ci doivent ultimement être votées par le Parlement. Cerner la relation du Conseil au Parlement impose donc aussi de prendre en compte cette distinction et son impact éventuel sur notre question de recherche.

Enfin, un bref aparté contextuel s'impose afin de situer les délibérations suivantes dans le cadre de changements politiques qui, s'ils leur sont extérieurs, peuvent tout de même y être évoqués. En rendre compte permet donc de préciser notre compréhension des commentaires correspondant lors des délibérations. Cette précision ne s'impose cependant avant l'analyse de la délibération du 08 novembre 1976 qui va suivre, que pour des raisons chronologiques ; en effet, ce n'est pas celle qu'elle éclaire en premier lieu.

Le Premier ministre Jacques Chirac entretient en effet des relations tendues avec le Président de la République Valéry Giscard pour des raisons analysées par les observateurs de l'époque ou par les historiens politiques comme étant autant personnelles et liées à des conceptions du pouvoir entrant en conflit, que plus idéologiques quant à la manière de gérer l'une des premières grandes crises économiques que connaît le pays depuis l'après-guerre. Le premier choc pétrolier ayant eu lieu en 1973, le dérapage inflationniste bien connu qui s'en est suivi met au jour une politique économique hésitante entre le Premier ministre et le Président de la République. Toujours est-il que Jacques Chirac remet sa démission au Président de la

³⁹⁸ [Les projets de loi.](#)

République le 26 juillet 1976, en acceptant de ne l'officialiser que le 25 août. Il est alors remplacé par Raymond Barre. Celui-ci, économiste, Professeur d'université, a été Vice-Président de la Commission européenne, chargé de l'Économie et des Finances, de 1967 à 1973 et a aussi exercé la fonction de ministre du Commerce extérieur du gouvernement Jacques Chirac du 12 janvier au 25 août 1976, sans appartenance officielle à un parti politique bien que plutôt classé au centre droit. Sa politique monétaire est connue pour avoir visé la réduction de l'inflation, associée à une politique budgétaire rigoureuse afin de juguler aussi la hausse de la dette.

Séance du 08 novembre 1976, décision 76-69 DC : prévention des accidents du travail, saisine ouvrant le bal des déclarations d'inconstitutionnalité ; l'une des premières des députés socialistes.*

=> Qu'apprend-on ici ?

La séance du 08 novembre 1976 permet d'aborder les délibérations menant à des décisions de non conformité après une saisine parlementaire.

Elle apporte à cet effet une configuration nouvelle qui relève toujours du positionnement du Conseil constitutionnel par rapport au législateur : elle est le fruit d'une saisine de l'opposition socialiste au Gouvernement – soixante-trois députés - à propos d'une loi sur la prévention des accidents du travail ajoutant un article au code du travail, et va aboutir à une décision d'irrecevabilité pour des raisons de forme et donc de procédure au sens de la marche à suivre pour saisir le Conseil constitutionnel.

Dans ce cas, la conformité constitutionnelle au fond de la loi n'est donc même pas étudiée (elle le sera lors d'une saisine ultérieure, jugée acceptable) et le respect de la procédure apparaît comme une raison suffisante de ne pas donner suite à la demande des auteurs de la saisine sans les empêcher de saisir à nouveau le Conseil constitutionnel.

Dire ce qui est conclu : pourquoi ont-ils eu cette sévérité procédurière cette fois-ci ?

La séance s'ouvre en l'absence de Paul Coste-Floret et Jean Sainteny en est le rapporteur. Il rappelle qu'un article en particulier pose problème, qui avait déjà valu au projet de loi de ne pas être voté par l'Assemblée nationale, puis de l'être par le Sénat et enfin par l'Assemblée mais sans accord des deux assemblées sur l'ensemble du texte, d'où la convocation d'une Commission mixte paritaire pour obtenir finalement le vote de l'ensemble de la loi par l'Assemblée nationale le 27 octobre et par le Sénat le lendemain, 28 octobre 1976. Or, si la transmission de la saisine date du 28 octobre, la lettre de transmission mentionne en bas de page la date du 20 octobre, figurant également sur la page des soixante-trois signatures. La saisine officielle recevable par le Conseil devant notifier les signatures nécessaires, a donc eu lieu avant le vote de la loi, ce qui permet au rapporteur de s'interroger sur la recevabilité de cette saisine, nonobstant toute discussion ultérieure au fond que ses collègues pourraient néanmoins souhaiter mais que lui ne juge pas nécessaire dans ces conditions. Outre le non respect des dates prévues par la Constitution qui parle bien d'une loi, donc d'un projet ou d'une proposition de loi une fois votés, le rapporteur s'inquiète aussi de la pression qu'aura pu exercer sur les débats la signature prématurée d'une telle saisine. Le rapporteur prend cependant soin de préciser qu'avec une

décision d'irrecevabilité, il ne s'agit pas pour autant d'empêcher les députés de saisir le Conseil constitutionnel ; cette précision est importante car elle nous évite de replier ici le Conseil sous un éventuel rôle de suiveur de la majorité nonobstant cette rigueur procédurière dont le rapporteur fait preuve ici à l'égard de la minorité. Toutefois, si le non respect de la procédure nous était précédemment apparu comme une raison non suffisante pour invalider une loi, dès lors que l'intention du législateur n'était pas manifestement de contourner cette procédure et ne se traduisait pas non plus par une inconstitutionnalité du texte au fond, la sévérité du Conseil constitutionnel sur le respect de la procédure prime au contraire ici et mérite qu'on en comprenne les ressorts.

La suite du propos va alors confirmer le souci du Conseil constitutionnel, déjà repéré, de clarifier sans ambiguïté les procédures qui délimitent son propre rôle sans entrer en conflit avec celui du législateur. La saisine parlementaire est encore récente : il s'agit dans cette perspective d'en faire respecter les dispositions constitutionnelles.

Si ses collègues le rejoignent sur l'irrecevabilité, le débat s'engage sur un autre point de procédure soulevé par Goguel, à savoir le fait que les parlementaires ne semblent pas réaliser que la saisine porte sur l'ensemble de la loi quand bien même seul l'un de ses articles les aurait préoccupés. La question fait débat entre ceux pour qui cela va de soi et ceux craignant la réticence des parlementaires à voir un article sur lequel l'accord ne faisait pas de doute, être finalement taxé d'inconstitutionnalité par un Conseil qu'ils deviendraient par suite réticents à saisir.

Le consensus est ici peu à peu trouvé à travers l'échange d'arguments, autour de l'idée qu'il ne faut pas priver le Conseil constitutionnel de saisines en raison d'un respect trop pointilleux qu'il exprimerait de sa propre procédure. Goguel revoit alors, ou du moins précise, son point de vue :

« La seule chose qui soit gênante, c'est de constater que les parlementaires ne semblent pas avoir conscience de la portée d'une saisine quand, d'une façon répétée, ils ne soumettent à notre censure qu'un seul article de loi ».

Conclusion

Confirmant le jeu serré entre respect de la Constitution et respect des enjeux politiques du législateur, cette délibération signale que le respect de sa propre procédure semble crucial au Conseil constitutionnel dès lors que cela ne le place pas non plus dans une situation d'opposition frontale vis-à-vis des parlementaires dont, *in fine*, ils dépendent.

Il s'agit au contraire de contribuer à la clarification des procédures propres à chaque institution. Ici, c'est l'antériorité de la date de signature de la saisine par rapport à celle du vote de la loi qui rend la saisine clairement irrecevable mais le juge constitutionnel sera finalement moins sévère en laissant par ailleurs aux parlementaires la possibilité de le saisir à nouveau à l'avenir sur un seul article d'une loi. Rejeter le recours qui ne respecte pas la procédure de saisine du Conseil constitutionnel invite donc en même temps ce dernier à ne pas étouffer les velléités ultérieures de saisine des parlementaires, tout en s'autorisant malgré tout un examen plus large de la loi soumise.

Ainsi, tout en cherchant à éduquer les parlementaires quant à la nouvelle capacité de saisine dont ils disposent, les membres du Conseil constitutionnel évitent de créer pour autant

une prescription pouvant stériliser les nouvelles intentions de saisine des premiers. Le dernier mot revient à Pierre Chatenet, qui résume cette idée qui fait l'unanimité :

« La décision rendue ce jour étant une décision d'irrecevabilité, aucune conclusion *a contrario* ne pourra en être tirée quant à l'éventuelle recevabilité d'une saisine ne portant que sur un article ».

Concrètement, pour éviter de braquer le Parlement contre le Conseil constitutionnel, la décision d'irrecevabilité ne renverra qu'au caractère prématuré de la saisine. Ici, le Conseil se montre soucieux du respect de ses propres procédures par les instances de saisine tout en jugeant indispensable, autant pour le débat parlementaire que pour le maintien du rythme des saisines à l'avenir, de manifester une certaine souplesse en la matière.

Séance du 28 décembre 1976, décision 76-73 DC, loi de finances pour 1977.*

=> Qu'apprend-on ici ?

Le Conseil s'impose pendant ce débat de remplir un rôle d'arbitre entre institutions en veillant au respect de la Constitution autant qu'à celui des pratiques ayant fait leurs preuves au niveau du circuit législatif.

S'il est constitutionnellement aisé de soutenir la demande de la saisine de la minorité parlementaire, cela ne suffit donc pas, en soi, pour justifier une décision de non conformité, aux yeux des membres du Conseil constitutionnel. Ceux-ci débattent aussi afin de dégager l'enjeu du rapport de force entre le Gouvernement et les deux chambres parlementaires qu'il s'agit seulement ensuite de passer au crible des règles constitutionnelles, en n'en retenant que ce qui permettrait un débat parlementaire mieux informé et non biaisé par le Gouvernement.

Ainsi, la saisine parlementaire obtient-elle partiellement gain de cause et le Conseil décide-t-il une non conformité partielle, au nom de la qualité du débat parlementaire à laquelle il s'enorgueillit de participer à sa manière.

C'est donc *in fine* une variante du respect du Parlement qui prévaut ici, à travers du reste une émancipation vis-à-vis du Gouvernement, quitte à contrecarrer le vote majoritaire : selon la lecture qu'en fait le rapporteur, la saisine minoritaire entend surtout mieux faire valoir le débat parlementaire. Le Conseil se veut à son tour le garant d'un débat parlementaire efficace et constitutionnel et pas, *a priori*, celui du respect d'une majorité.

La séance s'ouvre en présence de tous les membres à l'exception de Monsieur Rey. Pierre Chatenet est le rapporteur de deux projets, l'un concernant la loi de finances rectificative pour 1976, l'autre concernant la loi de finances pour 1977. Dans le premier cas, la saisine est celle du Président de l'Assemblée nationale tandis qu'elle provient conjointement du Premier Ministre et de soixante députés à l'Assemblée nationale dans le second.

Suivant notre cheminement, c'est sur la délibération relative à cette seconde saisine qu'il nous faut nous pencher. Le rapporteur traite cependant ensemble les questions communes aux deux saisines d'où certaines allusions à la première qui pourront surgir dans l'analyse ci-dessous, sans pour autant perdre de vue la trame discursive recherchée.

Il est intéressant de noter que Chatenet commence par indiquer que c'est alors la troisième fois que le Conseil constitutionnel est saisi d'une loi de finances et la seconde qu'il

l'est par une minorité parlementaire en vertu de la réforme de 1974. Sachant que depuis lors, les saisines sur les lois de finances sont en pratique à peu près systématiques, c'est ici un accès direct qui nous est fourni à une pratique démocratique en évolution : celle-ci renvoie en l'occurrence au prolongement du débat parlementaire sur une question dont l'importance croissante dans la vie politique est ainsi soulignée, celle du budget de l'Etat. Chatenet du reste déclare lui-même :

« On constate qu'une tradition se crée, renforcée par la diversité dans l'origine de la saisine ».

Par ailleurs, le rapporteur rappelle aussi le type d'examen auquel doit procéder le Conseil dans le cas des lois de finance : la conformité formelle du texte aux procédures décrites dans l'article 47 de la Constitution et les lois organiques en relevant, ainsi que le respect de l'équilibre des pouvoirs pour l'exercice de leurs compétences financières. Ce dernier point pourrait n'être envisagé qu'en tant que de pure procédure puisque, précisément, il relève des prescriptions de l'ordonnance du 02 janvier 1959 portant loi organique relative aux lois de finances avec lequel fait bloc l'article 47 de la Constitution prévoyant le vote des lois de finances par le Parlement dans les conditions prévues par cette loi organique. Le rapporteur insiste cependant particulièrement sur cette notion d'équilibre des pouvoirs qu'il isole des conditions ou procédures décrites par les textes constitutionnels relatifs aux lois de finances. Et il précise pourquoi : cet examen des lois de finances par le Conseil est, dit-il,

« l'occasion de faire respecter l'équilibre des pouvoirs ».

Ce n'est cependant pas un élément de contrôle dissociable du reste que le rapporteur repère ici mais davantage l'occasion pour le Conseil constitutionnel de manifester son autorité en matière de respect de la répartition constitutionnelle des pouvoirs.

Enfin, Pierre Chatenet salue la qualité des saisines,

« très supérieures dans leur argumentation à celles des années précédentes », et de louer conjointement, « le document très sérieux qui a été remis par le parti socialiste, également la note du Président de l'Assemblée nationale et aussi bien celle du Premier ministre ».

Enfin, le rapporteur propose quatre parties pour son rapport : la priorité financière de l'Assemblée nationale sur le Sénat, la Commission mixte paritaire, les cavaliers budgétaires et les procédures originales d'action économique. Nous ne les retracerons pas nécessairement toutes avec la même attention puisque cette dernière est conditionnée par les réponses qui y sont offertes à notre propre question ; toutefois, les mentionner permettra une lecture plus fluide de cette analyse portant sur une délibération où l'argumentation est dense sur ces divers sujets.

La priorité financière de l'Assemblée nationale, explicitée pour les projets de lois de finance à l'article 39 de la Constitution, renvoie ici à l'article 16 de la loi de finances, à la demande de la saisine parlementaire mais aussi à travers une note du Président de l'Assemblée nationale, Edgar Faure et une autre du Président du Sénat, Alain Poher. Cet article 16 propose une taxe sanitaire sur le marché de la viande. Le rapporteur entreprend un historique de cette priorité dont il précise qu'elle est,

« depuis au moins cent ans une constante de la pratique républicaine », dont l'origine est que

« la dépense est consentie par les contribuables et que ceux-ci sont représentés plus directement par la Chambre des basse que par la Chambre haute ».

Ainsi, retrace-t-il la manière dont la loi du 24 février 1875 de la III^e République, équivalent de l'article 39 cité plus haut, s'est enrichie d'une pratique l'étendant à d'autres matières fiscales et monétaires, jusqu'à la Constitution de 1946 qui renforce cette primauté de la Chambre basse, poursuivie malgré de nouveaux pouvoirs donnés à la Chambre haute en 1954, et bien entendu reprise par la Constitution de 1958, ce qui permet à Chatenet de conclure que,

« en fait, la pratique reste celle de la tradition », autrement dit que

« toutes les mesures financières au sens large sont présentées devant l'Assemblée nationale ».

Or, l'article 16 de la loi de finances, fait remarquer le rapporteur, présente « sous couvert d'un amendement » un nouveau régime complet pour une nouvelle taxe, et a été déposé en fin de séance au Sénat. Le point de vue du rapporteur quant au rôle du Conseil constitutionnel ne va alors cesser de s'affirmer :

« Si, dans cette affaire, l'attitude du Conseil n'est pas très nette, la porte sera ouverte à toutes les fraudes possibles de la part du Gouvernement » et de poursuivre,

« ceci offre aux services de l'administration des facilités particulières pour faire passer à la sauvette des mesures qui ainsi ne font l'objet que d'une discussion très réduite ».

En l'espèce, le Président de l'Assemblée nationale et la saisine parlementaire considèrent que si le Sénat apporte des amendements en deuxième lecture, juste avant la Commission mixte paritaire à l'issue de laquelle l'Assemblée nationale ne peut plus apporter d'amendements, cette dernière se voit dans l'obligation de voter un texte retenant éventuellement les derniers amendements du Sénat qui, dans ce cas, correspondent pourtant bien davantage à des dispositions que la tradition républicaine a toujours placées sous le contrôle de l'Assemblée nationale. A ce titre d'ailleurs, le rapporteur aborde la question, annoncée en introduction, de la Commission mixte paritaire (CMP) qui mérite aussi que l'on se demande dans quelle mesure « les dispositions restent en discussion » qui autorisent le Premier ministre à convoquer celle-ci conformément à l'article 45 de la Constitution. La saisine parlementaire exprime en effet son incompréhension quant à la possibilité pour des amendements du Sénat d'être considérés comme « restant en discussion » quand, précisément, ils ne l'ont jamais été entre les deux assemblées ; aussi, la Commission mixte paritaire n'aurait-elle pas dû adopter cet article 16 issu du seul amendement au Sénat selon les auteurs de la saisine. Le rapporteur souligne cependant les « intérêts » de la Commission mixte paritaire : instrument de conciliation, elle met fin au droit d'amendement et modifie malgré tout l'équilibre bicaméral au profit de l'Assemblée nationale. Et de préciser les raisons sous-tendant son analyse :

« L'opposition au Sénat peut toujours être bloquée et le Gouvernement peut forcer la main à l'Assemblée nationale par un vote bloqué sur le texte de la Commission mixte paritaire ».

Autrement dit, le rapporteur salue ici la capacité de la CMP à mettre fin aux débats et à parvenir à un vote laissant le dernier mot à ceux qu'il a déjà nommés « les représentants plus directs des contribuables » tout en offrant une marge de manœuvre non négligeable au Gouvernement. Il confirme d'ailleurs que permettant aussi de respecter des délais toujours très brefs pour les lois de finances généralement votées en fin d'année,

« ce système est favorable au Gouvernement », en évitant que l'Assemblée s'autorise à ne pas voter dans les temps pour exercer « une pression forte » sur ce dernier. Cet éloge des vertus et du bon fonctionnement de la CMP sous la Ve République est rendu d'autant plus solennel par le rapporteur qu'il le conclut en constatant que cette saisine des députés socialistes marque la première vraie remise en cause d'un tel fonctionnement.

Finalement, après être revenu plus en détails sur ces points de litiges, le rapporteur résume la « querelle » à « un aspect juridique » et à « un aspect public ». L'aspect juridique se résumerait au flou déjà signalé de l'expression « restant en discussion », l'aspect public, dit ensuite « politique », tient à cette remise en cause inédite de la pratique habituelle et survenant, souligne le rapporteur, avec l'entrée en application de la saisine parlementaire. Pierre Chatenet souligne ici à juste titre que cette nouvelle forme de saisine peut laisser libre cours à de nouveaux contentieux à l'avenir, lorsque certains députés estimeront, comme dans ce cas de figure, n'avoir pu s'exprimer. Il est ici intéressant de découvrir avec les membres du Conseil constitutionnel les potentialités d'une réforme touchant directement leur institution et seulement appréciables au fil des circonstances pratiques qui les actualisent. En l'occurrence, celles-ci ne laissent pas le rapporteur indifférent quant au rôle inédit à jouer par le Conseil dont il conclut que ce dernier

« doit donc arbitrer entre les deux assemblées et ce faisant, va cristalliser la situation ».

Enfin, note-t-il pour poser le décor rigoureusement :

« Le Gouvernement, pour sa part, tient à conserver toutes les possibilités d'action devant la Commission mixte paritaire qu'il a su exploiter largement depuis quinze ans ».

Cela achève de nous convaincre du caractère hautement sensible de l'arbitrage qui échoit au Conseil dans ce qui ressemble bien à un rapport de force entre le Gouvernement, l'Assemblée nationale et le Sénat, bref toutes les instances de saisine de l'institution de la rue Montpensier. Le projet annoncé par le rapporteur – mais non développé dans le procès-verbal de la délibération – semble porteur d'un contraste fécond pour notre lecture : il est, dit-il,

« le plus satisfaisant sur le plan juridique mais j'avoue, dit-il encore, ne pas y tenir fermement ».

En d'autres termes, le rapporteur estime que le Conseil constitutionnel doit s'imposer une certaine neutralité dans un tel arbitrage, et que seul le droit garantit celle-ci.

Concernant les cavaliers budgétaires, c'est-à-dire les dispositions sans rapport avec l'objet de la loi de finances mais intégrées pour

« bénéficier des facilités particulières que sa procédure donne au Gouvernement »,

le rapporteur souligne là encore qu'ils correspondent à une pratique courante depuis la IIIe République, même si à plusieurs reprises depuis, plusieurs dispositions législatives ont tenté de les limiter, jusqu'à l'article 40 de la Constitution de 1958³⁹⁹. Le rapporteur annonce aussi que le

³⁹⁹ Art 40 Constitution de 1958 : « Les propositions et amendements formulés par les membres du Parlement ne sont pas recevables lorsque leur adoption aurait pour conséquence soit une diminution des ressources publiques, soit la création ou l'aggravation d'une charge publique ».

principe ne pose aucune difficulté et qu'il va éliminer dans son projet de décision neuf articles en qualité de cavaliers.

Enfin, si le texte de la saisine du Premier ministre, Raymond Barre, ne semble pas non plus problématique au rapporteur, il sied de rappeler ici que ce dernier souligne à nouveau un rapport de force entre Gouvernement et Parlement dont cette fois l'arbitrage lui semble aisé. En effet, le Parlement a inscrit dans le texte une injonction au Gouvernement de déposer un projet de loi allant dans le sens d'un accroissement de certains dégrèvements fiscaux, ce que, précisément, il ne pouvait faire de lui-même en vertu de l'article 40 pré-cité.

Le dernier élément exposé et qui fera aussi l'objet d'une discussion concerne les procédures spéciales liées aux nécessités économiques du moment entraînant de nouveaux modes d'action de l'Etat : Fonds d'Action Conjoncturelle (FAC) et Fonds de Développement Economique et Social (FDES). Là encore, l'exhaustivité du rapporteur enrichit son exposé d'un historique de l'utilisation de tels fonds ; les FAC notamment ont souvent été rattachés à des lois de finances depuis 1969 pour permettre des actions économiques modifiant la conjoncture, via des autorisations de programmes et/ou des crédits. Cette fois-ci, le FAC n'est pas réparti par titre ou par ministère comme le prévoit la loi organique correspondante, et ne comporte pas de crédits, lesquels devront malgré tout être votés pour sa mise en œuvre. D'autres dispositions organiques ne sont pas formellement respectées par le FAC concerné. Les crédits FDES correspondent, eux, à des comptes d'affectation spéciale pour lesquels le Conseil a déjà pris une décision l'année précédente et le rapporteur souligne que les motifs alors invoqués ont été mentionnés par la saisine aussi bien qu'au cours des débats parlementaires.

L'on voit ici un Conseil constitutionnel, par l'intermédiaire du rapporteur, plus assuré de sa façon de commenter la vie démocratique. Sans aller jusqu'à s'y voir jouer un rôle direct et actif, le rapporteur déplore dans la même veine que la saisine parlementaire

« se borne à contester la procédure » quand il aurait été intéressant de

« soulever les problèmes de fond posés par le fait que l'Etat joue ce rôle nouveau »,

à savoir celui d'un banquier d'affaires accordant des prêts à ceux qui disposent des garanties suffisantes, *dixit* le rapporteur.

Un bref arrêt sur image au titre de rappel méthodologique s'impose devant ce type d'observation sur l'évolution de la pratique démocratique, entendue sous son volet institutionnel. Le regard porté sur la pratique démocratique par le Conseil constitutionnel lors de ses débats nous parvient à travers la conception qu'il se fait de son rôle, dans un système lui en ayant initialement réservé un assez étroit et n'étant enclin ni historiquement ni culturellement à légitimer l'action politique d'une institution non élue ; dans le même temps, ces mêmes débats ou exposés présentent aussi l'intérêt secondaire de nous informer, relativement souvent, sur les contextes, les contingences et les évolutions des institutions démocratiques. Cet apport doit cependant demeurer pour nous secondaire et fonctionner comme une contextualisation nécessaire ; sans cette limite, en effet, une confusion pourrait germer entre ce que l'intention du Conseil de participer à la vie démocratique exprime de cette dernière et les commentaires de ses membres sur ce qui s'y passe *de facto* à un moment donné. Notre postulat premier invite certes à accorder du crédit au regard des membres du Conseil constitutionnel sur leur démocratie dès lors qu'ils cherchent un moyen d'y participer de manière acceptable par les autres acteurs de cette

dernière ; il ne dit toutefois pas pour autant que chaque commentaire des membres du Conseil constitutionnel livre en soi un regard parfaitement objectif sur la vie démocratique mais plutôt que chacun ne vaut que lorsqu'il provient du discours du Conseil sur son rôle. Cette description de l'évolution du rôle de l'Etat par Chatenet est donc peut-être juste dans le contexte de l'époque, mais la dimension polémique dont il la revêt ne peut suffire à nous faire conclure que l'Etat s'est mué en banquier d'affaires, même si elle suggère une certaine évolution de son rôle. En revanche, par la suite, sa sévérité envers le Parlement amène le rapporteur à proposer une vision du rôle à jouer par le Conseil qui permet à nouveau de prendre en considération, en toute rigueur, selon notre approche, le regard porté sur les autres institutions, en particulier sur le Parlement.

Constatant, attristé, pour emprunter le langage du rapporteur,
« que les députés ne savent pas poser les bonnes questions sur ces matières complexes et que c'est la raison pour laquelle ils sont parfois mal informés »,

Chatenet propose au Conseil de repartir de sa décision de l'an passé dont il assure
« qu'elle a eu des effets certains pour améliorer l'information fournie aux parlementaires ».

Ainsi, le Conseil peut-il s'appuyer sur sa propre jurisprudence non seulement en vertu de la sécurité juridique et de l'autorité conséquente qu'elle confère nécessairement à ses décisions nouvelles, mais aussi parce qu'il lui importe que la décision précédente, précisément, ait pu servir le travail des parlementaires. Pour achever de nous convaincre qu'il s'agit bien de situer le rôle du Conseil dans ce contexte particulier des lois de finances, Chatenet conclut

« qu'il apparaît certain que le Conseil sera désormais saisi de la loi de finances chaque année. Il s'agit là de textes qui traitent de nombreuses questions à la fois difficiles et très importantes, où il y a nécessairement des erreurs et qui appellent un contentieux ».

A l'appui de ce rôle qui semble se confirmer pour l'institution, Pierre Chatenet suggère aussi que le rapporteur du Conseil constitutionnel pour les saisines de lois de finances soit désigné dès les premiers débats parlementaires. De là à rendre, en pratique, systématique une saisine non obligatoire, le pas ne serait-il pas vite franchi ?, peut-on raisonnablement se demander. Cependant, les raisons d'une telle suggestion ne sauraient être réduites à une seule tactique destinée à imposer le Conseil constitutionnel dans le circuit législatif, étant donné l'intention également clairement exprimée par le rapporteur de fluidifier les échanges parlementaires. Enfin, le rapporteur rappelle aussi que l'importance d'une loi de finances dans la vie politique engage le Conseil constitutionnel à y prendre part d'une manière qui ne relève pas de la seule « conformité formelle » mais aussi « d'un certain recul », ce qui renvoie à notre précédente remarque sur l'intérêt de la jurisprudence en soi pour le Conseil mais aussi de par son contenu particulier, pour les parlementaires.

En résumé, le Conseil doit donc se prononcer dans un arbitrage entre assemblées et sur l'acceptation de nouvelles procédures ayant vocation à répondre à de nouvelles nécessités économiques, ce que Chatenet estime devoir être,
« pour le Conseil, l'occasion d'élaborer une déontologie des rapports du Gouvernement et du Parlement ».

Après les félicitations chaleureuses du Président Frey pour ce rapport, le débat s'engage autour principalement de deux points. Le premier, rapidement traité dans le sens proposé par

Chatenet, est celui des nouvelles procédures FAC et FDES pour lequel Goguel se réjouit tout de suite que les auteurs de la saisine s'appuient sur la décision du Conseil datant de l'année passée et confirme lui-même les échos positifs qu'il en a eu concernant l'amélioration de l'information fournie aux parlementaires. Ainsi, plus que l'existence d'une jurisprudence permettant au Conseil de conclure dans le même sillage, c'est l'efficacité de celle-ci pour les parlementaires qui crée le consensus. Chatenet confirme ce point et le rôle qu'y joue, par défaut, le Conseil :

« le rapporteur spécial des comptes spéciaux reçoit maintenant une meilleure information grâce notamment à la possibilité qu'il a de laisser planer en cas de refus la menace de soumettre à l'appréciation du Conseil constitutionnel les conditions dans lesquelles il est informé. »

Ainsi, la sanction du Conseil constitutionnel portant sur une procédure de transmission d'informations inefficace ou défectueuse auprès des parlementaires dans le cadre du travail sur une loi de finances améliore-t-elle « la nature et la qualité de l'information ». Intervenant positivement dans le débat parlementaire sans y prendre de part active, le Conseil peut ainsi y asseoir une certaine autorité tout en servant l'intérêt public. Considérer, sur la base des effets positifs de la décision antérieure sur un sujet similaire, que les parlementaires ont eu une information suffisante, est alors une approche partagée par tous les membres.

Sur l'autre question de la priorité que donne à l'Assemblée nationale l'article 39 de la Constitution, qui n'aurait pas été respecté ici à l'occasion du fameux article 16 de la loi, passé sous forme d'amendement au Sénat avant la convocation de la Commission mixte paritaire, le débat est davantage contradictoire : d'un côté, Goguel, Coste-Floret et Dubois estiment que la règle de priorité posée par l'article 39 « n'a donc plus de sens que chronologique » pour citer Goguel, mais ne saurait imposer un passage devant l'Assemblée nationale de tous les textes votés par la suite par le Sénat dans le cadre d'une procédure constitutionnelle qui ne le prévoit pas. Du reste, l'Assemblée nationale peut toujours repousser le texte voté par la CMP et comprenant les amendements du Sénat ; bref, l'avis de Goguel, fin connaisseur du Sénat dont il a été secrétaire général, selon lequel

« c'est la pratique actuelle qu'il faut préserver car elle sauvegarde les prérogatives des uns et des autres » est même relayé par Monnerville qui constate que l'Assemblée malgré tout, « conserve de larges pouvoirs » et

« que les difficultés indiquées ici comme privant les députés de facilités aussi larges pour l'initiative lors des discussions se retrouvent, en sens inverse, c'est-à-dire à l'égard des sénateurs, quand il ne s'agit pas de textes financiers et que les projets sont déposés en premier lieu devant le Sénat ».

Peut-être Gaston Monnerville, ancien Président du Sénat, exagère-t-il la comparaison : les projets de lois de finance ont constitutionnellement une importance spécifique par rapport aux autres et le rapporteur a bien souligné leur influence sur la vie politique ; aussi, laisser le dernier mot au Sénat avant la CMP n'a-t-il dans cette optique pas la même valeur aux yeux des parlementaires que de le laisser à l'Assemblée nationale pour des lois plus ordinaires. Pour autant, il souligne à juste titre que dans tous les cas de figure, l'Assemblée peut en dernier recours refuser le texte de la CMP, voire, mais Monnerville ne le dit pas ici, être saisie par le Gouvernement pour voter en toute dernière lecture. Il précise en revanche que même si l'Assemblée a pour usage d'accepter tel quel tout texte issu d'une CMP, elle peut tout aussi bien

ne pas le faire et donc rejeter ce faisant les amendements du Sénat. Chatenet rappelle alors que sa préférence pour le volet juridique lui a permis de proposer un projet de décision « avec beaucoup de réserves » et qu'il s'est tout de suite montré prêt à opter pour la décision inverse ; les termes de l'article 45, « restant en discussion » lui posent encore des difficultés et il s'en remet alors à l'aide de Goguel pour la rédaction de nouveaux considérants. Il demeure en revanche attaché à « imposer une déontologie notamment à l'égard du Gouvernement » et n'entend pas suivre ses collègues à propos de l'article 39 qui ne relève pas pour lui de la simple chronologie mais d'« une règle de discipline » ; il juge ainsi pernicieux d'éviter une discussion sérieuse au Parlement par le biais du dernier amendement revenant au Sénat et pouvant très bien correspondre à un souhait du Gouvernement ; en ce sens, il suit donc les arguments de la saisine parlementaire. Il déplace donc l'arbitrage que ses collègues situaient entre les deux chambres pour insister sur le fait que cette situation donne

« au Gouvernement la possibilité pratique de faire accepter des réformes sans discussion ».

Monnerville objecte en rappelant cette fois la règle du dernier mot possiblement accordé à l'Assemblée nationale après la CMP et le fait que le Gouvernement peut aussi faire revenir la discussion devant les assemblées, ce qu'il ne fait pas toujours tout en restant dans le cadre autorisé par la Constitution. Les tenants du respect de l'article 39 à la lettre, Goguel, Dubois, Monnerville, Coste-Floret se retrouvent ainsi pour considérer que l'Assemblée nationale n'est pas privée de discussion tandis que Chatenet, prudemment suivi par le Président Frey, affirme de manière toujours aussi suspicieuse que la « compétence normative » du Conseil doit pouvoir « empêcher » le Gouvernement de

« truquer la discussion.../...en confondant abusivement amendements et mesures nouvelles de caractère financier ».

Sur cette distinction, Dubois est d'accord et le Président propose « une voie de transaction », entendons un compromis interne qui permettrait au Conseil de ne pas détourner l'article 39 en donnant une place prioritaire permanente à l'Assemblée nationale, mais tout en explicitant le caractère de mesure nouvelle de la fameuse taxe sur les viandes : la décision ira dans ce sens en considérant que le Gouvernement a présenté cet article devant le Sénat sous forme d'amendement et que son caractère de mesure nouvelle l'a ainsi placé en situation de non conformité par rapport à l'article 39.

Conclusion

Arbitre auto-proclamé du contentieux de fait entre les institutions représentatives, le Conseil s'impose pendant ce débat de remplir ce rôle dans le respect de la Constitution autant que dans celui des pratiques ayant fait leurs preuves au niveau du circuit législatif. A cet effet, la délibération se nourrit d'une réflexion sur l'aide que ses décisions pourront apporter au législateur et notamment aux parlementaires. S'il est constitutionnellement aisé de soutenir la demande de la saisine de la minorité parlementaire, cela ne suffit donc pas pour justifier une décision de non conformité, aux yeux des membres du Conseil constitutionnel. Ceux-ci débattent afin de dégager l'enjeu du rapport de force entre le Gouvernement et les deux chambres parlementaires qu'il s'agit seulement ensuite de passer au crible des règles constitutionnelles en n'en retenant que ce qui permettrait un débat parlementaire mieux informé et non biaisé par le Gouvernement. Du reste, ceux qui défendent le *statu quo* ne le font pas non

plus à travers une opinion tranchée pro-gouvernementale mais plutôt au nom d'un certain respect du Sénat dont ils sont familiers : ils dédramatisent davantage la situation qu'ils ne prennent position car ils en ont une bonne connaissance pratique. Le rapporteur, ouvert à ces arguments, reste cependant soucieux du contrôle d'une juste répartition des pouvoirs par le Conseil au profit du débat parlementaire, ce que ses collègues approuvent aussi sans difficulté. Dans ce cas de figure, enfin, le fond de la question est certes jugé prioritaire pour la vie politique mais il n'est pas discuté en soi car il ne renvoie pas à l'éventualité d'une non conformité constitutionnelle. Ce n'est donc pas non plus une recherche fine des intentions du Parlement qui nécessite d'être mobilisée mais des intentions du Gouvernement dans ce rapport de forces qu'il a provoqué entre les chambres. Ainsi, la saisine parlementaire obtient-elle partiellement gain de cause et le Conseil décide-t-il une non conformité partielle, au nom de la qualité du débat parlementaire à laquelle il s'enorgueillit de participer à sa manière. C'est donc *in fine* une variante du respect du Parlement qui prévaut ici, à travers du reste une émancipation vis-à-vis du Gouvernement, quitte à contrecarrer le vote majoritaire : selon la lecture qu'en fait le rapporteur, la saisine minoritaire entend surtout mieux faire valoir le débat parlementaire. Le Conseil se veut à son tour le garant d'un débat parlementaire efficace et constitutionnel et pas, *a priori*, celui du respect d'une majorité.

Poursuivons avec un autre exemple, d'ailleurs réputé majeur par la doctrine dans la vie du Conseil constitutionnel.

Séance du 12 janvier 1977, décision 76-75 DC, fouille des véhicules.*

=> Qu'apprend-on ici ?

La décision de non conformité s'impose au Conseil constitutionnel au vu de l'accumulation des griefs constitutionnellement viables dont la loi fait l'objet.

C'est toutefois encore une approche bienveillante qui sera privilégiée vis-à-vis du législateur: pour éviter une opposition trop frontale au vœu exprimé par celui-ci, les membres du Conseil constitutionnel parviennent à se placer en surplomb des débats et à s'appuyer sur le seul argument fondamental de la liberté individuelle.

Selon ce consensus qui prévaut alors, il ne s'agit pas de mettre l'Assemblée nationale en défaut quant à son erreur de jugement sur la liberté individuelle et il a d'ailleurs largement été fait cas de ses débats pendant cette séance du Conseil constitutionnel ; il apparaît en revanche comme une évidence, notamment au vu de ces débats et des tentatives d'amendement échouées, que le Gouvernement –et pas seulement l'Assemblée comme le précise l'un des membres du Conseil – a, pour le moins, manqué de réflexion sur le plan constitutionnel. Il ne s'agit pas pour autant d'accentuer les erreurs du législateur en les listant toutes, ce serait là une manière de le déprécier nuisible à la crédibilité de l'autorité publique.

Du reste, aborder les choses avec cette hauteur de vue que procure la seule mise en avant de la liberté individuelle sert le positionnement de défenseur des droits du Conseil qui semble à présent aller de soi à ses membres.

Le texte de la décision sera donc succinct et dégagera avec d'autant plus de solennité cette liberté individuelle comme un Principe Fondamental Reconnu par les Lois de la République pour déclarer non conforme la nouvelle loi.

La séance du 12 janvier 1977 dont le rapporteur est Paul Coste-Floret, a pour objet l'examen de la loi « autorisant la visite des véhicules en vue de la recherche et de la prévention des infractions pénales » par des officiers et agents de police judiciaire. Il s'agit là d'un projet de loi du Gouvernement de Raymond Barre que le rapporteur présente d'emblée comme « limitant les libertés individuelles », en mentionnant aussi qu'il

« a fait l'objet de très nombreuses critiques au Parlement dont la plupart ont été reprises dans la saisine des socialistes, des communistes ou dans celle des sénateurs. »

En effet, cette saisine parlementaire du Conseil constitutionnel est double : elle émane conjointement de députés socialistes et communistes et de sénateurs. Le rapporteur mentionne même trois saisines tant les motifs exposés dans les lettres de saisine divergent entre eux, pour conclure cependant à la même demande de déclaration de non conformité constitutionnelle par le Conseil. Le projet de loi a été voté, rappelle-t-il aussi, par l'Assemblée nationale puis repoussé par le Sénat et à nouveau rejeté en seconde lecture, y compris par la CMP, pour être cependant définitivement adopté par l'Assemblée nationale. Il s'agit donc ici d'une réelle divergence de vue entre les deux chambres d'une part et entre le Gouvernement et le Sénat d'autre part, au niveau des blocs majoritaires, mais encore entre le Gouvernement et l'ensemble des élus auteurs des saisines exprimant à nouveau leur opposition dans ce second temps auprès du Conseil constitutionnel. L'Assemblée nationale est alors majoritairement à droite avec des groupes cependant distincts : l'Union des démocrates pour la République que le Président du Conseil constitutionnel, Roger Frey, a auparavant présidé, est le plus important, suivi du groupe des Républicains indépendants, puis de celui des Réformateurs démocrates et sociaux et enfin du groupe Union centriste ; la gauche, minoritaire, est représentée par le groupe du Parti socialiste et des radicaux de gauche, et par le groupe Communiste. Le Sénat, lui, est aussi majoritairement à droite avec sensiblement les mêmes courants partisans excepté les Réformateurs démocrates et sociaux, et avec la présence du groupe du Centre républicain d'action rurale et sociale (plus petit groupe, après celui du Parti communiste au Sénat). Afin de limiter la portée du texte et d'en permettre le vote par les deux chambres, le rapporteur du projet de loi à l'Assemblée nationale a proposé plusieurs amendements sans succès, apprend-on de la part de Coste-Floret. Ce dernier va en effet se pencher précisément sur l'évolution des débats parlementaires afin de souligner les tentatives d'alléger le texte notamment en ne le rendant applicable qu'à la recherche d'armes, en excluant les caravanes, roulottes, voitures aménagées concernés par le texte dès lors qu'elles ne sont pas en stationnement, ou encore en proposant de ne rajouter à la recherche d'armes que celle de drogue.

La saisine des députés de gauche reproche au texte de « porter atteinte à la liberté d'aller et de venir, au principe du respect de la vie privée et du domicile », et de mettre en cause « le secret de la correspondance et indirectement le droit de manifestation », considérés par ces mêmes députés comme « des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République et solennellement réaffirmés par le Préambule de la constitution »⁴⁰⁰ ; celle des sénateurs⁴⁰¹ reprend la même idée à savoir que les véhicules étant considérés comme un accessoire du domicile,

⁴⁰⁰ Nous reprenons ici la lettre de saisine présente sur le site du Conseil constitutionnel ; elles ne le sont pas toujours.

⁴⁰¹ Toutes ces citations sont aussi extraites de la lettre de saisine des sénateurs présente sur le site du Conseil à côté du texte de décision.

« ce texte consacre une possibilité de violation du domicile, ce qui contrevient gravement aux droits de l'homme, solennellement proclamés par le Préambule de la Constitution, auquel la jurisprudence du Conseil accorde une valeur égale à celle du dispositif du texte constitutionnel »

et se réfère aussi à l'article 17 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 selon lequel

« la propriété est un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée l'exige évidemment ».

Puis la saisine rappelle les divergences d'appréciation du terme "véhicule" constaté lors des débats parlementaires entre le Gouvernement, les rapporteurs et les différents orateurs, en exprimant que pour sa part, elle tient

« pour sûre, l'assimilation du véhicule à une propriété et le contenu de celui-ci à des propriétés particulières et distinctes ».

Enfin, les sénateurs auteurs de cette saisine déplorent que les termes "nécessité publique" de la DDHC et ceux de procédure « même d'office » utilisé dans le texte de loi, « sont incompatibles », et que,

« leur confusion crée un climat d'insécurité quant au respect des libertés publiques ».

Enfin, l'on apprend aussi par cette saisine que

« la tentative du rapporteur de la Commission des lois constitutionnelles, à titre personnel, d'amender cet article en limitant l'objet du texte au transport et à la détention illicites d'armes, d'éléments constitutifs d'armes, de munitions, d'explosifs et de stupéfiants, a été repoussé catégoriquement par le Ministre d'Etat, Garde des Sceaux ».

Finalement, selon cette saisine,

« le texte de loi rend arbitraire un droit de visite aux véhicules et les explications juridiques ci-dessus confirment une atteinte aux libertés publiques et à la liberté individuelle du citoyen ».

En dernier lieu, les sénateurs saisissant le Conseil constitutionnel attirent aussi l'attention de ce dernier sur le fait que les Maires et leurs adjoints étant officiers de police judiciaire, des élus sont donc susceptibles de disposer sur le territoire de leur commune d'une charge "même d'office" exercée sur les citoyens.

Paul Coste-Floret rappelle aussi qu'il a été reproché au texte de violer l'article 7 de la DDHC protégeant des accusations et arrestations en dehors des cas déterminés par la loi, ou l'article 11 sur la libre communication des pensées et des opinions, ou encore le principe de séparation des pouvoirs notamment exécutif et judiciaire, le respect du secret de la correspondance et de la vie privée, le secret professionnel et que seul, parmi ces derniers griefs cités, lui semble acceptable dans le cas présent celui relatif à la séparation des autorités administratives et judiciaires : selon le rapporteur, il ne s'agit pas de police judiciaire mais de police administrative puisqu'on ne recherche aucune infraction particulière et le texte entre donc en contradiction avec la jurisprudence actuelle, explique le rapporteur, qui retient pour définition de la police judiciaire celle du code de procédure pénale, selon laquelle la police judiciaire se définit par la nature des opérations effectuées, à savoir le constat des infractions à la loi pénale, le rassemblement des preuves et la recherche des auteurs ; autrement dit, pas de police judiciaire sans infraction. Et Coste-Floret de mentionner un arrêt récent (1973) de la Cour de Cassation réaffirmant ce principe.

Les autres motifs réellement « sérieux » sur lesquels entend ensuite revenir le rapporteur sont relatifs à l'inviolabilité du domicile. Précisément, la jurisprudence existante⁴⁰² ne laisse pas de doute quant à l'assimilation d'un véhicule à un domicile mais elle n'a eu de cesse d'être contestée à l'Assemblée nationale, commente le rapporteur pour qui l'inviolabilité du domicile est d'ailleurs un principe constitutionnel, en vertu d'une règle de droit positif perdurant depuis la Constitution de l'An VIII. Cependant, le texte de loi aborde aussi les véhicules dans lesquels on peut établir domicile, comme les caravanes et les roulottes, et en rend le contrôle possible dès lors qu'ils sont en mouvement, ce qui constitue pour Coste-Floret une atteinte à la liberté individuelle, qu'il identifie comme un principe fondamental reconnu par les lois de la République, réaffirmé par l'article 66 de la Constitution⁴⁰³. Enfin, revenant aux débats parlementaires auxquels il fait autant écho qu'aux seuls motifs repris dans les saisines, le rapporteur explique que si certains exemples⁴⁰⁴ de textes de lois ont été constamment évoqués à l'appui d'un pouvoir administratif associé à la fouille des véhicules, ceux-ci sont, contrairement au texte de loi,

« limités par des conditions précises de mises en œuvre »,

répondant à « la recherche d'infractions d'une nature très précise ».

En effet, le texte soumis à l'examen du Conseil ne comporte aucun des caractères spéciaux susceptibles de justifier ou de limiter la fouille.

Le Président Frey suit le rapporteur et la discussion qui s'engage se noue autour de l'argument de Monnerville, tiré de celui de Coste-Floret :

« Cette affaire nécessite que le Conseil montre bien sa vocation de protecteur des libertés individuelles.../... la décision gagnera à être motivée simplement, avec une grande élévation de vue et sans se perdre dans des détails techniques.../...s'en tenir à l'argument fondamental de la liberté individuelle. »

Pour Chatenet d'ailleurs, le vote de ce texte sans amendement,

« constitue une erreur dont le Conseil ne peut faire autrement que d'aggraver les conséquences » et « le texte .../...est à présent indéfendable ».

Conclusion

La décision de non conformité s'impose au Conseil constitutionnel même si elle renvoie l'Assemblée nationale à son erreur de jugement sur la liberté individuelle. C'est toutefois là une approche déjà bienveillante : tout se passe comme si cette fois-ci, l'accumulation des griefs

⁴⁰² Arrête de la Cour de Cassation du 26 février 1963 « le domicile n'est pas seulement le lieu du principal établissement d'une personne mais tout lieu où, qu'elle y habite ou non, elle a le droit de se dire chez elle, quel que soit le titre juridique de son occupation et l'affectation donnée aux locaux ».

Arrêt de la Cour de Cassation du 23 juin 1964 : assimilation, relativement aux formalités exigées pour en opérer la visite, de la voiture à un domicile.

⁴⁰³ Art 66, Constitution de la Ve République : « Nul ne peut être arbitrairement détenu. L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, assure le respect de ce principe dans les conditions prévues par la loi. »

⁴⁰⁴ Trois, précisément : Articles 1855 et suivants du Code des Impôts selon lesquels la visite du domicile implique un soupçon de fraude dont la justification est clairement précisée par des faits ; Article 60 du Code des Douanes : la fouille ne peut être mise en œuvre que pour la recherche de la fraude via la vérification des seuls moyens de transports ; Article L 20 du Code des PTT : contrôle des personnes faisant des transports d'un lieu à un autre, le monopole postal de l'administration étant par ailleurs spécifié pour le transport des lettres et paquets de moins de 1kg.

constitutionnellement viables était telle que jouer la conciliation semble difficile aux membres du Conseil constitutionnel ; pourtant, pour éviter une opposition trop frontale à l'Assemblée nationale, ils parviennent à se placer en surplomb des débats et à s'appuyer sur ce seul argument fondamental de la liberté individuelle.

Un consensus prévaut donc selon lequel il ne s'agit pas de mettre l'Assemblée nationale en défaut - il a d'ailleurs largement été fait cas de ses débats pendant cette séance du Conseil constitutionnel- mais plutôt de se rendre à l'évidence : au vu des débats parlementaires et des tentatives d'amendement échouées, il s'avère que le Gouvernement –et pas seulement l'Assemblée comme le précise l'un des membres du Conseil – a, pour le moins, manqué de réflexion. Faire état de tous ces manquements du législateur serait cependant nuisible à l'image des institutions auprès des citoyens. Les raisons mises en avant ici peuvent sembler idéologiques lorsque notamment Brouillet met en garde contre le fait que trop accuser la loi de tous ses maux donnerait à certains l'impression qu'ils ont « tous les droits » mais de nombreux membres apportent ici un autre éclairage en déplorant la faiblesse dangereuse que dégagerait un législateur aussi inconséquent : l'autorité publique perdrait toute crédibilité, y compris en cas de troubles réels.

L'autre tendance générale vers laquelle penchent les membres du Conseil constitutionnel est que l'argument de la liberté individuelle sert aussi le positionnement de leur institution ; il suffit d'entendre Monnerville, à la suite du Président, tous deux fédérateurs sur ce sujet :

« Cette affaire nécessite que le Conseil montre bien sa vocation de protecteur des libertés individuelles.../...la décision gagnera à être motivée simplement, avec une grande élévation de vue ».

Le texte de la décision sera en effet succinct et dégagera avec d'autant plus de solennité cette liberté individuelle comme un Principe Fondamental Reconnu par les Lois de la République, pour déclarer la nouvelle loi non conforme à la Constitution.

Le point sur ces deux précédentes délibérations

Garant d'un débat parlementaire non brouillé par le Gouvernement et garant du respect des libertés tirées du Préambule : le Conseil dispose à travers les deux précédentes délibérations de deux arguments fondant ses décisions de non conformité, en d'autres termes, celles qui vont dans le sens de la minorité l'ayant saisi. Pour autant, il ne se considère pas en opposition avec la majorité mais estime plutôt, selon les intentions de cette majorité qu'il exprime avoir comprises, voire devoir se refléter dans le texte de la décision, qu'il est de son rôle d'assurer ainsi la qualité du débat parlementaire, dont le bloc de constitutionnalité demeure un cadre plus qu'un critère absolu.

Cette forme de souplesse, en lui évitant une intransigeance juridique méprisante les enjeux politiques du moment, situe le Conseil – du moins encore une fois, selon l'avis de ses membres - comme un acteur de cet environnement politique, au sens institutionnel du terme. Dans le même temps, la protection des droits des citoyens dont il peut désormais se porter garant lui offre un argument de poids qui ne peut être taxé ni d'intransigeance juridique ni d'oubli des enjeux politiques, tant les droits à présent invocables se retrouvent régulièrement, que ce soit spontanément ou de manière plus contingente, au cœur des débats parlementaires, des saisines et des délibérations du Conseil constitutionnel.

Ce chapitre sur la relation du Conseil constitutionnel au législateur convoquée dans ses débats pour, précisément, penser son rôle, a permis de répondre que le caractère obligatoire ou pas de la saisine n'influait pas ce versant de sa conception de son rôle même si la croissance spectaculaire des saisines non obligatoires concentrait mécaniquement sur celles-ci la réflexion en la matière après 1974. Evidemment, il importe d'être saisi mais ce n'est pas ce qui prime dans la manière dont le Conseil envisage sa relation au législateur, axe majeur de la manière dont il considère sa place dans le système démocratique.

Une autre dimension de cette relation s'est ici imposée : l'impact politique des décisions concernées. Dans le cas d'un impact direct sur les choix du législateur, en effet, les débats du Conseil constitutionnel s'évertuent davantage à reconsidérer, de manière diverse, les intentions et les enjeux politiques exprimés lors des débats parlementaires. A ce stade de notre recherche, il serait possible d'établir une cartographie des manières de prendre en considération les débats parlementaires mais en toute rigueur, il nous semble utile de nous pencher encore sur une délibération dite « politiquement neutre ». En l'occurrence, le cas du règlement des assemblées reste à observer dans cette perspective.

Nous sommes donc en novembre 1977. La séance se déroule le 3 et traite de la conformité à la Constitution d'une résolution tendant à modifier les articles 142 et 143 du Règlement de l'Assemblée nationale.

A cette date, les mandats de Jean Sainteny, Georges-Léon Dubois et Pierre Chatenet ont pris fin depuis quelques mois. Ces membres du Conseil constitutionnel ont alors été remplacés par André Ségalat, nommé par le Président de la République, Valéry Giscard d'Estaing, Louis Gros, nommé par le Président du Sénat, Alain Poher, et Achille Peretti, nommé par le Président de l'Assemblée nationale, Edgar Faure. Le décès d'Henri Rey en octobre 1977 a donné lieu à son remplacement ce même mois, par Louis Joxe, également nommé par le Président de l'Assemblée nationale.

André Ségalat a le profil qui nous est à présent familier, quoi que non exclusif, d'un membre du Conseil constitutionnel : haut fonctionnaire, après avoir été Conseiller d'Etat, il est secrétaire général du gouvernement pendant toute la durée de la IV^e République, indépendamment des changements de gouvernements ; de 1958 à 1975, il est Président de la SNCF (Société Nationale des Chemins de Fer Français, entreprise publique) avant d'être nommé au Conseil constitutionnel par le Président de la République.

Louis Gros a aussi le profil typique d'un membre du Conseil constitutionnel mais dans une version plus politique encore : Sénateur des Français du Maroc de 1948 à 1958, élu par l'Assemblée nationale sous la IV^e République, puis Sénateur représentant les Français établis hors de France de 1959 à 1977, il est nommé en 1977 par le Président du Sénat au Conseil constitutionnel où il siègera jusqu'en 1984.

Nous avons déjà rencontré Achille Peretti, Président de l'Assemblée nationale de 1969 à 1973, lors de précédentes délibérations relatives à la chambre basse. Nous reprenons pour l'essentiel la note de bas de page numéro 386 pour préciser que ce nouveau membre du Conseil

constitutionnel en 1977, nommé par son successeur à la Présidence de l'Assemblée nationale, Edgar Faure, est aussi un ancien avocat, un ancien résistant, proche de de Gaulle, membre de l'Union des démocrates pour la cinquième République (UD-V^e, puis UDR), parti créé en 1967 par le mouvement gaulliste issu du rassemblement de l'Union pour la nouvelle République (UNR, 1958-1967) et de l'Union démocratique du travail (UDT, 1959-1967) communément désignée comme regroupant les gaullistes de gauche. En 1976, l'UNR est remplacée par le Rassemblement Pour la République (RPR) auquel est affilié Edgar Faure.

Enfin, Louis Joxe, agrégé d'histoire et de géographie, quelques temps professeur puis journaliste à la revue de politique française et internationale *l'Europe nouvelle*, entre en 1932 au cabinet de Pierre Cot, secrétaire d'État aux Affaires étrangères et ministre de l'Air. Son parcours se poursuit dans la diversification puisqu'il est en 1935 inspecteur des services étrangers de l'agence de presse Havas et crée également le Centre d'études de politique étrangère, structure universitaire à l'origine de l'Institut français des relations internationales. Révoqué par le gouvernement de Vichy en 1940, il redevient professeur à Alger et y poursuit une activité dans la Résistance. Sa carrière prend alors un tour plus nettement diplomatico-politique. Nommé secrétaire général du Comité français de la Libération nationale (1942-1944) par Charles de Gaulle, puis secrétaire général du Gouvernement provisoire de la République française en 1946, il s'engage ensuite dans la diplomatie au ministère des Affaires étrangères de 1952 à 1956. Élevé à la dignité d'ambassadeur de France en 1959, il est alors ministre de juillet 1959 à mai 1968 dans les gouvernements de Michel Debré et Georges Pompidou. Il est également député UDR du Rhône de 1967 à 1977 avant d'être nommé par le Président de l'Assemblée Nationale, Edgar Faure, membre du Conseil constitutionnel où il sera confirmé par Jacques Chaban-Delmas en février 1980 pour un nouveau mandat complet, terminé en février 1989.

Séance du 03 novembre 1977, décision 77-86 DC : résolution tendant à modifier les articles 142 et 143 du règlement de l'Assemblée nationale.*

=> Qu'apprend-on ici ?

La prise en compte du débat parlement-gouvernement est particulièrement minutieuse lors de cette délibération où le rapporteur connaît précisément le sujet traité ; celui-ci ne relève pourtant pas d'un enjeu immédiat sur la vie démocratique : des pratiques, même partiellement insatisfaisantes, existent déjà dans ce cas précis du fonctionnement des Commissions d'enquête parlementaires d'une part ; d'autre part, le règlement correspondant renvoie par définition à une activité exclusivement située au niveau institutionnel donc relevant d'un impact indirect sur la vie démocratique entendue sous sa double acception institutionnelle et sociale.

Le Conseil constitutionnel n'en considère pas moins de son rôle de prendre très au sérieux les enjeux dégagés par le législateur.

De manière consensuelle, le Conseil constitutionnel valorise ici son rôle de garant de l'équilibre des pouvoirs mais aussi la transparence qu'apportent les Commissions d'enquête parlementaires au Parlement et à l'opinion publique.

Le rééquilibrage entre les contraintes et les droits de ces Commissions apporté par le règlement examiné est jugé en pratique nécessaire par les acteurs eux-mêmes, parlementaires et Gouvernement, comme par le Conseil constitutionnel.

Ce dernier exprime certes sa préoccupation du maintien ou du rappel de son rôle bien connu pour le bon fonctionnement des institutions, mais manifeste aussi une idée plus affirmée de ce rôle ; en l'occurrence, le moment où il devrait précisément intervenir dans le processus selon lequel une loi relative au fonctionnement parlementaire est suivie par le règlement des Assemblées correspondant transparaît clairement dans la décision de conformité.

Cette saisine obligatoire est signée par Edgar Faure et la résolution concernée vise à modifier certains articles du règlement de l'Assemblée nationale relativement aux commissions d'enquête et de contrôle de celle-ci. Le rapporteur, Achille Peretti, connaît bien le sujet.

Il résume d'abord les modifications proposées en expliquant que le nouvel article 142 du Règlement permet aux personnes citées dans le rapport de la Commission d'enquête, d'avoir connaissance du compte-rendu de celle-ci et de faire des observations écrites sur les propos lui étant attribués ; le nouvel article 143 n'est qu'une adaptation du règlement à la récente loi du 19 juillet 1977 étendant le délai de remise des rapports de ces commissions de quatre à six mois. Puis le rapporteur entame une présentation préalable détaillée du contexte d'ensemble d'apparition des commissions d'enquêtes et de contrôle à l'Assemblée nationale. Datant de la Monarchie de juillet,

« Elles fonctionnèrent selon un statut purement coutumier jusqu'en 1914 » indique le rapporteur pour faire remarquer ensuite que,

« Aucune limite n'étant assignée à leurs pouvoirs, elles en abusèrent parfois ».

Bref, ces commissions apparaissent ici comme une manifestation des débordements du pouvoir législatif sur le pouvoir judiciaire voir sur l'exécutif et, ce faisant, une manifestation de l'affirmation de leur propre pouvoir, à la faveur de « la fragilité politique des Gouvernements ». Liées aux fameux scandales des III^e et IV^e Républiques,

« leur activité a eu un incontestable relent de crise gouvernementale » conclut le rapporteur pour justifier les mesures nouvelles mises en œuvre par les fondateurs de la Ve République. Cette forme de rationalisation du parlementarisme est bien connue et le rapporteur semble aussi considérer que cette évocation du contexte n'a pas lieu de s'appuyer outre mesure sur des faits précis. Il lui semble aller de soi que cette contextualisation a la vocation d'un simple rappel pour rendre la suite du débat plus fluide du point de vue de la compréhension du fonctionnement des Commissions d'enquête revisité par la Constitution de la Ve République ; il précise tout de même en parlant des fondateurs de cette Constitution :

« Ayant cherché à interdire toute mise en cause indirecte de la responsabilité gouvernementale, ils ont été conduits à corseter l'instrument de contrôle que constituent les Commissions d'enquête. Ils leur ont assigné un statut qui comporte des contraintes mais ne confère aucun droit ».

Du reste, ces Commissions n'étaient même pas prévues dans la Constitution de 1958 mais, rappelle Peretti, « cette position est apparue très excessive », d'où la reconnaissance de leur existence dans l'ordonnance du 17 novembre 1958. Achille Peretti souligne alors le paradoxe de ces Commissions qui ont, précisément, vocation à contribuer à l'équilibre entre pouvoirs exécutif et législatif tout en étant régies par un texte n'ayant pas la nature d'une loi organique et étant

modifiable par une loi ordinaire, « sans contrôle de constitutionnalité par le Conseil constitutionnel » rajoute-t-il, intégrant ainsi le rôle attendu du Conseil selon lui, dans un schéma institutionnel d'équilibre des pouvoirs à respecter. Autrement dit, s'il a justifié les contraintes qu'a fait peser sur ces Commissions l'avènement de la Ve République, il ne manque pas de souligner la difficulté effective qu'elles en retirent à garantir un certain équilibre des pouvoirs. L'esprit de 1958, explique-t-il alors, exprimait une saturation vis-à-vis des débordements parlementaires des précédentes Républiques, ce qui permet de comprendre que même le texte de novembre 1958 ne confère aux Commissions aucune capacité à « obliger qui que ce soit ».

La pratique du travail de ces Commissions a cependant montré leur capacité à établir des rapports dans les délais et à les rendre publics malgré une procédure ne les y astreignant pas. Mais les limitations plus directes de leur pouvoir ont, elles, eu des conséquences, rajoute Achille Peretti, dès lors que le Gouvernement

« a refusé des informations qu'elles auraient pu obtenir ».

D'où la loi du 19 juillet 1977 que le rapporteur va alors analyser.

Elle prolonge le délai de dépôt des rapports de quatre à six mois, étend la possibilité pour les rapporteurs d'être renseignés par la Cour des Comptes, crée l'obligation de leur fournir les documents qu'ils demandent à moins que ceux-ci ne revêtent un caractère secret, oblige toute personne à déférer aux convocations de la Commission et pose enfin le principe de la publication des rapports. Ainsi, souligne Achille Peretti, ce texte permet-il

« aux commissions instituées par la majorité de l'Assemblée nationale d'examiner très en détail, le fonctionnement de divers services publics même sans l'accord du Gouvernement ».

Cette fois, c'est donc au tour de la Commission de disposer de pouvoirs contraignants.

La modification du Règlement que le Conseil doit examiner porte, elle, sur l'organisation de la procédure d'application de cette réforme prévue par la loi du 19 juillet 1977. La remarque suivante du rapporteur, déjà initiée, va alors nouer toute son argumentation à venir et fait directement écho à la question qui nous intéresse, à savoir l'évolution de la conception que le Conseil se fait de son rôle, notamment dans son rapport au législateur, sachant qu'on a ici affaire à une saisine obligatoire dont l'enjeu immédiat sur la vie politique est « neutre » :

« On se rend compte de l'étendue du paradoxe qui fait qu'une telle législation, qui ne ressortit pas à la loi organique peut être modifiée sans être soumise au Conseil constitutionnel ».

Très nettement par la suite, le rapporteur s'interroge sur les risques qu'un tel texte « échappe à l'appréciation du Conseil », au nom d'un véritable équilibre des pouvoirs que celui-ci entend préserver plutôt qu'un accord entre Gouvernement et Parlement issus de la même majorité. L'on entend ici clairement le rapporteur regretter que la saisine du Conseil ait été rendue très improbable bien avant le vote de la loi du 19 juillet 1977. Le rapporteur cite à cet effet un discours du Garde des Sceaux, antérieur à ce vote :

« Le contrôle des actes de l'exécutif est l'un des rôles essentiels du Parlement et il est naturel que les assemblées cherchent à assumer le mieux possible ce contrôle. D'ailleurs, il ne devrait pas en être autrement dans le régime démocratique que nous voulons pour la France et, traditionnellement, les

assemblées parlementaires ont reçu le droit de constituer en leur sein des commissions d'enquête et de contrôle, mais ce droit était limité dans la pratique».

Le rapporteur reprendra aussi en conclusion à son compte cette idée émise par le Gouvernement selon laquelle ces Commissions ont vocation à « éclairer le Parlement et l'opinion » puisqu'alors il sied de leur en donner les moyens. Du reste, on peut observer qu'il n'aborde pas ici la possibilité d'une saisine parlementaire pour cette loi du 19 juillet 1977 : celle-ci paraît en effet d'autant plus improbable que cette loi ne fait qu'augmenter les pouvoirs du Parlement.

Ainsi, ce n'est pas tant l'entente éventuelle au sein de la majorité - Gouvernement et Parlement confondus - qui semble gêner le rapporteur que le caractère somme toute toujours aléatoire de la saisine du Conseil constitutionnel, *a fortiori* s'il s'agit d'une loi modifiant le fonctionnement des institutions. Il nous faut donc mieux cerner le fondement de cette préoccupation. En analysant plus directement ensuite la question de la conformité à la Constitution de la résolution modifiant en conséquence le Règlement de l'Assemblée nationale, le rapporteur constate que la seule contrariété pourrait provenir du nouveau mode de publication des rapports. Il commence par faire remarquer qu'aucune jurisprudence du Conseil n'est disponible en la matière, méthode dont on a déjà pu constater qu'elle devenait à peu près systématique pendant les délibérations et notamment lors de l'exposé du rapporteur. Puis, il s'en remet aux principes de droit applicable, dans le respect, dit-il, de « la hiérarchie des textes ». Là, intervient alors une jurisprudence du Conseil constitutionnel⁴⁰⁵ qui, expose le rapporteur, maintient certes le Règlement des Assemblées sous la Constitution imposant pour eux la saisine obligatoire du Conseil, mais les subordonne aussi

« à la loi organique et aux ordonnances, même non organiques prises en vertu de l'article 92 pour la mise en place des institutions »,

ce dernier ayant déjà été évoqué par le rapporteur et ayant, précisément, constitué le socle juridique de toutes les mesures de mise en place des institutions de la Ve République, notamment les mesures législatives prises par ordonnance en Conseil des ministres après avis du Conseil d'Etat, jusqu'à l'effectivité des institutions⁴⁰⁶. A cette jurisprudence, le rapporteur rajoute un étonnant

« nous pensons de plus que le Règlement des assemblées est subordonné à la loi »,

expliquant cela par une distinction entre Assemblée et pouvoir législatif, lequel émane d'une collaboration entre le Gouvernement, les deux assemblées et le Président de la République⁴⁰⁷ et qu'une seule assemblée ne saurait donc purement et simplement le remettre en cause à travers une procédure d'adoption. Cette distinction, pour intéressante qu'elle soit car elle repose sur une répartition des pouvoirs prévalant en effet dans la Constitution, ne s'appuie pas pour autant sur une lecture stricte de cette dernière mais sur une interprétation de l'importance relative qu'elle proposerait aux assemblées, interprétation bien annoncée par ce « nous pensons ». Le rapporteur conclut logiquement son raisonnement par le fait que,

⁴⁰⁵ Elle est d'ailleurs citée dans le procès-verbal : décisions 66-28 DC du 08 juillet 1966, 68-38 DC du 06 juin 1968, 69-37 DC du 20 novembre 1959.

⁴⁰⁶ Les articles 90 à 92 de la Constitution, établis dans cette même veine et n'ayant donc pas vocation à perdurer, ont été abrogés par la révision constitutionnelle du 04 août 1995.

⁴⁰⁷ Le rapporteur précise ce partage du pouvoir législatif sans développer celui des deux assemblées, plus évident: au Gouvernement, un droit d'initiative, des prérogatives sur l'ordre du jour, le pouvoir de poser la question de confiance), au Président de la République, celui de demander une seconde lecture avant promulgation.

« les dispositions d'un règlement d'assemblée ne doivent donc contredire aucune des normes posées par la Constitution, la loi organique ou la loi »,

sans pour autant que la conformité à un texte supérieur n'entraîne celle à la Constitution. Cependant, fait-il alors remarquer, la liberté d'appréciation dont dispose obligatoirement le Conseil quant à un règlement quelconque des assemblées est la même que s'il s'agissait d'une loi ordinaire à laquelle ce règlement est donc subordonné quand bien même celle-ci n'aurait pas été soumise à son examen. Ainsi, en cas de conformité dudit règlement, la loi d'origine resterait-elle valable mais seules certaines de ses dispositions ne seraient pas applicables, à moins que la loi ne fasse « écran »⁴⁰⁸ entre la Constitution et le règlement, auquel cas, le contrôle obligatoire du règlement n'aurait plus aucune portée, ce qui serait absurde puisque c'est la Constitution elle-même qui rend ce contrôle obligatoire.

Ainsi, le rapporteur a-t-il démontré que même en étant subordonné à une loi ordinaire non examinée par le Conseil constitutionnel, un règlement peut être déclaré non conforme à la Constitution. Il en arrive alors au point plus délicat de ces lois provenant des fameuses ordonnances prises en application de l'article 92 de la Constitution, et dont les dispositions ont originellement la même valeur qu'une loi organique par définition⁴⁰⁹ sans qu'il ait jamais été possible de les contester, par définition aussi de ces dispositions exceptionnelles. Or, soit ces lois en découlant ont ensuite valeur de loi organique à nouveau et s'imposent donc au législateur à moins qu'une autre loi organique n'y contrevienne et soit alors contrôlée par le Conseil constitutionnel ; soit, elles ont valeur de lois ordinaires et sont contestables à l'origine. Si elles ne sont pas remises en question par le Conseil constitutionnel et si leur texte d'application s'avère être un règlement d'assemblée, alors ce dernier n'entrera de toute façon en vigueur qu'une fois examiné par le Conseil, d'abord par rapport à la loi correspondante mais sans qu'une conformité n'entraîne celle à la Constitution. On se retrouve alors dans le cas d'une loi simple à l'origine même. Bref, le rapporteur vient de montrer que le Conseil constitutionnel aurait toujours le même rôle de contrôle obligatoire dès qu'une Assemblée prévoit une modification du fonctionnement institutionnel par voie de loi organique ou directement eu égard à sa propre procédure.

Ces questions très ramifiées de conformité à la Constitution se rapportent ici à un règlement de l'Assemblée nationale d'une part et renvoient sur le fond aux rapports entre cette Assemblée et le Gouvernement d'autre part : il est donc logique que le rapporteur y prenne en compte le rôle du Conseil constitutionnel, en tant que garant du respect constitutionnel du fonctionnement des institutions démocratiques. Cela étant, il est notable que son argumentation non seulement s'appuie sur ce que prévoit en effet la Constitution dans les matières concernées, mais qu'elle s'articule principalement autour des moments mêmes d'intervention possibles, et présentées du reste comme souhaitables, du Conseil constitutionnel.

⁴⁰⁸ La théorie de la loi écran dont nous reprenons ici le terme, date de l'arrêt "Arrighi" du 6 novembre 1936. Le Conseil d'Etat, dans cet arrêt, refusa de contrôler la constitutionnalité d'une loi. La loi écran permettrait ainsi en effet au Conseil d'Etat de dire qu'il a une loi applicable et faisant ainsi obstacle à ce qu'une loi en découlant soit jugée par rapport à la Constitution.

Le refus du conseil d'Etat à partir de 1968 et jusqu'en 1989 d'appliquer un traité alors qu'une loi, contraire, existe, ne doit pas être examiné par rapport au traité mais par rapport à la constitution. Le conseil d'Etat refusait dans cette période (sauf quelques nuances) d'appliquer l'article 55 de la constitution parce que justement une loi existait.

⁴⁰⁹ Elles traitent comme les lois organiques de l'organisation des pouvoirs institutionnels.

Il ne s'agit donc pas tant de s'assurer que le nouveau schéma institutionnel découlant de cette résolution modifiant le règlement de l'Assemblée nationale est conforme à la Constitution, ce qui d'ailleurs ne pose éventuellement problème que sur un point précis, mais de s'assurer qu'y demeure une possibilité de contrôle pour le Conseil constitutionnel, et ce de manière générale, pour les règlements mettant en application des lois déjà promulguées. Etant donné la minutie du rapporteur - dont nous ne retenons que les lignes éclairantes pour notre recherche- pour analyser la question dans son lien avec la répartition des pouvoirs et notamment du pouvoir législatif prévue par la Constitution, il va de soi qu'il nous faut lui accorder au moins le bénéfice du doute quant à son intention de se faire le seul avocat de cette répartition constitutionnelle. Pour autant, sans aller jusqu'à en extrapoler un autre type d'intentions, la place centrale qu'il donne au Conseil constitutionnel présente pour nous l'intérêt, modeste mais pertinent, d'en montrer une conception de son rôle : il apparaît comme un maillon qui, à défaut d'être incontournable, doit toujours être *a minima* saisissable sur les questions de procédures législatives.

Enfin concernant l'examen au fond de la conformité du seul élément problématique de la résolution de modification du règlement, à savoir le système de publication des rapports des Commissions d'enquête qui pourrait déséquilibrer les pouvoirs en instituant la possibilité d'un « harcèlement ou même d'une guérilla » à la disposition d'une assemblée contre le Gouvernement, le rapporteur fait valoir que le Gouvernement dispose en retour de moyens d'actions, notamment la définition des domaines réservés à ces Commissions et aux appuis de sa majorité y siégeant ; il mentionne surtout, enfin, que ces Commissions,

« sont bien prévues dans notre cadre institutionnel »,

non pas dans la Constitution mais,

« dans une ordonnance que l'on peut considérer comme son prolongement ».

La décision de conformité suit.

Conclusion

Le Conseil, à travers l'exposé du rapporteur, apparaît en premier lieu comme l'arbitre des questions de répartition des pouvoirs avant même de s'en remettre à la seule constitutionnalité des textes qui lui sont soumis.

Le rapporteur, suivi en cela par tous les membres présents, conclut donc « sans aucune réserve » à la constitutionnalité du règlement pour des raisons juridiques autant qu'en vertu de la nécessité d'une telle résolution dans le cadre des difficultés rencontrées par les Commissions sous la Ve République, approche qui, rappelons-le, est aussi largement partagée par le Gouvernement et par le Parlement.

Le Conseil constitutionnel, lors de ce débat sur un sujet ne touchant qu'indirectement la vie démocratique, à savoir sur son seul axe institutionnel, n'en considère pas moins de son rôle de prendre très au sérieux les enjeux dégagés par le législateur. Pour autant, si le rapporteur a souvent mentionné ce dernier point, s'il a aussi conclu son exposé en s'interdisant de tomber « dans l'inconstitutionnalité d'intention » et en invitant ainsi à ne pas soupçonner les députés de prévoir des abus de ce nouveau pouvoir, il n'a pas fait de ces références au législateur les seuls critères de son projet de décision ; il a plutôt passé le texte au crible de la Constitution et de la jurisprudence en veillant à ce que demeure l'équilibre des pouvoirs dont le Conseil a été maintes fois qualifié de garant.

Il est notable, du point de vue de l'autorité que le Conseil se sent à présent capable de revendiquer, que la décision comporte d'ailleurs un considérant mentionnant explicitement son rôle : même conformes à la loi d'origine non soumise au Conseil constitutionnel, les dispositions du règlement n'en sont pas pour autant conformes à la Constitution, conformité dont dépend l'appréciation le Conseil.

II.3. Tableau de synthèse du chapitre II (Tableau D), conclusion.

Plusieurs conclusions intermédiaires ont jalonné ce second chapitre ; celui-ci a été dédié aux éléments de réponses nourrissant peu à peu l'axe d'argument majeur correspondant à la relation au législateur du Conseil constitutionnel quand les membres de celui-ci débattent de son rôle.

Ces conclusions intermédiaires ont ainsi visé à rendre compte du cheminement que les délibérations invitent à suivre à partir du moment où on les interroge toujours au moyen de la même question de recherche. Pour rappel, en accord avec la démarche compréhensive de ce travail inspirée de la théorie enracinée, si la question demeure, ce sont les discours des acteurs seuls qui en guident les réponses, et indiquent les éventuels points communs ou variantes de celles-ci.

Plutôt que de proposer une synthèse écrite de l'ensemble de ces conclusions, un tableau récapitulatif partant des enquêtes à suivre issues du premier chapitre nous a semblé pouvoir offrir un meilleur point de vue général. C'est l'objet du tableau de synthèse nommé « tableau D » ci-après dont un commentaire suivra tout de même en guise de conclusion.

Tableau D - Arguments structurant les délibérations du Conseil constitutionnel et suggérant ce que ses membres pensent de leur rôle avec l'extension de pouvoir du Conseil constitutionnel –1972-Fin 1977

RAPPEL DES ENQUETES A POURSUIVRE après
1970 – 1971 G. Palewski 2

Débats liés à des décisions susceptibles d'avoir un impact direct sur les choix politiques (contrôle de constitutionnalité des lois ordinaires)

isions ayant un impact moindre sur les choix politiques et davantage liées au respect du fonctionnement constitutionnel des institutions (règlements des assemblées, contentieux électoral à l'AN, lois organiques et déclassements)

A suivre :

- Le droit constitutionnel mobilisé pour clarifier le dialogue entre Parlement et Gouvernement; ici, perçoit l'idée que la Constitution encadre la volonté générale.
- Le droit constitutionnel spécifiquement mobilisé pour protéger les droits individuels.
- Le Conseil se positionne dans ses débats comme reliant ces deux pôles ci-dessus, les représentants des citoyens d'un côté et les individus de l'autre, à travers un rapport nouveau à la loi, comme expression des libertés publiques et collectives provenant de droits attachés à chaque individu. Un positionnement entre respect et émancipation vis-à-vis des choix parlementaires pour en faire émerger le droit à travers la protection du citoyen.
- A cette fin, le Préambule revêt alors un rôle structurant car il offre au Conseil la possibilité de désigner ces libertés publiques, avec toute la logique jurisprudentielle qui s'ensuit.

A suivre :

- Les droits des citoyens percent même au niveau des débats sur les lois organiques : le fonctionnement constitutionnel des institutions apparaît comme une condition du respect de ces droits.
- Poursuite de l'art de privilégier le dialogue entre Gouvernement et Parlement dans les débats relatifs aux déclassements.

Débats liés à des décisions susceptibles d'avoir un impact direct sur les choix politiques (contrôle de constitutionnalité des lois ordinaires)

Débats liés à des décisions ayant un impact moindre sur les choix politiques et davantage liées au respect du fonctionnement constitutionnel des institutions (règlements des assemblées, contentieux électoral à l'AN, lois organiques et déclassements)

1972 - Fév 1974 G. Palewski 3
Fév 1974 - Fin 1977 R. FREY 1

Réponses

- Prise de conscience d'une **compétence constitutionnelle reconnue par le Gouvernement et le Parlement** / prise de conscience pour le Conseil constitutionnel qu'il fait ainsi partie d'un projet de démocratie libérale.
- Auto-limitation : le Conseil ne se pense pas comme étant seulement le défenseur des droits et surtout il **refuse de considérer que la revendication des droits serait devenue l'apanage de la minorité**. Ses membres apprécient cependant le renforcement de cette opportunité apporté par la réforme de 1974. Ils cherchent à l'utiliser finement, dans le respect du Parlement.
- L'importance du consensus est croissante aux yeux des membres du Conseil constitutionnel lorsqu'il s'agit de **comprendre les enjeux sociaux ou institutionnels que recouvre une loi; un vrai consensus est recherché à cet égard pour donner sens à la collégialité des décisions aux yeux des membres du Conseil dès lors que celles-ci prétendent guider le législateur, seul maître de l'appréciation sur l'opportunité de la loi**.
- Un travail de distinction est explicité entre la **responsabilité du Conseil et la responsabilité du législateur**.
- La **jurisprudence ou la Constitution ne s'imposent que par la force de l'évidence => argument constitutionnel direct, évident et primant sur tous les autres**.
- **Sinon, elles sont mises en concurrence avec la recherche de l'équilibre politico-social dégagé de l'appréciation commune à plusieurs institutions (parlement majoritaire, Gouvernement) et que se disputent majorité et minorité. Saisine obligatoire ou pas.**
- **Comment choisir alors entre les deux sans l'évidence de la non conformité ou d'un droit bafoué?**
=> Soit par élimination de celui qui contrarie le plus l'équilibre politico-social en activant des problèmes non résolus => **argument du maintien de l'option la moins perturbatrice**
=> Soit en identifiant sur ce plan politico-social celle des deux options qui biaise malgré tout le débat en détournant la Constitution sur le plan procédural, ce qui du reste fait écho à la recherche d'une autre interprétation plausible de celle-ci, ou encore à l'art de débusquer de nouveaux PFRLR ou de nouvelles sources de droit (Préambule dès 1970 dans les débats) => nous nommerons cela un **argument constitutionnel dérivé**.
- **Même principe si la minorité souligne un rapport de force Gouvernement/Parlement dans la recherche de cet équilibre**, le Conseil cherche à identifier entre les deux celui qui biaise le débat sur le plan constitutionnel => argument constitutionnel dérivé.
- **La jurisprudence ou la Constitution ne viennent sanctionner le législateur que s'il apparaît que celui-ci a tenté de manœuvrer avec elles à des fins partisans détachées de l'intérêt public. Sinon, elles sont là pour l'éclairer même dans une décision de non conformité.**

Réponses

- **Sans impact politique direct sur la loi, le respect de la procédure prévue pour la saisine doit être garanti. Le Conseil éduque le Parlement aux bons usages de la saisine parlementaire mais sans étouffer les velléités de saisine de ce dernier : volonté explicite d'afficher une autorité en matière de respect des procédures constitutionnelles tout en n'effrayant pas son principal pourvoyeur de saisines.**
- **Le Conseil est toujours garant de la répartition constitutionnelle des pouvoirs.**
- **Le respect des procédures et de la répartition constitutionnelles des pouvoirs peuvent entrer en conflit avec des raisons de nécessités pratiques : prise en compte de ces arguments et réinterprétation de la Constitution au cas où il serait encore cohérent de maintenir certaines pratiques ou de les faire évoluer sans les sanctionner radicalement.**

Les raisons débattues ou mises en avant par le législateur sont particulièrement considérées par le Conseil constitutionnel par crainte de donner l'impression de se substituer à lui d'une part, par respect dû à la représentation nationale à laquelle tous ses membres sont attachés d'autre part. Cela les pousse à se penser davantage comme une institution capable d'indiquer au Parlement ou au Gouvernement la voie constitutionnelle à suivre en évitant des sanctions trop nettes de la loi votée. Les membres du Conseil constitutionnel ont plutôt tendance à se censurer de ce point de vue même après la réforme de la saisine élargissant les possibilités de celle-ci et donnant lieu, de fait à leur croissance spectaculaire.

Dans ce sillage, quand prêter attention aux débats parlementaires ou aux raisons du Gouvernement peut mettre au jour des incompatibilités entre un projet jugé nécessaire par le Conseil d'une part et la Constitution d'autre part, soit le droit constitutionnel (comprenant bien entendu sa jurisprudence) l'emporte sans conteste, soit ce n'est pas le cas et deux solutions sont possibles, moyennant quelques variantes :

- Parmi les interprétations possibles du corpus constitutionnel, sera maintenue celle qui aura le moins d'effets perturbateurs sur l'équilibre politique recherché à travers les débats parlementaires (équilibre institutionnel ou social).
- Les interprétations concurrentes ne peuvent être distinguées et c'est directement sur ce plan de l'équilibre politique que se placent les membres du Conseil constitutionnel en recherchant cette fois parmi les interprétations de celui-ci fournies par la majorité et celle fournies par la minorité, s'il existe un détournement constitutionnel; cela les pousse alors à mettre au jour d'autres sources de droit comme les PFRLR ou les droits du Préambule.

Une confiance dans ces approches s'affirme en interne à la faveur d'un accroissement des saisines signalant aux yeux des membres du Conseil la reconnaissance de leur capacité à distinguer entre périmètre du Conseil constitutionnel (conformité au bloc de constitutionnalité ou pas) et périmètre du législateur (appréciation de l'opportunité d'une loi).

Elle confirme et enrichit l'évolution sensible du sens même de la loi déjà repérée : de règle mettant fin à une situation de désordre pour paraphraser un conseiller déjà cité⁴¹⁰, elle glisse vers l'expression d'une orientation sociale ou institutionnelle prenant en compte plus finement les enjeux minoritaires à travers la possibilité de saisine du Conseil; pour ce faire, ce dernier use de la pratique ci-dessus et s'autorise subrepticement à mettre en concurrence la règle votée par la majorité avec ses propres interprétations de la Constitution, en tentant toutefois de réorienter constitutionnellement la loi plutôt que de l'invalidier. Celle-ci se diffracte donc sur plusieurs registres dont le lien avec sa version première est presque contingent : il dépend encore de l'importance que le Conseil accorde au législateur en tant qu'exprimant légitimement la souveraineté nationale mais qu'en sera-t-il alors si le Conseil s'en émancipe au profit de sa seule juridicisation ? Une telle tendance s'amorce du reste à la faveur de l'invocation des droits dont le Conseil s'est, cette fois, institué le premier garant. Elle mérite donc d'être suivie dans les chapitres à venir.

⁴¹⁰ François Goguel, rapporteur du projet de décision sur la loi IVG (1975).

Finalement, cette évolution actualise l'Etat de droit dont nous avons vu qu'il était conceptuellement si complexe à acclimater à la France légicentrée de la fin de la IIIe République : le droit constitutionnel doit encore sa progression au respect de la loi qui antérieurement le crée au nom des citoyens. Ce faisant, il met au jour la multiplicité des lectures inhérente à cette loi de par la diversité des appréciations dont elle fait l'objet pendant son processus d'élaboration ; il en conditionne ainsi le retour à l'unité initiale au respect des garanties constitutionnelles que lui seul prend en charge, notamment à travers la protection des droits.

Tout se passe comme si la pratique de la démocratie représentative cédait à la diversité des approches qui lui est consubstantielle et qu'une réunification nécessaire à l'effectivité de l'action législative se produisait dans un second temps, bien repéré par les membres du Conseil constitutionnel.

Dans cette perspective, les contraintes pesant sur leur façon d'envisager leur rôle limitaient auparavant leur visée stratégique de positionnement mais peu à peu, les opportunités même du système démocratique viennent démultiplier leurs possibilités d'agir. Ces contraintes relevaient du respect de la Constitution autant que de la légitimité prédominante, que ce soit celle d'un homme ou celle d'une institution, mais encore pour reprendre à l'instar de Michel Troper⁴¹¹, celles plus exclusivement liées au système juridique, à savoir celles des compétences des instances de saisine, du corpus juridique dans son ensemble et enfin, du pouvoir constituant toujours capable de réviser la Constitution.

Cependant, les membres du Conseil constitutionnel, au lieu de soumettre leurs possibilités d'agir au seul droit constitutionnel, s'engagent dans une relation de soutien au législateur qui les place sur le terrain glissant de l'interprétation de la Constitution. Avant de chercher à repérer les composantes de ce glissement qui servent notre question, une halte s'impose au nom du respect du lecteur : si le titre de ce chapitre sur le Conseil éventuellement co-législateur est proposé à la forme interrogative, c'est d'abord en guise de clin d'œil aux criantes régulièrement formulées par les membres de l'institution eux-mêmes qu'autant qu'à la vulgate bien connue du gouvernement des juges associée aux critiques classiques du contrôle de constitutionnalité, déjà amplement parcourues en introduction. La forme interrogative a cependant aussi une signification propre dès lors que l'on accepte de prendre un peu plus au sérieux ces deux observations : leur intérêt épistémique se révèle en effet au fil des délibérations. La question reste alors bel et bien en suspens. L'on ne saurait toutefois la laisser flotter ainsi sans plus de précision. Au terme de ce chapitre, il apparaît plutôt que si elle demeure, c'est qu'au fond, elle est mal posée. En effet, si légiférer consiste à apporter sa pierre à l'édifice législatif avant sa promulgation, alors le Conseil y a son rôle et c'est même la Constitution qui le prévoit. A partir de là, Michel Troper considère le juge constitutionnel comme un représentant des citoyens pour justifier de sa présence dans le processus législatif, prévue par la Constitution elle-même.

« C'est la qualité de représentant qui fournit une justification théorique à une participation décisionnelle qui résulte d'une règle »⁴¹² dit-il.

⁴¹¹ Michel Troper, *Op. Cit.*, TCJ, p.12.

⁴¹² M. Troper, « Démocratie continue et justice constitutionnelle », in D. Rousseau (dir.), *La démocratie continue*, Paris-Bruxelles, LGDJ-Bruylant, 1995, p. 132-133.

L'auteur va plus loin qui présuppose, pour reprendre les termes de Dominique Schnapper, « le caractère absolu »⁴¹³ de l'interprétation que les juges font de la norme constitutionnelle ; dès lors, ils la créent toujours et leur décision n'est acceptée qu'à travers un jeu de contraintes juridiques que nous avons déjà abordé. A l'opposé de cette théorie dite réaliste, de l'interprétation, Georges Vedel a défendu la primauté du recours aux textes juridiques contre l'accusation de troisième chambre formulée à l'endroit du Conseil constitutionnel, rappelle toujours Dominique Schnapper. Loin de nier pour autant l'interprétation souvent nécessaire des textes, Vedel refuse de considérer l'indépendance primordiale du juge constitutionnel sur ces derniers.

Selon cette conception, le juge repense, précise ou propose de modifier la loi quand il ne l'invalide pas, et fait en effet partie du processus qui mène du projet ou de la proposition de loi à sa promulgation, mais il ne dispose pas des mêmes marges de manœuvre que le législateur et ne saurait être considéré sur un même plan que lui. Il ne s'agit pas ici d'opposer ces deux regards portés sur le rôle du juge constitutionnel par rapport à celui du législateur. Les auteurs cités eux-mêmes ne se laissent pas si aisément étiqueter dans un camp définitif : Georges Vedel laisse sa place à l'interprétation quand Michel Troper atténue le caractère absolu de celle-ci par sa propre théorie des contraintes juridiques.

Un autre point de vue, celui d'un politiste cette fois, Alec Stone Sweet⁴¹⁴, voit encore dans le Conseil une troisième chambre législative dès lors que l'impact de sa jurisprudence est réel sur l'élaboration des lois ; mais à l'inverse, il ne considère pas le processus interne de création de cette jurisprudence. Qu'une fois créée celle-ci soit prise en compte est une caractéristique de l'Etat de droit qui ne prouve ni la position dominante du travail du juge constitutionnel vis-à-vis de la loi, ni même son équivalence par rapport à celui du législateur. Si le schéma global déduit par Stone Sweet présente pour nous d'autres intérêts sur lesquels nous reviendrons ultérieurement, notre approche par les discours internes ne peut se satisfaire de sa conclusion selon laquelle le Conseil serait une troisième chambre, du moins pas entendue au même plan que les instances législatives. Tout cela renvoie aussi à une question d'angles de vue, voire de vocabulaire, aussi solidement ancré ce dernier soit-il dans des théories juridiques ou politiques dont les mérites propres ne sont plus à prouver. Nos analyses échappent en réalité à cette tentation de répondre à la question posée par le deuxième chapitre. Elles montrent à quel point le Conseil arrime sa réflexion au point de vue du législateur ou tente de jauger la pertinence des débats parlementaires eu égard à la Constitution. Cette permanence de la référence au législateur apparaît plutôt comme une forme de contrainte (non juridique) qui invite les membres du Conseil constitutionnel à finement distinguer les périmètres d'action de chacun. Mais elle reste un questionnement tant la manière de se référer au législateur est évolutive et en ce sens porteuse d'un éclairage sur ce que le Conseil pense être de son rôle. La possibilité d'une co-législation n'est en effet pas ce qui compte quand c'est précisément l'art et la manière de concevoir un rôle par rapport à celui du législateur qui se construit peu à peu.

Or, avant de pouvoir conclure sur ce lien, il faut souligner un glissement, celui mentionné plus haut, susceptible de modeler, dans les délibérations du Conseil, le rapport de la loi à la Constitution selon une réflexion au moins autant politique que juridique : une discussion émerge

⁴¹³ Dominique Schnapper, *Op. Cit.*, p.360

⁴¹⁴ Alec Stone Sweet, *The birth of judicial politics in France. The Constitutional Council in comparative perspective*, NY, Oxford University Press, 1992.

en effet entre les membres du Conseil constitutionnel au sujet d'un certain équilibre politique opérant comme un critère de choix de la meilleure interprétation constitutionnelle permettant de repenser la loi. Cet équilibre politique renvoie à une certaine stabilité sociale, voire à une réponse aux attentes sociales, ou encore à une certaine stabilité/efficacité des pratiques institutionnelles.

On peut alors se demander dans quelle mesure cette réflexion se développe au-delà de la prise en compte des débats parlementaires qu'elle promet aussi, mais encore comment elle se situe par rapport au droit constitutionnel et ce qu'elle indique du processus de légitimation à l'œuvre pour le Conseil constitutionnel.

DEUXIEME PARTIE- L'INTELLIGENCE POLITIQUE DE L'INSTITUTION

« Car les lois doivent toujours se régler, et se règlent en fait, sur les constitutions, et non les constitutions sur les lois. »

Aristote, *La politique*, Livre IV, I, 1289a, 15

CHAPITRE III – L’esprit de la République

Comprendre ce qui tient ensemble les institutions démocratiques françaises et leurs citoyens

Pas plus ici qu’auparavant, l’axe majeur qui permet de ramasser sous un thème commun divers arguments propres à traduire la manière dont les membres du Conseil constitutionnel pensent leur rôle dans le système démocratique de la Ve République, n’apparaît soudainement à l’exclusion des précédents. Il apparaît seulement de manière renforcée un peu plus tard que les deux premiers.

Cet argument qui donne son titre au chapitre III démarrant à présent ne s’inscrit cependant pas dans cette seule continuité cumulée : il marque aussi une inflexion dans le regard porté par les membres du Conseil constitutionnel sur la pratique démocratique, en l’occurrence sur leur propre légitimité à se loger au sein du système électif. Ainsi, est-il situé au commencement d’une seconde grande partie.

En effet, si la conscience d’être d’emblée à la marge de la légitimité démocratique la plus évidente avait porté le regard des conseillers vers la sécurité offerte par les contraintes du droit constitutionnel comme à ses opportunités de développement propre, ou encore vers la fructueuse prudence vis-à-vis de la critique formulée à un législateur auteur de la majeure partie des saisines, faisant osciller le rôle pensé de leur institution entre contraintes et opportunités, une aisance s’est peu à peu développée en interne sur un plan prenant acte des deux précédents d’une manière inédite. En effet, c’est en les nouant au service d’une pensée politique dépassant le seul rôle stratégiquement légitime du Conseil constitutionnel que les membres du Conseil orientent à présent leurs délibérations. Ce faisant, ils expriment de manière performative une certaine idée de leur rôle dans le système démocratique. Cela a du reste sans doute partie liée à ce rapport, dont parle Bastien François, entretenu par,

« les acteurs à leur propre pratique, renforçant alors de manière circulaire cette *illusio* dont parle Pierre Bourdieu, c'est-à-dire ce qui permet de maintenir les intéressés, par l'adhésion indiscutée et désormais indiscutable aux principes qui structurent et fondent leur savoir, dans cette forme de croyance qui confère à leur présence dans le jeu la force de l'évidence. »⁴¹⁵

En l’occurrence, c’est bien à la faveur d’une prise de conscience, perceptible dans leurs discours, de la capacité des conseillers à penser leur rôle sur le mode d’une certaine vision politique, que s’éclaire cet axe majeur. Il faut à présent en montrer les ressorts et, ultimement, la contribution au processus de légitimation du Conseil constitutionnel.

⁴¹⁵ Bastien François, *Ibid.*, p. 385

III.1. La pratique d'un « principe de responsabilité politique »

Séance du 27 juillet 1978 – Loi complétant les dispositions de l'article 7 de la loi n° 60-791 du 2 août 1960 relative à l'enseignement et à la formation professionnelle agricoles

=> Qu'apprend-on ici ?

L'affirmation d'une responsabilité du Conseil constitutionnel vis-à-vis de l'équilibre institutionnel et social de la société démocratique dans laquelle il s'insère.

Ce qui en effet est débattu sous l'angle du rôle du Conseil constitutionnel est en réalité moins de l'ordre de la stratégie d'intégration de celui-ci parmi des institutions démocratiques, que de l'ordre d'une réflexion politique au sens de ce qui tient la collectivité démocratique, tant du point de vue de la stabilité de ses institutions représentatives que de celui du consensus social fondant l'accord des citoyens sur ce qui structure leur vie collective.

Si c'est toujours de son rôle qu'il s'agit, la dimension stratégique de la réflexion n'apparaît plus. C'est la capacité même de la Constitution à s'imposer face au cours des choses qui fait l'objet d'un questionnement récurrent ici.

Cette idée de leur rôle traduit ici un regard sur la pratique démocratique qui en révèle à tout le moins un certain glissement de la confiance accordée aux acteurs traditionnels des institutions représentatives vers une institution comme le Conseil. La propre confiance exprimée par les membres du Conseil constitutionnel dans la nécessité de leur approche renvoie dans leurs discours à la constitutionnalisation croissante de la vie démocratique et à la remise en cause de la capacité des représentants élus à saisir ce qui tient ensemble la société, par-delà ce qui peut ou doit légitimement changer selon les projets de la majorité au pouvoir. Autrement dit, si les membres du Conseil constitutionnel débattent bien au-delà de ce qui leur est soumis, c'est qu'ils décèlent un manque, reflet d'une modification à l'œuvre de la pratique démocratique : le débat parlementaire ne suffit plus, qui nécessite une approche dépassant ses clivages, semble traduire cette délibération. Il ne s'agit pas pour autant d'en conclure que la logique majoritaire ferait systématiquement peu de cas du consensus social mais plutôt que celui-ci se décline sur des dimensions diverses qui peuvent échapper à celle-ci, voire qui doivent lui échapper tant elle est d'abord mue par sa propre vision de la nécessité d'agir à l'instant donné. Le Conseil constitutionnel identifie précisément ce manquement et en débat en en faisant un argument clé menant à sa prise de décision. C'est donc en réalité un double consensus, socio-institutionnel, que nous appellerons *consensus politique*, au sens où le social ici débattu demeure soumis aux décisions prises par les institutions démocratiques, dont le Conseil constitutionnel se considère investi, voire responsable. A ce titre, l'attention qui lui est portée dessine les contours de ce que nous avons nommé un *principe de responsabilité politique* qui façonne sa réflexion tout au long de la délibération sur la décision à prendre.

L'examen que nous avons retenu parmi ceux de la séance du 27 juillet 1978 porte sur la conformité à la Constitution de la loi complétant les dispositions de l'article 7 de la loi du 02

août 1960 relative à l'enseignement et à la formation professionnelle agricoles et la façon notamment dont y sont considérés les établissements privés.

Les membres du Conseil constitutionnel sont les mêmes que précédemment ; pour rappel, le Président en est Roger Frey et les huit autres membres sont François Goguel, Paul Coste-Floret, Gaston Monnerville, René Brouillet, André Ségalat, Louis Gros, Achille Peretti et Louis Joxe.

L'enseignement privé en France est au cœur d'une vieille querelle propre à l'histoire longue de la République. Principalement catholique, il prend par définition part au conflit qui oppose, au sein de la société française au moins dès la III^e République, les tenants d'une laïcité prenant clairement ses distances avec le clergé et ceux qui demeurent attachés à la dimension culturelle, voire religieuse *per se*, de l'enseignement catholique. La querelle ressurgit à l'aube de la Ve République avec la publication du rapport Lapie⁴¹⁶ à l'origine du projet de loi de Michel Debré. Les laïques et la gauche manifestent alors à l'appel du Comité National d'Action Laïque en riposte à ce qu'ils nomment « l'offensive cléricale ». Soutenu par le Président de la République, Charles de Gaulle, Michel Debré finit par déposer son projet à l'Assemblée nationale mais le compromis trouvé ne satisfait ni la majorité ni l'opposition. La loi Debré votée fin décembre 1959 créera cependant un système original de contrats régissant les droits et devoirs de l'Etat et de l'enseignement privé, ce dernier pouvant bénéficier d'une large part de subventions dont la prise en charge du salaire de ses enseignants par l'Etat, moyennant le respect des programmes établis par l'Education nationale et l'affirmation de son caractère non confessionnel : l'éducation religieuse demeure une option et les élèves de toutes confessions peuvent y être admis. Egalement inscrit dans l'histoire républicaine tout en puisant aux sources de l'Ancien régime de part sa dimension religieuse, l'enseignement agricole privé se structure plus rapidement à la fin de la III^e République au sein d'un tissu d'établissements coordonnés entre eux par diverses fédérations. Les premières lois de modernisation agricole de 1960 et 1962⁴¹⁷ créent la parité avec l'Éducation nationale, tout en laissant la compétence de l'enseignement agricole au ministère de l'Agriculture, à savoir la primauté des programmes, dans le même esprit que celui ayant prévalu pour les écoles d'enseignement général privé, dites libres.

Le rapporteur de la loi en question, votée fin juin 1978, est René Brouillet.

Cette loi a fait l'objet d'un double recours parlementaire, l'un émanant de soixante-trois sénateurs, l'autre émanant de soixante-six députés, dont le rapporteur précise le caractère inédit depuis la réforme constitutionnelle de 1974, en rappelant qu'un autre double recours a déjà eu lieu, que nous avons du reste croisé, celui du Premier ministre et de certains députés pour la loi de finance pour 1977. Il oublie cependant le recours relatif à la loi sur la fouille des véhicules

⁴¹⁶ Cf cet article d'Aline Coutrot, qui fait le point sur ce contentieux ancien entre tenants de l'école publique et tenants de l'école « libre » pour montrer les difficultés dont hérite en la matière la Ve République, lesquelles refont d'ailleurs surface dès les premiers débats parlementaires : « La loi scolaire de décembre 1959 ». *In: Revue française de science politique*, 13^e année, n°2, 1963. pp. 352-388. doi : 10.3406/rfsp.1963.392718
http://www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/rfsp_0035-2950_1963_num_13_2_392718

⁴¹⁷ Les lois de modernisation agricole de 1960 et 1962 visent le renforcement de la filière agricole, le maintien d'une parité de salaire par rapport à d'autres secteurs économiques, le redéfinition des critères de productivité, et considèrent les établissements d'enseignement agricoles privés, de par leur fort ancrage dans le circuit éducatif de la filière, comme des partenaires de cette modernisation, rendue nécessaire par l'après-guerre autant qu'eu égard à la politique généralement volontariste de de Gaulle en la matière.

dont nous avons pu aussi analyser la délibération du 12 janvier 1977 au Conseil constitutionnel. *Volens nolens*, le Conseil, ici par la voix du rapporteur, s'impose de prêter une attention nouvelle à cette diversité des combinaisons de saisines possibles depuis 1974 : tant au cours du débat sur la loi de finances pour 1977 que d'entrée de jeu pour celui-ci, la prise en compte des auteurs de la saisine instruit la définition du positionnement du Conseil, laquelle nécessite alors une compréhension des rapports de force entre les acteurs en présence. Dans cette optique et sans d'ailleurs renvoyer à une procédure régulièrement suivie, le rapporteur précise qu'il proposera des conclusions pour chacune des saisines, alors qu'il nous a auparavant été donné d'entendre les conseillers annoncer qu'ils se devaient avant tout d'étudier une loi dans son ensemble et ni spécifiquement ni exclusivement chacun des recours formulés. C'est aussi la première fois, annonce encore le rapporteur, que le Conseil constitutionnel doit statuer sur un texte revu par le Parlement après une première décision de non conformité constitutionnelle de sa part. Ces remarques du rapporteur peuvent sembler traduire un certain amateurisme : comment s'émouvoir de situations éventuellement inédites tandis que l'institution dispose à présent d'un arsenal juridique et d'une compétence attributive suffisant *a priori* à lui permettre de décider de la conformité des lois à la Constitution ? En réalité, elles renvoient plutôt, dans le sillage des cas déjà rencontrés, à l'omniprésence d'une réflexion du Conseil sur son propre rôle, que ce soit de manière directe et explicite, ou bien plus implicitement à travers l'importance accordée dans sa trame argumentative aux acteurs du système démocratique, autrement dit de manière de plus en plus corrélée aux auteurs de la saisine. Enfin, cette réflexion revêt aussi une dimension conséquentialiste qui achève de situer le Conseil par rapport aux autres institutions : une fois de plus, dans cette délibération comme dans d'autres l'ayant précédé, il s'agit de prendre au sérieux, comme y enjoint le rapporteur, le fait que les réponses apportées par le Conseil constitutionnel pourront « revêtir une très ample portée ».

Toujours est-il que, cette fois encore, une très large attention sera accordée aux argumentations développées par les auteurs de la saisine comme aux débats parlementaires, dès lors que les premières se font l'écho d'autres arguments débattus ou seulement évoqués dans l'enceinte parlementaire pour le vote final de la loi. Et puisqu'il s'agit d'« éclairer » ses collègues – dit le rapporteur – pour mieux saisir les enjeux liés à cette loi et à la décision attendue de la part du Conseil constitutionnel, les observations du Secrétariat général du Gouvernement sur le projet de loi seront aussi mises à profit. Les restitutions du rapporteur à cet effet sont détaillées - il craint d'ailleurs de lasser ses collègues avec « la minutie infligée » - et paraissent pour le moins exhaustives, passant en revue chaque saisine comme les différents points de vue exprimés lors des débats parlementaires entre Gouvernement et Parlement autant qu'entre chambres parlementaires. Elles représentent l'essentiel de son rapport, progressivement articulé autour de conclusions intermédiaires qui le conduisent aisément vers une décision finale dont il est, comparativement à d'autres cas, peu débattu. Aussi, pour une lecture fluide non encombrée de longs développements sur la loi autres que ceux éclairant la préoccupation exprimée par le Conseil constitutionnel sur son rôle, nous priverons cette analyse d'une restitution fidèle des finesses du rapporteur même si elles ne manquent pas de saveur ; celle-ci dégage du reste le même parfum de précision que la plupart des travaux dont chaque rapporteur s'acquitte, preuve sans doute secondaire mais récurrente du désir de prendre au sérieux la mission de son institution.

Les griefs formulés à la loi par les députés renvoient d'abord à la méconnaissance, selon eux, du fameux article 4, alinéa premier, de l'ordonnance du 02 janvier 1959 portant loi organique relative aux lois de finances : celle-ci précise en effet qu'aucun projet de loi ne peut être définitivement voté, aucun décret signé si les charges nouvelles prévues par une loi ou un règlement n'ont pas été « prévues, évaluées et autorisées » ; or, les charges prévues par la nouvelle loi, principalement des subventions de l'Etat à l'enseignement agricole privé, ne respecteraient aucune de ces prescriptions ; le Gouvernement se permettrait ici d'inverser la procédure et d'émettre un projet coûteux avant toutes les précautions précitées nécessaires. De plus, si l'article 40 de la Constitution rend irrecevable les propositions ou amendements émis par les membres du Parlement, induisant une augmentation des charges publiques, la démarche du Gouvernement

« prive le Parlement de la possibilité de retrouver la plénitude de ses droits et prérogatives dans la limite du montant global et maximum des dépenses fixées par lui »,

mentionne le rapporteur à l'instar de la saisine des députés.

La loi contreviendrait également à une autre disposition de la même ordonnance ainsi qu'à l'avant-dernier alinéa de l'article 34 de la Constitution prévoyant le domaine de la loi et le rôle des lois de programmation. Celles-ci auraient regroupé, en les étalant sur plusieurs années, des autorisations programmées nécessaires pour de telles contributions aux frais d'investissements de ces établissements d'enseignement. Finalement, les députés auteurs de la saisine déduisent que le Gouvernement aurait dû interdire le vote final de cette loi jusqu'à la promulgation d'une loi de finances ou d'un décret ouvrant d'avance les crédits nécessaires. Il s'agit là pour eux d'un « principe constitutionnel fondamental » du droit budgétaire français dont ils font d'ailleurs remonter l'origine à une ordonnance de 1945. Or, réagissant pour le compte de son institution, le rapporteur fait alors remarquer que,

« Le Conseil n'a pas été saisi jusqu'ici des manquements à ce principe, les Présidents d'Assemblées parlementaires n'ayant pas jusqu'à 1974 jugé devoir le faire ».

Non seulement souligne-t-il ainsi l'absence de jurisprudence disponible pour le Conseil en la matière, mais fait-il aussi valoir le changement opéré sur les parlementaires par la réforme de la saisine, tandis qu'il vient de rappeler que ceux-ci reconnaissent la rareté de l'application de ces prescriptions prudentes de l'ordonnance de 1959. Et de rajouter, en citant les auteurs de la saisine, que ceux-ci considèrent en effet à présent comme

« indispensable que le Conseil constitutionnel se prononce sur la conformité à la Constitution de la loi qui leur est déférée et défende, en la circonstance, les droits gravement méconnus du Parlement ».

Ainsi, ce nouveau pouvoir de saisine est-il ici présenté par les députés comme l'occasion de revenir sur une pratique méconnaissant en réalité leurs droits : le Conseil, *a priori* passivement dépendant des saisines, se trouve soudainement dans la position inverse et active de celui dont dépend le respect des droits du Parlement. Le rapporteur n'en dit pas davantage mais le débat qui suit montrera qu'il a fait mouche. L'exposé n'est cependant pas encore clos qui tient sa promesse d'une étude détaillée des travaux préparatoires au texte de loi ; remontant jusqu'aux lois antérieures sur le même thème pour souligner que la dernière en date, celle de décembre

1977, avait été rejetée par le Conseil constitutionnel pour non conformité à la Constitution⁴¹⁸, le rapporteur souligne alors qu'à quelques variantes près,

« le Gouvernement s'est assigné le même objectif » avec la nouvelle loi.

Autrement dit, si le fond n'a en toute logique pas changé, le Conseil, soucieux du respect des prérogatives de chacun, ne saurait s'inquiéter qu'un Gouvernement poursuive la réalisation de son programme ; cependant, le rapporteur lève ainsi le voile sur le fait que, précisément, et contrairement à ce qui avait fait l'objet de la saisine sur la première mouture de la loi, c'est le lien entre l'objectif poursuivi et ce que prévoit la Constitution qui pose en réalité problème. Or, ce problème a tardivement été soulevé lors des débats par un député mentionnant cette nécessité de l'inscription préalable d'un crédit ad-hoc dans la loi de finances, faute de quoi la procédure

« serait contraire à la loi organique et, par suite, en vertu d'une jurisprudence constante du Conseil constitutionnel, à la Constitution »⁴¹⁹.

La saisine des députés socialistes s'en est suivie. Le Secrétariat Général du Gouvernement a alors transmis au Conseil constitutionnel une note faisant au contraire état de l'intégration toujours possible de dépenses supplémentaires dans une loi de finances rectificative. Notre scrupuleux rapporteur a même nourri son examen du recours, par des entretiens réalisés avec ceux qu'il nomme « les pères de l'ordonnance du 02 janvier 1959 », Gilbert Devaux et Roger Goetze. Le premier présente le fameux alinéa 4 de l'article 1^{er} de celle-ci sur les précautions prescriptives à prendre avant de prévoir des budgets de participation financières à travers des lois, comme

« une règle impérative de bonne gestion financière, destinée à obliger le Gouvernement et le Parlement à prendre clairement l'un et l'autre leurs responsabilités en examinant conjointement les répercussions d'ensemble des mesures nouvelles sur l'équilibre économique et financier et non par l'équilibre comptable, mathématique, entre les recettes et les dépenses ».

Privilégiant la souplesse capable de laisser une certaine marge de manœuvre aux projets politiques, il en appelle donc davantage à la responsabilité conjointe du Gouvernement et du Parlement, soutenue par un bon sens et une hauteur de vue leur permettant d'embrasser la question budgétaire dans son ensemble. Aussi, conseille-t-il plutôt au rapporteur d'opter pour l'ajout à la loi d'une disposition la subordonnant à un vote ultérieur du Parlement – lequel ne court-circuiterait pas le débat parlementaire – à l'occasion d'une loi de finances ouvrant les crédits nécessaires, afin de n'envisager de dépenses supplémentaires que budgétées. Le rapporteur précise que Gilles Devaux place ainsi

« son espoir dans une décision jurisprudentielle du Conseil constitutionnel ».

⁴¹⁸ La saisine provenait des députés et les moyens soulevés s'en tenaient à une mauvaise application de l'article 40 de la Constitution relatif à l'irrecevabilité financière d'un texte de loi, dès lors que selon eux la procédure de l'article 40 reprise dans le règlement de l'Assemblée nationale imposait dans ce cas précis de ne pas dissocier les divers articles de la loi au regard de cet examen de son éventuelle irrecevabilité, ce qui fut cependant fait. Le Conseil avait alors donné gain de cause aux députés pour des raisons évidentes de procédure, les articles en question étant aisés à considérer comme indissociables. Ayant déjà étudié plusieurs débats du Conseil relatif à ces questions de pure procédure et sous l'angle qui nous intéresse, nous n'avons pas sélectionné ce débat antérieur dans notre échantillon. Cf Décision 77-91 DC, site internet du Conseil constitutionnel : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/1978/77-91-dc/decision-n-77-91-dc-du-18-janvier-1978.7683.html>

⁴¹⁹ Le rapporteur cite ici le député socialiste du Pas-de-Calais, André Delehedde.

Le second père de l'ordonnance le suit en atténuant de surcroît le tort du Gouvernement au motif que la disposition en question de l'ordonnance visée - « aucun projet de loi de ne peut être définitivement voté »- est « difficilement applicable », ce qui expliquerait la pratique courante déjà évoquée par le rapporteur et la lettre de saisine.

Quant à la saisine des sénateurs socialistes, elle met principalement en cause la possibilité prévue par la nouvelle loi d'« amputer le pouvoir réglementaire d'une part de ses attributions » dans la mesure où ce sont les conventions passées entre le Ministère de l'agriculture et les organisations représentatives de l'enseignement agricole privé qui préciseraient à l'avenir les modalités d'application des décrets. Le rapporteur se penche très longuement sur cette saisine des sénateurs jusqu'à en situer le contexte général car il considère précisément que la décision à prendre par le Conseil « procède en effet du jeu contradictoire de plusieurs ensembles de données », supposant ainsi une fois encore, à la suite de nombreux autres rapporteurs, que le Conseil constitutionnel se doit de connaître les enjeux politiques attachés à toute loi, en tant que renvoyant à l'organisation de la vie sociale mais aussi aux luttes compétitives associées au maintien ou à la conquête du pouvoir. Un aspect du rôle du Conseil consiste donc, aux yeux de ses membres du moins, à décider en fonction d'une telle dimension politique, qu'il tient à respecter tout en l'accordant aux exigences constitutionnelles, quand bien même il la réinterprète nécessairement puisqu'il n'en est pas l'acteur.

Passons l'historique nourri que le rapporteur fait de l'enseignement agricole en France dont les établissements privés représentent alors la majorité, du rappel de ses méthodes, de ses liens avec la profession agricole, etc., d'où il ressort *de facto* que les revendications de participations étatiques de la part de ces établissements sont légitimes ou, pour le dire avec la modération affichée du rapporteur que,

« de toutes ces différences, ne peut que résulter un aménagement original, *sui generis* de ses rapports avec la puissance publique ».

Que le rapporteur ait un avis propre sur la question ne semble pas douteux puisqu'il poursuit par une histoire générale de l'enseignement en France,

« l'un des tout premiers, sinon le premier à prendre rang parmi les services d'un Etat moderne »,

jusqu'au XIXe siècle suppléé par l'Eglise, donnant sans doute alors l'impression

« d'être inspirée d'une idéologie contraire à celles des régimes issus de la Révolution française »,

rajoute-t-il pour conclure à une conception,

« de la part des partisans de ces régimes.../...volontiers militante de la laïcité de l'Etat et, corrélativement, en sens inverse, d'une conception restrictive du champ d'application du principe de la liberté d'enseignement⁴²⁰ ».

⁴²⁰ Le rapporteur fait ici clairement référence à la loi du 18 mars 1880, relative à la liberté de l'enseignement supérieur, dans le cadre plus général des fameuses lois scolaires de Jules Ferry visant à émanciper l'enseignement de la tutelle de l'Eglise ; cette loi de mars 1880 est votée après une virulente campagne de presse contre la laïcisation des établissements scolaires jusqu'à lors religieux ; pour une synthèse, cf. le dossier du Sénat sur les lois Ferry et notamment celle-ci, du 18 mars 1880, sur le site internet du Sénat : <http://www.senat.fr/evenement/archives/D42/18mars.html>

Ne prenant ici pas la peine de citer ses sources ou de se référer à des moments historiques qui auraient le mérite de rendre son propos plus objectif, le rapporteur fait cependant ainsi bien état du rapport passionnel des français à la laïcité. Cela permet de situer cette loi dans le contexte, éclairant pour le Conseil, de l'histoire longue de l'enseignement en France : celui-ci permet en effet de donner une mesure plus juste de ce qui est alors en jeu, et que la seule désapprobation par certains sénateurs d'une restriction du pouvoir réglementaire ne laisse pas supposer. René Brouillet poursuit d'ailleurs, en confirmant son objectif de cerner ce qui a animé tous les auteurs du texte de loi, par le rappel de données relatives « à notre histoire politique et constitutionnelle » caractérisée par,

« le primat reconnu à la loi votée par le Parlement, interprète suprême de la volonté souveraine » et par le « caractère récent de la hiérarchie désormais instituée entre la Constitution et la loi par la Constitution de la Ve République ».

L'on ne saurait mieux dire pour résumer la tension, constitutionnalisée en 1958, entre deux philosophies politiques qui traversent, on l'a vu, le cheminement de l'idéal autant que des pratiques démocratiques en France depuis 1789. Il ajoute alors à ces traits bien connus, la notion de « degré » dans ce qui n'est autre que la hiérarchie des normes, en déplorant que l'enchaînement constitution-loi-règlement soit encore méconnu au profit de sa « forme antérieure », soit loi-règlement. Ce ne sont cependant pas les auteurs de la saisine qu'il vise ici, mais les parlementaires responsables des amendements ayant accentué le pouvoir conventionnel. Enfin, le développement progressif de l'utilisation de procédures contractuelles par l'Etat est ici signalé comme une tendance structurante des idées de concertation et de participation largement diffusées⁴²¹ dans la vie politique à tous niveaux, autrement dit comme un « fait » indéniable et incontournable à moins d'une méconnaissance dont résulterait *in fine* une « concurrence » inadéquate entre règlement et convention. Comprendons, puisqu'il s'agit bien ici d'éclairer leur saisine, que les sénateurs socialistes commettent cette erreur de perception anachronique. Au Conseil alors de prendre un peu de hauteur pour mettre au jour, dans ce foisonnement de points de vue divers en provenance des saisines comme des auteurs du texte de loi, ce qui demeure de l'ordre de la vie politique dans son évolution et dont il s'impose de seulement prendre acte, en écho à ce que la Constitution permet.

Le rapporteur affiche donc subrepticement sa préférence pour le choix initial du Gouvernement, pour des raisons qui recèlent sans doute une dimension idéologique, mais là n'est pas notre propos. En revanche, à partir de ses analyses mettant au jour les diverses approches en tension sur le rôle de la puissance publique dans une démocratie libérale en marche, il livre une vision du rôle du Conseil constitutionnel dont la portée politique au sens le plus large du terme reflète, indépendamment alors de ses opinions propres puisqu'il s'agit d'objectiver ce rôle, un renforcement de la tendance constitutionnaliste déjà observée.

⁴²¹ Dès 1969, la déclaration de politique générale du Premier ministre, Jacques Chaban Delmas sur le projet d'une "Nouvelle société" développe l'idée d'une politique contractuelle selon laquelle des procédures nouvelles et permanentes de concertation entre les partenaires sociaux seront établies. Cf. <http://www.assemblee-nationale.fr/histoire/Chaban1969.asp>.

Celle-ci consiste en effet en la prévalence d'une approche constitutionnelle au cœur d'un jeu de pouvoirs où, par conséquent, les acteurs ne sont plus aussi uniformément assurés que la loi exprime la volonté générale.

Le rapporteur poursuit son exposé exhaustif avec une genèse des dispositions mises en cause par les sénateurs ; le propos s'attache à dégager les intentions des uns et des autres, Gouvernement, Parlement, auteurs des saisines. Si le texte du Gouvernement est présenté comme modéré par le rapporteur, la réaction des sénateurs socialistes pourrait alors ressortir quelque peu abusive, relevant presque du procès d'intention quant à la volonté du Gouvernement de se dessaisir lui-même de son pouvoir réglementaire au profit d'une logique contractuelle, à travers ces fameuses conventions ; la saisine des sénateurs affirme en effet : « le législateur a amputé le pouvoir réglementaire d'une partie de ses attributions et il a, ce faisant, agi en violation de la Constitution »⁴²².

Cependant, le rapporteur assène aussi un verdict sans concession aux parlementaires ayant, eux, amendé le texte et provoqué ainsi la saisine d'autres sénateurs qu'il semble plutôt soutenir :

« la manœuvre pro-conventionnelle et anti-réglementaire a été menée devant le Parlement avec une grande détermination ».

Et plus loin : « l'application, la persévérance, l'opiniâtreté qu'ils ont menées à faire prévaloir leur formulation sur celle du Gouvernement et du Conseil d'Etat, procèdent expressément de leur volonté, sinon de dessaisir entièrement le pouvoir réglementaire, du moins de le cantonner à l'intérieur d'un domaine d'où il ne puisse sortir ».

Ainsi, le rapporteur qui avait laissé entendre la critique d'un certain passéisme de la saisine sénatoriale en tant que peu sensible aux évolutions réelles de la vie sociale vers davantage de concertations et de contrats entre agents, s'en prend-il à présent à l'autre forme de passéisme, déjà dénoncé, de ceux qui, critiqués par cette même saisine, s'arc-boutent sur une logique politique « demeurée celle des lois constitutionnelles de 1875 » et pensent ainsi mettre un terme à toute opposition via une loi nouvelle. Son effort est net ici de rendre compte de l'opération subtile menée par certains parlementaires pour aller, certes, dans un sens qu'il juge plus en accord avec l'évolution de leur temps, mais d'une manière paradoxalement inadaptée à la nouvelle dimension constitutionnelle de la vie politique, c'est-à-dire en ne respectant pas le partage prévu par la Constitution entre loi et règlement, au profit du seul Parlement.

Le rapporteur exprime ainsi la conception d'un Conseil constitutionnel qui ne saurait sans doute s'imposer une totale neutralité de point de vue, voire d'idéologie propre ou propre à chacun de ses membres, mais qui se doit cependant de faire droit aux intentions des divers acteurs du système démocratique ; celles-ci demeurent centrales dans l'exposé comme dans le débat qui suit. Dans cette délibération en particulier, cette conception semble aussi être relayée par ces acteurs du système démocratique eux-mêmes, citant à plusieurs reprises le Conseil constitutionnel ; le rapporteur ne manque pas non plus de rappeler à ce titre que le Secrétaire Général du gouvernement écrit dans sa note d'observations sur les saisines :

« Le gouvernement ne peut donc que s'en remettre à la sagesse du Conseil constitutionnel ».

⁴²² Lettre de saisine des sénateurs site du CCel : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/1978/78-95-dc/saisine-par-60-senateurs.102602.html>

Sagesse, mais encore ? Comment les membres du Conseil constitutionnel entendent-ils trancher *in fine* entre des approches diversement valables qu'ils s'imposent de connaître ? C'est ce dernier fait qui nourrit l'idée qu'ils ont de leur rôle puisque c'est précisément de ces approches qu'il va être question dans toute la suite de cette séance. *Bis repetitas placent*, le seul critère qui vaille ne va pas être celui de la sanction par le texte de la Constitution : tant à la saisine des députés qu'à celle des sénateurs, il conviendrait à cet égard de répondre positivement, précise le rapporteur qui n'aurait pas eu besoin d'un exposé si exhaustif s'il s'était contenté d'observer qu'en effet les moyens soulevés par ces deux saisines permettaient bien de conclure à une non conformité du texte de la loi à la Constitution. Au contraire, il conclut ainsi, et nous le citons *in extenso* tant ses formulations sont éclairantes pour notre lecture :

- à propos de la saisine des députés, « nonobstant la difficulté résultant du libellé de l'alinéa 4 de l'article 1^{er} de l'ordonnance du 02 janvier 1959, je ne pense pas qu'il soit concevable de retenir une décision de non conformité à la Constitution du texte soumis à votre examen. Ce serait jeter un bouleversement profond au cœur même de nos institutions et paralyser leur fonctionnement ;
- à propos de celle des sénateurs, « à la question de conformité à la Constitution du texte qui vous est soumis, une réponse négative sur le principe, ne paraît pas douteuse et semble, au contraire, aller de soi ; il est possible, toutefois de se demander si dans la réalité, il n'est pas de multiples exemples d'un rôle comparable dévolu par le législateur à des conventions, d'une reconnaissance, d'une consécration opérée de la sorte d'un pouvoir conventionnel ; l'image, la coutume, dans l'affirmative, prévaudraient en quelque manière sur les principes énoncés dans la Constitution ».

Et d'enchaîner sur de très nombreux exemples de conventions collectives dont il reconnaît encore qu'elles ne rentrent pourtant pas dans le cadre très élargi du pouvoir conventionnel prévu par le nouveau texte dès lors que la puissance publique y garde encore un pouvoir de sanction ; ainsi, le rapporteur en vient-il à préparer deux réponses à cette saisine sénatoriale, l'une de non conformité, en accord ses préconisations, pour des raisons avant tout constitutionnelles et relevant de la définition du pouvoir réglementaire, l'autre de conformité, pour des raisons d'évolution des pratiques, affichant finalement sa préférence pour la non conformité.

Si la discussion porte sur la forme et sur la présentation des considérants, ses collègues rejoignent le rapporteur quant à la réponse à donner sur les moyens soulevés par la saisine des députés. Tous manifestent ainsi leur préférence pour ne pas bouleverser les institutions jusqu'à les paralyser mais tout en conditionnant la loi à une disposition ad-hoc à l'occasion de la loi de finance rectificative. Sur la réponse à donner aux sénateurs, le débat garde une tonalité très constitutionnelle : c'est Paul Coste-Floret qui en délimite les contours en demandant si la loi peut « dessaisir le Gouvernement de son pouvoir réglementaire ». Gaston Monnerville et Pierre Joxe défendent alors l'idée toute constitutionnelle que, « le législateur ne peut pas diminuer le pouvoir du Gouvernement qui est défini par la Constitution ».

Il est intéressant d'entendre alors certains conseillers plutôt de gauche et ainsi traditionnellement attachés à la notion de loi comme expression de la volonté générale, suivre un raisonnement plus constitutionnaliste, à l'instar d'ailleurs des sénateurs socialistes auteurs de la saisine qui déploreraient le non respect de la Constitution par un Parlement se voulant tout puissant. Il faut croire que la vie politique n'est pas entièrement conditionnée par des postures

idéologiques définitives ou bien alors accorder à ces postures la souplesse dont elles sont censées relever en tant que visions d'un monde social toujours en évolution. Au prix seul de cette modération dans notre propos, ces réactions provenant de tenants d'idées plutôt socialistes redeviennent intelligibles : que les parlementaires responsables des amendements critiqués expriment une manière de faire de la politique plutôt à gauche ne saurait occulter que la vision du monde social qu'ils défendent est particulièrement libérale, dans le sens où il s'agit pour eux de faire primer les conventions conclues librement entre établissements et associations diverses ou regroupements professionnels, voire groupes de pression, *dixit* le rapporteur, sur des contrats où le Gouvernement garde encore le dernier mot. Là encore, le Conseil évite l'écueil partisan et si ceux dont l'on pouvait prévoir qu'ils seraient du côté des sénateurs socialistes y sont, ils sont aussi vite rejoints par d'autres pour, ensemble, dénoncer non pas une vision de la vie sociale plutôt qu'une autre - le Conseil a assez dit que ce pouvoir d'appréciation restait celui du Parlement - mais pour questionner la pertinence d'une réflexion purement constitutionnelle sur, comme le dit Ségalat,

« l'un des problèmes les plus délicats qui puissent être soumis au Conseil ».

Autrement dit, interroge-t-il, « la Constitution a-t-elle une portée aussi absolue » pour freiner l'évolution des pratiques vers plus de diversification des interventions de l'administration, à savoir en accord avec « toute l'évolution moderne vers la participation et la concertation » ?

Conclusion

C'est bien ici le rôle du Conseil qui est en jeu aux yeux de ses membres : sur quoi peut-il s'appuyer pour trancher ou plutôt sur quoi est-il préférable, au nom d'un certain consensus social sur des sujets historiquement installés dans la vie publique, qu'il s'appuie pour trancher ? En effet, dans ce débat, la recherche de ce qui prévaut en tant que tendance partagée par l'ensemble de la société ou autre forme d'orientation sociale affirmée, semble pouvoir déboucher sur un critère primant sur la seule lettre de la Constitution. Cela ne signifie évidemment pas que cette dernière ne soit pas prise au sérieux mais au contraire qu'elle doit pouvoir être comprise à la lumière de ce consensus.

Dans cette perspective, s'inscrire contre le cours des choses apparaît comme un repoussoir à beaucoup de conseillers qui pourraient presque faire leur cette réflexion de Montesquieu :

« Il vaut mieux dire que le Gouvernement le plus conforme à la nature est celui dont la disposition particulière se rapporte le mieux à la disposition du peuple pour lequel il est établi »⁴²³.

Cependant, si la loi se doit d'être conforme à la « disposition du peuple », accepter le texte tel quel leur semble aussi impensable : il faudrait y apporter des aménagements propres à en garantir la constitutionnalité. Alors, craint le Président, cela « revient à refaire la loi ». A l'inverse, d'autres membres du Conseil constitutionnel suivent le rapporteur qui rappelle que

« la matière sur laquelle porte le texte.../...est celle de l'enseignement. C'est un des domaines où, dans l'histoire contemporaine, les affrontements fondamentaux philosophiques et politiques ont été les plus violents et les plus longs en France » ; le risque est donc ici, « d'aller trop loin dans le domaine d'acceptation des conventions »,

⁴²³ Montesquieu, *De l'Esprit des Lois*, Garnier-Flammarion, Paris, 1979 - Première partie, I.III, p.127.

quand bien même on entendrait seulement suivre le mouvement de la société. Le débat s'articule ainsi autour d'un équilibre à trouver entre ce qui est censé durer ou du moins a su témoigner jusqu'ici d'une certaine pérennité, et ce qui change. À nouveau, les membres du Conseil constitutionnel s'imposent donc de penser en fonction des tendances inscrites dans la durée, celles qui selon eux sous-tendent l'unité de la vie politique, nonobstant la difficulté qu'ils ont à choisir parmi celles en présence. Se disputent en effet leurs faveurs, d'un côté, une certaine idée de l'enseignement lié à la puissance publique et de l'autre une tendance plus récente, quoi que très marquée, à une extension des concertations plus souples déjà opérée dans d'autres domaines.

Pour traduire de façon plus condensée ce que cherchent à l'unisson les membres du Conseil constitutionnel, nous avons opté pour l'expression *consensus social*, entendu comme une certaine stabilité vécue comme telle dans la société, acquise ou encore en cours. Or, si ce n'est pas la première fois qu'un consensus social de ce type est mis en avant comme le critère ultime sur lequel le Conseil doit s'appuyer pour conclure, ce n'est pas non plus la première fois que ce critère témoigne d'une instabilité de contenu propre à nuancer l'idée même d'un consensus. Celui-ci semble en effet plutôt à redéfinir au cas par cas. Gardons cependant pour le moment ce terme pratique et retenons qu'ici les variantes possibles qui pourraient en nourrir le contenu obligent le Conseil constitutionnel à choisir entre deux philosophies politiques également présentes dans l'histoire de la vie politique française. Face à ce type de dilemme, on a alors déjà vu le Conseil dégager de nouvelles sources de droit, notamment grâce au Préambule de la Constitution, ou accorder une conformité à la Constitution moyennant des interprétations reconsidérées de celle-ci, ce que nous avons nommé, dans le tableau de synthèse D du chapitre II, les *arguments constitutionnels dérivés*, lesquels ont aussi à cette époque timidement donné lieu aux fameuses « réserves d'interprétations » (1959, 1968), encore très rares dans les décisions ; on l'a encore vu proposer des non conformités partielles. Cependant, ici, une notion garante de ce consensus réapparaît alors : l'équilibre difficilement acquis entre enseignement public et enseignement privé semble en effet primer lorsque le rapporteur conclut que,

« il ne faudrait pas, sous couvert de concertation, réveiller toutes les querelles dans un domaine où l'équilibre a été acquis très difficilement »

Cela fait écho à ce que nous avons appelé dans ce même tableau D, *l'argument de l'option la moins perturbatrice*⁴²⁴.

La décision proposée pour répondre à la saisine des députés faisant l'unanimité, celle composée des deux projets relatifs à la saisine des sénateurs est alors mise aux voix pour finir sur l'adoption, à sept voix contre deux, du projet de rejet, au nom, finalement, de ce subtil équilibre à maintenir. La décision sera celle d'une non conformité partielle.

Conclusion

⁴²⁴ Que ce soit lors de la phase gaullienne du Conseil, ou plus juridique, voire après l'avènement de la saisine parlementaire, l'on a souvent entendu le Conseil penser aux pratiques institutionnelles garantes du meilleur équilibre politique quand bien même elles n'auraient pas été prévues par la Constitution (le cas de décisions prises en lien avec le rôle stabilisateur du Général de Gaulle dans la vie politique est emblématique de ce type d'approche), ou encore évoquer l'opinion publique et les évolutions sociales ; pour ne citer que la décision sur la loi IVG, voilà un exemple caractéristique de cette prise en compte de ce que nous avons nommé ici le consensus social et en même temps du souhait de ne pas contrecarrer le Parlement.

Les membres du Conseil constitutionnel auraient pu, sur ce dernier point, s'en tenir à la critique de non conformité constitutionnelle émise par les sénateurs puisqu'ils la reprennent finalement à leur compte. Ils ont pourtant débattu sur un autre terrain, celui où s'exprime ce qui semble raisonnablement souhaitable compte-tenu des évolutions socio-économiques réelles, contrecarré en même temps par ce qui s'est inscrit dans une certaine durée. De surcroît, ces deux dimensions se doivent d'être envisagées au croisement de ce que peut en accepter la Constitution. Le critère finalement implicitement établi mais qu'il est possible de dégager du débat contradictoire aura été celui de l'équilibre à maintenir entre deux formes d'enseignement tandis que la décision, elle, ne retiendra que la dimension non constitutionnelle de la procédure proposée. Ainsi, les membres du Conseil constitutionnel façonnent-ils une conception de leur rôle qui a partie liée avec une certaine réflexion sur ce qui lie les citoyens à leurs institutions, dans le respect du texte constitutionnel ; sans avoir les moyens juridiques de justifier cette approche dans la décision, ils se sentent responsables de ce que nous avons nommé en ce sens le consensus social, avant de trancher sur la conformité d'une loi.

Dans le même temps, les membres du Conseil constitutionnel ont peu de doutes sur les motivations à mettre en avant dans la décision puisqu'elles sont presque à l'évidence d'ordre constitutionnel. Ainsi, soit il ne s'agit donc pas ici de chercher la meilleure stratégie pour être crédible, soit il semble que si la non conformité est évidente, elle ne paraît plus offrir au Conseil d'emblée le meilleur argument et la meilleure stratégie, précisément, pour être crédible et légitime dans sa décision. Est-ce à dire que le respect de ce consensus social semble plus porteur de légitimité aux yeux des membres du Conseil constitutionnel que sa seule jurisprudence alors même qu'il n'est pas mobilisable explicitement dans la décision comme un motif juridique ? S'agit-il alors d'une perception de légitimité induite par le sentiment que cette décision est censée générer d'un consensus social respecté ou encore d'une légitimité par défaut en ce sens qu'il serait mal venu *a contrario* de bousculer ce même consensus ? Pourquoi en arriver à cette situation tout de même incertaine pour la légitimité du Conseil alors qu'ici l'argument constitutionnel est si simple à mobiliser ? En effet, d'une part, susciter le rapprochement logiquement acceptable de certains articles de la Constitution pour ne pas donner trop brutalement gain de cause à la saisine des députés tout en apportant la dimension correctrice nécessaire à l'équilibre budgétaire soupçonné d'être mis à mal par la loi est une pratique déjà expérimentée par le Conseil ; d'autre part, s'en remettre à la non conformité à la Constitution d'une procédure comme le suggère la saisine des sénateurs est aussi aisé. Le Conseil a donc les ressources nécessaires pour s'assurer ici un positionnement crédible via l'argument constitutionnel. Que livre de plus cette délibération sur ce que peuvent rechercher les membres du Conseil constitutionnel en débattant ainsi ? Une meilleure manière d'être crédible ou autre chose que sa crédibilité ou sa légitimité ? Ce qui est débattu sous l'angle du rôle du Conseil constitutionnel, si l'on s'en tient aux termes du débat sans les extrapoler, est en réalité moins de l'ordre de la stratégie d'intégration de celui-ci parmi des institutions démocratiques, que de l'ordre d'une réflexion politique au sens de ce qui tient la collectivité démocratique, tant du point de vue de la stabilité de ses institutions représentatives que de celui du consensus social fondant l'accord des citoyens sur ce qui structure leur vie collective. Si c'est toujours de son rôle qu'il s'agit, la dimension stratégique de la réflexion n'apparaît plus. C'est la capacité même de la Constitution à s'imposer face au cours des choses qui fait l'objet d'un questionnement récurrent

ici. L'on peut aussi en déduire que le Conseil constitutionnel tente de s'assurer que la non conformité à la Constitution, pour évidente qu'elle soit, n'impose pas une décision qui nuirait à sa crédibilité mais ce serait là une extrapolation par rapport aux discours échangés. Toujours est-il que même sous cette hypothèse, il demeure que les membres du Conseil mènent ici une réflexion à proprement parler politique.

Cette idée de leur rôle traduit ici un regard sur la pratique démocratique qui en révèle à tout le moins un certain glissement de la confiance accordée – ici par les auteurs des saisines - aux acteurs traditionnels des institutions représentatives vers une institution comme le Conseil. La propre confiance exprimée par les membres du Conseil constitutionnel dans la nécessité de leur approche renvoie dans leurs discours à la constitutionnalisation croissante de la vie démocratique et à la remise en cause de la capacité des représentants élus à saisir ce qui tient ensemble la société, par-delà ce qui peut ou doit légitimement changer selon les projets de la majorité au pouvoir. Autrement dit, si les membres du Conseil constitutionnel débattent bien au-delà de ce qui leur est soumis, c'est qu'ils décèlent un manque, reflet d'une modification à l'œuvre de la pratique démocratique : le débat parlementaire ne suffit plus, qui nécessite une approche dépassant ses clivages, semble traduire cette délibération. Cette évolution reste implicite et sa plausibilité repose sur notre seule hypothèse initiale à savoir que les conceptions des membres du Conseil quant à leur rôle sont conditionnées par un regard nécessairement objectif qu'ils portent sur la vie démocratique où est censé se déployer ce rôle. Toujours est-il que la manière dont ils débattent sur ce terrain est, elle, réelle et précise et, qu'à moins de considérer qu'ils ne parlent que pour eux-mêmes, on peut raisonnablement suggérer qu'ils perçoivent un vide à combler pour que la loi soit, certes, plus adaptée à la Constitution mais aussi à cette fameuse « disposition du peuple » repérée par Montesquieu. Pour autant, en déduire que la pratique démocratique électorale est dépassée serait dangereusement abusif et spécieux mais il demeure que le débat parlementaire, autrement dit ce qu'exige la pratique démocratique par l'élection, apparaît ici comme déficitaire sur le plan de l'analyse du consensus social car seule la logique majoritaire et partisane l'emporte. Il ne s'agit pas non plus d'en conclure que la logique majoritaire ferait systématiquement peu de cas du consensus social mais plutôt que celui-ci se décline sur des dimensions diverses qui peuvent échapper à celle-ci, voire qui doivent lui échapper tant elle est d'abord mue par sa propre vision de la nécessité d'agir à l'instant donné. Le Conseil constitutionnel identifie précisément ce manquement et en débat en en faisant un argument clé menant à sa prise de décision. C'est donc en réalité un double consensus, socio-institutionnel, que nous appellerons *consensus politique*, au sens où le social ici débattu demeure soumis aux décisions prises par les institutions démocratiques, dont le Conseil constitutionnel se considère investi, voire responsable. A ce titre, l'attention qui lui est portée dessine les contours de ce que nous nommerons *un principe de responsabilité politique* qui façonne sa réflexion tout au long de la délibération sur la décision à prendre : celle-ci est jaugée en fonction de son acceptation potentielle par l'environnement institutionnel et social dans lequel elle s'insère, la stabilité de cet environnement apparaissant comme une condition nécessaire de cette acceptation.

Séance du 25 juillet 1979 – Loi modifiant les dispositions de la loi n° 74-696 du 7 août 1974 relatives à la continuité du service public de la radio et de la télévision en cas de cessation concertée du travail

=> Qu'apprend-on ici ?

=> Le respect du législateur combiné au principe de responsabilité politique

Dans le même esprit, la séance du 25 juillet 1979 relative à la loi sur la continuité du service public de la radio et de la télévision donne à voir une variante de ce principe de responsabilité politique tel qu'a permis de le repérer la délibération précédente : les membres du Conseil constitutionnel considèrent qu'il est de leur rôle de parvenir à une décision en vertu d'un tel principe tout en laissant cette fois au législateur le soin de s'en faire le porte parole. Un petit pas de plus est ainsi franchi dans la conception que le Conseil se forge de son rôle : s'il ne s'agit pas de s'auto-proclamer dans la décision défenseur de l'organisation institutionnelle en place au nom de sa stabilité éprouvée et pas nécessairement constitutionnelle, ou encore au nom du consensus social supposé ; il importe en effet tout de même de s'assurer que ces considérations seront comprises par le législateur. Cela ne va-t-il pas de soi de la part du Conseil constitutionnel à présent ? Comment concevoir un rôle sans pouvoir espérer le rendre effectif ? Un retour sur la délibération précédente s'impose ici : ce rôle trouvait son effectivité de manière implicite dans la garantie offerte à celle-ci par les effets mêmes d'une décision qui, au nom de la Constitution, verrouillait d'office les issues ouvertes par la loi sur l'instabilité institutionnelle ou sur la remise en cause du consensus social. Autrement dit, il n'était pas nécessaire d'explicitier ce rôle pour s'assurer de ses effets. Cette fois cependant, cette garantie passe par la réappropriation des mises en garde correspondantes par le législateur. Pourtant, là encore, nous le verrons, les effets induits par une décision ne les évoquant même pas auraient pu suffire.

Cette dimension nouvelle de son rôle consiste donc à l'enrichir d'une capacité à éclairer plus activement le législateur.

En réalité, les choses ne sont pas aussi séquentielles que l'analyse peut sembler le suggérer. Cette démarche vis-à-vis du législateur est même plutôt devenue une pratique courante qu'il n'est pas étonnant de voir réapparaître aux côtés de cette nouvelle facette de la façon dont le Conseil envisage son rôle. C'est plutôt finalement la prise en compte du rôle du législateur, toujours très prégnante, qui se combine ici à celle du principe de responsabilité politique du Conseil vis-à-vis de la stabilité institutionnelle et du respect du consensus social.

Considérées séparément, ces deux dimensions n'étant pas nouvelles, l'analyse ci-dessous de la délibération n'y revient pas spécifiquement. Elle en dégage plutôt les articulations propres à rendre compte de cette combinaison nouvelle.

Tous les membres sont présents et le rapporteur est Louis Gros. La saisine est encore double : elle provient de soixante-trois sénateurs et de soixante-cinq députés. Le rapporteur annonce la couleur et ce faisant, d'entrée de jeu, la difficulté nouvelle qui se présente à ses collègues et à lui :

« C'est la première fois que le Conseil a à se prononcer sur le droit de grève et sur la portée de la reconnaissance de ce droit par la Constitution ».

Il est un charme récurrent dans ces délibérations, celui des premières fois : cette entrée en matière n'est en effet pas inédite et le Conseil constitutionnel a souvent, au-delà de sa propre réflexion sur sa légitimité, besoin de se demander quel est son rôle pour répondre à une saisine. En l'occurrence, une fois de plus, la question devient critique en l'absence de jurisprudence disponible ; et à nouveau, le besoin d'aller au-delà de ce que dit la Constitution va être moteur dans cette délibération. Nous verrons en effet, ici comme précédemment, qu'il s'agit de dépasser, en le respectant, le texte de la Constitution par une réflexion sur ce qui doit être préservé au sein de ce que sous-tend la loi examinée, en-deçà des questions programmatiques, ce qui permet du reste de ne pas usurper le rôle du législateur.

Nous dégagerons donc ce pourquoi la Constitution ne suffit pas, pour montrer dans quelle mesure c'est en effet encore là une question de responsabilité politique pour le Conseil constitutionnel et pas uniquement de stratégie même en l'absence d'autres ressources disponibles pour s'assurer une décision acceptable.

Cette fois, la saisine, bien que double, s'accorde sur les mêmes moyens mais le rapporteur en condamne « le manque de rigueur juridique et même logique dans la rédaction ». La loi, dit-il encore, est « une loi de circonstance » en cela qu'elle survient pour mettre un terme aux blocages récents de tous les systèmes radio-télévisés à l'occasion d'une grève surprise de seulement trois techniciens placés au cœur du dispositif. L'atmosphère dans ce domaine est d'autant plus tendue que des préavis de grève quotidiens et de nombreuses grèves ont jalonné les trois premiers mois de l'année au moment où, le 20 mars 1978, les députés décident de réagir à ce que Louis Gros nomme, en les paraphrasant, « les abus que ne permet pas d'empêcher la législation actuelle ». Après des débats parlementaires « longs et passionnés », le texte est adopté après deux lectures par chaque assemblée, le 27 juin. La nouvelle loi modifie la rédaction d'un article de celle du 07 septembre 1974 et Louis Gros déplore que le législateur en ces matières

« s'époumone en voulant suivre l'évolution très rapide des techniques ».

Un parcours détaillé de l'évolution de cette législation montre que l'on est passé d'un monopole virtuel ou d'une faculté de monopole que se réservait l'Etat dans les années 1920 à 1940, à la création en 1959 d'un établissement public de radiotélévision française, centralisé et ayant,

« seul, qualité dans les territoires de la République française pour organiser, constituer, entretenir, exploiter les réseaux et radiodiffuser les programmes ».

puis, en 1964, cette Radio Télévision Française devient le fameux Office de Radio Télévision Française (ORTF), service public national à vocation industrielle et commerciale, dont les missions sont à nouveau plus précisément définies en 1972 ; en 1974, l'ORTF disparaît mais le service public demeure, qui doit mieux satisfaire « les besoins de la population ». En cause, la difficulté à assurer les moyens techniques nécessaires et les insatisfactions en découlant pour les personnels ne demeurant donc pas aussi longtemps en fonction que la fameuse continuité du service public l'exigerait.

« Information, culture, éducation, divertissement, valeurs de civilisation, sociétés » sont alors à l'ordre du jour de la mission revisitée de l'ORTF nouvelle version, rappelle le rapporteur, pour en faire « un media émancipateur au service des citoyens et pas de l'autorité publique ».

Nous remarquerons sans peine ni emphase l’empreinte libérale du nouveau Gouvernement, celui mis en place par le Président Giscard d’Estaing, mais tout aussi bien la tension à l’œuvre entre revendications salariales du secteur public et exigences de la société, nouées par le niveau d’implication de l’Etat dans l’un et l’autre domaine. En opposant ainsi les deux, le Gouvernement paraît au demeurant reprocher à l’étatisme de générer un certain corporatisme, puisqu’il semble alors falloir considérer le fait de combler d’abord les insatisfactions du personnel, par crainte des grèves, comme une regrettable nécessité que s’impose l’autorité publique via la notion de service public. L’autorité publique ne serait plus au service des citoyens, paradoxalement à cause de cette référence au service public continu qui agirait de manière contraignante sur l’allocation des moyens pourvus par l’Etat. Autrement dit, l’Etat ne peut pas tout, même au nom du service public et le projet prévoit que le nouvel établissement gère directement le volet technique mais délègue le volet plus créatif à diverses sociétés ; encore détenues par l’Etat, celles-ci garantiraient ainsi la continuité du service national de radiotélévision, en donnant une place de choix à la diversité des émissions à proposer aux citoyens. Le monopole de l’Etat perdure donc mais est en mutation, ainsi que l’évoque Louis Gros :

« Les illusions se perdent puisqu’on verra un ministre déclarer que le monopole de la radio n’a plus grand sens ».

Le corpus législatif d’alors intègre ainsi en 1974 l’automaticité d’un service minimum mais le système s’avère encore faillible d’où la nouvelle loi de 1978, soumise à l’examen du Conseil et dont le rapporteur dit que,

« elle ne veut pas interdire le droit de grève mais simplement obliger à se déclarer grévistes ceux qui veulent faire grève et donner aux autres les moyens de travailler »,

sachant que c’est en effet sur ce dernier point qu’achoppaient alors les dispositions précédentes du service minimum. Sévère à propos des auteurs de la saisine comme des débats parlementaires qu’il juge confus, Louis Gros instille aussi sa propre opinion sur le fond de la question, fustigeant l’attitude des Présidents de chaînes qui « fuient leurs responsabilités ». Mais lorsqu’il en vient à étudier les moyens communs soulevés par les députés et les sénateurs auteurs des saisines, il opte pour le consensus qui a prévalu entre les deux chambres : le premier moyen exprime en effet l’idée que donner aux diverses sociétés de programme et aux Présidents de l’établissement public de diffusion une possibilité de « réquisition » des agents n’est pas recevable en ce sens que cela relève constitutionnellement de l’autorité administrative et pas de dirigeants de sociétés privées, eussent-elles une mission de service public ; or, l’argument du rapporteur est ici qu’aux yeux de la majorité des parlementaires, il s’est agi là d’un « simple désaccord » et que « compte tenu des avis concordants exprimés lors des débats », il n’y pas lieu d’entrer dans un débat sur la conformité ou pas du terme ; autrement dit, selon le rapporteur, ce moyen des saisines ne serait pas à prendre au sérieux en regard du consensus plus large auquel il s’oppose. Concernant le deuxième moyen, qui critique le renvoi du droit de grève au règlement en Conseil d’Etat tandis que les auteurs de la saisine estiment qu’il ne peut être régi que par la loi, le rapporteur s’en remet plutôt à un certain pragmatisme de la loi qui considère qu’en raison des évolutions techniques fréquentes, il convient au contraire de passer par des décrets au cas par cas pour adapter les conditions et le personnel permettant d’assurer cette mission de service public, plutôt que de prévoir cela dans la loi qui devrait alors changer trop souvent. Cette

dernière définit du reste clairement la création, la transmission et l'émission des signaux. Pour le rapporteur, le projet de loi est défini dans le respect des pouvoirs législatif et réglementaire en accord avec la réalité effective de l'activité professionnelle concernée.

Enfin, le dernier moyen voit dans la nouvelle loi une manière de couper court aux effets qui se rattachent à la grève et le rapporteur déplore que les députés socialistes auteurs de la saisine définissent à ce titre la grève

« comme une cessation concertée du travail.../...qui n'a de sens que pour autant qu'elle constitue un moyen de pression et elle ne peut être un tel moyen que pour autant qu'elle entrave le cours normal de la production ».

Ici, le rapporteur juge, à travers une forme d'exégèse par défaut du droit de grève, que les députés sont dans l'erreur :

« Lier les conséquences habituelles de la grève, c'est-à-dire son incidence sur la production, et l'essence même du droit de grève constitue une erreur manifeste ».

Pour lui, réduire les incidences de la grève sur les usagers du service public concerné n'équivaut en aucun cas à une interdiction du droit de grève. Ce qui est cependant manifeste à la lecture de ce procès-verbal de la délibération du Conseil constitutionnel, c'est que le rapporteur conclut rapidement à l'évidence de la distinction entre conséquences de la grève et essence du droit de grève, alors que dans d'autres cas, les exposés des rapporteurs portent sur des historiques précis et détaillés afin de mieux cerner la justesse des saisines que la seule Constitution ne permettrait pas de dévoiler entièrement. Il relève cependant ce que, par contraste, il nomme un argument « plus sérieux » dans cette saisine des députés socialistes à savoir l'hypothèse d'une interdiction déguisée du droit de grève par cette loi. Le droit de grève constitutionnel, en tant que rappelé dans le Préambule de la Constitution, primerait selon eux sur la continuité du service public : celle-ci n'aurait pas de valeur constitutionnelle et ne saurait donc limiter le premier que pour les besoins essentiels de la Nation, ce qui ne saurait relever de programmes distractifs télévisés. Cette fois, le rapporteur revient sur l'histoire du droit de grève pour conclure que toutes les limitations législatives ou jurisprudentielles apportées à celui-ci l'ont été en vue du respect de l'ordre public. Or, sur ce point, le texte de loi semble imprécis au rapporteur et cette imprécision induirait même la possibilité de désigner des agents pour pallier les effets de la grève de certains autres, sans identifier d'activités pour lesquelles cette grève mettrait en cause le maintien de l'ordre public ; il s'en suivrait une limitation du droit de grève pour toutes les activités radiotélévisées. Le rapporteur s'interroge :

« Une telle conséquence est-elle exigée pour la continuité d'un service public d'intérêt général ? » ; et de répondre : « pour ma part, je ne pense pas que ce soit vrai à propos de la totalité des missions qu'accomplit la radiotélévision ».

C'est une non conformité partielle qu'il préconise donc en raison de ce dernier point.

La discussion qui suit revient alors, à l'initiative de Paul Coste-Floret, sur le risque de modifier le sens même de la loi en proposant les modifications du rapporteur, garde-fou à présent bien classique du Conseil constitutionnel qui doit toujours frayer avec la tentation de refaire la loi. Et cette fois encore, dès que le Conseil s'avance sur le terrain miné d'une intrusion dans le domaine du législateur, il préfère soit se censurer et déclarer la loi conforme, soit revenir au fond, non pas de l'objet de la loi ou de son opportunité, mais ce qui rend celle-ci

problématique au sens plus large de ce fameux consensus social ; Paul Coste-Floret suggère à ce titre la notion d'objet du service public qui ne saurait être « découpé par tranche » mais François Goguel considère que le fond de la question n'est pas le type ou la portion de service public pour lesquels on peut limiter le droit de grève car cela en concernerait probablement la plupart au nom de la continuité de ce service. Il parvient ici à dégager l'idée d'un droit à l'information qui existerait logiquement avec une valeur constitutionnelle en tant que résultant de l'ensemble de la législation sur la presse et sur la liberté de diffusion des idées. Ainsi, la télévision, en diffusant la plupart des informations, serait-elle la garante de ce droit constitutionnel pour chaque citoyen à être informé. Mais cela n'exclurait pas le droit de grève à la télévision pour autant car ,

« ce qui convient en réalité, rappelle-t-il, c'est que l'ordre public ou la sécurité des personnes soient véritablement mis en cause pour que le droit de grève puisse être interdit ».

Ainsi, va-t-il plus loin que le rapporteur pour rejoindre sa décision de non conformité partielle mais en surmontant les insuffisances de la notion de service public d'intérêt général.

L'on peut donc observer ici les membres du Conseil constitutionnel s'interdire de repenser la loi tout en s'autorisant à en analyser les fondements, voire à les réinterpréter dans le sens qui leur semble le plus partagé par les citoyens : ici, priment le droit à l'information, qui n'est pas sans rappeler cette rhétorique tendancielle des droits déjà soulignée, et le droit de grève dans sa définition historique, sur une éventuelle continuité du service public d'intérêt général qui vaudrait d'office en soi.

Ce rôle du Conseil envisagé par ses membres est bien encore celui d'une institution capable de rappeler ce qui doit prévaloir pour que la loi soit constitutionnelle, c'est-à-dire d'identifier celui des critères relatif au corpus constitutionnel et jurisprudentiel qui mérite d'être retenu quitte à l'extrapoler, et à faire parler la Constitution dans le sens traduisant le plus fidèlement l'évolution de la société. Ne disposant pas de ressources constitutionnelles aussi immédiates que lors de la délibération précédente, le Conseil ne se déclare pas pour autant incompetent ; il ne l'aura d'ailleurs fait qu'exceptionnellement sur la période de notre étude. Il y a donc bien toujours en filigrane l'ambition stratégique de donner une réponse crédible mais celle-ci n'est à aucun moment débattue en tant que telle. Elle est en revanche encore conditionnée aux yeux des membres du Conseil constitutionnel par sa propre capacité à dégager un argument de droit constitutionnel (argument constitutionnel dérivé) qui respecte le consensus social que la loi semble ici traduire, tout en mettant celle-ci en accord avec la Constitution. Ainsi, fournir une réponse crédible passe par la capacité du Conseil constitutionnel à faire droit à ce principe de responsabilité politique précédemment repéré sans pour autant dénier cette compétence au législateur qui, en l'occurrence, n'a pas failli en la matière même si la précision lui a fait défaut. Ségalat confirme cette approche en évoquant l'évolution du droit, d'une époque où continuité et service public allaient de pair et qu'il a bien connue alors qu'il présidait la SNCF, jusqu'à l'époque présente où plusieurs services publics coexistent sans toujours nécessiter cette notion de continuité. Il explique néanmoins qu'il demeure une zone où,

« sous peine d'anarchie, de disparition de toutes les fonctions nécessaires de l'Etat, la continuité est indispensable »,

soulignant ainsi la difficulté à laquelle était confronté le législateur, et que la saisine a su voir.

Ce faisant, en analysant ainsi l'évolution de la vie institutionnelle de son temps, le

Conseil peut y clarifier son rôle ; ce dernier se traduit alors à travers une capacité perçue du système démocratique à prendre en compte une institution repensant les fondements d'un certain équilibre des pouvoirs dans le contexte d'une démultiplication des attentes sociales. La diversité des moyens techniques et celle des loisirs qui s'en suit, mises au jour ici par l'évolution des attentes à satisfaire par la télévision, oblige en effet à revisiter des notions fondatrices de l'Etat telle que la continuité du service public, voire à assurer leur coexistence avec les droits nouveaux générés par cette diversité. Dans le même temps, les institutions démocratiques peuvent faire droit à la capacité d'une institution comme le Conseil constitutionnel à relever le défi. C'est ce que signale ici, depuis notre angle de vue, la conception objectivée que ses membres se font de son intégration au système républicain en place.

Conclusion

C'est en l'espèce l'idée de continuité du service public qui alimente et structure le débat, de par les variantes qui lui sont associées, et le Président Frey confirme le rôle central que peut y jouer le Conseil sur « l'une des affaires les plus importantes qui lui aient été soumises ». Le débat se noue peu à peu autour de ce rôle qui ressortira de la rédaction de la décision : il s'agit soit de modifier certains termes de la loi trop restrictifs en l'état, comme le propose le rapporteur suivi de nombreux collègues, soit de ne pas y toucher en déclarant alors une conformité, par crainte, mentionnée explicitement à plusieurs reprises, que le Conseil ne se substitue au législateur. Le Président, non sans mobiliser une certaine rhétorique de la persuasion, signale que pour sa part,

« il regretterait que le Conseil se refuse le droit qui lui est très précisément donné par la loi organique, de déclarer une disposition séparable du texte de loi »,

et François Goguel de préciser que ce ne serait pas là rendre la loi inefficace puisqu'*in fine* le Président de la République peut toujours demander une nouvelle lecture au Parlement. C'est donc fort du fait qu'il n'a pas en réalité le dernier mot lors d'une non conformité partielle que le Conseil pourrait se permettre une ingérence dans le contenu de la loi. D'une certaine manière, dans la mesure où il laisserait une seconde chance au législateur - celle d'être plus en adéquation avec son temps -, il pourrait aller sur le terrain de ce dernier : le moins que l'on puisse dire est que l'argument n'est pas directement extrait de la Constitution. Cela étant, il demeure que le respect du vœu du législateur prime selon les deux acceptions, le rapporteur répétant encore que dans la seconde, le texte n'est pas invalidé mais seulement modifié.

A contrario, et c'est aussi très révélateur du souci que les membres du Conseil se font du positionnement de leur institution, certains d'entre eux, dont Paul Coste-Floret et Achille Peretti, s'inquiètent non pas tant uniquement d'empiéter sur le pouvoir législatif mais du fait que le Parlement pourrait très bien, en cas de nouvelle lecture, modifier encore ce qu'a décidé le Conseil. Autrement dit, sur le plan du rôle joué par le Conseil, cette précaution de la non conformité partielle ne présente-t-elle pas que des avantages mais également un risque de perte d'autorité des décisions de celui-ci. A ce niveau, la stratégie du meilleur positionnement refait surface ; s'il s'agit de respecter le rôle du Parlement, il est explicite ici que ce ne peut être au détriment de celui du Conseil constitutionnel. François Goguel, moins craintif sur ce plan, considère que ce jeu de pouvoir du dernier mot n'aura pas lieu dès lors que le Conseil,

simplement, « permet au législateur de remettre sa loi en forme ». La tension est cependant nette entre les membres dont le vote final n'est tranché pour la non conformité partielle que par la voix prépondérante du Président.

Respect des débats parlementaires et de leur caractère consensuel, prise en compte d'un certain pragmatisme législatif plus encore qu'une garantie stricte d'un équilibre entre prérogatives législatives et réglementaires, recherche des fondamentaux de la Constitution pour clarifier le texte de loi, reviennent ici à aider le pouvoir législatif dans sa démarche tout en fondant cette aide sur la capacité du Conseil constitutionnel à prendre en charge un compromis nécessaire entre Constitution et évolutions de la société, entre ce qui change et ce qui ne change pas. Cela renvoie l'image d'une vie démocratique capable, aux yeux du Conseil du moins, de laisser à une institution non élue un droit de regard sur ce qui la tient ensemble. Ce reflet d'un déplacement des lignes de démarcation entre les représentants de la souveraineté nationale et les autres est certes déjà induit par les institutions de la Ve République qui dépossèdent le législatif de sa toute puissance et dont on pourra alors dire qu'il était ainsi prévisible, mais il dépasse aussi celles-ci dans la mesure où, à travers la conception que le Conseil se fait de sa mission en cours de développement, c'est un rapport de la société démocratique à la Constitution qui se dévoile peu à peu, modelant en retour cette dernière dans un sens alors inédit. Lire la Constitution apparaît ici en effet comme un exercice d'interprétation en regard de ce que la société démocratique exprime comme attentes nouvelles, alors souvent démultipliées au point de flouter la dimension prétendument unitaire de l'intérêt général. Celui-ci nécessite alors d'être pensé à nouveaux frais au titre de ce qu'il est censé encore garantir de commun.

C'est là une irruption nette de la réflexion des membres du Conseil constitutionnel dans le champ politique sous son acception la plus haute, que l'on estime de l'extérieur que c'est ce qui est attendu de lui ou pas. La référence à la jurisprudence apparaît aussi comme une tentative d'inscription de ces évolutions dans une durée permettant de réaffirmer un mode commun de fonctionnement démocratique et institutionnel. Lorsqu'elle n'est pas disponible ou seulement partiellement efficace, le Conseil cherche dans le corpus constitutionnel ou même législatif, d'autres critères acceptables par ses interlocuteurs et, tel qu'il en parle en interne, par la société démocratique dans son ensemble.

Ces critères sont cependant des interprétations du texte constitutionnel qui tiennent sur un fil tendu entre la diversité des attentes sociales et la nécessité de les actualiser ensemble : promesse, par définition d'une Constitution qui serait entendue comme le phare d'une pensée politique collective toujours en mouvement. Le concept de « Constitution vivante » élaboré par David Strauss⁴²⁵ pour rendre compte de l'adaptabilité de la Constitution américaine au cours du temps selon les circonstances et sans que cela n'entraîne de révision est ici éclairant. Il permet en effet de comprendre cette prise en compte de la diversité dans la recherche d'un certain horizon commun comme une lecture nécessaire de la Constitution si l'on tient à penser le droit constitutionnel au service du politique qu'il encadre sans en stériliser les projets⁴²⁶. Choisir de

⁴²⁵ David Strauss, *The living Constitution*, Oxford-New York, Oxford U.P., coll. « The inalienable rights », 2010, 176 p. cf aussi la recension qu'en fait Apostolos Vlachogiannis dans *Jus Politicum*, n°5 : <http://juspoliticum.com/David-Strauss-The-Living.html>

⁴²⁶ Du reste, Apostolos Vlachogiannis montre dans sa thèse que cette notion de Constitution vivante, loin de n'être qu'une image suggestive, fait écho à une solide philosophie du droit chez de nombreux juges de la Cour suprême américaine. Cf. la thèse publiée d'Apostolos Vlachogiannis, *La Living Constitution. Les juges de la Cour suprême*

répondre aux saisines de cette manière, en faisant droit au maintien de l'équilibre – souvent institutionnel- en place, autant qu'au projet du législateur, relève ici d'autant plus d'une réflexion politique en soi que celle-ci peut entrer en conflit avec le souci stratégique de la crédibilité des décisions du Conseil. Dire que la première l'emporte sur la seconde n'aurait que peu d'intérêt pour un travail qui cherche à rendre compte des intrications des arguments mobilisés en interne pour forger une conception commune du rôle du Conseil constitutionnel ; la pertinence d'une telle conclusion serait du reste amoindrie par la courte majorité avec laquelle la première approche l'emporte. Retenons donc plus rigoureusement qu'à présent co-existent les deux dimensions de la pensée stratégique et de la pensée politique.

Séance du 13 septembre 1979 – demande de déclassement / nature juridique de dispositions portant création d'organismes de recherche.

=> Qu'apprend-on ici?

Mise en perspective du principe précédent dans le cas d'une saisine obligatoire sur un terrain plus neutre politiquement qu'une loi.

Confirmation de l'effacement progressif de ce critère du caractère politique de la décision, en faveur du principe de responsabilité politique.

Affirmation de la confiance du Conseil dans ce qui relève de sa réflexion politique, conjuguée à la permanence de la référence à sa jurisprudence pour se penser légitime pour combler les vides laissés par la Constitution à un législateur par conséquent jugé inefficace mais toujours respecté.

Auprès de tous les membres réunis lors de la séance du 13 septembre 1979, le Président du Conseil constitutionnel, Roger Frey, rend un vibrant hommage à la mémoire de leur collègue Paul Coste-Floret décédé en août 1979.

C'est Robert Lecourt qui le remplacera. Avocat de formation, celui-ci entre vite en politique et est membre des deux Assemblées nationales constituantes pour la IV^e République ; député MRP de la Seine, il occupe aussi de nombreuses fonctions ministérielles sous les IV^e puis V^e République, notamment celle de Ministre d'Etat du Gouvernement Michel Debré, chargé de la coopération avec les Etats africains puis chargé du Sahara et de l'Outre-Mer. Egalement juge à la Cour de Justice des Communautés européennes entre 1967 et 1976, il est donc nommé au Conseil constitutionnel par le Président du Sénat Alain Poher en septembre 1979.

L'un des examens prévus à l'ordre du jour de cette séance porte sur l'appréciation de la nature juridique des dispositions de l'article 3 de la loi du 03 janvier 1967 portant création d'organismes de recherche. Le rapport et le débat seront relativement brefs mais ils nous permettent de revenir sur ce type de délibérations où la saisine provient du Premier ministre et où l'accord du Conseil constitutionnel est obligatoire pour reporter les dispositions législatives concernées dans le champ réglementaire. Plus neutre politiquement que des décisions portant sur

des Etats-Unis et la Constitution, préface d'Olivier Beaud, Paris, Classiques Garnier, coll. « Bibliothèque de la pensée juridique ».

une loi, celles-ci ne sont pas pour autant sans conséquences politiques puisqu'elles étendent la marge de manœuvre du Gouvernement. Nous les avons classées « politiquement neutres » eu égard à la primauté de la loi dans notre définition de ce qui constitue directement la vie politique et ce faisant la manière dont le Conseil s'y insère. Nous avons cependant précisé que les modifications institutionnelles qu'elles entraînent y ont nécessairement un impact dans un second temps. Nous avons alors pu relever à travers l'évolution des propos tenus lors des délibérations, que la conception que le Conseil se forge de son rôle s'exprime dans ce type de cas à l'aune d'une prise au sérieux de plus en plus affirmée du partage des tâches constitutionnellement défini qu'il est censé garantir. Il sera donc intéressant de considérer le principe de responsabilité politique à l'horizon de ce type de réflexion sur la conformité à la Constitution des prérogatives requises pour le Gouvernement par des demandes de déclassement.

Louis Gros est encore ici le rapporteur. Il commence par rappeler la jurisprudence du Conseil constitutionnel en matière de création d'établissements publics et c'est précisément les évolutions de celle-ci qui feront débat et traduisent encore un questionnement interne quant au rôle du Conseil constitutionnel. L'on apprend ainsi que la même année, le Conseil constitutionnel déjà saisi par le Premier ministre respectivement en mai puis en juillet 1979 pour des déclassements concernant des textes ayant créé en 1967 deux nouveaux établissements publics, l'Agence Nationale de Valorisation de la Recherche (ANVAR) et l'Agence Nationale Pour l'Emploi (ANPE), avait estimé en mai,

« que l'on ne pouvait interpréter les termes de l'article 34 de la Constitution réservant au législateur les règles concernant la création des catégories d'établissements publics sans tenir compte de l'extrême multiplicité et de la grande diversité de ces établissements ».

Au passage, on notera la démultiplication des services publics dont l'expression au pluriel a déjà fait débat dans la précédente délibération. Cette décision du Conseil réfute en effet une précédente jurisprudence selon laquelle, en 1961, il avait retenu trois critères de définition pour une catégorie d'établissement public : un caractère identique (administratif, économique et financier, scientifique et technique, etc.) au sein d'une même catégorie, une tutelle territoriale de même type, une spécialité étroitement comparable ; c'est ce troisième critère qui a été abandonné en mai 1979 au profit de celui de l'analogie de la mission, beaucoup plus large, l'idée du Conseil étant alors de retenir « un exposant commun », de

« s'attacher au type d'activité exercée plutôt qu'aux domaines concrets dans lesquels cette activité s'applique » .

En juillet de la même année, c'est le premier critère, lié au caractère, qui n'est alors plus retenu et notamment la compétence législative en matière d'identification de ce caractère est abandonnée, ouvrant la voie à la modification du caractère d'un établissement public par décret.

L'établissement dont la nature du texte de création est à présent soumise à l'examen du Conseil est, comme l'ANVAR, un institut de recherche, dont la mission est plus précisément d'entreprendre ou de faire entreprendre des recherches fondamentales ou appliquées, de développer la formation, l'information et le perfectionnement des personnels. Le Gouvernement souhaite le déclassement de son article 3 pour pouvoir abroger le texte par décret et créer également par décret deux nouveaux établissements de recherche. Or, selon la jurisprudence

rappelée, l'abrogation du texte de création ne dépend pas de la compétence législative et le caractère réglementaire de l'article concerné semble ainsi acquis aux yeux du rapporteur. Par ailleurs, il souligne, sans qu'il en soit besoin pour la décision proprement dite, que le Conseil a déjà déclassé certaines dispositions de ce même article et que par conséquent, il convient plutôt de « répondre que la demande du Premier ministre est sans objet ». Pourquoi le mentionner ? La réponse du rapporteur est immédiate :

« On ne saurait remettre en cause par une décision du Conseil constitutionnel, fût-ce pour la confirmer, une décision antérieure ».

C'est bien de l'autorité des décisions du Conseil qu'il s'agit ou, pour le dire dans un langage constitutionnel, du fait que celles-ci « ne sont susceptibles d'aucun recours »⁴²⁷ et cela vis-à-vis de tous les pouvoirs publics ou autorités administratives ou juridictionnelles. Le rapporteur propose de rappeler ce point au Premier ministre dans le premier considérant de la décision. Ainsi, quand son rôle est à définir en l'absence d'une jurisprudence claire ou en l'absence d'enjeux politiques qu'il s'imposerait d'apprécier avec précaution mais que, plus directement, la Constitution est explicite en l'espèce, le Conseil s'estime à présent suffisamment audible pour rappeler son autorité quand bien même cela serait sans lien direct avec la décision elle-même. Le voici loin des timides déclarations internes des premières années de l'institution où l'on entendait souvent ses membres cantonner prudemment le Conseil à sa « compétence attributive » sans envisager pour autant de rappeler celle-ci dans ses décisions pour son autorité. Mais ce qui génère un court débat, pour lequel une quasi-unanimité est rapidement établie, tient à ce que l'on pourrait appeler, avant la lettre, les revirements de jurisprudence⁴²⁸ du Conseil. René Brouillet se dit « déconcerté » que sur ce sujet de la création de catégorie d'établissements publics,

« l'application de la Constitution...//...varie avec les décisions successives du Conseil constitutionnel ».

Il se pose ainsi la question du rapport à la Constitution que doit entretenir le Conseil. Ses collègues, notamment François Goguel et Gaston Monnerville expliquent que, précisément, en l'absence de texte législatif définissant ce qu'est une catégorie d'établissements publics, le Conseil applique la Constitution en les définissant lui-même puisqu'ainsi, à partir d'une telle définition, le législateur trouve compétence pour créer la catégorie. Une lecture non familière du droit constitutionnel gagnera en clarté si l'on rajoute ici que l'article 34 de la Constitution attribue en effet à la loi, entre autres, la fixation des règles concernant la création de catégories d'établissements publics. Notons que la décision du rapporteur remporte toutes les voix des membres du Conseil constitutionnel à l'exception de celle de René Brouillet, non convaincu. Ses doutes, même s'ils ne sont pas partagés par ses collègues, sont intéressants à relever dans la mesure où ils procèdent d'une double crainte traduisant une conception du rôle du Conseil constitutionnel : d'un côté, le Conseil jouerait à l'apprenti sorcier avec la Constitution et de l'autre, il occuperait une place que le conseiller considère spontanément dévolue au législateur malgré la nuance inscrite à ce titre dans la Constitution parlant de fixer les règles concernant la création de catégories et non pas de définir ces dernières. Tout se passe comme si René Brouillet

⁴²⁷ Article 62 de la Constitution

⁴²⁸ Article de Thierry di Manno, « Les revirements de jurisprudence du juge constitutionnel, présentation », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 20 (Dossier : Les revirements de jurisprudence du juge constitutionnel) - juin 2006. <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-20/les-revirements-de-jurisprudence-du-juge-constitutionnel-presentation.50631.html>

n'envisageait pas légitime pour le Conseil de s'engouffrer dans cette sorte de vide constitutionnel, fût-ce pour répondre à la nécessité imposée par la démultiplication des types d'établissements publics.

Cela relève d'une conception du rôle du Conseil contrastant avec l'ardeur du rapporteur à rappeler l'autorité de celui-ci : là, prévaut plutôt en effet l'idée que l'institution doit rigoureusement se cantonner à la Constitution et à sa propre jurisprudence, laquelle ne saurait priver de fait le pouvoir législatif de ses prérogatives au motif que celles-ci sont constitutionnellement peu claires. Autrement dit, le bénéfice du doute doit être en faveur du pouvoir législatif selon René Brouillet quand la jurisprudence, même à géométrie variable, suffit aux yeux de tous les autres conseillers. Etant donné les nombreux cas où le Conseil constitutionnel se met à la place du législateur, on aurait tôt fait de considérer sa décision, prise à une large majorité, d'accorder au Gouvernement le déclassement demandé, comme une simple allégeance à celui-ci. Du reste, la variabilité tolérée est justifiée par le besoin réel de répondre à une variété croissante de création de catégories d'établissements publics : c'est bien là l'argument majeur qui va primer et qui peut se présenter comme relevant de la recherche d'un équilibre entre Gouvernement et Parlement, au service d'une nécessité socio-économique. N'en sous-estimons pas pour autant le caractère stratégique pour le Conseil toujours présent dans les propos de ses membres : affirmer son autorité nécessite en effet de ne pas se dédire quand bien même la jurisprudence aurait été auparavant modifiée ou plutôt complétée par de nouvelles dispositions répondant à de nouveaux besoins.

Conclusion

Au cours de ce débat, les arguments stratégiques s'entrecroisent en réalité avec une confiance accrue du Conseil constitutionnel dans son rôle de contrôle des liens entre institutions sur une base à la fois constitutionnelle et adaptée aux besoins de la société. Ce rôle-ci pourrait cependant ne pas être évoqué tant la jurisprudence peut suffire ; cette évocation signale cependant à nouveau la présence de ce principe de responsabilité à l'œuvre : il est encore corrélié à une réflexion sur le respect du rôle du Parlement et apparaît au moins comme une condition nécessaire pour sous-tendre la crédibilité de l'argument constitutionnel.

Cette affirmation de la confiance du Conseil dans ce qui relève de sa réflexion politique et cette permanence de la référence à sa jurisprudence sont toutes deux associées à la capacité à se penser légitime pour combler les vides laissés par la Constitution à un législateur alors inefficace. Ce faisant, le Conseil respecte le pouvoir de celui-ci.

La pratique démocratique ainsi suggérée montre un subreptice basculement vers la possibilité d'une délégation partielle du pouvoir souverain à une institution non élue, dès lors que celle-ci répond aux attentes sociales identifiées comme étant les plus partagées.

Séance du 09 janvier 1980 - Loi relative à la prévention de l'immigration clandestine et portant modification de l'ordonnance n°45-2658 du 2 novembre 1945 concernant les conditions d'entrée et de séjour en France des étrangers et portant création de l'Office National d'Immigration.

⇒ Qu'apprend-on ici ?

⇒ La référence constitutionnelle demeure plus simple à mobiliser *a fortiori* s'il s'agit de garantir des libertés, point d'émancipation du Conseil par rapport au législateur se confirmant.

Le Conseil est nettement plus intéressé par le degré de compréhension du législateur à mobiliser dans le débat que par le caractère pourtant critique de la loi aux yeux de l'opinion publique. D'une part, la dimension liberticide de la loi serait largement exagérée par les uns et les autres et d'autre part, le caractère non constitutionnel de la loi suffit ici aisément à l'invalidier directement. C'est lorsque la Constitution ne permet pas de conclure ou lorsqu'il y a conflit entre ce qu'elle peut laisser envisager et ce que demande l'évolution sociale qu'il s'agit de trancher plus délicatement. Or, ici, l'avis de l'opinion publique rejoint ce à quoi la Constitution renvoie.

En revanche, la position du curseur qui régit l'intérêt porté par Conseil au travail du législateur demeure toujours aussi discutée ; son importance ne diminue pas. Elle ne relève pas pour autant ici d'une approche exclusivement stratégique de la part du Conseil constitutionnel mais plutôt de la recherche d'une cohérence entre ce qui, à l'évidence, relève du respect de la Constitution et ce qui relève du rôle du pouvoir législatif, maître des nécessités qui s'imposent. En effet, lorsqu'il s'agit de protéger des libertés, si le respect du législateur demeure stratégique pour le Conseil constitutionnel, c'est d'une manière conditionnant moins le rôle de ce dernier ; le Conseil est alors capable de s'en émanciper sur le sujet de la garantie des droits.

Contextualiser cette séance est nécessaire pour bien cerner les enjeux tant politiques que sociaux qui y sont débattus. A cet effet, les archives de la presse de l'époque nous signalent le contexte tendu dans lequel la loi dite « loi Bonnet », du nom du Ministre de l'intérieur, a été votée. De nombreux intellectuels adressent même une lettre au Président de la République, Valéry Giscard d'Estaing, afin de faire valoir la tradition d'accueil, les devoirs d'hospitalité de la France et le droit des étrangers y ayant prévalu jusqu'à lors. Il est en effet reproché à la nouvelle loi, votée à l'Assemblée nationale en première lecture le 29 mai 1979, de durcir les conditions d'entrée sur le territoire et de faire de l'entrée ou du séjour irréguliers un motif d'expulsion, au même titre que, précédemment, la menace pour l'ordre public. La loi Bonnet, en prévoyant aussi la reconduite de l'étranger expulsé à la frontière et sa détention éventuelle dans un établissement s'il ne peut quitter immédiatement le territoire, fait apparaître pour la première fois la rétention administrative, le juge n'étant censé intervenir qu'au bout de sept jours de rétention.

Quand, au mois d'octobre 1979, le Sénat examine le projet de loi, un millier de personnes défilent à Paris à l'appel de la Confédération Générale du Travail (CGT) et de la Confédération française démocratique du travail (CFDT). Cette mobilisation et de très vives réactions dans l'opinion publique, n'empêchent pas le vote de la loi en décembre 1979.

Ces éléments de contexte ne figurent pourtant qu'en filigrane dans le débat : sont-ils minimisés par les conseillers ou nous semblent-ils aujourd'hui plus importants qu'ils ne l'étaient alors ? Seuls les échanges discursifs pourront nous éclairer sur ce point.

On se souvient notamment que la délibération sur l'interruption volontaire de grossesse avait donné lieu au sein du Conseil constitutionnel à une prise en compte très sérieuse des réactions virulentes des opposants à la loi, comme des mobilisations déterminées de ses défenseurs. De la même manière, cependant, on notera ici l'irruption de l'expression des « sentiments » du rapporteur, comme alors celle du rapporteur de la décision sur la loi IVG : cela rappelle qu'avant d'être des conseillers, ces hommes sont des citoyens pouvant relayer aussi, par l'expression emphatique ou passionnée de leurs propres opinions, l'existence d'un débat public où les émotions sont vives. Mais ledit débat public a précisément vocation à canaliser ces émotions pour en déduire une loi commune acceptable par tous. Il ne suffit donc pas d'en relayer les passions constitutives pour agir civiquement. François Goguel livrait solennellement en 1975 sa propre éthique religieuse contre l'avortement, tout en soutenant la loi pour d'autres raisons ; ici René Brouillet va se voir reprocher un sentimentalisme qui le situe, comme François Goguel autrefois, dans le champ des réactions personnelles, celui certes des opinions propres à l'expression libre des citoyens mais non venues en tant que telles ni dans une arène politique où l'on parle au nom de ceux que l'on représente (que cela signifie s'en faire le porte-parole ou exprimer des idées dont on sait qu'elles seront ensuite évaluées, voire sanctionnées, par les citoyens) et pas en son seul nom, ni dans une enceinte où l'on est censé porter un regard constitutionnel sur les phénomènes politiques, comme le rappellent dans ces deux cas les Présidents respectifs du Conseil constitutionnel, Gaston Palewski et Roger Frey. Ainsi, que les mobilisations et les débats d'opinion agitant la société rejaillissent de temps à autre sur les membres du Conseil constitutionnel en tant qu'ils sont aussi des citoyens et des hommes n'est pas en soi révélateur de l'amplitude de ces débats d'opinion.

Le rapporteur Louis Joxe – nommé exclusivement Monsieur l'Ambassadeur dans ce procès-verbal- comme de coutume, rappelle le statut qu'entend modifier la nouvelle loi, en l'occurrence le statut des étrangers (leur entrée, leur séjour, les dispositions pénales relatives aux entrées irrégulières), et les raisons de ces modifications. Celles-ci renvoient au « statut libéral de l'ordonnance de 1945 » qui avait,

« favorisé dans les années d'essor économique le mouvement migratoire vers la France ».

Or, entre 1946 et 1976, le nombre d'étrangers en France serait passé de moins de quatre cent mille à trois millions sept cent mille soit une augmentation de 825% tandis que la situation économique n'a plus lieu de favoriser le mouvement migratoire depuis « la crise de l'énergie », entendons les répercussions du premier choc pétrolier de 1973 sur les coûts des matières premières et plus largement sur l'économie française. Le rapporteur précise d'ailleurs que depuis 1974, cette situation a conduit « à limiter l'ampleur de l'immigration ». Il passe ensuite en revue l'évolution de la législation correspondante, devenue plus restrictive, et notamment l'application accrue de l'article 120 du Code pénal définissant le délit d'internement arbitraire commis par les responsables d'établissements pénitentiaires en déclarant qu'un tel délit n'est pas commis quand les personnes internées sont des personnes expulsées ou extradées sur ordre provisoire du Gouvernement. Ainsi, conclut le rapporteur après un historique des évolutions de la jurisprudence du Conseil d'Etat en la matière,

« dans la rédaction de la loi actuelle, on a poursuivi une gradation juridique dans la hiérarchie des textes mettant en application cet article 120 du Code pénal, puisque après la circulaire, on en est venu au décret et qu'à présent, on aboutit à une loi ».

La nouvelle loi semble donc s'inscrire dans une logique économique autant que politico-juridique, toutes deux apparemment compréhensibles. Il faut donc en venir à son élaboration pour cerner le point de vue de ses détracteurs.

Le rapporteur explique sans difficulté que le Gouvernement « tend à inverser le courant migratoire » et que la loi a été adoptée en première lecture par l'Assemblée nationale sans modification mais, en raison de l'irruption, au moment de l'examen de la loi au Sénat, d'un autre projet émanant du ministère du travail sur les conditions de séjour et de travail des étrangers, la Commission du Sénat a alors considéré plus logique d'étudier d'abord ce dernier et voter une question préalable afin de repousser l'examen en cours. Plusieurs lectures s'en sont suivies alors jusqu'à la convocation d'une Commission mixte paritaire dont le rapporteur déplore qu'il ait été « difficile de savoir les raisons exactes de certaines modifications » apportées par celle-ci. Et de s'insurger bien davantage :

« On peut d'ailleurs se poser la question de savoir s'il est concevable que le Conseil constitutionnel, qui a à apprécier la validité de la loi, soit ainsi laissé dans l'ignorance de certains éléments qui ont contribué à l'élaboration de celle-ci ».

Ainsi, le point de vue du rapporteur est-il clair : pour apprécier la conformité d'une loi à la Constitution, le rôle du Conseil est de commencer par comprendre les tenants et les aboutissants de cette loi ; autrement dit, les parlementaires devraient avoir à l'esprit que s'ils peuvent saisir le Conseil constitutionnel, ils doivent aussi lui fournir les informations éclairantes à la bonne compréhension de la loi. Il semble qu'à ce stade de son existence, le Conseil porte ce regard minutieux sur l'élaboration de la loi entre le Gouvernement et les deux chambres non seulement par souci de trouver sa place en respectant le législateur mais également au nom d'une pratique, d'une certaine manière professionnelle, acquise depuis suffisamment longtemps pour justifier la formulation d'un tel reproche à l'endroit du législateur.

La présentation des articles de la loi et des moyens de la saisine - violation du droit d'asile, internement arbitraire, substitution de l'autorité administrative à l'autorité judiciaire car le contrôle du juge n'intervient qu'après sept jours de détention, rétroactivité de certains articles - permet au rapporteur de conclure. Ce procès-verbal, étonnamment, ne contient pas le projet de décision mais le débat qui suit est suffisamment nourri pour en donner une idée précise.

C'est Louis Gros qui s'annonce derechef en désaccord avec le rapporteur en annonçant que selon lui, la loi « porte sur la liberté individuelle » et en rappelant aussi que,

« il convient, pour tout juge, de faire abstraction de ses sentiments personnels, d'apprécier la loi objectivement et non en fonction de nos sentiments ».

Il est intéressant de l'entendre conclure que les limites de l'étude à mener « sont posées par le rôle du Conseil », rôle qu'il semble avoir lui-même bien intégré mais qu'il ne définit pas, au-delà de cette notion d'objectivité face à la loi examinée. Cela étant, si les angles de vue diffèrent entre cette intervention et celle du rapporteur, l'idée d'une affirmation de l'autorité du Conseil se dégage aisément de leurs propos respectifs : il était pour le rapporteur inconcevable de laisser le Conseil dans l'ignorance de l'élaboration de la loi, quand c'est encore au Conseil de poser les limites de cette compréhension selon son détracteur.

Louis Gros poursuit en revenant sur la loi, notamment son contenu et les griefs qui lui sont faits. Concernant le ralentissement du vote du Sénat par l'arrivée d'un second projet de loi, il estime que c'est là,

« un problème de pure opportunité politique qui dépend du seul Gouvernement et qui est sans importance pour nous (le Conseil)...///...et qu'il ne convient que nous prenions pour axe de notre étude le fond de la loi...///...simplement nous soucier de sa validité au regard de la Constitution ».

Ainsi, précise-t-il ici les limites posées par le rôle du Conseil constitutionnel. Et d'exhorter ses collègues à ne pas s'aventurer sur le chemin du « gouvernement des juges » et à s'en tenir au seul contrôle de constitutionnalité. Une crainte aussi explicite peut sembler à présent dépassée mais elle a le mérite de clarifier le positionnement du Conseil aux yeux de Louis Gros : un contrôle de constitutionnalité s'en tenant à la seule Constitution. Il pourrait sembler surprenant de le rencontrer sur cette voie de la rigueur constitutionnelle quand, rapporteur des projets de décisions précédents et notamment de celui sur la loi relative à la grève du service public radiotélévisé, il avait accordé une partie considérable de son exposé à une analyse cherchant, au-delà de la Constitution, ce qui lui semblait sous-tendre la loi : il s'était néanmoins alors déjà interdit de juger l'opportunité de la loi et sa démarche avait été annoncée d'emblée comme relevant du vide constitutionnel et jurisprudentiel sur la question. Il semble donc nourrir une idée plus ramifiée du rôle du Conseil que la seule lecture du présent débat pourrait le laisser entendre : s'en tenir à la Constitution et cerner le propos du législateur dans ce qu'il a de plus consensuel en s'interdisant, comme il le dit ici, « de se substituer au législateur ». Sans faire d'analyse quantitative du discours, l'expression est à vue d'œil suffisamment récurrente dans les débats du Conseil pour signaler ce garde-fou incontournable de son rôle. Nous en avons même fait l'objet d'un chapitre. Cependant, nous avons aussi pu observer plusieurs fois que le rôle du Conseil recouvre d'autres nuances pour ses membres : si Louis Gros revient ici à un respect strict du législateur, on a déjà entendu souvent les membres du Conseil constitutionnel s'interdire de légiférer en même temps qu'ils empiétaient sur le terrain législatif. Que ce soit afin de provoquer la rédaction d'une meilleure loi sur le plan constitutionnel en appréciant positivement son opportunité, ou pour indiquer comment interpréter certaines de ses dispositions car on considère que la loi est nécessaire, ou encore en déclarer la non conformité partielle pour garantir un consensus social supposé que certaines dispositions de la nouvelle loi mettraient en défaut, certes, il ne s'agit pas alors de réécrire la loi mais tout de même de l'envisager sous un angle politique relevant ultimement du législateur, au sens non partisan du terme, au sens général et classique de celui qui règle la vie sociale⁴²⁹ selon sa propre appréciation de la nécessité. Il est d'ailleurs flagrant que Louis Gros, dans sa lecture stricte du rôle du Conseil vis-à-vis du

⁴²⁹ Il nous semble d'autant plus stimulant de rappeler en termes simples la vocation du pouvoir législatif, que les membres du Conseil constitutionnel, eux-mêmes fins connaisseurs des rouages du pouvoir législatif sous la Ve République française, s'interrogent beaucoup sur leur capacité d'action vis-à-vis de celui-ci.

Aussi, parler de pouvoir législatif renvoie certes à des organes différents selon les constitutions et dans le cas français de la Constitution de la Ve République, ce pouvoir est distribué entre le Parlement et le Gouvernement, mais il s'emploie toujours par définition à organiser la vie sociale dans toute sa contingence, laquelle peut bien s'inscrire ensuite en pratique dans la durée (le droit et la jurisprudence participent de ce mouvement sans le rendre irréversible). Nous renvoyons à l'introduction où, précisément, c'est une interrogation sur la place centrale du pouvoir législatif en politique et sur la légitimité de celui-ci dans une démocratie moderne, qui nous a conduit à chercher à cerner la dimension politique et ce faisant la forme de légitimité démocratique des cours souveraines qui influent le pouvoir législatif.

législateur, ne soit suivi par aucun de ses collègues, et cela d'autant moins qu'il met le Conseil en porte-à-faux par rapport à sa propre « jurisprudence » interne, entendons une pratique désormais acquise et révélatrice d'une conception de son rôle qui ne se fige plus dans la seule crainte d'un gouvernement des juges ; c'est pourtant ce que Louis Gros persiste à l'exprimer : « suggérer une solution au législateur, dit-il, paraît aller au-delà de notre rôle ».

Voilà un déni de réalité vis-à-vis de positionnements du Conseil déjà rencontrés où « suggérer une solution » pouvait prendre des tournures subtiles laissant au législateur le choix ultime de la solution. Sur le fond, cependant, la question à se poser pour Louis Gros demeure celle de la liberté individuelle et notamment celle de savoir si les modifications apportées violent l'article 66⁴³⁰ de la Constitution prévenant de la détention arbitraire. Ici le légicentrisme de Louis Gros se réaffirme dans le sillage cohérent de ses précédents propos puisque sa préférence va à une loi pouvant autoriser de porter atteinte à la liberté d'un individu en prévoyant l'intervention d'un juge et, enchérit-il,

« c'est à la loi d'organiser comme elle l'entend ce contrôle ». Et d'insister aussi sur la caractère libéral de son légicentrisme :

« la nouvelle loi est plus protectrice de la liberté que ne l'est le droit actuellement en vigueur c'est-à-dire celui qui est défini par l'article 120 du Code pénal ».

François Goguel le rejoint sur l'exagération avec laquelle est dénoncé le caractère liberticide de la nouvelle loi, évoquant la « propagande » développée à ce sujet dans la presse. Mais il estime néanmoins que ne pas prévoir d'intervention immédiate du juge dans les cas d'internement des étrangers en situation irrégulière pose un problème de renoncement aux principes de la DDHC ; il précise que même si invalider cette nouvelle loi renvoie à la situation également insatisfaisante telle que régie par le fameux article 120 du Code pénal,

« cette considération ne doit pas arrêter le Conseil...//...et il ne faudrait pas sous prétexte que la décision ne peut juridiquement limiter les errements actuels sur la base de l'article 120, renoncer aux principes, lesquels exigent beaucoup plus de garanties que n'en prévoit la loi actuelle ».

Autrement dit, le rôle du Conseil constitutionnel n'est pas d'apprécier un article du Code pénal même s'il se rend à l'évidence de son insuffisance actuelle mais de regarder en premier lieu si les textes dont il est le garant ne sont pas contredits par la nouvelle loi ; or, en l'occurrence c'est le cas des principes de la Déclaration des Droits de l'Homme de 1789. La pratique du Conseil que nous avons commencé à mettre au jour se trouve ici renforcée qui consiste à sortir de son cadre juridique seulement si celui-ci ne lui apporte pas de réponse claire, voire évidente. Les précautions prises par Louis Gros vis-à-vis du législateur apparaissent donc plutôt comme la limite nécessaire à toute enquête plus développée sur le terrain politique. Robert Lecourt résume alors de manière éclairante le sujet à un débat contradictoire entre une référence uniquement constitutionnelle et une référence plus situationnelle et relative à la qualité du droit en présence en matière de liberté individuelle. Il lui semble en effet que la pente suivie pourrait être aussi, à tort, d'accepter le texte de la nouvelle loi seulement en tant qu'il n'est pas plus mauvais que l'article 120 du Code pénal comme le suggère Louis Gros. Robert Lecourt opte quant à lui pour la primauté du critère constitutionnel et analyse le texte de loi en fonction de l'article 66 de la

⁴³⁰ Article 66 de la Constitution de la Ve République : « Nul ne peut être arbitrairement détenu. L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, assure le respect de ce principe dans les conditions prévues par la loi. »

Constitution pour en conclure que l'absence d'un juge dès l'arrestation n'est pas conforme à cet article. Gaston Monnerville suit François Goguel et Robert Lecourt. André Ségalat aussi, tout en tentant une réconciliation des deux approches en demandant si, précisément, le législateur n'a pas prévu d'assurer la protection de l'emprisonnement arbitraire ; ainsi, pose-t-il une question relative au respect de la Constitution tout en évitant de conclure trop vite que le législateur a occulté celui-ci. Il remet alors en effet en garde ses collègues :

« Ce n'est pas à nous de nous substituer à lui (le législateur) et de lui dicter sa conduite ».

Le débat se poursuit sur le caractère plus libéral de la nouvelle loi eu égard au droit en vigueur et le Président Frey s'en remet aussi au rôle acquis du Conseil constitutionnel :

« Il convient tout d'abord de ne pas perdre de vue la jurisprudence du Conseil qui a toujours été protectrice des libertés individuelles ».

A ce titre, il se place aux côtés du rapporteur contre la nouvelle loi. Le débat ayant montré deux tendances différentes, l'on passe au vote, lequel opte à l'unanimité pour la non conformité des dispositions de l'article 23 relatives à la détention, tandis que le projet complet de décision est adopté par tous les membres à l'exception de Louis Gros.

Conclusion

Voilà ici un Conseil nettement plus intéressé par le degré de compréhension du législateur à mobiliser dans le débat que par le caractère pourtant critique de la loi aux yeux de l'opinion publique - la presse à cet égard n'est évoquée qu'une fois-. Les échanges entre les membres du Conseil constitutionnel apportent cependant l'éclairage escompté sur leur peu d'intérêt pour ces remous sociaux contre la loi : d'une part, la dimension liberticide de la loi serait largement exagérée par les uns et les autres et d'autre part, le caractère non constitutionnel de la loi suffit aisément à l'invalidier directement. Autrement dit, le Conseil n'a pas de motif sérieux de choisir ici, pour le dire sans ambages, entre la Constitution et l'opinion. Du reste, ce qui inquiète l'opinion ne relève que des conséquences éventuelles à venir de la loi et non pas d'une situation présente déjà vécue comme nécessitant un traitement législatif, comme c'était le cas pour la loi sur l'interruption volontaire de grossesse (IVG). Si une dimension humanitaire qui émeut les deux rapporteurs respectifs est présente dans les deux cas, celle relative à la loi IVG renvoie à une situation de souffrance réelle et de longue date, tandis que la loi sur l'immigration clandestine est préventive et suggère seulement la possibilité future d'une injustice dans sa mise en œuvre ultérieure. Ainsi, quand la première loi est amenée à mettre fin à une situation de souffrance, à régler ce qui est déréglé, et est à ce titre soutenue par l'opinion publique, le Gouvernement et la majorité parlementaire, la seconde est plutôt soupçonnée de pouvoir créer à terme une situation de souffrance et l'opinion publique se manifeste alors pour en dénoncer ce risque futur, contre la majorité parlementaire. Il y a cependant fort à parier, en vertu des arguments dégagés des délibérations précédentes, que si la Constitution n'avait pas suffi ici, la rupture du consensus social susceptible d'être révélée par ces remous de l'opinion publique eût été plus largement abordée par les membres du Conseil constitutionnel. On les a cependant aussi vus plus récemment s'en soucier même en présence d'un argument constitutionnel évident. Or, ici, cette crainte de contredire le consensus social est d'autant moins pertinente comme argument interne que l'opinion publique, même si elle exagère, va finalement dans le même sens que la

Constitution. C'est lorsque la Constitution ne permet pas de conclure ou lorsqu'il y a conflit entre ce qu'elle peut laisser envisager et ce que demande l'évolution sociale qu'il s'agit de trancher plus délicatement.

En revanche, la position du curseur qui régit l'intérêt porté par Conseil au travail du législateur demeure toujours aussi discutée ; son importance ne diminue pas. Or, elle ne relève pas ici d'une approche exclusivement stratégique de la part du Conseil constitutionnel mais plutôt de la recherche d'une cohérence entre ce qui, à l'évidence, relève du respect de la Constitution et ce qui relève du rôle du pouvoir législatif, maître des nécessités qui s'imposent. En effet, lorsqu'il s'agit de protéger des libertés, si le respect du législateur demeure stratégique pour le Conseil constitutionnel, c'est d'une manière conditionnant moins le rôle de ce dernier ; le Conseil est alors capable de s'en émanciper sur le sujet de la garantie des droits.

C'est cette approche qui fédère très largement les membres du Conseil constitutionnel dans cette délibération.

Le point sur cette section : où en sommes-nous ?

L'on a donc mis en exergue dans cette section la mobilisation d'arguments renvoyant dans les débats à l'idée régulatrice d'un principe de responsabilité politique du Conseil constitutionnel vis-à-vis de la stabilité des institutions démocratiques autant qu'en vertu d'une certaine idée du consensus social des citoyens par-delà leurs divergences d'opinion.

On a vu que la conception que les membres du Conseil constitutionnel se faisaient de leur rôle était structurée par un tel principe, mobilisé en l'absence d'évidence constitutionnelle permettant de trancher, ou en cas de conflit entre ce type d'arguments constitutionnels et l'une ou l'autre des deux dimensions de ce principe, voire discuté comme d'une ligne de démarcation à respecter quand bien même le droit constitutionnel pourrait primer. C'est pourquoi cette approche sous-jacente très présente depuis les premiers débats que nous étudions, quoi que nettement moins explicitement formulée en tant que responsabilité du Conseil, s'est imposée comme relevant d'une vision politique de son rôle conditionnant sa crédibilité, autrement dit comme une réflexion venant alimenter sa vision stratégique tout en étant capable de la dépasser. Ainsi, teinte-t-elle aussi l'argument relatif au respect dû au législateur d'une coloration également politique : s'il s'agit de prendre en charge cette responsabilité politique de la stabilité institutionnelle et de l'adéquation entre consensus social et Constitution tout en faisant précisément droit à l'appréciation de l'opportunité de la loi votée, une telle appréciation est alors aussi nécessairement examinée par le Conseil, même s'il se l'interdit officiellement.

Stratégie de légitimation et réflexion politique se mêlent ainsi d'autant plus avec l'avènement de la saisine parlementaire qui porte aux yeux du Conseil deux manières d'apprécier la loi; c'est même là une opportunité pour le Conseil constitutionnel que de développer ainsi une telle réflexion déjà latente et auparavant plus faiblement mobilisée pour penser sa mission. Ainsi, tout en se contraignant toujours à ne pas se substituer au législateur élu pour rester, dans une optique toute stratégique, fidèle à sa compétence attributive, le Conseil entre-t-il donc en réalité sur le pré-carré de celui-ci à l'aune du développement de sa réflexion politique, également stratégique. « Refaire la loi », pour citer l'un des propos déjà mentionné, demeure un interdit mais l'intention politique partagée par les membres du Conseil

constitutionnel leur souffle de préciser le remodelage souhaitable de cette loi. Ce dernier est alors autant le fruit de la double contrainte, constitutionnelle et du respect du rôle du législateur, que de cette vision politique vers laquelle s'aventure le Conseil. Au-delà du service rendu à la vision stratégique de ce dernier, cette vision produit des effets sur ce qu'il adviendra de la loi examinée.

La délibération suivante offre un éclairage de plus sur la dimension cette fois institutionnelle de ce principe puisque le Conseil va être amené, par la saisine même, à débattre de la séparation des pouvoirs.

Séance du 22 juillet 1980 - loi portant validation d'actes administratifs

=> Qu'apprend-on ici ?

=> La dimension institutionnelle du principe de responsabilité politique comme garantie d'une séparation des pouvoirs qui fasse droit à l'intelligence des pratiques

Le Conseil constitutionnel apparaît ici mû par ce principe de responsabilité politique dont la dimension institutionnelle nous enseigne le respect de la Constitution –séparation des pouvoirs – et bon sens des pratiques, comme ce fut le cas précédemment de la dimension sociale.

Au croisement de la Constitution et des pratiques pertinentes se trouverait du reste plutôt un « *équilibre* » des pouvoirs qui sera instillé dans la décision même.

Il est à noter qu'ici encore et très explicitement pendant la délibération, il s'agit d'une conception de son rôle qui a autant à voir avec une réflexion politique, tandis que la visée stratégique du positionnement étroit du Conseil constitutionnel parmi les institutions s'étant déjà exprimées sur le sujet l'inciterait à conclure plus vite et toujours de la même manière, dans le simple sillage du Conseil d'Etat. Le fait que le Conseil constitutionnel prenne le temps, principalement à travers l'exposé du rapporteur, de se réapproprier cette conclusion, révèle sa capacité à développer sa propre pensée politique de son rôle, en particulier ici sous un angle institutionnel nouant procédures et pratiques. Toutefois, là encore, que cette conception en soi relève d'une stratégie de positionnement, en l'espèce celle d'un Conseil constitutionnel qui ne serait pas qu'un suiveur du Conseil d'Etat, ne fait pas non plus de doute mais ne saurait occulter l'ampleur et la précision de la réflexion politique la sous-tendant.

Considérer une délibération comme celle du 22 juillet 1980 menant à la décision 80-119 DC sur une loi portant validation d'actes administratifs et mettant en avant la notion de séparation des pouvoirs semble, sinon incontournable, du moins pertinent, eu égard au fait que la doctrine juridique en dira fameusement qu'elle consacre la reconnaissance de l'existence d'un pouvoir judiciaire par le Conseil constitutionnel.

L'on peut alors en effet se demander dans quelle mesure le Conseil se positionne par rapport à un tel pouvoir ou encore ce qu'il entend garantir par cette décision. En tout état de cause, les membres du Conseil constitutionnel façonnent ou confirment nécessairement ainsi une certaine idée de leur rôle par rapport au principe de séparation des pouvoirs, autrement dit à l'équilibre institutionnel garanti par la Constitution.

Par ailleurs, cette nouvelle délibération est d'autant plus intéressante qu'elle permet aussi de nuancer notre approche en lui évitant l'écueil d'un déterminisme supposé à l'œuvre. En effet, le principe de renouvellement des membres du Conseil seulement par tiers tous les trois ans crée, on l'a vu, une certaine continuité pour les arguments mobilisés, rigoureusement renforcée par la jurisprudence de l'institution et nous ne mettons rien d'autre en lumière que l'évolution des arguments traduisant une certaine conception du rôle du Conseil, sans y instiller ni postulat ni conclusion sur un quelconque lien de causalité entre ces arguments dans le temps. Le propos relève donc principalement d'une observation, analysée depuis un certain point de vue. Or, la délibération dont l'analyse va suivre renvoie à un cas de figure déjà rencontré : un rapporteur particulièrement exhaustif et structuré dans son exposé laissera peu de place au débat qui pourra éventuellement se résumer aux prises de position que sa propre étude contradictoire aura déjà suggérées et, dans cette optique, si un rapport particulièrement nourri révèle directement une conception du rôle du Conseil constitutionnel, on peut raisonnablement supposer qu'il aura une influence sur l'ensemble des membres du Conseil constitutionnel, au-delà ou en marge de ce qu'ils pensent des évolutions de la vie politique. Quoiqu'ils avancent sur leur rôle, bien entendu, y compris parce qu'un rapporteur rigoureux aura permis de le soutenir fermement, ils ne peuvent le faire que parce que le système rend plausible leur conception : c'est d'ailleurs bien là notre propos et il ne s'agit pas à présent de le contredire mais plutôt de veiller à le nuancer.

En effet, en suivant la promesse initiale de rester d'abord attentif aux débats du Conseil, sans rien présupposer, même au moment où certaines conclusions se dessinent de manière cohérente, nous avançons ici que certains rapporteurs ont, outre l'art de se saisir mieux que d'autres de ces évolutions, celui aussi de les devancer, à la fois toujours du fait, bien entendu, de la plausibilité de ces dernières mais aussi à travers une hauteur de vue constitutionnelle qui rend au « droit politique » toute sa dimension créatrice, dans le double respect de la Constitution et du système politique en place.

Cela montre une démarche du Conseil constitutionnel, à travers la qualité et le caractère visionnaire de l'exposé du rapporteur, plus active qu'on ne l'a restituée jusqu'ici : celle qui autorise à penser que sans certains rapporteurs, les évolutions de la vie politique elles-mêmes n'auraient pas toujours été mises à profit par le Conseil constitutionnel pour y penser son rôle. Autrement dit, sans mettre en défaut notre démarche, cette remarque vise à y modérer l'éventuelle évidence qui pourrait transparaître à ce stade avancé de nos analyses, à savoir que le Conseil n'a qu'à se saisir des opportunités du système démocratique pour concevoir son rôle : parfois, celles-ci ne sont pas encore là et le Conseil, plus que s'y engouffrer pour définir son rôle, les anticipe pour l'y actualiser ensuite, si elles se produisent ; et cela d'autant mieux que certains membres, en particulier les rapporteurs, savent pertinemment les appréhender.

Il va de soi que cette audace traduit aussi une plus grande confiance du Conseil constitutionnel dans sa capacité à penser l'équilibre institutionnel.

La délibération qui suit est donc doublement intéressante. D'une part, elle permet de suivre cette question de la séparation des pouvoirs en tant qu'éclairant davantage la dimension institutionnelle du principe de responsabilité politique du Conseil ou, symétriquement, la dimension institutionnelle des mutations démocratiques ainsi traduites dans les débats du

Conseil. D'autre part, elle montre à quel point la profondeur de l'analyse constitutionnelle du rapporteur, Georges Vedel, permet au Conseil constitutionnel de tirer parti de ces mutations en les dépassant.

Au moment de cette délibération, Louis Joxe et Robert Lecourt, membres du Conseil ayant été nommés respectivement par le Président de l'Assemblée nationale et le Président du Sénat, en remplacement de leurs prédécesseurs décédés, ont déjà été reconduits pour neuf ans en février 1980 et un troisième membre a alors été nommé par le Président de la République, Georges Vedel. Docteur agrégé en droit, celui-ci est considéré par la doctrine comme l'un des plus grands professeurs de droit ; l'on ne saurait citer exhaustivement ni ses travaux ni les éloges dont ceux-ci sont couverts, sans perdre le fil de ce travail ; plus modestement, nous rappellerons que le journal *Le Monde* du 25 février 2002 annonçait sa disparition comme celle du « Refondateur du droit public français, penseur enthousiaste et enseignant passionné ». Professeur d'université et enseignant dans plusieurs grandes Ecoles, il fut aussi l'avant-dernier Doyen de la Faculté de droit et des sciences économiques de Paris (de 1962 à 1967) – avant que ce titre ne soit remplacé par celui de directeur d'unité d'enseignement et de recherche - et est l'auteur d'un très fameux manuel de droit constitutionnel (1949) et de droit administratif (1958). Sa théorie des bases constitutionnelles du droit administratif lui a permis de mettre en lumière l'unité du droit public français. A la tête de nombreux comités scientifiques et de colloques en France et à l'étranger, il a également été membre de la Fédération nationale des syndicats autonomes de l'enseignement supérieur et de la recherche qu'il a présidée de 1964 à 1972. Sur un registre plus directement politique, il a été conseiller juridique de la délégation française dans les négociations sur le Marché commun et l'Euratom (1956-1957), membre du Conseil économique et social (1969-1979), Président du Centre d'études des revenus et des coûts (C.E.R.C., 1976-1980), et Président du Comité consultatif pour la révision de la Constitution (1993). La reconnaissance de ses travaux dépasse encore les cadres universitaire et politique, puisqu'il se voit décerner le Grand prix de l'Académie des sciences morales et politiques (1985), qu'il est nommé membre associé de l'Académie du Royaume du Maroc, de l'Académie d'Athènes, et est élu à l'Académie française, le 28 mai 1998.

La loi soumise à l'examen du Conseil constitutionnel ce 22 juillet 1980 se résume à considérer valides les décrets pris après consultation du Comité technique paritaire central des personnels enseignants ayant un statut universitaire lui-même institué par un décret de 1977, ainsi que tous les actes réglementaires ou non réglementaires pris sur la base de ce décret. Autrement dit, tous les décrets pris après consultation de ce Comité seraient valides dès lors que le statut des membres de ce Comité provient du décret cité de 1977 et d'une manière générale, le seraient aussi tous les actes réglementaires ou non en découlant.

L'exposé du rapporteur est particulièrement long et détaillé ; nous n'en retiendrons que les aspects les plus éclairants pour notre recherche. Encore une fois, un avant-propos sur les origines de la loi est de mise. L'on y apprend que les comités techniques paritaires dans l'enseignement supérieur ont été institués par décrets en 1976 après avis favorable du Conseil d'Etat et que le rapporteur n'en justifie pas l'intérêt étant donné la présence déjà majoritaire des personnels enseignants dans nombre de conseils liés à la fonction. En 1977, un décret fut donc

publié, portant règlement d'administration publique sur le sujet et le comité technique paritaire fut alors constitué en vue de fournir un avis consultatif sur plusieurs textes liés aux statuts des diverses catégories du corps enseignant, que le rapporteur reprend précisément entre 1977 et 1980, en expliquant à quel point ils réorganisent la carrière des enseignants professeurs et maîtres-assistants. Trois syndicats enseignants ont alors attaqué le décret par la voie du recours pour excès de pouvoir, reprochant au décret des défauts de procédures non retenus par le Conseil d'Etat, mais également l'absence de délégués des organisations syndicales dans le comité, devant être composé de représentants élus. Sur ce point, le Conseil d'Etat censura finalement le décret car le comité ne comprenait pas en réalité de représentants des différents personnels, notamment en sciences, pharmacie et chirurgie dentaire. Le Conseil d'Etat considéra, nous dit Georges Vedel, que,

« Le Gouvernement ne pouvait, sans méconnaître le principe d'égalité devant le service public, exclure certaines catégories de personnels titulaires ».

L'annulation du décret eut pour conséquence de faire regarder comme illégaux les douze autres décrets pris après consultation d'un comité irrégulièrement composé. Mais alors,

« pour éviter ce résultat dont l'importance objective ne peut être niée, sur proposition d'origine parlementaire mais avec l'appui du Gouvernement, est intervenue la loi de validation qui nous est déferée ».

Georges Vedel rappelle ainsi la dimension de bon sens de cette loi, par opposition à la conséquence logique et légale d'une annulation massive. Du reste, le législateur n'a pas validé le décret partiellement annulé par le Conseil d'Etat mais seulement les décrets qui en avaient découlé avant cette annulation. La double saisine des députés portant en premier lieu la signature du Président du groupe communiste, Robert Ballanger, et des sénateurs du groupe socialiste portant signature en premier lieu de leur président de groupe, Marcel Champeix, reproche principalement et respectivement à la nouvelle loi de méconnaître le principe de séparation des pouvoirs et d'être l'œuvre d'un empiètement du législateur tant sur le domaine du Gouvernement que sur celui du juge, étant donné que les décrets pris après consultation du comité en question étaient eux-mêmes en cours d'examen au Conseil d'Etat pour une annulation éventuelle.

Georges Vedel fait alors remarquer qu'en l'absence de jurisprudence du Conseil constitutionnel sur des lois de validation,

« la décision qui va être rendue aura une grande portée et dépassera de beaucoup en intérêt le sort des textes universitaires des quatre dernières années, encore que ce dernier enjeu soit lui-même de haute importance ».

Le décor est donc planté qui place le Conseil constitutionnel en position d'arbitre entre une intention de bon sens de la part des parlementaires et une critique à prendre au sérieux sur le plan constitutionnel de la part de la saisine, tout cela au nom de la portée plus large de la décision à venir.

En résumé, ici la jurisprudence fait défaut, la critique pour non conformité constitutionnelle est sérieuse et les intentions du législateur s'attachent à ne pas bouleverser l'équilibre socio-professionnel lié une catégorie d'enseignants. Ainsi, explique le rapporteur, sans jurisprudence sur laquelle s'appuyer, le Conseil n'a-t-il pas non plus à trancher sur la seule base objective du respect de la Constitution mais davantage ou aussi en vertu d'un certain réalisme conséquentialiste qui mérite que l'on comprenne mieux « la pratique française des lois de

validation ». Ce retour à la pratique sous-entend une certaine confiance en celle-ci pour prévenir des complications liées à ce type d'annulation déjà rencontrées, comme si ici la pratique « politique » se substituait à la jurisprudence comme pratique juridique, laquelle fait ici défaut. En effet, engager à prendre en compte les conséquences ne présuppose pas pour le Conseil constitutionnel de raisonner selon sa seule appréhension de celles-ci mais l'invite plutôt à se fier à la manière dont le législateur a jusqu'à présent considéré des situations similaires.

La nuance est subtile mais nette : elle distingue entre penser à la place du législateur et comprendre sa pensée pour se l'approprier.

Le lecteur qui découvre ici comme nous, à travers ces débats, les charmes cartésiens des pratiques juridiques françaises, apprécierait sans doute de la même manière les éclairages, voire les définitions, que ces débats offrent de celles-ci. Pourtant, pour ne pas nous égarer du sujet, nous le priverons des cours de droit public que certains rapporteurs nous ont ainsi prodigués par procès-verbaux interposés, nourrissant d'autant mieux notre curiosité intellectuelle que ces rapporteurs furent eux-mêmes d'éminents professeurs de droit. C'est notamment le cas de cet exposé de Georges Vedel mais si ces archives valent le détour pour de nombreuses raisons et en particulier pour cette dimension pédagogique, il faut bien malgré tout les réduire à notre question de recherche. Précisons tout de même, en néophytes que nous sommes en droit constitutionnel, que lorsqu'un juge administratif annule un acte administratif pour cause d'illégalité, que celui-ci soit réglementaire ou non, cette décision a « des effets dans l'espace » et « des effets dans le temps » ; à savoir pour le premier effet, que l'acte est annulé avec autorité absolue de la chose jugée, ou encore *erga omnes* c'est-à-dire que toute personne peut s'en prévaloir ou se la voir opposer, et pour le second, que l'acte est censé n'avoir jamais existé, autrement dit l'annulation a un effet rétroactif. Pour autant, des situations de fait peuvent perdurer qui découlent de la mise en application de l'acte avant l'examen du recours d'annulation ; elle imposent alors, selon les conséquences de cette application, un traitement spécifique de la supposée remise en état des choses comme elles l'étaient à une date souvent largement dépassée. Les exemples ensuite sont nombreux au cours de l'exposé du rapporteur, les références à la jurisprudence du Conseil d'Etat fusent, des cas de traitement de la rétroactivité de déclarations d'annulation, voir d'inconstitutionnalité, par des droits étrangers sont fournis, et le fil conducteur souvent rappelé par le rapporteur est

« combien la solution qui ressortira de notre décision aura d'importance pratique ».

D'une manière générale, le rapporteur montre que le Conseil d'Etat

« a, avec beaucoup de sagesse, mis en balance les intérêts de la logique juridique et ceux, moins abstraits, des destinataires du droit, c'est-à-dire des administrés et de l'Administration elle-même ».

Ainsi, en effet, a-t-il pu sanctionner des démarches jugées arbitraires sans égard pour leurs conséquences particulières sur les individus concernés mais pour sauvegarder, *in fine*, l'intérêt public, tout en protégeant par ailleurs certaines investitures irrégulières de fonctionnaires, inconnues d'eux-mêmes comme du public, ou encore en refusant d'annuler des actes effectués par des autorités irrégulièrement investies en raison de l'effondrement conséquent du château de cartes reposant sur ces actes...

« Après tout, conclut le doyen Vedel, la rétroactivité est une fiction et, comme toute fiction, à la pousser trop loin, on la rendrait absurde. Le bon sens est aussi l'un des éléments du raisonnement juridique. La rétroactivité de la loi de validation n'est que le parallèle, et le correctif, de la rétroactivité de

l'acte d'annulation ».

Au titre d'un tel bon sens, reconnu par le Conseil d'Etat et salué par le rapporteur, ce dernier se demande alors dans quelle mesure une telle limitation des effets logiques de la fiction rétroactive devrait être réservée au juge et pourquoi, précisément, pour éviter des situations contraires au bon sens, le législateur n'interviendrait pas. Il lui semble en l'occurrence que « contre toute attente pour un profane », l'irrégularité dans l'investiture d'un organisme consultatif, responsable de l'annulation du décret la prévoyant, « produit une invincible contagion » où « comme un château de cartes, tout s'écroule », à savoir tous les autres décrets pris à partir de la consultation de cet organisme dont le décret de constitution a été annulé. Or, en effet, si ce comité avait été investi d'une fonction de décision et s'il avait donc reçu la capacité de faire des actes réglementaires, comme en l'espèce des nominations, la jurisprudence du Conseil d'Etat permettrait de considérer que la constatation de l'irrégularité première de la composition du comité « n'opérerait que pour l'avenir ». Aussi, le rapporteur suggère-t-il :

« Ne peut-on penser que, sous réserve que les inconvénients de la logique juridique soient en l'espèce aussi graves que ceux qu'ont invoqués le Gouvernement et le législateur, celui-ci, lorsqu'il s'efforce de les éviter, loin de censurer le juge administratif, ne fait que s'inspirer de l'exemple de bon sens et de souci de l'intérêt général qui inspire la jurisprudence sur l'effet des annulations.../...et prolonge celle-ci, là où c'est nécessaire dans le cas où ces investitures irrégulières concernent des organismes consultatifs ? » .

Et de préciser que cette idée d'infléchissement, « dans l'intérêt même de l'ordre juridique », apporté aux effets pourtant logiquement déduits d'une annulation n'est « pas étrangère à notre droit public », et pourrait même renvoyer à des précédents d'ordre constitutionnel. Pondéré, précis et exhaustif, le rapporteur rappelle aussi à propos de la pratique des lois de validation que,

« il est trop souvent arrivé que l'on y ait recouru comme une commodité que ne justifiait réellement aucune nécessité »,

ou encore que de leur pratique trop laxiste, puisse résulter

« un affaiblissement du sens de la légalité et une tentation permanente pour l'Administration et le Gouvernement de se faire rendre raison par le législateur des censures que leur a infligées à bon droit le juge administratif ».

Le propos du rapporteur, que nous condensons ici, a donc bien rempli cette mission que Georges Vedel martèle encore en conclusion :

« rappeler les diverses considérations de fait et de droit qui éclairent, de façon nuancée et contradictoire, le problème des lois de validation ».

Ce parcours développé de la pratique des lois de validation apparaît alors d'autant plus éclairant que, nous dit le rapporteur,

« c'est la première fois, semble-t-il, que ce problème se pose de façon explicite devant le Conseil constitutionnel »,

malgré quelques cas de décisions de conformité relatives à des textes comprenant aussi des mesures de validation mais qui n'étaient pas alors visées par les auteurs des saisines. La seule forme de jurisprudence interne, pour reprendre un terme qui nous avait auparavant été utile, soulignée par Vedel, serait que le Conseil n'a pas alors jugé qu'étaient réunies les conditions nécessaires à un grief d'inconstitutionnalité soulevé d'office par lui et non par les auteurs des saisines, mais aucunement qu'il ait consacré ce faisant le principe de conformité de toute loi de

validation. Et le rapporteur d'insister sur la tâche qui attend le Conseil :

« Il s'agit là d'un cas où il n'est pas question de confirmer une jurisprudence déjà acquise et où il faudra, au contraire, trancher explicitement la question qui nous est posée ».

Pour être complet, Vedel fait néanmoins droit à la manière dont la question avait été soulevée lors des débats correspondants en se reportant « au compte rendu de vos délibérations » dit-il à ses collègues plus anciens que lui au Conseil. Et y découvre que la constitutionnalité de la pratique de la validation législative, bien que jugée regrettable, en ressort comme

« constante sous toutes les Républiques », « qu'elle était le moyen de sauvegarder des situations légitimes bien que leur origine se trouve dans un acte administratif irrégulier ».

Finalement, Georges Vedel en conclut que,

« S'il n'existe pas une jurisprudence du Conseil constitutionnel, il existe du moins certaines prémisses qui seraient plutôt favorables à la possibilité de validations législatives ».

L'analyse des griefs relatifs à la loi à présent soumise à l'examen du Conseil s'en suit et Georges Vedel fait souligner que la loi de validation n'empêche pas de respecter le principe d'égalité devant le service public puisqu'elle ne valide pas le décret de composition du Comité mais les autres décrets ayant été pris après consultation de celui-ci. Par ailleurs, annonce le rapporteur, une thèse soutenue par le professeur de droit et homme politique gaulliste René Capitant, considère l'intervention du législateur dans le domaine réglementaire comme autorisée par le gouvernement dans certaines circonstances et que par conséquent, opposer la répartition des matières réglementaires et législatives aux lois de validation serait une erreur au plan constitutionnel. Or, c'est précisément cette thèse que réfute la saisine socialiste. Le rapporteur, au travers d'une ample analyse de la thèse de Capitant y compris relativement au principe de séparation des pouvoirs dont se prévaut aussi la saisine, livre sa propre critique de la conception très légicentrée de René Capitant en la matière, pour qui,

« dans le régime de la Constitution de 1958 comme dans les régimes précédents, le pouvoir législatif reste hiérarchiquement supérieur au pouvoir réglementaire » et selon qui « la loi est affranchie du principe de légalité parce qu'elle est l'expression de la volonté générale ».

Après l'avoir longuement expliquée, le rapporteur propose d'écarter ce propos de Capitant sur la capacité constitutionnelle pour le Gouvernement et le Parlement de s'en tenir à leur sphère d'action⁴³¹,

« pour le jour où il sera directement porté devant le Conseil constitutionnel » car « il serait imprudent de le préjuger dans une occasion qui ne permet pas de le saisir dans toutes ses données et qui, surtout offre déjà tant de difficultés qu'il est inutile de le surcharger d'une nouvelle ».

Ainsi, Georges Vedel procède-t-il à une prise en compte minutieuse et respectueuse de chaque élément des saisines, pour les discuter en regard des pratiques des lois de validation, elles aussi finement détaillées, et les écarter alors de manière convaincante s'ils relèvent d'un débat en réalité d'un autre ordre ; c'est ce qu'il nomme d'ailleurs « un travail de déblayage ». Celui-ci a cela de pertinent pour nous, qu'il montre un Conseil, par l'entremise de son rapporteur, soucieux d'élaborer une décision inédite dans le respect de pratiques dont il a montré que l'intérêt public

⁴³¹ L'Art 41 pourrait envisager un consentement du Gvt à l'empiètement et une sorte d'accord avec le Parlement qui infléchirait alors la frontière entre art 34 et 37 ; ou alors, prohibition d'empiètement a un caractère objectif et s'impose au P et au G que celui-ci ait omis d'opposer l'irrecevabilité (art 41) ou pas. Débat constitutionnel.

ou celui des administrés était le fondement, autrement dit au nom de ce bon sens cité par Georges Vedel comme étant partagé par les politiques autant que par les juristes, mais aussi et surtout un Conseil se sentant autorisé à situer la Constitution à l'horizon de ce bon sens consensuel.

Ce n'est pas le Conseil constitutionnel qui a mis au jour la solution jusqu'à présent, ce sont le Conseil d'Etat et le législateur, mais le Conseil constitutionnel estime que son rôle consiste ici à mettre cette solution à distance pour la caractériser par cette trame commune à la juridiction administrative et au pouvoir législatif ; il pourra alors la faire sienne pour élaborer sa propre décision. Pourra ou devra, qu'en est-il vraiment ? Que pensent le rapporteur et/ou les membres du Conseil constitutionnel de la marche à suivre par leur institution dans cette situation et en l'absence de jurisprudence nette ? Des exemples abondent encore qui permettent au rapporteur de conclure à chaque fois que

« le Conseil constitutionnel ne peut ni critiquer la position qui a été prise dans le passé ou qui serait prise dans l'avenir par le Conseil d'Etat, ni en tirer une critique à l'égard de la loi de validation ».

La marge de manoeuvre est donc étroite entre deux institutions qui font en l'espèce le droit et sa pratique. Au terme de ces exemples et du passage en revue correspondant des champs d'action constitutionnels du Conseil d'Etat et du législateur, le rapporteur conclut que considérer la validation comme un acte législatif n'est en aucune manière contraire à la Constitution.

Quant à la contrariété vis-à-vis de « ce que les auteurs des saisines appellent le principe de séparation des pouvoirs » ou encore aux articles 34 et 37 de la Constitution, elle reste à discuter. Pour rappel, le reproche formulé à la loi à cet égard est de soustraire à l'examen du Conseil d'Etat des recours pour excès de pouvoir dirigés contre des décrets réglementaires pris sur la base du décret annulé. Alors, explique le rapporteur-professeur, soit l'on reproche ici au législateur de détourner le pouvoir administratif en privant d'effets sa décision d'annulation ou encore en favorisant certains intérêts particuliers au détriment de l'intérêt général ; soit, la critique s'appuie sur une règle plus objective selon laquelle des recours pour illégalité de certains actes administratifs devant le juge administratif devraient ôter au législateur sa faculté de déroger aux lois commandant la validité de ces actes, tandis que la nouvelle loi prévoit le contraire. A la première option, le rapporteur répond en signalant au Conseil que le détournement de pouvoir n'est pas un moyen mobilisable et que s'il l'était, les raisons d'intérêt général déjà maintes fois invoquées et mises en œuvre en pratique tiendraient en échec ce moyen. A la seconde, il renvoie l'objection de l'absence de règles constitutionnelles desquelles déduire

« une telle limitation qui porterait à la fois sur le domaine ouvert au législateur, sur la souveraineté de la loi et sur la non-prohibition hors de la matière pénale des dispositions législatives rétroactives ».

Autrement dit, Georges Vedel ne voit tout simplement pas comment faire perdre au législateur le droit de légiférer rétroactivement et il rajoute, avec ce souci récurrent de compléter la théorie juridique par la pratique :

« il me semble que la tradition législative est en sens contraire ».

Enfin, le rapporteur annonce une solution qui devra être discutée. Il rappelle « la grande importance » de la décision « pour le problème général des validations législatives ». Anticipant alors la jurisprudence à venir, il préconise déjà que la décision ne s'engage pas sur des terrains inexplorés lors du débat et s'en tienne seulement à celles soulevées par cette loi bien déterminée.

Ecartant la question de l'égalité devant le service public en rappelant que la nouvelle loi ne valide pas le décret annulé pour avoir fixé la composition du comité technique paritaire en y omettant certaines catégories du personnel, mais les décrets pris après consultation de ce comité, il se réjouit que

« cette constatation évite de trancher le problème de savoir si la loi de validation ne serait pas de prime abord inconstitutionnelle comme approuvant une méconnaissance du principe de l'égalité devant le service public, problème lui-même suspendu au point de savoir si la décision du Conseil d'Etat sur la violation du principe d'égalité s'impose à nous ou si nous possédons un pouvoir propre d'appréciation ».

Consacrons quelques lignes à cette longue citation qui contient beaucoup d'éléments éclairants.

Tout d'abord, le rapporteur accorde une importance majeure au principe d'égalité devant le service public, mis en avant par le Conseil d'Etat au moment de l'annulation du décret fixant la composition du fameux comité ; ensuite, il se réjouit que le Conseil constitutionnel n'ait pas à juger de la conformité à ce principe de la loi soumise à son examen, puisque ce n'est pas cette loi qui pourrait y contrevenir mais une autre loi éventuelle tendant à valider le décret de composition du comité, déjà annulé. En validant une composition non représentative des personnels du service public, la loi, alors, s'opposerait au principe d'égalité devant le service public. Ce principe est donc présenté comme important eu égard à la mobilisation qu'en a faite le Conseil d'Etat ; par ailleurs, le Conseil confirme son positionnement en retrait par rapport à la juridiction administrative en la matière puisqu'il semblerait y avoir lieu de se réjouir de ne pas avoir affaire à une question similaire. Ce point est encore renforcé et explicité par la suite du propos où il est néanmoins suggéré que le Conseil constitutionnel puisse avoir un pouvoir propre d'appréciation du principe d'égalité par rapport au Conseil d'Etat même si la juridiction administrative prime. Cette remarque du rapporteur, en indiquant la voie à suivre par défaut au Conseil constitutionnel, informe donc aussi sur ce qu'il est raisonnable de considérer de son rôle, à savoir, en l'absence de jurisprudence propre, s'en tenir à la décision souveraine d'une autre instance juridictionnelle, en l'occurrence le Conseil d'Etat dont la légitimité en la matière concernée n'est pas à démontrer, tout en prenant soin de vérifier que dans le cas présent, il n'est même pas question de traiter du principe d'égalité devant la loi.

Cela révèle simplement deux traits au moins contingents de la vie démocratique française d'alors : la prégnance du principe d'égalité qui, même non mobilisable, est évoqué, indice que le Conseil constitutionnel l'intègre parmi les principes structurants de son propre rôle ; et le poids d'une institution comme le Conseil d'Etat, historiquement ancrée dans la consolidation du pouvoir étatique. D'ailleurs, c'est à partir des nombreux cas pris en exemple où le Conseil d'Etat a davantage fait preuve de bon sens politique que d'attachement à la lettre du droit que le rapporteur parvient à une décision de conformité, dont il reconnaît, en ouverture de la discussion, « le caractère compliqué de raisonnement ». Résumant son argument principal en faveur de la loi, il réaffirme à propos des fictions respectives de la rétroactivité de la loi et de celle des décisions d'annulation que,

« l'une est un peu la réplique de l'autre et il n'est pas anormal que le législateur, au moins tant que la chose jugée n'est pas directement atteinte, puisse réparer les conséquences de ce choc entre le monde du fait et le monde du droit ».

Cette pratique des lois de validation, enfin,

« doit être modérée, .../...mais est inévitable et elle a eu cours sous tous les régimes y compris l'actuel. Elle répond à des besoins qui ne peuvent être méconnus touchant au bon fonctionnement du service et à la stabilité des situations ».

Ainsi, le Conseil constitutionnel n'invente-t-il rien à proprement parler et traduit-il plutôt à partir des pratiques du Conseil d'Etat un bon sens qu'il partage avec ce dernier.

Ce qui cependant demeure inédit dans son approche est cette mise sur un même pied d'égalité entre le juge et le législateur par rapport à la chose jugée :

« Si le juge peut.../... comment peut-on refuser au législateur, tenant compte des mêmes nécessités, de rechercher une pareille réduction lorsqu'est en cause la régularité d'une simple consultation sans effet décisive ? ».

En d'autres termes, la prise en compte de la nécessité demeure l'affaire du législateur et si elle peut-être celle du juge, alors, elle peut aussi être celle d'un Conseil constitutionnel dont on sait par ailleurs le souci de respecter le vœu du législateur. Or, à ce stade,

« ni le juge, ni le Gouvernement, ne peuvent plus rien faire » et, poursuit Georges Vedel en guise de conclusion, « si le pouvoir de régler ces cas n'était pas reconnu au législateur, la seule solution possible serait de faire appel au constituant.../... ceci démontre que la seule solution concevable est de faire appel à la supériorité de la loi et qu'il convient de s'en tenir là pour résoudre de telles questions ».

Cela confirme l'un des axes majeurs du rôle du Conseil constitutionnel aux yeux du rapporteur, à savoir prendre la mesure de l'évaluation de la nécessité pour le législateur ; or, une telle loi en rend compte par définition et dans ce cas précis, alors, la supériorité de la loi pour trancher une question de bon sens sur laquelle Gouvernement, Parlement, Conseil d'Etat et Conseil constitutionnel se retrouvent, s'impose.

Il est très éclairant de voir ici que le Conseil constitutionnel, par les propos de Georges Vedel, ne se considère pas en retrait par rapport à la loi en tant que telle mais par rapport à l'expression de la prise en compte de la nécessité qu'elle exprime, ce qui apparaît ainsi comme un critère de décision fort proche de celui, déjà repéré, d'un certain consensus social. Celui-ci aura cependant été antérieurement reconnu par d'autres institutions que le Conseil, celles détentrices des pouvoirs législatif et administratif mais, ne se contentant pas de s'aligner directement, le rapporteur recompose leur raisonnement à l'horizon de ce que la Constitution peut accepter, en privilégiant aussi une pratique jugée saine par ces autres institutions.

Conclusion

La discussion, comparativement à l'exposé du rapporteur, sera brève mais il sied d'en retenir quelques remarques, précisément à titre conclusif.

Louis Gros, notamment, tout en suivant le rapporteur, précise à l'attention de ses collègues : « nous serons les enfants de nos décisions, elles nous lieront pour l'avenir ». Ainsi, rappelle-t-il à raison, le Conseil constitutionnel n'est-il perçu qu'à travers ses décisions : son rôle est en grande partie celui que ses interlocuteurs en déduisent ; cependant, ce que Louis Gros exprime ici, c'est pour l'instant sa propre conception du rôle du Conseil, d'un rôle en train de se façonner et de s'anticiper, un rôle toujours en création, un rôle à dessiner sur les contours mouvants de la vie politique elle-même ; cela traduit nécessairement que la vie politique elle-même intègre peu à peu la présence du Conseil constitutionnel comme un maillon acceptable du système au sein duquel elle exerce son pouvoir. A ce titre, Louis Gros estime que certains

considérants du projet de décision

« risqueraient d'inciter à nouveau le Gouvernement au péché, et que.../...le moins que puisse faire le Conseil, c'est de laisser au Gouvernement la crainte du Conseil d'Etat afin que la loi de validation reste un remède qui ait un caractère tout à fait exceptionnel ».

C'est là, en matière de positionnement du Conseil constitutionnel, tout l'enjeu de la courte discussion qui suit avec les autres membres, avant que le projet final ne soit adopté à l'unanimité, ce dernier doute étant levé.

Un bémol est en effet mentionné qui a vocation à indiquer au législateur la modération nécessaire au bon usage des lois de validation ; ceci suggère encore que le Conseil constitutionnel puisse être considéré comme le garant d'un équilibre institutionnel, en plus d'être respectueux d'un équilibre social. Or, pour ce faire, il est prêt à entériner la validité d'une loi qui institue une pratique jusque là seulement tolérée et qui laisse ainsi une importante marge de manœuvre au législateur pour apprécier les motifs d'intérêt général pouvant justifier cette loi. S'il entend faire valoir dans la décision,

« qu'il n'appartient ni au législateur ni au Gouvernement de censurer les décisions des juridictions »,

aucun principe à valeur constitutionnel ne peut non plus faire obstacle pas à ce que le législateur modifie les règles appliquées par le juge à travers des validations de dispositions rétroactives dans la mesure où une telle modification s'inscrit dans l'exercice de sa compétence.

Le raisonnement de Georges Vedel montre ainsi un Conseil constitutionnel mû par ce principe de responsabilité politique dont la dimension institutionnelle noue ensemble respect de la Constitution –séparation des pouvoirs – et bon sens des pratiques, comme ce fut le cas précédemment de la dimension sociale. Au croisement de la Constitution et des pratiques pertinentes se trouverait du reste plutôt un « équilibre » des pouvoirs qui sera instillé dans la décision même. Il est à noter qu'ici encore et très explicitement pendant la délibération, il s'agit d'une conception de son rôle qui a autant à voir avec une réflexion politique, tandis que la visée stratégique du positionnement étroit du Conseil constitutionnel parmi les institutions s'étant déjà exprimées sur le sujet l'inciterait à conclure plus vite et toujours de la même manière, dans le simple sillage du Conseil d'Etat. Le fait que le Conseil constitutionnel prenne le temps, principalement à travers l'exposé du rapporteur, fort suivi par ses collègues, de se réapproprier cette conclusion révèle sa capacité à développer sa propre pensée politique de son rôle, au sens déjà entendu et en particulier ici sous un angle institutionnel nouant procédures et pratiques. Toutefois, là encore, que cette conception en soi relève d'une stratégie de positionnement, en l'espèce celle d'un Conseil constitutionnel qui ne serait pas qu'un suiveur du Conseil d'Etat, ne fait pas non plus de doute mais ne saurait occulter l'ampleur et la précision de la réflexion politique la sous-tendant.

=> Qu'apprend-on ici ?

- Les arguments mobilisés demeurent les mêmes que ceux précédemment dégagés pour rendre compte de la conception que les membres du Conseil constitutionnel ont de leur rôle mais celle-ci témoigne d'une confiance accrue dans sa crédibilité, voire son autorité. La dimension stratégique de la réflexion qui la porte laisse davantage de place à sa dimension politique : ce que le Conseil pense être la bonne décision sur le plan politique déjà défini ne peut qu'être une bonne décision pour le Conseil aussi, qui commence à s'émanciper des contraintes précédentes en clarifiant de plus en plus finement les bornes de sa propre réflexion vis-à-vis du législateur.
- La question du positionnement du Conseil constitutionnel par rapport au pouvoir législatif demeure centrale ; la priorité n'est en effet donnée au suivi de la jurisprudence du Conseil ou à sa réaffirmation dès lors que celle-ci apparaît pouvoir résoudre sans ambiguïté et efficacement la question soulevée.
- En réalité, la place centrale du législateur ne renvoie pas qu'à une contrainte dont la stratégie de positionnement du Conseil doit s'accommoder, mais aussi à la dimension institutionnelle du principe de responsabilité politique lui-même. Dépasser la contrainte du respect du législateur ne signifie pas ne plus le respecter mais plutôt faire droit à sa place centrale dans la vie démocratique au-delà de l'intérêt immédiat que l'on peut en tirer. Fort de sa capacité à identifier les fondements de l'équilibre institutionnel ou social, à en faire l'horizon d'interprétation raisonnable de la Constitution, le Conseil constitutionnel en demeure conjointement et nécessairement attaché au respect de la légitimité électorale pour dire la loi.
- De la même manière, en défendant la majorité, le rapporteur défend simplement l'institution de l'élection à la majorité comme critère de légitimité constitutionnel, dans la mesure où la minorité se place exactement sur le même terrain d'analyse de l'opportunité de la loi que la majorité. Toutefois, étant donné que les appréciations, différentes, n'en sont pas pour autant distinguables en vertu d'un argument puisé dans le bloc de constitutionnalité ou la jurisprudence, le rapporteur s'inquiète du rôle de législateur qui guette le Conseil.
- Enfin, le Conseil constitutionnel se veut ici le garant de l'équilibre des pouvoirs prévu par la Constitution, dont le corollaire pratique est le maintien d'un débat démocratique contradictoire. Il y a donc résolument plus encore à préserver que le partage des compétences entre législateur et Conseil : le débat politique contradictoire propre à l'idéal de la pratique démocratique. S'en estimant ainsi le garant, le Conseil renvoie l'image d'une pratique démocratique qui semble prête à l'intégrer comme le garant de ses propres fondamentaux, notamment le pluralisme des idées qui la meuvent.
- Par ailleurs, se dégage l'image d'un pouvoir législatif parfois dépassé par les évolutions libérales à l'œuvre aux niveaux institutionnel et social sur lesquelles le Conseil aurait à présent un meilleur recul. Ainsi, le système républicain dans son ensemble apparaît-il ici comme ayant intégré la possibilité d'une institution non élue capable de clarifier les points obscurs de certains textes de loi en matière de liberté individuelle : les droits y renvoyant modèlent en effet les institutions de l'intérieur avant même d'être à présent revendiqués. Ils

sont partiellement instrumentalisés par le Conseil constitutionnel mais si l'on reste fidèle à nos postulats, cette instrumentalisation le dispute à une perception pertinente de la situation démocratique : celle-ci semble ici avoir encore plus intégré la notion de droits individuels comme inhérente à ses propres prémisses que la seule capacité nouvelle à en faciliter la revendication.

- Finalement, le Conseil constitutionnel semble jouer un rôle moins passif dans le système démocratique, moins dépendant du législatif qu'auparavant, du simple fait qu'il dispose à présent de réponses à des questions qui ne sont même pas encore posées mais qui sont déjà intériorisées par les pratiques institutionnelles, notamment sur le terrain, propre au Conseil, de la protection des droits.
- Le rapporteur propose aussi une interprétation des textes du Préambule plus précise au service du Conseil. Considérer la DDHC dans le Préambule d'une Constitution, c'est prendre acte des principes universels qu'elle contient sans pour autant oublier la dimension politique particulière et contextuelle qui permet de comprendre les autres. Le rapporteur interroge longuement le caractère opératoire de la DDHC à un moment où son intégration au fameux bloc de constitutionnalité va pourtant de soi depuis plusieurs années. L'interprétation des textes est alors précisément située à l'intersection de l'adéquation des intentions de leurs auteurs aux nécessités de leur temps, avec les conceptions partagées d'une vie commune désirable au moment où ces textes sont mobilisés.
- Ainsi, le rapporteur s'attache-t-il à définir clairement le contenu des zones d'ombre du rôle du Conseil constitutionnel. Une méthode dans la mise au jour des PFRLR est de la même manière proposée. Du reste, quand la conception du rôle du Conseil partagée en interne est susceptible d'avoir une influence sur les futures saisines, cette conception doit être publiquement partagée.

La séance est ouverte le 19 janvier 1981 en présence de tous les membres du Conseil constitutionnel excepté Louis Gros. Le doyen Vedel, rapporteur du projet de décision relatif à la loi dite « sécurité et liberté », annonce une méthode de présentation « exceptionnelle » due à la complexité de la loi, en proposant d'examiner les considérants de la décision après « chaque grand bloc de discussion ». Cela montre une fois de plus un Conseil toujours en train d'adapter, voire de définir ses méthodes de discussion, autrement dit le procédé délibératif menant à la décision, en fonction de la difficulté relative des cas étudiés.

Que l'exposé du rapporteur mène à un consensus apparent et suffisant, ou bien à l'expression claire d'une unanimité, ou encore à la nécessité d'un vote en cas de partage des voix, la trame générale de ces délibérations demeure la discussion collective de chaque exposé mais chaque rapporteur s'autorise aussi sans peine à présenter les éléments de son projet dans l'ordre lui semblant le plus adéquat, selon un approfondissement qu'il estime nécessaire pour certains éléments plutôt que d'autres, et dans le souci toujours exprimé d'une exhaustivité au service de la compréhension par ses collègues des enjeux de la loi et, par suite, de la décision. L'on va retrouver ici les traits principaux du propos présenté par le même rapporteur que lors du débat précédemment étudié : structure autour d'une introduction générale situant la loi dans le contexte de son élaboration, d'une première partie sur la loi et les saisines, d'une deuxième partie sur l'examen de la procédure législative, puis de parties relatives aux différents titres de la

loi méritant un examen développé de leur conformité à la Constitution eu égard aux saisines et aux autres éléments éventuellement soulevés par le rapporteur ; développements longs, précis et détaillés ; excursus pédagogiques apportant une certaine hauteur à la réflexion sans pour autant ajouter d'informations nouvelles utiles à l'examen de conformité *stricto sensu* mais permettant de mieux peser les différentes options ; prise en compte des conséquences pour le Conseil constitutionnel et pour la vie démocratique (impact sur les citoyens et/ou sur les institutions) de chaque type de décision possible et mise en lumière des approches à la fois les plus prudemment respectueuses de l'équilibre social et constitutionnellement imparables.

Revenons sur les aspects de cette délibération les plus révélateurs d'une institution en train de penser son rôle à l'unisson – ou presque- de son rapporteur. Dès l'introduction générale, Georges Vedel annonce en effet que toute décision du Conseil sur le cas considéré « sera condamnée selon les critères et le langage de la politique » mais que « naturellement, ceci ne saurait altérer notre objectivité » car « nous ne voulons faire plaisir à personne ».

Ainsi, une certaine autorité du Conseil est-elle d'emblée annoncée qui se traduit par l'indépendance d'une institution prête à assumer le risque de déplaire. Cependant prendre ainsi ses distances avec « le langage de la politique » ne constitue une perspective plausible que, précisément, dans la mesure où le fondement du problème identifié dépasse cette politique partisane. En toute logique, il ne s'agirait donc pas pour le rapporteur de se risquer à un jugement à contre-courant de la majorité ou bien décriant trop hâtivement les arguments de la minorité, mais plutôt de pointer les apories du débat politique en mettant au jour le fond du problème. La question qui vient alors immédiatement à l'esprit est celle de savoir dans quelle mesure, aux yeux de ses membres, le Conseil constitutionnel peut s'acquitter d'une telle mission. Si les délibérations précédentes peuvent fournir une piste de réponse, pour l'heure, le rapporteur commence par énoncer « les passions que soulèvent la loi », au-delà du pré-carré de la politique où l'on trouve déjà,

« les rivalités, les alliances, les chassés croisés corporatifs et personnels intéressant le monde des professionnels de la justice et du droit », à savoir « les grandes options philosophiques »,

comme autant de convictions aussi profondes que diverses chez les protagonistes mêmes d'un débat qui semble alors devoir en premier lieu intéresser le Conseil. Très concrètement, ces options déterminantes portent sur les objets mobilisés par la loi, en l'occurrence,

« la nature, les objectifs et les méthodes de la répression pénale, la balance des droits respectifs de la société et des délinquants, de l'accusation et de la défense et.../... de la sécurité et de la liberté. »

Le rapporteur estime en réalité ici qu'il est « naturel » pour le Conseil de ne pas prendre part au débat politique et l'on doit entendre ici ne pas donner son avis sur la nécessité de la loi même si au cours des débats internes, ces questions sont loin d'être occultées ; il demeure en effet qu'elles sont, ces dernières années, davantage abordées à des fins autres que communément politiques au sens exclusivement partisan du terme puisqu'il s'agit plutôt de considérer leur impact sur l'équilibre global du système institutionnel ou de la vie politique en un sens plus large. Cette fois-ci, la difficulté semble résider, plus en amont, dans un partage entre ces conceptions très larges – « de caractère sociologique, technique, philosophique » - sur lesquelles le Conseil n'a pas son mot à dire, et les principes et règles dont il se porte ouvertement garant. Autrement dit, les principes et les règles constitutionnels seraient ici intrinsèquement liés à des conceptions que nous dirons, par souci de simplicité, philosophiques ; or, le Conseil ne dispose

pas d'outils pour isoler les premiers des secondes à moins de tomber lui-même dans un débat idéologique qu'il semble s'interdire autant que le débat politique relatif à l'opportunité de la loi. Mais ce n'est que la première des difficultés : les règles et les principes eux-mêmes « sont parfois incertains » car les auteurs des saisines, apprend-on, invoquent la Déclaration de 1789, le Préambule de 1946 et les désormais fameux PFRLR, dont on connaît le caractère général si ce n'est indéfini. Du reste, lorsque les auteurs des saisines invoquent ces textes, c'est pour en tirer eux-mêmes des principes constitutionnels tels que le principe d'individualisation des peines par exemple, dont le contenu semble peu clair au rapporteur. Enfin, une dernière difficulté est soulignée qui est « de plus en plus pressante pour la fidélité à notre mission » prévient Vedel : il est complexe de distinguer entre l'opportunité et la légalité lorsque la première est l'une des conditions de la seconde.

Si le Conseil a su distinguer entre les deux avec le célèbre considérant de la décision IVG exprimant la différence de son pouvoir d'appréciation avec celui du Parlement, il est en effet des cas où la définition même de la légalité dépend de l'opportunité comme le montre l'exemple donné par le doyen Vedel d'une censure par le juge administratif d'un règlement de police restreignant par trop certaines libertés eu égard aux nécessités de l'ordre public : le juge estime alors que la nécessité, c'est-à-dire l'opportunité, du règlement en conditionne la légalité. Ces cas existent donc déjà dans le champ juridique et le Conseil constitutionnel, rappelle Georges Vedel, a usé d'une démarche similaire pour rendre sa décision du 09 janvier 1980 sur l'expulsion des étrangers : il lui a fallu apprécier la durée de détention administrative d'un étranger en voie d'expulsion eu égard aux atteintes à la liberté individuelle. Nous avons étudié la délibération relative à cette décision et à ce titre, il y était en effet question explicitement de s'interdire d'apprécier le fondement de la loi à la place du législateur et d'éviter « le gouvernement des juges ». Vedel reprend ici la même expression pour indiquer à quel point cette voie parfois nécessaire du jugement en opportunité quand la légalité même en dépend, est « glissante ». S'il demeure un garde-fou à ce stade inébranlable dans le temps d'existence du Conseil constitutionnel, c'est bien celui-ci :

« Si le gouvernement de l'administration par le juge administratif n'est que modérément désirable, le gouvernement du législateur par le Conseil constitutionnel serait inadmissible » ,
martèle Georges Vedel sans soulever de discussion.

Ce qui nous intéresse ici réside dans le contraste entre ces déclarations d'intentions fermement exprimées de ne pas mêler le Conseil constitutionnel au pouvoir législatif et la justification subtile des nombreuses fois où le droit ne va pas sans un certain jugement en opportunité. Si refaire la loi à la place du législateur demeure l'interdit ultime, l'on a cependant en effet vu évoluer les arguments internes du Conseil vers des réflexions détaillées sur le fondement de la loi et la manière en même temps la plus adéquate d'intégrer celles-ci à ses décisions, à savoir dans le respect des prérogatives du pouvoir législatif. Ces remarques de Vedel montrent qu'à travers cette évolution de la conception de son rôle par les membres du Conseil constitutionnel au fil des débats, cette question de son positionnement par rapport au pouvoir législatif demeure centrale ; pourtant, on aurait aussi bien pu supposer que le droit constitutionnel et sa jurisprudence se seraient affirmés à présent comme les enjeux prioritaires de la discussion surtout lorsqu'on annonce dès l'introduction du rapport que le Conseil n'a de compte à rendre à personne. Toutefois, le contraste s'efface si l'on veut bien concéder que la

place centrale du législateur ne renvoie pas qu'à une contrainte dont la stratégie de positionnement du Conseil doit s'accommoder, mais aussi à la dimension institutionnelle du principe de responsabilité politique lui-même. Il ne s'agit pas alors de rendre des comptes mais de laisser au pouvoir législatif la place centrale qu'il a dans les institutions de toute démocratie contemporaine. La Constitution de la Ve République installe une ambiguïté en instillant ce pouvoir ailleurs que dans les seules chambres parlementaires même si ce sont tout de même elles qui votent en dernier lieu, mais il demeure que les membres du Conseil constitutionnel ont déjà maintes fois exprimé leur attachement au respect du législateur, qu'il soit initialement gouvernemental ou parlementaire. Fort de sa capacité à identifier les fondements de l'équilibre institutionnel ou social, à en faire l'horizon d'interprétation raisonnable de la Constitution, le Conseil constitutionnel en demeure conjointement et nécessairement attaché au respect de la légitimité électorale pour dire la loi.

De manière très réaliste, le rapporteur note aussi que certains faits font irruption dans le droit qui, sans être nécessairement liés cette fois à l'opportunité de la loi, sont plus simplement des données susceptibles d'en modifier l'adhésion des citoyens ; et le rapporteur d'évoquer à cet effet pour la présente loi dite « Sécurité et liberté », les « bavures » des pratiques policières qui induiraient les fortes résistances au système des contrôles d'identité prévu par la loi. Partant des origines factuelles de cette réticence, il en souligne la conséquence passionnée et disproportionnée consistant à attaquer le nouveau système accusatoire retenu par le législateur au détriment de l'ancien système plus inquisitoire avec juge d'instruction. Développer cette comparaison des systèmes juridiques à laquelle se livre alors le rapporteur n'est pas notre propos, pour intéressante qu'elle soit, mais ce qui retient notre attention est ce commentaire dont Georges Vedel l'assortit :

« C'est que comme toutes choses, les institutions se transforment. Tout comme le préfet napoléonien est, au fil des Républiques, devenu autant l'ambassadeur des populations auprès du pouvoir central que l'agent du Gouvernement, tout comme le recteur impérial était devenu, avant la loi d'orientation universitaire de 1968, un des organes de l'autogestion universitaire, de même le juge d'instruction est devenu le gardien de la liberté individuelle et des droits de la défense, le médiateur entre le parquet et l'avocat ».

A la manière de Tocqueville, le rapporteur se fait ici observateur de son temps ; presque sociologue, il saisit les faits dans un contexte évolutif orienté par la tendance démocratique, et reste fidèle à une perspective pragmatique : ainsi, peut-il cerner la pertinence des critiques apportées à la loi quand elles ne sont pas que de pur droit. C'est le cas des réticences vis-à-vis de la procédure excluant le juge d'instruction au nom d'un libéralisme qui s'avère théorique, au moment même où ce même juge n'est plus inquisitif puisqu'il est devenu le gardien des libertés individuelles.

Ce regard porté par Georges Vedel fait du reste écho à ce que l'évolution de la conception de son rôle par le Conseil renvoyait déjà des changements intervenus dans la société démocratique à l'aune de la dynamique des droits étendus et revendiqués : celle-ci a entraîné avec elle les modifications nécessaires des structures et des institutions comme il a été possible de le remarquer avec, par exemple, la démultiplication des services publics, le soutien accru à l'enseignement agricole privé ou l'évolution de nombreuses procédures judiciaires pour ne citer ici que quelques unes des conclusions précédentes. Ainsi, se confirme cette modification institutionnelle de l'intérieur sous l'effet de la dynamique démocratique du droit, à savoir

l'extension de droits égaux dans différents domaines rendant compte de la segmentation à l'œuvre. Au législateur alors de prendre aussi acte de cette mutation et d'éviter le piège des termes à valeur exclusivement théorique censés penser la mise en œuvre des présupposés idéologiques. En restant aveugle aux changements pratiques à l'œuvre au niveau même du rôle des institutions, qui plus est lorsque ces changements satisfont en réalité les attentes idéologiques en question, il court le risque d'élaborer des lois au mieux inefficaces, au pire contre-productives. C'est là, nous semble-t-il, la mise en garde adressée au législateur de manière sous-jacente dans le propos de Georges Vedel qui en vient alors plus explicitement à la mission du Conseil constitutionnel : celui-ci ne saurait écarter « ces éléments de fait » au nom de la « pureté du droit », explique-t-il, car,

« Nous sommes plus et moins qu'une Cour constitutionnelle et il ne serait pas sain, du point de vue de l'instruction civique et du point de vue de notre rôle que, même quand nous les écartons, nous donnions le sentiment de les avoir ignorés ».

De cette manière, il confirme notre lecture entre les lignes proposée plus haut, tout en la renforçant par une formulation partant du rôle du Conseil constitutionnel : celui-ci se doit de considérer les éléments de fait déclencheurs des critiques portées à la loi en raison même de la nature de sa propre mission ; il risque sinon de laisser à ses interlocuteurs le sentiment d'y avoir fait défaut. Toutefois, si c'est loin d'être généralement le cas, force est d'admettre qu'ici Georges Vedel est très elliptique quant à ce « rôle » lui semblant sans doute évident pour une institution qui serait plus et moins qu'une Cour...mais retenons néanmoins qu'il prend au sérieux l'enjeu « civique » et ce rôle lui-même tout en présentant ce dernier comme très sensible aux perceptions extérieures – les interlocuteurs du Conseil constitutionnel ou toute l'opinion publique ?- qu'il s'agit donc de ménager.

Ainsi, le Conseil se doit-il d'informer le législateur de la distorsion entre les intentions potentiellement libérales de ce dernier et sa méconnaissance de la forme que prennent les évolutions proprement libérales de l'autorité judiciaire ; dans le même temps, il lui faut faire valoir qu'il a, lui, bien considéré les éléments factuels, nés de la vie sociale, quitte cependant à ne pas les avoir tous retenus.

A travers ce propos du rapporteur, se dégage l'image d'un pouvoir législatif parfois dépassé par les évolutions libérales à l'œuvre aux niveaux institutionnel et social sur lesquelles le Conseil aurait à présent un meilleur recul. Parallèlement, et dans le même sens, les craintes exprimées pour le Conseil suggèrent que les autres institutions démocratiques reçoivent attentivement ses décisions et la façon dont elles répondent à tous les éléments soulevés par les saisines. Ainsi, le système républicain dans son ensemble apparaît-il ici comme ayant intégré la possibilité d'une institution non élue capable de clarifier les points obscurs de certains textes de loi en matière de liberté individuelle : la mutation lente de la société démocratique en société de droits, sans ici sous-entendre d'incompatibilité, ou encore d'une démocratie représentative légicentrée en démocratie constitutionnelle, nous est restituée à travers les traits d'une forme de légitimation nouvelle pour une institution non élue. Ici, ceux-ci renvoient à la capacité perçue de ladite institution à envisager la loi à l'horizon de la protection des libertés individuelles considérées à présent comme des faits sociaux à l'œuvre au sein des institutions elles-mêmes, par-delà les programmes politiques, et plus encore qu'en tant que seules revendications émanant de la société. Ces droits sont en effet repris comme tels et modèlent les institutions de l'intérieur

avant même d'être à présent revendiqués. Ils sont partiellement instrumentalisés par le Conseil constitutionnel mais si l'on reste fidèle à nos postulats, cette instrumentalisation le dispute à une perception pertinente de la situation démocratique : celle-ci semble ici avoir encore plus intégré la notion de droits individuels comme inhérente à ses propres prémisses que la seule capacité nouvelle à en faciliter la revendication.

Il n'en demeure pas moins que la tâche du Conseil est difficile tant les controverses au Parlement et dans la presse ont été à la fois passionnées et partisans, ralliées de plus par des professeurs de droit n'apportant pas d'éclairage sur la conformité de la loi à la Constitution. Malgré de nombreux remaniements et une implication particulièrement remarquable du Sénat, « rien n'a fait changer les positions initiales ». Le rapporteur nous apprend au terme de cette introduction générale que la loi comporte cent articles, ce qui laisse présager de l'ampleur de la mission analytique du Conseil dans ce contexte où peu de clés semblent donc lui être fournies. La structure du rapport ayant été annoncée, nous n'y sélectionnerons, comme toujours, que les aspects intéressants pour notre question. En synthèse, le projet de loi d'où est issue la loi soumise à l'examen du Conseil,

« ne vise pas à une réforme d'ensemble ni du code pénal, ni de la procédure pénale. Il est centré sur les infractions de grande violence et ne concerne pas les mineurs. Il poursuit un triple objectif : la certitude de la peine, la célérité de la procédure dans la protection des libertés, la protection des victimes ».

Le doyen Vedel revient alors sur chacun de ces objectifs pour en souligner les raisons avancées lors des débats parlementaires et précise que l'une des dispositions les plus critiquées de la loi votée, le contrôle d'identité, ne faisait pas partie du projet gouvernemental et a été introduite par voie d'amendement parlementaire lors de la discussion à l'Assemblée nationale. Nous reprenons en synthèse sa description des saisines en tant qu'elle informe utilement sur la loi concernée par cette délibération en évitant les détails superflus pour notre approche non juridique. Les trois saisines se distinguent comme suit, sans reprendre le degré de précision du rapporteur :

- Plus de soixante députés socialistes demandent au Conseil de se prononcer sur la conformité à la Constitution de chacune des dispositions de la loi car celle-ci est « de nature à porter de nombreuses atteintes aux libertés individuelles et collectives des citoyens » ; les règles ou principes de valeur constitutionnelle au regard desquels apprécier la conformité de la loi à la Constitution sont énumérés par cette saisine comme étant la Déclaration de 1789, le Préambule de 1946 et les PFRLR éclairés par la jurisprudence du Conseil constitutionnel ; les questions posées par la loi renvoient de manière générale, « aux modalités selon lesquelles l'autorité judiciaire exercera désormais sa mission constitutionnelle de gardienne des libertés individuelles, au principe d'égalité des citoyens devant la loi et la justice, au principe de la séparation des pouvoirs, au principe de non détention arbitraire, au principe posé par l'article 8 de la DDHC au sujet des peines devant être *strictement et évidemment nécessaires*, au principe de l'indépendance des magistrats du siège et au principe du droit à la défense », puis « à la liberté d'aller et venir en contraignant les citoyens à se soumettre à des vérifications d'identité à défaut de détenir une pièce d'identité » ;

une question de conformité à la procédure interdisant aux députés d'intervenir après la commission mixte paritaire est enfin posée. De la lettre de saisine des députés socialistes, Vedel dit qu'elle propose au Conseil « un vaste programme ».

- Plus de soixante députés communistes invoquent les mêmes textes à valeur constitutionnelle et s'intéressent en revanche plutôt aux « peines planchers et dispositions relatives au sursis qui iraient à l'encontre du principe fondamental de l'individualisation de la peine », à l'imprécision de certains articles violant le principe de légalité des délits et des peines, « aux entraves à la circulation des véhicules », à l'inutilité de l'article relatif à la garde à vue prolongée en vertu de la législation déjà en vigueur, à l'article relatif à la saisine directe du tribunal répressif par le procureur de la République car cela heurte la séparation des pouvoirs, l'article 34 de la Constitution sur la détermination de la procédure pénale par le législateur, les droits de la défense et l'égalité des citoyens ; ils visent aussi l'article du texte permettant de dessaisir automatiquement la juridiction d'instruction au profit de la chambre d'accusation qui irait à l'encontre des droits de la défense et enfin les dispositions relatives au contrôle d'identité constituant une atteinte au droit d'aller et venir et une atteinte à la liberté individuelle, « comme le Conseil constitutionnel a eu l'occasion de le rappeler, notamment dans sa décision du 12 janvier 1977 ».
- Plus de soixante sénateurs socialistes considèrent que la nouvelle loi votée remet en cause la liberté d'aller et venir, les libertés sociales consacrées par le Préambule puisque le droit de grève et le droit syndical sont menacés par un article réprimant les entraves à la circulation des chemins de fer ; ils considèrent dans un second chapitre de leur lettre de saisine que « la loi remet en cause les principes fondamentaux de notre droit pénal », à savoir celui de l'individualisation des peines auquel le Conseil aurait implicitement reconnu une valeur constitutionnelle dans sa décision du 22 novembre 1978, contrarié par l'article sur les peines planchers en-dessous desquelles le juge ne peut descendre, mais encore celui de l'organisation judiciaire, celui de la stricte et évidente nécessité des peines établies par la loi, celui des droits de la défense menacés par la procédure de constitution de la partie civile, par les sanctions contre les avocats et par la procédure de saisine directe du tribunal par le procureur de la République ; selon cette dernière saisine, la loi méconnaît aussi le principe d'égalité devant la justice, pourtant consacré par le Conseil constitutionnel, dès lors que la loi distingue la détention provisoire selon que la poursuite ait lieu avec instruction ou par saisine directe, et la loi remet en cause l'indépendance des magistrats du siège en soumettant les juges d'instruction à la tutelle du président de la chambre d'accusation qui se trouve ainsi chargé d'un nouveau pouvoir hiérarchique ; enfin, la loi méconnaît les pouvoirs du Parlement et la procédure législative.

Si Vedel commence par l'examen de la procédure législative, il remarque que les saisines socialistes laissent entendre qu'elles ne souhaitent pas heurter des solutions déjà acquises dans la jurisprudence du Conseil, notamment à travers une controverse que celui-ci a eu à connaître lors du débat sur la loi de finance rectificative de décembre 1976 que par ailleurs nous avons aussi étudié. La discussion portait sur l'alinéa 2 de l'article 45 de la Constitution à

savoir la réunion d'une commission mixte paritaire pour « les dispositions restant en discussion », et le Conseil avait tranché, estimant qu'il s'agissait de celles « qui n'ont pas été adoptées dans les mêmes termes par l'une et l'autre assemblée ». Après moult descriptions des nouvelles critiques formulées contre cet article, Vedel conclut :

« Très fermement, je proposerai de maintenir la doctrine de la décision du 28 décembre 1976 ».

Ses arguments sont de simple bon sens, visant à maintenir le droit d'initiative de la seconde assemblée saisie, sachant que les deux assemblées sont mises sur un même pied d'égalité face à cet article, puisque chacune peut se retrouver, selon les lois, dans cette situation. Ainsi, ne s'agit-il pas ici de protéger *a priori* la jurisprudence du Conseil constitutionnel mais de considérer la meilleure solution en tant que la plus efficace, la plus simple et la plus égalitaire. Georges Vedel revient donc à la jurisprudence du Conseil mais non sans avoir expliqué qu'elle avait encore ici tout son sens. Il précise cependant à ses collègues de bien maintenir la « solution de 1976 et la formule par laquelle vous l'avez exprimée » leur dit-il, témoignant aussi de l'importance, pour l'autorité du Conseil, que ce dernier reste formellement fidèle à ses propres décisions. De même, au sujet de la régularité de la procédure qui interdit aux députés d'intervenir en séance publique sur chacun des articles du texte de la Commission mixte paritaire, le rapporteur renvoie à une décision du Conseil du 20 juillet 1980 sur le contrôle et la sécurité nucléaire, où celui-ci avait estimé que,

« la méconnaissance par une assemblée de son propre règlement ne saurait, en elle-même, être censurée par le Conseil constitutionnel ».

Ici non plus, la priorité n'est pas donnée au suivi en soi de la jurisprudence du Conseil mais à la réaffirmation de celle-ci dès lors qu'elle apparaît pouvoir résoudre sans ambiguïté et efficacement la question soulevée. Le projet du rapporteur sur le volet de la procédure est adopté à l'unanimité.

Sur le volet relatif aux dispositions de droit pénal, nous ne développerons pas les textes mobilisés par le rapporteur : celui-ci ne retient finalement sur aucun point le grief de méconnaissance du principe de la légalité des délits et des peines et son propos juridique coule de source. En revanche, concernant le principe de proportionnalité des délits et des peines, il sied de souligner au moins l'ironie de Georges Vedel vis-à-vis de ceux qui mettent en doute le caractère strictement et évidemment nécessaire du nouveau régime des peines, au motif qu'il fait l'objet de protestations vigoureuses pointant un droit pénal à l'encontre des évolutions connues par « les nations civilisées » ; et Vedel de poursuivre que

« le Conseil constitutionnel aurait donc le redoutable honneur de contrôler l'appréciation du législateur sur ce point ».

Le choix de l'adjectif ne peut surprendre quiconque connaît sa répugnance à faire tomber le Conseil constitutionnel dans le fameux gouvernement des juges ; ce qui préoccupe Vedel ici, ce sont les risques à venir pour le Conseil constitutionnel s'il s'aventurait vers un contrôle du respect par le législateur de cette interdiction de s'écarter des peines strictement et évidemment nécessaires : c'est au Conseil qu'incomberait en effet alors la mission de définir le contenu de ce principe juridique, autrement dit de se faire législateur pénal.

« Mais d'où tirerait-il de telles lumières ? » s'interroge-t-il dès lors que,

« son mode d'investiture, ses fonctions, n'en font point un représentant de la volonté générale », tandis qu' « un député, un sénateur, lorsqu'ils votent pour établir telle ou telle peine, peuvent bien traduire le sentiment de la société, car le degré et les modalités de la représentation sont fonction de ce sentiment et, pour parler le jargon à la mode, correspondent à une culture ».

Le rapporteur exprime ainsi sa conception de la représentation électorale : elle reflète à travers les représentants choisis par les urnes le « sentiment de la société » ou sa culture du moment ; ainsi, sans aller jusqu'à parler de la fameuse et quelque peu opaque volonté générale, Georges Vedel considère que le choix de ses représentants par une société lui assure que ses non moins opaques, quoi que plus modestes, « sentiments » ou « culture » soient respectés. Sans doute parlerions-nous aujourd'hui, dans un nouveau jargon à la mode, de l'opinion majoritaire selon les derniers sondages. Bref, voilà notre rapporteur très attaché au principe électif pour refléter l'état d'esprit d'une société. Il conclut d'ailleurs :

« Mais lequel d'entre nous, même persuadé de la justesse de ses vues personnelles, se sent-il en droit de se substituer au législateur sur une telle matière qui, dans le langage du droit administratif, relèverait d'une pure appréciation d'opportunité ? ».

Où l'on retrouve pour le Conseil le même garde-fou rappelé en introduction par Vedel qui insiste encore par la suite sur le refus, de bon sens pour le Conseil,

« d'arbitrer souverainement entre une majorité de représentants de la Nation, soutenus par des sentiments populaires assez puissants et les opposants, soutenus par un courant de pensée contraire ».

Il signale d'ailleurs ainsi que sa vision de ce « sentiment de la société » était en effet assez éloignée de l'idée d'une volonté générale *in fine* partagée par tous selon la thèse du *Contrat social*, et qu'il s'agit plutôt ici d'un sentiment à dégager d'un arbitrage entre des camps parfois opposés. Or, si c'est bien là en effet le rôle des parlementaires élus, dont le camp majoritaire l'emportera, on peut s'étonner que Vedel valorise à tel point le résultat du vote majoritaire quand on sait combien la réforme de 1974 avait résonné pour le Conseil comme l'accès à une nouvelle mission de défense des droits de la minorité entendue comme défense des libertés publiques en général. Le Conseil avait en effet alors exprimé sa conception des conséquences pour lui de la nouvelle saisine parlementaire, confirmée et affinée par la suite, à savoir l'actualisation de sa mission de protection des droits déjà amorcée officiellement depuis 1971. En réalité, le rapporteur ne fait pas ici le choix de la majorité contre la minorité car, précisément, dans le cas examiné, il ne s'agit pas de droits qu'une minorité craindrait de voir bafoués, mais de deux approches différentes de l'opportunité du nouveau régime des peines prévu par la loi, en tant que devant être « strictement et évidemment nécessaires » selon l'article 8 de la DDHC. Or, constater que des droits sont violés ne relève pas de la même démarche que juger de l'opportunité ou de la nécessité d'une loi, ce qui, en effet, demeure la prérogative constitutionnelle du Parlement qui tranche par un vote à la majorité. En défendant la majorité, le rapporteur défend simplement l'institution de l'élection à la majorité comme critère de légitimité constitutionnel, dans la mesure où la minorité se place exactement sur le même terrain d'analyse de l'opportunité de la loi que la majorité. Toutefois, étant donné que les appréciations, différentes, n'en sont pas pour autant distinguables en vertu d'un argument puisé dans le bloc de constitutionnalité ou la jurisprudence, le rapporteur s'inquiète du rôle de législateur qui guette le Conseil, d'autant plus que,

« le texte de la Déclaration des droits de l'homme, dans sa rigueur et dans sa vigueur, semble l'y contraindre ».

Dans quelle mesure l'y contraint-il ? Georges Vedel nous répond qu'en réalité,

« la Déclaration des droits de 1789 n'a jamais été écrite ni même pensée comme devant être la base d'un contrôle de constitutionnalité. Bien au contraire, fidèles disciples de Rousseau sur ce point, les constituants ne concevaient pas que le législateur pût se tromper ou être injuste. La loi, expression de la volonté générale, était pour eux infaillible...//...Qu'était donc pour eux la déclaration des droits ? Un énoncé de vérités éternelles et universelles que le législateur devait sans cesse avoir devant les yeux , mais non un texte de droit positif destiné à être mis en œuvre par une autorité devant contrôler le législateur. »

Nous retrouvons ici la culture juridico-politique développée en introduction telle qu'elle a prévalu au sujet de la DDHC tout au long de l'histoire post- révolutionnaire française. Ici, la sage recommandation d'Elisabeth Zoller à savoir que,

« Il faut admettre que chaque ordre juridique est unique et que chaque système constitutionnel est le produit finement ouvragé d'une culture globale dans lequel il s'insère»⁴³².

Cependant, les choses ont évolué dans cet ordre juridique, précisément, montrons-nous en effet peu à peu, à l'aune de l'évolution d'une culture globale modelée par le développement de la démocratie moderne. De ce plaidoyer de Vedel contre un usage de la DDHC qui déposséderait le législateur de sa compétence, doit-on comprendre que ce texte fameux n'aurait même pas dû avoir de valeur normative au sujet du respect des libertés publiques? L'éclairage attendu de Georges Vedel ne tarde pas :

« Sans doute, dans certains cas⁴³³, tel principe formulé par la Déclaration a-t-il de lui-même, parce que la matière s'y prête, le caractère opératoire qui s'attache à la règle de droit...//... Dans ces cas, le contrôle du Conseil constitutionnel ne souffre pas de s'appliquer à un texte qui n'avait pas été écrit à des fins de contrôle juridique de la loi ».

A l'inverse, rajoute-t-il un peu plus loin,

« dans d'autres cas, la formulation en termes de principe philosophique ou moral aboutit à un énoncé non opératoire, c'est-à-dire qui ne comporte pas de contenu suffisamment précis ».

Le rapporteur établit donc une distinction pratique entre l'intention du rédacteur d'un texte et la liberté d'utilisation qu'en ont ses successeurs, sans qu'il soit nécessairement question d'interprétation ou de ré- interprétation justifiant des usages différents selon les époques. Connaître l'intention permettrait au contraire de ne pas extrapoler une interprétation qui détournerait le texte de son message et en rendrait l'usage finalement inadéquat. Ainsi, le texte a-t-il un sens en soi qui provient de l'intention de l'auteur ; celle-ci est alors partiellement conditionnée par un contexte, celui ici de la Révolution française et de ses corollaires politiques : l'émergence de la loi comme expression de la volonté générale et la conviction affirmée de l'universalité des traits humains justifiant l'égalité de traitement de tous les hommes, politiquement advenue par l'égalité en droits de tous les citoyens. Considérer la DDHC dans le Préambule d'une Constitution, c'est donc prendre acte des principes universels qu'elle contient sans pour autant oublier la dimension politique particulière et contextuelle qui permet de comprendre les autres. Si, dans une perspective skinnérienne⁴³⁴, Vedel avance que l'intention

⁴³² Elisabeth Zoller, « Qu'est-ce que faire du droit constitutionnel comparé ? », *Droits*, n° 32, 2000, p. 133.

⁴³³ Vedel cite ici l'article 9 de la DDHC selon lequel tout homme est présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable.

⁴³⁴ Je remercie Sophie Marcotte-Chenard pour ses éclairages sur l'intentionnalité chez Skinner ; je la mobiliserai au chapitre IV.

particulière des rédacteurs de la DDHC est historiquement située d'une part, il ne nie donc pas qu'elle puisse d'autre part livrer des principes encore applicables en tant que pourvus d'un caractère opératoire de tout temps selon une certaine acception du lien entre égalité et liberté, autrement dit une certaine acception de la démocratie moderne.

Cet exposé de Vedel nous inspire ces quelques réflexions car il interroge assez longuement le caractère opératoire de la DDHC à un moment où son intégration au fameux bloc de constitutionnalité va pourtant de soi depuis plusieurs années : saluant la rigueur du rapporteur qui entend avant tout dépasser les points obscurs d'un corpus juridique censé servir de support au contrôle de constitutionnalité des lois, nous en tirons une petite leçon de théorie politique vouée à éclairer son propos que nous pourrions finalement simplement qualifier de pragmatique. Cela nous semble en effet d'autant plus utile à ce travail que Georges Vedel mobilise souvent ce type d'approche pour résoudre les ambiguïtés face auxquelles se trouve le Conseil constitutionnel. Avec lui, la doctrine juridique constitutionnaliste s'invite dans la salle des délibérés du Conseil d'une manière qui, à travers cette recherche proprement politique des intentions des auteurs des textes faisant sa part à leur caractère contextuel comme au projet politique *per se* qu'ils soutiennent, restaure la dimension politique d'un droit constitutionnel effectuant à nouveaux frais une interprétation de ces textes. L'interprétation des textes est alors précisément située à l'intersection de l'adéquation des intentions de leurs auteurs aux nécessités de leur temps, avec les conceptions partagées d'une vie commune désirable au moment où ces textes sont mobilisés⁴³⁵.

Or, cette approche structure à présent le débat du Conseil constitutionnel pour en dégager une décision : elle révèle donc une conception du rôle de l'institution qui, de par la conviction partagée par ses membres de sa plausibilité, livre aussi sa part d'information sur l'état de la pratique démocratique au même moment. Quel est-il ? Il nous faut poursuivre l'analyse de cette délibération afin d'en dégager plus nettement ces éclairages.

Georges Vedel, dans ce sillage, insiste sur le caractère non prescriptif d'un principe tel que celui de la proportionnalité des délits et des peines, formulé avant tout comme une directive philosophique ou morale, ou encore de certaines dispositions du Préambule de 1946 ou du « droit à la paix » présent « dans certains projets ambitieux de nouvelles Déclarations des droits », tandis que, remarquons-le au passage, ce dernier droit était invoqué par François Luchaire en tant que préservation de la paix prévue par le Préambule de 1946 comme un intérêt supérieur selon lui à la souveraineté nationale, lors de la délibération de juin 1970 sur les ressources propres aux communautés européennes. Ce dernier point laisse du reste apparaître une qualité aisément reconnue au débat à huis clos, à savoir la sincérité des acteurs, qu'ils soient prêts à se dédire les uns les autres pour trouver le meilleur argument sans crainte pour leur seule crédibilité personnelle, ou qu'ils fassent état d'une innocente méconnaissance de ces propos antérieurs. Il montre surtout que cette liberté de ton – sans jamais rien ôter au demeurant à la plus grande courtoisie – propre au débat secret, nous donne à voir les controverses aussi bien que les consensus structurant une délibération mais aussi leurs ramifications éventuellement contradictoires dans le temps. Ce point du droit à la paix nous fait réagir ici mais il cache en réalité la grande forêt que constitue la discussion sur l'utilisation et l'interprétation du Préambule depuis au moins 1970. Ne pouvant, au terme de cette partie de son exposé, conclure fermement à

⁴³⁵ Cf La thèse de Vlachogiannis sur la Constitution vivante, *Op.Cit.*

l'adéquation entre le contenu « vague » des textes du Préambule qui renvoient alors plutôt *in fine* à la loi, et les nécessités exprimées de son temps, Vedel revient au point de départ : le Préambule, en l'occurrence ici la Déclaration de 1789, ne permet pas non plus au Conseil de trancher entre la majorité et la minorité parlementaires, toutes deux mues par « des sentiments populaires assez puissants » ; Vedel ne voit cette fois d'autre issue pour le Conseil, et c'est bien du rôle de ce dernier qu'il s'agit ici, que celle de s'en remettre à une

« solution déjà utilisée à propos de la loi sur l'interruption volontaire de grossesse en rappelant que les pouvoirs du Conseil constitutionnel sont différents de ceux du Parlement et que certaines appréciations sont réservées à celui-ci et notamment celle des degrés de proportionnalité ».

Après l'examen d'autres griefs posant avec moins de difficulté la question du rôle du Conseil, il aborde celle de l'individualisation des peines pour à nouveau rappeler que,

« il va de soi que le rôle du Conseil constitutionnel n'est pas de prendre parti sur des questions d'ailleurs controversées de politique pénale et de se demander si les innovations réalisées par la loi soumise à son examen sont opportunes. Il lui appartient seulement de dire si elles sont ou non conformes à la Constitution, c'est-à-dire en premier lieu si et dans quelle mesure le principe d'individualisation des peines a valeur constitutionnelle ».

Là, Vedel est sévère envers les auteurs de la saisine qui se méprennent sur une décision antérieure du Conseil et accumulent contre-sens et contre-vérités historiques, condamne-t-il. L'exposé contradictoire qu'il installe alors porte cette fois sur les Principes fondamentaux reconnus par les lois de la République (PFRLR) mais le raisonnement est le même que sur la Déclaration de 1789 et le Préambule en général, avec la difficulté supplémentaire que ces PFRLR sont énoncés sans aucun contenu dans le Préambule et ont été peu à peu dégagés par le Conseil constitutionnel lui-même selon des démarches variables quoiqu'usant néanmoins d'une commune enquête historique sur la permanence de certaines lois votées sous la III^e République, comme l'auraient escompté les constituants de 1946, explique Vedel. Ainsi, la règle constitutionnelle se veut-elle finalement plus claire ici :

« Il faut qu'il s'agisse de principes fondamentaux dans l'ordre politique et social ».

La suite permet d'éclairer cette condition toutefois quelque peu sibylline en précisant que ces principes doivent à proprement parler régir leur domaine d'application, qui ne saurait être que politique et social. En effet, toute disposition législative n'a pas cette vocation enveloppante et seules celles qui, depuis la III^e République, ont organisé la vie politique et sociale dans leur domaine d'application, telles que la loi sur la liberté d'association de 1901 par exemple, ont pu être revisitées sous forme de PFRLR⁴³⁶. De cette manière, Vedel rend caduque la prétention du principe d'individualisation des peines à un PFRLR puisque la réinsertion du condamné « ne résume pas tout le droit pénal », explique-t-il en mentionnant la coexistence de celle-ci avec les intentions dissuasive voire répressive de la peine. Ce faisant, le professeur Vedel en profite aussi pour affiner la manière dont le Conseil met au jour ces fameux PFRLR, à savoir en limitant

⁴³⁶ Liste des PFRLR à aujourd'hui et dans leur ordre chronologique de mise au jour : la liberté d'association, les droits de la défense, la liberté individuelle, la liberté d'enseignement, la liberté de conscience, l'indépendance de la juridiction administrative, l'indépendance des professeurs d'universités, la compétence exclusive de la juridiction administrative pour l'annulation ou la réformation des décisions prises dans l'exercice des prérogatives de puissance publique, l'autorité judiciaire gardienne de la propriété privée immobilière, l'existence d'une justice pénale des mineurs, le principe de pérennité du droit local d'Alsace-Moselle.

l'analyse à la législation antérieure à 1946 où ils sont évoqués, au risque sinon, dans le cas où la législation postérieure serait aussi prise en compte, de consacrer

« un monstrueux système de révision constitutionnelle tacite et inconsciente puisque toute législation nouvelle pourrait devenir révélatrice d'un principe fondamental ».

Ainsi, après avoir gratifié la jurisprudence du Conseil pour « l'usage heureux » qu'elle a fait jusqu'à présent de la définition des PFRLR, il entend à présent borner celui-ci. Si la difficulté et les risques à dégager trop vite de tels principes ne sont pas nouveaux au cours des débats, celui-ci apporte au Conseil un guide plus sûr pour éviter d'y glisser. Ainsi, véritablement, dans cet exposé, au fur et à mesure que le rapporteur examine les dispositions de la loi à la lumière des saisines et du corpus constitutionnel et jurisprudentiel disponible, il situe, conditionne, étend ou borne, bref il s'attache définir clairement le contenu des zones d'ombre du rôle du Conseil constitutionnel. Or, comme il s'agit davantage ici d'une indication ayant un impact sur les saisines plutôt que d'une seule conception partagée en interne sur ce que devrait, pourrait, peut ou doit faire le Conseil constitutionnel, il semble qu'il faille bien expliciter cette méthode de l'institution dans la mise au jour des PFRLR dans sa décision. Quand la conception du rôle du Conseil partagée en interne est susceptible d'avoir une influence sur les futures saisines, cette conception doit donc être publiquement partagée semble suggérer Vedel. Si ce n'est pas radicalement nouveau, cela n'a pas toujours été le cas non plus. A de très nombreuses reprises, nous avons en effet rencontré des conceptions du rôle du Conseil exprimées, partiellement ou entièrement partagées, qui n'avaient d'autre ambition que celle de faire avancer le débat à travers des arguments jugés acceptables par tous ou par la majorité des conseillers. Selon les arguments, toutefois, et en particulier pour ceux de nature juridique ou jurisprudentielle, il était aussi décidé d'en rappeler les principaux termes dans la décision finale. C'est cependant un autre pas qui semble être franchi ici par Georges Vedel :

« Il faut, dans l'intérêt même de l'information du public et des pouvoirs publics préciser que si, bien entendu, l'on peut, à l'appui d'une demande de déclaration de non-conformité invoquer une règle ou un principe proclamé par un texte constitutionnel ou tiré d'un tel texte et ceci sans distinction de date (1789, 1946, 1958), en revanche, l'appel à des principes résultant de simples dispositions législatives n'est possible qu'autant qu'il s'agit bien entendu de principes fondamentaux et surtout de dispositions législatives antérieures à 1946 ».

Il n'est pas uniquement question d'éclairer les interlocuteurs du Conseil avec une décision précisant ses motifs en particulier juridiques, pour les besoins de justification propres à toute juridiction⁴³⁷, ni même de préciser les limites du contrôle du Conseil également valables pour de futures saisines, mais de compléter ces éléments par des informations de contenu manquant à la Constitution. Il est vrai que le thème des PFRLR s'y prête bien mais cette approche signale que le Conseil constitutionnel se veut non seulement l'interprète des textes constitutionnels existants mais aussi le rédacteur des pièces manquant à l'ouvrage. En effet, lors des invocations précédentes des PFRLR, il n'entendait pas fournir une définition générale de ceux-ci mais seulement expliquer au cas par cas comment ils avaient été dégagés. Ainsi, ce petit supplément

⁴³⁷ Prévus pour éviter l'arbitraire de la justice en général et notamment prévus l'article 20, relatif aux décisions de conformité/non conformité à la Constitution, de l'ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel : « La déclaration du Conseil constitutionnel est motivée. Elle est publiée au Journal officiel ».

d'aisance dans la façon dont le Conseil conçoit son rôle signale-t-il à tout le moins que ses interlocuteurs, à savoir « le public et les pouvoirs publics » c'est-à-dire tous les acteurs de la vie démocratique, sont susceptibles de lui accorder une autorité nouvelle, presque constituante si l'on y regarde bien. La pratique démocratique s'accorderait donc, à ce stade, d'une institution non élue experte en exégèse et en définition de la Constitution, autrement dit elle serait prête à distinguer entre la Constitution et ses gardiens d'un côté, la loi et ceux qui l'élaborent au quotidien de l'autre.

Ce qui retient donc encore l'attention ici et sur quoi les chapitres suivants reviendront, c'est ce basculement subreptice d'une démocratie représentative centrée sur la loi comme expression de la volonté générale à une démocratie représentative et constitutionnelle centrée sur le respect de la Constitution, toujours dans un même système républicain, portant certes en germe la possibilité de cette évolution mais sans en avoir, par définition du moment constitutionnel⁴³⁸, prévu la dynamique. Pour l'heure, le doyen Vedel semble cependant considérer « une dissertation sur les PRFLR » comme une « excroissance inutile » en regard d'autres raisons de rejeter le grief invoqué par la saisine. Cela nous apporte un autre éclairage, moindre pour notre propos, mais proprement relatif au rapporteur : celui-ci fournit en effet un exemple extrême, à ce stade de notre lecture, de l'exhaustivité des rapports.

A plusieurs reprises, nous avons eu affaire à des rapporteurs particulièrement soucieux de passer en revue tous les griefs énoncés contre une loi, mais aussi leurs propres analyses de l'éventuelle non conformité d'autres dispositions, eu égard à un large corpus juridique et jurisprudentiel, pour ne retenir finalement que certains motifs à partir des arguments avancés au cours du débat ; ici, nous voyons un rapporteur développer très longuement une explication, *a priori* vouée à être transmise dans la décision, puis apporter lui-même la contradiction ou du moins l'argument qui rend finalement cette insertion dans la décision inutile. Or, au moment où le rapporteur présente son projet, il sait tout cela ; sa longue démonstration aura donc servi un seul enjeu pédagogique interne, destiné à renforcer la compréhension des PFRLR autant qu'à mettre en garde ses collègues contre la difficulté de leur usage.

Ainsi, si la pratique démocratique semble pouvoir s'accommoder d'un ordre constitutionnel en marge ou en surplomb de l'ordre législatif et à bien des égards distinct de ce dernier, le Conseil constitutionnel semble y jouer un rôle moins passif, moins dépendant du législatif qu'auparavant, du simple fait qu'il dispose à présent de réponses à des questions qui ne sont même pas encore posées. La suite le confirme où l'on entend Vedel dire que finalement un arbitrage de politique pénale n'est tout simplement pas de la compétence du Conseil constitutionnel en expliquant ensuite à ses collègues qu'il s'agit de

« dire de façon claire que nous entendons exercer notre fonction de la manière la plus rigoureuse et la plus complète, mais que nous nous refusons à nous substituer au législateur dans tous les domaines où, sous couvert de principes constitutionnels, les opposants à une telle loi entendent en réalité hausser au rang de règle de droit positif et, qui plus est, du plus haut niveau, leurs théories et leurs sentiments en usant au besoin d'affirmations tranchantes frisant le terrorisme intellectuel pour soutenir que la dissidence par rapport à leur point de vue est une trahison envers la liberté et la démocratie ».

Vedel positionne ainsi plus précisément que jusque-là le Conseil par rapport au législateur : certes, il s'agit toujours de ne pas se substituer à ce dernier mais en particulier en

⁴³⁸ Cf Beaud sur la plasticité de la Constitution de 1958, sur ses possibles + cf Fédéraliste sur les évolutions à venir, champ des possibles et de l'inconnu circonscrit néanmoins dans le cadre prévu.

présence d'une saisine de mauvaise foi invoquant les principes constitutionnels à des fins au mieux purement partisans, au pire dangereusement idéologiques pour l'équilibre même de la vie démocratique. Ce n'est donc plus tant la crainte d'un gouvernement des juges qui se dessine ici que celle de saisines manipulatrices cherchant à asservir le Conseil constitutionnel à travers des arguments spécieux ne relevant d'aucun motif constitutionnellement valable. Autrement dit, le Conseil doit savoir séparer le bon grain de l'ivraie, les saisines constitutionnellement fondées de celles qui cherchent à détourner durablement la lettre de la Constitution au profit d'une certaine conception de la vie démocratique, en l'occurrence ici de la politique pénale, en lui demandant d'inscrire dans le marbre des PFRLR des règles qui lieraient législateur pour longtemps, lui ôtant ainsi son autorité en la matière. Plus qu'une mise en garde contre le fait de se substituer au législateur en appréciant l'opportunité de la loi, c'en est ici une contre le fait de lui ôter tout un pan du pouvoir que lui confère la Constitution. Le Conseil constitutionnel se veut donc d'abord ici le garant de l'équilibre des pouvoirs prévu par la Constitution, dont le corollaire pratique est le maintien d'un débat démocratique contradictoire qu'aucun « terrorisme intellectuel » n'est autorisé à étouffer pour reprendre l'expression du rapporteur. Il suffirait en effet à Vedel de dire que la question de la loi pénale n'est pas du ressort du Conseil constitutionnel mais il met aussi au jour les intentions des auteurs de la saisine pour montrer qu'il y a plus encore à préserver que ce partage des compétences : le débat politique contradictoire propre à l'idéal de la pratique démocratique. S'en estimant ainsi le garant, le Conseil, à travers le propos du rapporteur, renvoie l'image d'une pratique démocratique qui semble prête à l'intégrer comme le garant de ses propres fondamentaux, en particulier le pluralisme des idées qui la meuvent.

Le rapporteur, enfin, en vient à l'examen plus directement juridique des dispositions de droit pénal incluses dans la loi et qui pourraient porter atteinte directement à un droit ou à une liberté constitutionnellement garantis. L'intervention en dernier lieu d'une telle démarche qui va de soi pour une institution censée examiner la conformité d'une loi à la Constitution renforce notre analyse précédente. L'étude alors exclusivement juridique qui s'en suit permet de conclure à la conformité de ces dispositions, ralliée à l'unanimité ; il est intéressant de noter qu'ici encore Georges Vedel insiste pour que même des choses « qui vont sans dire »,

« iront mieux si les considérants par lesquels nous déclarons conformes à la Constitution les dispositions ainsi critiquées disent clairement qu'elles ne sauraient viser l'exercice légal du droit de grève ».

L'on voit naître en effet depuis plusieurs délibérations, et cette démarche est particulièrement soutenue par le rapporteur Vedel, une réflexion non seulement sur les considérants strictement nécessaires à une justification juridique, *a priori* imparable, des décisions du Conseil constitutionnel, ce qui est le cas depuis les tout premiers débats, mais aussi sur ceux à intégrer pour mieux circonscrire le contenu des saisines à venir dans le souci d'éviter qu'elles ne détournent *in fine* le contenu même des textes constitutionnels. Le Conseil se sent ainsi peu à peu plus légitime pour traduire jusque dans ses décisions la conception qu'il se fait de son rôle, souvent encore cantonnée au secret des délibérés. Cela traduit un regard nouveau sur la pratique démocratique : s'il est toujours pertinent de considérer que le Conseil, à travers la conception qu'il se fait de son rôle au sein de cette pratique, instille nécessairement un certain regard objectif sur celle-ci, il faut alors à présent faire droit au fait que la transmission, de plus en plus

explicite, de certains aspects de ce rôle à ses interlocuteurs suggère qu'il acquiert auprès d'eux une reconnaissance tangible.

L'article qui prolonge ensuite l'exposé du rapporteur concerne le nouveau système « aggravé » de garde à vue. Les critiques formulées par les saisines ne semblent pas valables au rapporteur qui, en revanche, en exprime une lui-même, préfigurant du reste ce que sera la suite de l'évolution du Code pénal en la matière, puisqu'il déplore pour sa part l'absence possible d'un avocat durant la garde à vue⁴³⁹. Ce qui intéresse la reconstruction du propos pertinent pour notre étude se trouve cependant dans les réponses du rapporteur aux commentaires de ses collègues partageant ses considérations sur la garde à vue. Ceux-ci demeurent en effet sceptiques quant à une décision de conformité, même en l'absence de recours des saisines en la matière et Vedel ne s'en tient pas alors au seul fait de cette absence dans les saisines pour éclairer son refus de se pencher malgré tout sur la question :

« la (la garde à vue) remettre en cause serait porter atteinte à l'ensemble du système français de police judiciaire et de l'instruction qui repose sur la garde à vue ».

Il s'agit encore une fois de ne pas révolutionner toute une architecture institutionnelle en place. Le débat sur l'opportunité d'une telle garde à vue est alors lancé qui s'achève sur la proposition initiale de Vedel. Les griefs suivants formulés par les saisines concernent des nouveautés dans la procédure de saisine du tribunal, qui peut alors devenir directe et immédiate, ou passer préalablement par le président du Tribunal ou un juge délégué par lui si la réunion du tribunal est impossible le jour même. Le prévenu dans le premier cas ne voit que son avocat. Au terme d'un exposé contradictoire sur ces questions, le rapporteur conclut à une non conformité, après, dit-il, « avoir beaucoup hésité ». Pourquoi ? L'on apprend plus loin que,

« cette procédure ne semble pas porter atteinte aux droits de la défense mais elle ne semble pas non plus conforme au principe d'égalité devant la justice ».

Elle mêle de manière peu satisfaisante, comprend-on alors aussi, des éléments du système inquisitoire alors en vigueur puisqu'un juge instruit l'affaire quoi que de manière potentiellement plus rapide avec la nouvelle loi, à des éléments judiciaires de type accusatoire anglo-saxon avec présence d'un avocat mais seulement en fonction du choix du procureur selon la seconde procédure et donc sans les moyens véritables de mener son enquête ; bref, « un mélange comme celui qui est réalisé là n'ouvre pas en pratique de garanties raisonnables ».

Le débat engagé montre des avis divergents parmi les conseillers, mais Georges Vedel en revient au fait

« qu'il y a une absence totale d'égalité entre deux prévenus détenus, mis dans l'obligation, en face d'une police très puissante, de rassembler des preuves. L'un des deux, dans des cas souvent très semblables, ne dispose pas de l'organisation du juge d'instruction qui devient le bras séculier de la défense ».

⁴³⁹ Ce propos de Vedel n'entre pas dans la reconstruction du thème qui nous intéresse mais nous le reproduisons ici tout de même à l'attention des juristes qui pourraient juger pertinent pour leurs travaux de se reporter à ces délibérations, tant il annonce la réflexion de la doctrine comme les évolutions à venir dix ans plus tard sur la garde à vue : « Il convient de remarquer que la critique valable qui aurait pu être faite, et qui eut consisté à dire que la garde à vue viole les droits de la défense parce qu'elle permet qu'un suspect soit interrogé sans l'assistance d'un avocat, n'a été soulevée par personne. Nous pouvons donc noter que le principe même de la garde à vue est admis et que, seule, sa durée est contestée ».

Après une mise en réserve de ce point sur lequel le consensus est difficile à trouver, le débat y revient en conclusion pour entendre le rapporteur chercher à affirmer l'autorité d'un Conseil constitutionnel dont le rôle

« ne paraît être de donner sa bénédiction à tout cela. La procédure est inégalitaire, discrétionnaire et inefficace ou dangereuse.../...Montrer de la compréhension devant un tel texte serait faire preuve de faiblesse coupable ».

Les termes sont forts mais ne suffiront pas à contrer les arguments repris par le Président pour considérer la limitation nouvelle de la détention provisoire dans le cas de la saisine directe comme « un incontestable progrès ». René Brouillet, en accord, lui, avec Georges Vedel,

« constate qu'aujourd'hui comme hier, des considérations de fait, d'opportunité et aussi de droit ont été données dans la discussion et il ne méconnaît pas que la nouvelle procédure comporte un progrès relatif » ; « mais ce n'est pas la question, nous devons nous déterminer seulement sur des questions de droit » poursuit-il.

Or, si nous avons entendu Georges Vedel dépasser parfois des questions de droit, c'est avant tout parce que celles-ci n'épuisaient pas directement l'examen de tout ou partie d'une loi dont l'enjeu de conformité renvoyait alors à celui, plus large, de la stabilité politique, recouverte aussi, cependant, par la Constitution, alors revisitée en fonction des situations sociales contingentes. Dans le cas présent, René Brouillet semble plutôt considérer que ceux de ses collègues qui plaident la conformité, s'en remettent ouvertement aux seules bonnes intentions supposées du législateur, pour lequel ils montrent, pour citer à nouveau Vedel, « de la compréhension ». Or selon lui,

« si le texte .../...même en étant meilleur que l'ancien, apparaît enfreindre la règle constitutionnelle, il nous faut l'annuler, dès lors qu'il n'est pas possible de le vider de son venin par une interprétation ».

Le vote permettra aux partisans de cet article de loi de l'emporter mais l'on retiendra ici deux prises de position divergentes quant au rôle du Conseil constitutionnel : l'une met l'accent sur l'attention toujours présente et bienveillante à accorder aux vœux du législateur, dès lors cependant que la Constitution n'est pas ouvertement bafouée, l'autre entend donner une autorité supérieure au Conseil constitutionnel en tant que devant prévenir les infractions à la Constitution, même seulement potentiellement entraînées par l'entrée en vigueur de la loi. Le fait que l'une plutôt que l'autre approche l'emporte, avec si peu de différence par ailleurs, ne dit rien en soi sur la pratique démocratique dégagée du rôle du Conseil constitutionnel exprimé par ses membres ; toutefois, le fait que les deux options cohabitent traduit la réticence du Conseil à s'imposer un cran plus loin dans l'ordre constitutionnel, associée à la possibilité qu'il lui est pourtant offerte de le faire par des saisines qui, tout en exprimant improprement les griefs réservés à la nouvelle loi, s'en remettent sans hésiter à la compétence du Conseil constitutionnel, tantôt de mauvaise foi, tantôt plus objectivement, mais toujours d'une manière qui ne laisse pas de doute sur la fiabilité que leur inspire l'institution. Dans l'un et l'autre cas, cependant, il ne s'agit pas non plus pour le Conseil constitutionnel de se faire l'arbitre d'un conflit entre majorité et minorité parlementaires, puisque précisément, il refuse d'apprécier l'opportunité de la loi : en l'absence de preuve patente de la non-conformité des textes soumis à son examen, il se donne donc plutôt le choix entre la confiance à accorder au législateur d'une part, et, d'autre part, l'autorité de sa compétence juridique pour palier plutôt les conséquences éventuellement non conformes à la Constitution qui s'en suivraient des appréciations imprécises de ce dernier.

Autrement dit, l'histoire de l'évolution de la pratique démocratique qu'il nous aide à reconstituer ici signale un glissement non linéaire depuis un système républicain légitimé vers un système républicain capable de remettre réflexivement en question ses propres impensés.

Conclusion

Pour en finir avec cette longue délibération riche d'éclairages pour notre propos, revenons aux autres questions débattues avant que ne soit close celle ci-dessus et avec elle l'ensemble du débat : elles concernent les dispositions relatives au contrôle d'identité et c'est là, annonce le rapporteur, « l'une des parties les plus contestées de la nouvelle loi ». Les dispositions critiques posent que pour la prévention d'atteintes à l'ordre public relatives à la sécurité des personnes et des biens, la police peut demander une déclinaison d'identité et conduire la personne concernée dans un local à des fins de vérification. Ainsi, la liberté d'aller et venir, la liberté individuelle et le droit au respect de la vie privée et son inviolabilité seraient-elles contrariées. Pédagogue, le doyen Vedel décrit le droit applicable en la matière dans la libérale Angleterre pour conclure :

« Le cas qui se pose à nous est de savoir si les contrôles font payer à la liberté une rançon excessive par rapport aux garanties qu'ils offrent pour la sécurité ».

Pragmatique encore, Georges Vedel reconnaît que leur défaut sera sans doute d'exposer certaines personnes plus que d'autres selon des critères illégaux relevant d'une forme raciste de sélectivité. Etudiant plus précisément le texte de la loi sur ce point ainsi que ceux des saisines, il en vient à sa remarque première situant le rôle du Conseil :

« Une fois de plus, nous en revenons à la balance des intérêts en présence ».

Et, plus loin :

« Les garanties que je viens de vous énoncer permettent de dire que ces prescriptions, si elles sont respectées, sont suffisantes pour que l'on puisse estimer qu'a été faite correctement la conciliation nécessaire entre l'exercice des libertés et la défense de l'ordre public ».

Puis de préciser à quel point a été pesée « cette notion d'équilibre nécessaire » dans les considérants de la décision. Le rapporteur Vedel exprime encore ainsi, à partir d'une démarche visant cette fois à mettre juridiquement le texte de la loi à la double épreuve de la garantie des droits de la personne contrôlée et de celle de la sécurité des autres dans le respect des textes constitutionnels, la mission d'un Conseil garant d'un équilibre certes induit par la Constitution, mais explicité par lui-même à partir de cas concrets. S'en suit un exposé de droit comparé sur la façon dont cet équilibre fondateur des démocraties libérales est préservé dans d'autres pays du Conseil européen, au terme duquel le doyen Vedel déplore tout de même :

« Il est inquiétant dans cette affaire que le pays des droits de l'Homme ne soit pas un pays suffisamment adulte au plan civique pour que la loi doive imposer le contrôle d'identité, ce qui suppose, ou qu'il était généralement fait dans de mauvaises conditions ou que les citoyens se refusaient à des contraintes à l'évidence nécessaires, ou même que les deux phénomènes coexistaient ».

Bref, tous se rangent derrière lui pour une conformité de ces dispositions.

Nous en retiendrons cette conception partagée de la capacité du Conseil constitutionnel à faire valoir l'équilibre démocratique entre droits et devoirs dans un système jugé, quelque peu sévèrement, infantile par le rapporteur.

Dans ce sillage, le système démocratique laisse aussi entrevoir la nécessité de repenser la loi comme une règle de la vie sociale, la première délimitant les possibilités d'action de la seconde à travers le prisme du droit constitutionnel et des droits que celui-ci garantit, à condition de privilégier les principes fondamentaux de la démocratie représentative autant que ceux de l'histoire républicaine.

L'on assiste depuis plusieurs délibérations à l'éclosion, voire à l'affirmation de ce principe de responsabilité politique, sur son volet social ou sur son volet institutionnel. L'on a pu voir qu'il n'abolissait pas la référence au législateur mais montrait plutôt une manière de la penser avec l'autorité plus affirmée d'une institution privilégiant les fondamentaux de la vie démocratique moderne comme ceux de l'histoire républicaine française.

Il serait donc pertinent de se demander à présent ce que le Conseil y gagne tant la conception de son rôle s'était avérée faire une part décisive à la stratégie. Si la réflexion politique décrite dans cette section sert cette dernière, il faut voir comment. Si elle révèle autre chose du Conseil constitutionnel, ces deux options n'étant pas exclusive l'un de l'autre, il faut identifier de quoi il s'agit.

Les sections suivantes permettent de répondre en donnant à voir les ressorts de cette réflexion politique lors des délibérations.

III.2. L'éthos républicain des conseillers, fondement de ce principe de responsabilité

Le rôle du rapporteur dans l'exigence de ce principe de responsabilité, déjà à l'oeuvre mais à présent plus marqué, confirme qu'un tel principe ne renvoie à rien de déterministe. Cela est d'ailleurs logique pour une institution qui pense son rôle dans la zone circonscrite par des contraintes réelles et des contraintes dues à une certaine culture politique mais qui néanmoins dispose dans ce périmètre d'une certaine liberté d'agir/de se penser. Mais au-delà du rôle majeur du rapporteur pour développer une réflexion autour de ce principe, encore une fois possible à l'aune des aspérités réelles de la pratique démocratique qu'elle dévoile, encore faut-il que cette réflexion soit, même partiellement, partagée par les membres du Conseil ; certes, si elle ne l'est pas, elle n'en livre pas moins une indication potentiellement pertinente sur la démocratie mais si elle l'est, elle livre une conception du Conseil par lui-même qui, on l'a vu, produit sa propre identité interne, marque ses débats suivants, et contribue à façonner ses décisions à venir ; de plus en plus, du reste, cette conception transparaît dans les décisions et à ce titre influe à son tour sur la pratique démocratique elle-même (cf chap IV). Nous n'en sommes pas encore là. Avant cela, il nous faut faire droit à ce qui rassemble les membres du Conseil autour de cette responsabilité commune. Pourquoi ? Parce que c'est aussi structurant plus en amont pour la façon dont ils pensent leur rôle et reçoivent les possibilités offertes par la démocratie ; parce que cela cimenter les débats depuis le début sans nécessairement fournir directement des arguments pour penser leur rôle ; or, cela devient à présent plus ouvertement le cas et c'est pourquoi nous l'abordons maintenant. C'est un espace discursif qui s'ouvre à travers ce principe de responsabilité, diversement conçu on l'a vu, mais toujours fondé sur une même racine : l'éthos républicain partagé par les membres du Conseil constitutionnel.

III.2.1. Ethos républicain et principe d'égalité

Séance du 16 janvier 1982, décision 81-132 DC : loi de nationalisation. Limites balisées par le Conseil constitutionnel ; aide à l'appréciation du législateur.*

=> Qu'apprend-on ici ?

Le Conseil constitutionnel se positionne par rapport au pouvoir élu qu'il conseille plus qu'il ne lui impose de modifications de fond relativement à l'opportunité de la loi votée. Ce faisant, il déploie autant que possible un arsenal juridique lui assurant cette mise en retrait face au politique mais aussi, parallèlement, une légitimité propre, autre, nouvelle. Or, il ressort que celle-ci ne saurait pour autant entrer en conflit avec la légitimité électorale, même quand, à ce stade de notre étude, il apparaît que le Conseil constitutionnel ait une conscience plus affermie de son autorité juridique. Il semble cependant toujours en quête d'un équilibre entre, d'une part, l'affirmation de son rôle et donc de son autorité, associée à la forme de légitimité qui, dans ce système démocratique, peut la lui conférer, et, d'autre part, le respect de la forme de légitimité démocratique qui prévaut, à savoir l'électorale.

Autrement dit, on peut invalider une loi au nom du droit mais pas considérer que cela nous place au rang des élus qui l'ont votée. Du point de vue de l'évolution de la pratique démocratique dans le système considéré, cela traduit tout de même un glissement vers une acceptation actée du droit pouvant saisir la politique. Précisément, réfractant bien l'esprit des débats, juridiquement cadrés mais à portée politique, l'énoncé de la décision, anticipant la suite, sous-tend l'idée qu'au nom du droit en vigueur, la loi ne peut être considérée pleinement constitutionnelle mais qu'elle peut, en revanche, être reconsidérée, rediscutée à partir de son projet premier dès lors que celui-ci ne trahit pas les principes libéraux de la Constitution, pas plus que le principe d'égalité.

Cette division du travail sert la définition acceptable du rôle du Conseil, qui en use activement, comme elle exprime l'évolution d'une pratique démocratique qui distingue de plus en plus la loi ordinaire de la loi fondamentale, selon les formulations éclairantes et typiques d'un Etat de droit. Elle fonde ce faisant la seconde autant sur la notion juridique de Constitution que sur celle, plus politique au sens de ce qui meut la collectivité politique historique, de consensus républicain ; si celui-ci n'est pas énoncé comme tel dans la décision, il contribue amplement à en identifier les motivations et constitue, dans cette délibération, la condition de l'équilibre évoqué plus haut, ou encore le lien nécessaire entre respect du droit constitutionnel et primauté de la loi.

La délibération sur la conformité à la Constitution de la loi sur les nationalisations votée à l'automne 1981 s'étale sur neuf jours, entre le 12 décembre 1981 et le 15 janvier 1982. C'est la plus longue sur la période de notre étude ; elle a mené à la décision 81-132 DC du 16 janvier 1982, dite loi de nationalisation I. Le Conseil, anticipant sa saisine, se réunit d'abord le 12 décembre 1981 puis à nouveau le 22 décembre 1981 après avoir été saisi, pour la délibération

proprement dite. Nous étudierons ensemble les deux débats regroupés par les Archives nationales.

La saisine provient de soixante députés et de soixante sénateurs de l'opposition au nouveau gouvernement socialiste. François Mitterrand a en effet été élu Président de la République française le 10 mai 1981. Candidat du Parti Socialiste qu'il a largement contribué à fonder en juin 1971, lors du Congrès d'Épinay, à partir de la fusion entre la Convention des institutions républicaines et le Parti socialiste d'alors, lequel avait remplacé en 1969 la SFIO (Section Française de l'Internationale Ouvrière), il avait signé en 1972, au nom de ce jeune nouveau Parti Socialiste, un programme commun de gouvernement avec le Parti communiste et les Radicaux de gauche.

Un plan de nationalisation y figurait alors et sera repris parmi les « 110 propositions » du candidat Mitterrand pendant la campagne présidentielle de 1980-81 au titre de la 21^e. Ainsi emblématique de la première alternance politique de la Vème République, la loi de nationalisation est votée par l'Assemblée nationale le 26 octobre 1981, après l'ouverture des débats le 13 octobre du même mois, pour être promulguée sous une nouvelle version le 13 février 1982 par le gouvernement socialiste de Pierre Mauroy. Entre temps, l'opposition de droite (RPR- Rassemblement Pour la République et UDF- Union pour la Démocratie Française) a saisi le Conseil constitutionnel à deux reprises, la plus importante en termes de recours et de complexité étant la double saisine parlementaire de soixante députés et soixante sénateurs du 18 décembre 1981, qui va nous intéresser ici. Déclarée non constitutionnelle, puis modifiée par le législateur, la loi sur les nationalisations est acceptée comme étant conforme à la constitution lors de la deuxième saisine du Conseil constitutionnel conduisant à sa promulgation le 13 février 1982. Notons que le Conseil constitutionnel avait anticipé la première saisine eu égard aux débats agités de l'Assemblée et avait commencé à en envisager les questions principales dès la réunion du 12 décembre 1981 dont le compte-rendu fait partie du procès-verbal de la délibération considérée dans son ensemble, réunion dont il nous faut aussi préciser afin de faire droit au niveau de complexité ainsi anticipé, qu'elle avait été précédée par une autre encore, rassemblant, à la demande du Président du Conseil constitutionnel Roger Frey, des experts extérieurs, lors de « l'organisation des travaux du Conseil constitutionnel en vue de la saisine relative à la loi de nationalisation », le 19 novembre 1981 et qu'elle avait donné lieu à diverses consultations d'éminents professeurs de droit⁴⁴⁰.

Le 11 septembre 1981, la gauche alors au pouvoir avait déposé un avant-projet de loi de nationalisation devant le *Conseil* d'État pour avis. L'objectif avancé était de donner aux pouvoirs publics les moyens de lutter contre la crise économique persistante, de favoriser la croissance et l'emploi. A l'initiative du ministre de l'économie et des finances, Jacques Delors, le projet de loi se focalise sur des industries de pointe ainsi que sur des organismes de crédit afin de donner à l'État les moyens de maîtriser l'investissement et d'impulser le développement industriel, l'autre but recherché étant d'associer davantage les salariés à la gestion de leur entreprise. Le premier projet de loi est déposé à l'Assemblée nationale le 23 septembre 1981, le Conseil d'État ayant été entendu. Après deux lectures et l'échec de la commission mixte paritaire, le désaccord entre

⁴⁴⁰ Les consultations de ces éminents juristes, ainsi que le texte de loi et les décisions du Conseil constitutionnel sont reportés dans l'ouvrage de Louis Favoreu, *Nationalisations et constitution*, coll. « Droit public positif », Paris et Aix-en-Provence, Economica et Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1982.

l'Assemblée nationale qui approuve le texte et le Sénat qui le rejette est dépassé par la lecture définitive de l'Assemblée nationale. Mais soixante députés et soixante sénateurs de l'opposition, conformément à l'article 61 de la Constitution, saisissent le Conseil constitutionnel le 18 décembre 1981 pour inconstitutionnalité eu égard au principe même des nationalisations mais encore en raison de la violation du droit de propriété, conséquence de celle du neuvième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 prévoyant la nature des biens susceptibles de devenir propriété de la collectivité, à savoir les monopoles de fait ou les activités revêtant le caractère d'un service public, ainsi que de celui visé dans l'article dix-sept de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789, dont la valeur constitutionnelle a été confirmée par l'intégration de ladite déclaration au bloc de constitutionnalité par la décision du Conseil constitutionnel de 1971, Liberté d'association, et que nous rappelons ici puisque ses diverses dispositions sont mentionnées dans les moyens de la saisine :

« La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité ».

Enfin, les saisines évoquent subsidiairement la violation du principe de souveraineté par la possibilité d'extra-territorialité du champ d'action de la nouvelle loi.

Le Conseil constitutionnel, qui reconnaitra la constitutionnalité de la nationalisation sur le principe, remettra en revanche en cause la légalité des critères de nationalisation des banques, de la détermination de la valeur d'échange des actions et de l'effet extra-territorial du projet de loi. Une deuxième version de la loi de nationalisation, présentée le 20 janvier 1982, sera promulguée, après une nouvelle navette parlementaire et l'avis, de conformité cette fois, du Conseil constitutionnel le 11 février de la même année.

En raison de sa forte connotation politique, tant due à la mise en œuvre d'une mesure phare du changement de société promis par le nouveau gouvernement, qu'à l'affirmation pour l'occasion de la souveraineté de l'Etat, la décision du 16 janvier 1982 du Conseil constitutionnel s'inscrira sur fond de vifs débats politiques et juridiques.

Au moment de cette délibération, les membres du Conseil constitutionnel n'ont pas changé, à cela près que Valéry Giscard d'Estaing, en tant qu'ancien Président de la République, en est membre de droit mais il est excusé pour l'ensemble de la séance; l'on y retrouve donc par ailleurs toujours, pour rappel, le Président Roger Frey, homme politique (gaulliste, UDR, ancêtre du RPR), nommé par le président de la République Georges Pompidou (UDR), Gaston Monnerville, homme politique (gauche démocratique puis MRG), nommé par le Président du Sénat, Alain Poher (MRP, tendance démocratie chrétienne), René Brouillet, ancien diplomate (gaulliste), nommé par le Président de l'Assemblée nationale, Edgar Faure (Parti radical-socialiste puis Parti Radical), André Ségalat, haut fonctionnaire (gaulliste), nommé par le Président de la République Valéry Giscard d'Estaing (UDF, proche MRP), Louis Gros, avocat, homme politique (Républicains Indépendants, proche UDF), nommé par le Président du Sénat Alain Poher, Achille Peretti, avocat, homme politique (gaulliste), nommé par le Président de l'Assemblée nationale Edgar Faure, Louis Joxe, homme politique (gaulliste), nommé par le Président de l'Assemblée nationale Edgar Faure, Robert Lecourt, avocat, homme politique (MRP), nommé par le Président du Sénat Alain Poher, Georges Vedel, Professeur de droit

public, nommé par l'ancien Président de la République Valéry Giscard d'Estaing, et à nouveau rapporteur du projet de décision.

L'exposé du rapporteur agrmente toujours une réflexion déjà dense sur la dimension politique de la décision du Conseil constitutionnel, par des éléments juridiquement toujours très didactiques mais aussi techniquement très détaillés, notamment au niveau de calculs d'évaluation financière ; du reste, le procès-verbal de cette délibération est particulièrement long. Aussi, pour ne pas perdre le lecteur dans les méandres des raisonnements poursuivis par le rapporteur et ses collègues, optons-nous pour une mise en lumière plus segmentée des arguments à travers lesquels se dégage une conception du rôle du Conseil, et laissons-nous de côté la démarche plus inductive-déductive de nos précédentes analyses.

De la prise en compte des circonstances sociales pour dépasser les apories du droit et repérer la nature du désaccord public

Le rapporteur Georges Vedel propose de structurer son exposé en commençant par le principe même des nationalisations pour lequel il renverra aux textes de droit applicables tout en s'efforçant de comprendre le législateur et d'établir un lien intelligible avec le recours ; puis il traitera séparément de l'un des éléments clés du recours, à savoir l'indemnisation des actionnaires dépossédés pour terminer sur des questions diverses.

Nous avons vu, avec le rappel du recours de la saisine, que pour qualifier les nationalisations dans leur principe, la difficulté essentielle va consister dans la réconciliation entre l'approche libérale des articles deux et dix-sept de la DDHC de 1789⁴⁴¹ et l'alinéa neuf du Préambule de la Constitution de 1946⁴⁴², tous deux faisant partie du Préambule la Constitution de 1958 en vigueur, étant par ailleurs depuis 1971 intégrés au texte constitutionnel au nom du bloc de constitutionnalité auquel ils participent. Qu'est-ce en effet que la nécessité publique (Art 17 DDHC) qui peut justifier ce besoin de nationaliser autant de secteurs industriels et bancaires ? Comment se constate-t-elle et comment définir dans ce cas les conditions d'une juste et préalable indemnité (Art 17 DDHC) ? Dans quelle mesure une exploitation peut-elle acquérir les caractéristiques d'un service public national et justifier ainsi la collectivisation de la propriété privée (Alinéa 9 Préambule 1946) dont la protection est pourtant le but de toute association politique (Art 2 DDHC) ? Au-delà des comparaisons juridiques passionnantes qui pourraient rendre compte d'incompatibilités ou de convergences possibles entre les textes, il nous importe ici au premier chef de noter que le rapporteur Vedel ne s'en tient pas à cette seule analyse juridique : il renvoie à l'évolution de la société de l'après-guerre en précisant que « les principes particulièrement nécessaires à notre temps » évoqués dans le Préambule de 1946 sont venus compléter et non pas infirmer la Déclaration de 1789, d'autant plus qu'une première Constituante en 1946 avait proposé une nouvelle déclaration des droits subordonnant réellement le droit de propriété à la loi et que la Constitution correspondante avait été rejetée par

⁴⁴¹ Art 2 DDHC 1789 : « Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'Homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression ».
Art 17 DDHC 1789 : « La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité ».

⁴⁴² Alinéa 9 du Préambule de la Constitution de 1946 : « Tout bien, toute entreprise, dont l'exploitation a ou acquiert les caractères d'un service public national ou d'un monopole de fait, doit devenir la propriété de la collectivité ».

référendum. La Constitution de 1946, et son Préambule finalement acceptés, renvoient en effet à la Déclaration de 1789 en l'état, et nuancent ainsi le caractère socialisant ressortissant de la formule citée plus haut. En situant ainsi contextuellement ces différents articles, le rapporteur parvient à en nuancer la portée et à mettre au jour leur compatibilité que les seuls textes pourraient rendre douteuse, compatibilité par ailleurs non démentie par leur présence à équivalence dans la Constitution de 1958. L'article de 17 de la Déclaration de 1789 est considéré sous le même angle contextuel : la « nécessité publique » prévoyait alors de limiter les abus royaux portant atteinte aux voiries privées alors que le fameux alinéa neuf du Préambule de 1946 prévoit explicitement des cas particuliers où la nécessité impose au législateur la nationalisation et dans ces cas particuliers, il ne suffit plus que ce dernier estime seul la nécessité, devenue d'ailleurs, dans le langage contemporain, l'utilité publique.

Enfin, le rapporteur rappelle que ce Préambule de 1946 intervient au moment et en vertu d'une redéfinition du rôle de l'Etat ; or, si la nouvelle constitution approuvée par référendum consacre en effet l'avènement de l'Etat social, elle n'en diminue pas pour autant la portée de la Déclaration de 1789 dont elle réaffirme aussi les principes dans son préambule. Ces considérations, qu'il est raisonnable de qualifier malgré tout d'interprétatives, sont alors complétées par le rapporteur par la prise en compte du caractère évolutif de la notion même d'utilité publique en droit positif. Cette prise en compte s'alimente de manière très pragmatique de l'éclairage des circonstances contextuelles, et affine ainsi le panorama social déjà mobilisé pour finalement dégager non pas une interprétation nouvelle de la visée sociale de l'Etat de l'après-guerre mais, plus simplement et sans ambiguïté possible, un hiatus profond entre le propos de l'Assemblée nationale qui a voté la loi et celui du Sénat qui s'y oppose : prenant à présent acte de la plasticité de la définition de l'utilité publique, on comprend que celle-ci soit diversement mobilisable mais comment peut-on raisonnablement entendre des deux côtés la revendication de sa nature constitutionnelle sans plus de précision sur son contenu et parvenir à réconcilier alors, d'une part, la justification du projet de loi de nationalisations en vertu du caractère constitutionnel de celles-ci au nom de l'utilité publique avec, d'autre part, leur réfutation pour les raisons opposées? Ayant souligné l'absence de définition constitutionnelle du concept central d'utilité publique, après un détour par le poids des évolutions sociales travaillant la portée des textes constitutionnels, le rapporteur conclut donc que la tension en présence renvoie en réalité à deux philosophies de la société : l'une dirigiste, l'autre libérale, celles-ci expliquent la possibilité d'appréciations opposées de la notion d'utilité publique, et pourtant toujours proclamée comme ayant valeur constitutionnelle.

Le rapporteur aurait cependant pu, selon une prudence juridique dont le Conseil se prévalait un temps, se contenter de vérifier l'adéquation de la loi au texte, moyennant une analyse plus courte liée à la divergence de vues sous-tendant certains articles constitutionnels, pour conclure finalement que le législateur pouvait seul apprécier l'utilité publique. Or, en commençant par protéger le texte constitutionnel par la ré-affirmation, voire la démonstration, de sa cohérence, il a ensuite préféré mettre en exergue l'argument politique de fond nouant en réalité les oppositions, bien au-delà du caractère constitutionnel ou pas d'une notion qui ne renvoie en l'occurrence à aucun contenu constitutionnel. Cette appréciation des philosophies politiques au travail dans les débats parlementaires n'est pas neutre dans cette délibération. Si elle conduit à la même conclusion selon laquelle il n'est pas du ressort du Conseil constitutionnel

« d'arbitrer entre deux politiques » pour reprendre le propos du rapporteur, elle a la particularité de souligner qu'il s'agit bien d'une question politique fondamentale, d'un choix de société et non d'une seule question juridique lacunaire. Elle induit ainsi une conception du rôle du Conseil renvoyant à la nécessité de laisser remonter à la surface ce qui rend tangiblement les divergences inconciliables – la vision de la société, la philosophie politique - et pas seulement, par défaut, ce qui manque pour les résoudre – un texte juridique de référence clair-.

Ainsi, l'institution est-elle encore auréolée d'une mission herméneutique dépassant le droit positif, non pour se contenter d'en souligner les apories, ni pour les combler par un geste d'appréciation à prétention législative, mais pour mettre en regard ce que le droit constitutionnel et sa jurisprudence permettent, d'une forme de responsabilité du Conseil vis-à-vis du fondement du désaccord public. Autrement dit, le Conseil se fait ici le décodeur de ce désaccord : celui-ci est-il de l'ordre de la pluralité démocratique des points de vue ou bien remet-il en cause un accord antérieur, le terreau même sur lequel peuvent fleurir des points de vue différents mais dont les conséquences demeurent ultimement toujours acceptables par tous ?

De la prise en compte des conséquences de la loi au nom de l'intérêt général, en vertu des principes de 1789

Que le choix de l'opportunité de la loi appartienne au législateur qui a ici pour objectif « de réaliser le programme sur lequel les députés ont été élus » comme le rappelle le rapporteur, est chose entendue ; mais la difficulté réside alors pour le Conseil constitutionnel dans la définition de « l'étendue de son contrôle ». Il s'agit donc bien de situer l'enjeu du désaccord politique sur la question des nationalisations mais répondre à la question telle que nous l'avons formulée plus haut invite à une spéculation hasardeuse. Georges Vedel s'y aventure cependant quoi que très prudemment. S'il s'appuie sur la présence du droit de propriété dans la Constitution, sans pour autant remettre en cause le choix circonstanciel de nationaliser certaines entreprises pour remédier à la crise, il précise en effet que le Conseil,

« devra énoncer un principe délicat à formuler mais très important. Sa décision devra en effet indiquer que l'on ne peut nationaliser à jet continu et sans limite ».

Et de rappeler le manque de références constitutionnelles pour justifier *in fine* cette position très engageante du Conseil :

« Si le Conseil veut poser un garde-fou interdisant de passer, sans révision constitutionnelle, d'un régime de propriété privée à un régime collectiviste, il ne dispose guère de bases constitutionnelles solides ».

Pourtant, le rapporteur va contourner ces difficultés du Conseil à contenir le degré critique du désaccord en s'en remettant au champ d'actions du législateur. L'impossibilité dans laquelle est le Conseil de conclure ici, à moins de se penser assemblée constituante exprimant l'accord fondamental et indiscutable qui autorise toutes les variantes programmatiques sans déchirer la collectivité politique, va en effet se dissoudre dans les limites constitutionnelles du rôle du législateur. C'est là une inversion de polarité dans l'évaluation de la difficulté que propose Vedel : de l'appréciation discutée par le législateur de l'utilité publique et de la difficulté persistante pour le Conseil de garantir le fondement constitutionnel d'une telle appréciation susceptible de bousculer l'équilibre démocratique sous-tendant des positions divergentes, elle oscille à présent du côté d'un Conseil capable de contrôler le passage d'un régime à un autre, au nom de la place incontournable de la propriété privée dans la Constitution et en cantonnant en

même temps le législateur au rôle purement conjoncturel que lui assigne la même Constitution. Le problème n'est donc plus présenté à partir de son caractère insurmontable par le Conseil constitutionnel, mais à partir de sa racine chez un législateur qui, ne se contentant pas d'apprécier l'utilité publique, touche pour ce faire à la propriété privée, pourtant fondatrice de la société libérale et protégée en tant que telle par la Constitution avec les nuances – et non les remises en cause- du Préambule de 1946. Autrement dit, le rapporteur a ainsi identifié les limites constitutionnelles de l'appréciation conjoncturelle du législateur. Se concevant comme le garant d'une stabilité politique déterminante pour que le débat démocratique ait lieu, c'est-à-dire pour que l'issue de ce dernier soit toujours acceptée y compris par ses détracteurs, le Conseil, à travers le propos de son rapporteur, parvient à trouver dans la Constitution elle-même, ce qui permet de borner à cet effet la capacité d'appréciation du législateur. Il traduit ici la nécessité à ce moment charnière de la vie politique française d'en rappeler les fondamentaux alors qu'il pourrait se ranger derrière l'appréciation de l'utilité publique par le législateur. Cela révèle au moins deux traits de la vie démocratique : le changement de majorité au pouvoir n'enlève rien à la légitimité reconnue au Conseil de s'opposer au choix de la majorité, pour des raisons de non conformité à la Constitution ; ce changement de politique met au jour l'ouverture des pratiques démocratiques à la présence d'une institution non élue qui ne remet pas en question les programmes politiques ou les choix législatifs en tant que tels mais qui soit cependant capable de les borner en vertu d'un principe fondateur de la collectivité politique ; si cela fait écho au consensus social précédemment évoqué, il en offre une version épurée de toute contingence et plus directement associée aux droits que la Constitution garantit. En l'occurrence, la pratique démocratique ne s'en remet pas exclusivement à un pouvoir législatif qui, au gré des majorités, pourrait revisiter les bases de l'accord social et comprendrait à présent les limites du champ d'actions de ce dernier.

Plus concrètement, en acceptant la loi sur les nationalisations comme constitutionnelle en l'état, le Conseil ouvrirait la porte à d'autres nationalisations justifiées par la seule utilité publique appréciée par le législateur et donnerait son blanc seing à un changement progressif de société en raison d'une jurisprudence faisant passer au second plan la protection de la propriété privée. Cette conclusion du rapporteur est à ce titre éloquente :

« Il importera néanmoins de marquer qu'il existe des seuils que le législateur ne peut franchir sans que la Constitution soit révisée ».

Il ne s'agit donc plus de la loi présente mais des conséquences de la décision du Conseil. S'affirme ainsi une conception du rôle du Conseil qui entend dépasser la salle des délibérés par-delà les seules motivations à teneur juridique à inscrire dans les décisions : par cette décision, le Conseil doit avoir un impact sur de futures actions législatives. Si le législateur reste le garant d'un intérêt général plus immédiat, le Conseil se définit donc comme le garant d'un intérêt général plus englobant, plus durable, au nom des principes de 1789 dès lors qu'on leur accorde une place dans la Constitution. Il est aussi intéressant de noter que la discussion ne porte pas sur l'atemporalité ou l'universalité de ces principes mais seulement, précisément, sur le respect de leur inscription encore centrale dans la Constitution. Le Conseil constitutionnel n'explicite donc ainsi rien d'autre que la primauté de la volonté populaire, à travers une démarche renvoyant subtilement aux origines révolutionnaires des principes protégés : il serait plus simple mais aussi plus exposé aux objections relativistes de prétendre que les principes de 1789 relèvent d'un droit

naturel universel que les constituants de 1789 ont mis au jour poussés par la nécessité historique, pour schématiser le propos de Maurice Hauriou, ou encore afin de constituer une « règle de droit » rendant compte d'une norme sociale en quête de fondement juridique pour reprendre rapidement celui d'un Léon Duguit. Ces deux grands constitutionnalistes du début du siècle dernier défendaient ainsi le principe d'une limitation des pouvoirs de l'Etat par le droit et par conséquent, le contrôle de constitutionnalité. Renvoyant à un grand débat actuel, notamment aux Etats-Unis⁴⁴³, sur les origines de la Constitution et la validité que celles-ci lui confèrent, ce détour nous semble éclairant pour rendre compte de l'originalité de la position du Conseil constitutionnel ici exprimée : défenseur par définition du contrôle de constitutionnalité des lois, il l'est au nom de principes reconnus valides non pas en raison du caractère immuable dont ceux-ci peuvent témoigner, mais parce que les révolutionnaires les ont voulus comme tels d'une part et parce qu'ils ont d'autre part fondé dans la durée le socle républicain dont la Constitution est garante. Ces deux raisons justifient ici que ces principes expriment une volonté générale d'abord contingente puis amenée à se perpétuer, une volonté générale propre à la République française pas seulement parce qu'elle en est à l'origine mais parce qu'elle contribue à la façonner à travers les siècles. Le Conseil constitutionnel positive ainsi les principes de 1789 et envisage donc aussi, logiquement, la possibilité de leur destitution par une révision constitutionnelle. Cela peut faire écho à l'autre versant du débat américain que nous avons évoqué et sur lequel nous aurons l'occasion de revenir, celui portant sur l'idée d'une « Constitution vivante »⁴⁴⁴.

Nous en retiendrons pour l'heure la capacité du Conseil constitutionnel à distinguer entre la nécessité de considérer des principes inscrits dans la Constitution comme exprimant de longue date une volonté générale républicaine, et celle de pouvoir nuancer ceux-ci ponctuellement, au nom d'une volonté générale immédiate, en prenant garde toutefois à ne pas subrepticement modifier radicalement la première... Il lui faut donc faire coïncider au sein de la volonté générale ce qu'elle exprime de structurant pour la République telle qu'elle se vit depuis sa création, et ce qu'elle exprime de nécessaire eu égard aux situations contingentes ; notons que cela renvoie aussi aux difficultés perçues par le Conseil à dégager des PFRLR qui relèvent aussi de cette forme de volonté générale républicaine et ne sont inscrits nulle part. Une volonté générale inscrite dans ce qui peut être mobilisé comme du droit positif s'offre comme une meilleure garantie pour le Conseil ne pas la créer en lieu et place des représentants des citoyens. Une récurrence des nationalisations si elles étaient reconnues trop facilement constitutionnelles ferait passer au second plan le principe du respect de la propriété privée alors affaibli par une jurisprudence contraire trop présente. Le recours au texte constitutionnel serait donc stérile dans certains cas relevant pourtant de ces principes, qui demeureraient néanmoins constitutionnels ; ainsi, Vedel nous dit-il que le choix est à opérer *in fine* par le peuple souverain, à travers une révision constitutionnelle. Le Conseil exerce donc son contrôle de constitutionnalité au nom du peuple souverain qui n'a pas encore choisi de réviser la Constitution. La Constitution peut ici être considérée comme vivante au sens de son évolution possible, à différents degrés qui s'étaleraient sur un éventail de nuances courant de l'appréciation ponctuelle du législateur selon

⁴⁴³ Cf., Jack N., Rakove, *Original meanings, Politics and ideas in the making of the Constitution*, First Vintage Books Edition, New York, 1997.

⁴⁴⁴ Nous exploiterons à ce propos les analyses fournies par Philippe Raynaud dans *Le juge et le philosophe*, Editions Armand Colin, Paris, 2010, p.141-152.

les principes « particulièrement nécessaires à notre temps » signalés dans le Préambule de 1946 jusqu'à une révision constitutionnelle ; c'est donc par définition même la souveraineté nationale, appartenant « au peuple qui l'exerce par ses représentants et par la voie du référendum »⁴⁴⁵ qui fait vivre la Constitution et le Conseil constitutionnel se met ainsi à l'écoute et au service de cette souveraineté nationale. Pouvoir constitué, celui-ci l'est alors au même titre que le Parlement, mais selon des modalités différentes. Non électif, il représente tout de même l'intérêt de la nation. Cette perspective rejoint l'analyse de Michel Troper :

« D'autres autorités, non élues mais qui contribuent à l'expression de cette volonté, doivent être appelées représentants. Ainsi, selon la Constitution de 1791, les représentants étaient le corps législatif et le roi, parce que tous deux concouraient à la formation de la loi »⁴⁴⁶.

Il nous faudrait préciser ici « de la loi future » mais toujours est-il que le Conseil constitutionnel semble entendre contribuer d'une certaine manière à l'expression de la volonté générale. Le législateur se voit néanmoins privé de toute capacité à repérer la première dimension de la volonté générale quand le Conseil, conscient des deux, aurait, lui, pour mission de les tenir ensemble. C'est ici le parlementarisme anglais, ou celui de la Constitution de 1791 refusant le contrôle de constitutionnalité des lois, ou encore celui espéré par la III^e République ayant cédé le pas au régime d'assemblée, qui revient questionner le constitutionnalisme : reste à savoir en effet si cette division du travail explicitée par Vedel est nécessaire à la vie démocratique dans ce que nous pourrions appeler une culture républicaine donnée, ou stratégiquement opérante dès lors que la division des institutions délibérant sur la loi est, elle, déjà en place. Ce n'est pas le lieu de développer ce débat théorique⁴⁴⁷ mais l'évoquer permet de pointer le fondement de cette affirmation par le Conseil, en interne, d'un partage des tâches entre le législateur et lui. Ce fondement est d'autant plus déterminant dans la conception que le Conseil se fait de son rôle qu'il est censé pouvoir lui servir d'appui pour prendre une décision susceptible de contenir le législateur dans le rôle que le Conseil estime devoir lui assigner. La rationalisation originaire du parlementarisme passait avant tout par un contrôle du respect du règlement des assemblées, il ne fait plus de doute à présent qu'elle voisine aussi avec un contrôle du périmètre législatif mais selon une perspective qui relève plus de la protection du pouvoir constituant dans une logique sieyesienne ou hamiltonienne⁴⁴⁸ qu'au nom de la suprématie du droit constitutionnel. Ce dernier, en effet, n'a à ce titre de pertinence que parce qu'il exprime une volonté générale jamais démentie jusqu'à lors. Cela montre que le Conseil ne peut se penser sans considérer cette idée de volonté générale qu'il reprend partiellement à son compte pour envisager un dialogue avec le législateur, au nom de ce socle commun. Cela donne à voir une vie démocratique potentiellement ouverte à une scission de la délibération législative en deux branches à condition que les deux n'expriment de choix qu'en vertu de ceux reconnus valides par les citoyens. Dans le cas du Conseil, il s'agit de ce que nous avons appelé cette volonté générale républicaine, relevant d'un choix par l'ensemble des citoyens, un choix constituant, qui dépasse le cadre du vote majoritaire et confirme sa validité dans le temps ; dans le cas du

⁴⁴⁵ Alinéa 1 de l'Article 3 de la Constitution de la V^eme République.

⁴⁴⁶ Michel Troper, in *La Constitution en vingt questions*, Site internet du Conseil constitutionnel ; entrée de l'article : « Comment définit-elle la souveraineté nationale ? »

⁴⁴⁸ Nous renvoyons à la partie introductive pour davantage d'éclairages sur ces notions utiles/pratiques pour traduire des situations où le respect de la Constitution se joue sur un terrain politique.

législateur, il s'agit d'un choix reflétant l'opinion majoritaire du moment mais ne pouvant occulter que celle-ci relève aussi du choix antérieur. Ainsi, la pratique démocratique qui intégrerait une remise en cause partielle du vote du législateur, le ferait ici parce que cette remise en cause protègerait un accord sous-tendant l'existence d'une collectivité politique historique et de ce fait nécessaire à l'acceptation par la minorité des choix contingents d'une majorité. Cette pratique démocratique ne place pas le droit en surplomb du politique mais confirme plutôt le poids du socle commun qui lie les citoyens, à travers cette idée de volonté générale républicaine qui renvoie plus simplement à des principes républicains historiques inscrits dans la Constitution. Le Conseil, en se revendiquant comme le garant de ces principes, laisse apparaître une brèche dans l'édifice législatif qui perd en même temps à nos yeux toute capacité à les respecter. Que ce soit parce que le législateur a déjà abandonné cette compétence d'une manière ou d'une autre, ou parce que le Conseil se l'attribue, n'informe en rien notre question : nous nous limitons en effet à constater cette pratique de la vie démocratique qui actualise la possibilité d'un tel constat par le Conseil. Du reste, si le Conseil était en position de dessaisir une institution démocratique d'une partie de sa mission, ses membres ne débattraient pas tant quant aux bonnes raisons de le faire et c'est là d'ailleurs, l'une de nos hypothèses de départ. La conception que le Conseil se fait de son rôle s'analyse à l'aune de ses évolutions argumentatives mais le regard que celles-ci permettent de porter sur la pratique démocratique n'est, lui, que descriptif et l'on ne peut établir de relation de cause à effet entre les deux à ce stade de notre étude. L'on cherche pour l'heure à rendre compte de l'évolution de cette pratique à travers ce que la conception par le Conseil de son rôle en dévoile nécessairement ; ultimement, au terme de cette étude, l'on pourra alors retracer les invariants de la trame argumentative par laquelle le Conseil pense ce rôle et reconstituer à partir des points de rupture les glissements recherchés dans cette pratique démocratique qui, ainsi commentée par les membres du Conseil constitutionnel, pourra livrer les conditions, et non pas les causes, de l'intégration de celui-ci parmi les institutions démocratiques, autrement dit légitimes sous le régime démocratique institué par la Ve République.

Pour revenir à la délibération, la fragilité immédiate des principes invoqués est également perceptible lorsque Louis Joxe mentionne que,

« un changement de nature de notre civilisation nécessite un changement de constitution »,

pour répondre à Vedel qui semble, lui, redouter un tel changement :

« Si nous refusons le principe des nationalisations, il ne faut pas se méprendre, un référendum consacrerait la non-valeur constitutionnelle de l'article 17 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen ».

Ainsi les délibérations montrent-elles un Conseil qui ne se contente pas de rappeler au législateur les conséquences de ses décisions en situant le cadre de la représentation, mais aussi mesurant bien un risque qu'il n'est, malgré tout, pas prêt à prendre, à savoir ouvrir la voie à un changement de société qui rejeterait le principe de la propriété privée ; en ce sens, le Conseil fait un choix, un acte de volonté exprimant sa préférence pour le statu quo, quand bien même il justifie celui-ci par la permanence ou la non remise en cause jusqu'à présent de ce principe de la DDHC. Le Président Frey résume le bien fondé de ce choix par l'interrogation que son absence laisserait sans réponse :

« comment alors indiquer les limites surtout si nous précisons que le Parlement est souverain maître de l'appréciation de l'utilité publique ? ».

Et Vedel de suggérer « quelques lignes solides plutôt que de nombreux écriteaux », confirmant ainsi une volonté d'orienter la suite de la politique gouvernementale de façon tangible et pas seulement indicative. C'est donc, au-delà de la durabilité réelle des principes, une vraie question de philosophie politique que se pose le Conseil, la question inscrite dans les gènes du projet moderne qui, fondé sur le principe de représentation, n'a de cesse de proposer des rouages institutionnels modelés par la Constitution et voués à plus d'efficacité que de simples garanties écrites⁴⁴⁹. En exprimant ce qui doit primer, certes en tant qu'extrait d'un texte ayant structuré les principes républicains bon an mal an pendant près de deux siècles, le Conseil se pose comme le garant d'un ordre établi. Si la délibération à laquelle va donner lieu le projet de décision sur le point du principe même des nationalisations demeure guidée par une réflexion conséquentialiste, à savoir ici un parti-pris sur ce que doit être l'intérêt général futur, c'est au nom des principes de 1789 jugés intouchables. C'est donc un principe sinon immuable du moins inscrit dans l'histoire de la république française, celui de la propriété privée, qui doit encadrer l'argument politique du besoin de nationaliser. L'on pourrait objecter que l'argument politique du législateur protège aussi, d'une certaine manière, d'autres droits, celui par exemple de disposer d'un travail dans une société bien ordonnée, mais la réponse de Ségalat anticipe la question en affirmant que c'est seulement lorsqu'un minimum de liberté individuelle est malgré tout préservé que l'on peut en tolérer une limitation ; un autre principe de dessin ici car le conseiller voit dans « la protection d'un minimum de liberté d'entreprendre », un corollaire de la liberté individuelle, auquel une sous-section est dédiée plus loin.

De la continuité entre la Constitution et la loi : le Conseil reformule les liens nécessaires

Ce faisant, le Conseil n'a de cesse de placer au cœur de ses délibérations la notion de continuité. Si la crainte d'une rupture dans la philosophie politique même ayant façonné l'idéal républicain français entre libéralisme politique et progrès social peut être évoquée par le rapporteur, il s'agit pourtant davantage pour le Conseil de s'adapter à la nouveauté engendrée par l'alternance politique socialiste et à sa loi emblématique des nationalisations plutôt que d'y résister en raison de la menace qu'elles comporteraient vis-à-vis de cette conception républicaine. Cela pour au moins deux raisons soulignées par le rapporteur : le Conseil respecte sa compétence d'attribution et ne se substitue pas au législateur, on l'aura bien noté ; le Conseil doit aussi sa longévité – certes toute relative – à la cohérence de ses décisions dans le temps, entendue comme une forme de continuité dans le dialogue auquel il participe avec les instances de saisine et notamment, depuis au moins 1974, le législateur, figure dominante de la légitimité démocratique. Dès la présentation du projet de décision par le rapporteur, il s'agit en effet d'abord de comprendre le législateur sur le principe des nationalisations en rappelant au passage que le gouvernement lui-même ne soutient pas la thèse opposant la caractère libéral des principes de 1789 au caractère socialisant du Préambule de 1946. Malgré les considérations de nature politique – et non partisans – auxquelles, nous l'avons vu, se livre alors le Conseil, il entend

⁴⁴⁹ Cf *Le Fédéraliste, Op. Cit.* , où il est souvent question de barrières de papier pour défendre une idée de la protection des droits civiques et fondamentaux par l'efficacité d'un mécanisme institutionnel plutôt que par une fragile déclaration de droits.

situer celles-ci dans le cadre d'un propos qui n'a pas vocation à entrer directement en conflit avec le gouvernement et la majorité parlementaire. Rien ne s'y opposerait pourtant, à commencer par les saisines, mais c'est une ligne que le Conseil s'impose depuis sa création, avec les évolutions que nous avons pu identifier, et à partir de laquelle il a pensé sa crédibilité dans le contexte français très marqué par la primauté de la loi comme expression de la volonté générale. La possibilité d'imposer subtilement son rôle de conseiller a été envisagée dans cette optique qui n'est pas sans renvoyer à une certaine idée de la séparation des pouvoirs : le rapporteur évoque très tôt dans sa présentation que l'un des textes applicables, à savoir l'article 34 de la Constitution prévoyant le champ d'action du législateur, ne peut être interprété comme donnant pleine liberté à celui-ci de décider des nationalisations mais seulement comme le désignant pour poser les règles de cette nationalisation, dans la mesure où, dit Vedel,

il « ne peut agir que dans le respect des principes constitutionnels ».

Cela renvoie d'ailleurs assez directement à l'article 16 de la Déclaration de 1789 rappelant que seule la Constitution peut, dans une société, organiser la séparation des pouvoirs. Au nom de ce même article, la Constitution doit d'ailleurs prévoir la garantie des droits et, en l'absence de base constitutionnelle solide comme pour la notion d'utilité publique, le rapporteur préfère s'en remettre à ce seul garde-fou de la garantie des droits pour en déduire l'idée d'un « équilibre des libertés » à situer entre la liberté de posséder pour les uns et celle de nationaliser pour les autres. Il s'agit donc de préciser le périmètre des rôles de chacun en vertu de la Constitution et de son préambule plutôt que d'en décréter le contenu. Du reste, au moment de traiter le point de la saisine dédié au choix des rétrocessions d'actifs privés au secteur public, le rapporteur précise que le gouvernement lui-même a indiqué qu'il n'y aurait pas de « nationalisations rampantes » et que le choix des entreprises susceptibles d'être nationalisées est justifié par la mise en œuvre de sa politique même s'il peut donner l'impression d'un ensemble quelque peu hétéroclite. Le Conseil doit donc bien distinguer entre le choix d'une politique, qui appartient au législateur, et le respect des règles pour la mener qui relève de son contrôle. Par ailleurs, la remarque du Conseil d'Etat est aussi rappelée selon laquelle l'intention du législateur n'est pas d'envelopper de la notion d'utilité publique l'ensemble des biens des secteurs privés concernés par le projet. Cette mise en évidence appuyée de la bonne foi supposée du gouvernement peut certes sembler relever d'une intention persuasive, visant à situer le Conseil au-dessus des logiques partisans auprès de ses membres, à ce moment charnière de l'arrivée au pouvoir de la gauche qui ne rallie pas, loin s'en faut, tous les suffrages au sein de l'institution de la rue Montpensier. Il faudrait donc pour assurer une délibération non partisane placer le dialogue sur le plan de l'impartialité partagée par le législateur et le Conseil : celle qui renvoie non pas aux programmes mais au respect de la Constitution, auquel le premier demeure attaché sous l'œil vigilant du second. Au-delà de la stérilisation de toute tentation partisane, cela témoigne aussi d'une manière d'aborder les choses au sein du Conseil, posant les conditions d'un dialogue dépassionné, confirmée par l'analyse ultérieure des travaux de l'Assemblée nationale. Ainsi, sur ce point complexe des sociétés choisies pour la nationalisation, le Conseil n'entend pas apporter de différence d'appréciation par rapport au législateur mais rendre simplement compte des considérations techniques qui ont été âprement discutées : la méthode de financement de l'opération en deux temps, prévue par l'un des articles particulièrement débattu à l'Assemblée et finalement supprimée est en l'occurrence questionnée lors des débats en raison de la suspicion pesant sur le

gouvernement d'avoir géré cette opération à des fins financières. Le Conseil s'invite donc *a posteriori* dans le débat parlementaire pour le comprendre avant de le juger et finalement identifier, chez la majorité, une justification de la méthode critiquée au moyen d'une simple commodité technico-juridique relevant d'un souci de simplification.

Autrement dit, puisque les intentions sont débattues, le Conseil se doit de les comprendre afin, précisément, de ne pas juger de l'opportunité de la loi votée mais de saisir dans quelle mesure ces intentions pèsent aujourd'hui ou à l'avenir, sur l'architecture constitutionnelle dans son ensemble. Cette approche, que la section précédente a développée, s'accompagne donc d'une écoute attentive des débats parlementaires. Enfin, concernant la question du respect du principe d'égalité à l'égard des banques dont la majorité du capital est la propriété de résidents à l'étranger, le rapporteur reformule la question ainsi, inscrivant à nouveau l'institution dans un dialogue continu avec le législateur :

« La question que l'on peut se poser est s'il y a ou non disproportion entre l'atteinte au principe d'égalité et l'intérêt qui est sauvegardé par la règle discriminatoire ».

Cette phrase résume le choix du rapporteur de fermer les yeux sur l'approche purement juridique qui renverrait à la seule atteinte au principe d'égalité : celle-ci est en effet rendue caduque à partir du moment où elle ne crée pas de « disproportion » par rapport à l'intérêt à sauvegarder. Encore une fois, le travail de lecture de la loi, permettant de mettre au jour les convergences entre le propos du législateur et la Constitution, témoigne d'un souci de continuité, au sens d'un dialogue recomposé, de la part du rapporteur, entre l'auteur de la loi et le Conseil constitutionnel. Le Conseil se considère ici comme celui qui assure scrupuleusement que chaque article de la loi votée, selon l'intérêt général qu'il est sensé représenté et qui doit être respecté, ne porte pas atteinte au texte constitutionnel dont les principes n'ont pas été remis en cause, et ne sauraient l'être. Or, nous pouvons alors nous interroger sur le principe d'appréciation lui-même : quel critère permet-il en effet de juger de cette « disproportion » ? Le fameux article 13 de la nouvelle loi qui fait débat ici indique en effet que seules les banques dont le dépôt dépasse un milliard de Francs seront nationalisées, à l'exception toutefois des sociétés immobilières, des sociétés de ré-escompte, des banques dites « étrangères » et de celles dont le capital est détenu par des coopératives ou des mutuelles. Les saisines évoquent en l'occurrence l'atteinte au principe d'égalité quant à ces exceptions mêmes. Au cours de la délibération, Robert Lecourt demande si la réserve d'erreur manifeste proposée par le rapporteur quant au principe même des nationalisations, dont nous avons parcouru les saillies sensibles, suffit à couvrir également cette question de l'égalité entre les banques : en d'autres termes, la réserve d'erreur manifeste peut-elle être considérée comme le critère que nous recherchons pour estimer l'acceptabilité de la disproportion entre banques françaises et banques dites « étrangères » ? Le Conseil ne courrait-il pas le risque de considérer ici l'absence de critère comme un critère en soi acceptable et, eu égard à ce vide juridique, celui de n'avoir alors d'autre choix que d'accepter ce volet de la loi en l'état ? Robert Lecourt semble vouloir dépasser cette lacune :

« Le Conseil constitutionnel a un certain pouvoir d'appréciation même s'il ne veut pas entrer dans un choix politique ».

La suite des débats accordera une large part à cette question, moyennant l'addition de nouveaux rapports et notes proposés par d'autres membres du Conseil, dont notamment Louis Gros, estimant que,

« le principe d'égalité dont ici on dit un peu vite qu'il est trop fréquemment invoqué l'est justement parce qu'il forme la clé de voûte d'un système de liberté. L'inégalité, poursuit-il, est à l'origine de toutes les injustices et de tous les privilèges ».

Cette tentative de dégager un principe garant du système des libertés, un principe dépassant, en les garantissant, les droits établis par la Constitution n'est pas sans rappeler le propos de philosophes politiques ou de philosophes du droit contemporains comme John Rawls ou Ronald Dworkin : le second établit en effet à partir de l'antériorité des principes de justice sur la Constitution normativement établie par le premier, une proposition permettant de situer toute revendication d'un droit à la liberté (ici, le droit à la propriété privée pour certaines banques, le droit à la nationalisation dont jouirait l'Etat pour d'autres) en fonction du critère d'égalité-liberté.

« Je suggère également, dit Dworkin, que les droits individuels à des libertés spécifiques ne doivent être reconnus que lorsqu'on peut prouver que le droit fondamental d'être traité comme un égal requiert ces droits ⁴⁵⁰ ».

La subtilité entre un traitement égal *a priori* et le droit fondamental à être traité comme un égal est très éclairante pour notre cas. En effet, si Louis Gros conclut certes un peu rapidement que,

« il faut nationaliser toutes les banques ou n'en nationaliser aucune »,

c'est bien qu'à défaut d'un critère d'égalité clair, il s'en remet à une égalité formelle, à un traitement égal c'est-à-dire uniforme. S'il pouvait lui être démontré que le droit pour toutes les banques à être traitées comme des égales diffère de l'obligation d'être également traitées en tout point, et implique alors le droit à ne pas être toutes nationalisées, il conclurait sans doute moins radicalement. Encore faudrait-il pour cela identifier en vertu de quoi l'on peut être traité comme un ou une égal(e), c'est-à-dire le plan d'égalité qui permettrait de définir ce traitement. Si nous insistons sur ce point à partir de cet éclairage par la philosophie politique, c'est qu'il nous semble que la suite de la discussion entreprend précisément de résoudre ce problème, notamment lorsque Monsieur Ségalat démontre l'existence en la matière d'une règle obligatoire :

« dans tous les cas où les situations sont semblables, mais si des différences de situations existent, elles justifient des différences de traitement. Les différences de situations qui, ainsi, peuvent être prises en compte pour définir le champ d'application d'une règle ou d'une exception, sont souvent des différences de droit mais aussi des différences de fait ».

En termes moins rigoureux, plus communs ou simplement plus pratiques, il décrit alors une différence de fait, à savoir que les banques dites « étrangères » par la saisine traitent essentiellement d'activités financières étrangères tout en étant en même temps des banques françaises ; or,

« l'intérêt général comprend au premier chef le développement du commerce international et la place de la France dans un tel commerce. Il est donc nécessaire, et cette utilité ne saurait être contestée, de ne pas

⁴⁵⁰ Ronald Dworkin, *Prendre les droits au sérieux*, Chapitre 12 « Quels droits avons-nous ? », PUF, Collection Léviathan, Paris, 1995, p. 390.

compromettre par la nationalisation les implantations bancaires à l'étranger qui souffriraient de mesure de rétorsion si l'exception de l'article 13 n'existait pas ».

Le plan d'égalité que nous cherchions vient ainsi d'être dégagé : c'est celui de l'intérêt général considéré sous l'angle économique, que l'on peut difficilement taxer d'utilitarisme exacerbé puisque le sujet même des discussions est d'ordre économique et ne peut donc s'opposer à une telle approche, où l'on ne parle du reste que de personnes morales des deux côtés. Ainsi envisagées sur ce plan d'égalité, les banques françaises sont censées préserver l'intérêt général en étant nationalisées et les banques étrangères en ne l'étant pas. Autrement dit, pour être traitées comme des égales, eu égard à leur contribution à l'intérêt général ainsi défini, comparée à celle des banques françaises installées en France, les banques françaises disposant de la majeure partie de leurs actifs à l'étranger ont un droit à ne pas être nationalisées. La démonstration de Ségalat conforte ainsi le projet du rapporteur ne pas conclure à un manquement au principe d'égalité. Ce qui nous intéresse ici et qu'il conviendra de développer ultérieurement est cette mise en exergue, par le Conseil constitutionnel, d'une signification nécessaire pour le principe d'égalité ; nous ne sommes pas loin non plus des inégalités acceptables de Rawls au nom du bénéfice plus grand alors généré pour tous par une telle situation et à condition que cela ne nuise pas aux libertés fondamentales, demeurant prioritaires. Si ces théories normatives nous aident à traquer les articulations logiques de débats empiriques pour mieux rendre compte de la portée politique de ceux-ci, elles nous permettent aussi d'en peser la complexité et parfois les lacunes : nous ne les mobilisons donc pas sur le mode normatif mais en vertu de leur précision analytique pour cadres de réflexion semblables aux leurs ; il semble en tout état de cause admis pour les membres du Conseil constitutionnel que les arguments de principes priment sur les arguments politiques, au sens programmatique de l'adjectif. La façon dont les débats dégagent le principe d'égalité du fondement matriciel de la société démocratique en tant que garante d'un système de libertés égales pour tous réfutant un traitement à l'identique, ne doit en effet rien aux appréciations des programmes politiques engagés. Le rapporteur point ici plutôt ce qui ressort tant de la Constitution que des débats parlementaires : l'égalité s'impose à partir d'un système de libertés et pas *per se* ; chaque liberté est également mobilisable par tous. C'est pourquoi il est logiquement nécessaire de définir le plan d'égalité, ou encore l'horizon des libertés égales dont on parle, pour pouvoir penser ce principe dans les divers cas considérés. Il en va d'ailleurs de même pour la question de l'indemnité juste et préalable, à propos de laquelle plusieurs membres du Conseil semblent souligner l'ambiguïté de la notion d'intérêt général. Si la Commission des Opérations de Bourse (COB) a été sollicitée et a fait primer dans son calcul un certain utilitarisme économique, le Conseil rappelle que ses priorités, à lui, relèvent davantage de la considération individualisée d'un ensemble de propriétaires particuliers devant être traités comme des égaux. Il s'agit alors pour le Conseil non pas de critiquer la solution retenue par le législateur à l'appui de l'expertise de la COB au d'un certain intérêt général, mais de lui rappeler que l'objectif constitutionnel est autre. La solution avait déjà partiellement été apportée par la jurisprudence puisque depuis la décision 79-107 DC de juillet 1979 (« Ponts à péages »), le Conseil constitutionnel pouvait se prévaloir de l'affirmation suivante :

« si le principe d'égalité devant la loi implique qu'à situations semblables il soit fait application de solutions semblables, il n'en résulte pas que des situations différentes ne puissent faire l'objet de solutions différentes » ;

à ce titre, il est intéressant de noter que, tentant de combler les lacunes de formulation du législateur, elles-mêmes dues à l'insuffisance de certaines formules constitutionnelles, et s'inscrivant donc encore dans l'optique du maintien d'une continuité entre législateur et Conseil, ce dernier a été conduit avec l'évocation de ces « situations différentes », à élaborer un énoncé capable d'explicitier le principe d'égalité. Ce terme d'explicitation renvoie ici à l'idée de principe antérieur à la Constitution ou de principe sur lequel celle-ci s'appuie d'office, et qu'il s'agit à ce titre de respecter. L'élaboration de cette explicitation ne se fera cependant que progressivement puisque c'est en 1988 que le Conseil constitutionnel indiquera que

« le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport avec l'objet de la loi qui l'établit »,

dans le cadre de la décision 87-232 DC (Mutualisation de la Caisse nationale de crédit agricole).

La présente délibération qui se situe donc à mi-chemin de cette jurisprudence à laquelle elle contribue.

Cette réflexion de fond sur le principe d'égalité montre un Conseil se pensant, à la suite de son rapporteur, comme un éclaircisseur pour le législateur : celui-ci disposera peu à peu d'un principe d'égalité requalifié d'une façon se voulant à la fois cohérente avec les fondements de notre démocratie libérale et exploitable sans faire obstacle à l'intérêt général. Cette manière de nuancer mutuellement l'argument de l'intérêt général par le principe d'égalité et le principe d'égalité au nom de l'intérêt général repose en effet sur l'idée d'un critère de jugement fondateur pour la Constitution et partagé par l'auteur des lois ordinaires autant que par le gardien des lois fondamentales, en tant que citoyens de la même démocratie. Il n'est, bien entendu, découvert que relativement tardivement, mais il prévaut cependant comme un régulateur à l'horizon duquel principe d'égalité et diversité des situations sont compatibles. Les voici en effet conciliés par la mise au jour d'un lien leur pré-existant : à partir de la diversité proprement libérale des cas soumis *a priori* au principe d'égalité⁴⁵¹ et de l'unicité de l'intérêt général mobilisé, ce lien se traduit par une reformulation du principe d'égalité en fonction de cet intérêt général que chaque cas considéré doit satisfaire ; autrement dit, il s'agit de traiter chaque cas comme un égal à l'autre, c'est-à-dire, pour chacun, de mettre en regard de l'intérêt général sa spécificité propre, plutôt que de les considérer identiques et passibles dès le départ d'un traitement égal.

Cela étant, il nous faut encore insister sur l'aura dont dispose néanmoins le pouvoir législatif aux yeux du Conseil qui n'a de cesse, à travers les propos du rapporteur comme de ses autres membres de préciser si le Conseil effectue une analyse qui peut échapper au législateur, il ne se substitue pas à ce dernier pour ce qui est du rôle lui étant naturellement dévolu. Dès le début du projet du rapporteur, celui-ci annonce que « le but de la nationalisation est politique », et que le contrôle du Conseil visera à « habiller juridiquement cette volonté politique », autrement dit certainement pas à la détourner de son objectif : le Conseil se fixe donc pour mission de trouver les bons arguments juridiques pour libérer cette volonté politique, à laquelle il confère ainsi une nette prééminence. Evidemment, nous venons aussi de voir que le Conseil n'en prend pas son rôle moins au sérieux pour autant mais il lui importe de toujours en rappeler les limites. Le rapporteur va jusqu'à se demander s'il peut réellement arbitrer le conflit entre l'Assemblée qui a

⁴⁵¹ Egalité ne signifiant donc pas similarité.

voté la loi et le Sénat qui la rejette. Beaucoup de juristes américains parlent à ce propos de « self-restraint » et l'expression est à ce titre souvent exploitée en France tant elle évoque cette forme d'instinct de survie nécessaire pour une institution non élue et, ce faisant, la façon dont elle pilote subtilement son positionnement politique. Au cours des délibérations, Ségalat reprend cette idée quant au rôle du Conseil qu'il faut cantonner au fait de « contrôler la conformité de la loi à la Constitution » et, poursuit-il, cela se limite

« à définir et à sanctionner les excès de pouvoirs du législateur, pas à faire office de troisième chambre ».

La précaution intervient de façon encore systématique lorsqu'il s'agit d'apprécier le caractère « juste et préalable » de l'indemnisation des actionnaires des sociétés susceptibles d'être nationalisées. A peine a-t-il émis l'idée que le montant total de l'évaluation proposée par le gouvernement était raisonnable que le rapporteur précise :

« mais il n'appartient pas au Conseil constitutionnel d'imposer le choix des méthodes d'indemnisation ».

Il s'agit donc de toujours garder à l'esprit ce qu'il appartient au Conseil de faire ; si cela ne l'empêche pas, nous l'avons vu, de toucher à des questions politiques de fond et si, en soi, c'est aussi une démarche visant à définir son rôle d'institution politique, cela relève d'un certain cadrage de ce rôle par rapport au législateur. Rien d'étonnant ici mais l'on ne peut passer sous silence que l'exhortation, dans le propos même, à ne pas instaurer un gouvernement des juges, est particulièrement récurrente. Le rapporteur invite donc à cet effet à emprunter la porte étroite de la juridicisation⁴⁵² de la volonté politique, couvrant et légitimant, sans suspicion possible, le paysage en réalité profondément politique qu'il contribue à dessiner ou à entretenir. L'exhortation à ne pas se substituer au législateur contraste par ailleurs assez systématiquement avec certains propos jugeant au fond le législateur, notamment lorsque le même Vedel évoque une « suspicion sur le caractère équitable de l'indemnisation », non pas quant à la fourchette globale mais en terme de répartition.

« La loi, dit-il, ne tient aucun compte des particularités individuelles des diverses sociétés ».

Il poursuit plus loin mais sur le même sujet au moment de délibérer à nouveau sur le projet que,

« il n'est pas certain que le Conseil ait à indiquer le système qui aurait dû être retenu mais il peut constater que celui qui a été choisi, s'il n'est pas déloyal, mesquin et spoliateur, aboutit, du fait de l'excès de simplifications qu'il comporte, à des inégalités et, dans certains cas, à des indemnités insuffisantes ».

Engager une réflexion sur ce qui relève d'un principe d'égalité ré-évalué à l'aune d'un intérêt général fixé par le législateur, implique en effet de regarder de près, voire de juger, la méthode de ce dernier, sans tomber dans le piège d'en reconsidérer les objectifs. Si elle ne remet pas en cause la bonne foi du législateur, la critique, sans ambages par le rapporteur, de la méthode utilisée reçoit une réponse du Président Frey faisant montre de la même précaution :

« ceci dit, on voit mal comment le Conseil pourrait faire œuvre d'expert et proposer un système plus juste ».

Et de reprendre, une fois exprimée cette précaution, que,

⁴⁵² Autorisons-nous ce néologisme fréquent car il nous semble exprimer clairement la prise du droit sur le politique.

« s'il existe en la matière une obligation pour le législateur, c'est celle de fournir à chacun une exacte indemnité. Il y a donc nécessité de tenir compte des situations de fait telles qu'elles existent réellement ».

Cette ambivalence entre une forme d'autocensure que le Conseil s'impose pour ne pas empiéter sur le domaine du législateur et sa conviction qu'il est le dernier maillon à pouvoir garantir la juste indemnité, en l'occurrence constitutionnelle (Art 17 de la Déclaration de 1789), crée une tension productive au sein de cette délibération. Pour l'illustrer encore, citons d'un côté Louis Gros pour qui,

« il ne faut surtout pas que le Conseil dépasse son rôle puisqu'en fait le législateur, par le système du panier, tient compte de la valeur de l'entreprise et non, simplement, de celle de l'action. Ce serait dépasser notre rôle que de faire allusion à tout autre système possible quel qu'il fût »,

et de l'autre, Vedel qui, bien qu'à l'origine des premières mises en gardes, répond :

« Il est pourtant nécessaire de suggérer quelque chose ».

Sans doute la nuance apportée par le terme « suggérer » renvoie-t-elle à une rhétorique aristotélicienne très persuasive : si l'on suggère, on n'impose rien et on laisse le législateur libre de ses choix méthodologiques, tout en ayant tout de même pris soin de l'éclairer et de donner ainsi un contenu certain au rôle politique du Conseil.

Enfin, le Conseil entend même venir au secours du législateur lorsqu'il aborde le point de saisine relatif au pouvoir donné à l'administrateur d'une filiale à l'étranger d'apprécier la part nationalisable. En effet, si tous les membres du Conseil s'accordent à dire que chaque Etat produit et fait appliquer ses lois sur son territoire et choisit ou pas d'accepter l'effet juridique d'un acte étranger, en l'occurrence l'effet des nationalisations par l'Etat français (effectuant cet acte étranger) d'une part de capital social détenu sur ce territoire, certains membres du Conseil, au premier chef desquels Louis Gros, estiment que les articles concernés

« confèrent des pouvoirs exorbitants, en matière de décisions importantes à l'administrateur provisoire. C'est lui qui est fait juge de la nécessité de conserver ou d'aliéner des actifs. Il faudrait, dans ces cas, une décision particulière prise par le législateur. Le législateur ne peut déléguer ses compétences ».

Mais cette approche ne fait pas l'unanimité même si elle finit par l'emporter. Ce qui nous importe ici est qu'elle ait donné lieu à un débat au cours duquel le Conseil se met à la place du législateur non pour légiférer au nom de ce dernier mais, au contraire, pour le comprendre, voire le protéger d'une usurpation de pouvoir par l'administrateur de l'entreprise.

A ce stade, se concevoir ainsi comme le détenteur des clés non seulement du texte de la Constitution mais encore de ce qui lie celle-ci au législateur du point de vue du sens des principes qu'elle édicte, pour le guider dans l'instant et à l'avenir, et pas seulement en tant que norme juridique supérieure donnée, fournit le reflet d'une pratique démocratique ouverte à la reformulation de ses propres présupposés à condition que cela n'en implique pas la remise en cause. Ainsi, cette pratique serait-elle prête, si l'on suit la façon dont le Conseil y conçoit son rôle, à entendre ce dernier préciser non seulement des principes jusque là non énoncés – tels les PFRLR- mais encore les principes dont elle se prévaut, dans la mesure où cette précision n'entre pas en conflit avec le vœu du législateur mais le circonscrit plutôt pour qu'il les respecte. Il va de soi que la possibilité de la saisine parlementaire depuis 1974 a actualisé cette potentialité puisqu'elle a ouvert la porte à une réflexion sur le choix du législateur à partir d'une critique

provenant...du législateur ; quand nous disons « législateur » dans nos analyses, c'est eu égard à celui qui conçoit, voire vote la loi, mais il faudrait aussitôt préciser qu'il s'agit du parti au gouvernement ou de la majorité parlementaire tandis que la minorité présente au Parlement, légifère aussi en participant au débat sur la loi, en amendant celle-ci, en la votant ou en ne la votant pas, puis éventuellement en empêchant qu'elle soit immédiatement promulguée à travers la saisine du Conseil constitutionnel.

C'est cette minorité qui permet, en saisissant le Conseil, que celui-ci poursuive l'élaboration d'une conception de son rôle ; or, celle-ci prend acte depuis les premiers débats de la légitimité démocratique tout acquise au législateur élu auquel le Conseil ne saurait donc se substituer. Il a même à ce titre développé une manière d'interpréter la Constitution à l'aune du consensus social dont le législateur se veut le révélateur. Une fois que ce même législateur peut être scindé en parcelles dont le désaccord se poursuit au-delà de la délibération ayant précédé le vote, le Conseil se doit, en toute logique, de considérer ce qui réconcilie ces parcelles que le débat démocratique oppose mais qui reflètent ensemble toute la communauté politique des citoyens. En effet, un Conseil qui se veut à l'écoute du Parlement, qui cherche à comprendre les intentions d'un projet ou d'une proposition de loi, à en extraire ou à en réorienter le contenu afin d'assurer le respect de la Constitution à l'aune d'un certain consensus social que la loi exprime parfois maladroitement, va continuer de consolider cette démarche quand la saisine émane d'une portion minoritaire du Parlement : il ne s'agit pas pour le Conseil de jouer, selon ses propres convictions partisans, un parti contre un autre, ou une minorité contre la majorité ou inversement, mais de continuer de se poser en exégète d'un accord commun à tous, *a fortiori* lorsque c'est une partie du Parlement qui l'y invite. Ainsi, comprend-on mieux, à la lumière de cette reconstruction, que les membres du Conseil, à commencer par les rapporteurs des projets de décision, confrontent les moyens des saisines aux arguments des débats parlementaires, sans les opposer, mais pour en dégager ce qui les rassemble malgré tout, et cela au titre de ce que le Conseil doit garantir : l'organisation des pouvoirs publics, les droits et libertés du Préambule, la cohérence de sa jurisprudence. Or, nous venons de le rappeler, le Conseil a mis peu à peu en œuvre une façon de procéder à cet effet : quand le texte du corpus constitutionnel ou jurisprudentiel n'est pas directement opérant, ou quand il l'est mais que les conséquences d'une décision juridiquement viable pourraient être politiquement déstabilisantes et apporter plus de troubles à la société que d'apaisements⁴⁵³, il s'en remet à ce qui lie les citoyens entre eux malgré leurs divergences de vue repérables au sein du débat parlementaire. Une saisine émanant d'une minorité parlementaire offre en effet un foyer d'oppositions à la loi votée par la majorité et il s'agit alors de cerner le socle néanmoins commun aux deux parties, même si le Conseil s'autorise à dépasser les arguments des saisines, très inégaux en qualité de l'une à l'autre. Nous pointons donc ici que cette conception de son rôle comme le garant du socle commun à la majorité et à la minorité est peu à peu affinée à la faveur du développement de la saisine parlementaire sans pour autant en déduire hâtivement que la pratique démocratique qui en ressort s'y réduise : elle ne révélerait alors que ce que l'on sait déjà, à savoir, de manière tautologique, qu'elle a intégré l'intervention d'une institution non élue à partir des désaccords parlementaires c'est-à-dire des désaccords animant une institution élue. En réalité, on l'a vu, elle signale plus avant, outre l'acceptation d'une telle intervention, voire ce qui la rend plus souvent possible, la

⁴⁵³ [Le cas emblématique est celui de la loi IVG mais nous en avons croisé beaucoup d'autres recouvrant ce thème.](#)

nécessité même de reconsidérer, grâce à celle-ci, le socle commun que les débats partisans peuvent occulter. Cela révèle ainsi une faiblesse, une lacune voire, de manière plus neutre, un rôle que ne remplit pas systématiquement le pouvoir législatif et dont le Conseil constitutionnel saisit l'enjeu pour lui comme pour la vie démocratique pendant ses délibérations.

De l'opportunité comme critère de constitutionnalité

Dès que le rapporteur annonce que « le but de la nationalisation est politique », il engage nécessairement le Conseil sur la voie d'une appréciation de l'opportunité de la loi puisqu'il s'agit alors de juger de la constitutionnalité d'un texte dont le contenu est par définition politique, au sens au moins programmatique du terme. Bien entendu, toute loi exprime une action politique en puissance mais le Conseil peut se limiter à sa compétence d'attribution de vérification de la constitutionnalité du texte en analysant les termes de la loi et leur adéquation juridique au corpus constitutionnel. Par ailleurs, si au-delà de ce caractère politique, la loi exprime à elle seule la mise en œuvre d'une idéologie, elle revêt alors une dimension politique d'une autre ampleur. Or, jusqu'ici, le juge constitutionnel qui doit apprécier la constitutionnalité d'une loi ne commence pas en général par rappeler que celle-ci a une portée politique ; s'il le fait ici, c'est afin de souligner l'horizon particulièrement éloigné de cette portée et ses propos suivants le confirmeront. Il ne dit pas « le but de cette loi est politique », ce qui est le cas, dans un sens que nous pourrions dire faible, de toute loi ; il explicite plutôt l'idée que le contenu de la loi, à savoir la nationalisation, est politique, dans un sens que nous pourrions alors qualifier de fort. La précision habituelle de Georges Vedel interdit de penser qu'il fait un simple abus de langage en assimilant la loi sur les nationalisations au projet plus large de nationaliser. Là encore, la suite des débats a montré qu'une crainte plus grande d'un véritable changement de société à long terme anime les membres du Conseil constitutionnel. Cependant, le Conseil reste certes prudent, nous l'avons vu plus haut avec l'idée de « self-restraint », mais il demeure qu'il n'a en réalité pas d'autre choix que de juger, même partiellement, la loi au fond, à partir du moment où les termes dont il doit apprécier la constitutionnalité, à la demande même des parlementaires responsables des saisines, renvoient directement à une mise en perspective du contenu de la loi à l'horizon du fondement politique même de notre Constitution. Se l'interdire est une chose, se poser des garde-fous pour ne pas légiférer est une précaution très présente mais concrètement, ce que le Conseil propose néanmoins de faire passe par un jugement en opportunité. Nous avons déjà vu que l'utilité publique renvoyée à une situation sociale particulière est alors prise en compte pour ne pas juger exclusivement au fond la loi, mais le cheminement en relève pourtant bien sur certains points. Et les membres du Conseil ne s'en défendent pas totalement puisqu'ils s'accordent sur le caractère incontournable de leur démarche au nom des conséquences qu'entraînerait une limitation de leur rôle à une seule analyse juridique terme à terme. Leur dessein n'est donc pas tant en réalité de juger cette loi au fond que d'oser en comprendre le contenu pour confirmer l'avenir du rôle politique de leur institution, gardienne d'un certain projet libéral et républicain. Cela dit, la difficulté avec la présente loi est telle en raison du vide constitutionnel sur lequel elle bute parfois, nous l'avons déjà mentionné, que Louis Gros souligne son caractère trop vague et exige qu'elle contienne sa propre justification constitutionnelle, entendue comme une forme de lisibilité plus nette des articles de la Constitution auxquels elle renvoie. Ce à quoi le rapporteur s'empresse de répondre que,

« la loi est un corps de recettes opératoires et non un traité de doctrine politique. On peut discuter de l'existence des motifs du législateur et de leur pertinence mais certainement pas critiquer une loi parce qu'elle n'expose pas ses motifs ».

Là encore, l'institution se positionne par rapport à la loi en tant que responsable, certes, de dégager sa cohérence constitutionnelle mais aussi en tant que capable de discuter de la pertinence des motifs du législateur, ce qui repousse les limites de l'action du Conseil constitutionnel un peu plus loin. Le lien avec la section précédente est ici immédiat et Robert Lecourt l'illustre bien en rétorquant qu'il ne faut pas non plus « ouvrir toutes grandes des portes qu'ensuite on ne saurait refermer ».

Cependant, Louis Joxe, dans le cours ultérieur des débats, confirme l'importance, si ce n'est de juger en opportunité, du moins de faire se profiler cette opportunité à l'aune de ses conséquences, en signalant que la loi examinée pourrait donner lieu à une réforme qui « changerait complètement notre système économique ». C'est bien l'opportunité même de la loi jugée qui devient un critère de constitutionnalité et le Conseil ne peut l'occulter, ni en raison du rôle politique qu'il entend ainsi subrepticement revendiquer, ni en raison du contenu constitutionnel qu'il protège. Précisément, par exemple, juger du caractère juste et préalable de l'indemnisation puisque c'est ce à quoi renvoie le texte applicable selon les saisines, oblige aussi à juger au fond car la loi n'est constitutionnelle en ce sens que si elle propose une telle indemnisation et pas si elle se contente de la mentionner. Le rapporteur se livre alors à un impressionnant exposé critique, d'une pédagogie limpide, sur les différentes méthodes de calcul de l'évaluation financière des actions transférées. C'est en effet seulement à la lumière de la manière de calculer l'indemnisation proposée à l'arrière-plan de cette loi que l'on peut juger de sa constitutionnalité sur ce volet. Comment procéder autrement ?

La reconnaissance d'un principe à valeur constitutionnelle : la liberté d'entreprendre

Pour finir, si cette délibération fait aussi une large place à la prudente notion de « réserve d'interprétation » pour amener le législateur à réfléchir aux conséquences de ses choix sans l'en détourner radicalement, elle recherche longuement des arguments de principes à faire primer sur des choix politiques peut-être passagers. Sur le thème central du principe des nationalisations, la Constitution ne dit rien mais la liberté individuelle y est en revanche particulièrement présente et la limite que le Conseil parvient à dégager au projet est proposée par Ségalat comme étant

« la protection d'un minimum de liberté d'entreprendre »,

en tant que corollaire de la liberté individuelle. Ainsi, sans même aller jusqu'au changement de société latent dans le projet, le Conseil peut-il en revendiquer les limites au nom de la liberté d'entreprendre qui se voit ainsi érigée en principe reconnu à valeur constitutionnel. En plus du cheminement en cours que nous avons analysé quant à la qualification plus fine du principe d'égalité, déjà, lui, constitutionnel, le Conseil dégage donc un autre principe à valeur constitutionnel, celui de la liberté d'entreprendre. Il le fait restant au plus proche du texte de 1789 et en tentant de rendre compte de ces fameux principes sur lesquels repose tout le pacte social. Si la tentative a toujours quelque chose d'artificiel au sens où elle repose sur une

interprétation, elle n'en relève pas moins d'un acte politique fort : des principes existent en amont de la Constitution mais ils n'y sont pas tous écrits et le Conseil constitutionnel se doit alors parfois de faire office de pouvoir constituant. Ainsi reconnaît-il l'évolution du droit de propriété depuis 1789 par

« une notable extension de son champ d'application à des domaines nouveaux »,

comme ce sera mentionné dans la décision, en sachant aussi cette évolution limitée par l'intérêt général au nom de l'utilité publique que seul le législateur, peut, dans le temps présent, apprécier ; mais il renvoie aussi au caractère, malgré tout fondamental, du droit de propriété dans la Déclaration de 1789 qui le mentionne comme l'un des buts de la société politique, dont il s'en suit que les garanties données aux titulaires de ce droit sont tout aussi fondamentales quoi qu'encadrées dès l'article 4 de la même Déclaration par « tout ce qui ne nuit pas à autrui ». Et cette limite est lue par le Conseil dans toute la réciprocity qu'elle contient à savoir qu'elle s'applique aux libertés autant qu'à leurs restrictions. Le rapporteur avait d'abord suggéré l'idée d'un « équilibre des libertés », les délibérations qui ont suivi ont buté sur la confrontation des principes à la loi comme l'a souligné Louis Joxe, et ont conduit Monsieur Ségalat à demander à ses collègues si dans la partie générale du considérant devant porter sur le principe des nationalisations,

« un autre butoir ne pourrait être défini qui serait tiré de la protection d'un minimum de liberté d'entreprendre, laquelle est un corollaire de la liberté individuelle ».

Le texte sera alors modifié de façon à indiquer que des restrictions « arbitraires » ne sauraient être apportées à la liberté et à faire apparaître la notion de liberté d'entreprendre comme « une liberté qui ne saurait être méconnue par le législateur », comme le mentionne le procès verbal de cette délibération.

La forme délibérative entrevue à travers cette délibération

Nous avons abordé en introduction de ce travail la notion de délibération telle qu'elle est mobilisée par les sciences sociales pour n'en garder que la dénomination commune et pratique, plus familièrement associée à celle de débat. Pourtant, à défaut d'une méthode détaillée rigoureusement et strictement mise en œuvre à chaque fois, un certain art discursif se déploie dans ces « délibérations », qui sous-tend les échanges d'arguments propres à développer une conception de son rôle par le Conseil constitutionnel. En effet, sans certaines qualités propres à ces délibérations, les membres du Conseil constitutionnel ne parviendraient pas à se forger une idée commune, même inégalement partagée, de leur mission. Qu'ils votent ou qu'ils mettent en évidence un consensus pour en déduire leurs décisions ne suffit pas en effet à prétendre qu'ils élaborent en amont progressivement une conception et non linéairement, une conception du rôle de leur institution. Or, les travaux de Bernard Manin sur la délibération⁴⁵⁴ situent le concept en vertu des qualités qui semblent lui être acquises : il est en effet communément accepté qu'une

⁴⁵⁴ En particulier, l'approche qu'il présente et justifie dans l'article « Comment promouvoir la délibération démocratique ? Priorité du débat contradictoire sur la discussion », *Raisons politiques*, n°42, mai 2011, p.83-114. Mais je travaillerai ensuite également à partir de l'article du même auteur, paru dans *Le Débat*, en 1985, « Volonté générale ou délibération. Esquisse d'une théorie de la délibération politique ».

décision collective soit plus correcte si elle a effectivement fait l'objet d'un échange d'arguments (ce sont les « raisons épistémiques » de privilégier la délibération selon Bernard Manin) ou qu'elle soit plus acceptable et donc facilement imposable si les raisons fournies découlent aussi d'un échange d'arguments (« raisons morales » selon notre auteur). Ce qui nous intéresse en réalité ici, c'est l'en-deçà de la décision collective : la conception plus ou moins partagée du rôle du Conseil qui y préside. Pourquoi se pencher sur cette forme délibérative dans ce cas particulier? Nous l'avons en réalité fait implicitement à chaque fois mais la longueur exceptionnelle de ce débat exacerbe certains traits propres à la manière dont évoluent, sur le fond, les délibérations du Conseil constitutionnel et contribue alors à en éclairer le consensus interne sur la conception de son rôle.

Dans le cas précis de cette délibération sur la loi de nationalisation, une illustration aboutie nous est en effet donnée d'une configuration pratique de délibération, propre *a priori* à conduire à ce que Manin appelle les « bons effets attendus », à savoir une décision « correcte et acceptable ». Suivons donc l'analyse proposée par Bernard Manin des conditions menant à une délibération correcte et acceptable ; tout d'abord, le biais type de la discussion à savoir la polarisation des débats conduisant à des positions extrêmes renforcées par les volontés réciproques des uns et des autres de convaincre leurs détracteurs, apparaît relativement faiblement dans cette délibération. Elle est la plus longue de la vie du Conseil sur la période de publicité de ses procès-verbaux consultables, à savoir 1958-1986 au moment où cessent nos recherches, elle dure neuf jours en tout, et chaque recours des saisines est débattu sur la base du projet du rapporteur : autant dire que malgré la pédagogie unanimement saluée dont celui-ci fait preuve, les arguments ne font pas systématiquement l'unanimité et demandent à être modulés. Il n'y a pas non plus de prépondérance mécanique de certains points de vue sur d'autres. Cela dit, malgré les nuances qu'apportent les différents membres du Conseil aux propositions du rapporteur, sur le sujet essentiel du principe même des nationalisations, le seul à s'exprimer pour manifester une adhésion franche au projet est Gaston Monnerville, le seul aussi qui garde une affinité idéologique plus proche de la gauche. Il ne s'exprime par ailleurs quasiment pas sauf au seul moment de cette délibération où il s'agira de trancher par un vote, sur la question de l'aliénation éventuelle des actifs étrangers par l'administrateur de la société, et il soutiendra la loi. Cela ne change rien au fait que d'autres membres s'exprimant plus souvent et n'étant pas de sensibilité politique socialiste soutiennent régulièrement la constitutionnalité de nombreux articles, allant même jusqu'à moquer certaines négligences des parlementaires, proches de leur mouvance politique mais trop pressés de condamner la loi. Ainsi, peut-on dire que la question du principe même des nationalisations est la seule sur laquelle une quantité d'arguments critiques, allant donc contre le soutien inconditionnel que lui témoigne Gaston Monnerville, tendrait à rendre évidente une remise en cause. Mais cette quantité d'arguments varie cependant beaucoup sur le fond, les plus virulemment opposés au principe étant ceux qui craignent dans une rhétorique aux accents de Cassandre, un « changement de civilisation », suivant ainsi la prédiction de Louis Joxe, à commencer par le Président Frey lui-même. Mais cette rhétorique n'engendre pas non plus une montée aux extrêmes de ceux qui en soutiennent déjà le fondement ; elle conforte plutôt la réflexion conséquentialiste qui, au demeurant, renvoie à une problématique réelle nouée par l'application d'un programme et son éventuelle suprématie à long terme sur la Constitution. S'il y a donc bien une tendance dominante, elle ne se traduit pas par une poussée

aux extrêmes des membres du Conseil. La recherche du meilleur argument afin de ne pas trahir le législateur tout en l'éclairant semble bien davantage donner le ton des délibérations. L'effet de polarisation est donc négligeable et il semblerait que nous puissions encore suivre Bernard Manin lorsqu'il suggère que cet effet est rendu stérile par une exposition des participants à la délibération, à un niveau détaillé d'information : c'est non seulement le métier des membres du Conseil constitutionnel que de maîtriser l'information relative à la Constitution, textuelle ou jurisprudentielle, ainsi que de connaître le contenu des lois qu'ils examinent, mais cette connaissance est d'autant plus marquée dans la délibération qui nous intéresse que, d'une part le Conseil, conscient de la complexité du cas, a pris soin de se réunir avant même d'être saisi et que, d'autre part, le rapport de Georges Vedel est d'une densité, d'une précision, d'une rigueur de raisonnement et d'une clarté dont le caractère didactique est salué par tous. Enfin, si l'on pourrait, à l'inverse, s'appuyer sur la qualité du rapporteur pour évoquer une tendance à l'imitation de son point de vue par les membres du Conseil, l'on se heurterait aussi rapidement à quelques incohérences, notamment lorsqu'au moment du vote déjà évoqué, ce n'est pas le groupe suivant Vedel qui l'emporte.

Par ailleurs, suivant encore notre auteur, il nous faut vérifier si, certes bien informés, peu influençables et globalement peu partisans, les membres du Conseil prennent en compte les raisons pour et contre un élément du recours donné en l'abordant de façon indépendante, intrinsèque, sans la relier à un autre débat qui pourrait biaiser la question première. Ce point est plus délicat à évaluer car, nous l'avons vu, le Conseil délibère au nom de raisons politiques surplombant la constitutionnalité purement juridique de la loi. Pour autant, il n'en demeure pas moins limité par le corpus juridique faisant foi à commencer par la Constitution elle-même autant que par sa compétence purement attributive en la matière. Il avance sur un plan politique, certes, mais de manière extrêmement conditionnée, ce qui en soit relève aussi d'une stratégie politique d'autocensure, mais qui permet, s'il est besoin, des recadrages par le Président. Notre seul bémol, à ce titre, serait que les rares fois où le Président s'exprime, en-dehors de formules de relance des débats, se limitent d'une part à quelques brèves prises de position sur un ton relativement modéré mais d'autre part, à cette envolée en renfort aux propos de Joxe sur le risque d'un changement de civilisation. A ce moment-là, peut-être est-il susceptible de jouer de sa position de Président pour apporter davantage de crédit à de telles craintes. Mais la durée du débat et la nuance des arguments échangés sur ce thème empêchent, là encore, de conclure trop hâtivement sur ce point. Il demeure que le contenu délibératif oscille entre l'échange d'arguments intrinsèques au propos et celui d'échanges liés, en particulier pour cette délibération, à ce que Manin appelle la « substance du propos ». Mais d'une part, cette substance est parfois impossible à occulter au nom même des raisons intrinsèques, nous l'avons vu avec le thème de l'opportunité comme critère, et d'autre part, il nous faudrait en réalité comparer les différentes délibérations entre elles sous cet angle de vue particulier afin de conclure à l'exacerbation hors-norme de cette pratique dans cette délibération-ci et cela nous éloignerait de manière peu productive de notre question.

Enfin, la décision elle-même parvient une seule fois au terme d'un vote lorsque le consensus semble impossible après maints arguments, et, le reste du temps, par ce que Philippe Urfalino nomme un consensus apparent⁴⁵⁵, survenant lorsqu'à défaut d'exprimer une franche

⁴⁵⁵ Philippe Urfalino, « La décision par consensus apparent », paru dans la *Revue Européenne des Sciences Sociales*, 426

unanimité ou d'amener les derniers réfractaires à se ranger derrière la décision faite d'arguments meilleurs, les opposants éventuels ne s'expriment même pas, donnant l'impression d'un consensus et ne remettant en tout cas pas en cause celui-ci. Cela n'est qu'une interprétation minimaliste d'un comportement qui n'est pas peut-être entièrement retranscrit dans le procès-verbal (quid des hochements de tête ou autre manifestation d'accord ?). Le projet de décision, en revanche, est adopté à l'unanimité, ce qui lui confère une force rare mais sans doute nécessaire sur un sujet aussi délicat. Toujours est-il que les considérants sont largement motivés et cette fois sur un plan purement juridique mettant quasi-exclusivement en avant les textes applicables ; en cas, cependant, de mention à une analyse au fond, le principe constitutionnel correspondant concerné (notamment le principe d'égalité sur le thème de l'indemnisation) est mentionné et dans le cas complexe du principe même des délibérations, les textes applicables sont suivis par une évocation de l'absence d'erreur manifeste au crédit du législateur qui ne saurait en effet restreindre le champ de la propriété et de la liberté d'entreprendre, éclairant ainsi le législateur sur les limites de ses appréciations et mettant en lumière un nouveau principe à contenu constitutionnel. A ces conditions, le principe des nationalisations n'est pas considéré comme récusable par le Conseil constitutionnel ; il en va de même de nombreux autres articles portant sur des considérations techniques tandis que seuls les articles concernant les administrateurs généraux, la portion de l'article qualifiant les entreprises nationalisables et occultant les sociétés à caractère mutualiste (la partie sur les banques étrangères n'est pas concernée ici), enfin ceux relatifs à la détermination de la valeur des actions sont jugés non conformes à la Constitution, et inséparables de la loi qui sera donc nécessairement revue.

Si la primauté donnée aux textes juridiques dans l'énoncé de la décision est une pratique constante et relativement incontournable pour une institution dont la compétence d'attribution est juridique, notons qu'elle est particulièrement marquée dans cette décision-ci, provenant d'une délibération dont nous avons pourtant souligné le caractère politique indéniable. Cette primauté résonne comme l'écho des derniers mots du rapporteur, avant que ne soit énoncés les considérants et la décision, et renvoyant à l'expression d'un certain réalisme politique au sens conséquentialiste du terme : il pense, dit-il, à « l'après-décision » et entend pour cela faire primer dans la décision elle-même, des textes précis plutôt que,

« des principes généraux sujets à discussion ».

Ce vœu est interprétable de deux façons non exclusives l'une de l'autre : soit, seuls les membres du Conseil constitutionnels sont capables d'entendre correctement ces principes généraux, soit ces principes sont vraiment discutables et la décision ne saurait être estimée comme le fruit d'une délibération acceptable qu'au nom du seul droit, sous l'angle le plus strict des textes les plus précis possible. Dans les deux cas le Conseil ménage son auditoire mais tout autant, voire surtout étant donné le voile qu'il jette sur ses précédents débats de philosophie politique, la solidité perçue de sa décision et, ce faisant, son acceptabilité. Le Conseil devient ainsi subrepticement une Cour souveraine, non pas institutionnellement – c'en est déjà une – mais auprès de son interlocuteur principal, le représentant des citoyens. Expliquons-nous. Il ne s'agit certes toujours pas de s'affirmer comme telle ; laisser plutôt le terme « conseil » tenir

l'institution en situation de dépendance vis-à-vis de celui qu'elle conseille, à savoir l'élu, dont la légitimité démocratique ne fait pas de doute, non seulement n'est pas remise en cause, mais transparaît dans nombres d'arguments déjà parcourus sur la conception que le Conseil se fait de son rôle. Il semble cependant à présent possible car souhaité dans les débats et actualisé dans la décision, de renvoyer finement à des considérations juridiques dont le Conseil serait le seul garant. Ce hiatus entre la distance créée par l'expression d'une telle expertise juridique propre s'imposant au politique à travers les décisions, et la coloration nettement politique des arguments mobilisés en amont suggère que si mobiliser le droit n'est en rien une usurpation, le caractère tactique de la démarche saute aux yeux une fois analysés les arguments de la délibération proprement dite ; néanmoins, s'assumer comme une « cour » rendrait trop évidemment compte de la légitimité propre du droit. Cette démarche concentre ici toute une évolution déjà mise au jour de la conception de son rôle par les membres du Conseil constitutionnel : conscient de son déficit de légitimité dans le contexte de sa création comme de l'histoire longue de la République française faisant de l'élection de ses représentants le critère exclusif de la légitimité démocratique, partageant du reste très souvent ce point de vue du fait des parcours ou des proximités politiques de ses membres, le Conseil constitutionnel se positionne par rapport au pouvoir élu qu'il conseille donc plus qu'il ne lui impose de modifications de fond relativement à l'opportunité des lois votées ; ce faisant, il déploie autant que possible un arsenal juridique lui assurant cette mise en retrait face au politique mais aussi, parallèlement, une légitimité propre, autre, nouvelle. Or, il ressort aussi des débats étudiés que celle-ci ne saurait pour autant entrer en conflit avec la légitimité élective, ce qui concourt à faire préférer le terme de Conseil à celui de Cour même quand, à ce stade de notre étude, il apparaît que le Conseil constitutionnel ait une conscience plus affermie de son autorité juridique ; il semble donc toujours en quête d'un équilibre entre, d'une part, l'affirmation de son rôle et donc de son autorité, associée à la forme de légitimité qui, dans ce système démocratique, peut la lui conférer, et, d'autre part, le respect de la forme de légitimité démocratique qui prévaut, à savoir l'élective. Autrement dit, on peut invalider une loi au nom du droit mais pas considérer que cela nous place au rang des élus qui l'ont votée. Du point de vue de l'évolution de la pratique démocratique dans le système considéré, cela traduit tout de même un glissement vers une acceptation actée du droit pouvant saisir la politique, pour reprendre une expression désormais fameuse⁴⁵⁶, c'est-à-dire l'imprégnation à présent plus patente d'une forme de légitimité autre qu'élective, à condition encore que cette dernière prévale. Précisément, réfractant bien l'esprit des débats, juridiquement cadrés mais à portée politique, l'énoncé de la décision, anticipant la suite, sous-tend l'idée qu'au nom du droit en vigueur, la loi ne peut être considérée pleinement constitutionnelle mais qu'elle peut, en revanche, être reconsidérée, rediscutée à partir de son projet premier dès lors que celui-ci ne trahit pas les principes libéraux de la Constitution, pas plus que le principe d'égalité. Cette division du travail sert la définition acceptable du rôle du Conseil, qui en use activement, comme elle exprime l'évolution d'une pratique démocratique qui distingue de plus en plus la loi ordinaire de la loi fondamentale, selon les formulations éclairantes et typiques d'un Etat de droit. Elle fonde ce faisant la seconde autant sur la notion juridique de Constitution que sur celle, plus politique au sens de ce qui meut la collectivité politique historique, de consensus républicain ; si celui-ci n'est pas énoncé comme tel dans la décision, il contribue amplement à en identifier les

⁴⁵⁶ Cf Louis Favoreu, « La politique saisie par le droit », du livre éponyme déjà cité.

motivations et constitue, dans cette délibération, la condition de l'équilibre évoqué plus haut, ou encore le lien nécessaire entre respect du droit constitutionnel et primauté de la loi.

III.2.2. Ethos républicain et unité républicaine

Séance des 24 et 25 février 1982, décision 82-138 DC : loi portant statut particulier de la région de Corse.

=>Qu'apprend-on ici ?

Les membres du Conseil constitutionnel ont préféré ici souligner le lien entre deux lois, plutôt que le lien entre deux de leurs propres décisions ; cela se traduit dans le débat par une plus grande confiance dans leur capacité à émettre des décisions cohérentes entre elles sans qu'il soit besoin de le préciser à chaque fois ; en même temps, la justification de ses motivations pour une décision donnée est d'autant plus importante en interne qu'elle repose sur le lien constitutionnellement valide entre ces deux lois. Le Conseil constitutionnel se conçoit à nouveau ici comme devant mettre au jour le lien entre droit constitutionnel et primauté de la loi ; il y parvient à partir d'une réflexion sur ce qui tient ensemble la République comme collectivité historique en devenir.

Sur un registre politique différent, autrement dit pour une loi ordinaire traitant d'un sujet tout autre que celui des nationalisations, le Conseil constitutionnel va délibérer les 24 et 25 février 1982 dans une perspective qui prolonge ou, à tout le moins, conforte celle-ci : les députés et les sénateurs de l'opposition de droite l'ont saisi pour l'examen de la conformité à la Constitution de la loi portant statut particulier de la région de Corse. Le rapporteur est René Brouillet. Il présente immédiatement le contexte général de la saisine ; le Conseil a été saisi quelques jours plus tôt pour la loi relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions dont Robert Lecourt est toujours le rapporteur puisque la décision du Conseil n'a pas encore été rendue et René Brouillet s'inscrit tout de suite dans la continuité de son collègue en annonçant :

« L'exposé qu'il me revient de vous présenter.../...ne saurait que s'articuler sur celui que vous avez entendu de la bouche de notre collègue Robert Lecourt ».

Et d'expliquer pour loin que cela est justifié par l'enracinement, commun aux deux lois, dans l'article 72⁴⁵⁷ de la Constitution qui indique que,

« toute collectivité territoriale est créée par la loi », que les collectivités s'administrent librement via des conseils élus dans les conditions prévues par la loi et, enfin, qu'au niveau des départements et des territoires, le délégué du Gouvernement a la charge des intérêts nationaux, du contrôle administratif et du respect des lois. Le rapporteur nuance ensuite cet ancrage de la présente loi dans l'article 72 de la Constitution par le fait qu'il est indirect et, précisément, au titre de son lien, lui direct et explicite dans le texte de cette loi sur le statut particulier de la Corse, avec la loi sur les droits et libertés des communes, ce qui renforce le projet de maintenir

⁴⁵⁷ [Mise en perspective éventuelle des évolutions Vs décentralisation mais pas utile pour ce débat.](#)

une cohérence entre les deux débats. Il nous faut cependant apporter un éclairage contextuel plus détaillé afin de rendre compte au mieux de la situation telle qu'en ont connaissance nos membres délibérant au Conseil constitutionnel.

Le choix des délibérations étudiées devant aussi sa part au contexte souvent associé à un changement dans la vie politique française, vu sous l'angle d'abord social ou institutionnel, il est possible de mobiliser celles-ci pour retracer, à travers les propos des membres du Conseil constitutionnel, un témoignage historique de ces changements. Ainsi, si notre travail n'est pas historique par principe, il peut, avec bonheur, le devenir par nécessité. Le contexte immédiat retranscrit par le rapporteur renvoie en effet à une évolution vers la décentralisation que lui a bien à l'esprit mais qu'il ne reprend pas ici point par point. Par conséquent éclairante pour la pertinence de notre propos, cette évolution présente l'intérêt de se retrouver à travers des débats antérieurs, qu'il sied aussi de compléter parfois par des travaux historiques. Notamment, souvenons-nous, la crise de 1968 que nous avons ainsi croisée, avait amené le général de Gaulle à proposer une forme de régionalisation plus adaptée à la diversité libérale dont se réclamaient diverses institutions à partir du déclencheur. Le projet de loi prévoyant la transformation des circonscriptions régionales en collectivités territoriales se superposant aux départements est à cet effet proposé le 27 avril 1969 par référendum. Le site internet du Ministère de l'intérieur⁴⁵⁸ fournit ces explications additionnelles permettant de situer la loi relative aux droits et libertés de communes, ici évoquée par le rapporteur, dans une certaine continuité :

« Ces collectivités disposaient d'un conseil régional délibératif sur le modèle du conseil général, le préfet de région jouant le double rôle de délégué du gouvernement et d'exécutif régional. Toutefois, le conseil régional n'est pas élu au suffrage universel direct mais constitué par les députés élus dans la région, des conseillers territoriaux élus au second degré par les conseillers généraux et les délégués des conseils municipaux et des représentants désignés par les organismes socioprofessionnels représentatifs ».

Le non au référendum l'emporte, analysé maintes fois comme un rejet du général de Gaulle et entraînant au demeurant son départ. Puis, sous la présidence de Georges Pompidou, en 1970, la Corse, alors vingt-deuxième région française, est détachée de la Provence-Côte d'Azur et la loi du 5 juillet 1972 donne aux régions le statut d'établissement public. Celles-ci voient ainsi confier le développement économique régional, la participation à l'élaboration et à l'exécution du plan, la réalisation d'équipements d'intérêt régional. C'est toutefois toujours le préfet de région qui demeure en charge de l'exécutif de l'établissement public même si le conseil régional est composé d'élus de la région, munis de certains pouvoirs de décision. La région, enfin, dispose d'un budget propre. En novembre 1975, le président Valéry Giscard entreprend une réforme de ces institutions locales pour aboutir un an plus tard à un projet de renversement des rôles entre l'État et les collectivités territoriales dans tous les domaines de la vie quotidienne sur la base du rapport Guichard, nommé « Vivre ensemble ». Inspiré de ce rapport un projet de loi sur "le développement des responsabilités locales" est présenté au Sénat et adopté en première lecture le 22 avril 1980 mais il ne viendra pas en discussion devant l'Assemblée nationale. Il faut alors attendre l'élection à la présidence de la République de François Mitterrand en mai 1981, pour que le ministre de l'Intérieur et de la Décentralisation, Gaston Defferre, engage une grande réforme de la décentralisation. Dès juillet 1981, en effet, le projet de loi relative aux droits et

⁴⁵⁸ Cf. le dossier synthétique et éclairant « La décentralisation a trente ans » sur le site internet du Ministère de l'Intérieur : <http://www.interieur.gouv.fr/Actualites/Dossiers/La-decentralisation-a-30-ans>

libertés des communes des départements et des régions cité par René Brouillet dans la délibération qui nous intéresse, également premier projet de loi soumis au parlement nouvellement élu, va être débattu. La loi est votée le 28 janvier 1982, le Conseil constitutionnel en est saisi pour en décider la non conformité partielle, ce qui permet à une loi modifiée d'être promulguée le 2 mars 1982. De 1982 à 1986, 25 lois complétées par environ 200 décrets se succèdent sur ce thème, communément nommé, « l'Acte I de la décentralisation ». C'est donc bien cette loi dite du 2 mars 1982, relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions qui ouvre la voie à un profond remaniement des pouvoirs au profit des acteurs locaux. Souvent citée comme la loi fondamentale de la décentralisation, elle consacre en effet trois évolutions majeures :

- la tutelle administrative et financière *a priori* exercée par le préfet, s'exercera désormais *a posteriori*, excluant que des actes qu'il juge contraire à la légalité puissent être censurés en raison de leur inopportunité, comme auparavant ;
- une nouvelle juridiction financière est créée, la chambre régionale des comptes, et a, entre autres, la mission d'assister le préfet en matière de contrôle budgétaire ;
- la région est promue en collectivité territoriale à part entière, dotée d'un conseil élu au suffrage universel ; toutefois, dans chaque département et région, le représentant de l'État continue d'avoir la charge des intérêts nationaux, du respect des lois, de l'ordre public et du contrôle administratif.

Quant à la Corse, l'on comprend aisément que son statut ait pu faire l'objet d'une discussion concomitante de celle-ci sur la décentralisation : longtemps département unique, elle faisait obstacle à la politique de régionalisation en raison de l'impossibilité juridique de constituer des régions métropolitaines à partir d'un seul département ; deux départements, Corse du Sud et Haute-Corse, sont donc créés par la loi du 15 mai 1975. A cet état de fait, s'ajoutent certaines revendications locales vers plus d'autonomie. C'est dans cette double perspective que la loi du 2 mars 1982 portant statut particulier de la région Corse, et pour l'heure soumise à l'examen du Conseil constitutionnel, en fait pleinement une région métropolitaine avant les autres. C'est en effet à l'issue d'une période de transition, qu'intervient, en 1986, l'élection au suffrage universel direct des conseils régionaux, faisant des autres régions françaises des collectivités locales de plein exercice⁴⁵⁹.

De la loi soumise à l'examen du Conseil, le rapporteur fournit, comme de coutume, toute

⁴⁵⁹ Le site de l'Association des régions de France (ARF) détaille ainsi la nouvelle répartition des pouvoirs au niveau régional : « Le pouvoir exécutif départemental ou régional est transféré du préfet, fonctionnaire de l'État, aux présidents des conseils général ou régional, élus territoriaux. L'article 1er de la loi dispose que « les communes, les départements et les régions s'administrent librement par des conseils élus » et prévoit que « des lois détermineront la répartition des compétences entre les communes, les départements, les régions et l'État, ainsi que la répartition des ressources publiques résultant de nouvelles règles de la fiscalité locale et de transferts de crédits de l'État aux collectivités locales, l'organisation des régions, les garanties statutaires accordées aux personnels des collectivités locales, le mode d'élection et le statut des élus, ainsi que les modalités de la coopération entre communes, départements et régions, et le développement de la participation des citoyens à la vie locale. » Cf. <http://www.arf.asso.fr/2011/04/la-regionalisation-une-histoire-de-plus-d'un-demi-siecle.html>

la genèse. Nous en retiendrons que dès la campagne électorale de la Présidentielle, le candidat François Mitterrand avait promis un statut particulier pour la Corse dans le cadre des lois de la République. Puis, après l'élection de ce dernier, et alors que le projet de loi sur les droits et libertés des communes, des départements et des régions est en débat à l'Assemblée, le Ministre de l'Intérieur, Gaston Deferre, se rend en Corse et y expose, devant les quatre-vingt-douze membres du Conseil régional, du Comité économique et social et des deux conseils généraux de départements,

« les dispositions du projet de régionalisation propre à la Corse que le Gouvernement se propose de soumettre aux délibérations du Parlement ».

Finalisé au cours des mois suivants, ce projet de loi fait l'objet d'un rejet par le Conseil d'Etat en décembre 1981, qui n'y trouve pas de raisons précises justifiant une dérogation au principe d'égalité devant la loi qu'induirait la création d'une collectivité territoriale particulière dont l'activité demeure limitée à une partie déterminée du territoire métropolitain. Débattu dès début janvier au Parlement convoqué en session extraordinaire avec déclaration d'urgence, le projet de loi se voit modifié notamment en son article 1^{er}, qui de,

« La région de Corse constitue une collectivité territoriale de la République dont l'organisation est définie par la présente loi »,

devient le texte dont dispose à présent le Conseil et qui s'ancre dans celui de la loi relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions. Le rapporteur relève

« qu'il a été jugé plus sage d'articuler l'existence d'un statut particulier de la Corse »

à partir de cette loi concernant toutes les régions même si prendre appui sur un texte non encore adopté résonne en soi comme une anomalie. Si modification provient du Sénat, celui-ci refuse néanmoins d'accorder à la Corse par anticipation un statut de collectivité prévu une autre loi non encore adoptée. Ce désaccord majeur entre Assemblée nationale et Sénat, traduisant ici un conflit entre deux majorités, de gauche à l'Assemblée, de droite au Sénat, fait d'emblée de la Commission mixte paritaire un échec et se renforce à travers à un durcissement des positions de chacune de ces grands tendances du débat démocratique français, en particulier depuis cette alternance gouvernementale procurée par la victoire de François Mitterrand. L'Assemblée, soutenue par le Gouvernement, aura le dernier mot mais la brèche mise au jour par les débats ne se referme pas, qui est ainsi résumée par l'échange rapporté par Brouillet, entre un sénateur⁴⁶⁰ de l'opposition au Gouvernement et le Ministre de l'intérieur :

« Vous avez pris le risque... /... d'une fêlure dans l'unité nationale, fêlure minime, ténue, en apparence, mais fêlure tout de même. La première conséquence, c'est l'inconstitutionnalité car la République est une et indivisible. Nous ne sommes pas dans une République fédérale »,

dit le premier auquel le second répond que,

« il ne sera pas porté atteinte à l'unité nationale » mais que « celle-ci sera renforcée ».

Revenant au texte lui-même, le rapporteur expose alors que le premier article déjà mentionné, est aussi complété par deux alinéas évoquant les

« spécificités » de la région de Corse en raison de « sa géographie et son histoire » ainsi que « des lois

⁴⁶⁰ Paul Girod, Sénateur de l'Aisne, groupe dit de la gauche démocratique et regroupant de nombreuses personnalités de droite.

ultérieures » qui « définiront les compétences particulières et les ressources correspondantes qu'appellent les caractères spécifiques de la région de Corse ».

Plus généralement, le rapporteur fait remarquer que de nombreux termes inadéquats sont utilisés dans les différents articles de la loi, suggérant le caractère déjà particulier de la région de Corse. Après avoir passé en revue les différents articles, il en vient à celui qui doit selon lui retenir une attention accrue de la part du Conseil, en tant que reliant la loi considérée à l'autre loi examinée par le Conseil sur les droits et libertés des communes, des départements et des régions. Enfin, il annonce que les deux recours des saisines sont identiques et renvoient à deux groupes de moyens : le premier estime que la loi n'est pas conforme à l'article 72⁴⁶¹ de la Constitution qui ne saurait autoriser la création d'une collectivité territoriale dérogeant au droit commun ; du reste, les articles 73 et 74 prévoyant explicitement des aménagements particuliers pour les collectivités territoriales d'Outre-mer seraient aussi bafoués par la nouvelle loi en tant que ne traitant pas de ces collectivités-ci ; le second groupe de moyens en appelle à la non conformité à l'article 2 de la Constitution en raison d'abord du vocabulaire employé, laissant présager d'une étape ultérieure vers l'autodétermination de la région de Corse, mettant à mal l'indivisibilité de la République y étant énoncée⁴⁶² ; en raison aussi du principe d'égalité proclamé dans l'article 2, ce dernier ne serait pas respecté par la nouvelle loi dont les dispositions dérogeantes seraient disproportionnées par rapport au caractère insulaire de la région ; enfin, toujours en tant qu'atteintes au principe d'égalité des citoyens devant la loi, sont cités l'article de la nouvelle loi relatif à l'amnistie dont le bénéfice reviendrait aux seules infractions en rapport avec la détermination du statut de la Corse et pas de manière générale comme le prévoit le droit, et celui relatif à la possibilité d'associer aux institutions élues de la collectivité, des établissements publics non créés par elle, contredisant le principe de libre administration des collectivités territoriales.

Le rapporteur se livre ensuite à une description des réactions du Gouvernement à ces deux saisines, à travers des notes envoyées au Conseil constitutionnel par le Ministre de l'Intérieur et par le Secrétaire Général du Gouvernement. Développer ces réponses présenterait sans aucun doute un intérêt sur le plan juridique car il s'agit pour leurs auteurs de faire obstacle aux arguments des saisines sur un plan constitutionnel. Nous avons plusieurs fois commenté ce type d'analyses afin ne pas détourner certains termes du débat au seul profit de notre question de recherche, autrement dit afin de pondérer, au plus près de la réalité des discours prononcés et des faits relatés, l'importance des arguments qu'il nous faudrait retenir en tant que relevant de la conception du rôle de l'institution par les membres du Conseil constitutionnel. A ce stade du travail, il nous semble que nous pouvons mettre en exergue plus directement ces arguments déterminants pour notre propos ; en l'occurrence, ce qu'il faudra retenir ici, sera non pas le

⁴⁶¹ Pour rappel et plus précisément que précédemment à présent que cet article est mentionné dans le cadre d'un moyen de non conformité, en voici les premières lignes, celles invoquées par les saisines : « Les collectivités territoriales de la République sont les communes, les départements, les régions, les collectivités à statut particulier et les collectivités d'outre-mer régies par l'article 74. Toute autre collectivité territoriale est créée par la loi, le cas échéant en lieu et place d'une ou de plusieurs collectivités mentionnées au présent alinéa. Les collectivités territoriales ont vocation à prendre les décisions pour l'ensemble des compétences qui peuvent le mieux être mises en oeuvre à leur échelon ».

⁴⁶² Cette version de la Constitution pose à l'identique de celle de 1958 le principe de l'indivisibilité dans l'article 2 énonçant celui d'égalité. Ce n'est plus le cas dans la version actuelle, reprenant ces mêmes principes respectivement dans les articles premier et deuxième articles de la Constitution.

contenu des notes du Gouvernement mais le fait que celui-ci soit pris en compte par le rapporteur quand bien même il se réfère non seulement à la Constitution mais aussi, comme cela arrive régulièrement, aux comptes rendus des délibérations du Comité consultatif constitutionnel (CCC) pour exciper de l'intention du Constituant permettant de justifier une compréhension de certains termes repris dans la Constitution. En somme, le Gouvernement propose ici sa propre interprétation de la Constitution. Par ailleurs, il s'en remet aussi à la décision récente, du 16 janvier précédent et dont avons étudié la délibération sur la loi de nationalisation, pour invoquer la manière nouvelle pour le Conseil constitutionnel d'énoncer le principe d'égalité et le précédent que cela constitue. Le Gouvernement ici n'interprète alors plus librement un texte qui n'est même pas une source de droit – les comptes rendus des débats du CCC- mais s'appuie sur la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Bref, le Gouvernement semble faire feu de tout bois pour défendre son projet de loi, de manière plus ou convaincante juridiquement. Le rapporteur, sans plus de développement, s'estime convaincu mais, signe à nouveau qu'aucune méthode stricte n'est stabilisée dans la façon de mener à la décision pour les membres du Conseil, il ne conclut explicitement à la conformité de la loi qu'à la demande du Président et annonce qu'il souhaite

« être éclairé par l'opinion de ses collègues sur cette question », en précisant qu'il n'est « pas en mesure de proposer un projet de décision définitif ».

La discussion s'engage alors nécessairement, non pour commenter ou amender un projet déjà complet mais pour évaluer ensemble la réponse du Gouvernement aux saisines, puisque c'est bien là ce que le rapporteur a présenté. Si Messieurs Monnerville et Joxe estiment aussi ne pas voir de moyens d'annulation valables, Louis Gros se déclare non convaincu par l'exposé du rapporteur : il considère pour sa part que le Conseil se trouve en présence d'« un système législatif nouveau », en raison de cette « véritable loi gigogne » qui « contient le germe de telle autre loi future ». Cependant, il ramène la question à un problème constitutionnel, témoignant ainsi de ce partage des tâches cher au Conseil. En effet, « il faut considérer que par principe toute disposition législative a un sens » dit-il en se plaçant d'emblée en retrait face à la pertinence accordée de manière évidente aux vœux du législateur, puis de rajouter que,

« il est grave comme le fait la présente loi d'admettre que la Corse présente des caractères spécifiques par rapport aux autres collectivités de la République » et qu'« on peut se demander si cette idée de caractères spécifiques a un sens constitutionnel ».

Ainsi, si le législateur fait erreur, ce n'est pas sur le terrain de l'opportunité de la loi mais sur celui de sa constitutionnalité. Cette rhétorique de la distinction entre d'un côté nécessité et pertinence d'une loi et de l'autre conformité à la Constitution semble s'installer progressivement comme une évidence dans les délibérations. Il nous est permis d'en rendre compte au moins depuis sa formulation explicite⁴⁶³ lors du débat IGV de 1975, elle-même rendue possible par l'usage stratégique du droit constitutionnel courant depuis les premiers débats du Conseil, associé au respect dû au Parlement tant sur un plan historico-culturel qu'à la faveur des pouvoirs nouveaux que celui-ci conférait au Conseil en 1974.

Rejoignant partiellement les saisines, Louis Gros craint que la loi ainsi formulée, c'est-à-dire comme une loi « gigogne » prévoyant ses propres évolutions, n'admette « *a priori* la

⁴⁶³ Reprendre débat + considérant

possibilité d'un morcellement de la France » mettant donc à mal l'article 2 de la Constitution de la Ve République. Si Robert Lecourt déplore aussi le principe des lois gigognes, il en expose les raisons techniques et contingentes pour la formulation de cette loi, et considère quant à lui qu'étant rattachée à la loi sur la décentralisation, ou loi sur les droits et libertés des collectivités locales, à présent votée, cette loi sur le statut de la Corse entre directement dans ce cadre et peut difficilement être taxée de non conformité à la Constitution. Quant à la mise à mal de l'indivisibilité, Lecourt, dont on peut suggérer qu'il incite ici le Conseil à moins tenir compte des conséquences d'une loi que de coutume, estime que,

« il faut s'en tenir à un examen rigoureux de la loi en elle-même sans se laisser distraire par l'effervescence qu'elle peut susciter ».

Et de poursuivre par ces phrases éclairantes sur le rôle du Conseil :

« Il n'est pas possible de faire un procès d'intention au législateur. Nous devons nous en tenir au texte même et oublier son arrière-plan ».

Ainsi, selon lui, envisager les conséquences de cette loi, telles qu'elles sont du reste évoquées dans son énoncé, ne relèverait pas de la démarche conséquentialiste à laquelle s'est souvent livré le Conseil pour éviter de fragiliser à l'avenir le consensus républicain porté par la Constitution, mais plutôt d'une approche contraire à celle qu'il s'impose aussi depuis sa création, à savoir se mettre à la place du législateur. Ainsi, partage-t-il la préoccupation rappelée de la répartition des tâches entre Conseil et représentant des citoyens, mais s'éloigne-t-il de son collègue qui pense pouvoir s'en réclamer ici pour décider d'une non conformité de la loi à la Constitution. Le Conseil, au contraire, empièterait ainsi sur le périmètre du législateur. De la même manière, Vedel, regrettant tout le désordre législatif « dont le Conseil est le témoin » le distingue d'une cause d'inconstitutionnalité. D'ailleurs, précise-t-il, le procès d'intention jetterait aussi « une suspicion illégitime sur le pouvoir exécutif ». Ne s'interdisant cependant pas, lui, de regarder au-delà de la loi, il rappelle plutôt qu'il s'agit de situer celle-ci dans le cadre

« d'un processus qui engage un réaménagement profond du système des collectivités territoriales de la France »

et que cela ne saurait, en soi, annoncer un éclatement de l'unité du pays. Du reste, en l'absence de délégation des pouvoirs législatifs ou judiciaires par l'Etat central, il n'y a pas lieu de parler d'un « délabrement » de la République rassure Vedel. Enfin, ironique envers les rédacteurs du texte de loi mais situant ainsi le Conseil constitutionnel au-dessus des artifices langagiers, il souligne que,

« bien souvent, les audaces de vocabulaire dissimulent en réalité une absence de concession sur le fond »

et qu'il en fut ainsi des termes « peuple corse » qui auraient prêté à discussion et qui ont disparu du texte de loi⁴⁶⁴, preuve, comprend-on, du peu de contenu que leur accordait le législateur. Ainsi, le Conseil doit-il se méfier des procès d'intention faits au législateur, sans être dupe de ses formulations pour autant. Une fois de plus, il s'agit de comprendre les termes du débat afin d'en extraire les zones de chevauchement avec des questions de constitutionnalité, zones pouvant se

⁴⁶⁴ En 1991, ils en feront partie... signe d'un manque de concession sur le fond, ils seront bannis du texte par le Conseil constitutionnel qui jugera non conforme l'article correspondant. <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-12/les-statuts-de-la-corse.52101.html>

développer, on l'a vu, à partir d'un autre terreau que le seul droit. Mais ce travail nécessite une certaine hauteur de vue de la part du Conseil constitutionnel qui ne peut se laisser entraîner sur les pentes glissantes de polémiques renvoyant à des craintes infondées. Vedel est suivi par Ségalat qui se prononce pour la constitutionnalité de la loi, puis par Achille Peretti qui apporte un éclairage supplémentaire sur l'opportunité de la loi :

« Le Gouvernement face aux violences qui se déroulent en Corse a voulu montrer le caractère très minoritaire des séparatistes ».

A titre d'élément de contexte éclairant ce commentaire, il sied de rappeler qu'en avril 1981, le Front de Libération Nationale de la Corse (FLNC), groupe séparatiste clandestin armé, avait annoncé une trêve pendant la durée des élections présidentielles ; puis, après la victoire de François Mitterrand, un cessez-le-feu avait été confirmé afin de constater l'évolution du statut de l'île et des prisonniers « politiques » ; mais, le 18 septembre 1981, le FLNC annonce la fin de son cessez-le-feu lors d'une conférence de presse, déplorant l'usage par les autonomistes des « canaux habituels inutiles du système politique » et s'opposant fermement à la politique française d'apaisement. Achille Peretti, d'origine corse lui-même et connaisseur de la vie politique locale⁴⁶⁵, rappelle d'ailleurs, dans le même esprit cherchant à montrer l'intention de réassurance du Gouvernement quant au caractère minoritaire des soutiens politiques du FLNC, que la loi prévoit aussi un système de représentation proportionnelle à l'Assemblée de la région de Corse. Autrement dit, Achille Peretti renvoie ici le Conseil à son devoir de compréhension des motivations du législateur, limitant son zèle éventuel à mettre en avant le seul droit. Joxe le suit et estime avec lui que le plus délicat sera la rédaction de la décision. Cela invite à penser que le Conseil se positionne certes comme le garant du respect de la Constitution mais que celui-ci ne va pas si facilement de soi en dépit de la conformité à laquelle une large majorité de conseillers semble se rallier. Le Président rappelle d'ailleurs que la difficulté provient du caractère inédit du système législatif examiné, associé au fait qu'une déclaration d'inconstitutionnalité ne serait possible que moyennant un procès d'intention aux pouvoirs publics. Ainsi, les doutes possibles du Conseil ne relèvent-ils pas du domaine de compétence qu'il s'est lui-même assigné en s'imposant de se tenir à l'écart d'un jugement des projets du législateur. Pourtant, il a déjà été question de juger ces projets à l'aune de leur impact sur ce fameux consensus social républicain que le Conseil identifie, en le modulant selon les cas, comme le socle de la vie politique et sociale. Se l'interdirait-il ici par crainte du procès d'intention ? La tournure que donne au débat la remarque d'Achille Peretti, approuvée par Louis Joxe, suggère que non et que la vocation apaisante de cette nouvelle loi pourrait avoir été mise au crédit du législateur. Discutant le lendemain du projet de décision finalement proposé par René Brouillet, Vedel clarifie encore le rôle du Conseil constitutionnel :

« Ce projet est plus proche d'une dissertation que d'une décision d'un organe juridictionnel à qui il appartient de trancher les litiges qui lui sont soumis ».

Le doyen de l'université recadre donc à nouveau le rôle du Conseil mais s'il parle ici de la forme que doit prendre une décision pour exprimer le caractère juridictionnel de l'autorité dont elle émane, il n'a pas hésité à fonder cette décision sur des considérations relevant d'une sagesse nuancée qu'il tente d'imprimer à l'institution. Il permet ainsi de nous faire saisir avec un

⁴⁶⁵ Nonobstant une carrière politique parisienne, il a été vice-président du Conseil général de Corse de 1945 à 1951.

discernement affiné l'écart souvent noté entre les arguments mobilisés au cours des délibérations et ceux retenus pour les décisions. L'autorité d'une décision de justice reposerait donc sur un droit clairement et succinctement exprimé tandis que ses motifs et, ce faisant, son contenu, puisent à des sources plus diverses, au croisement du texte ou de la jurisprudence constitutionnels et d'une certaine idée de la stabilité sociale quand cette dernière n'aurait pas été suffisamment considérée par le législateur. La dernière difficulté est du reste liée à un point technique qui crée aussi une situation inédite pour le positionnement du Conseil constitutionnel au milieu du processus qui s'étend entre le vote et la promulgation de la loi : la décision de conformité se doit ici de mentionner le lien entre cette loi et celle plus générale sur la décentralisation. Or, non seulement celle-ci n'a pas encore été promulguée mais de plus le Conseil l'a partiellement censurée et rien ne peut laisser présager que le Gouvernement n'en demandera pas par conséquent une deuxième lecture. Ce point délicat fait débat et René Brouillet a proposé le terme « corrélation » pour illustrer de manière « vague » l'articulation entre les deux lois, afin de simplement marquer leur lien sans le définir et précise-t-il, le mérite en est que le lien soit aussi marqué « entre les deux décisions du Conseil ». Il rajoute que,

« la décision ne sera pas uniquement lue par des experts mais par l'ensemble de nos compatriotes ».

C'est donc un esprit général, accessible à tous, qu'il s'agit d'instiller dans la décision dont il insiste sur le caractère particulièrement proche de celle sur la loi plus générale sur la décentralisation. Ce rapprochement est autant nécessaire sur le plan juridique car il motive réellement la décision de conformité mais également en tant que témoignage de la cohérence des décisions du Conseil constitutionnel. Monsieur Ségalat rappelle très justement que cette manière de faire n'est pas nouvelle, nous l'avons d'ailleurs rencontrée aussi lors du débat de décembre 1977 sur la loi de finances pour 1978 se référant à la décision établie à la même date sur la loi de finances rectificative pour 1977. Cependant, ce rappel ne vaut pas approbation sur l'intérêt de la méthode en elle-même car Ségalat précise ensuite que ce qui doit prévaloir cette fois

« n'est pas tant la décision du Conseil sur la loi de décentralisation que le lien qui existe entre la loi portant statut particulier de la Corse et la loi sur les libertés des collectivités locales ».

Tous les membres, à commencer par le Président, semblant suivre cette approche, ce dernier met au vote le premier projet dont René Brouillet n'était pas l'auteur...celui-ci s'abstient donc mais ce projet reçoit les votes de tous les autres membres. De cette manière, les membres du Conseil constitutionnel, à l'exception de René Brouillet, ont préféré souligner le lien entre deux lois, mobilisé dans la décision du Conseil constitutionnel, plutôt que le lien entre deux de leurs décisions ; cela exprime manifestement dans le débat une plus grande confiance dans la capacité du Conseil constitutionnel à émettre des décisions cohérentes entre elles sans besoin de le préciser dans la décision ; ce faisant, la justification des motivations internes pour une décision donnée repose sur le lien constitutionnellement valide entre ces deux lois. Il parvient à établir ce lien entre droit constitutionnel et primauté de la loi à partir d'une réflexion sur ce qui tient ensemble la République comme collectivité historique en devenir.

III.2.3 Ethos républicain et appréciation souple de la Constitution

Séance du 30 juillet 1982, décision 82-143 DC : blocage des prix et des revenus

⇒ Qu'apprend-on ici ?

Les membres du Conseil semblent ici considérer le législateur comme incapable d'appréhender la Constitution sur le bon registre, à savoir celui de sa souplesse et pas celui d'une seule binarité juridique. Cela renvoie l'image, observée depuis le Conseil, d'une pratique démocratique qui non seulement accepte le partage des tâches entre ceux qui font la loi ordinaire et ceux qui la situent par rapport à la Constitution, dans une logique de hiérarchie des normes propre à l'Etat de droit, mais encore qui requiert une interprétation plus politique de la Constitution, en tant que dégageant de celle-ci les possibilités d'actions qu'elle permet au-delà des limites qu'elle impose. La pratique démocratique semble de cette manière certes mue par la légitimité des choix issus des urnes mais aussi par ce qui rend ces choix acceptables par tous, indépendamment de leur vote ; cela s'entend non pas à travers le seul respect d'une règle de droit posée par la Constitution, mais par l'actualisation de ces choix promise par la souplesse de cette Constitution. Ainsi, cette pratique démocratique trouverait-elle aussi sa dynamique dans une confiance renforcée dans le caractère politique de la Constitution, en tant que promouvant l'action législative plus qu'elle ne la restreint. C'est ici une forme particulière d'Etat de droit qui transparaît : il ne s'agirait pas uniquement d'encadrer la pratique démocratique mais de se définir selon les propres besoins d'agir de cette dernière.

Sur un thème différent, lorsque le Conseil constitutionnel est conduit à débattre, le 30 juillet 1982, de la conformité à la Constitution de la loi sur le blocage des prix et des revenus après avoir été saisi par soixante députés de l'opposition, c'est encore au nom d'une certaine stabilité de la vie politique et sociale, dont il se considère responsable, qu'il prend sa décision. Au fondement de cette conception de son rôle, l'éthos républicain de ses membres est toujours à l'œuvre qui s'exprime ici explicitement à travers une interprétation souple assumée du texte de la Constitution ; si celle-ci faisait peu de doutes à la lecture de nombreuses autres délibérations, elle s'affirme à présent comme une confiance accrue du Conseil dans ses propres manières de faire et révèle en cela un regard nouveau posé sur la pratique démocratique : celle-ci s'accommoderait de la présence d'une institution non élue dès lors que cette institution est d'abord destinée à maintenir la dynamique institutionnelle inhérente à la vie démocratique, faite de diversité d'opinions et de nécessité d'agir en vertu du choix d'une majorité respectueuse des principes communs à tous. Avant de développer cette évolution de la pratique démocratique ainsi peu à peu décelée, il nous faut, fidèle à la méthode pratiquée sur ces délibérations, restituer la manière dont elle se dégage du débat annoncé.

Celui-ci s'inscrit encore dans le sillage direct de la nouvelle politique économique promise et mise en œuvre par le Gouvernement de gauche : à la politique libérale du Gouvernement précédent pour résoudre la crise de l'emploi qui sévit depuis les chocs pétroliers

des débuts des années soixante-dix, celui-ci entend substituer une politique de relance de la consommation. A court-terme, celle-ci se traduit automatiquement par une hausse des prix que le Gouvernement propose de juguler notamment par une dévaluation du Franc espérée profitable aux exportations françaises et par le blocage accru des prix et des revenus dans des domaines jusque là non concernés par les textes correspondants, en l'occurrence les ordonnances du 30 juin 1945. Il faut donc une nouvelle loi sur ce volet. Le rapporteur, Monsieur Ségalat, décrit les textes de 1945, nés de la pénurie de l'après-guerre, et les soubresauts des politiques économiques sur les prix à partir de 1963 puis de manière intensifiant les blocages au moment des chocs pétroliers, jusqu'à l'inflexion libérale de 1978 où la libération systématique des prix fut alors de mise. Le rapporteur, anticipant sa lecture de la saisine, précise alors que,

« le fait qu'il ait été procédé à une politique de libération des prix ne rend pas ces ordonnances pour autant caduques ».

Il poursuit son descriptif contextuel par la genèse de cette loi puis en expose les articles litigieux. En résumé, les auteurs de la saisine reprochent à la loi d'étendre le champ d'application de l'ordonnance pré-citée de 1945, de modifier une taxe fiscale sans utiliser la procédure des lois de finance, de mettre en péril l'équilibre budgétaire des collectivités locales, de permettre au Parlement de déléguer au Gouvernement

« le soin de lettre discrétionnairement fin au régime de blocage »

contre l'article 34 de la Constitution sur le périmètre de la loi, de violer la règle de non rétroactivité des sanctions pénales et le principe de l'égalité devant la loi du fait de mesures de blocage trop diverses, de pénétrer dans le domaine du règlement dépassant la compétence de la loi par l'institution de contraventions pour sanctionner les personnes morales ne respectant pas le blocage prévu par la loi. Les premiers griefs sont mis en défaut par le rapporteur via des raisonnements juridiques qui ne soulèvent pas de discussion, notamment la seule invocation de la différence des situations devant le blocage suffit à justifier l'usage de mesures différentes sans que ne soit bafoué le principe d'égalité devant la loi, signe manifeste que le Conseil use d'abord de sa propre jurisprudence. Le dernier grief, lui, tant du fait des analyses du rapporteur que des discussions auxquelles il donne lieu, est le plus important pour cette enquête. Il revêt de types de critiques. Le rapporteur le rappelle,

« ce n'est pas la première fois que cette difficile question surgit devant le Conseil » ;

en effet la question des empiètements de la loi sur le règlement ou inversement a maintes fois été abordées, qu'il s'agisse de saisines pour déclassement d'une loi en règlement ou de questions relatives au périmètre de la loi selon l'article 34. A moins de distinctions évidentes dans la Constitution, leur permettant de cantonner les pouvoirs exécutif et législatif à la place prévue par ses textes et de se prévaloir d'une lecture juste du droit, les membres du Conseil constitutionnel ont dû manipuler prudemment ces zones souvent peu éclairées par la Constitution et ils l'ont alors fait en privilégiant la nécessité imposée par les circonstances politiques ou sociales ou encore en anticipant les conséquences d'une décision ou d'une autre ; mais

« le Conseil ne s'est jamais prononcé nettement sur cette difficulté »,

résume le rapporteur ; or, prévient-il encore,

« il appartient cependant au Conseil de répondre à la question nettement soulevée par les saisissants ».

Ainsi, le Conseil s'estime à présent en mesure de répondre plus clairement qu'auparavant : est-ce à dire que son expertise constitutionnelle est meilleure ou bien qu'il se sent une responsabilité nouvelle vis-à-vis des autres pouvoirs au-delà du fait d'en ménager les intentions ? La réponse est entre les deux et Ségalat la donne :

« En réalité, la distinction opérée par la Constitution est beaucoup plus souple ».

Autrement dit, en parlant ainsi de la Constitution dont il est le garant, le Conseil se réclame réflexivement d'une lecture fine ou experte de la Constitution, au sens où elle n'a pas besoin d'être strictement fidèle à un texte pour être juste, tout en envisageant l'adaptabilité de la formulation des nécessités politiques au texte souple de la Constitution. Il relie donc à présent son respect des choix politiques à une lecture possible de la Constitution ; le politique peut donc opérer des chevauchements entre pouvoirs réglementaire et législatif selon une certaine marge de manœuvre qu'autorise la Constitution. S'il y a là certes une constitutionnalisation des actions politiques, il y a aussi, tout aussi criante, une prise en compte, justifiée par la souplesse de la Constitution, de certaines libertés que s'autorise le politique pour répondre à sa vision de la nécessité. Le Conseil se conçoit donc ici comme celui qui concède certains de ces empiètements au politique au nom de la souplesse de la Constitution sur ces points. Même juridiquement défendable, son choix demeure donc celui d'une réelle souplesse vis-à-vis du pouvoir politique. Ainsi, contre l'effet d'annonce du rapporteur, l'on retrouve ici la prévalence d'une prise en compte par le Conseil de la portée politique de ses décisions en matière de distinction entre les domaines de la loi et du règlement, même si, cette fois, c'est aussi en vertu de la Constitution, souple.

Le rapporteur poursuit sa démonstration sur la souplesse de la Constitution de manière convaincante en empruntant aux textes eux-mêmes et à ses promoteurs politiques : des allocutions de Michel Debré, père reconnu de la Constitution à bien des égards et ancien Premier ministre de de Gaulle, et de Georges Pompidou, ancien Président de la République sont citées à l'appui d'une analyse des liens entre les articles 34 – domaine de la loi-, 37 – domaine du règlement- et 41 –irrecevabilité opposée par le Gouvernement au Parlement en cas d'intervention parlementaire dans le domaine de la loi- afin d'en déduire que,

« la Constitution, devant une irruption de la loi dans le domaine réglementaire ne frappe pas pour autant cette loi d'inconstitutionnalité » et que « seul le Gouvernement dispose d'une faculté de se défendre contre les empiètements du législateur ».

Enfin, montre aussi le rapporteur,

« les nécessités de la vie législative commandent l'adoption par le Conseil constitutionnel d'une position souple ».

Cela vient du reste conjointement servir l'intérêt direct du Conseil qui, dans le cas contraire, serait « rapidement envahi par de multiples saisines ».

Le rapporteur est finalement rejoint au cours de la discussion par ses collègues et Louis Gros résume ainsi le propos qui les rallie tous :

« Le Conseil constitutionnel doit prendre en considération les exigences pratiques de la vie publique ».

Enfin l'autre grief qui fait débat est celui qui reproche à l'article de la nouvelle loi relatif

aux sanctions prévues pour les employeurs ne respectant pas le blocage des revenus ne pas respecter le principe de non-cumul des peines dès lors qu'il entend appliquer à cet employeur une amende autant de fois qu'il y aura eu de salariés concernés et pour chaque mois de la période considérée. Le rapporteur expose que ce n'est pas là un principe constitutionnel mais un principe à valeur législative, tiré du code pénal et permettant au législateur d'établir les peines, et que, par ailleurs, ce principe ne s'applique pas aux contraventions⁴⁶⁶ qui peuvent elles s'appliquer autant de fois qu'il y a d'infractions. Or, Vedel intervient ici pour souligner que, précisément l'article 34 intègre au périmètre législatif les règles relatives aux crimes et aux délits, ce qui entraînerait que les contraventions sont du domaine réglementaire ; or, celles-ci sont définies par le Code pénal et pas par la Constitution. Aussi, le législateur pourrait-il très bien déroger au Code pénal en qualifiant de délit ce qui relève d'une contravention, sans même alors empiéter dans le domaine réglementaire puisque le législateur n'est pas lié par les dispositions du Code pénal. Ce que Vedel souligne ici, selon le rapporteur, c'est le risque de laisser le législateur déplacer les frontières de la Constitution au cas par cas, risque cependant encore plus grand, selon ce dernier, de demander au Conseil constitutionnel de définir lui-même le domaine réglementaire à chaque fois. Mais Vedel, quoi que prêt à se plier au raisonnement du rapporteur autour duquel le consensus est quasi général, rappelle que,

« le Conseil constitutionnel considère que les peines privatives de liberté doivent être exclusivement édictées par le législateur »,

mais suggère que cela, précisément, ne devrait pas interdire au Conseil de reconnaître une compétence réglementaire pour le domaine concerné, autrement dit une contravention quand le législateur y voit un délit ou un crime ; et de conclure que,

« il faudra bien qu'un jour le Conseil constitutionnel indique que la Constitution doit l'emporter sur la définition des crimes, délits et contraventions contenus dans le code pénal ».

Mais c'est sans doute là un rôle constituant pour lequel le Conseil préfère se censurer⁴⁶⁷. Laissant donc cette discussion en suspens puisque personne ne lui emboîte pas, Vedel revient à la synthèse plus générale opérée précédemment sur la distinction entre loi et règlement pour en résumer ainsi la forme de sagesse mise au jour plus haut :

« Il faut conserver à l'esprit que l'élaboration d'une loi est le fruit de marchandage entre le Gouvernement et sa majorité, le Gouvernement acceptant en effet, consciemment, que sa majorité puisse faire adopter les dispositions de nature réglementaire. Si l'on admettait que l'opposition puisse intervenir dans ce marchandage par le biais d'une exception d'inconstitutionnalité pour empiétement de la loi sur le règlement, ce serait lui accorder une arme redoutable, une arme atomique, pourrait-on dire ».

Le projet du rapporteur sur la conformité est finalement adopté à l'unanimité.

⁴⁶⁶ Peine la moindre grave, les plus graves étant les délits et les crimes en droit français.

⁴⁶⁷ En vertu de l'article 37 de la Constitution, le pouvoir réglementaire est d'abord compétent pour édicter les mesures d'application des lois qui déterminent les garanties fondamentales ; sur cette question, voir V. Champeil-Desplats, « Le Conseil constitutionnel a-t-il une conception des libertés publiques ? », *Jus Politicum*, 2012, n°7. Cela dit, Vedel fait ici allusion à la décision n° 73-80 L du 28 novembre 1973 du Conseil constitutionnel où il a indiqué que la "détermination des contraventions et des peines qui leur sont applicables est du domaine réglementaire lorsque lesdites peines ne comportent pas de mesures privatives de liberté". ...Le caractère réglementaire des contraventions sera reconnu par la réforme du Code pénal de 1992 ; il ne figure pas dans la Constitution mais dans ce nouveau Code pénal. Le nouveau code pénal a entériné la suppression des peines privatives de liberté en matière contraventionnelle.

C'est là l'expression d'une conception de sa mission par le Conseil, non comme une expertise de la lettre de la Constitution qui serait indéchiffrable pour l'élu pris dans l'urgence des problèmes à résoudre, voire par ailleurs aisément détournable, mais plutôt comme une forme de réinterprétation du lien qu'elle doit entretenir avec le politique, prenant aussi bien en compte les priorités établies par celui-ci que les possibilités offertes par le corpus de textes constitutionnels. Cette ré-interprétation résonne comme une jurisprudence au sens romain du terme, selon lequel le juge découvre le droit selon les cas, à cela près que cette découverte ne doit rien au présupposé d'un droit naturel pré-existant mais plutôt à celui de la souplesse de la Constitution, de sa plasticité, en somme de son intelligence des situations. Or, s'il est vrai que les auteurs de la saisine demandent au Conseil constitutionnel une décision sur cet empiètement loi/règlement, ils considèrent pour leur part qu'il y en a bien un et témoignent ainsi d'un avis clair sur la Constitution ; ainsi, une telle conception de son rôle par le Conseil traduit-elle une conception de celui du législateur comme incapable d'appréhender la Constitution sur le bon registre, à savoir celui de sa souplesse et pas celui d'une seule binarité juridique. Cela renvoie l'image, observée depuis le Conseil, d'une pratique démocratique qui non seulement accepte le partage des tâches entre ceux qui font la loi ordinaire et ceux qui la situent par rapport à la Constitution, dans une logique de hiérarchie des normes propre à l'Etat de droit, mais encore qui requiert une interprétation plus politique de la Constitution, en tant que dégageant de celle-ci les possibilités d'actions qu'elle permet au-delà des limites qu'elle impose. La pratique démocratique semble de cette manière certes mue par la légitimité des choix issus des urnes mais aussi par ce qui rend ces choix acceptables par tous, indépendamment de leur vote ; cela s'entend non pas à travers le seul respect d'une règle de droit posée par la Constitution, mais par l'actualisation de ces choix promise par la souplesse de cette Constitution. Ainsi, cette pratique démocratique trouverait-elle aussi sa dynamique dans une confiance renforcée dans le caractère politique de la Constitution, en tant que promouvant l'action législative plus qu'elle ne la restreint. C'est ici une forme particulière d'Etat de droit qui transparait : il ne s'agirait pas uniquement d'encadrer la pratique démocratique mais de se définir selon les propres besoins d'agir de cette dernière ; en ce sens, l'Etat de droit qui n'est pas en soi une notion relative à la démocratie moderne entendue comme le gouvernement de tous à travers des représentants, s'en ferait néanmoins un adjuvant dans certains cas.

III.2.4. Ethos républicain et opinion publique

Durant la séance du 26 juillet 1984, les membres du Conseil constitutionnel délibèrent sur la conformité à la Constitution de la loi relative à l'exploitation des services de radio-télévision mis à la disposition du public sur un réseau câblé, après la saisine de soixante sénateurs. Cette délibération mènera à la décision 84-173 DC. Si les échanges reprennent ou renforcent de nombreux traits mis en évidence précédemment quant à la façon dont le Conseil conçoit son rôle, l'ethos républicain des conseillers les porte ici à considérer aussi l'opinion publique comme un interlocuteur à cet effet non négligeable. Avant de rentrer dans le vif du sujet, il faut indiquer qu'à cette date, quatre membres du Conseil constitutionnel ont été remplacés : Achille Peretti,

décédé en cours de mandat en avril 1983, et Roger Frey, René Brouillet, Gaston Monnerville dont les mandats ont pris fin en mars 1983. Ainsi, Paul Legatte est-il nommé en remplacement d'Achille Peretti, par le Président socialiste de l'Assemblée nationale, Louis Mermaz. Paul Legatte est professeur de droit mais son parcours est avant tout principalement celui d'un homme politique, d'abord chargé de mission, entre 1944 et 1945, au cabinet de Pierre Mendès France, ministre de l'Économie nationale sous le Gouvernement provisoire du Général de Gaulle, puis administrateur civil au ministère des Finances entre 1945 et 1950, conseiller des délégations françaises au Conseil économique et social et à la Commission économique pour l'Europe des Nations Unies de 1950 à 1954, à nouveau auprès de Pierre Mendès France dont il est chef de cabinet entre 1954 et 1955 tandis que celui-ci est Président du Conseil des ministres sous la IV^e République, maître des requêtes au Conseil d'État de 1954 à 1973, encore conseiller technique de 1956 à 1958 au cabinet de Pierre Mendès France, alors ministre d'État, il revient à une carrière universitaire un temps, de 1969 à 1972, à la faculté de droit de Paris X-Nanterre, puis assure la fonction de conseiller d'État de 1973 à 1983 et est chargé de mission de 1981 à 1983, auprès de François Mitterrand, Président de la République, avant d'être nommé membre du Conseil constitutionnel.

Les trois autres nouveaux membres sont Pierre Marcilhacy nommé par Louis Mermaz, Président de l'Assemblée nationale, Léon Jozeau-Marigné, nommé par Alain Poher, Président du Sénat, Alain Poher, et Daniel Mayer, nommé Président du Conseil constitutionnel en remplacement de Roger Frey par le Président de la République, François Mitterrand.

Avocat au Conseil d'État et à la Cour de Cassation, Pierre Marcilhacy entame rapidement une carrière politique en étant sénateur de la Charente dès 1948 et conseiller général du Canton de Jarnac de 1979 à 1985. Juriste réputé, il est élu par ses pairs en 1958 pour faire partie des six membres destinés à représenter le Conseil de la République (Chambre haute du Parlement sous la IV^e République) au Comité consultatif constitutionnel créé pour participer à l'élaboration de la nouvelle Constitution. Très peu connu du grand public en dehors de son département, il crée la surprise en étant choisi par la Convention nationale libérale pour affronter le général de Gaulle à l'élection présidentielle de 1965. Le *Canard enchaîné*, qui soutient Mitterrand, moque son manque de notoriété dans une colonne blanche fameuse, censée offrir, en exclusivité, une biographie de Pierre Marcilhacy. Il recueille 1,71 % des voix puis se prononce en faveur de François Mitterrand pour le second tour de l'élection présidentielle de 1981. Dans la fameuse séance du 28 juin 1971 au Sénat, il est l'auteur de la question préalable rejetant la réforme du droit d'association, déclencheur de la célèbre décision du Conseil constitutionnel sur le sujet en 1971. Après avoir perdu son siège de sénateur en 1980, il fait partie de la « Commission du bilan » mise en place par le premier gouvernement sous François Mitterrand, celui de Premier ministre Pierre Mauroy, et chargée de dresser un état de lieux au moment de l'alternance politique de 1981. Il entre en 1983 au Conseil constitutionnel.

Léon Jozeau-Marigné est docteur en droit. Il est nommé au Conseil municipal de la ville Avranches (département de la Manche, région de Basse-Normandie) en février 1941, sous le Gouvernement de Vichy. Associé à la motion municipale d'hommage à Pétain le 1^{er} mars 1941⁴⁶⁸, il démissionne en 1943. Elu sénateur sous l'étiquette de l'Union des Républicains et des

⁴⁶⁸ "Le Maire et le Conseil municipal d'Avranches, dès leur première réunion, tiennent à assurer M. le Maréchal de France, Philippe Pétain, Chef de l'Etat Français, de leur filiale admiration, de leur filial attachement et de leur

Indépendants en 1948, il préside la commission de la reconstruction du Conseil de la République, et siège au Haut conseil à l'aménagement du territoire en 1957.

Conseiller général du canton d'Avranches en 1951 et maire du chef-lieu en 1953, il est à nouveau sénateur sous la Ve République et est nommé vice-président du Sénat entre 1962 et 1965 ; il représente la France au Parlement européen de 1966 à 1978 tout en poursuivant sa carrière politique locale en présidant le Conseil général de la Manche puis le conseil régional de Basse-Normandie. Nommé au conseil constitutionnel en 1983, il abandonne ses mandats, à l'exception de la présidence du département où il est battu aux cantonales de 1988.

Enfin, Daniel Mayer, autodidacte, contraint de travailler dès sa sortie de l'école communale, entre en politique à l'âge de dix-huit ans, en adhérant à la Ligue des droits de l'Homme et aux Jeunesses socialistes. Secrétaire de la 20^e section des Jeunesses Socialistes, il rejoint le courant « Bataille socialiste » en 1932 et est journaliste au quotidien socialiste *Populaire* de 1933 à 1939. Résistant dès juillet 1940, il co-fonde en mars 1941 le Comité d'action socialiste, qui anime les réseaux de résistants socialistes et fait reparaitre clandestinement le *Populaire* en mai 1942. Il assure ensuite un lien entre Léon Blum, ancien Président de la SFIO et ancien Président du Conseil des Ministres (1936-1937 puis 1938, fin de la III^e République) emprisonné par le régime de Vichy en septembre 1940, la SFIO et la Résistance de Londres. Ainsi, transmet-il un document signé de Léon Blum et reconnaissant de Gaulle comme chef de la France libre. Secrétaire général de la SFIO de 1943 à 1946, il représentera le parti au Conseil national de la Résistance et participera à la libération de Paris en août 1944. Membre de l'Assemblée consultative puis des deux Assemblées constituantes, il est député socialiste de la Seine de 1946 à avril 1958. Ministre du Travail et de la Sécurité sociale de 1946 à 1949, il prend fait et cause pour la jeune Sécurité sociale, et demande une revalorisation des salaires. Président de la Commission des affaires étrangères de l'Assemblée nationale de 1953 à 1955 mais opposant à la Communauté européenne de défense en août 1954, il est exclu du comité directeur de la SFIO la même année. Hostile à la guerre d'Algérie, il est sanctionné par son propre parti et au sein d'une minorité socialiste, il désapprouvera le retour du général de Gaulle en 1958. Cofondateur de l'Union des forces démocratiques puis du Parti socialiste autonome (PSA) devenu le Parti socialiste unifié (PSU) en 1960, il quitte ce dernier en 1967 pour revenir au PS en 1970. Il démissionne de son mandat de député en 1958 pour présider, jusqu'en 1975, la Ligue des droits de l'homme qu'il n'a pas quitté depuis ses dix-huit ans ; il préside ensuite la Fédération internationale des Droits de l'Homme de 1977 à 1983. Nommé par le Président de la République, François Mitterrand, il est le 4^e Président du Conseil constitutionnel français du 21 février 1983 au 19 février 1986, lorsqu'il est remplacé⁴⁶⁹ à la présidence, pour des raisons de santé et en raison d'un souhait exprimé par le Président de la République, par Robert Badinter, tout en restant du Conseil jusqu'au 25 février 1992.

entier dévouement à l'oeuvre de redressement national" (source : procès-verbal officiel de la séance du 1^{er} mars 1941) / wikipedia

⁴⁶⁹ Robert Jacques, « Daniel Mayer au Conseil constitutionnel ». In: *Matériaux pour l'histoire de notre temps*. 1998, N. 51-52. *Daniel Mayer : l'idéal et le réel en politique*. pp. 66-69. Et cf. plus loin quand nous en serons à la Présidence de Robert Badinter.

Séance du 26 juillet 1984*, décision 84-173 DC : loi relative à l'exploitation des services de radio-télévision mis à la disposition du public sur un réseau câblé.

⇒ Qu'apprend-on ici ?

Le positionnement plébiscité par les membres du Conseil ici renvoie à celui d'une institution se voulant avant tout capable de comprendre les raisons avancées par les uns et les autres, c'est-à-dire par les défenseurs de la loi comme par ses détracteurs mais sans aller soi-même, à moins que des raisons de non conformité évidentes ne l'y poussent, soulever d'office des critiques ne faisant pas le poids face à un certain réalisme immédiat des situations.

Cette auto-censure n'est pas neuve et prolonge d'autres délibérations à commencer par la toute première étudiée où, dans la candeur de ses premiers jours, le Conseil était la scène d'un vigoureux débat contradictoire sur l'auto-saisine ; non seulement celle-ci ne fut plus depuis à l'ordre du jour mais les réticences des conseillers à manifester un esprit critique contre la majorité qui ne viendrait ni de la saisine minoritaire ni du respect de la Constitution qui s'impose, ont renforcé, tout au long de la période étudiée, l'idée que la pratique démocratique de la Ve République laisse une place toujours très modérée, quoi que croissante, la mise en cause de l'opinion majoritaire. Le Conseil constitutionnel ne s'estime donc toujours pas légitime pour revendiquer de lui-même des droits, préférant alors créditer la majorité d'un certain pragmatisme dès lors que les choix de cette dernière sont le fruit d'un consensus large, reflet dans le même temps d'une opinion publique à laquelle le Conseil constitutionnel est loin d'être insensible en matière de droits.

Les membres du Conseil constitutionnel sont donc à présent, son Président Daniel Mayer, Louis Gros, Robert Lecourt, André Ségalat, Georges Vedel, Louis Joxe, Pierre Marcihacy, Léon Jozeau-Marigné et Paul Legatte, auxquels s'ajoute l'ancien Président de la République, Valéry Giscard d'Estaing, membre de droit. A l'exception de ce dernier, excusé, tous les membres sont présents pour cette séance. Les éléments de contexte suivants sont évoqués dans la saisine et au cours du débat ; ils sont cependant davantage développés ci-dessous afin d'offrir, comme à chaque fois que le contexte est mobilisé dans une délibération, un cadre plus complet à l'analyse dans la mesure où les membres du Conseil qui s'expriment ont en réalité, *a minima*, tous ces éléments factuels à l'esprit.

Un mouvement libéral en matière de radiodiffusion et de télédiffusion a commencé depuis 1968, pour deux raisons principales⁴⁷⁰. D'une part, l'aspiration générale à plus de liberté perçue jusque dans l'analyse des débats du Conseil constitutionnel de cette période, se nourrit quelques années plus tard de l'idée portée par la Présidence de Valéry Giscard d'Estaing que l'emprise étatique sur la radio et la télévision n'était plus envisageable dans un pays démocratique. D'autre part, des avancées techniques comme la modulation de fréquence pour la radio, qui permet la multiplication des stations, suivie par le développement des satellites qui profitera, plus tard, à la télévision, accentue cet accès et cette aspiration à plus de liberté et de diversité dont la délibération du Conseil constitutionnel du 25 juillet 1979 sur la loi relative à la

⁴⁷⁰ En savoir plus sur http://www.lemonde.fr/actualite-medias/article/2011/05/10/les-30-ans-du-10-mai-1981-mitterrand-et-les-medias_1519551_3236.html#Ug6MkbqrBCqc3AkR.99

continuité du service public de la radio et de la télévision avait donné un aperçu. Si le Président Valéry Giscard d'Estaing a donc fait éclater dès 1974 l'Office de radiodiffusion-télévision française (ORTF), jusque là monopole d'Etat, en plusieurs chaînes publiques, TF1, Antenne 2 et FR3, mettant ainsi fin au système gaulliste en place⁴⁷¹,

« le monopole d'Etat sur les ondes n'est pourtant pas remis en cause »,

précise un article du Monde diplomatique d'avril 2012 dédié au sujet⁴⁷². En effet, la radio et la télévision sont jusqu'en 1981 sous la tutelle de l'État, via le ministère de l'Information, qui contrôle à présent plusieurs sociétés nationales (TF1, Antenne 2, FR3, Radio-France...) diversifiant les programmes, plutôt que de confier ce soin à un seul organisme. Les avancées techniques citées plus haut, associées à une faille en 1974 dans la réglementation italienne, permettent l'apparition de stations de radio FM pirates en France qui se multiplient à la fin des années soixante-dix dans plusieurs régions. Populaire auprès de l'opinion publique, le soutien apporté par l'opposition de l'époque – socialiste- aux « radios libres » faisant souvent l'objet d'opérations de police pour leur clandestinité, se retrouve dans les promesses électorales de François Mitterrand qui, après sa victoire à l'élection présidentielle de 1981, engage une libéralisation des médias. Tentant de répondre à une demande pressante de diversité des métiers de l'audiovisuel, des programmes et à un besoin de confort de réception, le nouveau pouvoir socialiste se méfie néanmoins de l'essor anarchique des radios libres de toutes obédiences politiques. De son côté, la presse quotidienne régionale défend son monopole des ressources publicitaires locales auprès du Premier ministre Pierre Mauroy. L'année 1981 marque cependant le début de la libération des ondes avec l'apparition des premières « radios libres » grâce à la loi du 9 novembre 1981 qui prévoit des dérogations au monopole d'Etat pour les radios locales privées associatives, qu'elle autorise à émettre sur la bande FM mais sans diffuser de messages publicitaires.

À partir de 1982, la bande FM est convoitée par de nombreux groupes commerciaux ; à cela, s'ajoute une mise à mal du confort d'écoute par les brouillages persistants entre certaines radios non réglementées. Le Gouvernement va donc placer certaines stations préalablement choisies sous la tutelle de la Haute Autorité de la communication audiovisuelle, ancêtre de l'actuel Conseil Supérieur de l'Audiovisuel. Charge à la Haute Autorité de définir ses attentes en matière de programmes afin d'assurer une pluralité de contenu, certains critères de qualité, le respect de normes techniques pour éviter les brouillages, le respect des droits d'auteur, une concurrence équitable, et la protection légale des licences autorisées contre les abus. Le premier article de la loi du 29 juillet 1982 proclame que "La communication audiovisuelle est libre", en clin d'œil à la grande loi républicaine sur la liberté de la presse de 1881. Le monopole étatique sur la programmation de l'audiovisuel est alors totalement aboli. Le plafond des recettes de publicité est supprimé et deux mille radios libres sont recensées.

Dès l'ouverture de la séance du Conseil qui nous intéresse à présent, le rapporteur, Louis Gros,

« rappelle que la charte actuelle de la communication audiovisuelle en France est la loi du 29 juillet 1982

⁴⁷¹ « L'ORTF est supprimé », lit-on alors dans l'article 2 de la loi correspondante, du 7 août 1974.

⁴⁷² <http://www.monde-diplomatique.fr/2012/04/ENDEWELD/47583>

sur laquelle le Conseil constitutionnel s'est largement penché »,

indiquent les premières lignes du procès-verbal. Présentant cette loi comme très complexe, il revient sur ses dix premiers articles afin de pouvoir mener le présent débat dans la continuité de celui mené alors par le Conseil. Le rapporteur ne fait là que confirmer le souhait toujours rassurant pour le Conseil de la cohérence de ses décisions mais aussi, en ce qui concerne cette étude, des arguments de fond qui les motivent. Il témoigne ainsi encore d'une conception de son rôle à l'œuvre en interne, qu'elle soit ou pas reflétée dans les décisions. En effet, le rapporteur fait ici explicitement référence aux discussions auxquelles certains articles complexes ou litigieux ont donné lieu entre membres du Conseil constitutionnel, ne se contentant pas d'en rappeler les conclusions. A présent, explique-t-il ensuite sommairement, le Gouvernement, après avoir traité en 1982 de l'usage des fréquences radio-électriques, a choisi de lancer un plan de câblage par fibres optiques en étoile pour la communication audiovisuelle. Pour l'anecdote, le rapporteur avoue son incompetence technique, jugeant cependant l'expression « en étoile », « poétique ». Ce type de réseau ayant un coût d'installation très élevé, le Gouvernement prévoit la participation des Collectivités locales selon un ensemble de dispositions constituant,

« un acte de Gouvernement que le Conseil n'a pas à apprécier ».

Cela ressemble ici à une formule à présent coutumière, pourtant Louis Gros ne s'en tient pas là et fait part d'une interrogation dont la lecture de la lettre de saisine confirme qu'elle est propre au rapporteur : il s'interroge donc malgré tout sur l'intention éventuelle du Gouvernement d'interdire aux autres personnes physiques ou morales, celles auxquelles la loi de 1982 avait ouvert des possibilités, d'installer un réseau câblé. Il répond par la négative après en avoir débattu avec le Gouvernement pour préparer son dossier mais il est intéressant de noter que le rapporteur ne se contente pas de considérer qu'il existe des domaines d'appréciation respectivement propres au Conseil et au Gouvernement : il invite le premier à vérifier au préalable les intentions du second. Et il poursuit dans la même optique tout en se défendant d'avoir voulu critiquer la loi lorsqu'il y est question du monopole d'exploitation du réseau câblé réservé aux seules sociétés d'économie mixte : il semble qu'aux yeux du rapporteur, ce respect de la loi et du sens de l'opportunité qu'en a le législateur, ait des limites. Rien de nouveau : ces limites sont fixées par la Constitution, pourrions-nous lui répondre. Mais ce que Louis Gros suggère ici, c'est la possibilité pour le Conseil constitutionnel de s'interroger par-delà le texte législatif qui, en ne montrant pas de contradiction avec la Constitution, devrait rester l'expression d'une opportunité appréciée par le seul législateur ; en effet, si nous avons déjà entendu les membres du Conseil s'interroger dans les mêmes circonstances, sur les conséquences de la loi, il s'agit ici dans une veine proche quoi que distincte, des intentions du législateur, en l'occurrence le Gouvernement. L'on serait là en présence d'une institution non élue qui peut questionner les intentions des représentants élus des citoyens. Il faut donc se demander en vertu de quoi. La réponse nous est donnée par le rapporteur : le Conseil constitutionnel, rappelle-t-il à ses collègues,

« à l'occasion de huit décisions.../...a toujours considéré que les médias étaient parties constitutives de la liberté de communication ».

Au nom donc de la sacro-sainte jurisprudence du Conseil constitutionnel et au nom de la liberté de communication, autrement dit au nom du droit constitutionnel pris au sens large, le législateur

peut, voire doit, faire l'objet d'un procès d'intention, celle de tenter de bafouer les droits en cause. Si cela montre un Conseil, aux yeux du rapporteur, se positionnant dans un système démocratique comme le garant absolu des droits, la pratique démocratique rendant envisageable un tel rôle donne à celui des représentants des citoyens l'amère saveur de l'hostilité aux mêmes droits. Pas de parti pris cependant chez Louis Gros qui explique que ses doutes tiennent au paradoxe qu'il y aurait de la part du Gouvernement, d'un côté à mettre un nouveau moyen de communication – digne de l'imprimerie de Gutenberg s'émeut le rapporteur – à la disposition de tous les citoyens, et de l'autre à n'autoriser qu'une seule catégorie de personnes

« à demander l'autorisation de se servir de ce nouveau moyen ».

Or, quand le Gouvernement se justifie au moyen du précédent de 1982, poursuit le rapporteur, ce n'est pas convaincant en raison de la rareté physique du support des ondes hertziennes dont il était alors question : celle-ci rendait « inéluctable » la limitation de l'exploitation. De plus, la réponse laconique des représentants du Gouvernement au rapporteur n'a fait, dit-il, « qu'augmenter son trouble ». Renvoyant en effet au seul caractère de « choix politique » de cet aspect de la loi, ces représentants auraient manqué la justification d'une restriction de la liberté de communication qui aurait dû relever de la défense de l'ordre public ou de raisons techniques. Le rapporteur précise donc ici qu'invoquer le choix politique, ou l'appréciation de l'opportunité de la loi par le législateur, ne suffit pas en soi, ni de la part du Conseil ni de celle du législateur ; encore faut-il que ce choix lui-même ne nuise pas sans raison aux libertés constitutionnellement établies. Du point de vue syllogistique, depuis que le Conseil constitutionnel est devenu le protecteur des libertés prévues par le bloc de constitutionnalité, cela se tient parfaitement. Louis Gros conclut sa démonstration par une accusation forte :

« Cette loi exprime la volonté délibérée du Gouvernement d'interdire aux citoyens le libre usage de ce nouveau moyen de communication » déclare-t-il.

Et si tous les membres du Conseil suivaient le rapporteur comme un seul homme, l'on pourrait y voir l'expression d'une institution protectrice des droits de manière stricte c'est-à-dire qui sanctionnerait une loi du seul fait que celle-ci n'indique pas clairement les raisons d'une éventuelle limitation de certains droits, quand bien même elle n'y porterait pas atteinte explicitement. Ce serait là tout de même un pas nouveau pour la conception du rôle du Conseil par ses membres et cette aisance révélerait la possibilité d'une rupture entre deux dimensions de la démocratie moderne ou libérale : son caractère démocratique et son caractère libéral. Le rapporteur n'ignore pas la gravité de ses propos et en appelle

« solennellement l'attention du Conseil.../...car il s'agit en effet de la défense des libertés publiques »

et de préciser que c'est là, selon lui, ce que tout le monde attend du Conseil :

« les auteurs de la doctrine, la presse et le grand public donnent toujours beaucoup de publicité aux décisions que le Conseil rend en cette matière.../...Il (le rapporteur) se demande si le Conseil va pouvoir affirmer qu'il est légitime, qu'il est constitutionnel, que l'Etat réserve à une catégorie de personnes l'exploitation exclusive d'un moyen de communication.../...sans qu'aucune justification d'ordre public ou technique ne soit donnée ».

Il est remarquable qu'ici le propos du rapporteur soit exclusivement tourné vers les libertés publiques et qu'il engage la légitimité du Conseil aux yeux de toute l'opinion publique. Le rapporteur s'exprime donc lui aussi au nom de tous les citoyens et il lui semble que la légitimité

de son institution provient de sa capacité à empêcher toute restriction de leurs libertés. Le premier point ne sera pas contesté qui confirme l'ampleur de l'arène dans laquelle évolue le Conseil dès qu'il s'agit de droits à préserver ; ce n'est pas la première fois en effet même si le propos est particulièrement appuyé ici, que le Conseil se considère recevable auprès du plus grand nombre en matière de protection des droits ; le second point, concernant, lui, l'attente supposément exclusivement libérale de ce même plus grand nombre qui ne considérerait plus le Parlement autorisé à envisager une quelconque restriction des libertés, l'est par tous les autres conseillers. La discussion qui s'en suit avec eux indique en effet que, précisément, le Conseil n'en est pas là et considère encore son rôle comme celui d'un conciliateur de ces deux dimensions de la démocratie libérale dans laquelle il évolue –d'un côté démocratique au sens de sa légitimité élective et, de l'autre, libérale- selon un équilibre obéissant certes à des critères variables mais non moins structurant pour l'institution. Ce que nous appelons depuis le début la pratique démocratique à partir du regard que portent sur elle les membres du Conseil constitutionnel pour façonner la conception qu'ils se font de leur rôle voisine en réalité encore ici avec une confiance *a priori* dans les choix du législateur associée à une profonde préoccupation du respect des libertés publiques mais sans opposition de principe entre les deux. Le Président du Conseil constitutionnel, Daniel Mayer, rappelle d'entrée de jeu que ce moyen est soulevé d'office par le rapporteur. Il est vrai que le procès-verbal complet de cette délibération ne mentionne pas d'analyse par Louis Gros du grief principal des auteurs de la saisine, lesquels dénoncent⁴⁷³ une confiscation de la compétence du pouvoir législatif par le Gouvernement qui fixe lui-même « la notion de réseau local ». La discussion se poursuit avec Georges Vedel qui situe, après en avoir salué la vigueur et le talent, les propos du rapporteur dans le contexte

d'« un consensus, tant au Sénat qu'à l'Assemblée nationale, pour accepter le système de l'exploitation exclusive du réseau câblé par les sociétés d'économie mixte ».

L'on peut alors se demander dans quelle mesure le rapporteur entend qu'un Parlement aussi consensuel puisse ne pas être l'expression de l'opinion publique dont il redoute la sanction pour la légitimité du Conseil. Ce sera cependant bien le seul à suggérer une telle dichotomie. Sa réponse montre cependant qu'il a prêté attention, comme il est de coutume, aux débats parlementaires qui ont montré que la société d'économie mixte était censée empêcher un monopole de l'exploitation par des intérêts privés tout en étant considéré comme le meilleur moyen d'assurer le pluralisme des exploitations. Ainsi, le ton du rapporteur change-t-il. Georges Vedel nuance la question par le fait qu'il s'agirait davantage d'un système de concession auquel

⁴⁷³ Extrait de la saisine des Sénateurs, principal moyen ; pour la saisine complète, cf. site du Conseil constitutionnel rubriques « décisions par date »/ « 1984 »/ Nom de la décision/Lettre de saisine ici <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/1984/84-173-dc/saisine-par-60-senateurs.102788.html> . Extrait : « l'article 2 du texte de loi, en s'en remettant au domaine réglementaire pour déterminer les limites d'un service local de réseaux câblés n'offre aucune de ces garanties fondamentales puisque c'est le Gouvernement qui, en fixant lui-même la notion de réseau local, déterminera sa sphère de compétence et, ipso facto, celle de la Haute Autorité de la communication audiovisuelle.

Un tel dispositif est critiquable dans la mesure où la compétence du législateur n'est pas sauvegardée et bien que celle-ci ait déjà été confirmée par deux fois en matière de service local de radiodiffusion sonore par voie hertzienne, dans la loi n° 81-994 du 9 novembre 1981 portant dérogation au monopole d'Etat de la radiodiffusion, et à l'article 81 de la loi n° 82-652 du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle. Si l'intervention du législateur est nécessaire pour des services de cette nature, on ne voit pas quels motifs pourraient être allégués pour ne pas la retenir dans les cas des services locaux sur un réseau câblé dont l'analogie est certaine avec les services de radiodiffusion sonore par voie hertzienne. »

tout le monde ne peut prétendre avoir droit, plutôt que d'un droit à l'exploitation ouvert à tous au nom de la liberté de communication. Le Président enchérit et tous les autres membres s'accordent pour préférer le premier cas où, en effet, l'ouverture à tous du réseau câblé peut être organisée à l'intérieur d'un monopole d'exploitation établi pour des raisons pratiques et économiques, et choisi comme la moins mauvaise solution pour garantir une certaine pluralité dans les programmes. Les arguments d'ordre pratique et économique ne convainquent pas le rapporteur qui persiste à faire prévaloir son idée du pluralisme sur celle du Gouvernement en considérant comme surmontables les difficultés soulignées par ses collègues. Ce n'est pas l'idée du pluralisme démocratique défendue par le rapporteur qui est critiquée ici et qui consiste à penser que,

« le véritable pluralisme se trouve dans la démultiplication des personnes qui défendent honnêtement leurs idées », pour le citer encore.

C'est plutôt son manque de pragmatisme. L'on pourrait alors critiquer en retour la timide prudence de ses collègues qui s'en remettent aux nécessités pratiques évaluées par le Gouvernement plutôt qu'à un questionnement plus direct de la solution proposée en regard des exigences de la société démocratique et libérale...ces exigences mêmes qui sont revendiquées par Louis Gros : pluralisme libéral et accès de tous les citoyens aux mêmes libertés. Robert Lecourt confirme alors que,

« l'effort du Conseil doit se porter sur la seule question qui ait de l'importance, veiller à la garantie de la liberté d'expression, indépendamment du moyen d'installation ou d'exploitation du réseau câblé ».

Cela dit, pour essentielle qu'elle soit, cette garantie ne suscite pas de mise en cause de l'intention du Gouvernement chez Robert Lecourt. Tous les membres sauf deux dont le rapporteur rejettent la solution retenue par ce dernier. La courtoisie ou l'esprit de groupe dont parle Dominique Schnapper est ici à l'œuvre qui s'exprime comme précédemment⁴⁷⁴ : alors que Louis Gros se sent désavoué, ses collègues expriment le souhait de ne pas changer de rapporteur ; les échanges en effet ne sont jamais orientés pour ou contre celui qui s'exprime et priment exclusivement dans ces procès-verbaux les discussions sur les arguments mobilisés. C'est à la fin de ce débat que le rapporteur évoque la saisine pour se trouver en accord avec le grief selon lequel il n'appartient pas à un décret mais à une loi de définir le réseau local ; le second grief semble trop vague, voire incompréhensible, pour être retenu ; tous les membres sont d'accord et au nom de l'article 34 posant que la loi fixe les garanties fondamentales à l'exercice des libertés publiques et que la liberté de communication en est une au titre de l'article 11 de la DDHC, la décision de non conformité partielle est adoptée par tous sauf par le rapporteur qui aurait préféré une non conformité totale pour la raison largement évoquée plus haut. Que celle-ci n'ait pas rallié les suffrages nécessaires signale un rôle du Conseil voulu par ses membres non comme le porte-parole d'office d'un courant contraire à la majorité qui, dès lors qu'une remise en question de celle-ci serait possible sur une base constitutionnelle, relancerait systématiquement le débat parlementaire ; le positionnement plébiscité ici renvoie plutôt à celui d'une institution se voulant avant tout capable de comprendre les raisons avancées par les uns et les autres, c'est-à-dire par les défenseurs de la loi comme par ses détracteurs mais sans aller soi-

⁴⁷⁴ C'était le cas dans une délibération récemment traitée, celle sur le statut particulier de la Corse où le rapporteur René Brouillet s'offense un peu de ne pas être suivi par ses collègues mais aucun ne manifeste pour autant un rejet *ad hominem* et seul le consensus autour du propos semble primer.

même, à moins que des raisons de non conformité évidentes ne l'y poussent, soulever d'office des critiques ne faisant pas le poids face à un certain réalisme immédiat des situations. Cette auto-censure n'est pas neuve et prolonge d'autres délibérations à commencer par la toute première étudiée où, dans la candeur de ses premiers jours, le Conseil était la scène d'un vigoureux débat contradictoire sur l'auto-saisine ; non seulement celle-ci ne fut plus depuis à l'ordre du jour mais les réticences des conseillers à manifester un esprit critique contre la majorité qui ne viendrait ni de la saisine minoritaire ni du respect de la Constitution qui s'impose, ont renforcé, tout au long de la période étudiée, l'idée que la pratique démocratique de la Ve République réserve une place toujours très mesurée, quoi que croissante, à la mise en cause de l'opinion majoritaire. En d'autres termes, non seulement contredire le vote majoritaire du Parlement nécessite-t-il des précautions diverses mais encore chercher à invoquer un droit sans raison immédiate et contre une opinion consensuelle à l'Assemblée, au Sénat et auprès d'un public qui se satisfera avant tout d'autres droits comme ici celui offert par la pluralité des programmes, reviendrait-il à jouer avec le feu pour le Conseil constitutionnel. Le Conseil constitutionnel ne s'estime donc toujours pas légitime pour revendiquer de lui-même des droits, préférant alors créditer la majorité d'un certain pragmatisme dès lors que les choix de cette dernière sont le fruit d'un consensus large, reflet dans le même temps d'une opinion publique à laquelle le Conseil constitutionnel est loin d'être insensible en matière de droits.

Cette conception de leur rôle par les membres du Conseil constitutionnel est par définition évolutive mais elle est surtout, pour reprendre la fameuse métaphore de Claude Lefort sur la démocratie moderne, comme *le lieu vide* non pas, ici, du pouvoir, mais d'une forme de légitimation, au moins aux yeux des conseillers. Elle se caractérise en effet par sa trame générale, modelant un contenant permettant de mener les débats à leur terme selon une cohérence renforcée dans le temps, mais empli des circonstances du moment qui font fluctuer le poids des arguments mobilisés à l'intérieur du cadre.

C'est ce que la distinction entre les délibérations « politiquement neutres » et celles « ayant un impact sur les choix politiques », opérée dès le départ, a permis de pointer, malgré l'exagération de ses termes ou grâce à la netteté qu'une telle exagération lui procurait. En l'occurrence, nous avons pu montrer que lorsque les membres du Conseil constitutionnel délibèrent, dans le second cas, sur des questions relatives à des choix directement déterminants pour la vie des citoyens - les autres, portant sur l'organisation de la vie institutionnelle concernent ces derniers indirectement -, ces fluctuations sont plus amples, les arguments plus longuement débattus et, *in fine*, la conception du rôle du Conseil teintée d'une forme de légitimité qui ne se réduit plus à la seule garantie du respect de la Constitution, expression rassurante mais vague, évidente mais interprétative, pour recouvrir en réalité davantage ce qu'un certain esprit républicain entendrait par cette garantie.

La loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie suscite naturellement des débats de cet ordre. De colonie française, l'archipel d'Océanie devient en 1946 Territoire d'outre-mer et se voit accorder une autonomie contrôlée en 1976⁴⁷⁵ selon la loi du 28 décembre de la même année qui assouplit la tutelle de l'Etat. Les difficultés institutionnelles et les revendications d'indépendance se soldent cependant par une accentuation des tensions politiques sur le territoire. La loi du 02 mars 1982 précédemment rencontrée et relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions, autrement dit la première étape d'un projet de décentralisation administrative de plus longue haleine, intégrait aussi l'outre-mer en énonçant, précisément :

« En ce qui concerne les départements d'outre-mer, la présente loi s'applique jusqu'à la promulgation de lois adaptant certaines de ses dispositions à la spécificité de chacune des collectivités concernées ».

Entre temps, la loi du 4 février 1982⁴⁷⁶ avait déjà habilité le gouvernement à mener, par voie d'ordonnances, des réformes dans les domaines en principe dévolus au Parlement ou aux institutions territoriales, à savoir ceux de la justice, du développement économique et de la culture. Les adaptations prévues de la loi du 02 mars devaient donc déjà prendre en compte un territoire différent des autres sur le plan institutionnel et pas seulement un territoire ayant anticipé certaines réformes prévues pour tous les autres dans le cadre de l'acte I de la décentralisation (cas de la Corse notamment, déjà rencontré). Dans le même temps, il s'agissait pour le nouveau gouvernement d'accompagner la politique générale de décentralisation d'une politique spécifique d'apaisement entre les communautés indépendantistes et celles soucieuses de rester attachées à la France. Ainsi, en juillet 1983, la table ronde de Nainville-les-Roches annonçait-elle la nécessité de penser et de mettre en place un statut d'autonomie transitoire et spécifique pour la Nouvelle-Calédonie, sur fond de violences persistantes. C'est la loi du 4 mai 1984 qui concrétisa ce projet à travers le statut dit Lemoine (du nom de Georges Lemoine, secrétaire d'Etat aux DOM-TOM), qui conférait au territoire une autonomie avancée. Divisé en 6 circonscriptions appelées " pays " et correspondant aux aires coutumières, celui-ci se voyait doté d'un gouvernement propre, avec un pouvoir exécutif confié à un conseil des ministres, élus par l'assemblée territoriale. Une seconde chambre représentait aussi institutionnellement la coutume kanak des autochtones. Mais les découpages et les institutions s'avèrent inefficaces à régler les problèmes de violences issus de revendications s'estimant incomprises.

Le Front de libération nationale kanak et socialiste (FLNKS), fédération de plusieurs partis indépendantistes, se dote alors d'un « Gouvernement provisoire de Kanaky » (GPK) le 1^{er} décembre 1984. Le territoire est à nouveau divisé entre zones contrôlées soit par les forces de l'ordre, soit par les milices formées par des éleveurs d'origine européenne, soit par les « comités de lutte » du FLNKS. L'état d'urgence est déclaré et le couvre-feu installé en Nouvelle-Calédonie le 12 janvier 1985, tous deux jusqu'en juin de la même année. Dans ce contexte, un projet de loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie est présenté en Conseil des Ministres en avril 1985,

⁴⁷⁵ <http://www.ieom.fr/nouvelle-caledonie/presentation-50/rappel-historique-102.html>, site de la Banque Centrale de Nouvelle-Calédonie.

⁴⁷⁶ Voir l'article de Jacquemart Sylvie. 5. Inventer la Nouvelle-Calédonie. In: *Annuaire des collectivités locales*. Tome 9, 1989. pp. 61-79. doi : 10.3406/coloc.1989.1605 ; l'auteur parle de « valse des statuts » sur cette période et décrit les différentes mesures prises sous Mitterrand pour résoudre les tensions entre les communautés indépendantistes et celles attachées à la métropole.

prévoyant au plus tard le 31 décembre 1987, un scrutin d'autodétermination sur ce qui sera nommé « l'indépendance-association », et prévoyant pour la période intermédiaire, un "régime transitoire". Quatre régions seront créées, dont le découpage démographique est contesté par le Conseil d'Etat dans son avis du 29 avril comme nous y reviendrons ; il est prévu que chacune soit dirigée par un "conseil" élu au suffrage universel en août 1985 selon le principe d'une représentation proportionnelle ; l'Assemblée territoriale est remplacée par le "Congrès" composé des quatre conseils ; un Haut-commissaire est chargé de la préparation et de l'exécution des délibérations du Congrès.

Le 23 août, cette loi sur l'évolution du statut de la Nouvelle-Calédonie est promulguée. Mais son histoire est longue et nous conduit au débat qui nous intéresse ; l'intelligibilité générale de ce dernier, et par conséquent la lisibilité des réponses aux questions que nous nous posons plus spécifiquement sur le Conseil constitutionnel n'aurait pas été possible sans un détour par ce contexte général. Le Conseil constitutionnel a en effet été saisi une première fois d'une « loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie » par au moins soixante députés et soixante sénateurs développant⁴⁷⁷ des « moyens tirés de la méconnaissance du principe d'égalité » à l'encontre de certaines dispositions du projet de loi, en particulier de celles prévoyant la mise en œuvre d'un cadre de représentation de la population calédonienne fixé à l'article 2 autour de

« quatre régions qui constituent les circonscriptions électorales des conseils de régions dont les membres sont élus au suffrage universel direct et dont la réunion, selon l'article 3 de la loi, forme le congrès du territoire ».

La séance du 08 août 1985 du Conseil constitutionnel va principalement traiter de ce point pour parvenir à une décision de non conformité partielle.

La conception du rôle de l'institution par ses membres ayant de faibles chances d'avoir évolué entre temps, nous traiterons plus brièvement celle du 23 août 1985, dont la lecture a confirmé l'intérêt secondaire pour notre propos; en revanche, il sera fécond d'envisager ces deux délibérations comme les pièces d'un même ensemble ayant conduit à modifier la loi, depuis les arguments mobilisés le 08 août jusqu'à certains termes de la décision du 23 août, très explicites au demeurant pour le regard que nous portons sur l'évolution du Conseil constitutionnel.

Séance du 08 août 1985*, décision 85-196 DC, suivie de la Séance du 23 août 1985*, décision 85-197 DC : loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie

⇒ Qu'apprend-on ici ?

Le rôle du Conseil constitutionnel, sur des sujets politiquement délicats, demeure central aux yeux de ses membres dans la façon de mener les débats, puis au niveau du message à instiller dans la décision. Cette fois, il s'agit de censurer les dispositions de la loi relatives à la représentativité des régions au Congrès de Nouvelle-Calédonie, afin de permettre au pouvoir de refaire la loi, autrement dit il s'agit d'une censure constructive, dans l'optique bien connue d'éclairer le législateur sur certains points de vigilance ayant trait, même implicitement, au respect de la Constitution. La discussion amène Vedel expliquer que la notion d'erreur manifeste est à ce titre une technique propre au contrôle juridictionnel mais qu'elle ne va pas sans risque à terme.

⁴⁷⁷ Cf textes des saisines sur le site du Cce

Convaincus cependant du manquement au principe d'égalité qu'il serait pourtant risqué pour l'équilibre social d'invoquer comme tel, les rédacteurs du nouveau projet de décision ont trouvé avec la notion d'erreur manifeste un moyen constitutionnel car jurisprudentiel de remettre en question la loi. Pourtant, malgré la défense qu'en fait Vedel, le caractère non mesurable d'une telle erreur laisse le rapporteur craindre ce sempiternel danger pour le Conseil de se substituer au législateur.

Dans ce débat enfin, une opposition droite-gauche semble reconduite au sein même du Conseil constitutionnel ; s'il n'est pas nouveau de pouvoir observer des tendances partisans s'exprimer, il demeure marginal de les voir reproduire ainsi un débat comparable à celui des parlementaires. En effet, d'une part, en général, les majorités changent au cours d'un même débat et d'autre part, même si des tendances s'expriment, elles sont rarement considérées comme mobilisables pour penser le rôle du Conseil à l'abri du soupçon du gouvernement des juges.

Loin de mettre un point final au processus de légitimation du Conseil rendu visible par la manière dont les évolutions réfractées de la pratique démocratique prennent en charge son rôle potentiel, celles-ci, en l'intégrant depuis le début des années quatre-vingts comme un maillon du système démocratique de la Ve République, traduisent une dynamique à l'œuvre. De ces deux délibérations du Conseil, il ressort que les représentants du peuple souverain ne semblent plus le considérer comme un intrus indésirable mais bien comme un acteur ayant sa part dans la mise en mouvement de la collectivité politique, ou encore, plus prosaïquement, dans la prise de décision relative à la loi. Si la promulgation de la loi peut être affirmée comme un objectif explicite du Conseil dans la décision issue de la seconde délibération, en accord direct avec ce qui a été débattu, nous devons en effet alors admettre, pour rester fidèle à nos hypothèses initiales, que, réciproquement, la dimension institutionnelle du rôle du Conseil et notamment le cadrage par la norme constitutionnelle qu'il est en mesure d'imposer aux conditions d'« expression de la volonté générale » sont à présent partie prenante d'une pratique démocratique par là-même nouvelle. Le fameux considérant numéro 27 de la décision le traduit ainsi : « la loi votée,.../... n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution ».

Le 08 août 1985, en présence de tous les membres du Conseil constitutionnel, le rapporteur est Robert Lecourt pour la loi sur la Nouvelle-Calédonie. A cette date, Louis Gros est décédé et a été remplacé en octobre 1984 par Maurice-René Simonnet, nommé par le Président du Sénat, Alain Poher. Cet ancien résistant fut aussi l'un des rédacteurs du manifeste du *Mouvement républicain de Libération*. Secrétaire général adjoint de la Jeunesse étudiante chrétienne, il est élu député MRP en 1946 (Mouvement Républicain Populaire, démocrate-chrétien, centriste) puis nommé secrétaire d'État dans le gouvernement Félix Gaillard (1957-1958). Député européen entre 1979 et 1984, cet homme politique est nommé au Conseil constitutionnel où il terminera sa carrière, rejoignant la longue liste des trajectoires purement politiques des membres de l'institution de la rue Montpensier ; du reste, quand elles ne sont pas exclusivement politiques, ces carrières sont alors, la plupart du temps, teintées d'une expérience juridique à des degrés très divers.

Derechef, le rapporteur annonce que c'est là
« le cinquième texte relatif à ce territoire dont le Conseil est saisi depuis cinq ans »,

évoquant les situations délicates auxquelles sont confrontés les pouvoirs publics sur ce territoire ; la présente loi tente à son tour d'y répondre, explique-t-il en exposant les deux préoccupations essentielles du Gouvernement qui y figurent. La première consiste à soumettre à la population de ce territoire une consultation sur une forme provisoire d'indépendance en association avec la France, avant la date prévue par le statut de 1984 ; la seconde prévoit la division du territoire en quatre régions disposant d'une large autonomie, sachant que le territoire garderait, lui, certaines attributions de l'ancienne assemblée territoriale. Reprenant ensuite les différentes étapes du dépôt du projet de loi par le Gouvernement, le rapporteur rappelle ainsi les difficultés rencontrées par le Parlement, en raison d'une mésentente entre Assemblée nationale et Sénat ayant conduit à la convocation qu'une Commission mixte paritaire dont le texte ne fut finalement adopté par l'Assemblée nationale qu'après une navette infructueuse entre celle-ci et le Sénat ; détaillant les changements progressivement apportés au texte, Robert Lecourt déclare « qu'il le sentiment que les débats ont permis de sensibles modifications » et que « les deux assemblées n'ont pas été très loin d'aboutir à un accord ».

Ce point est éclairant car il permet de ne pas réduire la longueur de la procédure législative à des oppositions de fond mais à en montrer surtout le caractère productif. Le rapporteur décrit ensuite précisément le contenu de la loi puis rappelle les moyens des deux recours par lesquels le Conseil a été saisi, celui des députés et celui des sénateurs. Le Conseil a également reçu, « selon la tradition » précise le rapporteur faisant état d'une pratique en effet devenue habituelle, une note du Gouvernement mais aussi, au dernier moment, deux mémoires signés par un sénateur qui semble manifester l'espoir, observe le rapporteur,

« d'inciter le Conseil à soulever d'office un moyen qui n'avait pas été mis en avant par les saisines ».

Il sera intéressant, au moins au passage, de voir le sort que le Conseil pense pouvoir réserver à un tel moyen, étant donné le précédent débat sur ceux soulevés d'office. Sur les moyens visant la forme et la procédure, le rapporteur renvoie aisément à une jurisprudence du Conseil constitutionnel de 1982 qui, contrairement à ce qu'espère la saisine, n'impose rien au gouvernement en matière de calendrier de consultation des assemblées territoriales avant le dépôt de projets de loi concernant ces dernières, mais dit cependant que la première assemblée du Parlement saisie doit avoir connaissance de l'avis de l'assemblée territoriale avant de statuer. Si le récit du déroulement de la procédure ne signale pas de contradiction avec les conclusions de la décision citée de 1982, le rapporteur rajoute que celle-ci avait aussi, dans des conditions comparables, écarté le moyen soulevé sur la procédure et propose donc pour le Conseil de rester « en conformité avec sa précédente décision de 1982 ». Pourtant, le débat a tout de même lieu ici, Monsieur Simonnet considérant pour sa part que les situations ne sont pas comparables et qu'il y a eu cette fois détournement de procédure mais que

« le Conseil constitutionnel n'est pas une troisième chambre » et n'a donc pas « le pouvoir de censurer ce détournement ».

En quoi consiste à ses yeux le détournement ? Il tiendrait au temps très réduit laissé en réalité à l'examen de l'avis de l'assemblée territoriale, pour des raisons que le conseiller semble énoncer en bon connaisseur des fonctionnements, contraintes et limites simplement pratiques d'organisation des débats à l'Assemblée nationale. A l'inverse et le mot est suffisamment fort pour être mentionné, Monsieur Marcilhacy, également ancien parlementaire, se dit « effrayé » par

la thèse de Monsieur Simonnet. Ce n'est pas là un désaveu de celle-ci mais au contraire l'expression d'une profonde déception vis-à-vis de pratiques parlementaires qui viennent nuire au déroulement constitutionnellement pensé des procédures et des débats ; en l'occurrence l'absentéisme des députés est ici visé par cet ancien rédacteur de la Constitution qui déplore le temps très bref laissé par conséquent à la prise en compte de l'avis de l'assemblée territoriale. Il ne suit pas cependant le moyen d'inconstitutionnalité proposé par Monsieur Simonnet pour détournement de procédure, par crainte que cela ne sorte du périmètre du Conseil, relayé par Monsieur Legatte qui évoque aussi les cas éventuels où une assemblée territoriale ne donnerait même pas d'avis, arguant que cela ne saurait empêcher d'élaborer une loi. Robert Lecourt, estimant aussi que les pratiques parlementaires donnent parfois dans la précipitation, maintient également que le Conseil ne peut que s'en tenir à sa jurisprudence de 1982 pour compléter la Constitution sur le sujet des assemblées territoriales, laquelle, pas plus que la Constitution, n'est pas trahie par ces pratiques parlementaires mouvantes. Du reste, rappelle-t-il, la décision de 1982 cherchait aussi à éviter d'imposer un délai qui créerait « un problème inextricable ». Le Conseil nous apparaît là à travers son respect des pratiques parlementaires dès lors que celles-ci ne sont pas directement inconstitutionnelles, autant qu'à travers un certain réalisme fondé sur l'expérience que nombre de ses membres ont de telles pratiques ; Robert Lecourt nomme cela la sagesse, à propos de la décision de 1982. Si l'on peut toujours se demander pourquoi le Conseil constitutionnel manifeste une telle bienveillance vis-à-vis d'un Parlement peu scrupuleux, au fond, des procédures, il ressort néanmoins de telles considérations qu'elles sont élaborées en même temps et à partir d'une idée du rôle du Conseil constitutionnel vis-à-vis du Parlement ; Vedel le confirme qui considère que,

« si le Conseil modifiait maintenant sa jurisprudence en ce qui concerne la notion d'adoption de la loi, ce serait un véritable bouleversement » ;

autrement dit, le Conseil a de bonnes raisons de rester fidèle à sa jurisprudence et celles-ci touchent à une entente mutuelle entre Conseil et Parlement sur les marges de manœuvre dont dispose le second pour s'adapter aux circonstances tout en restant dans le cadre constitutionnel. A huit voix contre une, celle de Simonnet, les membres du Conseil constitutionnel optent ainsi pour le maintien d'une jurisprudence autant fondée sur la règle constitutionnelle que sur une compréhension des contraintes et des pratiques inhérentes à la vie parlementaire. Cette notion sera distillée dans la décision à travers des considérants précisément établis par les conseillers à cet effet. La suite du débat porte sur le grief formulé par l'une des saisines et selon lequel demander aux populations de Nouvelle-Calédonie de se prononcer en même temps sur leur indépendance et sur l'association avec la France présuppose l'indépendance acquise. Or, explique le rapporteur, l'article 1^{er} de la loi renvoie en réalité la consultation à une loi ultérieure et le texte juridique critiqué pour poser le principe de cette consultation serait ainsi moins contraignant qu'il n'y paraît :

« le législateur se fixe à lui-même un objectif, objectif qu'il ne décrit d'ailleurs en aucune manière. L'indépendance-association n'indique rien sur la contrainte juridique qu'elle comporte »,

observe le rapporteur pour qui cette

« déclaration d'intention n'a pas de portée juridique ».

Georges Vedel apporte une confirmation plus juridique de ce propos, expliquant que sans

connaître encore les termes de la loi relative au scrutin, on ne peut savoir si elle est conforme à la Constitution ou pas. Si tous se rallient à cette façon de voir les choses, ils débattent néanmoins au sujet de la pertinence de la mention du droit international dans la décision, que soutient Simonnet afin de rendre la formulation de la loi juridiquement juste puisque le scrutin sur l'indépendance relève du droit interne et la notion d'association avec la France, une fois l'indépendance acquise, du droit international. Mais Vedel voit plutôt là une occasion inutile pour le Conseil constitutionnel de se faire remarquer sachant que la norme examinée n'a, elle, pas de contenu normatif. L'on retrouve ici encore cette préoccupation du Conseil de ne pas en faire trop, de s'en tenir à une question réellement posée, voire d'y répondre en se pensant responsable, à terme, d'enjeux implicitement contenus dans cette question mais sans pour autant partir d'une question sans lien aucun avec les saisines. Quand André Ségalat invite à rappeler dans la décision, à l'attention du législateur, que celui-ci ne doit pas méconnaître les dispositions constitutionnelles relatives au droit international, Paul Legatte poursuit dans le même esprit que Georges Vedel en mettant en garde ses collègues contre une formulation donnant l'impression que,

« le Conseil constitutionnel a les plus grands doutes sur la constitutionnalité de l'indépendance-association ».

Aussi, s'il est de bon aloi d'éclairer le législateur, comme cela a été explicité à plusieurs reprises dans ces débats, il ne sied pas pour autant de le faire en dehors des questions posées, et cela d'autant moins que le caractère éventuellement mitigé de réponses à seule vocation indicative pourrait de surcroît laisser croire à une hésitation du Conseil. Cette ligne de conduite est suivie à l'unanimité moins une voie.

Sur la question des saisines relative aux nouvelles institutions prévues pour la Nouvelle-Calédonie qui créeraient une inégalité entre les régions, le rapporteur rappelle la jurisprudence du Conseil d'où

« il ressort que le législateur a une certaine liberté d'adaptation .../...l'obligation d'égalité ne résulte de rien et serait même contraire à la Constitution ».

Il en va de même de plusieurs questions relatives aux institutions. De manière très détaillée, le rapporteur passe en revue ce qui dit la loi en regard des critiques des saisines, de la Constitution et de la jurisprudence. Quand les critères disponibles viennent à lui manquer, comme cela semble être le cas pour la question de la représentativité régionale au Congrès de Nouvelle-Calédonie, le rapporteur est alors contraint de penser en législateur pour répondre à la saisine ; c'est alors, on l'a vu, que le Conseil déploie une autre dimension de son rôle, qui le distingue, précisément, du législateur en ce qu'il n'entend pas discuter comme lui de l'opportunité de la loi mais plutôt la considérer par rapport à des enjeux d'équilibre institutionnel et social dont la portée temporelle est plus lointaine. C'est à nouveau le cas ici. Le Conseil, en l'absence de critère pour évaluer la disproportion que la saisine reproche à la loi sur ce point, est conduit à comparer cette situation avec ce qui existe dans d'autres circonscriptions administratives françaises. Le rapporteur constate alors que le critère démographique n'y est en l'occurrence pas pris en compte de manière uniforme et que l'on ne saurait de ce fait en déduire un critère de comparaison viable. Il finit par proposer une décision de conformité qui va être, sur cette question précise, discutée par ses collègues. Georges Vedel notamment fait remarquer que si l'on peut suivre le rapporteur sur la conformité de chaque disposition critiquée prise

isolément, il ne lui semble pas en aller de même de l'ensemble en résultant. Aussi, s'il est difficile de conclure à une inégalité dans la manière dont sont organisées les régions, il faudrait tout de même,

« s'interroger sur la représentativité du Congrès du territoire »,

dont le rôle dépasse en réalité celui d'un Conseil général comme pour les autres départements. Enfin, la comparaison avec les autres régions françaises est inopérante du simple fait qu'elles ne connaissent pas

« le problème ethnique qui se pose en Nouvelle-Calédonie ».

Devenant alors très critique, Vedel s'insurge contre le fait que,

« la ficelle lui apparaît tout de même trop grosse » car selon lui, « il y a là manifestement une volonté de mettre, dès le départ, en minorité, des gens dont on pense qu'ils ne sont pas favorables à l'indépendance »,

en l'occurrence en minorant par le critère démographique le vote au Congrès des régions non favorables à l'indépendance. Si à ce stade, l'on peut s'étonner que le grand juriste se mette à juger de l'opportunité de la loi, il faut aussi souligner que c'est au nom d'une certaine équité qui a partie liée avec le principe d'égalité. Le Président sur la base du même principe, déclare pour sa part à l'inverse que,

« il estime injuste et inégal le fait qu'une région puisse disposer à la fois du pouvoir économique, du pouvoir démographique, du pouvoir touristique et du pouvoir politique né du nombre » et qu' « il lui semble équitable de rééquilibrer tout cela »,

mais il estime que préciser dans la décision qu'il n'y a pas lieu de tenir compte du critère démographique suffit à ce titre. S'il ne suit donc pas Vedel, c'est en raison

d' « un grave risque de guerre civile et de boycott », « si un groupe est à l'avance absolument sûr d'être minoritaire »

et selon lui, le découpage prévu par la loi permet d'éviter ce risque en surpondérant, même injustement, les régions indépendantistes. En résumé, la loi propose une répartition des représentants des différentes régions au Congrès indépendamment du critère démographique, la saisine invoque une inégalité de traitement entre les régions du fait de la non-proportionnalité, le rapporteur ne trouve rien à redire à la loi sur le plan constitutionnel, Georges Vedel reste critique du fait qu'on mette d'emblée en minorité une certaine population et le Président s'inquiète qu'à partir du seul critère démographique, on donnerait tous les pouvoirs à une seule région dans le cadre du Congrès des régions et qu'une autre partie de la population serait alors toujours minoritaire, c'est pourquoi la loi l'a surpondérée. Le rapporteur, tout en comprenant les réserves de Vedel, maintient sa position et plutôt que de rester sur le registre de l'opportunité politique évoqué par le Président, revient alors au rôle du Conseil :

celui-ci « s'engagerait sur un terrain extrêmement délicat...le Conseil constitutionnel devrait prendre lui-même en considération le devenir du territoire de Nouvelle-Calédonie ».

Autrement dit, il n'y aurait pas ici matière à dégager de la loi des conséquences que le Conseil devrait prendre en compte au nom du fondement supposé de la Constitution tandis que s'engager dans cette voie confèrerait plutôt au Conseil une mission législative qui n'est pas la sienne. Louis

Joxe intervient alors par un « appel à la prudence » lancé à ses collègues, rappelant qu'il est difficile de comparer la situation générale française à celle, spécifique, de la Nouvelle-Calédonie, en raison des troubles très fréquents qui y perdurent et des tensions toujours propres à les déclencher. Monsieur Simonnet, en accord avec Vedel, signale que le Congrès calédonien donnera son avis sur des sujets très politiques, autrement dit à caractère législatif, contrairement aux Conseils généraux ou régionaux, et que contrairement encore aux autres régions ou départements, le découpage, ici, a été fait,

« délibérément, dès le départ, sur des bases démographiques inégalitaires ».

Ainsi, les conseillers, devant l'inexistence de références constitutionnelles d'une part et la difficulté à faire émerger un argument consensuel portant sur les conséquences ou sur les enjeux de la loi touchant à la stabilité politique d'autre part, restent-ils dispersés en deux groupes sur ce second volet : ceux qui estiment que le principe d'égalité est bafoué par la mise en minorité délibérée d'une partie de la population, et ceux qui considèrent qu'un tel raisonnement ne fait pas droit aux spécificités néo-calédoniennes notamment aux violences dont l'île est en permanence l'objet. Il est intéressant de noter que face à un tel dilemme, le rapporteur revient toujours aux conséquences pour le Conseil constitutionnel de telle ou telle décision. Il redoute ici qu'en revenant sur la représentation des régions au futur Congrès de Nouvelle-Calédonie proposée par la loi, de « graves événements » ne se produisent et

« qu'on en impute la responsabilité à la décision du Conseil ».

La gravité des violences redoutées par ceux de ses collègues qui soutiennent la loi ne lui semble donc prévaloir sur le principe d'égalité qu'au nom de la responsabilité du Conseil constitutionnel. Le rapporteur semble avoir ainsi apaisé la tension installée dans ce débat et ses collègues les plus réticents à une décision de conformité entreprennent à présent plutôt « d'inviter le Gouvernement à réfléchir à nouveau » sur le dosage des éléments à prendre en compte pour la question de la représentativité et du principe d'égalité. Les travaux du Parlement sur cette question sont alors repris qui replacent le Conseil dans une situation à présent plus habituelle de compréhension préalable des intentions du législateur avant de juger des effets de celles-ci. Si la paix civile apparaît comme le principal ressort de ces intentions, elle fait maintenant explicitement consensus au sein même du Conseil mais tous ne s'accordent pas quant aux moyens de la garantir. Un pas est donc tout de même franchi qui montre un Conseil mieux rassemblé autour de cette responsabilité partagée, à commencer par ce qu'elle véhicule de l'image même de l'institution, pour le maintien de la paix civile en Nouvelle-Calédonie. Mais réduire le fondement du consensus à l'image que le Conseil entend renvoyer serait superposer trop vite la conception que celui-ci se fait de son rôle au seul respect de sa crédibilité : son Président lance en effet « un appel collectif » et demande

« si le Conseil peut...prendre sur lui la responsabilité de faire rebondir le débat et de jeter le trouble dans l'opinion publique ».

Ainsi, s'il est bien question du rôle du Conseil vis-à-vis de l'opinion publique, il est aussi question du trouble lui-même qu'il y jetterait. Cinglant ou paternaliste envers le plus farouche opposant à la loi sur cette question de la représentativité, le Président Mayer semble alors rappeler à Monsieur Simonnet, « qui est notre benjamin », que les choses ne se limitent pas à

fonctionner de manière mécaniquement constitutionnelle, autrement dit qu'une annulation n'entraînerait pas simplement une réunion du Parlement en session extraordinaire : l'opinion publique apparaît ici comme un autre acteur majeur du système démocratique, un acteur qu'il s'agit de comprendre et de ménager au même titre que les auteurs des saisines et le législateur, un acteur capable de mettre à mal l'équilibre social auquel le Conseil, ici encore, semble ultimement attaché. Passons l'échange plus vif qui s'en suit entre le Président et Monsieur Simonnet, il demeure que certains conseillers déplorent tout de même ici

« l'obstination du Gouvernement de ne pas accepter la proposition du Sénat et de maintenir un écart inacceptable au profit d'un groupe »,

empêchant ainsi la réalisation d'un accord entre les deux assemblées, Sénat et Assemblée nationale. Ceux qui les soutiennent sur le fond craignent cependant que le Conseil ne se substitue au Parlement en censurant la loi sur cette base. La proposition de l'erreur manifeste semble cependant la plus adaptée à une telle option. Le projet du rapporteur, celui de déclarer la loi conforme à la Constitution, est alors rejeté par les cinq voix de Messieurs Vedel, Jozeau-Marigné, Joxe, Ségalat et Simonnet contre les quatre du Président et de Messieurs Marcilhacy, Lecourt et Legatte. Ainsi, si l'argument du principe d'égalité n'est pas à nouveau mobilisé en raison des spécificités auxquelles il se heurterait, il fonde le rejet de la conformité, quand bien même la décision s'appuiera plus prudemment sur l'erreur manifeste du législateur pour conclure à une non conformité partielle, la question de l'association-indépendance ayant pu être résolue par la rédaction adoptée dans la décision. Nous devons cependant faire ici état de la suite du débat car s'il ne concerne plus que la formulation de la décision, il montre encore à quel point le rôle du Conseil constitutionnel, sur des sujets politiquement délicats, demeure central dans la façon de mener les débats puis au niveau du message à instiller dans la décision. Il s'agit donc à présent de censurer les dispositions de la loi relatives à la représentativité des régions au Congrès de Nouvelle-Calédonie, afin de

« permettre au pouvoir de refaire entièrement la loi sur ce point s'il l'estime nécessaire »,

autrement dit d'une censure constructive, dans l'optique bien connue d'éclairer le législateur sur certains points de vigilance ayant trait, même implicitement, au respect de la Constitution. La discussion amène Vedel expliquer que la notion d'erreur manifeste est une technique propre au contrôle juridictionnel et qu'elle comporte inévitablement un problème de seuil auquel sont confrontés, « un jour ou l'autre », « toutes les cours constitutionnelles ». Le terme « technique » ici choisi ne peut laisser indifférent dans l'optique qui est la nôtre car il montre un Conseil cherchant des raisons objectives de rejeter une disposition quand les raisons de bon sens invoquées ne renvoient pas directement à la Constitution ou bien quand elles peuvent alors comporter des risques pour l'équilibre social. Convaincus cependant du manquement au principe d'égalité, les rédacteurs du nouveau projet de décision ont trouvé avec la notion d'erreur manifeste un moyen constitutionnel car jurisprudentiel⁴⁷⁸ d'invalider cette loi qui nuit au principe d'égalité sans que cela puisse être exprimé directement car ce serait ainsi porteur d'un risque pour l'équilibre social. Mais malgré la défense qu'en fait Vedel, le caractère non mesurable d'une telle erreur laisse Robert Lecourt, rapporteur du projet initial, craindre ce sempiternel danger pour le Conseil de se substituer au législateur. La question continue de faire débat et le

⁴⁷⁸ [Rappeler la première fois où elle a été invoquée](#)

Président reprend même le terme de troisième chambre mais le texte est finalement voté par cinq voix contre quatre, selon une répartition identique à la précédente, signe de la difficulté à trouver un consensus autour de cette décision.

A la suite de cette décision n° 85-196 DC du 08 août 1985, le Président de la République, François Mitterrand, décide d'user de la prérogative que lui confère l'article 10, alinéa 2 de la Constitution lui permettant « avant l'expiration » du délai de promulgation des lois, de « demander au Parlement une nouvelle délibération de la loi ou de certains de ses articles »⁴⁷⁹.

Or, les parlementaires de l'opposition, auteurs de la nouvelle saisine du Conseil constitutionnel relative à la loi retravaillée après la précédente décision de non conformité partielle, y voient un « détournement de procédure », estimant que selon le premier alinéa de l'article 23 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel à savoir que, « dans le cas où le Conseil constitutionnel déclare que la loi dont il est saisi contient une disposition contraire à la Constitution sans constater en même temps qu'elle est inséparable de l'ensemble de cette loi, le Président de la République peut soit promulguer la loi à l'exception de cette disposition, soit demander aux chambres une nouvelle lecture »,

c'est une « nouvelle lecture » et pas une « nouvelle délibération » qui aurait dû être demandée.

Les saisines des députés et des sénateurs, sensiblement dans les mêmes termes, font alors valoir que la notion de nouvelle lecture est seulement explicitée à l'article 45 de la Constitution, alinéa 4 où elle intervient, à la demande du Gouvernement, pour un projet ou une proposition de loi, après l'échec de la phase de la commission mixte paritaire et qu'après cette deuxième lecture, le Gouvernement peut « demander à l'Assemblée nationale de statuer définitivement ».

Or, puisque l'article 23 de l'ordonnance portant loi organique sur le Conseil constitutionnel parle d'une nouvelle lecture sans se référer à cet article 45 de la Constitution, « la nouvelle lecture » prévue par l'article 23 de l'ordonnance ne peut pas être assimilée à celle de l'article 45 de la Constitution, disent quasiment textuellement les saisines. Cette lecture ne saurait donc ni être précédée de la réunion d'une commission mixte paritaire ni laisser la possibilité du « dernier mot » à l'Assemblée nationale. Les saisines s'évertuent ainsi à montrer que la nouvelle lecture définie par le Constitution en son article 45 ne s'applique qu'aux projets et aux propositions de loi, et en aucun cas aux lois déjà adoptées par le Parlement, d'une part et que d'autre part cette prérogative de provoquer la réunion d'une commission mixte paritaire, puis, après une nouvelle lecture par l'Assemblée nationale et par le Sénat, de demander à l'Assemblée nationale de statuer définitivement, n'y est accordée qu'au Premier ministre et au Gouvernement, en aucun cas au Président de la République. Seul l'article 23 de l'ordonnance portant loi organique sur le Conseil constitutionnel ouvre donc au Président de la République une faculté de modification de la loi après la censure du Conseil constitutionnel mais celle-ci suppose, à l'issue d'une nouvelle et unique lecture, l'accord des deux chambres du Parlement. Si cet accord n'est pas réalisé, alors l'article 23 n'entraîne pas pour autant de blocage puisque le Président de la République peut alors demander au Premier ministre de présenter un nouveau projet de loi. Les saisines reprochent donc au Président de la République ne pas avoir demandé « aux chambres une nouvelle lecture » conformément à l'article 23 de l'ordonnance portant loi organique mais plutôt « au Parlement une

⁴⁷⁹ Art 10, alinéa 2 de la Constitution de la Ve République

nouvelle délibération de la loi » conformément au deuxième alinéa de l'article 10 de la Constitution et, disent-ils,

« l'utilisation dans le cas considéré de ce second alinéa de l'article 10 de la Constitution constitue un détournement de procédure caractérisé ».

Selon eux, cette possibilité offerte au Chef de l'Etat par l'article 10, de surseoir à son devoir de promulgation et de demander au Parlement une nouvelle délibération sur une loi déjà votée, exprime dans l'esprit de la Constitution, non pas une intervention dans la procédure parlementaire, mais seulement une invitation formulée au Parlement, par un acte solennel du Président de la République, à reconsidérer une loi sur laquelle ce dernier a une opinion défavorable. Or, l'agrément du Gouvernement au sujet de cette loi ne faisant aucun doute, les auteurs des saisines considèrent que l'article 10 n'avait pas à être utilisé par le Président de la République tandis que l'article 23 de l'ordonnance pré-citée s'imposait. Pourquoi l'avoir ignoré ? , pourrions-nous nous demander. Les auteurs de la saisine répondent :

« cette demande de nouvelle délibération, qui ne peut se dérouler que dans les mêmes conditions que la délibération précédente, n'avait pas d'autre but que d'échapper aux contraintes de la procédure normale. La procédure normale, c'était la nouvelle lecture prévue par l'article 23, premier alinéa de l'ordonnance portant loi organique mais elle avait toute chance de se solder par un échec. Le Gouvernement aurait alors été conduit à la présentation d'un nouveau projet de loi, lequel aurait dû, avant d'être présenté au Parlement, être soumis à l'avis du Conseil d'Etat, puis à une délibération en conseil des ministres, enfin à la consultation de l'Assemblée territoriale de Nouvelle-Calédonie, prévue par l'article 74 de la Constitution. L'utilisation de l'article 10 de la Constitution au lieu de l'article 23 de l'ordonnance portant loi organique n'avait d'autre but que de permettre et a effectivement permis de s'affranchir de l'ensemble de ces obligations.../... et de demander à l'Assemblée nationale de statuer définitivement ».

L'autre grief fait à la deuxième mouture de la loi consiste, également pour les deux saisines, à déplorer que celle-ci ait finalement repris quasiment la même représentativité régionale que précédemment malgré la censure, certes souple, du Conseil constitutionnel.

Reprenons donc à présent en synthèse les arguments mis en avant lors de ce second débat qui promet une place centrale au rôle du Conseil constitutionnel dans la mesure où celui-ci est directement invoqué par les saisines. Le rapporteur est cette fois Georges Vedel mais le procès-verbal de la séance indique que le Président Mayer avait d'abord proposé cette mission à Robert Lecourt qui, ayant déclaré la première loi conforme, a refusé, manifestant ainsi que son avis n'avait pas changé mais montrant aussi sa préférence, à son corps défendant, pour un Conseil soucieux d'une certaine cohérence dans ses réflexions.

Reprenant le premier grief des saisines, Georges Vedel précise d'emblée que le Gouvernement

« n'a jamais fait mystère de son opinion qui est que, s'agissant d'une seconde délibération, il n'y avait pas lieu pour lui de reprendre la procédure législative *ab initio* », autrement dit qu'*a priori* il prévoyait de faire procéder les deux assemblées à une seconde lecture selon l'article 45, c'est-à-dire en cours d'une procédure législative, ou à se prévaloir de l'article 10 c'est-à-dire demander une nouvelle délibération permettant à l'Assemblée nationale d'avoir le dernier mot avant la promulgation ; puis il indique que selon la saisine, au contraire, le principe de la nouvelle lecture imposait le retour à une procédure législative complète en l'absence d'accord des deux assemblées et que le Gouvernement aurait alors plutôt préféré s'en remettre à l'article 10. Puis Vedel signale que,

« les débats ont suivi leur cours de manière tout-à-fait classique », pour se terminer par une troisième lecture et le vote par l'Assemblée nationale d'une loi sensiblement identique à la précédente, excepté pour les dispositions relatives à la représentativité régionale au Congrès de Nouvelle-Calédonie, légèrement modifiée. Georges Vedel présente la résolution dans son rapport des deux problèmes posés comme relevant de la « géométrie juridique » pour le premier et ainsi capable de mener à la seule décision acceptable, sans subjectivité, quand « la rigueur pascalienne ou euclidienne » fait nécessairement défaut dans le second cas, plus empreint de subjectivité. Nous avons du reste déjà pu le constater lors du précédent débat : la question de la pondération des régions ne peut être résolue sans qu'un critère ne prime sur un autre pour des raisons d'appréciation ultimement subjectives (principe d'égalité ou évitement des violences). Revenant ensuite plus en détails sur l'ordonnance portant loi organique pour le Conseil constitutionnel, le rapporteur rappelle à ses collègues que son article 22 dispose que si le Conseil déclare une disposition d'une loi non conforme à la Constitution mais inséparable du reste de la loi, alors celle-ci ne peut être promulguée et ce fut le cas, poursuit-il, de la loi sur les nationalisations, tandis que son article 23, relatif à la non conformité d'une disposition séparable du reste la loi, laisse au Président de la République le choix entre une promulgation de la loi amputée de ladite disposition ou une demande de nouvelle délibération au Parlement et, apprend-on ainsi,

« c'est ce qu'il a fait et cela pour la première fois depuis que le Conseil constitutionnel existe ».

Vedel appelle alors

« l'attention de ses collègues sur cette circonstance qui donnera à la décision qu'ils vont prendre la valeur d'un précédent pour l'avenir ».

Ainsi, le Conseil est-il ici à nouveau au détour de l'un de ces tournants qui lui permettent de formuler une conception de son rôle, non seulement en interne pour faire avancer ses débats et ainsi potentiellement révélatrice des évolutions du système démocratique notamment en matière de critères de légitimité, mais encore une conception qui fera jurisprudence et s'explicitera immédiatement dans la décision. Ainsi s'actualisent les possibles déjà repérés du système démocratique, lesquels passent alors de marqueurs de l'évolution générale de ce système à expression directe de cette évolution relativement à la place réservée au Conseil. Si, en toute logique, la seule étude des décisions pourrait renseigner ce second point, l'étude des délibérations en complète la dimension heuristique d'une part et apporte un éclairage propre et inédit sur les ressorts de la dynamique progressive de la pratique démocratique d'autre part. D'ores et déjà, il se dégage de ce type d'argument récurrent que cette pratique tend de plus en plus à accepter des règles de fonctionnements institutionnels tenant leur légitimité d'interprétations de la Constitution, à la fois cohérentes entre elles et sécurisantes de part la pérennité que leur assure le Conseil constitutionnel ; autrement dit, la pratique démocratique intègre la jurisprudence constitutionnelle comme une source de légitimité de l'action collective qu'elle met en mouvement.

Dans le même temps, cet écho de la pratique démocratique renvoyé par les considérations internes des membres du Conseil constitutionnel sur le rôle de leur institution se traduit aussi de manière tangible par la place que les décisions publiques de celle-ci lui confèrent. Avant de développer plus avant ce passage de la délibération à la décision (Chapitre IV), poursuivons sur l'apport spécifique de ce débat à cette conception évolutive en interne du rôle du Conseil.

Le rapporteur, à l'appui de cette déclaration solennelle sur la valeur du précédent qu'il s'agit de dégager, explique que les auteurs de la saisine partent du silence relatif à l'article 45 de la Constitution dans l'article 23 de l'ordonnance offrant la possibilité d'une nouvelle lecture de la loi dont une disposition séparable du reste a été déclarée non conforme le Conseil constitutionnel, pour en déduire que ce dernier prévoit nécessairement un accord des deux chambres, contrairement à l'article 45 ; ainsi, les auteurs de la saisine estiment-ils pouvoir faire grief au Président de la République de faire appel à l'article 10 de la Constitution rendant possible une nouvelle délibération avant la promulgation d'une loi, dans la mesure où selon eux, la « nouvelle lecture » évoquée dans l'ordonnance pré-citée et effectivement mise en œuvre après la déclaration de non conformité partielle du Conseil constitutionnel, n'est pas une délibération au titre de l'article 45, prévoyant la suite possible de toute délibération parlementaire y compris celle prévue par l'article 10 . Si Vedel indique que,

« à son avis, le droit commun, c'est l'accord des deux chambres du Parlement »,

il se montre particulièrement sévère avec les auteurs des saisines qui s'en remettent à l' « esprit de la Constitution » pour soutenir que l'article 10 n'est pas utilisable ici car il sous-entendrait un désaccord préalable du Président de la République avec la loi en question, moquant ainsi au passage l'ancien Président Valéry Giscard d'Estaing aisément reconnaissable dans le propos de Vedel. S'il peut nous sembler cocasse que le Conseil, par la bouche de son rapporteur, s'insurge contre un argument aussi superficiel dont il se prévalait pourtant à ses débuts, il faut d'abord voir, là aussi, l'évolution de la conception que l'institution se fait de son rôle à travers les arguments mobilisés dans ses débats : l'esprit de la Constitution ne fait plus recette auprès des Conseillers qui disposent désormais d'éléments jurisprudentiels plus tangibles. Dans le même temps, cette remarque de Vedel peut aussi suggérer que seul le Conseil peut, précisément, se prévaloir de comprendre un tel « esprit » car s'il ne le formule plus ainsi, c'est tout de même une notion proche qu'il manipule pour exciper de l'adéquation entre certaines dispositions constitutionnelles et les conséquences d'une loi sur l'équilibre politico-social de la République comme le montre ce chapitre. Il est cependant alors passé de l'invocation de l'esprit de la Constitution à celle de l'esprit de la République. Ainsi, les auteurs de la saisine auraient-ils un temps de retard et manqueraient-ils, qui plus est, un propos politique qui devrait être le leur, à moins de considérer que le principe théorique d'une séparation des pouvoirs entre pouvoir politique, en l'occurrence législatif, et pouvoir juridictionnel, en l'occurrence contrôle de constitutionnalité des lois, est à présent dépassé par celui d'une supériorité du pouvoir constitutionnel. Il nous faut chercher plus avant dans les débats pour éprouver cette suggestion logique et ne pas en déduire d'affirmation sans fondement solide dans les propos des conseillers, autrement dit seulement spéculative. Toujours est-il que Vedel poursuit sa critique mordante jusqu'à se demander,

« s'il jouit lui-même de toutes ses facultés mentales » ou à déclarer que « les bras lui en tombent »

à la lecture des arguments des auteurs de la saisine sur le même thème, à savoir qu'ils lui semblent faire prévaloir la loi organique tirée de l'ordonnance sur le Conseil constitutionnel déjà citée, sur la Constitution elle-même ! Enfin, il se demande

« comment il est possible de se fourvoyer intellectuellement à ce point »

quand les auteurs des saisines mentionnent l'article 62 de la Constitution selon lequel les

décisions du Conseil constitutionnel ne sont susceptibles d'aucun recours, afin de rejeter toute nouvelle délibération sur les dispositions déclarées non conformes. Voilà donc le rapporteur qui tente de rendre au Parlement le pouvoir législatif que les auteurs des saisines semblent prêts à lui ôter. Tactique politicienne consistant à jouer le tout pour le tout pour empêcher la promulgation de la loi ou bien méconnaissance juridique profonde comme semble le déplorer Vedel, il demeure en effet que les auteurs de la saisine apparaissent peu concernés par le droit constitutionnel tout en en survalorisant certaines de ses dispositions par rapport au travail parlementaire. Le rapporteur entend donc restaurer une certaine clarté sur le plan juridique, ce qu'il poursuit en montrant que l'article 10 est à tort interprété par les auteurs des saisines comme concernant une possibilité de demande de relecture offerte au Président de la République en désaccord avec la loi votée. Rien en effet, n'impose un tel désaccord dans le texte de la Constitution. Enfin, un certain pragmatisme fait aussi dire à Georges Vedel que les auteurs de l'ordonnance du 07 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel

« n'ont certainement pas voulu aller à l'encontre de la Constitution »

pour neutraliser l'argument des auteurs de la saisine qui considèrent que l'article 45 de la Constitution n'étant pas mentionné dans l'article concerné de ladite ordonnance, celle-ci ne saurait entériner la tenue d'une nouvelle délibération dans les termes de l'article 45. Du reste, il ne se contente pas de supposer cette cohérence que les auteurs de la saisine mettent à mal entre la Constitution et l'ordonnance : il explicite ce qui les relie, dans l'optique de l'exégèse constitutionnelle qui est celle du Conseil constitutionnel et pour laquelle celui-ci a, semble ainsi rappeler le rapporteur, une expertise incontestée par rapport aux parlementaires.

Ce rappel du partage des expertises entre le législateur qui estime le caractère opportun de la loi et le juge constitutionnel qui en vérifie la fidélité à la Constitution n'est pas nouveau dans l'enceinte de ces délibérations mais Vedel accentue ainsi un aspect de la mission du Conseil : il s'agit à présent d'opérer cette vérification juridique dans un cas inédit et d'en établir un précédent. Le passage de la conception ainsi véhiculée en interne quant au rôle du Conseil à ce qui sera effectivement dit dans la décision renforce l'image de la pratique démocratique qui se dégage de cette simple conscience interne que le Conseil a de sa propre compétence ; cette pratique fonctionne en présence d'une institution non élue se montrant garante de la cohérence constitutionnelle ; dans le même temps, elle prend donc en charge cette notion discriminante de la compétence ou de l'expertise, au service de la cohérence jurisprudentielle comme garantie dans le temps de la viabilité des lois. L'accroissement de l'autorité perçue du Conseil se dégage nettement de cette remise en ordre des interprétations de la Constitution opérée par Vedel à l'attention des auteurs des saisines : faire respecter l'organisation institutionnelle des pouvoirs sans surestimer ce rôle par rapport à celui du législateur mais plutôt affirmer l'intérêt pour le législateur de la garantie d'une fluidité optimale dans le fonctionnement des institutions, voilà qui est devenu digne d'être proclamé.

Vedel annonce ainsi ce qui sera à peu près repris dans les mêmes termes dans la décision et qui exprime ce rôle d'interprète du droit constitutionnel et de la hiérarchie des normes qui le structure, au service du fonctionnement des institutions :

« L'ordonnance en question n'est donc que l'explication, que la mise en œuvre d'un cas particulier d'application de l'article 10 de la Constitution, en cas de censure partielle par le Conseil constitutionnel d'une loi votée par le Parlement. »

Vedel insiste encore sur l'intention pro-législative qui préside au contrôle de constitutionnalité des lois :

« Il apparaît que tout le mécanisme français de contrôle de constitutionnalité tend à permettre la promulgation d'une loi régulièrement votée au plus vite et il ne tend aucunement à faire, à la manière d'un jeu de l'oie, que, dans le cas d'irrégularités, toute la procédure reparte à zéro ».

Enfin, après avoir vivement critiqué l'inconsistance juridique des auteurs des saisines, le rapporteur salue à présent « l'excellent argument d'avocat » proposé par certains sénateurs en plus des saisines : ils renvoient à la décision du Conseil de 1962 relative à son incompétence en matière de loi référendaire et mentionnant que deux articles de la même ordonnance venaient renforcer la Constitution qui, sans l'interdire, ne prévoyait pas que les lois adoptées par référendum fissent l'objet d'un contrôle de constitutionnalité. Ainsi, la jurisprudence constitutionnelle contiendrait-elle déjà une mise en avant de ladite ordonnance portant loi organique sur le Conseil constitutionnel pour conforter la Constitution et qui donc ferait foi sur elle. Vedel rejette cependant l'argument au même motif que précédemment :

« La Constitution est limpide. L'ordonnance est obscure. .../...C'est la Constitution qui doit éclairer l'ordonnance et non point l'ordonnance qui doit donner sa lumière à la Constitution ».

Notons ici que sans renier la position du Conseil en 1962, Vedel suggère qu'elle est extrapolée par les sénateurs mais prend soin de préciser comment le Conseil doit considérer la Constitution et l'ordonnance en ce qui concerne son propre rôle, c'est-à-dire dans le respect de la hiérarchie des normes et non pas en vertu d'une capacité de la seconde à renforcer les interprétations que l'on pourrait faire de la première. Pour en avoir étudié la délibération, nous savons bien du reste que ces arguments présents dans la décision n'avaient d'autre objet de couvrir juridiquement un choix avant tout politique à de multiples égards. Replonger ainsi dans ces premières délibérations du Conseil par l'intermédiaire de celle-ci a aussi le mérite de pointer l'évolution du rôle perçu pour celui-ci par ses propres membres et la manière dont cette évolution s'accompagne d'un rapprochement plus étroit entre arguments débattus et arguments mis en avant dans la décision. Celui-ci témoigne d'une assurance accrue des membres du Conseil dans la perception que ses interlocuteurs ont de la pertinence et de la fiabilité de ses décisions d'une part et d'une évolution du domaine d'intervention du Conseil d'autre part : c'est une certaine acceptation du rôle du droit constitutionnel par rapport à la loi, en ce qu'il rend celle-ci plus fiable au plan procédural, qui articule peu à peu la reconnaissance dont peut se prévaloir le Conseil au sein du régime démocratique de la Ve République. Une telle acceptation signale du reste que l'évolution de la pratique démocratique que nous traquons a aussi partie liée à un glissement du sens même de la loi. La synthèse générale de ce chapitre reprendra ce thème.

La discussion s'engage à l'issue de l'exposé de Georges Vedel et c'est Maurice-René Simonnet qui s'inquiète des conséquences pour le Conseil constitutionnel et pour « le bicaméralisme égalitaire » de la décision proposée. La première préoccupation qui nous intéresse davantage ici car la seconde en tant que telle, à savoir le débat sur le bicaméralisme, relève d'une analyse du texte constitutionnel et pas d'une conception du rôle du Conseil inédite ; en l'occurrence, celle-ci renvoie à la garantie de l'organisation des pouvoirs prévue par la Constitution et la lecture qu'en fait Monsieur Simonnet le conduit à considérer que l'Assemblée nationale n'a qu'exceptionnellement le dernier mot tandis que dans le cadre de l'article 45, c'est

au Gouvernement que revient celui-ci. En revanche, s'agissant des conséquences pour le Conseil, liées en réalité à cette lecture de la Constitution, Monsieur Simonnet craint en effet que celui-ci

« ne soit en train de creuser devant lui un fossé dans lequel il risque de tomber »

s'il décide que ses propres censures partielles d'une loi n'entraînent finalement qu'une nouvelle délibération à partir du moment où le Président de la République le décide ; il sied donc, estime le Conseiller, de revenir précisément au sens que les rédacteurs de l'ordonnance de 1958 ont voulu donner à l'expression « nouvelle lecture » par rapport à celle de « nouvelle délibération ». Ce questionnement sur les intentions originelles est à souligner : d'une part, il intervient de moins en moins souvent pendant ces délibérations dès lors que le Conseil semble mieux armé pour établir une compréhension rigoureuse de la Constitution c'est-à-dire au fur et à mesure que s'étoffe sa jurisprudence; d'autre part, cela pointe une dimension malgré tout structurante du rôle du Conseil pour ses membres, à savoir que sa manière d'interpréter la Constitution, quelle qu'elle soit, prévaut, même si les modalités d'interprétations possibles ne sont pas ensuite toutes explicites dans la décision où s'imposent les motifs à fondement juridique. Cela étant, ce ne sont pas les intentions *per se* des rédacteurs de la Constitution ou des ordonnances qui ont ainsi prévalu la cas échéant mais ce qu'elles permettaient de protéger que le droit seul ne couvrirait pas directement, ce qui explique que l'on puisse y revenir même une fois la jurisprudence plus développée, si celle-ci ne suffit pas. Le contenu de ce qu'il s'agit de protéger en tant que Conseil constitutionnel traduit alors l'idée que ses membres ont de son rôle. La question de Monsieur Simonnet pourrait donc être teintée d'une certaine naïveté par rapport à la manière dont les membres du Conseil mobilisent en général les intentions des auteurs de la Constitution ; mais elle est aussitôt reliée à une inquiétude sur le manque éventuel de prise au sérieux des décisions du Conseil à l'avenir. Ainsi, là encore, ne s'agit-il pas de faire le plus justement possible droit aux intentions initiales des rédacteurs de la Constitution, dépositaires supposés du sens de cette dernière, mais à ce que cette clarification des intentions permettrait de protéger, en l'occurrence, ici, la crédibilité du Conseil. Cette inquiétude est partagée par Monsieur Jozeau-Marigné. Si s'inquiéter pour le Conseil constitutionnel est un réflexe partagé par tous ses membres lors de ce débat, le degré de cette préoccupation varie, qui signale la confiance correspondante dans la capacité de l'institution à faire valoir ses décisions. En effet, dans le camp adverse, celui des partisans de la primauté de la Constitution sur la loi organique pour le Conseil constitutionnel, l'on retrouve aussi Robert Lecourt qui résume ainsi la question en tant que relevant du rôle de l'institution :

« Le Conseil constitutionnel peut-il donner une interprétation de l'article 23 de l'ordonnance du 07 novembre 1958 qui ait pour conséquence de gauchir, de restreindre, de réduire, de diminuer la portée de l'article 10 de la Constitution ? ».

S'ensuit une explication juridique simple et limpide sur l'agencement entre ces deux textes dans le respect de la primauté de la Constitution. Ce qu'il nous faut cependant retenir ici est que les uns préfèrent s'en remettre à l'ordonnance pour imposer le respect du Conseil, fût-ce au risque de déplaire au Gouvernement désireux de relancer une délibération, et qu'ils entendent pour ce faire s'appuyer sur les intentions des rédacteurs de la Constitution et de l'ordonnance, tandis que

les autres, mieux assurés d'être perçus comme des interprètes de la Constitution, entendent sauvegarder leur crédibilité à travers le respect de la hiérarchie des normes. Dans le premier cas, la volonté d'imposer sans appel les décisions du Conseil traduit une défiance plus grande dans la capacité de celui-ci à faire respecter ses décisions : en effet, cette orientation est guidée par la crainte de voir à l'avenir systématiquement, ou très souvent, négligées les décisions de non conformité émises par le Conseil dans la mesure où il serait simple et constitutionnellement admis de demander une nouvelle délibération de la loi invalidée. Dans le second cas, au contraire, le respect des décisions du Conseil tient d'abord à la cohérence juridique dont elles font preuve au sein du système qu'elles constituent peu à peu et il n'y a pas lieu de se considérer désavoué si le Président de la République demande une nouvelle délibération dans le cadre prévu par la Constitution. Les tenants de la seconde approche s'en remettent donc plus volontiers à un système juridique encadrant et définissant les prérogatives du pouvoir politique dans une optique qui ne s'illusionne cependant pas quant à la suprématie éventuelle des décisions du Conseil qui n'admettent « aucun recours » en vertu de l'article 62 de la Constitution ; ils expliquent en effet, Vedel en tête, que, d'une part, le Conseil pourrait aussi être à nouveau saisi si la nouvelle délibération menait à une loi dont la conformité à la Constitution serait douteuse et que, d'autre part, cette position de dépendance vis-à-vis de la saisine est le sort de toutes les cours souveraines à commencer par le Conseil d'Etat, pour finalement admettre aussi le caractère relatif de la conformité à la Constitution puisque,

« une disposition censurée à l'occasion d'une affaire pourrait fort bien se trouver constitutionnelle dans un autre contexte ».

Ainsi donc, selon cette approche, le pouvoir politique et les contingences contextuelles peuvent-ils avoir raison de la lettre prétendument exacte de la Constitution mais, sans prise aucune sur ces deux axes, le Conseil serait mieux avisé de manifester son respect de la hiérarchie des normes plutôt que de s'essayer à des extrapolations sur le sens relatif de l'ordonnance par rapport à la Constitution pour tenter vainement d'assurer au Conseil un dernier mot sans appel. Il s'agit donc ici encore de faire preuve d'un certain réalisme à l'égard des contraintes entre lesquelles navigue le Conseil constitutionnel et de le penser, faute de mieux, comme le garant de la supériorité du texte de la Constitution dans le corpus juridique en présence. Cela traduit du reste un regard sur la pratique démocratique ambiante considérant celle-ci comme ayant intégré cette idée du partage des tâches entre garantie du respect de la Constitution et appréciation de la nécessité politique, le Conseil renvoyant bien entendu à la première ; bref, une pratique démocratique reconnaissant le rôle structurant de la hiérarchie des normes pour l'organisation de la vie politique et sociale, plus que ne le serait l'autorité sans appel d'une institution non élue se faisant l'oracle des fondateurs de la Ve République. D'apparence plus modeste pour le rôle du Conseil constitutionnel, cette acception lui confère cependant une solidité ancrée dans un système constitutionnel et jurisprudentiel en train de faire ses preuves nonobstant la pratique démocratique lui pré-existant et sans qu'il soit besoin de spéculer sur les intentions des pères de la Ve République, à savoir l'autorité dominante du pouvoir élu. Sans autre prise des membres du Conseil constitutionnel sur les conséquences politiques de telle ou telle décision, ceux-ci s'en remettent une fois de plus à la logique constitutionnelle qui veut, comme le résume simplement Georges Vedel, que,

« l'effet juridique des décisions du Conseil constitutionnel, c'est simplement qu'une disposition censurée ne peut être ni promulguée ni mise en œuvre ».

S'il s'avère que les motifs mobilisables sont juridiques, le Conseil a alors en effet tout intérêt à s'y cantonner pour rester irréprochable sur ce plan- là. L'on voit ici combien cette irréprochabilité à, à présent, partie liée avec la place accordée à la hiérarchie des normes comme garantie de la stabilité institutionnelle. En effet, déclarer simplement que le dernier mot va au Conseil constitutionnel parce que l'article 62 de la Constitution prévoit que ses décisions ne sont susceptibles d'aucun recours ou laisser la primauté à l'article 23 de l'ordonnance portant loi organique sur le Conseil sur l'article 10 de la Constitution, a été suggéré pour imposer la suprématie des décisions du Conseil mais encore eût-il fallu que cela fût parfaitement défendable sur le plan juridique. Or, c'est bien sur ce terrain que se joue alors le débat contradictoire et tenir à imposer le dernier mot du Conseil induisait un détour des plus spéculatifs sur les intentions des rédacteurs de la Constitution et de l'ordonnance tandis que les textes, en revanche, s'agençaient logiquement les uns avec les autres dans la perspective bien admise de la hiérarchie des normes. Par sept voix contre les deux de Messieurs Simonnet et Jozeau-Marigné, la solution préconisée par le rapporteur est alors adoptée et dans le texte de la décision, la « nouvelle délibération » prévue à l'article 10 de la Constitution sera ainsi reliée à la « nouvelle lecture » envisagée par l'ordonnance du 7 novembre 1958 pour établir ainsi explicitement, et donc sur le plan de la jurisprudence à venir, que les dispositions de ladite ordonnance ne « constituent que les modalités d'application » des dispositions de l'article 10 de la Constitution en précisant notamment que,

« la procédure législative est close par la promulgation ».

Enfin, sur le fond, la discussion est très rapide et permet de partager l'idée dégagée par Vedel que,

« la loi est revenue en-deçà de la limite précédemment posée par le Conseil constitutionnel »,

à savoir la loi électorale pour le devenir de la Nouvelle-Calédonie semble mieux

« laisser à l'électeur le soin de décider quelque chose ».

Il peut cependant sembler curieux que les nouvelles répartitions de voix par « pays » qui n'ont que très sensiblement été modifiées, ne fassent pas davantage débat. Certes, le Conseil en a amplement débattu lors de la première délibération et ne peut que se réjouir de cette révision, même légère, sans pouvoir rien rajouter d'autre par rapport à son propos détaillé précédent, mais tout se passe ici comme s'il était devant le fait accompli, s'il s'interdisait une nouvelle censure sur cette même base. En tout état de cause, le matériau juridique a fructueusement servi de terreau à une discussion nourrie sur les questions de procédures, tandis qu'il semble difficile de mobiliser d'autres arguments, voire les mêmes, pour reconsidérer la question de fond. En l'occurrence, puisqu'ici la question de la procédure a largement dominé le débat, la « nouvelle délibération » demandée par le Président de la République est déclarée constituer finalement une

« intervention, dans la procédure législative en cours, d'une phase complémentaire résultant du contrôle de constitutionnalité »

et plus particulièrement, d'une déclaration d'inconstitutionnalité, puisque la loi en cause n'est pas promulguée après la première saisine du Conseil. Ainsi, le contrôle de constitutionnalité de la loi *a priori*, sur le fondement de l'article 61, alinéa 2 de la Constitution apparaît-il également comme une étape possible de la procédure législative comme l'affirme d'ailleurs l'un des considérants les plus importants de la jurisprudence du Conseil constitutionnel figurant dans cette décision :

« considérant que le contrôle de constitutionnalité établi par la Constitution du 4 octobre 1958 s'exerce à titre préventif après le vote de la loi et avant sa promulgation ; que le Conseil constitutionnel doit se prononcer dans le délai d'un mois à compter du jour où il est saisi et, s'il y a urgence, dans un délai de huit jours ; qu'ainsi l'objet de ce contrôle est non de gêner ou de retarder l'exercice du pouvoir législatif mais d'assurer sa conformité à la Constitution et, le cas échéant, lorsqu'une loi n'est pas déclarée dans sa totalité contraire à la Constitution, d'en permettre la promulgation, soit après amputation des dispositions déclarées contraires à la Constitution, soit après substitution à celles-ci de nouvelles dispositions réalisant une mise en conformité avec la Constitution ».

Enfin, sans entrer dans l'analyse de la décision déjà amplement et précisément abordée par la doctrine, notons que celle-ci met en avant un élément institutionnel – la promulgation de la loi – en l'imposant comme la finalité du raisonnement déployé pour permettre au Conseil de se prononcer sur la constitutionnalité d'une loi ou d'en déclarer l'inconstitutionnalité. Les arguments débattus pendant la délibération montrent bien, malgré leurs divergences, cette intention partagée de positionner le Conseil constitutionnel dans le processus législatif. Ce n'est pas pour autant une intention déterministe, fruit *a posteriori* évident d'un processus en marche pour interférer dans le processus d'élaboration de la loi, mais simplement l'expression d'une intention plus globale que nous suivons depuis le début de cette étude, à savoir celle de savoir comment se positionner selon les cas considérés. Ici, cette question rencontre de manière plus explicite que d'habitude celle de l'irruption du Conseil dans le processus législatif et ce cas, comme tous les autres, modèle la conception que les membres du Conseil constitutionnel se font du rôle de leur institution avec le fil conducteur de la concurrence indiscutable de la légitimité conférée par l'élection. Jusqu'au début des années quatre-vingts, cette conception partagée en interne renvoyait quasi-exclusivement à un certain regard sur la vie démocratique moyennant la confiance que nous avons décidé d'accorder à ces acteurs particuliers que sont les membres du Conseil constitutionnel ; depuis le tournant de l'alternance, s'affirme en effet la volonté de plus en plus fréquemment affichée de transmettre cette conception, de la faire valoir de plus en plus explicitement. Cela nous permet d'apporter une nuance renforçant notre compréhension des évolutions de la pratique démocratique à travers les discours internes des membres du Conseil constitutionnel : qu'il soit envisagé d'exporter cette conception, de la faire sortir de l'enceinte des débats, renvoie l'image d'une pratique démocratique ayant entériné le principe de définition des rôles institutionnels par le Conseil constitutionnel, autrement dit d'une pratique démocratique qui fait sa place à une institution certes non élue mais néanmoins capable d'encadrer, de circonscrire, bref de judiciariser la vie politique et les prises de décisions afférentes. Non seulement est-il toujours possible de dessiner les contours de l'évolution des pratiques démocratiques à travers ce que pensent les membres du Conseil constitutionnel du rôle implicite de leur institution eu égard à ce que leur dicte leur connaissance de la vie politique

française mais il devient clair que ce schéma intègre à présent l'institution elle-même. Loin de mettre un point final au processus de légitimation du Conseil rendu visible par la manière dont les évolutions réfractées de la pratique démocratique prennent en charge son rôle potentiel, celles-ci, en l'intégrant depuis le début des années quatre-vingts comme un maillon du système démocratique de la Ve République, traduisent une dynamique à l'œuvre. Rien n'est dit en effet de ce qui fonderait cette légitimité acquise quand tout en revanche concourt à montrer, toujours à travers les délibérations du Conseil, que les interlocuteurs de ce dernier, à savoir les représentants du peuple souverain, ne le considèrent plus comme un intrus indésirable mais bien comme un acteur ayant sa part dans la mise en mouvement de la collectivité politique, ou encore, plus prosaïquement, dans la prise de décision relative à la loi. Si la promulgation de la loi peut être affirmée comme un objectif explicite du Conseil dans la décision issue de cette délibération, en accord direct avec ce qui a été débattu, nous devons en effet alors admettre, pour rester fidèle à nos hypothèses initiales, que, réciproquement, la dimension institutionnelle du rôle du Conseil et notamment le cadrage par la norme constitutionnelle qu'il est en mesure d'imposer aux conditions d'« expression de la volonté générale » sont à présent partie prenante d'une pratique démocratique par là-même nouvelle. Cédant sans scrupule à une banalité que l'analyse ci-dessus permet cependant de lire sous un éclairage nouveau, concluons avec l'éloquent et très fameux considérant numéro 27 de la décision : « la loi votée,.../..., n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution ».

III.2.5. Ethos républicain et opinions partisans

Cette affirmation de l'Etat de droit qui se manifeste à travers la priorité que les membres du Conseil donnent aux arguments juridiques en appui sur la hiérarchie des normes ne saurait cependant occulter les autres traits de l'évolution de la vie démocratique française que le Conseil prend en considération pour penser son rôle en son sein. C'est précisément ce qui fait la particularité de cet Etat de droit : son acclimatation à une culture et à un contexte politiques particuliers notamment dans leur rapport à la représentation nationale. A ce titre, il est intéressant de s'arrêter quelques instants sur la délibération relative au projet de « privatisations » du gouvernement car elle fait écho à la fameuse délibération précédemment étudiée sur les nationalisations et nécessite, comme cette dernière, une prise en compte par le Conseil des conséquences politiques de la loi soumise à son examen, à défaut de pouvoir trouver un motif d'inconstitutionnalité explicite dans la Constitution. Par ailleurs, si la loi sur les nationalisations soumise à l'examen du Conseil entre décembre 1981 et janvier 1982 intervenait dans le cadre de la toute récente alternance politique avec l'arrivée de la gauche au pouvoir, celle-ci, sur les privatisations, place à nouveau le Conseil constitutionnel dans un contexte politique inédit où, comme précédemment, il va s'atteler à se distancier des enjeux de politique électorale ou de politique partisane pour concevoir son rôle de manière pérenne avec les outils qu'il se forge peu à peu en interne : pour la première fois sous la Ve République, la France connaît alors ce que les politistes et les différents commentateurs de la vie politique ont appelé une période de « cohabitation ». Les élections législatives du mois de mars 1986 ont donné à l'Assemblée

nationale une majorité de droite tandis que le socialiste François Mitterrand est toujours Président de la République. Celui-ci choisit donc de nommer Jacques Chirac, alors Président du principal parti de droite, le RPR (Rassemblement pour la République), Premier ministre. Ainsi, pour la première fois sous la Ve République, un Président de la République doit-il « cohabiter » avec un Gouvernement de l'opposition.

Concernant le Conseil constitutionnel, on l'a vu, la Présidence de Daniel Mayer va s'arrêter au profit de Robert Badinter mais il demeure membre du Conseil constitutionnel tandis que deux mandats prennent fin, ceux de André Ségalat et Paul Legatte ; un nouveau membre fait donc son entrée en plus du nouveau Président, Robert Fabre.

Robert Badinter entame une prestigieuse carrière d'avocat au barreau de Paris avant d'obtenir un doctorat en droit à la faculté de droit de Paris en 1952 puis d'être lauréat au concours de l'agrégation de droit en 1965. Il devient alors maître de conférences, puis occupe des postes de professeur d'université de droit dans diverses universités françaises. Il poursuit dans le même temps sa carrière d'avocat d'affaires et de droit commun. Rendu célèbre pour ses nombreuses tentatives d'éviter la peine de mort à ses clients, il en fera son principal combat de juriste jusqu'à sauver de la peine capitale, en 1977, l'assassin présumé d'un garçon de sept ans, alors condamné à la réclusion criminelle à perpétuité. S'en suivent de nombreux procès gagnés dans ce sens et un activisme intellectuel contre la peine de mort. Il démarre une carrière politique en devenant en 1981 Garde de Sceaux du nouveau gouvernement socialiste. Auteur de la mesure la plus emblématique de l'ère Mitterrand, Robert Badinter parvient à faire abolir la peine de mort en France en octobre 1981. Il portera aussi d'autres projets de lois visant à renforcer la protection des libertés individuelles⁴⁸⁰. Le Président de la République François Mitterrand le nomme Président du Conseil constitutionnel en mars 1986 ; censé remplacer André Ségalat dont le mandat arrive à expiration, il va finalement se substituer au Président Daniel Mayer qui prendra, lui, la suite du Conseiller sortant. Le constitutionnaliste Dominique Rousseau revient sur cet épisode controversé de la vie politique française où la droite a vu cette nomination comme une tentative de maintien de la gauche à un poste clé du système démocratique au moment où elle perdait les élections législatives. Dans son livre *Sur le Conseil constitutionnel – La doctrine Badinter et la démocratie*⁴⁸¹, l'auteur nuance la suspicion forte ayant alors pesé sur la nature de la démission de Daniel Mayer de son mandat de Président du Conseil constitutionnel au profit de Robert Badinter par le fait que Daniel Mayer était lui-même connu pour sa droiture et

« son indépendance de jugement et de comportement »⁴⁸² ayant justifié sa démission en février 1986,

« par son âge (77 ans), et par l'admiration et le respect que lui inspire Robert Badinter, son collègue à la Ligue des droits de l'Homme »,

rappelle Dominique Rousseau.

⁴⁸⁰ Par exemple, la suppression des juridictions d'exception comme la Cour de sûreté de l'État et les tribunaux des Forces Armées en temps de paix ; le fait de permettre à tout justiciable de porter un recours devant la Commission et la Cour européenne des droits de l'homme²⁰ ; le renforcement des libertés individuelles par la suppression de la disposition légale pénalisant les relations homosexuelles avec un mineur pour des âges où les relations hétérosexuelles étaient légales, etc. ; l'amélioration du droit des victimes, à travers la loi du 5 juillet 1985 : création d'un régime spécial d'indemnisation des victimes d'accidents de la circulation ; le développement des peines non privatives de libertés par l'instauration des jours-amendes et des travaux d'intérêt général pour les délits mineurs.

⁴⁸¹ Dominique Rousseau, *Sur le Conseil constitutionnel, La doctrine Badinter et la démocratie*, Descartes et Cie, Paris, 1997.

⁴⁸² *Op.Cit.*, p26

Si la lettre de démission que cite l'auteur laisse planer le doute d'un arrangement entre le Président de la République et le Président du Conseil constitutionnel⁴⁸³, il importe davantage de remarquer pour notre propos que la nomination du Président du Conseil constitutionnel est analysée par les acteurs du monde politique comme un élément déterminant pour le rapport de forces entre les partis au pouvoir ou entre la majorité et la minorité. En surestimant sans doute un peu la part du Conseil constitutionnel dans ce qu'il nomme « cette nouvelle règle du jeu législatif », Dominique Rousseau restitue cependant les craintes exprimées par la doctrine comme par le monde juridico-médiatique dont il retranscrit les propos, dans un contexte démocratique où,

« une majorité gouvernementale peut voir sa politique législative empêchée, retardée, amputée, modifiée par le Conseil constitutionnel »⁴⁸⁴,

dont on a pu souligner l'assurance plus marquée en la matière.

Dans le même temps, les débats internes du Conseil apprennent aussi à nuancer cet enthousiasme ou à limiter cette crainte : ses membres sont bien conscients et se réjouissent souvent du fait que l'auto-saisine leur est impossible, en bons gardiens qu'ils se vivent d'une Constitution qui, dans le sillage de l'histoire républicaine française, pose en son article 3 que « La souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants ou par la voie du référendum ».

Cette exagération n'est sans doute pas du reste celle de l'auteur mais celle, bien comprise, d'un jeu politique démocratique où chacun cherche toujours ses alliés pour reconquérir une majorité ; autrement dit, dans une contexte inédit où un Président de la République n'aurait plus qu'une minorité parlementaire, le Conseil constitutionnel, saisi par cette minorité, pourrait rééquilibrer le débat par rapport à la majorité, voire remettre celle-ci en question. Les craintes exprimées par les élus politiques de droite cités par l'auteur comportent en effet suffisamment d'emphase pour que l'on y décèle aisément autant de rhétorique que de sincérité ; elles sont par ailleurs en elles-mêmes la manifestation somme toute habituelle, voire heureuse dans une démocratie par définition pluraliste⁴⁸⁵, d'une compétition pour faire valoir ses propres conceptions pour le dire positivement ou pour se maintenir au pouvoir pour le dire de manière plus machiavélique. Quoi qu'il en soit, il n'y a rien de surprenant à ce que les partis au pouvoir saisissent les opportunités que leur offrent légalement les institutions pour s'y maintenir. Mais puisque l'institution concernée est ici le Conseil constitutionnel dont on met au jour la distance prise par rapport aux choix politiques associée à un sens aigu de la portée politique de ses décisions qui, ensemble,

⁴⁸³ Dominique Rousseau, *Op. Cit.*, p.27 citant la lettre de démission écrite par Daniel Mayer à François Mitterrand : « Vous m'avez fait l'amitié de m'informer de votre intention de désigner Robert Badinter en remplacement d'André Ségalat dont le mandat vient à expiration...Rencontrant, je le sais, votre sentiment, je considère qu'il possède les qualités pour assumer la présidence du Conseil constitutionnel. C'est pourquoi, je vous prie de bien vouloir accepter ma démission ».

⁴⁸⁴ *Ibid.*, p.24

⁴⁸⁵ D'après *Le Fédéraliste*, on commence à utiliser les institutions pour des luttes partisans, on perd le sens de la République. En même temps, les fédéralistes eux-mêmes préconisent un agencement institutionnel qui prenne déjà en charge cette potentialité sans nuire à l'esprit de la République ; le conflit est l'essence du politique et la démocratie moderne s'en nourrit puisqu'elle vise le gouvernement de la liberté et donc du pluralisme des opinions. La démocratie encourage donc cette tendance déjà propre au politique ; l'intelligence institutionnelle / constitutionnelle vise à la maîtriser (la vertu des institutions). Qu'ensuite cela s'enraye au niveau institutionnel, que les hommes se saisissent des blocages possibles pour en faire des opportunités intéressées est un problème qui demeure et que Bernard Manin étudie sur le volet de la démocratie de partis comme tendance sans surprise au sein de la démocratie.

façonnet la conception que ses membres se font peu à peu de son rôle, se pose plus que jamais la question toujours latente du caractère partisan des motivations du Conseil constitutionnel en l'espèce. Si nous avons vu primer dans le temps beaucoup d'autres axes structurants de cette conception, il nous faut rester attentif à cette éventualité dans l'étude de cette délibération ; elle est d'autant plus intéressante en la matière que la loi soumise à l'examen du Conseil vise à autoriser le Gouvernement à prendre les mesures législatives concernées, l'ordonnance en résultant devant être ensuite signée par le Président de la République, ce qui rend le texte législatif dépendant de deux partis opposés censés « cohabiter » ; en utilisant le terme « dépendant » ici, force est de reconnaître que nous anticipons sur une réalité ultérieure qui nous est connue : le Président François Mitterrand a finalement refusé de signer cette ordonnance et face à une Constitution peu explicite, cette pratique s'est alors imposée qui a permis de considérer que la signature des ordonnances par le Président de la République n'était pas une compétence liée comme l'est la promulgation de lois. Ce qui va nous intéresser demeure ce que le Conseil pressent comme étant de son rôle dans ce contexte particulier. Nous reviendrons ensuite plus largement sur cet aspect éventuellement partisan du Conseil dans la conclusion de ce chapitre.

Un mot sur Robert Fabre s'impose enfin avant d'aborder la délibération proprement dite. Pharmacien de profession, il entre tôt en politique à travers des mandats électoraux de maire puis de conseiller général et de député de l'Aveyron ; ensuite vice-président du Conseil régional Midi-Pyrénées, il fonde en 1972 le Mouvement des radicaux de Gauche et se fait connaître du grand public en signant le 27 juin de la même année, le programme commun de l'Union de la Gauche pour son mouvement, aux côtés du Parti socialiste de François Mitterrand et du Parti Communiste Français de Georges Marchais . Ce programme est le premier du genre⁴⁸⁶ depuis la scission du congrès de Tours, entre socialistes et communistes en 1921. Ce front uni permet aux trois mouvements d'améliorer leurs résultats électoraux et lors des présidentielles 1974, François Mitterrand représente un candidat sérieux échouant de peu devant Valéry Giscard d'Estaing. Cependant de profondes divergences ressurgissent entre le PCF et les autres mouvements, qui mènent en septembre 1977 à de nouvelles négociations pour refondre ce Programme commun. À leur issue, Robert Fabre, toujours dirigeant du MRG, critique fermement la rigidité communiste et le Programme Commun est enterré quelques jours plus tard. Après avoir accepté une mission sur l'emploi confiée par Valéry Giscard d'Estaing en 1978, Robert Fabre, plus tourné vers le centre gauche, est exclu de son parti et crée la *Fédération de la démocratie radicale*. Il est nommé membre du Conseil constitutionnel par Louis Mermaz, alors président de l'Assemblée nationale, en février 1986.

Sa carrière⁴⁸⁷, dit l'encyclopédie Universalis, illustre

« un radicalisme mal à l'aise dans les structures et les pratiques d'une V^e République dont la bipolarité heurte la vocation centriste des radicaux ».

Si l'heure n'est pas au commentaire du commentaire, cette remarque comporte toutefois cela d'intéressant qu'elle renvoie de manière classique la Ve République à sa bipolarité, notamment depuis l'élection du Président de la République au suffrage universel direct, tandis que celle-ci a

⁴⁸⁶ <http://fresques.ina.fr/jalons/fiche-media/InaEdu00141/la-rupture-du-programme-commun-declaration-a-la-presse-de-marchais-et-fabre.html>

⁴⁸⁷ <http://www.universalis.fr/encyclopedie/robert-fabre/>

été pensée, nous l'avons rappelé, contre la domination des partis. Ainsi, la façon dont les membres du Conseil constitutionnel pensent leur rôle eu égard à une éventuelle tentation partisane sera-t-elle à considérer dans ce contexte particulier d'une République voulue au-dessus des partis mais ayant plutôt revisité leurs modalités d'accès au pouvoir, certes en limitant les désordres gouvernementaux des Républiques précédentes mais en déplaçant aussi vers l'exécutif et son besoin de s'appuyer sur une majorité parlementaire les querelles partisans, dont le ressort se cristallise sous le fameux syntagme de clivage droite-gauche. Or, la cohabitation rend nécessairement actif le clivage, c'est-à-dire qu'elle l'actualise dans le moment de création de la loi auquel participent deux autorités en désaccord non plus au moment du vote, où la majorité finit par l'emporter, mais entre celle qui débat et vote la loi, et celle qui la promulgue, tandis que la vie politique de la Ve République jusqu'ici n'avait de bipolaire que le débat parlementaire et plus généralement les périodes électorales. Le rapport du Conseil à toute logique partisane sera donc aussi intéressant à comprendre comme un marqueur éventuel des évolutions de la pratique démocratique à travers ces temps de rupture que sont aussi bien l'alternance de 1981 que la première cohabitation de 1986.

Il est temps de nous intéresser à la délibération des 25 et 26 juin 1986.

Séance des 25 et 26 juin 1986*, décision 86-207 DC : loi autorisant le gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social (privatisations)

⇒ Qu'apprend-on ici ?

Les enjeux discutés ne sont pas ceux de l'opportunité de la loi par rapport à une situation ou à un programme politique dans le contexte d'une certaine évaluation de cette situation, en l'espèce économique. Ce sont bien davantage ceux des limites à ne pas dépasser pour respecter la Constitution ou la jurisprudence constitutionnelle, dans l'optique d'aider le législateur à y voir clair en la matière. Cependant, ces limites ne sont pas entendues au sens du strict respect de la lettre juridique mais de ce qui tient malgré tout ensemble les appréciations divergentes de la vie sociale ou institutionnelle, que nous appelons la vie politique, au sens de la collectivité organisée.

Les membres du Conseil constitutionnel sont donc à cette date son Président, Robert Badinter et les conseillers Daniel Mayer, Robert Fabre, Louis Loxe, Georges Vedel, Robert Lecourt, Léon Jozeau-Marigné, Maurice-René Simonnet et Pierre Marcilhacy, avec toujours Valéry Giscard d'Estaing, membre de droit. Le rapporteur est Georges Vedel ; le Président Badinter suggère de commencer par un rapport introductif sur la loi concernée mais le rapporteur préfère, dit-il,

« consacrer un temps assez long à des considérations préliminaires...pour examiner ensuite le projet de décision, considérant par considérant » et « se tient à la disposition du Conseil pour procéder à une analyse de la loi, si celui-ci le préfère ».

Si le respect qu'inspire Robert Badinter en tant qu'avocat comme en tant qu'ancien Garde des Sceaux ne saurait faire aucun doute, il n'en impose pas plus que les autres Présidents une méthode de travail particulière dans le cadre des délibérations et l'on a du reste souvent entendu

le conseiller Vedel rapporteur proposer de lui-même une façon inédite d'aborder les sujets, en général fort appréciée de ses collègues. De cette introduction ressort en tout état de cause la priorité, en revanche toujours observée mais ici clairement énoncée, de laisser la parole aux conseillers, en tant que maîtres, collectivement, de l'évolution des sujets traités. La collégialité que nous avons prudemment cantonnée au début de ce travail à la perception escomptée de la décision publique en tant qu'émanant d'un organe – « Le Conseil décide » - et non d'une majorité, voire de la totalité des individus la composant, était aussi souvent apparue au cours des débats comme devant être perçue comme telle pour renforcer l'idée de consensus afférente⁴⁸⁸ et censée toujours porter les décisions finales ; la notion est ici complétée explicitement – mais la méthode elle-même n'est pas inédite- par une dimension formelle des débats prenant en compte tous les avis pour en dégager celui « du Conseil ». Ainsi, dès les débats, les conseillers se pensent-ils comme membres de l'entité Conseil. Cette remarque, que nous inspire l'introduction du rapporteur, fera l'objet d'une reprise dans le chapitre suivant, dédié à la nature de corps délibérant du Conseil constitutionnel.

L'on apprend ensuite par le rapporteur que non seulement la loi est complexe mais que les saisines le sont aussi, soulevant de nombreux points juridiques, ce qui prolonge l'observation récente formulée à propos des auteurs des saisines : même maladroitement, ceux-ci s'engagent de plus en plus sur le terrain juridique, ne se contentant pas toujours de demander au Conseil un avis mais motivant de plus en plus souvent le leur⁴⁸⁹. Mais la difficulté principale réside, et ce n'est pas non plus la première fois que le Conseil identifie en l'espèce une difficulté de premier ordre, dans le caractère inédit de la question qui lui est posée, ne lui permettant pas de s'appuyer confortablement sur une jurisprudence existante. En effet, deux décisions seulement renverraient au contrôle que le Conseil peut exercer sur une loi d'habilitation et Georges Vedel insiste sur le caractère jurisprudentiel de la décision à venir en situant explicitement le rôle du Conseil comme celui d'un faiseur de droit et pas seulement comme un interprète du droit existant :

« Le Gouvernement et le Parlement vont donc être informés du régime des lois d'habilitation et de la portée du contrôle de constitutionnalité dont elles pourront être l'objet ».

Si les membres du Conseil ont longuement et finement débattu à plusieurs reprises du fait que l'interprète peut être à juste titre soupçonné de créer la norme en disant ce qu'elle doit être ici et maintenant, ils se sont pensés dans les limites d'un acceptable dicté par leur lecture des pratiques démocratiques considérées comme entérinées. Rajouter au corpus juridique des normes *ex-nihilo*

⁴⁸⁸ Cf les débats où l'on s'interdit explicitement de mentionner dans la décision qu'elle a fait l'unanimité et que l'on s'en réjouit spontanément en interne, car cela laisserait supposer que ce n'est pas toujours le cas et nuirait à la collégialité avec laquelle le Conseil présente de toute façon ses décisions en tant qu'entité unitaire et pas en listant les avis des uns et des autres, ni même les signatures des présents, fussent-ils tous d'accord. Ainsi, cette collégialité nous est-elle rapidement apparue comme sous-entendant un certain accord, un consensus obtenu à l'issue de la délibération et déterminant pour la décision.

⁴⁸⁹ Une thèse entière pourrait de la même manière être dédiée à l'étude des textes des saisines; celles-ci sont toutes disponibles, publiques et consultables sur le site du Conseil constitutionnel. Nous les considérons seulement ici en fonction de l'écho qu'elles renvoient de la conception que « le Conseil » se fait de son rôle afin de resserrer un propos déjà par définition nécessairement extensif étant donné notre démarche compréhensive, et ne pas perdre de vue notre hypothèse première : la possibilité de lire l'évolution des pratiques démocratiques en France entre 1958 et 1986 à partir de la façon dont les membres du Conseil constitutionnel envisagent le positionnement de leur institution. Si leur laisser la parole n'implique pas *a priori* d'exclure celle des autres, il nous semble cependant plus raisonnable de ne tirer de cette dernière que le dialogue qu'elle peut entretenir avec la première, que nous privilégions cependant au niveau de l'analyse afin de rester fidèle à notre projet de faire parler un objet particulier pour éclairer un sujet général.

est une autre affaire et Vedel propose d'ailleurs

« de laisser la porte ouverte à des aménagements, qui pourront s'avérer nécessaires, plutôt que de trancher dès aujourd'hui, en anticipation, par une théorie complètement élaborée, l'ensemble des questions qui pourraient être soulevées ».

Le rapporteur va alors commencer par examiner les lois d'habilitation telles qu'elles sont prévues par l'article 38 de la Constitution « qui peut être source de confusion », comme l'illustrent d'ailleurs, dit-il,

« le texte des saisines et la réponse que le Gouvernement leur apporte dans sa note ».

Ainsi, le Conseil doit-il d'abord clarifier la compréhension du texte constitutionnel, nous dirons l'interpréter ici avec la rigueur qu'impose la connaissance du droit et de la jurisprudence correspondante, bref au plus près d'une logique juridique qui se tient par sa propre cohérence et qu'il maîtrise visiblement mieux que les acteurs politiques qui le saisissent. Mais, précise aussi Vedel,

« la doctrine elle-même n'est pas à l'abri des confusions » et « le Conseil constitutionnel lui-même en a d'ailleurs commises »,

notamment dans une décision de 1977⁴⁹⁰, l'expression selon laquelle l'article 38 donne au Gouvernement le pouvoir de « légiférer » - c'est Vedel qui souligne- par ordonnance est « tout-à-fait impropre juridiquement ». Il décortique alors l'article 38 à la lumière de la pratique des décrets-lois de la III^e République⁴⁹¹ qui ne pouvaient être exercés par le Gouvernement qu'une fois celui-ci autorisé par le Parlement. Mais arrêtons-nous un instant sur cette remarque concernant les erreurs du Conseil : elle rappelle, s'il était besoin, que non seulement l'expertise juridique du Conseil n'est pas considérée en interne lors des délibérations de ses membres comme le seul argument viable pour parvenir à une décision, mais elle est aussi considérée comme imparfaite ; cela bien entendu ne pourrait en aucun cas transparaître dans les décisions pensées pour se tenir sur le plan juridique, même si la doctrine peut y déceler maintes imprécisions. Ainsi, l'écart apparaît-il à travers les débats entre la légitimation escomptée de l'expertise juridique formulée dans les décisions et les difficultés à se réclamer en réalité exclusivement d'une telle expertise, que ce soit parce que les références manquent ou parce que d'autres arguments semblent devoir primer aux yeux du Conseil ou encore, comme l'avoue ici le grand juriste, parce qu'elle peut faire défaut en tant que telle aux membres du Conseil constitutionnel. En tout état de cause, nous postulons que les arguments invoqués traduisent en eux-mêmes quelque chose des pratiques démocratiques, celles du moins comprises par les membres du Conseil constitutionnel au moment où ils pensent le rôle de leur institution : à tout

⁴⁹⁰ Décision 76-72 DC du 12 janvier 1977 sur la Loi autorisant le Gouvernement à modifier par ordonnances les circonscriptions pour l'élection des membres de la chambre des députés du territoire Français des Afars et des Issas (conformité). Cf site du Conseil constitutionnel :

<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/1977/76-72-dc/decision-n-76-72-dc-du-12-janvier-1977.7519.html>

⁴⁹¹ Cette partie de l'exposé de Vedel est très intéressante sur les plans juridique et historique ; il offre une nouvelle fois à ses collègues un cours de droit constitutionnel sur le fondement, l'histoire et la pratique des décrets-lois assortis de l'analyse juridique ayant prévalu jusqu'à présent selon la thèse de Jean Delvolvé : c'est la matière législative qui était ainsi déléguée, pas la compétence. Vedel commente que cette thèse se retrouve dans la Constitution de 1958 malgré une réaction e la IV^e République contre les décrets-lois abusifs et certainement en raison du caractère inévitable de leur pratique qui comme le montrent les exemples tirés de l'étranger « correspond à une nécessité ».

le moins, ils fournissent plus d'éclairages que les seules décisions formulées sur un registre juridique. Que ces dernières s'interdisent de reprendre tous les arguments invoqués en interne ne traduit pas du reste un avis sur les pratiques démocratiques à moins de se contenter d'un avis très réducteur consistant à considérer la nouveauté de celles-ci dans leur acceptation des justifications juridiques comme le prévoit la Constitution ; l'on resterait ainsi sur sa faim quant à la compréhension du lien entre la pratique électorale et l'acceptation d'une institution inscrite dans la Constitution tandis que c'est précisément le foyer de notre questionnement. Le choix raisonnable du Conseil de faire ce que la Constitution lui demande à savoir s'exprimer publiquement sur un plan principalement juridique est le point aveugle de l'évolution des voies de légitimation démocratique en cours. C'est la justification interne de leurs choix, *in fine* nécessairement juridiques, qui exprime quelque chose de plus sur la manière dont les membres du Conseil perçoivent l'état des pratiques démocratiques, institutionnelles ou directement citoyennes. Ce rappel n'est pas une coquetterie visant à justifier à nouveaux frais la méthode déployée : il est au contraire constitutif de cette méthode elle-même qui, postulant la pertinence des discours internes du Conseil pour le propos traité, rencontre dans ces mêmes discours la confirmation concrète de ses postulats ainsi actualisés dans un contenu répondant au questionnement abordé.

Ses explications sur l'article 38 conduisent ensuite le rapporteur à s'appuyer sur les arguments déjà soulevés par le Conseil l'année précédente lors de la délibération que nous avons étudiée plus haut, à savoir celle relative à la deuxième saisine sur la Nouvelle-Calédonie fin août 1985 : cette invocation d'une jurisprudence interne, basée sur des arguments discursifs qui ont gardé leur pertinence n'est pas nouvelle et témoigne une fois de plus d'une mémoire du Conseil comme groupe délibérant qui se met en place, de façon plus ou moins régulière en raison des renouvellements par tiers. La saisine, en invoquant ici la décision du Conseil de 1977, fait la même erreur que celle dissipée par le Conseil en août 1985 : de la même manière,

« rajouter des conditions à l'usage, par le Gouvernement, de l'article 38 de la Constitution consisterait à rajouter au texte même de la Constitution »,

ce que le Conseil s'était alors refusé de faire. Par ailleurs, Vedel rappelle aussi que,

« le rôle du Conseil constitutionnel est de juger la loi et non pas le législateur »,

c'est pourquoi l'opportunité pour le législateur de recourir à l'article 38 ne lui semble pas pouvoir en soi faire l'objet d'une saisine. Enfin, revenant à la jurisprudence du Conseil de 1977, il précise qu'elle a permis d'explicitier la nécessité pour le Gouvernement d'indiquer les finalités poursuivies avec lesdites ordonnances sans avoir à mentionner le domaine d'intervention des mesures correspondantes même si Vedel estime à présent, à partir de diverses expériences, qu'il serait nécessaire de préciser aussi ces domaines afin d'éviter certains « errements »⁴⁹². A vrai dire, une solution technique a été amorcée, précise-t-il plus loin, dans l'autre jurisprudence du Conseil, celle de 1982, qu'il s'agit alors cette fois de renforcer. Puis le rapporteur en vient à rappeler « le tableau de vie d'une ordonnance » en tant que celle-ci s'applique avec une valeur administrative jusqu'au projet de loi de ratification, sans lequel elle devient caduque et après

⁴⁹² L'allusion est ici faite par Vedel au rétablissement par ordonnance de la peine de mort à titre de sanction de l'espionnage en temps de paix (domaine d'intervention particulier de l'une des mesures de l'ordonnance), sous la IV^e République sous le prétexte de défendre le franc (finalité poursuivie).

lequel elle prend force de loi. Il se réjouit en particulier que le Conseil d'Etat et le Conseil constitutionnel disposent de jurisprudences en « parfaite harmonie » d'où il résulte que,

« les ordonnances interviennent valablement dans un domaine réservé à la loi » ;

l'on ne saurait donc les critiquer pour un tel empiètement.

En revanche, il sied, lui semble-t-il, de profiter de cet examen pour assurer un meilleur contrôle des ordonnances à venir, dans le prolongement des jurisprudences de 1977 et de 1982 à partir desquelles tout en jugeant infondé de présupposer un usage contraire à la Constitution des ordonnances par le Gouvernement, le Conseil a tout de même

« tenu à rappeler les règles et les principes constitutionnels qui s'imposaient en la matière ».

L'on est là à nouveau face à la mission de rationalisation non pas exclusivement du parlementarisme comme il en était question à la naissance du Conseil, mais du législateur au sens large que lui donne la Constitution ; autrement dit, quiconque légifère en vertu de la compétence que lui confère la Constitution, doit respecter « les valeurs et les principes » énoncés par celle-ci. Que le rapporteur considère nécessaire de renforcer cette approche traduit une confiance dans la capacité du droit constitutionnel à ordonner la vie politique qui ne peut surprendre de la part du grand juriste qu'il est. Qu'il considère plausible pour le Conseil de prolonger sa propre jurisprudence en la matière exprime en soi la conception d'une pratique démocratique qui ne s'en remet pas aux seuls choix du législateur ; qu'il propose plus loin de l'intégrer à la décision pour expliciter cette jurisprudence à venir reflète, comme précédemment, l'actualisation d'une telle évolution de la pratique démocratique vers le besoin d'une garantie des « valeurs et principes » qui la meuvent au-delà des procédures censés porter ces derniers ; ce que l'on pense en filigrane de la pratique démocratique pendant les délibérations du Conseil se trouve renforcé par l'expression de cette conception sous-jacente dans la décision elle-même, laquelle participe du dialogue entre le Conseil et les autres institutions républicaines. Ainsi, la légitimité électorale apparaît-elle ici en effet davantage relever d'une procédure admise que d'une finalité exclusive : si l'élection demeure la procédure privilégiée pour identifier les représentants du peuple souverain, ces derniers ne sont pas habilités à tout faire et ne sont en réalité censés agir que dans le respect, voire ultimement pour le respect, de tels valeurs et principes. A cet effet, Vedel propose de combler

« les lacunes et les trous éventuels du contrôle sur les ordonnances à venir ».

Au nombre de quatre, ces contrôles concernent alors celui que le Conseil constitutionnel peut exercer en cas de saisine sur la loi d'habilitation permettant du Parlement d'autoriser le Gouvernement à procéder auxdites ordonnances, le contrôle du Conseil d'Etat qui, de manière non obligatoire, donne un simple avis au Gouvernement sur les mesures envisagées, tant en opportunité qu'en droit, celui de la signature des ordonnances *in fine* par le Président de la République, celui aussi du recours devant le Conseil d'Etat pour excès de pouvoir mais seulement tant que l'ordonnance a valeur administrative, n'ayant pas encore été ratifiée par le Parlement. Vedel rappelle ensuite que la question de la signature des ordonnances

« fait l'objet actuellement d'une vive polémique » mais que « le Conseil n'est pas appelé à la trancher » sans qu'il soit pour autant nécessaire « de se fermer les yeux ».

Il s'agit là de la polémique évoquée plus haut sur la liberté d'appréciation ou pas du Président de

la République vis-à-vis de la signature des ordonnances. Ramenant la question au rôle du Conseil constitutionnel, le rapporteur met ses collègues en garde :

« tout ce que le Conseil dira sur ce qui est ou ce qui n'est pas contraire à la Constitution dans la loi d'habilitation servira de guide aux pouvoirs publics et sera de nature à dénouer bien des conflits potentiels ».

Le Conseil se positionne ici comme l'expert de la Constitution dont les pouvoirs publics ne sauraient se passer sans prendre le risque de nombreux conflits. Cette fameuse répartition des tâches pour penser son rôle va ici de soi dans ce contexte général où la Constitution est à présent toujours décrite en surplomb de la loi, sans pour autant s'y substituer. Se développe ainsi une conception du Conseil comme le garant non pas du respect à la lettre de la Constitution mais de la production d'une loi qui soit en accord avec les valeurs et les principes que celle-ci énonce. A ce titre, l'institution de la rue Montpensier semble élaborer une vision d'elle-même plus proche de ce que les pères fondateurs américains visaient dans *Le Fédéraliste* avec leur Cour suprême censée représenter le même peuple que les représentants élus, au nom alors non pas d'une procédure électorale mais de ce qu'elle protège en tant qu'expression directe du peuple souverain, la Constitution. Ce faisant, l'archétype kelsenien d'une assemblée d'experts compétents pour assurer la hiérarchie des normes et le fonctionnement à proprement parler d'un Etat de droit, s'éloigne au profit d'une notion plus politique, au sens où elle est constitutive de l'action elle-même des citoyens dans leur vie collective : la notion de représentation. Nous y reviendrons au chapitre IV. Il demeure que l'expertise conserve un rôle déterminant puisque représenter le peuple souverain, ou du moins parler non pas en son nom mais pour lui – pour guider les pouvoirs publics- nécessite que l'on puisse se fier à ceux qui s'en prévalent. Or, sur quelle base construire cette confiance ? Comment juger d'une expertise que par définition seuls certains détiennent ? Georges Vedel nous aide à répondre que c'est par défaut que l'on acceptera une telle expertise, au nom des conflits potentiels qu'elle aura su prévenir ; autrement dit, elle vaut jusqu'à preuve du contraire.

Il est un autre point important qui ressort de l'exposé du rapporteur : la pertinence de penser le rôle du Conseil constitutionnel par rapport à celui du Conseil d'Etat. Pertinence eu égard à la fluidité du fonctionnement des institutions de contrôle de la loi à laquelle le Conseil semble pouvoir, voire devoir, prendre part, estime le rapporteur. En effet, ses

« discussions très libres.../... avec plusieurs membres du Conseil d'Etat »,

lui permettent de penser que si le Conseil constitutionnel précise que la loi d'habilitation ne porte atteinte à aucun principe ni à aucune règle de valeur constitutionnelle, le Conseil d'Etat pourra alors plus aisément éventuellement étudier la conformité à la Constitution de l'acte administratif découlant de cette loi d'habilitation sur des aspects n'en émanant pas spécifiquement, sans risquer de contrôler lui-même la conformité de cette loi à la Constitution puisque le Conseil constitutionnel aura déjà été explicite en la matière ; le Conseil d'Etat s'interdit en effet de le faire lui-même, donnant d'ailleurs ainsi lieu à la fameuse théorie de la loi-écran déjà rencontrée.

Mais le problème, en dépit de ce raisonnement convaincant qui clarifierait déjà mieux les choses, vient de la procédure actuelle elle-même : le Conseil constitutionnel, s'il intervient, le fait trop tôt, au niveau de la loi d'habilitation et donc sans connaître le contenu à venir des ordonnances ou en connaissant au mieux leur domaine d'application, tandis que,

symétriquement, la ratification des ordonnances par le Parlement arrive trop tard, explique Georges Vedel, soulignant la limite que le Parlement s'est lui-même imposée, en ne pouvant plus, au moment de la ratification du projet de loi faisant de l'ordonnance un texte législatif, revenir sur un contenu dont il a accepté de déléguer l'élaboration au Gouvernement et qui plus est, dont le Conseil constitutionnel aurait auparavant validé la loi d'habilitation. C'est en conséquence de cette procédure que les choses s'avèrent délicates pour le Conseil constitutionnel :

« si la loi d'habilitation viole franchement et ouvertement la Constitution, il n'y a pas vraiment de problème ; mais la difficulté peut venir du silence de la loi »,

ajoute Vedel. Ici se confirme encore l'un des aspects les plus critiques du rôle du Conseil constitutionnel : la possibilité de laisser passer des lois contraires à la Constitution dans leurs conséquences immédiates quand bien même leur énoncé lui serait conforme. La question qui se pose donc ici clairement est celle d'un raffinement du rôle du Conseil constitutionnel : comment rendre celui-ci plus efficace dans l'identification des foyers de non conformité à la Constitution au sein d'une procédure qui le lui permet difficilement ? Autrement dit, le Conseil constitutionnel prend ici conscience, par l'entremise de son rapporteur, du fait qu'une fois saisi de la loi d'habilitation, il prend en charge la lourde responsabilité non seulement de dire si celle-ci est conforme ou pas à la Constitution mais encore de permettre à une loi ultérieure de voir le jour, qui ne serait peut-être plus conforme à la Constitution sans qu'une nouvelle saisine ne puisse avoir spontanément si la loi d'habilitation a déjà été jugée conforme. Or, à propos de cette loi d'habilitation potentiellement si opaque, Vedel précise que

« Si le doute doit certainement bénéficier au législateur, il appartient au Conseil constitutionnel d'indiquer et de rappeler que la seule interprétation constitutionnelle est celle qu'il défendra ».

Vedel développe alors son idée selon laquelle, moyennant une explicitation claire des finalités de la loi d'habilitation et par conséquent une précision des domaines d'intervention de l'ordonnance, le Conseil constitutionnel pourra proposer une interprétation qui

« liera tant le Gouvernement qui prendra les ordonnances que le Président de la République qui les signera et le Conseil d'Etat qui en connaîtra, le cas échéant, au contentieux ».

Ainsi, cas après cas, se dégage, s'affirme et s'affine un positionnement du Conseil constitutionnel au sein des autres institutions républicaines : il est celle qui garantit le fonctionnement constitutionnel des autres, de manière fluide et cohérente au moment concerné d'une part, tout en anticipant le maintien futur de cet équilibre institutionnel et juridique d'autre part. Autrement dit, quand il est saisi, il contrôle plus que la loi, il contrôle le système des institutions dans lequel celle-ci s'insère ou peut être amenée à s'insérer. S'en dégage aussi une idée de la Constitution qui la rapproche plus du cadre général des possibles de l'action politique que d'une référence stricte pour les termes d'une loi donnée. Pour l'heure, Vedel formule cela ainsi :

« Le conseil constitutionnel peut ainsi faciliter les contrôles qui suivront le sien. Il s'agit d'une technique de cadrage.../...telle est la philosophie que le Conseil constitutionnel doit faire sienne ».

S'en suit alors un exposé sur la loi elle-même, critiquée par les deux saisines parlementaires pour des raisons de procédure législative et pas directement, comme ce fut le cas de la loi sur les nationalisations en son temps, pour des raisons de fond, comme si la minorité

socialiste avait déjà accepté ce principe de privatisations sur le plan idéologique qui est le sien tandis que ce dernier plaçait fin 1981 les nationalisations en droite ligne du programme de la gauche pour l'emploi. L'analyse du fameux tournant de la rigueur pris par la gauche française dès 1983 n'a pas sa place ici mais il est intéressant de noter à titre informatif la valeur herméneutique des saisines pour des recherches en science politique axées sur l'évolution des référentiels internes à un parti politique. Pour autant, l'étude de la loi et des saisines va amener le rapporteur puis ses collègues à discuter vigoureusement de trois thèmes centraux dans l'énoncé de la loi d'habilitation et autour desquels va se nouer la conception partagée du rôle à jouer par le Conseil constitutionnel vis-à-vis des lois d'habilitation en général et eu égard au contenu spécifique de celle-ci en particulier : le rôle du Parlement, le rôle du Conseil économique et social par rapport à celui du Conseil d'Etat, la question de la définition des monopoles de fait.

Le rôle du Parlement

Le rapporteur fait part des difficultés qu'il a eues, d'une manière générale, à établir un dialogue avec le Parlement pour se faire une idée juste de cette loi. L'on apprend alors que Pierre Joxe, Président du groupe socialiste, contacté par Georges Vedel, a préféré

« le mettre en rapport avec Monsieur Carcassonne, très brillant agrégé de droit et rédacteur de la saisine des députés »,

lequel a donc pu échanger avec le rapporteur à deux reprises, avant et après les réponses également apportées du Gouvernement à ses explications.

« Toutes ces procédures, estime Vedel, si elles avaient dû être officialisées, n'auraient certainement pas tenu dans le délai d'un mois ».

Au-delà de la dimension officieuse du travail du Conseil constitutionnel préalable à la délibération proprement dite, c'est la reconnaissance qu'il a à présent acquise d'être un acteur juridique de premier plan qui saute aux yeux ici : quand le doyen Favoreu donne pour titre deux ans plus tard à l'un de ses ouvrages bien connu, *La politique saisie par le droit*, il fait directement allusion à ce qui semble devenu la perception nouvelle du rôle du Conseil Constitutionnel de la part du monde politique à travers cette étape importante de son développement qu'est la période de l'alternance politique. Il y relate notamment comment la classe politique a alors pris acte du fait qu'il fallait désormais considérer cette institution comme un acteur de la vie politique et compter avec le « droit de la Constitution » qu'elle a pour mission de faire respecter. Ce moment de l'alternance, d'abord avec l'arrivée de la gauche au pouvoir puis avec la première cohabitation, coïncide, nous l'avons vu, avec le renforcement, constaté à travers les délibérations, de la conception que le Conseil a de la pratique démocratique, en l'occurrence institutionnelle, sur laquelle il développe celle de son propre rôle. Son intérêt bien compris de ne pas afficher alors de préférence partisane, associé à l'éthos républicain de ses membres autant qu'à une captation adéquate de ce que lui offrent de marge de réflexion et d'action, des saisines de la minorité parlementaire le faisant entrer désormais par la grande porte dans l'arène des débats législatifs entre partis concurrents, créent un terreau favorable à la maturation d'une conception déjà en marche. De manière schématique et à titre de rappel, celle-ci embrasse, tout à la fois, le rôle à tenir – un guide pour les pouvoirs publics en matière de droit constitutionnel-, le positionnement institutionnel correspondant –une forme de dépendance vis-à-

vis du législateur, de l'élu et de la loi votée- , la légitimité dont se prévaloir et la compréhension de la pratique démocratique associée – une expertise juridique qui intègre le respect d'un certain consensus social, révélant la capacité pour la démocratie française de se vivre à travers cette forme inédite de représentation. Cette délibération permet de montrer le niveau d'appropriation de cette conception développée de son rôle par un Conseil constitutionnel plus affirmé dans ce qu'il entend représenter.

Il s'agit donc ici de retenir du point de vue mis en avant par Georges Vedel que le Conseil constitutionnel, contraint dans ses travaux par le temps comme par l'absence de procédure lui permettant d'obtenir facilement et systématiquement les informations nécessaires sur une loi soumise à son examen (Vedel évoque d'ailleurs à ce titre le seul « entretien traditionnel avec les représentants du Gouvernement »), n'en demeure pas moins à présent mieux assuré dans sa compétence juridique, bien conscient de la rigueur qui préside à ses travaux et par conséquent à ses débats, et renforcé dans cette connaissance de sa propre valeur ajoutée par l'écho que lui en renvoient les acteurs extérieurs ; que le Parlement ne joue pas pleinement le jeu ici ne parvient pas à minorer le propos dès lors qu'il s'en remet en réalité à l'un des futurs grands spécialistes de la Constitution, Guy Carcassonne, pour fournir au Conseil les réponses demandées. Ainsi, non seulement, même maladroitement, entend-il apporter ces réponses au Conseil constitutionnel, mais en plus préfère-t-il en déléguer la charge à un constitutionnaliste permettant de les éclairer comme il se doit dans le délai très bref imparti.

Cette remarque préliminaire sur l'assise juridique et l'intégration visible du Conseil constitutionnel qu'elle semble lui conférer dans le système institutionnel permet de saisir plus précisément l'importance de l'enjeu qui va alors être débattu, dans la mesure où la question, loin d'être neuve, est à la source de notre questionnement premier et n'a de cesse d'alimenter les débats du Conseil quant à son positionnement : le rôle du Parlement reconsidéré à l'aune de cette confiance accrue du Conseil constitutionnel dans sa propre capacité à rappeler les missions de chacun. C'est Pierre Marcilhacy qui ouvre le débat en déclarant que,

« il s'agit une fois encore d'un conflit entre les droits du Parlement et ceux du Gouvernement ».

Selon lui, le projet du rapporteur accorderait une place trop décisive au Conseil d'Etat, « maison d'en face » à laquelle lui-même est loin de s'opposer explique-t-il, mais

« le Conseil d'Etat est à côté du pouvoir exécutif. Il est également à côté du pouvoir législatif »

et Pierre Marcilhacy

« ne souhaite pas, pour sa part que, par sa décision, le Conseil constitutionnel confère au Conseil d'Etat un rôle et une importance plus grande que ceux qui lui ont été reconnus par le constituant ».

Or mettre en avant, dans la décision, le contrôle de la constitutionnalité des ordonnances par le Conseil d'Etat, semble à Marcilhacy à la fois étendre les pouvoirs de l'institution administrative suprême tout en étant « un véritable leurre » puisque le Gouvernement n'est pas lié par ce contrôle purement consultatif. Même s'il prend acte de la précision et de la modération du propos du rapporteur,

« il doute fort que le citoyen fasse une différence nette entre la loi et le règlement » et rappelle « qu'il s'est toujours battu pour que le pouvoir législatif ne le cède pas trop au pouvoir administratif ».

Ce combat prend alors des allures bien solennelles lorsque Pierre Marcilhacy conclut :

« Le Conseil constitutionnel doit remplir les obligations de sa charge et prévenir un suicide du

Parlement ».

Autrement dit, le rôle du Conseil constitutionnel serait avant tout de veiller au respect des prérogatives des institutions telles qu'elles ont été prévues par le constituant et pas d'induire dans la perception des acteurs politiques de quelconques changements en la matière, susceptibles de dessaisir trop aisément le Parlement de son rôle, au motif que la constitutionnalité des ordonnances serait garantie par le Conseil d'Etat. L'on comprend donc qu'ainsi la crainte de Pierre Marcilhacy : rassuré sur la constitutionnalité des ordonnances, le législateur aurait plus facilement tendance à accepter leur principe et ce faisant à se dessaisir de sa mission première. Or, ce qui se veut ici une défense vigoureuse du Parlement résonne pourtant comme une reconsidération de sa mission législative au profit de l'intérêt supérieur de la conformité à la Constitution des textes qu'il produit et dont il serait, pour cette raison même, prêt à déléguer l'élaboration. Plus encore, même pour le citoyen, évoqué par Marcilhacy avant le Parlement, c'est la garantie de la conformité à la Constitution qui primerait dans cet élan nouveau chez les parlementaires à confier plus facilement la fabrique de la loi au Gouvernement sous forme d'ordonnances. Ce défenseur incontesté des prérogatives parlementaires – le Conseiller rappelle d'ailleurs que, membre du Comité consultatif constitutionnel en 1958, il défendait déjà l'idée d'une « république parlementaire »⁴⁹³ - ne trouve pas d'argument autre que constitutionnel pour pointer l'importance du travail du Parlement. S'il est rejoint par Daniel Mayer, ce dernier ne va plus loin dans ce qui ressemble pourtant à la revendication d'une définition des pouvoirs du Parlement plus fidèle à la Constitution, qu'une déclaration elliptique exprimant que,

« il est effrayé par un certain nombre de faits qui tendent tous à réduire les prérogatives du Parlement » ;
et le « fait » qu'il cite ici concerne la non-consultation du Conseil économique et social (CES) pour cette ordonnance, ce qui constitue plutôt un fait annexe à ce que l'on peut appeler les prérogatives du Parlement ; en effet, l'article 69 de la Constitution prévoit dans sa version initiale encore en vigueur en 1986 que

« Le Conseil économique et social, saisi par le Gouvernement, donne son avis sur les projets de loi, d'ordonnance ou de décret ainsi que sur les propositions de loi qui lui sont soumis »

et dans son second alinéa que,

« Un membre du Conseil économique et social peut être désigné par celui-ci pour exposer devant les assemblées parlementaires l'avis du Conseil sur les projets ou propositions qui lui ont été soumis »,

tandis que l'article 70 de la Constitution prescrit cette fois une obligation de saisine du CES par le Gouvernement « pour avis de tout plan et tout projet de loi de programme à caractère économique et social ». S'il est vrai que contourner cet avis du Conseil économique et social peut être regrettable pour l'adéquation escomptée entre le contenu de l'ordonnance et le projet du Gouvernement, cela n'ôte qu'indirectement et partiellement au Parlement une prérogative, en l'occurrence passive, celle de recevoir l'avis du CES. L'on aurait pu attendre davantage, là encore, en matière de défense du rôle du Parlement.

Par la suite, Vedel nous apprend plus précisément que la saisine des députés mentionne cette non consultation également et il se réfère quant à lui à l'article 70 qu'il estime ne pas avoir été respecté dans la mesure où le plan en question, à savoir l'ordonnance a bel et bien une visée

⁴⁹³ Il cite Raymond Janot qui estimait à l'époque que de Gaulle traitait le Parlement avec un « mépris de fer ».

économique et sociale.

Le rôle du Conseil économique et social par rapport à celui du Conseil d'Etat

Cette question du rôle du CES demeure en effet dans le débat en référence à la saisine des députés et Georges Vedel mentionne alors le caractère inédit d'une saisine sur la base de l'article 70 de la Constitution, autrement dit l'absence de jurisprudence du Conseil constitutionnel disponible en la matière. Or, l'article 34 de la Constitution précise que

« les lois de programme déterminent les objectifs de l'action économique et sociale de l'Etat » ;

ainsi, la loi d'habilitation en serait-elle bien une, selon les députés. A cela le Gouvernement répond que les objectifs économiques et sociaux d'une loi de programme doivent être fixés de manière chiffrée, ce qui serait sous-entendu par le terme « objectifs » et renforcé par d'autres combinaisons de textes constitutionnels ou à des ordonnances portant lois organiques . Le rapporteur constate par ailleurs que les lois de programmes soumises au CES ont en pratique toujours été chiffrées, pour en déduire finalement que la présente loi n'en fait pas partie. C'est à nouveau Monsieur Marcilhacy qui s'oppose à l'argument du rapporteur, considérant pour sa part que textuellement, il ne fait aucun doute que l'article 70 n'a pas été respecté. Il analyse ainsi le rejet rapide du grief des députés par le rapporteur qu'il considère du reste déjà suivi par les autres membres du Conseil :

« le véritable argument pour écarter la critique des députés, argument que personne ne dira mais qui est pourtant le vrai, c'est que cela ne fera pas sérieux. Si le Conseil déclare la loi d'habilitation non conforme à la Constitution pour absence de consultation du Conseil économique et social, cela ne fera pas sérieux à l'extérieur. Cela peut être dit à l'intérieur du délibéré du Conseil constitutionnel mais ne doit pas figurer dans la décision. Toutefois, le texte de la Constitution est extrêmement clair et ne souffre aucune interprétation. Le Conseil économique et social aurait dû être consulté ».

Cette citation relativement longue du propos du conseiller exprime cette évidence pour lui que la perception de leur institution par les membres du Conseil constitutionnel demeure très importante, voire primordiale sur le respect de la Constitution dans la mesure où n'est engagée à ce titre qu'une institution ressortant comme secondaire car seulement consultative et ne jouissant pas, du reste, de l'image du Conseil d'Etat, précise encore Marcilhacy. Ainsi, le Conseil constitutionnel risquerait-il de renvoyer de lui-même l'image d'une institution peu sérieuse, pour reprendre les termes du conseiller, s'il devait sanctionner la loi en raison de la non consultation du CES. Parmi les institutions que nous pourrions dire consultatives et à la disposition du Gouvernement dans ce cas de figure, le Conseil d'Etat apparaît comme celle dont l'autorité perçue s'impose ici naturellement, c'est-à-dire de manière évidente sans qu'il soit besoin d'aller vérifier précisément ce qu'en dit la Constitution, voire quitte à lui faire dire un peu plus. Cela nous renseigne sur la force des institutions établies dans l'histoire longue de la République et sur la double nécessité qui en découle pour le Conseil constitutionnel : ne pas aller à contre-courant des autorités perçues de ces institutions et cela d'autant moins qu'il se range, pour sa part, du côté des jeunes institutions ; cela étant, il s'y voit jouer par rapport à elles, le rôle supplémentaire de choisir entre celles qui auront un poids dans la décision. Or, ce choix, explique Marcilhacy, est mû par l'effet qu'il aura, en toute logique, sur la perception de la crédibilité du Conseil constitutionnel. A ce titre, mieux vaut accentuer le rôle du Conseil d'Etat que celui du Conseil économique et social ; « cela ne doit pas figurer dans la décision », certes, mais c'est bien ce qui la

motive et, à vrai dire, ses collègues ne démentent pas ce propos de Pierre Marcihacy. La décision reprendra le projet du rapporteur.

Les réserves d'interprétation, le service rendu à la République

Dans la perspective de ces questionnements du Conseil constitutionnel sur son rôle et notamment quant au dessaisissement du Parlement et au contournement du Conseil économique et social, ce débat montre l'évolution d'un outil auquel l'institution a timidement eu recours pendant ses délibérations et de façon très implicite dans ses décisions durant ses vingt premières années d'existence, puis de manière plus affirmée à partir de 1981, à travers la décision et le débat étudié correspondant sur la loi sécurité et liberté des personnes, où le Conseil constitutionnel reformulait certaines dispositions de la loi pour les déclarer conformes: les réserves d'interprétation. Si la doctrine enseigne qu'après cette décision de 1981, une autre a suivi en 1984 sur les entreprises de presse⁴⁹⁴ qui a signalé cette fois explicitement le statut justificatif alors acquis des réserves d'interprétation, ce débat de 1986 rend compte du cheminement de l'usage de ces réserves d'interprétation eu égard à la conception que le Conseil se fait de son rôle. En effet, à travers la critique qu'exprime Daniel Mayer à propos du projet du rapporteur, ces réserves d'interprétation apparaissent comme devant servir conjointement le Gouvernement, auquel on accorde suffisamment de confiance pour les prendre en compte, et le Conseil constitutionnel lui-même qui impose en douceur sa compréhension de la Constitution, laissant au seul Gouvernement la responsabilité de la respecter. Autrement dit, l'institution non élue n'interfère-t-elle pas de manière tranchante dans les choix du législateur élu mais lui indique-t-elle la voie à suivre pour que ces choix demeurent en accord avec la Constitution. L'on retrouve la voie étroite choisie par le Conseil constitutionnel depuis sa création et qu'il dote peu à peu d'outils – manière de sanctionner une loi sans le faire moyennant des réserves d'interprétation, déclaration de non conformité partielle, création du bloc de constitutionnalité, référence à la jurisprudence – pour la rendre opératoire quand la non conformité à la Constitution n'est pas évidente ou quand la simple conformité serait porteuse de conséquences considérées comme néfastes à l'équilibre politique, notamment institutionnel. Mais si ces outils évitent au Conseil constitutionnel de déclarer trop brutalement une inconstitutionnalité, ils concourent paradoxalement à renforcer le poids des interprétations du Conseil constitutionnel, autrement dit de ses réflexions sur le lien entre la Constitution et les enjeux politiques du moment. Tout se passe comme si, du point de vue des membres du Constitutionnel, la pensée politique du Conseil, en reliant ces deux axes, s'imposait plus aisément à ses interlocuteurs que la seule Constitution elle-même. A cet effet, cette pensée politique, on l'a vu, loin de s'affranchir de celle du législateur, prend appui sur elle et c'est bien là une condition nécessaire exprimée au sein des débats du Conseil constitutionnel pour forger des motivations propres à déboucher sur une décision qui n'exprime pas exclusivement un rapport sans appel du texte de loi au texte constitutionnel. Pourtant, c'est bien l'acte d'interprétation à la source de cette démarche, indépendamment de son appui sur la compréhension des enjeux politiques énoncés par le législateur, que critique ici Daniel Mayer en disant qu'il a

⁴⁹⁴ [Loi visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse, décision de conformité moyennant les réserves d'interprétation du Conseil constitutionnel, 84-181 DC, 11 octobre 1984. Ces réserves sont alors pour la première fois directement mentionnées dans le dispositif même de la décision. Cf article sur les réserves d'interprétation et le CCel. + Article de Favoreu sur les décisions 59 - 86](#)

« l'impression que le Conseil constitutionnel a le choix entre constater l'insuffisance d'un texte et dire que la somme de toutes les critiques entraîne son inconstitutionnalité et renvoyer ce texte au Gouvernement, ou bien fixer lui-même, par une interprétation, le sens de ce texte et faire confiance au Gouvernement pour respecter cette interprétation ».

L'on pourrait s'étonner que cette approche, déjà pratiquée, surprenne ainsi l'ancien Président du Conseil constitutionnel mais d'une part la liberté de parole propre à cette enceinte délibérative à huis-clos, associée au fait que ce conseiller est parmi les plus récemment nommés et n'a pas à l'esprit l'historique des débats, et d'autre part le fait que, même invoqués de manière récurrente, les arguments internes n'ont rien de figé ni d'officiel et se consolident plutôt à travers les débats contradictoires au fil du temps, nous évitent cet écueil. En effet, notre reconstruction des débats à partir de l'angle de vue de la conception de leur rôle qu'expriment les membres du Conseil constitutionnel ne doit pas donner l'illusion d'une continuité sans faille ; nous faisons droit à cet effet aux désaccords qui perdurent et la récurrence, voire la consolidation progressive, des arguments mobilisés résultent d'un héritage modelable que le Conseil constitutionnel construit peu à peu par le jeu combiné des renouvellements par tiers et de la jurisprudence. C'est pourquoi cette remarque de Daniel Mayer ne sera pas consensuellement suivie même si Pierre Marcilhacy s'y rallie. Au contraire, le débat contradictoire qu'elle provoque permet au rapporteur de renforcer l'approche préconisée en s'appuyant sur une pratique ayant déjà fait ses preuves. Georges Vedel va même plus loin en estimant que

« le rôle du Conseil constitutionnel est de défendre la Constitution et non de la combattre »,

défendant ainsi la méthode proposée des réserves d'interprétation comme une meilleure défense de la Constitution par l'art de montrer au législateur comment lui rester fidèle, et non pas une source d'opposition à ce dernier, ce qui serait trahir le sens même de la Constitution. Puis, revenant à un point de vue moins passionné, il rappelle que,

« la solution qu'il propose a un précédent » et qu' « il s'agit là d'une question relative à la définition de la mission du Conseil constitutionnel ».

Ce précédent, c'est la fameuse décision de 1984 sur la loi sur la presse déjà évoquée. Or, depuis lors, le Conseil constitutionnel aurait pris la mesure des deux méthodes à sa disposition « devant un texte ambigu » : « l'escopette ou la perche ». Si la première consiste à condamner le législateur à refaire un texte jugé non constitutionnel, la seconde consiste à dire, explique Vedel :

« votre texte peut être interprété de telle ou telle manière. L'une est constitutionnelle, l'autre ne l'est pas ».

C'est, poursuit le rapporteur, tendre une perche pour sortir de l'eau le législateur plutôt que tirer sur le texte. L'usage des réserves d'interprétation se défend donc sur le plan juridique en raison du précédent explicite dans la décision de 1984 et permet au Conseil constitutionnel de se maintenir, du moins de penser le faire, dans une position guidant et non pas jugeant le législateur. S'auto-déclarant dans ce rôle, l'institution signale à la fois le surplomb du législateur et d'une manière générale des institutions historiques – il s'agit de guider le Gouvernement tout en rassurant le Parlement par les pouvoirs réaffirmés du Conseil d'Etat- dans l'imaginaire politique souvent évoqué dans ce débat, mais aussi la coexistence de celui-ci avec la capacité du droit constitutionnel à rassurer les acteurs de la vie politique, des citoyens aux institutions, au moyen de ses précédents et de la jurisprudence qu'ils instaurent. Le rapporteur mentionne d'ailleurs souvent le précédent de 1984 et

« il estime qu'il ne faudrait pas rompre avec cette politique »,
reprend le procès-verbal pour préciser aussi que selon Vedel, le Conseil
« ne peut pas, *a priori*, suspecter la bonne foi du Gouvernement ».

La pratique démocratique qui en ressort accorde toujours la première place à l'élection mais s'accommode aussi de la présence d'institutions non élues dont la compétence historiquement reconnue a généré une confiance durable (Conseil d'Etat, contrairement au Conseil économique et social d'après ce débat) et où le recours au droit ou à la jurisprudence constitutionnelle semble justifié dès lors qu'il promet d'éclairer le travail des représentants élus des citoyens en le rendant plus conforme à la Constitution ; celle-ci est alors entendue comme volonté du constituant dont le geste se renouvelle sans cesse en s'adaptant à des contextes évolutifs. Que les membres du Conseil constitutionnel portent un tel regard sur la pratique démocratique informe de la plausibilité des évolutions de celle-ci vers l'acceptation du contrôle de constitutionnalité des lois dans la mesure où celui-ci serait au service du législateur, de manières très diverses qui elles-mêmes précisent ou nuancent cette même évolution, et non pas au seul service d'un Etat de droit tenant sur le respect de la hiérarchie des normes.

Quelque chose d'autre est ici à l'œuvre qui permet d'associer contrôle de constitutionnalité des lois et pratique démocratique, et qui ne tient pas à la seule coexistence pacifique de l'Etat de droit avec la démocratie moderne, le premier protégeant les exigences en matière de libertés individuelles de la seconde : il s'agit plutôt d'une pratique entendue comme mode de participation des citoyens à l'élaboration de leur loi commune à travers soit des représentants élus chargés d'en délibérer à leur place avant de la voter, soit des garants de ce qui tient implicitement ensemble les institutions historiques de leur collectivité, autrement dit collectivement choisies à un moment donné, avec les attentes nouvelles de cette dernière ; ceux-ci semblent alors tenir leur légitimité de la stabilité qu'ils procurent au compromis démocratique entre les deux pôles qu'ils relient ainsi ; ils seraient en quelque sorte légitimes jusqu'à preuve du contraire, jusqu'à ce que les citoyens, directement ou indirectement, leur retirent alors explicitement cette légitimité.

Georges Vedel, achevant son explication imagée sur la perche et l'escopette, en formalise en l'espèce le principe comme celui « du cadenas » selon lequel,

« le Conseil recense les violations indirectes éventuelles de la Constitution et indique l'interprétation seule conforme à la Constitution des dispositions ambiguës ».

Il fait enfin valoir plus magistralement que,

« la méthode qu'il propose est un service à rendre à la République » .

Il faut entendre cela au sens du respect, voire de l'amélioration du fonctionnement de ses institutions tel qu'il est prévu par la Constitution, puisque cette méthode promet de faciliter l'exercice de leurs missions par les pouvoirs publics. Robert Lecourt suit ce principe en rappelant qu'il convient toujours de situer l'action du Gouvernement, de la contenir dans certaines limites, sans pour autant « se substituer au Gouvernement ». Si cet art d'indiquer la voie à suivre sans en choisir les étapes demeure l'orientation la plus aisément partagée au sein du Conseil constitutionnel, celle-ci est sous-tendue par un commun respect des institutions républicaines – que l'on peut supposer accentué par la connaissance souvent directe que

nombreux membres du Conseil en ont - telles qu'elles combinent en pratique leurs actions, en portant toujours la promesse de garantir les principes énoncés par la Constitution. Cet esprit républicain que nous avons déjà rencontré, impose donc dans le même temps au Conseil constitutionnel de respecter le fonctionnement des institutions tel qu'il est prévu par la Constitution autant que leur fonctionnement interne, comme l'exprime plus tard Vedel à propos de la consultation officieuse du Sénat critiquée par la saisine :

« Le Conseil constitutionnel doit faire preuve de prudence et éviter de s'immiscer dans les rapports que les assemblées ont entre elles ou dans leur fonctionnement interne, dès lors du moins, qu'il n'y a pas violation manifeste de la Constitution ».

Il y a là l'expression d'une confiance dans le fonctionnement pratique des institutions entre elles, crédité d'office d'une adéquation avec les prescriptions constitutionnelles. Enfin, cette approche, si elle traduit une conception prudente et subtile du rôle du Conseil constitutionnel, inscrit aussi à présent cette dernière dans une continuité volontariste que Vedel martèle régulièrement au cours de cette délibération ; ainsi, précise-t-il encore,

« le Conseil constitutionnel a déjà été soumis, par le passé, à la tentation de s'immiscer dans les domaines du fonctionnement interne des assemblées ou des rapports des assemblées entre elles mais il y a toujours résisté. Il ne faudrait pas que le Conseil méconnaisse sa propre continuité ».

Une sensibilité républicaine partagée associée à un respect commun de la Constitution se muent donc ensemble en prescription dès lors qu'elles ont déjà permis au Conseil de prendre des décisions adéquates à la manière dont il envisageait sa mission. Et cela peut même dépasser alors le fait que le Conseil puisse malgré tout déplorer certaines pratiques ; plusieurs conseillers témoignent ainsi de leurs expériences parlementaires où l'une des chambre peut officieusement entrer en contact avec le Gouvernement et Daniel Mayer de rajouter à la liste des pratiques regrettables mais n'entrant pas en contradiction avec la Constitution :

« dans n'importe quelle commission, le président, fort de sa majorité, repousse les amendements présentés par la minorité, sans même les discuter. Il s'agit là d'une pratique certainement regrettable mais courante ».

Cette remarque éclaire aussi un questionnement et un constat antérieurs : ce sont plutôt des conseillers de sensibilité socialiste – Pierre Marcilhacy et Daniel Mayer - qui entendaient précédemment faire davantage respecter les prérogatives du Parlement mais aussi du Conseil économique et social contre un Gouvernement de droite qu'ils semblaient juger irrespectueux tant de la représentation des citoyens que de la Constitution. Or, ceux-ci ne sont pas pour autant prompts à accuser le Gouvernement de détournement de procédure comme le suggère la saisine de gauche même s'ils reconnaissent néanmoins comme une pratique regrettable le fait, pour une majorité, d'étouffer la voix de la minorité. Pour l'heure, il semble que même dans le cadre d'un débat qui pourrait prendre des allures partisans ou idéologiques, c'est avant tout le respect de la Constitution qui prédomine ; il est vrai aussi qu'en minorité eux-mêmes, les sympathisants de gauche au Conseil constitutionnel ont une moindre opportunité d'imposer leurs propositions pour parvenir à une déclaration de non conformité constitutionnelle quand ils pourraient formellement le faire ; il demeure qu'en l'absence d'argument constitutionnel fort, ils ne s'arc-boutent pas sur une préférence idéologique, pas plus d'ailleurs que le faisaient les membres de droite du Conseil constitutionnel vis-à-vis des précédentes saisines de la minorité de droite. La question qui pourrait cependant sembler ici en suspens serait de savoir si une sensibilité politique

dominante au Conseil peut faire pencher dans un sens plus que dans l'autre, une décision relative à la conformité constitutionnelle quand deux options contraires et juridiquement sujettes à débat sont en concurrence. Jusqu'à présent, et en particulier depuis que le débat droite-gauche s'est intensifié dans la vie politique française à partir de 1981, l'on ne saurait soutenir rigoureusement cette approche comme structurante de la manière dont les membres du Conseil constitutionnel conçoivent le rôle de leur institution.

La définition des monopoles de fait

Sur le fond de la loi, une première critique considère la mesure relative à l'abrogation des ordonnances de 1945 sur les prix comme contraire à la Constitution au prétexte que cela empêcherait alors l'intervention de l'Etat en matière de prix dans des cas d'urgence ou de crise.

« Le principe constitutionnel violé par cette abrogation serait le principe d'égalité », annonce Vedel, puisque selon la saisine, cela pénaliserait les plus faibles dans des cas graves comme celui de la privatisation. Du reste, la saisine fait aussi valoir que le principe constitutionnel de la continuité de la vie de l'Etat serait ici également mis à mal. Or, sur la bases des critiques issues de la saisine qui contestent de nombreuses différences de traitement selon l'âge des travailleurs des entreprises concernées ou encore selon les régions, Vedel s'en remet sans autre précision au

« principe d'égalité (qui) permet précisément de traiter différemment des gens qui sont dans des situations différentes » et qui « peut également être écarté pour des raisons d'intérêt général dont l'appréciation appartient au législateur ».

Contrairement au débat relatif à la loi sur les nationalisations, on n'entre pas cette fois dans le détail de calculs précis pour distinguer entre ce qui est comparable au nom du principe d'égalité et ce qui relève ultimement de l'intérêt général. Cela ne semble pas s'imposer au rapporteur cette fois, les différences de traitement lui paraissant justifiées à partir de la définition du principe d'égalité que le Conseil constitutionnel a commencé à élaborer lui-même. Mais si un accord est trouvé rapidement à ce sujet, moyennant quelques détours discursifs mentionnant certaines réflexions déjà menées en 1982 lors du débat sur les nationalisations, c'est ensuite le caractère d'appartenance au domaine public déduit par les députés auteurs de la saisine qui accentue la critique du manquement au principe d'égalité et déplace le débat. Certaines entreprises ne devraient tout simplement pas être privatisées au nom du neuvième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 :

« Tout bien, toute entreprise, dont l'exploitation a ou acquiert les caractères d'un service public national ou d'un monopole de fait, doit devenir la propriété de la collectivité ».

A cela, le rapporteur répond que

« la notion de monopole de fait n'est pas une notion évidente »,

contrairement à la notion de service public, plus précisément définie par la Constitution, le législateur ou le Gouvernement. Ce faisant, il enjoint le Conseil constitutionnel à clarifier ce qu'il appelle une réponse de petite politique, « du berger à la bergère », due à

« une incapacité d'analyser le droit de propriété pour ce qu'il est réellement, un ensemble de droits dénombrables »,

dénonçant la même attitude univoque quoi qu'asymétrique entre les deux cas, celui de la loi sur les privatisations et celui de la loi sur les nationalisations, où tout porte sur la totalité de la

propriété, déplore Vedel. Ainsi, le Conseil a-t-il encore en filigrane la noble tâche de fluidifier le travail du législateur en lui permettant de réaliser effectivement son programme, loin des lourdeurs que sa méconnaissance juridique lui impose. Poursuivant son travail de précision des notions, Vedel confirme que celle de monopole est plus délicate et surtout plus déterminée par un contexte économique, « par rapport à un marché », lequel a évolué de marché national français domestique à marché commun. Ce dernier étant doté de son propre système de régulation de la concurrence, parler de monopole de fait sur un marché national semble obsolète au rapporteur qui conclut que,

« le problème moderne est celui des multinationales qui posent d'autres difficultés ».

Est-ce à dire comme il le rappelait précédemment à propos du choix des entreprises à privatiser, que,

« une réponse rapide est d'autant plus nécessaire que la vie des entreprises obéit à un rythme différent de celui de la législation »

et que le Conseil a par conséquent un rôle de correctif à jouer du fait de ce retard du législateur par rapport aux changements économiques ? Toujours est-il que Georges Vedel se livre ici à une remise à plat des situations pour mieux saisir la pertinence et la portée relatives de la critique des saisines : il s'agit d'en faire non pas un argument de sanction ou, *a contrario*, de validation de la loi, mais d'identifier les éléments susceptibles d'être éclairés pour aider le législateur à mieux adapter son projet au contexte dans lequel celui-ci doit se développer. A cette fin, Vedel a donc mené sa propre analyse sur ce qui pourrait être un monopole de fait et est parvenu à une conclusion que certains monopoles sont imposés par la nature – l'on ne peut se payer le luxe de deux réseaux de chemins de fer par exemple -, certains renvoient à des éléments tirés de l'importance de la production ou encore de la permanence dans le temps d'une situation privilégiée ; puis, mentionnant que le Conseil est contraint par un court délai et ne peut faire appel à de minutieuses compétences extérieures, le rapporteur exprime avec prudence que,

« en l'état de son instruction et des informations dont il dispose, il n'a pas trouvé dans la liste des soixante-cinq entreprises privatisables, une seule d'entre elles qui puisse présenter la situation d'un monopole de fait tel qu'il l'a précédemment défini ».

Autrement dit, sa définition est limitée en précision par les contraintes de travail du Conseil constitutionnel mais elle a le mérite d'exister pour justifier un choix que le législateur n'avait pas su rendre convaincant.

Le Président Badinter,

« exprime son admiration pour la performance que représente le brillant exposé de Monsieur le Doyen Vedel »

et se rallie à son propos concernant le service public national tout en étant cependant plus circonspect quant aux monopoles de fait dont il estime, pour compléter l'approche du rapporteur, qu'ils interviennent dès qu'un produit indispensable à une clientèle donnée n'est mis sur ce marché que par une seule entreprise. Ainsi, Robert Badinter, se place-t-il du point de vue du consommateur pour compléter le propos du rapporteur davantage axé sur l'offre. Le cas des vaccins qu'il développe convainc ses collègues : il s'agit de ne pas s'en tenir aux seules circonstances atténuantes qui placeraient certaines sociétés dans une des situations de monopole

de fait identifiées par le rapporteur mais aussi de considérer l'avantage que certaines peuvent tirer du besoin impérieux pour des produits qu'elles sont seules à produire. Si ce n'est pas le cas des entreprises privatisables concernées par la loi, cela pourrait l'être de certaines de leurs filiales pour lesquelles le Président Badinter enjoint à préciser dans la décision du Conseil que les filiales n'ont pas à être considérées d'office comme échappant à une situation de monopole au seul motif que ce serait le cas de leur société-mère. Cette proposition provoque cependant une discussion liée à la crainte exprimée par Robert Lecourt quant au rôle du Conseil qui constitutionnel qui

« risque de prendre la responsabilité de figer la situation d'une entreprise, situation qui peut pourtant changer rapidement ».

Georges Vedel estime lui aussi qu'il est délicat de décréter une situation de monopole de fait sans pouvoir en évaluer la durabilité. La discussion se poursuit ainsi pour finir, à la demande du Président Badinter, sur l'art et la manière de

« dégager la responsabilité du Conseil constitutionnel » en intégrant à la décision « une incidente du style 'en l'état des éléments fournis' ».

Ultimement, dans ces situations très mouvantes et en l'absence d'arguments sur le plan constitutionnel, les membres du Conseil constitutionnel se retrouvent encore sur le terrain d'une prudence servant conjointement la dynamique sociale à l'œuvre, l'appréciation de celle-ci par les représentants élus des citoyens et la propre responsabilité de leur institution face à ces enjeux, précisément parce qu'ils ne s'estiment pas en charge de ces derniers. C'est aussi en se censurant au nom d'une certaine idée qu'ils se font du partage des tâches entre Gouvernement/législateur et Conseil constitutionnel qu'ils circonscrivent la conception qu'ils se font du rôle de ce dernier. L'on voit ici encore à quel point cette forme d'auto-censure est effectuée en connaissance de cause et est due à la nécessité éprouvée de se positionner dans un système où les rôles seraient déjà répartis quand la fabrique du droit par le juge constitutionnel ne va pas de soi ; celle-ci semble en effet jusqu'ici avoir été envisagée en interne dans les cas où elle servait mieux le programme public des élus, ou encore lorsqu'elle garantissait une meilleure stabilité institutionnelle, ou bien, enfin, lorsqu'elle pouvait répondre à un vide constitutionnel rendu criant par l'environnement social.

Enfin, les membres du Constitutionnel analysent avec précaution la crainte exprimée par la saisine de créer un « effet braderie » si les dénationalisations se faisaient au détriment du patrimoine de l'Etat. A l'appui de notre remarque précédente sur les limites que s'impose objectivement le Conseil constitutionnel, le rapporteur déplore ici que le Conseil constitutionnel n'ait pas

« la même attitude que la Cour constitutionnelle allemande »,

qui vient de considérer à propos d'une démarche économique similaire concernant le célèbre groupe automobile Volkswagen, que ce principe de non braderie du patrimoine de l'Etat « allait de lui-même ».

Ainsi, en effet, le Conseil constitutionnel apparaît-il moins libre que la Cour de Karlsruhe pour édicter des normes de droit quand bien même le principe les sous-tendant serait « évident » comme le pense Vedel. Pourtant, les membres du Conseil semblent suggérer que ce cas limite qui fait déjà l'objet d'une partie de la saisine pourrait rapidement laisser béant un vide juridique

critique aux yeux des citoyens ; en effet, à la suite de Georges Vedel, ils emboîtent le pas au Président du Conseil constitutionnel qui propose ici d'appuyer leur décision sur le principe d'égalité et sur la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789, laquelle « lui semble fournir une base constitutionnelle solide pour exiger que la cession des biens publics se fasse sur la base réelle de ce bien, sans faveur, ni braderie ».

Il s'agit donc bien ici de créer du droit pour combler un manque critique ; du reste, Robert Badinter, à l'issue de la discussion qui s'engage sur cette idée, remarque que

« le Conseil est en train de faire un travail qui aurait dû être fait dans d'autres enceintes où les membres du Conseil ne se trouvent plus, alors qu'ils y ont siégé presque tous autrefois ».

La fabrique du droit par le juge constitutionnel se justifie bien ici par les manquements des autres institutions politiques en la matière. Pour ne pas non plus se substituer à elles trop directement, après en avoir débattu, le Conseil va prendre à nouveau appui sur les réserves d'interprétation, fort de sa jurisprudence de 1984 déjà mentionnée. Autrement dit, il s'agit, précise Vedel, de se mettre,

« comme en 1984, à l'écoute du législateur et, plus particulièrement, à celle du Gouvernement ».

Ainsi, si les déclarations de ce dernier semblent nettes en ce qui concernent la manière dont les ordonnances fixeront les modalités des transferts, ne s'agit-il pas de fixer celles-ci à sa place mais d'indiquer qu'elles sont valables étant entendues comme respectant certaines règles garantissant une évaluation juste et non bradée des entreprises dans le maintien aussi de l'indépendance nationale ; ces règles seront alors, précise le rapporteur,

« établies d'une manière objective et par des autorités indépendantes ».

Le Président Badinter insiste sur l'importance de telles garanties prises en compte dès la loi d'habilitation qui mèneront à des ordonnances que le Président de la République pourra toujours se réserver le droit, *in fine*, de ne pas signer. Georges Vedel et Robert Badinter se veulent même prescriptifs en la matière :

« si les ordonnances ne comportent pas de garanties suffisantes.../...le Président de la République ne devra pas les signer » ,

déclare le Président du Conseil en leur nom à tous deux. Si l'on peut rétroactivement déceler ici une allusion bien informée de Robert Badinter à ce que sera en effet l'attitude du Président de la République, une reconsidération de certains éléments contextuels permet de nuancer cette suspicion : d'une part, le contexte général de la discussion où a cours cette remarque est celui d'une saisine de gauche jugée, bien que vague, pertinente à juste titre par la plupart des membres du Conseil constitutionnel ; d'autre part, l'orientation prise par le débat sur ce point précis rencontre l'ambition du Conseil d'éclairer chacun des acteurs du processus constitutif d'une ordonnance et le Président de la République est l'un d'eux. En l'occurrence, le texte de la décision n'ira pas jusqu'à évoquer l'impossibilité pour le Président de la République de signer les ordonnances mais il exprimera clairement l'obligation faite au Gouvernement

« d'indiquer avec précision au Parlement quelle est la finalité des mesures qu'il se propose de prendre et leurs domaines d'intervention » ,

en précisant que,

« les finalités d'une loi d'habilitation ne sauraient avoir ni pour objet ni pour effet de dispenser le

Gouvernement, dans l'exercice des pouvoirs qui lui sont conférés en application de l'article 38 de la Constitution, du respect des règles et principes de valeur constitutionnelle ».

Il serait spéculatif de chercher à déceler ensuite si ces éléments, identifiables dans les discours et justifiant la mise en garde préventive et prescriptive relative à la signature des ordonnances par le Président de la République, servent une intention masquée de la part du Président du Conseil constitutionnel, du même bord politique que l'exécutif et la saisine, de provoquer cette non signature et de soutenir ainsi l'exécutif contre le Gouvernement ou bien si, à l'inverse, ces éléments nourrissent le débat et lui confèrent une capacité d'actualisation à travers la décision qui se trouvera avoir pour conséquence une meilleure justification juridique de la non signature des ordonnances par le Président de la République, la Constitution le permettant déjà par le caractère peu détaillé de son énoncé en la matière comme en excipera ce dernier qui, du reste, ne s'appuiera pas pour autant sur la décision du Conseil constitutionnel. Dominique Schnapper rappelle que, d'une manière générale, le Conseil constitutionnel n'est d'ailleurs pas censé être consulté en dehors des saisines sur la constitutionnalité d'une mesure et qu'en l'occurrence, même si le débat à cette occasion précise fut rude entre les constitutionnalistes, le Conseil « ne pouvait en juger »⁴⁹⁵. Toujours est-il que les nuances et les précisions que les membres du Conseil expriment pour se forger une opinion commune quant à leur rôle dans ce cas hautement politique, au sens du conflit idéologique ou du moins partisan, renforcent explicitement la conception partagée du positionnement de leur institution comme d'un éclairer pour le Gouvernement et le Parlement, le législateur au sens large, dont il tente systématiquement de se distinguer en ne jugeant pas en opportunité tout en prenant appui, dans le cadre des débats, sur des arguments dévoilant une dynamique démocratique fondée sur le respect d'un certain compromis. Ce dernier laisse entrevoir, à la lueur de ce débat interne du Conseil constitutionnel, le libéralisme qui le rend possible et permet de nouer ensemble des approches politiques différentes. En effet, la façon dont le Conseil constitutionnel entend pouvoir éclairer le législateur touche ici à la nécessité, soulignée par la saisine et approuvée par les membres du Conseil, de ne pas brader le patrimoine national et non pas d'une opposition idéologique forte au principe des privatisations, tandis que celui des nationalisations avait davantage animé les débats du début de l'année 1982 à partir d'un consensus dont la particularité était de ne pas faire obstacle au projet tout en rappelant le caractère libéral de la Constitution, mâtiné de nuances visant à accompagner le développement social. Enfin, ce caractère proprement libéral de la Constitution et du compromis politique assurant une dynamique démocratique fructueuse et non constamment conflictuelle, se trouve accentué par l'acceptation, au sein du processus institutionnel d'élaboration de la loi, d'une institution non élue se rendant nécessaire à travers l'éclairage qu'elle entend apporter aux acteurs élus de ce processus sur l'interprétation du droit constitutionnel, au moyen des fameuses réserves d'interprétation. Accentuation en effet ainsi du trait libéral de la pratique démocratique parce qu'à la possibilité d'un clivage partisan en appui sur un libéralisme partagé, s'ajoute celle de la présence d'une institution non élue mais garante de cette forme de libéralisme potentiellement socialisant et capable de rappeler aux élus, les droits qu'il est de leur mission de respecter, à commencer par une certaine acception du droit de propriété.

⁴⁹⁵ Dominique Schnapper, *Op. Cit.*, p85

Le Gouvernement face à une exigence de transparence...seulement en matière de libertés publiques

Revenant sur un grief exprimé par la saisine des sénateurs sur l'un des articles de la loi, le rapporteur explique la possibilité de révocation des présidents et des membres de conseils d'administration de certaines entreprises

« avant même qu'elles soient effectivement privatisées », par le fait « qu'à un certain niveau de responsabilité, au-delà des aptitudes, la confiance du Gouvernement en place est nécessaire ».

Réaliste ou simplement convaincu par expérience de l'effet positif d'une telle pratique, Georges Vedel s'appuie aussi sur la jurisprudence du Conseil constitutionnel qui « le lie assez étroitement », celle similaire en ce point et relative à la loi sur les conseils d'université. Autrement dit, une fois de plus, il n'y a pas lieu de tergiverser en présence d'une jurisprudence disponible. Pourtant, le rapporteur propose malgré tout de poser

« un frein à l'extension de cette pratique, en faisant référence aux activités qui touchent à l'exercice des libertés publiques et pour lesquelles le choix discrétionnaire du Gouvernement est nécessairement beaucoup plus limité ».

Cet argument va faire débat. Daniel Mayer et Robert Badinter considèrent que ce pouvoir discrétionnaire demeure critiquable même quand les libertés publiques ne sont pas menacées et sembler le justifier dans la décision en invoquant un argument économique est selon eux porteur d'une autre limitation en matière de liberté : celle de demander « de substantiels dommages et intérêts » en cas de révocation pour des raisons non économiques. Ainsi, non seulement ces Président ou membres de Conseil d'administration d'entreprises seraient-ils discrétionnairement révoqués pour la seule raison de leur proximité avec un parti n'étant plus celui au Gouvernement mais en plus seraient-ils privés de ce recours juridique. Daniel Mayer insiste sur le principe lui-même des révocations de ces différents responsables :

« C'est sans doute pour avoir les mains libres que le Gouvernement désire les changer »,

au moment du transfert des entreprises au secteur privé, qui, précise-t-il, pourrait alors se faire « au détriment des intérêts publics ». Georges Vedel maintient son argument et ajoute à sa cause le fait qu'il lui est « particulièrement pénible » que « le Conseil ait l'air de supputer la mauvaise foi des auteurs de la loi » même s'il pense lui-même qu'il y a là une volonté de mettre à la tête des entreprises privatisables des gens qui « conduiront sans regret la privatisation à bonne fin ». Le débat se poursuit entre Georges Vedel d'un côté et Daniel Mayer et Robert Badinter de l'autre : entre le défenseur d'une certaine prudence eu égard au respect des libertés publiques tout en tentant de ne pas engager le Conseil dans un procès d'intention vis-à-vis du Gouvernement, d'un côté, et ceux qui se méfient des intentions réelles du Gouvernement de l'autre. Mais tous se rendent malgré tout à l'évidence selon laquelle, pour citer encore Daniel Mayer, « ce désir du Gouvernement » si tant est qu'il soit avéré, « n'est pas contraire à la Constitution ». Le débat s'atténuera pour s'orienter vers le choix de la rédaction la plus adaptée

« pour éviter que le Conseil ne paraisse justifier ce qu'il pense être la volonté du Gouvernement »

indique Daniel Mayer.

Ce temps de la délibération montre que les divergences partisans peuvent se reproduire au niveau du Conseil constitutionnel où s'expriment d'un côté ceux qui font confiance au

Gouvernement moyennant certaines mises en garde et de l'autre ceux qui se veulent les défenseurs tantôt du Parlement, tantôt du patrimoine public national, tantôt des intérêts publics, autrement dit et sans beaucoup de nuances, la droite et la gauche, le parti au Gouvernement et la minorité. Il montre aussi que ces divergences n'ont pas vocation à se cristalliser pour être tranchées par un vote mais tout au contraire à se résoudre par une discussion permettant d'aboutir à une forme de consensus. Ce dernier n'est pas d'ailleurs toujours aisé à trouver et c'est ici le manque de validité constitutionnelle de l'opposition au rapporteur qui le fonde. Cela confirme le caractère incontournable du droit constitutionnel, jurisprudence comprise, quand bien même les arguments mobilisés n'en relèveraient pas. Cette alchimie entre arguments à portée politique et arguments constitutionnels pour envisager le rôle du Conseil constitutionnel signale à nouveau la possibilité pour l'institution de se penser dans un système institutionnel qui a à présent besoin d'elle – ici, il s'agit de faire la lumière sur le bienfondé d'une pratique de nomination dans le secteur public au nom d'une certaine conception des libertés publiques et de la diversité des opinions en démocratie – mais qui ne saurait l'accepter ouvertement qu'au nom du respect du droit constitutionnel qu'elle affiche.

Enfin, les derniers articles débattus reprennent les mêmes arguments et notamment le respect des choix du législateur quand il s'agit des précautions que le Conseil estime utile à mentionner dans la décision concernant les conditions de cessions des filiales de sociétés-mères ayant été considérées, elles, comme relevant du service public. Ainsi, tout en rappelant que « le législateur est maître du choix des moyens qu'il veut utiliser »,

le rapporteur précise que le Conseil

« peut fort bien rappeler que les ordonnances à venir, .../...., doivent prendre des précautions particulières, en considération du caractère éventuel de service public national ou de monopole de fait des filiales ».

En d'autres termes, si Georges Vedel précise encore que

« c'est le sort du Conseil constitutionnel de juger une législation et non pas un gouvernement »,

ses collègues qui, malgré quelques désaccords vite estompés, suivent son projet de décision jusqu'à l'applaudir, expriment, par les propos de Robert Lecourt et de Pierre Marcilhacy, le fait que,

« le Conseil vient de faire la loi, que non seulement il l'a faite, mais qu'en outre il l'a faite conforme à la Constitution »,

pour ne citer que le premier. Même le Président du Conseil conclut que,

« il lui semble que le Conseil a fait le travail que le législateur aurait dû faire mais qu'il n'a point fait ».

Pourtant, la façon dont il l'a fait et les précautions, non uniquement verbales, qu'il a prises pour éviter de juger en opportunité, empêchent d'en parler comme d'un co-législateur ; les enjeux discutés ne sont pas ceux de l'opportunité de la loi par rapport à une situation ou à un programme politique dans le contexte d'une certaine évaluation de cette situation, en l'espèce économique, mais bien davantage ceux des limites à ne pas dépasser pour respecter la Constitution ou la jurisprudence constitutionnelle ; cependant, celles-ci ne sont pas entendues au sens du strict respect de la lettre juridique mais de ce qui tient malgré tout ensemble les

appréciations divergentes de la vie sociale ou institutionnelle, que nous appelons la vie politique au sens que nous avons dit premier, de la collectivité organisée. Quand Pierre Marcihacy, au terme de cette délibération, propose que soit publié le fond des délibérations du Conseil constitutionnel, il manifeste le souhait de faire connaître cette dimension républicaine de l'institution mais il ne sera bien entendu pas suivi, Robert Badinter le renvoyant au communiqué de presse dont on sait qu'il explique les choix du Conseil sans rien dévoiler de ses délibérés secrets.

Si depuis le début années quatre-vingts, depuis 1983 notamment eu égard aux délibérations choisies, on a pu observer des débats partisans plus vifs au sein du Conseil constitutionnel, ils demeurent sans conséquence systématique sur le type de décision finale. Nier que les membres du Conseil aient une préférence politique n'est pas le propos ; nous disons même qu'ils en font parfois état mais pas davantage que de leurs préférences éthiques ou sentimentales propres. On aurait cependant tôt fait de considérer que les conseillers ont peu besoin de s'exprimer à titre personnel puisqu'ils sont d'emblée tous d'accord. En réalité, il est fréquent qu'ils puissent être susceptibles d'un tel soupçon, étant donné leur parcours relativement proches mais il est plus notable pour notre propos que ce qu'ils espèrent devenir le rôle du Conseil constitutionnel, à travers les arguments qu'ils échangent, échappe à cette dimension discursive partisane. Quand elle peut être latente, il est surtout notable au cours des débats, voire de l'un à l'autre sur des sujets proches, que les majorités changent ou que, même si des tendances s'expriment, elles sont rarement considérées comme mobilisables pour penser le rôle du Conseil : le tenir à l'abri du soupçon du gouvernement des juges s'impose alors comme un garde-fou efficace. Quand elle est plus manifeste, à l'aube des années quatre-vingts, cette dimension partisane montre ses limites et confirme ce faisant le propos auquel s'arrime le Conseil : apporter une décision qui ne le décrédibilise pas en en faisant un suiveur attendu de tel ou tel parti politique ; être saisi par la minorité, quelle que soit sa mouvance politique. Puis, on a vu que cet intérêt bien compris s'accompagnait, autant qu'il s'en nourrissait, d'un attachement commun aux principes républicains en tant que rendant possible le débat d'opinions comme sa résolution. La même ligne semble prévaloir pour un éventuel débat d'opinions interne au Conseil : les appréciations divergentes sont alors remises à plat à l'horizon de la Constitution, à l'initiative du Président.

Un récent article⁴⁹⁶ fait le point sur l'influence des logiques partisans sur une période postérieure à la nôtre, 1995-2013, à partir des décisions prises selon la présence et la tendance politique des membres du Conseil. C'est un travail empirique mais très différent du nôtre : il traite des décisions et pas des délibérations, il est d'abord quantitatif, il procède par la recherche de corrélations possibles. En l'occurrence, il parvient à la conclusion que les idéologies ou les appartenances politiques des membres du Conseil sont sans effet sur les décisions prises, pour en déduire que le consensus interne n'a pas pour point de départ une compétition idéologique ou partisane.

⁴⁹⁶ Cf. *International Society for New Institutional Economics (ISNIE) annual conference*, May 2013, communication « Consensus-seeking in Constitutional Courts- The case of the French Conseil constitutionnel », Romain Espinosa. <http://papers.sioe.org/florence.html>

Nous pouvons affirmer que lors des délibérations étudiées, un tel débat n'a pas lieu en effet, même quand celui-ci pourrait être possible.

C'est après 1974, une fois que la minorité peut saisir le Conseil que celui-ci est davantage exposé à un débat d'oppositions idéologiques ; l'on pourrait s'attendre alors à ce qu'il donne libre cours en interne du moins, à des préférences politiques penchant vers un camp ou un autre. Quatre cas de figure se démarquent à ce titre à travers les délibérations étudiées :

- 1975, IVG, l'opposition à la loi fait partie de la majorité politique ; le Conseil arbitrerait entre deux mouvances de droite ; beaucoup de ses membres sont en accord sur le plan éthique et idéologique avec la saisine mais ces arguments se dissoudront face à ceux qui importent pour le positionnement stratégique du Conseil.
- Les saisines de gauche apparaissent et l'on a bien vu le crédit qu'y accorde le Conseil, notamment lorsqu'elles traitent de libertés publiques, sujet qui assoit la crédibilité de ce dernier, quand bien même ses membres ne sont toujours pas majoritairement de gauche.
- A partir de 1981, avec l'alternance politique, les saisines de la minorité sont de droite et de plus en plus de conseillers de gauche apparaissent ; à part le cas critique des nationalisations en 1982, où la crainte est exprimée de voir un changement de société majeur s'imposer, le principe des non conformités partielles se développe à l'issue de débats où il n'est pas question de choisir un camp mais plutôt de comprendre les enjeux politiques du législateur. Cela dit, même en 1982, les arguments débattus témoignent davantage d'une crainte pour l'avenir du Conseil qui accepterait à terme, par étapes, une refonte de l'esprit indéniablement libéral des institutions.
- 1986, première cohabitation : un logique partisane perce encore mais le Conseil présidé par un ancien ministre de gauche, ne saurait se montrer l'allié décréé de la minorité saisissante, de gauche. Les débats sont nuancés et détaillés, et le souci du positionnement du Conseil empêche celui-ci de laisser les logiques partisans mener la danse.

Sans nier l'expression libre des préférences politiques ou éthiques qui peut avoir cours pendant ces délibérations, ces différents cas de figure où on aurait pu voir celle-ci orienter plus nettement les décisions, soulignent plutôt la primauté de l'enjeu de son propre positionnement pour le Conseil. A cet égard, le commentaire du deuxième Président de l'institution, Gaston Palewski, repéré par Dominique Schnapper à un moment où, précise-t-elle, « le Conseil était moins stabilisé qu'aujourd'hui »⁴⁹⁷, résonne d'une certaine sagesse :

« Dans cette assemblée collégiale, j'ai vu peu à peu s'estomper les soucis partisans et se faire jour la volonté de faire face aux responsabilités d'un organisme dont les membres du Conseil se font l'idée la plus haute ../.On voit ici encore à l'œuvre la logique d'une institution : nommés pour longtemps, sans crainte et sans espoir, les hommes s'émancipent par rapport à la marque d'origine et leur souci partisan s'estompe »⁴⁹⁸.

⁴⁹⁷ Dominique Schnapper, *Op.Cit.*, p. 197.

⁴⁹⁸ *Ibid.*

III.3. Conclusion du chapitre III

RAPPEL des pistes de recherche issues des dernières conclusions précédentes (Février 1974-fin 1977)

1. Le législateur est-il ainsi respecté en raison de la seule crainte de donner l'impression de se substituer à lui? Qu'en est-il de l'éclosion d'une réflexion sur l'équilibre politique qui perce dans les débats internes du Conseil constitutionnel eu égard au respect du législateur?
2. Suivant une logique englobant institutionnel et social sous l'angle du politique, la démarche du Conseil constitutionnel semble la même que les décisions soient politiquement neutres ou pas.
⇒ Cette démarche s'affirme-t-elle quant à la conception de son rôle en interne pour n'être au fond que plus ou moins marquée selon l'estimation que le Conseil fait de l'impact de sa décision sur l'équilibre institutionnel ou social?
3. Des précisions sont-elles apportées sur l'art et la manière de situer cet équilibre politique (institutionnel et/ou social) qui peut mettre en balance des arguments constitutionnels quand ces derniers n'ont pas la force de l'évidence?
4. La défense des libertés publiques souffre-t-elle la même mise en concurrence?

Les analyses de ce chapitre III permettent de répondre à ces questions.

Nous proposons d'abord un schéma synthétique donnant à voir comment le Conseil constitutionnel parvient à ses décisions au cours de l'année 1986 où s'arrête ce travail. Cette vue d'ensemble met l'accent, bien sûr, sur l'angle de vue correspondant à la manière dont le Conseil envisage son rôle. Nous commentons ensuite ce schéma en guise de conclusion.

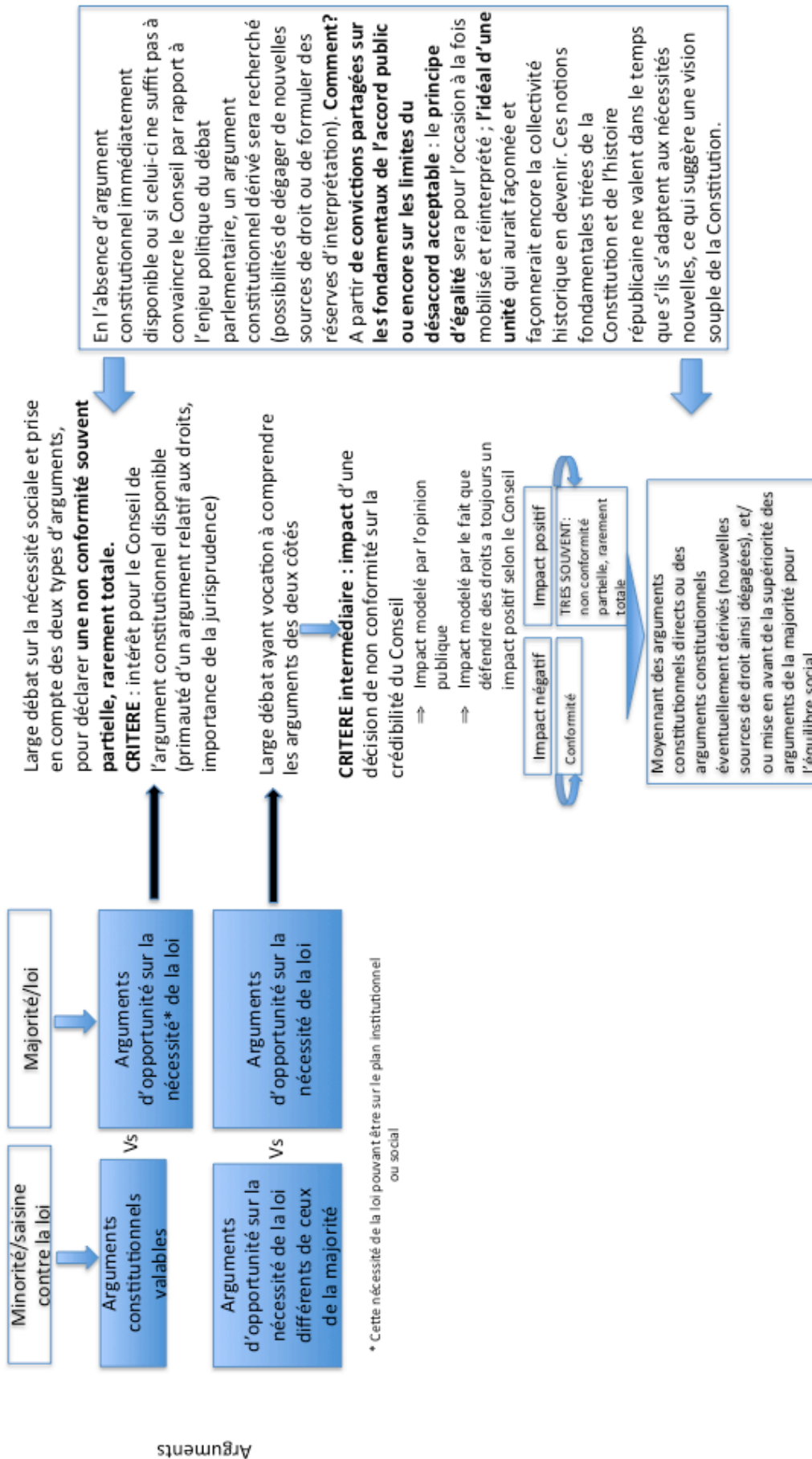


Schéma E – Démarche générale du Conseil constitutionnel depuis sa saisine à sa décision – synthèse livrée par ses délibérations lues sous l'angle de ce que ses membres pensent de leur rôle après l'avènement de la saisine parlementaire (1978 – 1986 soit 1978-Fév 1983 : R.Frey 2 ;Fév 1983-Fév 1986 : D.Mayer ; Fév 1986 – Fin 1986 : R. Badinter)

Commentaire conclusif du schéma E

L'intérêt bien compris du Conseil constitutionnel pour sa propre crédibilité/légitimité, associé à une réflexion politique sur la nécessité institutionnelle ou sociale

- En présence d'une non conformité évidente de la loi à la Constitution, les intentions débattues au sujet de cette loi peuvent tout de même être discutées par les membres du Conseil constitutionnel au nom de la manière dont elles envisagent les évolutions sociales. De même, si une jurisprudence est disponible pour le Conseil constitutionnel, celui-ci peut estimer de son intérêt de s'en prévaloir après avoir toutefois aussi débattu amplement des intentions du législateur. Reconsidérer la jurisprudence de manière évolutive en fonction de la nécessité institutionnelle ou socio-économique apparaît aussi comme une option : combler les vides de la Constitution ou compléter la jurisprudence fait ainsi du Conseil constitutionnel un facilitateur de la vie politique et accroît ses compétences futures. Faire évoluer sa propre jurisprudence ainsi est possible moyennant une prise au sérieux de l'intelligence des pratiques institutionnelles ou sociales pour reconsidérer l'interprétation de la Constitution ; cela peut amener, quoi que très timidement, le Conseil constitutionnel à s'émanciper du Conseil d'Etat.
- Les arguments de la saisine minoritaire sont ainsi comparés à ceux de la majorité qui a voté la loi ; la loi semble ultimement renvoyer à une nécessité que le Conseil se doit de comprendre. Ce n'est pas tant l'opportunité immédiate de la loi qui est alors évaluée par les membres du Conseil constitutionnel mais la tendance générale de la société.
- La saisine minoritaire peut alors avoir raison sur le plan constitutionnel mais tort face à la majorité sur le plan de l'analyse sociale, selon l'évaluation du Conseil.
- Cette évaluation est autant fondée sur l'intérêt bien compris pour l'institution de montrer qu'elle est en adéquation avec la nécessité, que sur la capacité et le désir manifeste de ses membres à en débattre quand bien même cela n'est pas forcément utile à la décision. Dans cette seule optique, il suffirait en effet de développer les bons arguments constitutionnels qui permettent de déclarer la loi conforme.
- Alors, entre une saisine minoritaire constitutionnellement valable et une majorité dont l'analyse sociale semble pertinente au Conseil, celui-ci va avoir tendance à opter pour la seconde tout en l'engageant à revoir sa loi dans un sens plus constitutionnel, plutôt que la déclarer radicalement non conforme.
- Il demeure cependant crucial pour le Conseil de réconcilier cette évolution sociale évaluée par le législateur avec ce que dit la Constitution. Cette réflexion politique, les convictions sur lesquelles elle repose, les contraintes qu'elle respecte encore, la pensée politique propre au Conseil constitutionnel qu'elle permet de forger, demeure, malgré quelques écarts discursifs qui ont nécessairement leur part d'influence sur la décision, sur un registre malgré tout différent de celui des opinions partisans. Il est clair que l'intérêt bien compris du Conseil constitutionnel depuis la fin de l'époque gaullienne, avec l'avènement des droits à protéger encouragé par celui des cours constitutionnelles européennes, puis de manière accrue avec la saisine parlementaire, est d'arbitrer entre les partis plutôt que d'exprimer une

préférence pour un camp qui le ferait précisément passer pour le législateur qu'il refuse d'être.

- Quand la saisine minoritaire oppose à la majorité des arguments d'opportunité et une autre conception de la nécessité sociale, nous avons vu que le Conseil cherche aussi à les comprendre mais qu'il ne va pas se ranger systématiquement du côté de la majorité ; l'impact d'une censure pour lui sera alors déterminant ; si rien n'est pas constitutionnellement évident, le Conseil dégagera ce que nous avons appelé des arguments constitutionnels dérivés (nouvelles sources de droit, réserves d'interprétation). Il est encore à mi-chemin entre son intérêt bien compris et une réflexion politique approfondie sur la façon dont la Constitution peut surplomber et résoudre une problématique politique. L'argument constitutionnel dérivé permet de reformuler le lien entre la Constitution et la loi ; cet argument sera fondé ultimement par des convictions partagées sur les fondamentaux de l'accord public ou encore sur les limites du désaccord acceptable : le principe d'égalité sera pour l'occasion à la fois mobilisé et réinterprété ; l'idéal d'une unité qui aurait façonnée et façonnerait encore la collectivité historique en devenir. Ces fondamentaux sont à la fois des justifications et des tremplins d'évolution pour la Constitution : pérennes, ils ne peuvent durer qu'en s'adaptant aux nécessités nouvelles, ce qui suggère une vision souple de la Constitution. La Constitution s'affirme ainsi au service de la démocratie représentative même en s'en émancipant. Si la loi doit respecter la Constitution, un tel énoncé est en réalité le fruit d'une réflexion sur la manière dont la Constitution peut promouvoir l'action législative. Le Conseil constitutionnel en encadrant la loi par la Constitution l'aide en réalité à s'actualiser moyennant une lecture de la Constitution qu'il choisit de rendre souple vis-à-vis des exigences de la loi. Le Conseil constitutionnel se fait alors l'expert de la bonne lecture de la Constitution, de celle qui en l'encadrant, permet à la loi d'exister. Il y a ici l'amorce d'une inversion de la contrainte : si la compréhension des enjeux politiques du législateur demeure centrale pour le Conseil constitutionnel, ce dernier a aussi imposé son utilité au législateur, ce qui est confirmé par la manière dont il s'invite dans le processus législatif pour en clarifier les rouages.
- Si la non conformité n'est pas complexe à montrer et n'invite pas en soi à aller sur un autre terrain pour trancher, le Conseil y va en raison d'un autre critère déjà rencontré lors de la délibération IVG ou plus tard, par exemple, sur l'enseignement agricole : celui de l'option la moins perturbatrice au plan social. La non conformité pour des raisons constitutionnelles aurait donc pu suffire mais les débats prennent en compte des faits réels et la dimension historique de l'équilibre social recherché. Ainsi, même une non conformité simple à mettre en avant peut se heurter dans les débats internes du Conseil constitutionnel à une certaine résistance à étouffer les intentions du législateur précisément lorsque celles-ci peuvent relever d'une compréhension des évolutions sociales plus générale que la seule opportunité immédiate dictée par un projet politique primant sur un autre.
- Les membres du Conseil constitutionnel parlent de plus en plus souvent explicitement de « refaire la loi » tout en se l'interdisant et en prétendant même ne pas souhaiter priver le législateur de sa capacité à apporter des limitations à certains droits au nom de l'intérêt général : il s'agit en réalité de fournir au législateur les éléments qui permettent de refaire la loi pour la rendre conforme à la Constitution dans la mesure où l'on considère qu'au nom de

l'évolution sociale (point précédent), cette loi mérite d'être promulguée. En interne, cette évolution est aussi discutée en terme de revendications de droits constitutionnels qui permettent de revisiter d'autres notions également constitutionnelles, comme celle de service public qui ne sont pas ainsi considérées comme des notions figées.

Les éléments modelant le critère de l'intérêt du Conseil : la prise en compte de l'opinion publique et le cas des recours se référant à la protection des droits

- L'opinion publique

Quand l'opinion publique suit la majorité parlementaire, cela n'empêche pas la recherche par le Conseil d'une compréhension des débats parlementaires à l'horizon de ce que permet la Constitution et selon la démarche politique développée plus haut mais cet élément pèse en faveur de la majorité, à moins d'une réelle non conformité aisément défendable sur le plan constitutionnel.

Quand l'opinion publique s'est fortement exprimée contre une loi donc contre la majorité parlementaire, cette opinion est prise en compte de manière mesurée : il s'agit de saisir la part d'exagération dont elle relève et pas seulement de se rassurer d'être « du bon côté » de l'opinion dominante ; mais c'est une gymnastique de précision à laquelle doit s'adonner le Conseil en l'espèce car l'opinion est souvent évoquée lorsqu'il s'agit de protection des libertés publiques dont le Conseil se veut le garant. Il s'impose alors d'identifier la limite du désaccord acceptable entre opinion publique et majorité parlementaire, à défaut d'un consensus, selon la réflexion politique identifiée et dans la mesure où la Constitution permet d'encadrer la réponse fournie explicitement dans la décision.

Cette prise en compte de l'opinion publique même contre la majorité parlementaire s'observe en particulier lorsqu'il s'agit de libertés publiques à protéger ou de droits à garantir; ce qui se confirme ici, c'est une capacité à s'émanciper du législateur lorsqu'il s'agit de libertés publiques ou de droits à protéger.

- Le recours à la protection de droits des citoyens

Lorsque la non conformité d'une loi est difficile à asseoir sur le plan constitutionnel et que la saisine minoritaire invite pourtant à s'interroger sur les conséquences de la loi en matière de protection des droits, une réflexion s'engage non pas sur l'opportunité de la loi mais sur le lien entre la Constitution et les cas concrets qu'entend résoudre la loi en question, en envisageant alors en effet éventuellement les conséquences de la loi sur les droits.

Le cas des droits des citoyens confirme une réflexion de la part des membres du Conseil sur le sens même de la loi : lien entre l'institutionnel et le social, ou encore régulation du social par son représentant institutionnel, elle ne crée elle-même de droits ou de devoirs nouveaux qu'à partir d'une nécessité ayant à présent intégré l'existence de droits égaux eux-mêmes contraignants. Le Conseil étant le garant ces derniers, peut ainsi prendre quelque distance vis-à-vis du législateur et asseoir sa crédibilité propre sur sa qualité de protecteur des droits.

Un ajout quantitatif en renfort de nos conclusions : le cas des décisions de non conformité partielles par rapport aux autres sur la période considérée, pour des lois ordinaires

A partir des classifications annuelles des types de décision présentes sur le site internet du Conseil constitutionnel, il est aisé de reproduire les ratios ci-dessous qui corroborent quantitativement ce que nous avons mis au jour qualitativement sur l'ensemble de la période de cette thèse.

Ces informations quantitatives ont toutefois pour seul mérite ici de conforter nos conclusions sur le lien entre les arguments échangés pendant les débats et le type de décision correspondant.

Notre propos qualitatif s'emploie en effet à dévoiler une réflexion à l'œuvre dont la dimension épistémique dépasse l'information relative au type de décision prise en conséquence.

Pour autant, voici quelques chiffres établis à partir des informations recueillies sur le site internet du Conseil constitutionnel :

Février 1959 - Février 1974			Février 1974 - Fin 1986		
Conformité	Non conformité	Non conformité partielle	Conformité	Non conformité	Non conformité partielle
64,6%	0	35,4%	65,7%	4,7%	29,6%

Zoom sur 1981-1986 (alternance socialiste au Gouvernement)		
Conformité	Non conformité	Non conformité partielle
56,8%	3,2%	40,0%

Zoom sur l'année 1986, février à décembre (cohabitation, Président de la République socialiste, Gouvernement et Assemblée nationale à droite)		
Conformité	Non conformité	Non conformité partielle
58,80%	0	41,20%

Le taux de décisions pour non conformité partielle diminue légèrement après la réforme de 1974 mais sur une période légèrement plus courte (Février 74-Fin 86 comparée à Fév 59-Fév 1974) ; il est en réalité plutôt stable si on revient aux chiffres à périodes strictement comparables. En revanche, la non conformité fait son apparition même si elle reste rare.

Il est plus notable que sur la sous-période 81-86 où les saisines sont, avant les élections législatives du printemps 86, celles de l'opposition de droite, les décisions de conformité diminuent au profit des décisions de non conformité partielle ; cela signale que mécaniquement, sur la sous-période précédente 74-81, le taux de décisions de non conformité partielle a diminué dans une proportion plus importante qu'il n'y paraît de manière lissée sur l'ensemble 74-86. Ainsi, sur 74-81, les saisines de l'opposition de gauche obtiendraient plus facilement des décisions de non conformité quand sur la période 81-86 où avant la cohabitation à partir du second semestre 1986, c'est l'opposition de droite qui saisit et voit le développement des décisions de non conformité partielle. En observant les lettres de saisine de nos délibérations mais encore de l'ensemble des décisions ici concernées, figurant aussi sur le site du Conseil constitutionnel, on retrouve l'un des résultats de nos analyses qualitatives sur la période : l'opposition de gauche sur 74-81 émet souvent des saisines relatives à la protection des libertés publiques tandis que celle de droite entre début 81 et le printemps 86 s'emploie davantage à remettre en cause la loi sur des points de procédures ou d'opportunité. Dans le premier cas, nos analyses ont conclu que l'argument de droits non respectés était considéré comme déterminant

pour une décision de non conformité réaffirmant l'autorité du Conseil en la matière ; dans le second, le débat a plus souvent lieu sur ce fameux terrain de la réflexion politique développé plus haut.

Cet arrêt sur image n'aurait pas eu le même sens avant nos analyses : les chiffres permettent d'émettre des hypothèses de causalité à partir de certaines corrélations ; l'expérience confirme ou infirme ensuite ces hypothèses. Partir de ces chiffres présuppose cependant que l'on ait déjà l'intuition plausible de l'existence d'un lien entre un type de saisine et un type de décision. Or, nous ne travaillons pas à partir d'une intuition qui nous mènerait à observer certains résultats plutôt que d'autres pour en déduire des hypothèses à éprouver. Celles-ci peuvent parfaitement s'avérer non démenties et ainsi capables de rendre compte d'une certaine réalité mais d'une manière alors, sinon réductrice, du moins *a priori* exclusive ; pour être plus exhaustif, il faudrait alors démultiplier la démarche jusqu'à couvrir le plus d'intuitions initiales. Notre matériau offre une autre approche. En promettant le repérage des ressorts de la conception de son rôle par le Conseil constitutionnel à travers les échanges d'arguments pendant les délibérations de ses membres, il met d'emblée en scène lui-même toutes les intuitions possibles. Ainsi, l'expérience se donne-t-elle à voir immédiatement et la démarche inductive s'impose-t-elle pour avancer un peu plus loin à chaque fois dans la compréhension de la forme de rationalité à l'œuvre dans ces échanges d'arguments quand ils répondent à notre question de recherche. Cette démarche a déjà été amplement présentée mais en un mot à présent, rappelons qu'elle consiste à tenir pour justes les réponses apportées par le matériau jusqu'à ce qu'elles manifestent une inflexion, un changement qui renvoie à une réponse nouvelle sans annuler la précédente pour autant, en la complétant souvent. La présentation générale de ce travail est elle-même déductive : elle part d'une question sur la dimension démocratique des démocraties représentatives pratiquant un contrôle de constitutionnalité des lois, autrement dit, elle part d'une hypothèse sur l'évolution de la légitimité démocratique à l'œuvre dans ces démocraties représentatives ; elle teste et affine cette hypothèse par un cas pertinent qui permettra de cerner les traits particuliers et généraux de cette évolution. Cependant, la façon dont ce cas pertinent fournit ses conclusions procède, elle, d'une analyse inductive qualitative (compréhensive). Les articulations entre certains résultats intermédiaires de cette analyse inductive, en s'avérant quantitativement en adéquation avec les conclusions qualitatives qui en ressortent, illustrent et renforcent ces dernières. Si elles avaient en revanche été présentées d'entrée de jeu, elles auraient donné à voir un aspect spécifique et réducteur des conclusions plus denses auxquelles nous sommes en réalité parvenu.

Quand les justifications internes des décisions en deviennent des motifs explicites

Tout au long des délibérations analysées dans ce chapitre, se renforce aussi la mention du lien entre les arguments échangés en interne et ce qui devra figurer dans la décision.

Nous avons laissé les décisions de côté à dessein dès le début : il nous fallait avant tout comprendre, à travers leurs échanges d'arguments, le regard porté par les acteurs sur les possibilités envisageables par leur institution pour être crédible dans un système démocratique représentatif. Du reste, les décisions sont peu mentionnées dans les premiers débats ; cela donne alors à voir un Conseil constitutionnel repliant sa vision de lui-même *in fine* sur des décisions juridiques seules capables d'asseoir son autorité tout en ayant pourtant débattu de ce qu'il

faudrait faire au-delà du droit, indiquant ainsi les limites ou les possibles de la pratique démocratique d'alors (chapitre I). Puis les arguments échangés quant au rôle du Conseil se sont invités implicitement dans les décisions : il lui fallait être succinct mais tout de même implicitement situer son rôle à travers le type de décisions prises. En réalité, dès 1962, malgré les difficultés pour le Conseil à faire pleinement valoir son point de vue, il est déjà question de paraître cohérent dans ses décisions. La délibération sur l'IVG est un jalon bien connu de cette irruption du rôle du Conseil constitutionnel dans la décision avec la mention du fameux pouvoir d'appréciation distinct de celui du Parlement, mais l'on retrouve en fait de plus en plus souvent depuis le début, de la part des membres du Conseil, une assurance progressive dans la capacité de celui-ci à faire valoir ses choix même quand ils ne relèvent pas strictement de textes constitutionnels existant. En l'occurrence, le Conseil peut alors inscrire dans ses décisions des considérants faisant plus explicitement état de la dimension interprétative de la Constitution qui est la sienne, exacerbée quand il vient à identifier de nouvelles sources de droit (chapitres II et III). Tout au long des deuxième et troisième chapitres, il en est ainsi et cela s'exprime souvent directement pendant les délibérations qui donnent à voir la recherche de la manière la plus à même d'asseoir l'autorité du Conseil dans les décisions tout en restant dans un cadre constitutionnellement acceptable. Ainsi, à mesure que cette confiance du Conseil dans sa compétence interprétative s'accroît, sous l'effet de sa jurisprudence notamment, son champ d'intervention est décrit dans les décisions. En se voulant d'abord un exercice de vérification de conformité à la Constitution, quel que soit le degré d'interprétation palpable lors des délibérations selon l'ensemble des arguments mis au jour, ce champ d'intervention apparaît donc de plus en plus en surplomb de celui du législatif. Que les pouvoirs d'appréciation différent est alors acté mais le plan d'appréciation du législateur se trouve en effet contraint par celui du Conseil ; du reste, les délibérations de ce dernier ont montré que si c'est la Constitution qui encadre la loi dans les décisions, et cela littéralement depuis la décision de 1985 sur la Nouvelle Calédonie, c'est en raison d'une réappropriation du sens de la loi par le Conseil. Celui-ci, en effet, envisage les débats parlementaires contradictoires sur la loi à l'aune de ce qu'il considère comme le plus faible désaccord possible entre les citoyens, en vertu de certains principes propres à ce que les commentateurs de la vie politique nomment aujourd'hui les valeurs républicaines (chapitre III plus spécifiquement). Ainsi politique dans ses délibérations, le Conseil est juridique dans ses décisions, moyennant alors une juridicisation progressive des valeurs républicaines qu'il mobilise pour articuler ces deux aspects.

Nous verrons dans le quatrième et dernier chapitre ci-dessous que l'existence de cette articulation autorise à parler d'un processus de légitimation du Conseil constitutionnel en cours, quand le contenu de ladite articulation décrit ce dernier.

Cette légitimation est la synthèse cohérente de toutes les évolutions des pratiques démocratiques qui ont jalonné nos analyses à mesure que les membres du Conseil émettaient un avis sur le rôle plausible de leur institution. Elle passe du statut d'hypothèse valide à l'issue de nos analyses inductives, à celui de thèse plus solide, dans la mesure où le système démocratique dans son ensemble interagit avec le Conseil constitutionnel. C'est là en effet un autre critère de validité nouveau qui nous est offert : la confirmation de l'hypothèse déjà valide car testée sur un

cas pertinent, par la réponse du système global dans elle s'inscrit. Montrons à présent comment les choses se passent en revenant à notre matériau.

CHAPITRE IV. Un corps délibérant parmi les institutions démocratiques

IV.1. Les délibérations d'une « entité collective » avec son environnement

Déduire des analyses précédentes une légitimation potentiellement à l'œuvre du Conseil constitutionnel avait pour ambition, rappelons-le, de renseigner sur ce qui peut être englobé sous l'adjectif démocratique dans le contexte des démocraties contemporaines ou du moins de questionner à nouveaux frais ce que les citoyens peuvent en attendre, au titre de la participation à leur propre gouvernement, et cela à partir du cas français, emblématique et pertinent pour la centralité de la représentation électorale.

Nous sommes partis pour cela des délibérations des membres du Conseil constitutionnel français afin de faire droit à leur propre point de vue sur la question, en postulant –non sans précaution– sa justesse.

Il serait possible d'en rester là et de considérer qu'en ayant mis au jour ce que les membres du Conseil constitutionnel pensent, selon une trame commune tout au long de la période considérée, du rôle possible de leur institution, nous formulons alors une hypothèse raisonnable sur le système démocratique lui-même. Ce fut du reste l'objet de notre raisonnement jusqu'ici.

Il est pourtant envisageable d'aller plus loin compte- tenu de la remarque conclusive du chapitre précédent. En effet, si nous pouvions montrer que ce que les membres du Conseil pensent ainsi de leur rôle correspond à une manière caractéristique de situer l'institution dans le système démocratique pour eux, au même titre que pour leurs interlocuteurs, manière renvoyant à ce que nous nommerons une *identité démocratique* objectivable de l'institution, alors nos conclusions sur le système démocratique changeraient de statut : de celui d'hypothèse raisonnable et plausible, elles passeraient à celui de thèse confirmée par, ou dépendant de, son intégration dynamique effective au système qu'elle prétend décrire.

Pourquoi l'affirmer aussi sûrement? Simplement parce que la légitimation potentiellement au travail que l'on peut dégager des analyses serait alors non seulement le fruit d'une réflexion interne à laquelle nous accordons du crédit mais aussi la perception partagée en interne comme à l'extérieur, autrement dit par les acteurs du système démocratique dans son ensemble, sur l'acceptation/la légitimité du pouvoir accordé au Conseil constitutionnel. Or, si une légitimité démocratique en cours d'acquisition est, précisément, reconnue comme telle par le système démocratique lui-même, c'est qu'elle renvoie à un processus réellement à l'œuvre dans ce système dont ce processus signale réflexivement les changements.

Il sied donc dans un premier temps de se demander dans quelle mesure *l'identité démocratique* du Conseil constitutionnel est une notion fondée, puis, dans un second temps, de définir cette identité dans son rapport aux interlocuteurs du Conseil constitutionnel, ce qui fera l'objet des sections ultérieures.

IV.1.1. De l'ensemble des membres du Conseil constitutionnel au Conseil constitutionnel

IV.1.1.a. L'existence d'une identité démocratique du Conseil constitutionnel

Dès l'introduction, nous avons annoncé que nous dirions indifféremment les membres du Conseil constitutionnel ou le Conseil constitutionnel, à des fins exclusivement stylistiques, pour éviter la répétition d'une locution déjà longue. Si cette liberté de langage ne masquait alors aucune autre intention, il nous avait cependant semblé utile de préciser que celle-ci n'entendait pas réifier d'office l'institution étudiée. Au contraire, fondée sur l'observation puis l'analyse d'un matériau empirique guidée par une question de recherche, la démarche scientifique envisagée dans ce travail a considéré les discours comme des « actes de langages », au sens austinien où ils seraient simultanément des actions, des faits s'influçant logiquement les uns les autres et constituant ainsi la part objectivable des intentions de leurs auteurs à partir d'orientations communes partagées entre eux. Dans cette perspective, en effet, l'on ne cherche pas d'intention cachée dans la tête de ceux qui s'expriment et l'on ne fait droit qu'à leurs échanges publics, eussent-ils lieu dans une arène close. Mais ce qui est dit est alors constitué, selon la fameuse théorie du langage d'Austin, par les énoncés extérieurs d'une part et par leur dimension « illocutoire » d'autre part, à savoir le statut de ces énoncés pour leurs auteurs ; ce statut n'a rien à voir avec une intention cachée dont la mise au jour serait le fruit de spéculations sans fin et renvoie plutôt à une certaine logique du discours, autrement dit une logique des énoncés échangés, au sens où le contexte de ces échanges et leurs articulations entre eux rendent intelligible ce que Quentin Skinner appellera alors, dans le même sillage, leurs intentions. Celles-ci ne correspondent pas exclusivement à leurs motifs personnels, aux actes perlocutoires pour rester dans le schéma de pensée d'Austin, mais aux actes illocutoires dont les énoncés, alors considérés dans leur contexte et leur logique d'échanges dans un but commun et connu des auteurs, sont l'expression.

Ce sont précisément ces échanges que nous avons appelés tantôt les délibérations, tantôt les débats, tantôt les discours, dans le même souci d'éviter les répétitions que précédemment. Ce sont les arguments qui les ont constitués pour structurer peu à peu la trame d'une justification partagée par les différents membres du Conseil constitutionnel quant au bien fondé de la décision finale, que nous avons dégagés en tant que traduisant une idée du rôle du Conseil constitutionnel au sens le plus large du terme, englobant ses possibilités d'intervention, ses moyens, ses limites.

Il est bien évident que résumer cela en disant que « le » Conseil constitutionnel a préféré tel argument à tel autre, revient ici à prendre consciemment le tout pour l'ensemble des parties tout en sachant et en ayant du reste travaillé sur cette base, que ce sont les membres/parties du Conseil constitutionnel qui se sont exprimé(e)s ensemble pour dégager ensuite une décision collégiale, en effet émise au nom « du »/tout Conseil. Mais nous avons laissé de côté cette distinction pour mieux saisir au fur et à mesure l'éclairage que les délibérations pourraient éventuellement nous en offrir. Au stade initial de notre recherche sur les délibérations internes des membres du Conseil constitutionnel, autrement dit sur les délibérations « du » Conseil constitutionnel, nous ne faisons donc que réduire l'expression sans engager la notion de collégialité comme une raison scientifique de procéder ainsi, même si nous avons vu à quel point les membres du Conseil étaient attachés à ce qu'elle ne soit pas qu'un artifice extérieur mais relève plutôt du plus large consensus possible entre eux en interne.

Un mot sur l'origine de cette collégialité : les décisions sont rédigées à l'attention du public au nom du Conseil constitutionnel qui donc « décide » et en aucun cas n'y figurent les avis divergents, voire les votes opposés que nous avons croisés dans les délibérations. Ce fait, comme nous l'avons mentionné dès l'introduction, est le produit d'une pratique de l'ensemble du système judiciaire français tandis que l'ordonnance réglant le fonctionnement du Conseil constitutionnel ne parle, elle, que du secret des délibérés et des votes ; il s'agit donc à tout le moins, en pratique, d'opter vis-à-vis de l'extérieur pour l'institution dans son unité plutôt que pour l'ensemble de ses membres. Cette collégialité est ainsi une pratique et non une prescription. Ce faisant, elle est spontanément adoptée par les membres du Conseil constitutionnel et même considérée comme une sorte d'idée régulatrice pour le consensus à trouver.

Cette volonté de faire coïncider large consensus interne et collégialité externe s'est cependant traduite par la récurrence de certains arguments décisifs, même évolutifs, et a permis d'asseoir leur conception de leur rôle par les conseillers comme un reflet plausible dans le temps des évolutions de la notion de légitimité démocratique. C'est alors ce que nous recherchions et parler des membres du Conseil ou du seul Conseil était indifférent dans cette optique interne. Comme le fait remarquer Philippe Urfalino, citant des expressions communément employées pour évoquer un groupe d'individus par le tout dans lequel ils agissent, ce sont là « des termes commodes pour renvoyer à une multiplicité d'individus »⁴⁹⁹.

Les délibérations nous ont cependant peu à peu signalé la possibilité d'une distinction heuristique entre les deux formulations, invitant alors à se demander dans quelle mesure celles-ci pourraient recouvrir deux réalités distinctes. Une réflexion sur le langage ou sur les organisations pourrait apporter sa touche à cette démarche mais ce n'est pas là notre propos, qui doit rester centré sur la dimension illocutoire des arguments échangés dans un but commun par les membres du Conseil constitutionnel, quand ils pensent le positionnement de leur institution au sein du système démocratique.

La distinction, diffuse dans les délibérations, provient en réalité de ce que, aux yeux des membres du Conseil constitutionnel, la collégialité pousse certes au consensus en interne, mais autant qu'elle entend en suggérer la présence à leur environnement extérieur. Autrement dit, la collégialité est aux yeux des membres du Conseil constitutionnel une pratique non seulement indiscutable mais aussi porteuse d'un double sens : un sens qui renvoie précisément à l'effacement du nous, du multiple, du divers, du contradictoire en interne et un sens qui permet de montrer à leur environnement le visage de l'unité. Cet effacement est ainsi explicitement recherché comme nous l'avons souvent relevé dans les propos échangés lors des délibérations⁵⁰⁰, parce qu'il actualise *a posteriori*, en interne comme vis-à-vis des autres, une pratique qui semble aller de soi et qui renforce aux yeux des conseillers et des autres acteurs de la vie démocratique, du moins l'espèrent-ils, leur crédibilité. Afficher dans la publication des décisions « Le Conseil

⁴⁹⁹ Cf article Philippe Urfalino, « Qu'est-ce qu'un corps délibérant ? », in A. Gléonec, E. Adde, *Corporéité et politique*, Publications de la Sorbonne, 2014.ans sa version déf , « Décider en corps »

⁵⁰⁰ cf. notamment les fois où les membres du Conseil s'interdisent de mentionner une unanimité dans la décision car elle déprécierait l'image d'unité que renvoie la seule collégialité dans d'autres décisions, ou encore les fois où *a contrario*, certains se désolent de renvoyer une image collective qui ne correspond pas à leurs opinions mais préfèrent même ne pas exprimer de rejet du consensus et cesser de contre-argumenter pour laisser s'installer un consensus apparent, privilégiant encore une image d'unité interne en adéquation avec l'unité externe les cas de votes interviennent seulement si l'accord est difficile à trouver dans un temps qui est toujours limité.

décide » ne serait ainsi crédible, semblent penser ses membres, que si celui-ci n'est plus une multiplicité d'individus, ni un même un « nous » suggérant toujours une certaine diversité, mais une entité unitaire à la troisième personne. L'importance de la recherche du consensus pendant les délibérations réside ainsi dans la force persuasive de cette notion pour signaler une adéquation entre une pratique courante (la collégialité), un énoncé (le Conseil décide) et une réalité perçue escomptée (le Conseil est crédible car ses membres sont tous d'accord). Cette adéquation renvoie, elle, à la crédibilité d'une institution qui peut se targuer de parler au nom de ceux qui la composent.

Les conseillers oeuvrent donc pendant leurs débats à l'actualisation d'une collégialité qui passe ainsi du statut de pratique devenue contraignante, au statut d'opportunité de renvoyer à l'extérieur l'image d'un consensus réellement recherché, voire trouvé, en interne.

Ce faisant, ils parlent alors bel et bien du Conseil constitutionnel, de cette entité collective qu'ils constituent mais qu'ils objectivent pour envisager son rôle comme celui d'une institution parmi les autres institutions républicaines. Et ce n'est plus de leur rôle, à chacun pris individuellement, qu'il peut s'agir puisque chacun, précisément, ne fait qu'avancer des arguments en réponse à d'autres arguments jusqu'à parvenir à un consensus ou à un vote ; à ce moment-là, que leurs arguments soient alignés ou pas avec la solution retenue, celle-ci devient la décision du Conseil constitutionnel car elle est le produit d'un échange d'arguments propre au Conseil au nom de l'unité visée par les conseillers. A leurs yeux, pendant la délibération, c'est leur propre conception du rôle du Conseil constitutionnel qui prime et qui fait l'objet d'un argument confronté à, ou complétant, un autre argument ; puis ces conceptions éventuellement diverses, s'accordent au cours du débat jusqu'à faire consensus ou n'y parviennent pas et le projet de décision proposé ne sera alors accepté que s'il est voté à la majorité. Avant la prise de décision, les membres du Conseil constitutionnel émettent donc individuellement des arguments exprimant une idée qu'ils se font du rôle du Conseil constitutionnel ; il peut s'agir d'une idée qui restera individuelle ou d'un argument qui sera partagé par de nombreux conseillers, voire par tous ; c'est ce sur quoi nous nous sommes attardés dans les analyses précédentes.

Au fil du débat, ces arguments s'affinent pour exprimer ce qui restera dans la décision et qui ne reprend pas, loin sans faut, tous les arguments révélant une idée du rôle ou de la place du Conseil constitutionnel, mais qui fera consensus ou qui l'emportera à la majorité des voix. Ces deux séquences, parfois simultanées, se distinguent dans leur contenu entre ce qui se dit du rôle du Conseil constitutionnel et ce qui se dira de manière plus ou moins ramassée, faisant plus ou moins droit à l'ensemble des arguments mis en avant, mais jugé suffisant pour établir une décision cohérente et intelligible dans le respect de la compétence considérée comme reconnue à ce moment-là au Conseil constitutionnel. Quoi qu'il en soit, les conseillers font ce travail d'objectivation pour la bonne raison que dans le premier temps, ils expriment ce qui leur semble être le rôle du Conseil constitutionnel et dans le second, ce qui peut être dit publiquement en conséquence, en étant toujours guidés par ce qui leur semble acceptable pour une intégration de l'institution qui irait de soi dans un système d'institutions où le critère de l'acceptable est électif. Dans chacune des séquences, c'est toujours une idée de l'institution qui prévaut. Cette idée se construit collectivement par l'échange d'arguments et l'on a vu que des lignes maîtresses s'imposent d'une délibération à l'autre, remodelées par des opportunités nouvelles et des

contextes différents mais constituant la trame d'une idée partagée du rôle du Conseil façonnant les décisions, voire s'y exprimant de plus en plus explicitement.

L'on pourrait alors objecter que si les membres du Conseil pensent d'une manière ou d'une autre collectivement ce qui peut ou doit être le rôle de leur institution, ils n'en assimilent pas moins celle-ci à l'ensemble des individus qu'ils constituent et qu'ils pourraient indifféremment dire « nous » ou « le Conseil constitutionnel ». Quant à la conclusion précédente selon laquelle ils tiennent à l'effacement du « nous » au nom de la collégialité, on pourrait aussi considérer que c'est là une nécessité pratique dont ils sont en effet conscients de l'utilité en terme d'autorité perçue, mais que ce n'est rien de plus qu'une tournure rhétorique. Autrement dit, la formule consacrée « le Conseil » serait simplement plus convaincante à cet égard que « nous », mais ne traduirait rien de plus au fond. La démarche stratégique du passage à l'unité comme effacement de la multiplicité serait simplement renforcée par l'expression à la troisième personne du singulier plutôt qu'à la première du pluriel. C'est le travail mené par Philippe Urfalino qui incite ici à aller plus loin.

En s'appuyant sur l'étude que fait Jeremy Bentham des assemblées parlementaires dans *Political tactics*⁵⁰¹ pour y définir un corps politique constitué d'une multiplicité d'individus, il dégage l'idée que selon le philosophe anglais une collection d'individus formant une assemblée politique « ne peut être le support de la continuité temporelle de l'assemblée » puisque dès lors qu'un corps politique serait uniquement défini par le seul fait de l'agrégat des individus qui le composent, il ne serait plus le même avec l'ajout ou la suppression de l'un des membres de cet agrégat. Or, les corps politiques changent dans le temps, voire d'une délibération à l'autre, par le jeu des absences et des présences variables. Cherchant alors ailleurs ce qui permet d'identifier le corps politique, Bentham, explique Philippe Urfalino, ne trouve qu'un élément qui ne soit pas altéré par ces modifications temporelles de l'agrégat :

« l'acte déclaratif vers lequel concourent les parlementaires qui constitue selon lui l'identité du corps politique »,

conclut l'auteur de cet article très éclairant pour notre propos. En effet, les membres du Conseil constitutionnel ne sont d'une part pas toujours tous systématiquement présents à chaque délibération non plus ; et, d'autre part, le rôle qui se dessine de leur institution à partir de leurs propos traverse les périodes marquées par des présidences différentes mais aussi au sein d'une même présidence par le renouvellement des neuf membres du Conseil constitutionnel par tiers tous les trois ans. Si sur de courtes périodes de trois ans où les membres du Conseil constitutionnel seraient bien tous les mêmes à chaque séance, l'on pourrait supposer pouvoir ainsi assimiler l'identité de leur institution à celle de leur groupe, ou de leur rassemblement d'individualités, le problème ressurgirait bien vite qui verrait l'apparition inévitable de certaines absences. Il faut donc trouver aussi un élément temporellement inaltérable.

Or, sur le temps long de notre étude, nous avons bien observé que si des trames argumentatives nouvelles pouvaient apparaître, elles ne se substituaient pas aux précédentes, comme si une dynamique de l'institution était à l'œuvre, d'abord mue par ses membres puis suivie par eux, qu'ils demeurent les mêmes ou qu'ils changent. Les membres du Conseil constitutionnel reprennent en effet des arguments qu'ils n'ont pas eux-mêmes façonnés.

⁵⁰¹ 1999, 1791

L'élément temporellement inaltérable recherché apparaît alors dans l'existence et la cohérence mêmes de cette trame argumentative : tissée de variantes cumulées, celle-ci vise toujours de la même manière un positionnement crédible de l'institution et endosse ainsi le rôle de l'acte déclaratif dont parlait Bentham, à condition de considérer celui-ci sous l'acception interne qu'imposent les débats de notre assemblée. Ainsi l'identité du « nous » stratégique se pérennise-t-elle dans le temps à travers cette trame argumentative visant le rôle légitime du Conseil auquel elle s'assimile : si elle-même est donc par définition toujours en devenir, ce sont précisément sa rémanence, plus que son contenu, associée à la cohérence de la visée de ce dernier, qui signalent la pérennité recherchée...celle de ce qui devient toujours, et toujours selon la même finalité. Ce sont là les caractéristiques majeures de *l'identité démocratique* du Conseil recherchée, l'adjectif renvoyant logiquement à l'intention qui donne jour à cette identité : définir sa propre légitimité démocratique.

Finalement, réduire l'identité du Conseil constitutionnel à l'identité stratégique du « nous » collégial constitué de ses membres résiste mal à l'épreuve de l'objection temporelle décelée par Bentham et dont Philippe Urfalino nous aide à saisir la pertinence pour tout corps politique. Surtout, ce « nous » collégial trouve une expression pérenne dans la trame argumentative sans cesse mobilisée pour penser le rôle de l'institution, tandis que les composantes du « nous » changent. La pérennité du nous se joue bien à la troisième personne du singulier.

Il est à présent tentant de chercher à préciser ce qui constitue cette identité du Conseil constitutionnel.

IV.1.1.b. Le contenu de l'identité démocratique du Conseil

L'équivalent de l'acte déclaratif dont il est alors question chez Bentham, autrement l'identité du corps politique mise au jour par Urfalino,

« ne tient pas à sa composition, changeante, mais au fait que ses membres accomplissent le même acte intellectuel »

clarifie l'auteur, le changement ici évoqué étant celui de la disparition ou du rajout d'un membre.

Deux conditions nourrissent plus avant cette définition, qui sous-tendent la convergence nécessaire de tous les membres du corps politique vers un « même acte intellectuel » ou encore vers une conception partagée, pour notre cas d'étude, de ce qu'est le rôle du Conseil constitutionnel et de la décision qui en découle. La première renvoie à l'importance de garantir la présence de tous les membres à chaque fois que le corps politique est mobilisé. La seconde consiste à considérer que seule cette convergence intellectuelle peut donner son identité au corps parce qu'elle échappe aux inévitables variations temporelles et que par définition, celle-ci ne peut être le fait d'une simple faction mais doit voisiner avec la totalité des membres présents. Autrement dit, non seulement tous les membres doivent-ils être présents mais aussi tous doivent-ils être d'accord sur le contenu de l'acte déclaratif qui permet d'identifier leur assemblée. Bentham suggère des techniques diverses pour palier ces défauts fréquents en dehors du cas idéal qu'il décrit pour l'assemblée parlementaire anglaise. Le quorum de sept conseillers sur neuf pour qu'une délibération au Conseil constitutionnel puisse avoir lieu et qu'une décision soit prise va

dans le sens d'une garantie de la première condition. Nous avons par ailleurs déjà montré que la contrainte de la collégialité des décisions pousse les membres du Conseil constitutionnel à rechercher le consensus. Il est pourtant clair ici, comme du reste dans l'exemple de Bentham, que même en respectant ces pré-requis pratiques, on ne réalise pas pleinement les deux conditions qui permettent d'assimiler le groupe à son acte déclaratif, que celui-ci soit pour nous la conception partagée en interne quant au rôle du Conseil constitutionnel ou la décision publique proprement dite qui en résulte.

Accepter cette limite pratique n'empêche cependant pas de prendre acte de la possibilité de *l'identité démocratique* du Conseil mise au jour. Selon notre démarche compréhensive d'analyse des délibérations du Conseil constitutionnel, non seulement avons-nous pu répondre pas à pas à notre question de recherche, celle posée, précisément, à ce matériau empirique, mais encore nous a-t-il été permis de dégager dans le temps, une évolution des arguments internes révélant la vision des membres du Conseil quant au rôle de leur institution. Or, cette évolution s'est manifestée à travers sa logique propre, celle qui permet à des groupes de conseillers différents, dans des contextes différents, de s'attacher aux mêmes arguments en les adaptant aux situations concernées mais pour servir ultimement cette même intention unitaire.

C'est de cette manière qu'est apparue la trame d'une légitimation à l'œuvre du Conseil constitutionnel, servant réellement le propos des différents conseillers tout au long de la période étudiée. Ainsi, les réponses fournies par notre matériau à la question de recherche sur la conception que les membres du Conseil constitutionnel se faisaient progressivement du rôle de leur institution, nous auront permis de montrer qu'il était possible de faire parler l'institution en tant que telle, antérieurement à ses décisions ; il est alors apparu possible aussi de la faire parler de ce qui modifie les arguments récurrents mobilisés par ses membres. Ce qui était là une hypothèse de départ sur la possibilité d'extraire de leurs propos une idée pertinente de l'évolution de la pratique démocratique s'est ainsi révélé peu à peu comme le reflet d'une rationalité à l'œuvre, mue par les trois grands axes argumentatifs repérés. Bien entendu, cette seule rémanence évolutive des arguments mobilisés ne saurait permettre de résumer chaque délibération sans risquer d'en épurer à outrance le propos. Le niveau de détails dont nous avons nourri nos analyses visait au contraire à rendre compte de la diversité interne des débats, stratégiquement orientés par leur intention unitaire sans pour autant s'y réduire. En revanche, cette intention unitaire s'exprime précisément à travers ces arguments - pour rappel, la logique propre au droit constitutionnel et à sa jurisprudence, le rapport au législateur, l'idéal républicain - qui sont ceux sur lesquels les membres du Conseil s'appuient pour penser leur institution dans son rapport aux autres institutions démocratiques.

Véhiculant ainsi une idée durable et structurante pour les débats du rôle que le Conseil constitutionnel peut jouer parmi d'autres institutions du système républicain français de la Ve République, ils sont enfin partiellement restitués dans les décisions publiques destinées à ce système. Celles-ci constituent le produit des délibérations.

Cette identité, façonnée par des arguments que le consensus interne permet certes de signaler mais surtout inscrits et renforcés dans le temps, est vouée, par définition, à permettre au Conseil constitutionnel de naviguer dans le système démocratique comme y étant aussi légitime. Il nous faut donc à présent dégager ce qui l'articule à ce système pour achever de la définir : ceci

éclairera ou confirmera ce qui l’y rend acceptable sur le plan de la pratique démocratique, pour revenir alors à notre question première.

IV.1.2. Un corps délibérant au cœur d’une logique systémique

IV.1.2.a. L’articulation entre le Conseil et son environnement

Le Conseil constitutionnel est donc pourvu d’une *identité démocratique*, définie par la récurrence d’arguments structurant dans le temps et permettant à ses membres de concevoir de manière consensuelle son rôle ou sa place au sein du système démocratique de la Ve République.

Dans le même article déjà cité de Philippe Urfalino, une autre réflexion ajoute à cette première conclusion pour rendre compte plus précisément du point où nous en sommes à présent. Ainsi, en reprenant les termes, le Conseil constitutionnel apparaît comme un « système adaptatif » qui dispose bien d’une organisation interne lui permettant de prendre des décisions (saisine, travail de préparation du rapporteur, exposé du projet du rapport suivi d’un échange d’arguments menant à une prise de décision collective), d’un environnement externe auquel il destine ces décisions et qu’il prend en compte dès ses délibérations, pour y penser son rôle de manière crédible selon les contraintes qu’impose cet environnement, et d’« une fonction ménageant l’articulation entre les deux », à savoir la publication de ses décisions.

Cette modélisation permet de confirmer l’intérêt de l’articulation que nous recherchons : elle signale l’acceptation du Conseil par le système, autrement dit sa légitimité puisque le système en question n’est autre que l’organisation d’une démocratie moderne particulière, celle de la Ve République française entre 1958 et 1986. Or, nous avons vu que le Conseil exprime plus que la somme des individus qui le composent grâce à son identité démocratique ; accepter le Conseil constitutionnel, c’est donc accepter cette identité démocratique. Comme celle-ci est définie par une trame argumentative toujours en devenir, son acceptation par le système démocratique relève plus d’une légitimation en cours que d’une légitimité acquise.

L’articulation entre l’identité démocratique du Conseil et le système où il opère est donc l’acceptation de la première par le second ou encore le processus de légitimation démocratique du Conseil.

Or, la fonction du Conseil ménageant cette articulation, ou cette acceptation ou encore mettant en mouvement ce processus de légitimation, est, selon ce même modèle, le lien issu du Conseil entre son organisation interne menant à la décision et le système démocratique. Il saute alors aux yeux qu’ainsi défini, ce lien est nécessairement la publication de ses décisions : c’est bien le seul qui parte du Conseil à destination du système démocratique.

Finalement, la publication des décisions du Conseil constitutionnel entretient le processus de légitimation démocratique de ce dernier. La question à présent est de savoir comment.

IV.1.2.b. Les décisions : du Conseil à son environnement et retour

L'objectif assigné par l'ensemble du système entendu dans sa globalité, au Conseil constitutionnel, est de prendre une décision, pour le dire très généralement, de conformité ou pas à la Constitution. Le contenu de cette décision est alors résolument le fruit des multiples arguments échangés et partagés de manière consensuelle ou par un vote, et toujours mus par cette même trame d'arguments types, contraignants ou opportuns qui perdurent à travers la cohérence nécessaire aux logiques constitutionnelle et jurisprudentielle, le respect du législateur et une réflexion républicaine. Cette trame type est du reste constituée de nombreuses variantes⁵⁰² qui se renforcent et se complètent les unes les autres dans le temps, en fonction de données extérieures imposées par l'environnement, mais elle est modelée à partir des mêmes arguments majeurs. Pour cette raison, ceux-ci n'ont rien de déterministe mais la cohérence avec laquelle ils s'imbriquent les uns aux autres leur donne une signification propre, cette fameuse *identité démocratique* du Conseil. C'est elle qui mène aux décisions et les infuse.

Les analyses précédentes ont confirmé que ces décisions sont alors reçues par l'environnement démocratique avec la part d'implicite et la part d'explicite qu'elles contiennent des raisons les ayant développées en accord avec l'identité du Conseil. Comprendre le fonctionnement général de ce *système adaptatif* implique donc aussi de rendre compte de cette réception. L'idée d'acceptation, comme celle de légitimité/légitimation disent du reste la même chose : elles renvoient à une réponse donnée par son environnement au Conseil constitutionnel, autrement dit une à prise en compte par les autres institutions démocratiques de ses décisions ainsi fondées.

Or, observer ainsi le mouvement jusqu'à son terme est possible puisque cela nous est restitué dans les délibérations elles-mêmes. Les analyses précédentes ont en effet permis de déceler peu à peu à travers ce qu'en disent les membres du Conseil constitutionnel, une manière pour son environnement de s'approprier ses décisions antérieures.

Le comment de cette articulation que nous recherchions est donc là, encore livré par les délibérations du Conseil constitutionnel.

Pour ne pas revenir en détails sur les analyses déjà fournies, listons de manière emblématique, quelques exemples rencontrés de l'évocation du Conseil constitutionnel dans les débats parlementaires alors rediscutée lors de ses délibérations.

En l'occurrence, celle-ci était nettement patente après 1974, notamment lors du débat fin 1976 sur la loi de finances de 1977 qui rappelle que les parlementaires se sont appuyés sur la décision précédente du Conseil constitutionnel sur la loi de finance antérieure au titre de son sens précis de l'équilibre constitutionnel entre les pouvoirs à allier aux nécessités du moment ; de même, la délibération de 1978 sur l'enseignement agricole reporte que le Conseil constitutionnel est précisément invoqué dans les débats parlementaires mais également dans la lettre de saisine où il lui est demandé de réagir contre les droits bafoués du Parlement, en raison d'une mauvaise pratique dominante ; l'enjeu ici invoqué à l'attention du Conseil constitutionnel est clairement

⁵⁰² Rôle du rapporteur, du Président ou d'autres membres pour développer des arguments nouveaux qui s'avéreront majeurs mais qui n'ont pour nous d'intérêt que parce qu'ils restent pérennes.

celui du respect du Parlement en tant que tel mais aussi en tant que respect d'un certain équilibre institutionnel remis en cause par la pratique critiquée ; l'on retrouve le thème du respect du Parlement associé ici à celui d'une recherche d'une certaine stabilité institutionnelle ; autre exemple encore que la délibération de 1981 sur la loi sécurité et liberté où le dialogue entre le législateur et le Conseil constitutionnel est installé par le législateur lui-même qui explicite sa perception des décisions antérieures du Conseil notamment en matière de procédure législative ; la délibération de 1985 sur la Nouvelle-Calédonie où le rôle attendu du Conseil de la part de ses interlocuteurs est pris en compte par les conseillers notamment sur le niveau d'intervention qu'il peut avoir par rapport au législateur, dont on sait la fameuse traduction directement dans une décision qui prend d'ailleurs, d'une manière générale, de plus en plus en compte la conception interne du rôle du Conseil ; la saisine elle-même renvoie ici du rôle du Conseil l'image d'une vigie non pas seulement constitutionnelle mais attachée à un certain consensus social ; si l'on peut toujours objecter que c'est là une ré- interprétation par les conseillers de la saisine, il demeure que leurs propos traduisent ainsi un ancrage dans un système, et pas seulement une lecture arbitraire ; au contraire, celle-ci se nourrit aussi d'un dialogue qui, pour amplifié qu'il puisse être par le Conseil, n'en est pas moins existant et montre que celui-ci conçoit son rôle en vertu de ce que le système autorise *a fortiori* quand le système même lui renvoie un écho de ce rôle.

Pour éviter les redites par rapport aux analyses précédentes, nous ne listerons pas ici de manière exhaustive tous les cas où un écho sur le rôle du Conseil constitutionnel, en consonance avec son identité démocratique précédemment mise au jour, provient des autres institutions démocratiques, voire, plus rarement sur ce sujet, de l'opinion publique dont les conseillers peuvent aussi considérer l'attente qu'elle peut avoir vis-à-vis du Conseil constitutionnel. Ces quelques exemples sur des sujets aussi prégnants dans le champ politique suffisent à illustrer le propos. Il est cependant possible de retrouver dans les analyses qui précèdent d'autres nombreuses mentions, notamment après 1974 mais également présentes auparavant, du rôle du Conseil constitutionnel explicitement escompté par ses interlocuteurs : le Conseil est en effet alors toujours évoqué relativement à son expertise en droit constitutionnel, à sa jurisprudence, à son champ de compétences par rapport au législateur, à son attachement à un certain équilibre républicain auquel son rôle de défenseur des droits a sa part, y compris au sujet des droits de la minorité parlementaire à s'exprimer.

En tout état de cause, l'articulation que nous cherchions à décrire tient à un ressort, lisible dans les délibérations : les instances de saisine, voire l'opinion publique, réinvestissent des décisions antérieures du Conseil constitutionnel sur les axes majeurs de l'argumentation interne de ce dernier, pour faire valoir leur nouveau recours auprès de lui.

Cette articulation, ou ce processus de légitimation, se fait donc à travers la reconnaissance diachronique par le système démocratique de la conception que le Conseil se fait de son rôle ; schématiquement, c'est là un dialogue où la réponse d'un acteur B à un message envoyé par un acteur A est donnée à travers une nouvelle question posée par B à A.

La théorie des contraintes juridiques de Michel Troper s'avère ici éclairante pour rendre intelligible la logique systémique mise au jour : selon la connaissance partagée des contraintes

des acteurs, ceux extérieurs au Conseil constitutionnel ont eux-mêmes connaissance des contraintes pesant sur ce dernier ; en citant sa jurisprudence, ou ses compétences connues ou attendues, une saisine confirme au Conseil son propre espace de liberté et de pouvoir. Le fait que ces invocations, exhortations ou mentions du Conseil constitutionnel par ses interlocuteurs soient citées par ses membres montre alors aussi que ces considérations sont en retour reprises lors des délibérations du Conseil. En traduisant ici un peu prosaïquement, selon son versant politique, la théorie réaliste de l'interprétation de Michel Troper⁵⁰³, pour garantir une pérennité à son pouvoir à travers ses décisions ultérieures, le Conseil prend en compte la réception que ses interlocuteurs expriment de ses décisions antérieures. L'usage de la théorie tropérienne conduit ainsi dans ce cas à la même conclusion que celle, organisationnelle, de Philippe Urfalino.

Une théorie des systèmes plus globale dont l'une des plus emblématiques serait pour notre propos celle de Niklas Luhmann peut rassembler ces divers angles de vue. En effet, l'auteur établit notamment que,

« l'on peut considérer la société comme fondamentalement différenciée à partir du moment où elle forme des sous-systèmes principaux dans la perspective de problèmes spécifiques, qui devront être résolus dans le cadre de chaque système fonctionnel correspondant »⁵⁰⁴.

Capable de faire droit à la capacité créatrice de l'interprétation, cette approche la débarrasserait de sa dimension conflictuelle pour rendre plus lisible l'échange à l'œuvre. Si on la décline ici, elle permet en effet de considérer l'interprétation comme un vecteur d'auto-adaptation à son environnement c'est-à-dire au système fonctionnel, du système ou sous-système qui l'a produite. Ainsi, le droit constitutionnel issu de l'interprétation et de la jurisprudence des Cours constitutionnelles peut-il alors être envisagé non pas exclusivement à l'aune de sa nature créatrice et donc, en un sens tropérien, législative, mais comme un moyen de résoudre le problème spécifique de la pérennisation d'une compétence propre pouvant et devant être comprise par une autre.

Toutefois, le caractère auto-référencé des sous-systèmes chez Luhmann peine à éclairer les stratégies réellement déployées pendant les délibérations du Conseil constitutionnel quand celles-ci signalent aussi l'attention particulière portée à l'ajustement entre les systèmes, entendons ici les différentes institutions auxquelles s'adressent les décisions du Conseil. Ces stratégies conduisent plutôt à ne pas conclure trop hâtivement à l'automatisme de l'ajustement entre sous-systèmes ou entre institutions, sans rien ôter à la pertinence du propos systémique. Autrement dit, ce n'est pas parce que le Conseil produit du droit jurisprudentiel pour se réserver une capacité de réponse propre à une saisine qu'il considère que ses interlocuteurs vont d'office intégrer ce droit nouveau comme acquis et devant orienter leurs propres débats à venir. L'adaptation du Conseil constitutionnel, ici considéré comme un système de production de jurisprudence, à son environnement, à savoir les institutions politiques de la Ve République, est certes mue par l'interprétation qu'il choisit de faire de la Constitution mais, on l'a bien vu, selon

⁵⁰³ Michel Troper, avec Véronique Champeil-Desplats, et Christophe Grzegorzczak, *Théorie des contraintes juridiques*, LGDJ, Paris, 2005.

⁵⁰⁴ Niklas Luhmann, *Politique et complexité. Les contributions de la théorie générale des systèmes*, Paris, Le Cerf, 1999, p. 43.

une relation de dépendance vis-à-vis de cet environnement qui ne se réduit pas à l'impact immédiat sur lui de sa jurisprudence : il se révèle déjà à l'œuvre dans ce travail d'interprétation même, prenant en effet en charge certaines caractéristiques propres aux institutions auxquelles il répond. C'est ainsi que la contrainte ou l'opportunité du droit constitutionnel est inextricablement liée à celle d'un certain respect dû au législateur.

A cet égard, c'est enfin l'approche systémique de Michel Dobry qui nous paraît porteuse de la nuance manquante⁵⁰⁵ lorsqu'il développe l'idée de la captation des calculs des différents systèmes mis en relation, les systèmes étant ici les institutions et pas leur environnement commun. Cette idée laisse en effet une place au décalage de la réponse que dissolvait l'automatisme de Luhmann.

Ce décalage fonctionne d'ailleurs dans un aller-retour permanent. Les délibérations du Conseil constitutionnel expriment, notamment dans la période post-gaullienne, une référence fréquente aux intérêts de l'institution qui le saisit, qu'il s'agisse du rôle du législateur constitutionnellement défini, d'une prise en compte de certaines de ses pratiques simplement efficaces, ou encore de la prise en charge du consensus politique au fondement de ses choix d'opportunités. Dans ce dernier cas, il peut du reste aussi déployer sa vision politique, en accord avec les contraintes précédentes mais relevant davantage d'un attachement aux principes évolutifs d'une collectivité historique dont la pérennité dépend. Cette référence à l'instance de saisine prend alors toujours en compte la réappropriation, quand elle est exprimée, aussi fournie par celle-ci d'une décision antérieure du Conseil pour façonner la nouvelle. Ces prises en compte réciproques interviennent bien, nous l'avons vu, dans un cadre d'intérêts et de contraintes mutuels bien compris.

Ainsi, le Conseil constitutionnel apparaît-il comme un agent interagissant avec son environnement en vertu de l'identité démocratique que celui-ci lui reconnaît ; cette interaction asymétrique apparaît comme une adaptation permanente à la réception de ses décisions par cet environnement, en accord avec une contrainte constitutionnelle et jurisprudentielle, un respect du législateur et de certains principes constitutifs de la collectivité historique. En retour, la réception des décisions intègre de nouvelles données pour les saisines ultérieures, accroissant ainsi l'autorité du Conseil constitutionnel non par la seule gestion pertinente que celui-ci fait des contraintes extérieures, mais par une nouvelle utilisation amplificatrice de l'interprétation qu'il en fait dans ses décisions ainsi mobilisées par la suite.

A présent que le mode d'articulation des systèmes de ce même environnement démocratique entre eux est clarifié, autrement dit que l'on peut épistémiquement parler d'un processus de légitimation du Conseil constitutionnel à l'œuvre dans l'environnement démocratique de la Ve République, il nous faut terminer en saisissant plus précisément le contenu même véhiculé par ce processus. Cela achèvera de le décrire.

⁵⁰⁵Michel Dobry, *Sociologie des crises politiques*, Paris, Presses de Sciences Po, 1992 (1re éd. : 1986), p.102. : il précise en effet que « les secteurs se caractérisent, dans les conjonctures routinières, par leur capacité à réaliser la fermeture de l'espace de référence obligé des calculs de leurs membres ou, mieux, par leur capacité à réaliser la captation des calculs de ces derniers »

IV.2. Le Conseil constitutionnel face au compromis démocratique

Ce processus de légitimation a d'abord pu se dessiner à travers la cohérence et les évolutions dans le temps de la stratégie développée par les membres de l'institution pour définir le rôle de celle-ci à travers des arguments discursifs partagés entre eux. Deux dimensions ont alors constitué cette conception :

- Pendant la délibération proprement dite d'abord, où l'exposé du rapporteur est suivi d'une discussion, l'on a pu dégager ce que les membres du Conseil constitutionnel pensent pouvoir être de leur compétence acceptable à leurs yeux, compte-tenu de certaines contraintes mais aussi de certaines opportunités présentes dans leur environnement ; ils expriment alors explicitement des arguments justificatifs de leur décision finale.
- Puis au moment de ne retenir que les arguments à inscrire dans la décision ultérieurement publique, ce qu'ils estiment pouvoir exprimer légitimement pour se situer par rapport aux autres institutions.

Sur ces deux volets, une stratégie d'intégration à un système valorisant historiquement l'élection comme critère de choix démocratique, a été manifeste tout au long des délibérations.

Par ailleurs, si nous nous sommes surtout intéressés à ce qui précède la décision, c'est précisément en raison de l'hypothèse selon laquelle s'y déploie de manière plus libre un regard pertinent porté par les membres du Conseil constitutionnel sur la pratique démocratique, ses besoins, ses possibilités nouvelles, ses limites.

Puis, les arguments majeurs qui se sont imposés d'abord sous forme de contraintes et d'opportunités ont aussi servi un dépassement, en même temps qu'un renforcement de l'approche stratégique : sans pour autant la supprimer, ils ont en effet davantage procédé d'une réflexion propre partagée par les membres du Conseil constitutionnel, sur les enjeux politiques prioritaires affectés par telle ou telle décision. Ces arguments majeurs se sont alors exprimés selon une prise en compte de ce qui semblait primer aux yeux des conseillers pour le maintien d'un certain équilibre démocratique.

Dans le même temps, l'environnement concerné renvoyait au Conseil une confirmation de plus en plus explicite de sa réflexion sur cet équilibre, en la mentionnant lors des débats, notamment parlementaires, menant à de nouvelles saisines.

Ainsi, les trois grands axes argumentatifs des délibérations du Conseil constitutionnel, toujours imbriqués les uns aux autres d'une manière cohérente de par leurs liens logiques et leur même finalité relative à la définition du rôle du Conseil, se sont-ils peu à peu insérés plus nettement dans les décisions proprement dites ; leur restitution ultérieure dans de nouvelles saisines a alors signalé l'acceptation de ce rôle par le système démocratique.

Le processus de légitimation du Conseil qui en résulte opère donc comme un dialogue entre le Conseil et son environnement. Si nous en connaissons les termes à travers les arguments majeurs mobilisés en interne par le Conseil et reconnus comme tels par ses interlocuteurs, il reste à en préciser la grammaire : par-delà la métaphore, c'est là nécessairement le critère de légitimité démocratique nouveau au sens où il autorise ce langage commun ; autrement dit, c'est là le critère qui rend les acteurs, de part et d'autres, capables de considérer acceptable le contrôle de constitutionnalité des lois par une institution non élue dans une démocratie représentative électorale.

IV.2.1. Derrière un consensus politique apparent, un compromis démocratique fondamental

Il serait bien entendu intéressant de reprendre pas à pas, à partir des analyses des délibérations, l'ensemble des arguments faisant précisément l'objet d'un dialogue entre le Conseil constitutionnel et ses instances de saisine mais le développement détaillé et commenté que nous en avons fait nous a déjà permis d'en dégager l'idée. Cet exercice pourrait du reste donner une impression de redite dans le cadre de ce travail.

Par ailleurs, ce n'est plus l'existence de l'échange qui nous intéresse à ce stade mais ce qui le rend possible. Aussi, pouvons-nous lister synthétiquement les termes de ce langage commun pour en clarifier plus précisément la grammaire.

Reprenons donc sur chaque grand axe argumentatif des délibérations, puisque nous partons toujours d'elles, les termes principaux de cet échange en provenance des instances de saisines (lettres de saisines ou débats parlementaires/gouvernementaux) et repris dans analyses et leurs conclusions :

- *sur l'importance du droit constitutionnel et de la jurisprudence*
 - o reprise pertinente de la jurisprudence du Conseil constitutionnel à l'appui des saisines
 - o invocation de l'expertise constitutionnelle du Conseil dans les débats parlementaires ou par les représentants du Gouvernement
 - o invocation des textes du Préambule pour en faire confirmer l'interprétation par le Conseil constitutionnel, dans les saisines et dans les débats parlementaires et en particulier eu égard aux libertés publiques et aux droits individuels
 - o manœuvres de ré- interprétation de la jurisprudence du Conseil constitutionnel pour critiquer une disposition à des fins de politique partisane

- *sur le respect du législateur*
 - o spécifications dans les saisines ou mentions dans les débats parlementaires de la dimension constitutionnelle comme critère déterminant d'une loi dont l'opportunité a déjà été débattue
 - o re-travail des lois après décision de non conformité partielle sans en remettre en question l'opportunité (deuxième saisine possible mais abordée sur d'autres aspects)

- recours auprès du Conseil constitutionnel pour que celui-ci clarifie les rôles entre Gouvernement et Parlement (déclassements mais aussi certaines procédures parlementaires, ou encore dans le cadre de certaines lois issues de projets de lois)
 - demandes spécifiques de la part des parlementaires à ce que le Conseil veille au respect des prérogatives du Parlement par le Gouvernement
- *sur le socle républicain*
- invocation dans la saisine ou dans les débats du Conseil comme garant de l'équilibre des pouvoirs
 - invocation dans les débats parlementaires du Conseil constitutionnel comme garant des libertés publiques et des droits individuels en tant que liés aux textes fondateurs de l'histoire républicaine
 - reprise dans les débats de la définition du principe d'égalité par le Conseil constitutionnel

Ces réponses de son environnement au Conseil constitutionnel ne proviennent pas d'une sélection *a priori* mais sont seulement ici classées en fonction des grands axes argumentatifs orientant le consensus interne lors des délibérations.

Les mettre ainsi en évidence permet justement de remarquer que les réponses de son environnement au Conseil constitutionnel en reprennent fréquemment les mêmes formulations. Or, la trame argumentative en interne a été dégagée de ce qui a pu fédérer d'une manière ou d'une autre les membres du Conseil au moment de la décision. La volonté manifeste des membres du Conseil constitutionnel est donc d'épuiser la dernière objection en vertu de l'un ou l'autre des ces arguments majeurs. Leurs débats, qui constituent cette recherche du consensus, articulent les termes ci-dessus aux autres termes en présence. Cela se noue au sein du Conseil constitutionnel autour d'une prise en compte à la fois plus large et plus précise de la jurisprudence, d'une analyse juridique plus longue des articles de la Constitution, d'une réflexion nuancée sur son rôle dans le processus législatif, d'une analyse socio-historique du socle républicain et de ses articulations avec le texte de la Constitution.

Ainsi, si le Conseil constitutionnel peut apparaître à ce titre comme une troisième chambre selon la thèse d'Alec Stone Sweet déjà rencontrée, ce propos est à nuancer par un élément d'appréciation qui n'est pas celui du Parlement : l'approfondissement du rapport de chaque contenu, disposition critiquée ou disposition mobilisée, avec la Constitution inscrite dans l'histoire républicaine française. Déplorer ou encourager cet état de fait n'est pas le rôle du chercheur : le mettre au jour signale cependant une forme d'intégration réciproque par le Conseil constitutionnel, comme par son environnement, de l'idée que l'expert *es-Constition* est bel et bien l'institution de la rue Montpensier. Toutefois, l'existence du langage commun dont nous parlons ici, tout comme la proximité des termes mobilisés, témoigne d'une répartition des tâches pour le moins poreuse.

Or, si, de part et d'autre, les énoncés échangés se retrouvent autour des mêmes axes argumentatifs propres à générer un consensus au sein du Conseil constitutionnel quant à son rôle, et qu'ils réintègrent ensuite de nouveaux débats parlementaires et de nouvelles saisines, c'est que leurs significations se recoupent aussi.

C'est dans leur sens commun qu'il nous faut donc chercher le critère de légitimité qui nous importe.

La réponse se trouve à nouveau du côté de nos analyses précédentes. Les membres du Conseil constitutionnel, comme les auteurs des saisines, parviennent pour les premiers à un consensus, pour les seconds à une prise en compte, dans la manière même dont ils mobilisent les compétences qu'ils reconnaissent au Conseil constitutionnel, d'une certaine ligne à ne pas franchir. C'est comme si tout se jouait sur un même terrain : le Conseil aurait d'abord eu à en comprendre le périmètre flouté par les débats parlementaires ; par voie de conséquence, le Parlement aurait alors pu en manifester plus explicitement le respect. Ne cédon pas davantage à la facilité de la métaphore et expliquons-nous en revenant aux débats eux-mêmes.

Qu'il s'agisse de l'un ou l'autre argument majeur, force est plutôt de constater que chacun n'oriente le consensus interne de manière récurrente dans le temps et en réponse à l'environnement du Conseil constitutionnel, que parce qu'il s'interdit certains dépassements. La facette du consensus que nous n'avons pas encore abordée ici est précisément ce qui met fin aux objections, et qui permet de le considérer atteint, ou encore ce qui permet à la minorité d'accepter le vote de la majorité quand le Conseil choisit de trancher de cette manière. Au-delà des contraintes temporelles du Conseil constitutionnel, souvent invoquées par ses membres⁵⁰⁶ à l'appui de la concision de ses décisions, il existe des limites rémanentes aux objections qui permettent cette acception commune de la décision finale, voire en amont des réflexions partagées autour des arguments la justifiant. Du reste, certaines délibérations sont bien plus courtes que d'autres et l'encombrement des saisines n'est pas toujours de mise, tandis que la fin des délibérations apparaît toujours comme une borne bien comprise par tous les membres du Conseil constitutionnel et qui se décline suivant les axes argumentatifs majeurs concernés.

Ainsi, quand c'est l'importance du droit constitutionnel ou celle de la jurisprudence qui sont déterminants pour trancher, apparaissent-ils comme le socle d'un accord possible entre deux conceptions de l'opportunité de la disposition examinée. Le texte constitutionnel et son « esprit » bien compris sont d'abord les limites sur lesquelles tous s'accordent pour défendre les institutions voulues pour la nation et symbolisées par le premier Président de la Ve République, Charles de Gaulle. Très vite, le Conseil constitutionnel y voit cependant le cadre en soi de la République, indépendamment de ses représentants ; il commence dans le même temps à se reposer sur sa jurisprudence sans lui faire dire plus que la Constitution n'autorise. Peu à peu et davantage après 1974, la jurisprudence s'impose comme un argument à part entière mais elle est surtout issue d'un besoin ressenti de combler les vides constitutionnels pour apporter les réponses garantissant l'actualisation des choix politiques en accord la Constitution. Ainsi, la jurisprudence mobilisée à des fins stratégiques comme, peu à peu, par la logique propre qu'elle impose par définition, l'est-elle, à moins d'aller de soi, dans la mesure où elle lie le texte de la Constitution à des enjeux politiques bien compris, immédiats, voire à venir. Cette compréhension découle d'un débat interne sur les choix politiques et relève tant d'une stratégie de positionnement permettant au Conseil de ne pas être perçu comme refaisant la loi que d'une

⁵⁰⁶ Cf entretiens ou encore textes écrits par les membres eux-mêmes sur le sujet

réflexion sur le sens de celle-ci et ses conséquences en regard de ce que prévoit la Constitution. Mais dans un cas comme dans l'autre, il s'agit bien de considérer la loi comme une règle de vie en société devant cadrer avec les principes et les dispositions constitutionnels mais dont le débat parlementaire entre élus a déjà permis de décider du contenu.

Une fois saisi, le Conseil constitutionnel reprend et prolonge le débat parlementaire pour dégager le sens de la critique rémanente qui empêche de considérer la loi votée comme un compromis acceptable entre opinions diverses. C'est bien du reste ce qu'on lui demande, sinon le choix de la majorité s'imposerait. Il le fait d'une manière qui lui est propre et qui se distingue subtilement de l'appréciation du législateur, nous l'avons vu, mais cela implique de trouver un plan de réconciliation entre majorité et minorité ; n'y revenons plus mais nous savons à présent que celui-ci n'est pas exclusivement constitutionnel.

Nous avons eu plusieurs fois l'occasion de rencontrer cette idée à travers les délibérations et de manière plus manifeste dans le chapitre III qui conjugue aux précédents une réflexion plus avancée du Conseil constitutionnel, précisément sur ces enjeux politiques. Le terme de *consensus politique* ou *démocratique* nous a semblé aller alors de soi pour saisir ce qui était jugé primordial dans l'ensemble des débats publics pour aboutir à une décision acceptable pour un Conseil constitutionnel cherchant à se positionner comme le garant d'une forme de stabilité du système démocratique dans lequel il évolue. Vue depuis le Conseil et ré-interprétée par lui à l'horizon de la Constitution, cette conception du commun acceptable ne renvoie pas à un débat unique mais à ce que les conseillers ont pu dégager de tous les débats antérieurs réintégrés au leur propre ; si cette conception fait en interne, pour eux, l'objet d'un consensus ou l'emporte par un vote, c'est qu'elle renvoie, selon leur point de vue objectif, à une sorte de consensus possible ou apparent dans la collectivité démocratique (niveaux institutionnel et social), à ce qui tient ensemble le système démocratique à ce moment-là. Les membres du Conseil récupèrent des données extérieures et les combinent aux leurs propres, en l'occurrence constitutionnelles, aussi bien qu'à leur connaissance de la vie politique française et à leur attachement aux principes républicains propres à celles-ci et au nom desquels *in fine*, ils peuvent dégager ce qui rassemble les points de vue objectifs. Si un débat contradictoire peut avoir cours entre eux sur le sujet, ce qu'ils cherchent à dégager ensemble, consensuellement, c'est ce qui leur semble pouvoir faire l'objet d'un consensus à l'extérieur de leur enceinte. Ce que nous avons nommé le consensus démocratique, décliné sous l'angle institutionnel ou sous l'angle social, renvoie à cet état de stabilité sur l'un de ces deux volets, semblant confirmé par les pratiques ou la situation générale de la société, à l'horizon duquel le Conseil estime pouvoir trancher entre deux options constitutionnellement concurrentes ; ce « consensus politique » est donc une expression descriptive que nous avons forgée dans le cadre interne des délibérations pour rendre intelligible ce que les membres du Conseil tentaient de dégager. Outre la multiplicité d'exemples que l'expression permettait de recouvrir, nous avons pu voir ce qui sous-tendait ceux-ci, ou encore ce qui permettait la stabilité politique ainsi décrite, à savoir l'égalité et l'unité républicaine mobilisées ultimement, et parfois à nouveaux frais, par les membres du Conseil.

Tout cela demeurerait cependant un point de vue interne, un regard porté par les membres du Conseil constitutionnel sur leur environnement démocratique. Dès lors que ce regard peut faire l'objet d'un dialogue avec les instances de saisine, c'est qu'il contient au moins une zone d'entente commune aux interlocuteurs.

Dans quelle mesure alors le Parlement peut-il considérer un consensus institutionnel ou social par exemple ? Si c'est le principe du parlementarisme d'avant les partis que de reconstituer celui-ci à partir des opinions différentes des parlementaires, Bernard Manin⁵⁰⁷ met au jour l'émergence de négociations entre majorité et opposition au sein de la démocratie de partis où une majorité représente vraiment une opinion dominante dans la société ; il poursuit alors avec l'idée étendue d'une démocratie du public où ces négociations intègrent des acteurs en dehors de l'arène parlementaire (groupes d'intérêt, média, *etc.*). Le fait est que le débat parlementaire ne voit pas émerger un consensus à la lumière d'arguments extérieurs à l'opportunité/la nécessité en question avec la loi concernée, comme peut le faire le Conseil constitutionnel. Le débat parlementaire, comme le débat public en général, met en scène des divergences et la saisine du Conseil par la minorité parlementaire montre que le vote à la majorité ne suffit pas toujours à les résoudre. Puis le même Parlement se réapproprie, on l'a vu, les modifications minimales proposées par le Conseil.

Autrement dit, ce que le Conseil peut envisager de son point de vue comme un *consensus politique* renvoie ici à ce qui rend possible l'accord entre les points de vue divergents dans le débat public ou, pour le dire en termes parlementaires, l'accord entre majorité et minorité/opposition. Cet accord résulte d'un débat à plusieurs niveaux et en plusieurs temps (navettes parlementaires, amendements, voire convocation d'une Commission mixte paritaire), suivi d'un vote et d'une reprise éventuelle des exigences du Conseil, toujours prises en compte. Ce n'est plus là un consensus qui émerge naturellement du débat. C'est un exposé contradictoire d'options divergentes reconsidérées à partir de ce qui peut les rassembler de manière plus satisfaisante que n'a permis de le faire le vote à la majorité.

Dans son article sur les conditions de l'obligation majoritaire⁵⁰⁸, Philippe Urfalino démontre à partir d'une étude empirique éclairée par les thèses d'Hans Kelsen⁵⁰⁹ et de Bernard Manin⁵¹⁰ sur la règle de majorité, que celle-ci n'est acceptée, entre autres conditions, que si la majorité ne remet pas en cause ce qui l'unit primordialement à la minorité. En effet, pour Kelsen, la majorité permet de maximiser le nombre de ceux dont la volonté sera réalisée tout en admettant la relativité de leur opinion, c'est-à-dire la possibilité pour la minorité ne pas être dans l'erreur et de devenir un jour majorité ; pour Manin, la majorité présente l'avantage d'une règle de décision claire, associé à celui d'une délibération antérieure inclusive à laquelle tous, donc, peuvent se référer. Ces deux thèses se rejoignent donc quant à la possibilité pour la minorité de se considérer un jour partie prenante du camp majoritaire. L'apport de Philippe Urfalino ici est de montrer l'éclairage conjoint de ces deux thèses à la compréhension de cas pratiques sur le dysfonctionnement éventuel de la règle de majorité et de proposer une zone commune à ces deux manières de lier majorité et minorité qui trouve un fondement difficilement contestable dans la capacité de raisonnement pratique des votants.

Autrement dit, celui qui vote est *a priori* susceptible de choisir entre deux options différemment valables sur ce qu'il s'agit de faire et son raisonnement l'y conduit selon les

⁵⁰⁷ Bernard Manin, *Principes du gouvernement représentatif*, *Op.Cit.*, cf synthèse p.303.

⁵⁰⁸ Urfalino, Philippe, « Les conditions de l'obligation majoritaire, règle de majorité et corps délibérant », *Raisons politiques*, 2014/1, n°53, p.139-169.

⁵⁰⁹ Kelsen, Hans, « les fondations de la démocratie - Extraits sur la règle de majorité », traduit de l'anglais par Philippe Urfalino, *Raisons politiques*, 2014/1, n°53.

⁵¹⁰ Manin, Bernard, « Volonté générale ou délibération ? Esquisse d'une théorie de la délibération politique », *Le débat*, Janvier 1985, n°33, p.72-93.

enjeux qu'il privilégie mais il est en même temps conscient que cette recherche de la bonne solution est partagée par les autres. Ainsi, c'est lorsque toutes les opinions procèdent d'un tel raisonnement pratique – au sens ici de la philosophie politique – que la minorité peut considérer qu'elle aurait pu être majoritaire et accepter alors la majorité comme également capable d'avoir pris en compte les autres opinions avant de choisir. Considéré ainsi, l'accord possible entre des points de vue divergents apparaît davantage comme un compromis entre majorité et minorité : la seconde accepte que la première l'emporte tant qu'elle est assurée que ses propres raisons ont été considérées lors du débat et qu'elles pourraient ultérieurement l'emporter aussi comme étant de bonnes raisons.

Ce qui pourrait ressembler à un problème de vocabulaire seulement conditionné par les acteurs qui regardent en fait le même objet, permet en réalité de mieux comprendre cet objet : le fondement du consensus considéré depuis le Conseil constitutionnel est le même que celui du compromis permettant à la majorité et à la minorité de coexister, nous l'avons vu, puisque Conseil et législateur dialoguent sur cette base. Rendre compte de ce qui, d'un côté, nous était apparu comme un consensus, en parlant à présent d'un compromis de l'autre côté, permet en effet d'en préciser le fondement, autrement dit ce que nous recherchons. Identifier précisément le fondement d'un consensus lorsque celui-ci est mis au jour à travers une alchimie très qualitative entre diverses données n'est pas aisé : renforcer ou compléter la démarche en repérant à présent la base du compromis correspondant mérite donc le détour. Une approche qualitative comme la nôtre ne peut en effet que gagner en précision à l'élargissement des points de vue sur le même sujet.

Or, les délibérations et le retour qu'en faisaient les saisines ultérieures, avaient permis d'avancer que le fondement de ce consensus vu depuis le Conseil constitutionnel renvoyait à l'importance du principe d'égalité associée à la recherche d'une forme d'unité républicaine ancrée dans l'histoire longue de la République française. Le voici à présent considéré comme le compromis nécessaire à l'acceptation du choix majoritaire par la minorité ou, *a contrario*, comme ce qui, en n'étant pas respecté, crée le refus de la majorité par la minorité, c'est-à-dire la saisine du Conseil constitutionnel. A condition que la minorité soit de bonne foi, mais on a vu que le Conseil évacue rapidement les recours dans les cas contraires, simples à débusquer à travers des saisines reposant sur des arguments détournant à dessein la Constitution, cela suggère un compromis basé sur le respect de la collectivité politique historique constituée par l'ensemble majorité-minorité. Définir cette collectivité historique serait du reste possible en reprenant l'ensemble des fondements des arguments liés au troisième axe de nos délibérations mais l'exercice serait forcément partiel et ce n'est pas le propos ici.

En revanche, ce second angle de vue renforce l'idée d'un compromis démocratique fondé sur l'unité républicaine :

- unité, d'abord perçue à travers un Président charismatique, puis selon le lien à maintenir entre majorité et minorité et éventuellement à éclairer des débats publics d'opinion plus larges ;
- républicaine en raison de la collectivité historique à laquelle elle renvoie dans le temps.

Préciser ce que recouvre comme conséquences pratiques l'expression d'unité républicaine pourrait faire l'objet d'un travail en soi qui sort de ce cadre.

En revanche, l'augmentation spectaculaire de la saisine du Conseil constitutionnel une fois que la minorité parlementaire a pu s'en prévaloir après la réforme constitutionnelle de 1974 signale ainsi que l'accord tranché par le vote n'est pas toujours considéré comme acceptable, comme un compromis. Le Conseil constitutionnel reconsidère alors les arguments de la minorité exprimés dans la saisine mais n'en prend en compte les griefs que s'ils vont dans le sens d'une meilleure conformité à la Constitution y compris dans leurs conséquences. Il ne s'agit pas en effet pour lui de revenir radicalement sur ce qui a déjà été accepté à moins qu'un problème de conformité à la Constitution lui semble devoir y être réglé. Ce respect du suffrage majoritaire par le Conseil, non pas uniquement en tant que critère de légitimité démocratique historique - certes toujours présent à l'esprit des conseillers et point de départ de notre propre questionnement -, s'apparente donc aussi au fait que la minorité elle-même envisage implicitement son accord possible avec la majorité. Il faut rappeler dans ce même sillage que les arguments de la saisine ne sont pas en général que d'opportunité et que leur prise en compte n'a lieu que sur une base constitutionnelle ou jurisprudentielle. Toutefois, si celle-ci peine à être mobilisée de manière évidente, un travail d'interprétation intervient alors, bordé par de nombreux garde-fous explicites comme l'histoire de la République et la pérennité de ses principes, l'intention libérale de 1789 et sa rémanence à travers les choix politiques, précisément, de la République considérée comme une collectivité historique, la revendication de l'égalité sous ses formulations diverses selon les nécessités, la présence et le rôle du Conseil d'Etat auprès du pouvoir politique, le fonctionnement pratique des institutions qui, en prenant quelques libertés, ne trahit pas la Constitution. Quand elle ne va pas de soi, la référence constitutionnelle est donc réfractée à travers le filtre de cette interprétation qui consiste à regarder la loi en regard de certains fondamentaux supposément partagés par tous. La décision qui s'en suit, quoi que n'étant susceptible d'aucun recours, est cependant rarement de non conformité totale et finalement acceptée par les parlementaires qui en reprennent les termes pour retravailler la loi sans que cela ne génère en soi de débats sans fin. Si les membres du Conseil constitutionnel partagent les doutes de la minorité, ils préféreront en effet décider d'une non conformité partielle ou mettre en avant des réserves d'interprétation pour rappeler à la majorité les autres principes fondamentaux à respecter pour rester partie prenante de la même collectivité. Mais ils se refusent à le faire en mettant en péril un autre de ces principes, à savoir le vote à la majorité lui-même.

Même dans les cas où ces arguments constitutionnels, nécessairement mis en avant pour les saisines, se sont avérés fragiles car masquant en réalité d'autres préoccupations, éthiques ou idéologiques (par exemple, 1975 IVG, 1982, Nationalisations), alors les membres du Conseil constitutionnel ont bien perçu les dangers de faire endosser à la règle majoritaire le rôle d'un séparateur de la société en deux camps inconciliables. Danger pour eux-mêmes, danger pour la société, peu importe ici. Les cas limites où la saisine exprime, même indirectement, un rejet radical de la décision majoritaire sont révélateurs de ce qui est en jeu : la minorité exprime alors que la majorité trahit ce qui tient ensemble la société alors que le principe majoritaire est conditionné par l'acceptation de son résultat par la minorité.

Le dialogue fonctionne donc sur cette base ainsi partagée de ce qui asseoit la possibilité d'un compromis/acceptation entre majorité et minorité. Et quand bien même la nouvelle loi ferait à nouveau l'objet d'une saisine par la minorité, ce n'est pas afin de détourner la décision initiale du Conseil constitutionnel. D'ailleurs, les décisions qui auront fait réellement l'objet de controverses publiques, en général à l'initiative de la doctrine, sont assez rares et concernent des cas où le débat sur l'interprétation de la Constitution n'est pas jugé clos.

Il ressort aussi de tout cela que le principe du vote à la majorité, s'il est acquis comme le critère démocratique par excellence pour des raisons historico-culturelles comme en prend acte notre premier constat empirique, se révèle aussi pratiquement et épistémiquement comme un pilier de l'unité de la collectivité. Cette conclusion provient de la manière dont le Conseil constitutionnel cherche à résoudre un conflit entre majorité et minorité qui dépasse le grief constitutionnel, celui-ci fût-il très développé. Pour autant, ce n'est pas en tant que technique de désignation des représentants que le vote apparaît crucial mais au nom de l'unité de la collectivité politique qui en justifie la possibilité. Or, dans une démocratie moderne, cette unité s'actualise dans la représentation, par définition.

A travers nos analyses des délibérations, il est apparu que le Conseil cherchait à se définir par rapport au représentant en tant que souverain : guider un Président représentant historiquement la Nation, contribuer à la stabilité des institutions représentatives et notamment à la fluidité de la relation exécutif-législatif, prolonger le dialogue majorité-minorité et enfin faire droit à l'opinion publique sont autant de repères évolutifs de la manière dont le Conseil a pensé son rôle dans le temps ; ils traduisent une évolution du visage de la démocratie et par conséquent de ses pratiques.

Ce visage n'est autre que ce à quoi le Conseil se réfère en premier lieu quand bien même ses expressions se modifient : la représentation du peuple souverain. Si l'élection à la majorité exprime la possibilité d'existence d'un peuple souverain qu'il est donc possible de représenter, elle n'impose pas que toute représentation soit élective. Parce qu'elle joue le rôle de vecteur historique de la participation des citoyens à leur propre gouvernement, autrement dit parce qu'elle assure une représentation, non pas démocratique mais en vue de la démocratie, elle est déterminante en pratique.

Pour s'installer dans le système démocratique représentatif et électif, le Conseil constitutionnel cherche continuellement à se greffer sur le représentant en traduisant, raffinant, reformulant l'unité de la collectivité politique sous-jacente ; c'est la première dimension de son processus de légitimité, ou son contenu. Sur une seconde dimension, que le Conseil vit beaucoup plus passivement, il va bénéficier indirectement de la manière dont ce représentant est lié au peuple ; or, il se trouve que ce représentant est l'expression de la participation des citoyens à leur gouvernement, autrement dit qu'il est démocratique. Ce qui lie les citoyens à leur(s) représentant(s) est alors, on l'a vu, ce compromis démocratique au nom duquel tous, à égalité, s'accordent sur ce qu'ils sont prêts à accepter ensemble, voire sur ce à quoi ils ne renonceront pas : égalité républicaine, unité républicaine en sont les grands principes directeurs issus du travail précédent. Finalement, c'est parce que le système est démocratique qu'une institution qui interfère dans l'action politique que ce système promeut, peut être à son tour démocratique, indépendamment de son mode de désignation et à condition de faire dépendre ses appréciations de celles du représentant démocratique. Nous disons « peut » et pas seulement « envisage »

parce que nous avons pu montrer une logique systémique d'inter- actions entre les institutions, précisément les institutions représentatives démocratiques et le Conseil constitutionnel. C'est bien à l'épreuve de la représentation que se joue le positionnement du Conseil ; et cette représentation est démocratique, portant même le nom plus vague de démocratie représentative.

A partir de notre cas, une autre manière pour les citoyens d'une démocratie représentative de participer à leur gouvernement que la seule élection de leurs représentants est donc possible qui consiste à accepter l'impact d'une autre institution sur le processus législatif, dès lors que celle-ci fait systématiquement droit au compromis démocratique jusque là seulement manifeste au sein des institutions élues.

IV.3. La démocratie contemporaine : constellation de corps délibérants responsables du compromis démocratique

IV.3.1. Le sens commun du singulier : dépassement possible du cas français

Nous disposons à présent d'une réponse à la question générale dans le cas français de la démocratie représentative organisée par la Constitution de la Ve République, entre 1958 et 1986. Nous pouvons donc avancer synthétiquement que ce qui permet sur cette période à une institution non élue de se développer à l'intérieur du système démocratique français en l'influençant sur sa dimension la plus démocratique, à savoir l'élaboration de la loi votée par les représentants élus par le peuple, tient à sa capacité à se montrer garante du contenu du compromis démocratique propre à cette collectivité historique. Ce faisant, c'est le système démocratique dans son ensemble qui se trouve raffiné, enrichi en tant que le compromis qui le constitue et qui est la manifestation de la pratique démocratique au sens plus général de participation des citoyens à leur gouvernement, est renforcé.

Nous étions cependant partis du cas français pour une raison épistémique susceptible de le rendre concluant pour notre question plus générale sur la démocratie représentative : le cas français porte en effet historiquement à son paroxysme l'élection comme critère de légitimité démocratique et accorde de ce fait une place centrale, quoi que tourmentée, au pouvoir législatif du Parlement, tout en introduisant dans la Constitution de 1958 une institution non élue et pourtant autorisée à invalider une loi votée par ce même Parlement pour des motifs de non conformité constitutionnelle. La question alors était de savoir ce que l'irruption des cours constitutionnelles au sein des démocraties européennes exprimait de l'évolution des pratiques démocratiques depuis que celles-ci n'étaient plus exclusivement électives. Nous reprenons ici une formule de Dominique Schnapper permettant de dépasser le très classique « représentatives » que d'ailleurs, on observe qu'elles ne sont plus exclusivement, le dépassé « libérales » qui prévalait par opposition aux démocraties du bloc communiste pendant la guerre froide et le très situé « occidentales » dans le vocabulaire des sciences sociales tandis que les régimes démocratiques se développent au-delà de l'aire culturelle dite occidentale : l'adjectif « européennes » a, en vertu de cette triple comparaison, l'ambition d'évoquer un modèle issu de l'aire culturelle européenne sans l'y cantonner, et de le prendre précisément sous sa dimension

culturelle, qu'il s'agisse de la démocratie américaine ou de la démocratie en Afrique du Sud, de ne pas contenir de connotation politique et, enfin, de prendre en charge cette évolution de la suprématie représentative qui constitue notre point de départ. Au fond, la condition simple mais fondamentale pour que notre travail constitue le point de départ d'une étude plus large sur la pratique démocratique était de savoir si celle-ci pouvait renvoyer à une description minimaliste nonobstant les différents contenus et modalités d'exercice qu'elle pourrait offrir selon les cas et leurs contextes.

Partant du constat que l'élection ne suffisait donc plus à la décrire avec l'émergence du contrôle de constitutionnalité des lois dans un régime pourtant dit démocratique, nous nous sommes demandés en réalité dans quelle mesure les démocraties européennes continuaient à être démocratiques, vues sous cet angle. Evidemment, de nombreuses instances non élues existent dans les démocraties européennes et la question n'est pas de savoir si des éléments proprement non démocratiques qui n'interviennent pas directement dans le processus de l'action politique les altèrent. La question est plutôt de savoir si des éléments *a priori* non démocratiques les altèrent en interagissant directement avec l'action politique démocratique.

Il nous a alors fallu proposer une définition simple et minimaliste des démocraties européennes avant d'en trouver une pour leur pratique qui rende compte de leurs évolutions possibles aussi bien, nécessairement, que de leurs risques de ne plus remplir ce critère simple et minimaliste. Celui-ci est, comme l'a rappelé la section précédente, le fait de la participation du peuple par le biais de ses représentants à son gouvernement, laquelle jusque-là s'était actualisée par l'élection des représentants devant ensuite voter la loi commune. Ce critère électif a déjà le mérite, pour notre question générale, de s'appliquer à toutes les démocraties européennes, entendons donc contemporaines et représentatives. Le cas français ne fait qu'en accentuer l'importance et semble ainsi d'autant plus intéressant pour la question qu'il témoigne d'une perte de suprématie de ce critère.

Puisque notre définition de la pratique démocratique est suffisamment générale, alors si des traits du processus de légitimation démocratique mis au jour par notre cas singulier rejoignent directement cette définition générale indépendamment des caractéristiques historiques de la République française, ils pourront permettre une généralisation du processus décrit.

Cela ne semble pas en réalité très complexe à montrer mais il nous faut établir ce point pour avancer.

A partir de notre cas, une autre manière pour les citoyens d'une démocratie représentative de participer à leur gouvernement que la seule élection de leurs représentants peut donc consister à accepter une institution inférant sur le processus législatif si elle fait systématiquement droit au compromis démocratique jusque là seulement manifeste au sein des institutions élues. L'adverbe systématiquement est à prendre au sens propre : l'effet participatif nécessaire à la dimension démocratique est bien dû à la logique systémique.

Cette définition, fondatrice du processus de légitimation du Conseil constitutionnel, est tout-à-fait commune aux démocraties européennes en général et peut s'y décliner concrètement moyennant une mise au jour détaillée du contenu du compromis démocratique, en tant que détenteur de la dimension culturelle et singulière propre à chaque démocratie contemporaine. Il faut donc en dernier lieu s'assurer que le contenu français de ce compromis démocratique n'a

pas en soi d'incidence sur la mécanique qui en résulte. A cet effet, il suffit alors de rappeler que ce n'est pas ultimement le contenu historique ou contingent de ce compromis qui a primé pour la mise au jour du processus de légitimation ; s'il a effectivement permis d'établir les liens entre les arguments le constituant du côté du Conseil constitutionnel comme de ses interlocuteurs, c'est l'existence même d'un tel compromis partagé par tout le système démocratique qui a actualisé le processus.

IV.3.2. Dialogue avec la thèse dualiste de Bruce Ackerman

Comprendre l'intégration du Conseil constitutionnel comme un maillon du système démocratique français présente un intérêt scientifique en sciences sociales à différents égards, pourvu que l'on étudie la spécificité française de la Ve République.

Dépasser le cas français et éclairer la réflexion sur ce qui tient ensemble les institutions dans une démocratie représentative, c'est-à-dire non directe, et qui rend ainsi intelligible tout en le conditionnant, le développement d'autres pratiques démocratiques que la classique élection des représentants s'est aussi avéré possible mais n'a ensuite d'intérêt pour la recherche que si l'on parvient à préciser le registre de la science politique sur lequel opère cette démarche.

Il s'agissait au départ pour d'être empirique puis descriptif. L'éclairage de la théorie politique nous a ensuite permis de rendre compte de nos descriptions de manière à en extraire une logique propre, toujours à partir des discours des acteurs, sans extrapolation ni tentation métaphysique.

A présent, l'on affirme que cette logique, cette thèse entendue sous son acception théorique offrant un certain outillage intellectuel pour comprendre le réel, puisque tel est le projet de la recherche, peut éclairer d'autres cas que celui de notre étude. Or, il va de soi et c'est le résultat auquel nous sommes arrivé, qu'elle n'y parvient qu'au prix de concessions généralistes aux définitions de la démocratie représentative ; celles-ci sont alors censées lui permettre de cohabiter avec des propositions plus ciblées et en ce sens plus éclairantes sur un sujet sans doute alors plus étroit que la pratique démocratique, mais aussi nécessairement plus approfondi. Cette raison pousse à l'humilité : il ne nous semble pas qu'une telle cohabitation soit pertinente. Faut-il pour autant remiser notre ambition et trahir en même temps notre propos précédent en concluant que notre thèse, pour valide qu'elle soit dans son cas de figure, n'échappe pas à la particularité ? Compte-tenu des points déjà établis, il semble plus cohérent de considérer sa part indéniable de généralité comme devant sa validité à des prémisses sur la démocratie représentative relevant d'un certain sens commun modeste mais prometteur. Ce sens commun doit ici être entendu, dans le sillage des travaux d'Olivier Remaud⁵¹¹, comme la convergence nécessaire entre un sens du temps historique qui remonte aux sources communes des démocraties européennes et la quête toujours ouverte des modalités du gouvernement de soi qui anime par définition ces sociétés. Ainsi distinct d'une généralité qui n'unifierait les particularismes qu'au risque de les dissoudre, ce sens commun n'est qu'origines et recherche d'un mode de vivre-ensemble qui ne s'actualise, précisément que dans les particularités. Partant de là, il est alors possible de mettre la thèse en résultant au service d'une autre thèse qui ne

⁵¹¹ Cf Olivier Remaud, *Un monde étrange, pour une autre approche du cosmopolisme*, PUF, Paris, 2015

renierait pas un même sens commun primitif : il est plus prometteur de s'extraire ainsi d'une perspective globalisante et d'espérer qu'ainsi associées, la première enrichisse la seconde d'un certain degré de normativité étant donné la dimension conditionnelle de la légitimation démocratique selon elle.

A ce titre, les travaux de Bruce Ackerman, qui doivent autant au droit constitutionnel américain qu'à la philosophie politique, ont d'abord attiré puis ensuite retenu notre attention. Nous nous concentrerons sur son ouvrage *We the people, Voll : Foundations*, ou en français, *Au nom du peuple, les fondements de la démocratie américaine*⁵¹².

Très synthétiquement, les caractéristiques en sont les suivantes :

- Une approche particulariste américaine revendiquée comme telle.
- L'importance de l'histoire constitutionnelle américaine pour éclairer le peuple et la classe politique sur ce qui rassemble.
- Un travail réalisé, précisément, à partir de cette histoire constitutionnelle.
- Une hypothèse : le peuple est présent et mais on ne peut montrer qu'il est représenté ; cette hypothèse est éclairée par le noyau libéral des révolutions anglaise, française et américaine, actualisé réellement par la seule vraie révolution, dans un sillage Arendtien, la révolution américaine ; celle-ci est effet considérée comme seule vraiment capable de questionner directement le gouvernement de la liberté pour toujours maintenir les institutions à l'horizon de ce projet de liberté républicaine : aucune institution ne peut donc parler exclusivement au nom du peuple⁵¹³. Ackerman en déduit que la légitimité démocratique dépend de la présence du peuple et pas de sa représentation.
- C'est là une hypothèse forte sur l'impossibilité de la représentation, hypothèse elle-même issue du *Fédéraliste*. Pour le dire de manière très ramassée, la thèse d'Ackerman se veut ainsi la réponse à une question sur la participation du peuple à partir du cas spécifiquement américain ; l'histoire constitutionnelle montre que ce peuple est irréprésentable comme unitaire parce qu'il est d'abord libre dans sa diversité. Mais à partir de là, puisque seulement défini par sa présence, où est le peuple ? Pour répondre à la question, Ackerman retourne à l'histoire constitutionnelle comme histoire politique, cherchant dans les évolutions de la Constitution les traces de l'expression de ce peuple.

⁵¹² Bruce Ackerman, *We the people, Voll : Foundations*, Belknap Press, Reprint edition, 1993 ; Traduction française de Jean-Fabien Spitz, *Au nom du peuple, les fondements de la démocratie américaine*, Calmann-Lévy, Paris, 1998

⁵¹³ Voir Arendt, *Essai sur la révolution, Op.Cit.*, mais également *Le Fédéraliste, Op. Cit.*, Section I, qui affirme dès le premier paragraphe cette ambition inédite de la Constitution américaine de 1787 à savoir de montrer « si les sociétés humaines sont capables de se donner un bon gouvernement par réflexion et par choix, ou si elles sont condamnées à jamais à recevoir leurs Constitutions politiques du hasard et de la force. »

- D'où la thèse : le peuple est partout parce qu'il est partiellement présent dans chaque branche du gouvernement ; plus précisément, il s'exprime de deux manières, sur le plan institutionnel s'entend : la thèse est en ce sens dite dualiste. Les juges expriment la voie du peuple au nom de la Constitution, comme les représentants le font au nom de l'élection. Au cœur du débat américain de théorie politique, contre les monistes qui privilégient la représentation électorale mais aussi contre les « fondationnalistes » qui militent pour la garantie de droits fondamentaux inscrits dans la Constitution et l'histoire, sans donner prise à leur possible évolution, Bruce Ackerman considère sa thèse dualiste comme une réconciliation à la fois juste et féconde. Juste car ancrée dans l'histoire du peuple américain, féconde car ainsi propre à orienter la vie politique au bénéfice du peuple qui comprendrait mieux à quel moment et où agir dans le schéma institutionnel qui est le sien. Plus précisément, l'auteur identifie un dialogue dans le temps entre représentants élus et juges de la Cour suprême grâce au mécanisme institutionnel de la balance des pouvoirs américaines – les *checks & balances*⁵¹⁴ déjà évoqués en introduction mais que nous ne développerons pas davantage ici – à travers des événements historiques décisifs pour la vie politique des Etats-Unis. Ces moments correspondent à ceux où le peuple par l'intermédiaire de ses représentants élus exprime la volonté de bousculer l'ordre établi éventuellement contre la Constitution. Les juges de la Cour suprême n'ont finalement d'autre choix (constitutionnellement et en vertu de l'opinion publique), que d'accepter des changements qu'ils auraient en des temps de moindre mobilisation, jugés non conformes à la Constitution. Ackerman repère ainsi trois grands moments de l'histoire politico-constitutionnelle des Etats-Unis : la fondation et la ratification de la Constitution entre 1776 et 1787, la reconstruction de l'après guerre civile, aboutissant à l'abolition de l'esclavage en 1865, et les mesures économiques mises en place entre 1933 et 1937 par la politique du New deal du Président Roosevelt après la grande crise. Nous ne revenons pas sur le récit nourri que l'auteur fait des difficultés constitutionnelles rencontrées par ces mesures et par la façon dont « le peuple » s'est alors finalement imposé par l'intermédiaire de ses représentants mais il importe de préciser que selon lui, ce même peuple est bénéficiaire d'une garantie permanente de ses droits constitutionnels pendant les périodes de calme, celles de la vie ordinaire, dont il valide toujours les actions par les élections.

- Deux grands temps scandent donc la vie démocratique américaine : la politique « ordinaire » où un peuple introuvable mais présent bénéficie d'une garantie des droits permanente grâce à la Cour suprême ; la législation et les grandes mobilisations où le peuple apparaît en majesté, pour finalement repenser la Constitution en accord avec ses revendications.

La comparaison tient avant tout parce que les définitions de base se recourent d'un cas d'étude à l'autre. Même Bruce Ackerman part de la démocratie électorale quand bien même il montre que la démocratie moderne est autre chose. Nous partons de l'élection en tant,

⁵¹⁴ Aller à sa source étant encore le moyen le plus sûr de comprendre tout phénomène donné, nous renvoyons au *Fédéraliste, Op. Cit.*, et en particulier à la section 51 de l'ouvrage.

précisément, que les citoyens en démocratie participent à leur gouvernement via l'élection. C'est un fait des deux côtés. Et c'est ce fait qui dans les deux cas mais, on l'a vu, en général, crée l'interrogation sur le contrôle de constitutionnalité des lois par une Cour non élue dans une démocratie moderne où l'on associe participation du peuple et élection.

A travers des cas différents, nous parvenons à la conclusion que ce n'est pas l'élection mais la représentation qui est problématique. L'élection n'est qu'une modalité d'intervention du peuple dans la conduite de son gouvernement, par définition. Dans les deux cas, une autre modalité est possible à condition de reconsidérer la notion de représentation.

Ackerman, d'une certaine manière, évacue un peu la question en disant que le peuple n'est pas représenté mais simplement présent. A sa décharge, il le fait à partir d'un corpus constitutionnel où tout se passe au nom du peuple mais sans le peuple. Mais n'est-ce pas le principe même de la représentation ? L'évacuation du terme nous semble en effet plutôt renvoyer à la problématique électorale. Non élue, la Cour suprême ne saurait représenter le peuple selon la conception moniste alors que *Le Fédéraliste* explique dans sa section 78 que l'élection ne confère pas de pouvoirs aux élus au-delà de qu'a voulu primordialement le peuple constituant et qui se traduit dans la Constitution. Ackerman en s'inscrivant dans ce sillage, enlève à la représentation électorale la souveraineté absolue qui l'empêche en effet de considérer l'apport d'autres institutions aux citoyens. Mais l'idée même de représentation demeure : le peuple ne gouverne pas directement.

La double question est donc de savoir sur quel fondement il peut être justement représenté et comment le faire démocratiquement, c'est-à-dire en lui assurant de prendre part aux décisions des représentants.

A l'inverse, Michel Troper dont nous rallions l'identification plus critique de la notion de représentation⁵¹⁵ au cœur de la question de la légitimité, en vient à considérer que toute institution pouvant se prévaloir de parler au nom du peuple le représente ; dans cette perspective, le Conseil constitutionnel est selon lui un représentant mais il ne montre pas comment et dans quelle mesure cela peut demeurer démocratique.

Nous avons de notre côté montré que le Conseil se définit en effet par rapport au représentant d'une manière systémique, et en vertu d'une base d'échange inter-institutionnel qui reste démocratique au sens général et premier du terme. L'enjeu pour l'acceptation du Conseil constitutionnel par le système démocratique représentatif dans lequel il se déploie est alors de comprendre et de réinterpréter à l'horizon constitutionnel comme horizon commun, ce qui rend possible la représentation, c'est-à-dire l'accord sous-jacent à la coexistence de représentants majoritaires et minoritaires parlant au nom de l'ensemble des citoyens. Si, ainsi présenté, son rôle n'est pas une nécessité, il parvient de cette manière à se greffer à la démocratie représentative, quand bien même il n'est pas élu. La représentation, elle, en revanche, est démocratique via l'élection.

Notre ambition, comme notre résultat, sont donc plus modestes que ceux de Bruce Ackerman : nous ne cherchons pas à montrer où et comment s'exprime le peuple pour réconcilier les différentes expressions manifestes qui portent ses revendications ; nous cherchons

⁵¹⁵ Michel Troper, in *La Constitution en vingt questions*, Site internet du Conseil constitutionnel ; entrée de l'article : « Comment définit-elle la souveraineté nationale ? »
<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/la-constitution-de-1958-en-20-questions/la-constitution-en-20-questions-question-n-5.17354.html>

simplement à comprendre comment les citoyens continuent de participer à un système démocratique représentatif qui semble démultiplier les modalités de cette participation. Parce qu'au final, nous retrouvons une logique systémique cohérente, la dimension démocratique résiste mais elle n'induit pas pour autant la nécessité d'un tel fonctionnement ; Ackerman, au contraire, semble convaincu dès le départ de la coexistence nécessaire des institutions dualistes.

Ainsi, si les intentions peuvent différer, les définitions premières se recoupent et les modèles possibles aussi. Ackerman n'a pas non plus du reste une intention résolument théorique au départ mais nous rejoignons l'analyse que Patrick Weil fait de son travail dans la préface de la traduction française du livre : « sans l'avoir voulu, il nous offre aussi de nouvelles perspectives d'interprétation de nos propres institutions »⁵¹⁶.

Nous dirions même, plus généralement, qu'il nous offre de nouvelles perspectives de compréhension de la démocratie représentative. Puisque nous pressentons celles-ci nouvelles, nous proposons de les envisager à l'aune du modèle que l'on peut tirer de notre propre propos, ce qui permettra à ce dernier d'apporter une contribution à une réflexion de théorie politique sur la démocratie moderne.

Reprenons synthétiquement les termes de la comparaison entre les deux approches, fondées sur les mêmes définitions de principe mais s'engageant dans des orientations différentes pour finalement aboutir à une commune idée de dialogue entre institutions démocratiques :

Histoire/ culture

Un peuple français qui se définit contre un roi et construit à partir de là le mythe de l'indivisibilité républicaine (cf introduction)

Vs

Un peuple américain assumant sa diversité comme la source de son omniprésence (cf *Fédéraliste* et le propos d'Ackerman)

Participation du peuple à la démocratie

Représentation et élection centrales côté français mais possibilité de se passer de l'élection si la référence au représentant est considérée par tout le système démocratique comme prenant en charge ce qui le rend possible, nommé compromis démocratique (primauté ici de l'unité républicaine et du principe d'égalité comme principes régulateurs). Sur le plan institutionnel, cela engage une délibération diachronique entre l'institution non élue dépendante de l'institution représentative et cette dernière, sur la base du compromis démocratique.

Vs

Election comme une modalité de délégation du pouvoir pourvu qu'une certaine idée de la Constitution entre théorie et pratique, conforme à l'histoire constitutionnelle américaine, soit respectée. Sur le plan institutionnel, cela se traduit par des périodes longues où le pouvoir échoit aux institutions non élues mais garantes des droits, entrecoupées de périodes courtes où le peuple exprime ses revendications via ses élus ; le peuple est alors présent partout, ce qui fait dire à Ackerman qu'il n'est pas représenté mais nous y voyons plutôt une forme de représentation éclatée, non unitaire, dont l'auteur d'ailleurs noue les éléments constitutifs par la mise au jour

⁵¹⁶ Bruce Ackerman, *Op.Cit.*, préface de Patrick Weil, p.16.

d'une délibération via les *checks and balances* par temps calme, et via une législation extraordinaire nécessairement prise en compte par les juges quitte à modifier la Constitution par temps de grandes mobilisations.

De ces comparaisons, il résulte que si l'on veut bien admettre que ce qui se joue avec la représentation, ce n'est pas sa modalité de fonctionnement (en l'occurrence, par définition, en démocratie, issue du peuple et, en pratique, électorale) mais l'unité politique que traduit sa seule existence (sa présence molle et diffuse chez Ackerman, restituée par l'histoire constitutionnelle et les modulations correspondantes, le compromis démocratique dans notre cas), dans la logique finalement très hobbesienne découlant de ces deux thèses fondées sur l'empirie, on peut alors concéder cette définition d'une démocratie moderne, représentative, et toujours à la rencontre de ces deux thèses :

un ensemble d'institutions, éventuellement non représentatives (non constituées de citoyens ayant reçu l'accord de l'ensemble des autres citoyens égaux pour parler en leur nom, que cet accord soit électif ou pas) articulées les unes aux autres par leur capacité à faire valoir ce qui tient ensemble la société à un moment donné, moyennant le fait que c'est toujours à travers son/ses représentant(s) que le peuple peut valider le contenu du dialogue inter- institutionnel correspondant et qu'il doit, en démocratie, avoir le dernier mot.

Par-delà la possibilité de tenir en adéquation les deux thèses dans une perspective théorique se trouvant renforcée par un tel exercice, un petit pas nous semble franchi par l'apport potentiellement théorique de la thèse d'Ackerman à la nôtre : nous avons en effet pu envisager une généralisation de la dimension délibérative entre institutions dès lors que celle-ci est toujours *in fine* validée par les citoyens. Réciproquement, notre thèse offre à celle d'Ackerman la perspective d'une montée en généralité :

- Plutôt que de comprendre les manifestations acceptables de la présence du peuple à travers l'histoire constitutionnelle que se racontent les institutions, la thèse d'Ackerman pourrait être rendue plus immanente et actualisable par ce compromis démocratique qui n'est autre qu'une lecture toujours revisitée au temps présent de la Constitution selon les contingences, les nécessités et ultimement aussi l'histoire, pour réconcilier les différentes parties du peuple.
- Sans remise en cause, cette thèse peut ainsi se permettre une lecture moins exclusivement datée et plus active. C'est « au nom du peuple aujourd'hui » que l'on pourrait nommer le livre d'Ackerman, un peu tourné vers le peuple d'hier.
- Cela découle aussi du fondement normatif de notre thèse : si un système d'institutions délibérant entre elles entend rester démocratique, alors il doit centrer cette délibération sur le compromis démocratique qui renvoie au mythe unitaire de la collectivité politique à un instant donné et cela doit être par définition vérifié par les citoyens à travers leurs élus.
- Cette dimension normative complète donc la thèse d'Ackerman sur le volet démocratique qui n'était jusque là qu'un présupposé historique. Or, l'auteur, à la fin de son ouvrage,

envisage aussi une perspective théorique pour l'avenir de la démocratie américaine qu'il aimerait voir défendre les droits fondamentaux de manière plus adéquate avec le temps présent⁵¹⁷. Ce projet nous semble aussi se trouver renforcé par le complément apporté.

⁵¹⁷ Il se réfère même à la Cour constitutionnelle allemande en l'espèce.

CONCLUSION

« Le principe de la vie politique est dans l'autorité souveraine. »

Rousseau, *Du contrat social*, Collection Champion Classiques, Honoré Champion Editeur, Paris, 2010 ; livre III, chapitre XI, « De la mort du corps politique », p.222.

Au terme de ce périple dans les méandres des quelques délibérations du Conseil constitutionnel français sélectionnées pour ce travail sur la période 1958-1986 de la Ve République, plusieurs découvertes de portées diverses pour la recherche nous auront été offertes.

Le champ académique des sciences politiques dans lequel s'inscrit cette thèse invite à les classer selon cet ordre croissant d'importance mais la porosité naturelle des sciences politiques avec les nombreuses autres disciplines qui lui fournissent, non pas ses outils conceptuels ou méthodologiques, mais ses objets d'étude, laisse toute liberté d'en faire primer certaines sur d'autres.

Nous en résumons ci-dessous l'apport principal sur trois dimensions scientifiques.

- *Une meilleure connaissance du Conseil constitutionnel*

Donner à mieux connaître le Conseil constitutionnel en dévoilant ce qu'il devait jusque-là cacher permet au moins d'apporter un supplément d'information sur son fonctionnement interne, confirmant ou enrichissant les motivations suggérées par ses décisions. Que celles-ci soient en général analysées par les juristes élargit l'horizon de cette connaissance nouvelle plus qu'il ne la rend inopérante. En effet, si les politistes seront intéressés par les réflexions que les membres du Conseil échangent ou partagent sur la vie démocratique de leur temps, l'impact de celles-ci sur les décisions peuvent aider les théoriciens du droit à penser à nouveaux frais le droit constitutionnel dans son lien actif avec le fondement de l'organisation politique qu'il garantit. Par ailleurs, les chercheurs en sciences sociales, plus portés vers la théorie des organisations, du choix rationnel ou plus largement de la délibération, peuvent trouver dans nos analyses des problématiques nouvelles tant l'institution ici dévoilée est en phase de croissance sur la période étudiée. Sans doute plus secondairement, les historiens peuvent-ils aussi en tirer profit : si notre question de recherche oriente nécessairement les choix des regards portés par les membres du Conseil constitutionnel sur les événements, elle prend largement acte de ce que ceux-ci disent de leur temps ; peu académique en tant que basée sur les seules délibérations du Conseil, l'approche historique peut néanmoins éclairer le contenu des archives nouvellement rendues publiques et encore peu étudiées et également livrer le regard des acteurs sur l'histoire elle-même, ce qui en constitue un témoignage non négligeable. Analyser les discours et repérer les faits à l'aune des réponses à notre question de recherche permet encore de rendre compte de ces faits à travers des ressorts inédits : selon notre approche, ce n'est pas ce que les membres du Conseil constitutionnel disent des faits qui rend compte de ceux-ci mais la façon dont ils les mobilisent pour penser leur rôle dans l'environnement où ces faits ont cours qui informe sur leur rapport au politique. Loin de prétendre à une méthode historique digne de Thucydide, nous considérons cependant que si l'Histoire peut trouver un intérêt à nos travaux, outre la mise au jour particulière des archives citées, c'est selon une perspective qui s'inscrit dans le même esprit, plus qu'elle ne s'inspire des techniques historiques scientifiquement autorisées. Enfin, la sociologie travaille à partir d'autres matériaux, moins datés et plus vivants, mais elle peut éclairer son travail sur les institutions politiques par la manière dont les parcours des membres du Conseil influent sur leurs échanges, voire sur la rationalité générale de leur débats.

- *Une méthode de travail pour une approche systémique des institutions politiques*

Notre analyse des pratiques démocratiques à partir de la manière dont certains acteurs cherchent à y être acceptés peut être généralisée à d'autres systèmes politiques et à d'autres institutions, tant nos postulats de départ sont simples et transposables. En effet, rivié à un matériau unique, notre travail part du postulat que ce matériau est crédible à l'image de ses acteurs et que ces derniers connaissent le système auquel ils tentent de s'intégrer. Quand le système est démocratique, cette intégration renvoie à une acceptation des décisions contraignantes de l'institution concernée qui n'est autre que sa légitimité. Quoi qu'il en soit, chercher à faire partie d'un système implique d'être capable d'en partager les modes opératoires et toute réflexion sur la capacité d'intégration que ceux-ci rendent possible en est en réalité une sur ces modes opératoires eux-mêmes et sur leurs éventuelles évolutions. Si nous accordons pour notre part plus d'importance encore à cet apport qu'au précédent, c'est qu'il s'inscrit aussi en droite ligne de notre question première, à savoir une question sur l'évolution des pratiques démocratiques à travers la façon dont le Conseil y conçoit son rôle. Cette question des formes de légitimité possibles dans une démocratie moderne quand elles semblent impensables ou masquées par la domination pratique, traditionnelle, historique et épistémique de l'élection est en effet celle qui aura déclenchée ce travail. La manière de l'aborder à travers le regard qu'y porte un acteur particulier *a priori* tenu à distance de la pratique dominante apporte alors sa pierre à la réflexion. Enfin, sur ce plan méthodologique, dès lors que le système politique considéré (ici la France de la Ve République) pour apporter un élément de réponse à la question renvoie à des caractéristiques générales communes relevant de la définition première du système également général auquel on s'intéresse (ici la démocratie moderne, représentative et électorale), il est possible de proposer une approche théorique plus large sur la façon dont ce système politique peut maintenir ses fondamentaux.

- *Une réflexion de théorie politique*

Les délibérations du Conseil constitutionnel français ont permis de repérer les arguments majeurs selon lesquels les membres de l'institution pensent, sur la période considérée, le rôle de celle-ci au sein du système démocratique dont ils ne partagent pas le critère de légitimité dominant, à savoir électif.

Ayant ensuite mis au jour la possibilité d'un processus de légitimation à l'œuvre pour le Conseil, entendu comme un dialogue avec ses instances de saisines et, plus généralement, son environnement démocratique, autour des axes argumentatifs du Conseil, nous avons alors pu identifier la condition de ce dialogue commun.

Celle-ci renvoie en effet nécessairement à ce qui rend possible l'acceptation des décisions du Conseil, autrement dit au critère de légitimité démocratique auquel il doit la pérennité de son activité.

Ce critère a été repéré comme étant le maintien permanent du compromis démocratique par le Conseil constitutionnel.

A travers notre analyse spécifique des délibérations, ce compromis a pu être défini comme l'accord considéré acceptable par des parties défendant pourtant des options différentes ; il est démocratique au sens du lien consubstantiel qui le caractérise entre représentants du peuple et suffrage. En effet, dans un régime démocratique représentatif, un vote au Parlement, selon une procédure qui peut s'avérer longue, à travers navettes parlementaires, amendements, voire convocation d'une Commission mixte paritaire, s'il s'achève sur la victoire de la majorité, sera accepté par la minorité à condition que ses oppositions initiales aient été prises en compte d'une manière jugée acceptable. En d'autres termes, la majorité elle-même n'est acceptée que parce que la minorité a auparavant intégré le fait que le vote les départageant à terme ne les empêche cependant pas de coexister.

Cela peut trouver de nombreux éclairages et démonstrations théoriques dans les travaux de Kelsen sur la démocratie ou plus actuels⁵¹⁸ sur le vote à la majorité ; de notre plan plus empirique, les axes argumentatifs des délibérations font l'objet d'un dialogue avec les instances de saisine du Conseil à partir de cette zone commune à tous qui, précisément, fait droit aux opinions majoritaires et minoritaires avant de trancher entre celles-ci.

De manière plus visible après la réforme de la saisine parlementaire de 1974, le Conseil constitutionnel reconsidère en effet les arguments de la minorité exprimés dans la saisine mais n'en prend en compte les griefs que s'ils vont dans le sens d'une meilleure conformité à la Constitution y compris dans leurs conséquences. Il ne s'agit en effet pas pour lui de revenir sur ce qui a déjà été accepté par une majorité parlementaire à moins qu'un problème de conformité à la Constitution lui semble devoir être réglé par ailleurs. La reconsidération précise des arguments de la minorité par le Conseil constitutionnel signale aussi qu'il n'est question du respect de la majorité qu'une fois entendu que les arguments de la minorité ont été écoutés ou pris en compte, à moins de ne pas être pertinents pour la question traitée, voire à l'évidence non constitutionnels. Aussi, du côté du Conseil comme de ses interlocuteurs, est-il entendu qu'un compromis nécessaire entre majorité et minorité repose ultimement sur le socle constitutionnel.

Intervient alors tout le travail d'interprétation du compromis à cet aune, bordé par de nombreux garde-fous explicites dans les débats, comme l'histoire de la République et la pérennité de ses principes, l'intention libérale de 1789 et sa rémanence à travers les choix politiques précisément de la République considérée comme une collectivité historique, la revendication de l'égalité sous ses formulations diverses selon les nécessités, la présence et le rôle du Conseil d'Etat auprès du pouvoir politique, le fonctionnement pratique des institutions qui, en prenant quelques libertés, ne trahit pas la Constitution.

Quand elle ne va pas de soi, la référence constitutionnelle est donc réfractée à travers le filtre de cette interprétation qui consiste à regarder la loi en regard de certains fondamentaux supposément partagés par tous. Ce sont eux qui en effet orientent la réinterprétation que fait le Conseil du compromis démocratique, toujours là et toujours à définir, dans un constat tout lefortien. Le fait que le Conseil constitutionnel s'engage sur la voie de cette interprétation par des réflexions denses et nuancées signale que c'est ainsi qu'il estime pouvoir aboutir à une décision adéquate; cette décision, qui certes n'est susceptible d'aucun recours, étant rarement de non conformité totale, est en réalité très généralement acceptée par les parlementaires qui en reprennent nécessairement les termes pour retravailler la loi sans que cela ne génère en soi de

⁵¹⁸ Pasquino, Urfalino, Manin, Girard, *Op. Cit.*

débats sans fin. Quand bien même la nouvelle loi fait à nouveau l'objet d'une saisine par la minorité, ce n'est en effet pas afin de détourner la décision initiale du Conseil constitutionnel. Finalement, les décisions qui auront fait réellement l'objet de controverses publiques, en général à l'initiative de la doctrine, sont assez rares et concernent des cas où le débat sur l'interprétation de la Constitution n'est, sans doute à juste titre, pas jugé clos, ce qui justifie la reprise de la critique par la doctrine.

Autrement dit, les déclarations de non conformité, même partielle, alertent sur l'absence d'un compromis entre majorité et minorité(s) qui est en effet à présent censé se jouer sur le terrain de l'interprétation de la Constitution au sens le plus politique du terme, celui de sa conception de la vie démocratique à travers les règles qu'elle pose pour actualiser celle-ci.

Le fait que le Conseil apparaisse ici comme le dernier garant de ce compromis fondamental est paradoxalement autant problématique que stimulant pour la vie démocratique. Dans le premier cas, on peut en effet se demander dans quelle mesure son interprétation de cet accord minimal sous-tendant la possibilité d'une coexistence entre minorité et majorité ou encore sa compréhension de ce qui tient ensemble en démocratie des citoyens égaux mais animés d'opinions diverses, correspond à une approche que partageraient les ultimes dépositaires d'un tel compromis, à savoir les citoyens. Dans le second cas, on pourrait en revanche se réjouir de la mise en place d'une sorte de « démocratie continue » dont parle le constitutionnaliste Dominique Rousseau, où les institutions démocratiques traditionnelles sont de plus en plus contrôlées par de nouvelles instances : en l'occurrence ici, les manquements du Parlement sont rattrapés par le Conseil constitutionnel. Cette seconde approche nous paraît sinon utopique du moins quelque peu détachée de la question démocratique ; en effet, elle nous semble procéder d'un renoncement, quand bien même celui-ci serait fondé en pratique sur le constat réaliste des limites parlementaires, au moins en matière de respect de la Constitution. Les délibérations étudiées en font du reste aussi état. Mais au lieu d'interroger la dimension démocratique de l'institution censée palier les errances des représentants des citoyens, elle se contente d'observer avec soulagement sa capacité à les corriger. Or, cela voisine plutôt avec une délégation du pouvoir démocratique qu'avec un fondement *a priori* démocratique de l'institution nouvellement dépositaire de ce pouvoir.

Il faut cependant évidemment se réjouir qu'une institution existe qui compense ou palie les manquements parlementaires avérés à la Constitution et aux droits. Mais la question du lien ultimement nécessaire avec le gouvernement de soi demeure, qui est la question démocratique essentielle.

Or, nous avons pu mettre au jour que ce travail de réinterprétation du compromis démocratique par le Conseil constitutionnel, quintessence du rôle que celui-ci s'attribue, est conditionné autant que servi par le droit constitutionnel, mû par un éthos républicain qui pousse à déborder sa compétence attributive pour penser l'équilibre démocratique et, que ces deux pôles sont reliés par l'axe central du respect du législateur. La place centrale dans ce travail du chapitre correspondant à cet axe-ci (chapitre II) n'a d'ailleurs rien d'anodin. Cette mise à distance de l'opportunité appréciée par la majorité ou de celle différemment appréciée par la minorité, pour réconcilier ensuite celles-ci à partir de l'interprétation *ad-hoc* de la Constitution, renvoie en effet extrêmement fréquemment dans les débats au souci de ne pas légiférer. Cette place centrale du législateur est du reste venue remplacer ou prolonger celle du Président charismatique prégnante

dans les premiers temps du Conseil, puis a été complétée de références à l'opinion publique dans la dernière période. Autrement dit, plus encore que la figure fonctionnelle du législateur, c'est celle de la représentation la plus fédératrice du peuple souverain à un moment donné qui prévaut. Tout se passe finalement comme si le Conseil trouvait sa place dans le système démocratique représentatif en définissant son rôle par rapport à la représentation populaire. En ce sens, il est le marqueur d'une évolution de la figure du représentant qui passe historiquement du Président de la République charismatique - que de Gaulle a tenté de faire perdurer à travers son élection au suffrage universel direct-, au Parlement et au jeu de la représentation partisane, pour se prolonger en expression populaire à la fois plus directe et plus diffuse (opinion publique, manifestation). Si l'élection n'apparaît dans ce schéma qu'instrumentale, elle n'en demeure pas moins, en pratique, le pivot central de la représentation. C'est cependant bien en référence à cette dernière que le Conseil conçoit son rôle. Aussi, la légitimité démocratique qu'il peut acquérir est-elle nécessairement dépendante de la représentation. Cela ne fait pas du Conseil constitutionnel un représentant ; le pas à franchir nous semble ici trop grand, que franchissent pourtant certains théoriciens du droit ou de la politique. Le représentant des citoyens est en effet directement désigné par ceux-ci. Ce n'est pas le cas du Conseil constitutionnel. Extrapoler la notion de représentation parce qu'il serait pratique de résumer cette nécessité, mise au jour par le Conseil, de parler au nom du peuple - n'est-ce pas là en effet un autre manière d'évoquer le compromis démocratique ?- serait pourtant un abus de langage et masque surtout la notion cruciale de dépendance vis-à-vis de la représentation, clairement identifiée par notre étude. Du reste, dépendre du représentant ne signifie pas en être un, à moins de considérer que la représentation se dérive ; garder le même terme masque toutefois ces nuances importantes. Cela vaut d'ailleurs autant au niveau de la désignation des représentants que de la mission qui leur est confiée ; être nommé par un représentant ne permet pas d'en être un car cela éteint le foyer même de la notion de représentation, à savoir le fait qu'un représentant est désigné par les citoyens eux-mêmes. Que l'élection ait été choisie comme le moyen de cette désignation est ici secondaire. Ce qui importe est ce qu'elle garantit : ce lien direct qui autorise à parler de gouvernement de soi dans une démocratie moderne. Dans cet esprit, un ministre nommé par le représentant élu en la personne du Président de la République, n'est pas non plus un représentant. Mais revenons au Conseil constitutionnel ; la mission confiée au Conseil constitutionnel n'est pas non plus celle d'un représentant : il ne s'agit pas de penser ensemble les opinions diverses des citoyens pour en tirer une règle de vie commune, la loi. Il s'agit de vérifier que les modalités de définition de celle-ci, puis son énoncé propre, respectent certaines règles, la Constitution. C'est là qu'intervient la question de la légitimité démocratique. Et c'est autour de ce lien avec la représentation que le Conseil parvient à façonner et à entretenir son rôle dans le système démocratique, à travers ce que nous avons appelé un processus de légitimation. Sa légitimité démocratique, sans cesse à acquérir, est donc dépendante du représentant. Et tant que c'est le cas, elle renvoie à une action qui ne destitue pas les citoyens de leur pouvoir de participation et de contrôle.

Cette approche issue du cas particulier du Conseil a rendu possible, de par la généralité de ses hypothèses premières, une réflexion de science politique plus théorique qui a alors proposé de compléter normativement celle issue de la thèse de la démocratie dualiste de Bruce Ackerman. Si l'on garde l'esprit général des travaux de ce dernier sur l'histoire constitutionnelle américaine, on peut en effet en lire une perspective théorique selon laquelle une démocratie moderne/européenne/contemporaine/libérale vit d'un dialogue régulier mais surtout toujours

possible (à travers une mécanique institutionnelle qui doit être pensée à cet effet comme l'est le principe du *checks and balances* américain) entre ceux qui protègent régulièrement certains droits (les juges et la Cour suprême) et ceux qui, selon la nécessité, peuvent faire directement entendre la voix du peuple (le Congrès), quoi qu'en pensent les premiers.

Cela invite Ackerman à affirmer que le peuple n'est pas représenté par une branche ou une autre du système politique mais qu'il est partout présent et s'exprime à travers l'une ou l'autre branche, différemment selon ce qu'il revendique. Dire qu'il n'est pas représenté mais présent peut sembler épistémiquement différent du fait de qualifier les institutions de démocratiques dès lors qu'elles cherchent à maintenir ce qui rend possible la représentation malgré les divergences, comme nous le disons du Conseil constitutionnel. La représentation est cependant là sans contenu en soi : c'est une modalité d'agir pour ce corps social, pour ce « peuple » ; celui-ci alors est, en effet, concrètement, seulement présent, mais son action commune se joue nécessairement à travers la représentation, à travers ceux qui agissent pour lui avec son accord. Ce qui incite Ackerman à occulter la notion de représentation réside surtout dans la manière classique par laquelle celle-ci est reliée aux citoyens, à savoir l'élection, au sens où elle empêche d'emblée de considérer d'autres institutions sous l'angle démocratique. Chez nous, cette représentation peut prendre diverses formes : personnalité charismatique, élus, opinion publique. La force de l'élection s'impose alors en pratique comme la modalité par excellence pour rendre cette représentation démocratique : le corps social peut non seulement participer à son gouvernement mais le remettre en question de manière claire. Il est tout de même un accord minimal en-dessous duquel il ne peut accepter d'aller, au risque de ne plus se reconnaître comme un même corps social capable d'accepter sa propre diversité : c'est le fameux compromis démocratique et c'est en réalité ce qu'il importe à une institution à prétention démocratique, de garantir. Elle ne peut le faire qu'en entendant les diverses formes de représentation du corps social et en en trouvant la zone de cohérence ; les consolider à l'horizon constitutionnel n'a alors de sens, démocratiquement, que si cet horizon est souple, susceptible d'adaptation. C'est pourquoi « juridiciser » à outrance le système politique fait peser un risque sur la démocratie. Pour revenir à la comparaison de nos deux cas théoriques, d'un côté, chez Ackerman, le peuple n'est jamais exclusivement représenté par une institution démocratique particulière et, de l'autre, il ne peut agir que représenté mais cette action n'a lieu que si ce qui garantit une forme minimale d'unité du corps social est préservé : dans l'un et l'autre cas, ce n'est pas la représentation en tant que telle qui prime, c'est ce qu'elle permet de réaliser en tant que cela renvoie à une collectivité politique qui se reconnaît comme telle. Chez Ackerman, cela passe par les temps forts de l'histoire constitutionnelle où la Constitution doit s'accommoder de verdicts populaires d'ampleur passant par l'élection de représentants capables de porter ce qu'attend une très large majorité (temps rares de mobilisation très large du peuple) ; dans notre cas, cela passe par une prise en compte permanente par l'ensemble des institutions de ce qu'exprime le peuple représenté à travers la possibilité d'un débat majorité/minorité, une opinion publique générale, ou plus rarement une personnalité fédératrice, la bonne compréhension de cette expression étant aussi, *in fine*, confirmée par une élection dont la seule possibilité témoigne encore de l'existence du corps social. Finalement, si l'on veut bien admettre que ce qui se joue avec la représentation, ce n'est pas sa modalité de fonctionnement (en l'occurrence, par définition, en démocratie, issue du peuple et, en pratique, élective) mais l'unité politique que traduit sa seule existence (sa présence molle et diffuse chez Ackerman, restituée par l'histoire

constitutionnelle et les modulations correspondantes, le compromis démocratique chez nous), on peut alors formuler cette définition d'une démocratie moderne et représentative, renforcée sur le plan théorique par la rencontre de ces deux thèses : c'est un ensemble d'institutions, éventuellement non représentatives (non constituées de citoyens ayant reçu l'accord de l'ensemble des autres citoyens égaux pour parler en leur nom) dialoguant ensemble de ce qui tient ensemble la société à un moment donné, moyennant le fait que c'est toujours à travers son/ses représentant(s) que le peuple peut valider le contenu du dialogue inter- institutionnel correspondant.

Puisque la comparaison théorique tient entre les deux thèses, elles-mêmes développées empiriquement à partir de cas différents mais partageant la même définition simple de la démocratie moderne, elle permet en réalité de franchir un pas de plus : si l'on repart de celle d'Ackerman qui fait autorité à savoir que les institutions démocratiques délibèrent entre elles, signalant ainsi la présence du peuple partout où il a besoin de s'exprimer et le laissant capable de juger, pour finir, de ce qui est débattu pour lui, un élément de plus a été mis au jour par ces réflexions comparatistes. Cet élément ressort dans notre cas comme une nécessité et dans le cas d'Ackerman comme le maillon manquant pour actualiser sa thèse au-delà du seul recours à l'histoire américaine. Il s'agit de l'unité fondatrice du corps social, toujours reconsidérée au présent et validée par les citoyens eux-mêmes via la seule possibilité du vote à la majorité.

Aussi, une démocratie représentative peut-elle intégrer des instances de contrôle de la loi qui ne peuvent se prévaloir de représenter directement les citoyens mais qui n'enrayent pas la dynamique démocratique tant que les représentants des citoyens peuvent, au contraire, tirer profit de la réflexion conçue et formulée par ces instances dans la recherche du respect du compromis démocratique, autrement dit, de cette unité fondatrice du social.

Cette proposition peut enfin trouver un éclairage intéressant dans la notion de « représentation discursive » développée par John Drizek et Simon Niemeyer⁵¹⁹ comme une représentation non pas des individus mais des discours qui peuvent les rassembler. Que leur union ait un aspect fictif est entendu mais il importe qu'elle permette de tenir ensemble majorité et minorité, majorités et minorités, opinions divergentes. Elle a aussi une dimension dynamique qui oblige d'ailleurs les membres du Conseil constitutionnel à considérer la Constitution comme mouvante et modulable selon les revendications communes nouvelles imposant de repenser le compromis. En revanche, ce modèle signale qu'une émancipation totale du représentant serait problématique pour la démocratie comme gouvernement de soi. On a vu que le Conseil détient les clés de cette émancipation avec sa mission spécifique et exclusive de défenseur des droits : sur ce sujet, il prend en effet moins de précautions pour articuler sa réflexion à celle des représentants. La question est de savoir si le discours public alors représenté pourrait se superposer à celui des représentants, autrement dit si le lien démocratique est maintenu.

C'est bien là notre condition nécessaire normative pour que le dialogue interinstitutionnel représente une discours commun vecteur de légitimité démocratique, par-delà la représentation réelle et directe, et en pratique électorale, des institutions concernées. Ne pas la remplir, c'est affaiblir la pratique démocratique. La réponse vient bien entendu du retour des citoyens vers l'institution, via leurs représentants capables de la saisir. Tant que le dialogue perdure de cette

⁵¹⁹ John Drizek et Simon Niemeyer, « Discursive representation », *The American Political Science Review*, Vol. 102, No 4 (Nov. 2008), pp. 481-493.

manière, on peut gager qu'un discours commun unifiant le social est ainsi représenté par les institutions qui de fait sont alors légitimes démocratiquement, quand bien même elles ne représentent pas les citoyens directement. La tendance à l'augmentation des saisines comme la réforme de 2008 élargissant celle-ci aux citoyens via la question prioritaire de constitutionnalité dont peut se prévaloir tout justiciable estimant que ses droits sont bafoués dans le cadre d'un procès, va plutôt dans ce sens. Du reste, l'aisance du Conseil constitutionnel sur la question des droits n'est pas qu'opportuniste : la démocratie représentative, moderne, contemporaine se développe à partir du libéralisme politique ; cela crée sa tension interne bien repérée par ses premiers auteurs (première modernité), reprise ensuite par des auteurs aussi divers que Marx ou Kelsen, etc. Il serait fallacieux de vouloir penser la démocratie moderne représentative sans les droits car elle est d'abord gouvernement de la liberté, autrement dit d'abord république, comme l'ont bien perçu les fédéralistes américains. La démocratie représentative est une manière de pratiquer le gouvernement de la liberté et elle ne fait à ce titre que tendre vers plus de droits égaux comme l'avait repéré Tocqueville. Ce sont ses modalités de gouvernement qui peuvent être plus ou moins démocratiques au sens de la participation de tous. Si nous l'appelons démocratie représentative, il ne faut simplement pas oublier que ce système porte déjà en germe la prévalence de la liberté autant que la possibilité que tout n'y soit pas démocratique... l'enjeu des citoyens de la modernité démocratique est précisément que cette « démocratie » ne tende pas trop vers une aristocratie ou, pour le dire en termes modernes, vers un Etat sur lequel les citoyens perdent tout droit de regard quand bien même il se prévaudrait de protéger leurs droits. Le problème n'est donc pas que le Conseil constitutionnel défende des droits, ceux-ci étant bien à ranger du côté de l'unité social restituée par des droits égaux ; le problème est plutôt que cette unité du social soit définie en dehors du social lui-même.

D'une certaine manière, si l'Etat de droit n'est pas démocratique en soi, la démocratie moderne doit le promouvoir et la question pour les citoyens est donc de s'assurer qu'ils participent suffisamment au pouvoir de légiférer. Une démocratie représentative, par définition, doit être un Etat de droit. Tous les Etats de droit ne sont pas démocratiques mais une démocratie moderne est nécessairement un Etat de droit ou, pour parler comme Montesquieu, un gouvernement modéré. Plusieurs mécanismes institutionnels le permettent. Au fond, la question n'est pas le mode de désignation des représentants mais la capacité de s'assurer que les mécanismes institutionnels garantissent la pratique démocratique entendue comme participation de tous. Or, en France et ailleurs, l'élection a été le mode retenu. Quand on interroge le rôle d'une cour non élue sur une loi votée par des élus, on se demande en réalité plus précisément si différentes pratiques peuvent coexister, voire concourir à la même finalité républicaine. C'est la mise au jour de ce processus mais pas lui en tant que tel, la manière dont il se dégage, qui permet d'affiner la question. En répondant que oui, l'on peut développer diverses pratiques de participation des citoyens à la chose publique ; on confirme alors que la démocratie moderne est d'abord une pratique et on montre qu'elle comporte de nombreuses possibilités de s'exercer. Le Conseil constitutionnel, garant de l'Etat de droit, n'est donc pas démocratique en soi *a priori*. En opérant sur un mode démocratique que l'on a pu repérer, il offre en revanche une garantie de l'effectivité de la démocratie représentative. Son existence n'est pas nécessaire mais en tant que tel, puisqu'il existe, il raffine la démocratie représentative. En étant une garantie de l'effectivité démocratique, son fonctionnement est lui-même assimilable à une pratique démocratique. En

d'autres termes, conscient du fait qu'il devait inventer une nouvelle pratique démocratique d'une certaine manière, le Conseil a modelé la sienne sur l'existant, d'où sa dépendance logique et heureuse puisque c'est là le lien avec la participation (très indirecte encore mais moins avec la saisine parlementaire) des citoyens et il a dans le même temps nécessairement développé cette participation. Son rôle plus émancipé sur les droits en fait bien entendu un garant de l'Etat de droit mais ce n'est pas cela qui le rend démocratique, contrairement à ce que diffuse la vulgate la plus répandue auprès des citoyens : la question à poser est de savoir dans quelle mesure, la participation des citoyens demeure. Les droits peuvent se décréter par le Conseil dans un système plus large de cours européennes et cela donne un pouvoir particulier au Conseil mais s'il ne fait plus ce travail de respect du compromis démocratique parce qu'il détient sa logique propre sur les droits et libertés, qu'advient-il de ce lien entretenu avec les citoyens ? C'est lui qui reste ultimement le but de la pratique démocratique en tant que garante de la liberté et de l'égalité. Autrement dit le processus d'intégration et de légitimation du Conseil au système républicain français tient sa valeur démocratique de sa dépendance du compromis démocratique bien comprise par le système lui-même et de ce fait, l'Etat de droit ainsi constitué est démocratique ; il ne n'est plus s'il perd cette dépendance et c'est sur la question des droits qu'il pourrait la perdre.

Enfin, si la condition normative proposée pour que le système dualiste d'institutions dialoguant entre elles soit démocratique s'inscrit dans une perspective de théorie politique, cette dernière se refuse à être taxée de spéculation sur le réel : nous l'envisageons comme une orientation pour les actualisations futures de celui-ci, à partir d'un questionnement, précisément, sur le réel. Dans notre cas, la théorie s'envisage au profit futur de la participation de tous les citoyens égaux à leur gouvernement. Elle contient une dimension critique essentielle à son objet, la démocratie moderne, dont le rapport entre citoyens et institutions, au cœur de la notion de légitimité, est central. A ce titre, nous concluons que si les cours constitutionnelles peuvent relever d'un processus de légitimation démocratique, celui-ci comporte l'avantage de raffiner la promesse de protection des droits propre à la démocratie moderne et le risque d'un éloignement de plus entre les citoyens et leurs institutions.

La théorie politique à laquelle nous avons tenté de contribuer invite finalement à une attitude intellectuelle et civique critique pour espérer dépasser la tragédie démocratique moderne et, sur ce plan, tout reste toujours à faire.

BIBLIOGRAPHIE SELECTIVE

ACKERMAN, Bruce, *We the people, Voll : Foundations*, Belknap Press, Reprint edition, 1993 ; Traduction française de Jean-Fabien Spitz, *Au nom du peuple, les fondements de la démocratie américaine*, Calmann-Lévy, Paris, 1998.

ANDERSON, Benedict, *Imagined Communities : Reflections on the Origin and Spread of Nationalism*, Verso, 1991.

ARENDT, Hannah, *Essai sur la révolution*, trad. M. Chrestien, Paris, Gallimard, 1967.

ARISTOTE *Ethique à Nicomaque*, GF Flammarion, traduction de Richard Bodéüs, Editions Flammarion, Paris, 2004.

ARON, Raymond, *Les étapes de la pensée sociologique*, Gallimard, Paris, 1976.

ARON, Raymond, *Mémoires. 50 ans de réflexions politiques*, 2 vol., Julliard, 1983.

ARON, Raymond, *Introduction à la philosophie de l'histoire: Essai sur les limites de l'objectivité historique*, Gallimard, Paris, nouvelle édition, 1991.

AUDARD, Catherine, *Qu'est-ce que le libéralisme ? Ethique, politique, société*, Folio, Essais, Gallimard, Paris, 2009.

BARANGER, Denis, « Le piège du droit constitutionnel » 1. L'histoire constitutionnelle et la science du droit constitutionnel / journée de recherche « comment écrit-on l'histoire constitutionnelle ? » in *Jus Politicum* n°3 – 2009

BARANGER, Denis, « Sur la manière française de rendre la justice constitutionnelle », *Jus Politicum*, n°7, 2012, *Le Conseil constitutionnel, gardien des libertés publiques ?* « <http://juspoliticum.com/Sur-la-maniere-francaise-de-rendre.html>

BARRY, Norman, « Unanimity, Agreement, and Liberalism: A Critique of James Buchanan's Social Philosophy », *Political Theory*, Vol. 12, No. 4 (Nov., 1984), pp. 579-596

BAUMERT, Renaud, *La découverte du juge constitutionnel, entre science et politique*, LGDJ, Collection des thèses, Paris, 2009.

BEAUD, Olivier, « Un plaidoyer modéré en faveur d'un tel contrôle », *Cahiers du Conseil constitutionnel* n° 27 (Dossier : Contrôle de constitutionnalité des lois constitutionnelles), janvier 2010 ; accessible sur le site internet du Conseil constitutionnel : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/cahiers-du-conseil/cahier-n-27/un-plaidoyer-moderé-en-faveur-d-un-tel-contrôle.51460.html>

BEAUD, Olivier, « Les mutations de la Ve République, ou comment se modifie une Constitution écrite », *Pouvoirs n°99 - La nouvelle Ve République* - novembre 2001 - p.19-31
BEAUD, Olivier, *Théorie de la Fédération*, P.U.F., coll. « Léviathan », Paris, 2007.

BEAUD, Olivier, PASQUINO, Pasquale, (sous la Dir. de.) *La controverse sur « le gardien de la Constitution » et la justice constitutionnelle. Kelsen contre Schmitt*, Editions Panthéon-Assas, Paris, 2007.

BEAUVOIS, Yves, *Léon Noël, de Laval à de Gaulle, via Pétain (1888-1987)*, Presses universitaires du Septentrion, Villeneuve d'Ascq, 2001.

BERSTEIN, Serge, Nouvelle histoire de la France contemporaine, *La France de l'expansion, 1. La République gaullienne 1958-1969*, Seuil, Paris, 1989.

BERSTEIN, Serge, RIOUX, Jean-Pierre, Nouvelle histoire de la France contemporaine, *La France de l'expansion, 2. L'Apogée Pompidou 1969-1974*, Seuil, Points Histoire, Paris, 1995.

BERSTEIN, Serge, REMOND, René, SIRINELLI, Jean-François, (dir.), *Les années Giscard, Institutions et pratiques politiques, 1974-1978*, Paris, Fayard, 2003.

BERSTEIN, Serge, MILZA, Pierre, BIANCO, Jean-Louis, « Les années Mitterrand, les années du changement (1981-1984) ». *Actes du colloque «Changer la vie. Les années Mitterrand 1981-1984» (Paris, 14-16 janvier 1999)*, Paris, 2001.

BERSTEIN, Serge, MILZA, Pierre, *Histoire de la France au XXe siècle*, Tempus Perrin, Paris, 2009.

BUCHANAN, James, TULLOCK, Gordon, *The calculus of consent : logical foundations of constitutional democracy*, Liberty Fund, Indianapolis, Janvier 1999 (Anglais).

CACQUERAY, Sophie, FAVOREU, Louis, *Le Conseil constitutionnel et les règlements des assemblées*, Economica, Paris, 2001.

CARCASSONNE, Guy, (introduite et commentée par.), *La Constitution*, Editions du Seuil , Points, 2^e ed., Paris, 2011.

CARCASSONNE, Guy, « Les membres du Conseil constitutionnel, 1958-2008 », actes du *Colloque Cinquantenaire du Conseil constitutionnel*, 3 novembre 2008 et 30 janvier 2009 ; in *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2009, hors série, p. 2.

CARRE DE MALBERG, Raymond, *Contribution à la théorie générale de l'État*, 2 tomes, Librairie du Recueil Sirey, Paris, 1920 et 1922 ; réédition, CNRS Éditions, Paris, 1962, 1985.

CARRE DE MALBERG, Raymond, *La loi, expression de la volonté générale*, Economica, Paris, 1984.

CAYLA, Olivier, « Lire l'article 55 : Comment comprendre un texte établissant une hiérarchie des normes comme étant lui-même le texte d'une norme ? », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 7 (Dossier : La hiérarchie des normes) - décembre 1999.

CHAMPEIL-DESPLATS, Véronique, « Le Conseil constitutionnel a-t-il une conception des libertés publiques ? », *Jus Politicum*, 2012, n°7, <http://juspoliticum.com/Le-Conseil-constitutionnel-a-t-il.html>

CHAPSAL, Jacques, *La Vie politique sous la V^e République*, t. 1 : 1958-1974, coll. Thémis, P.U.F., Paris, 5^e édition, 1993.

CHATEL, Henri, *Le Président du Sénat sous la Ve République*, Mémoire de DEA, Université de Droit, d'Economie et de Sciences sociales de Paris II, 1974 ; p.33.

COHEN, Evelyne, « L'ombre portée de mai 68 en politique », *Vingtième siècle. Revue d'Histoire*, 2/2008, n°98, p.19-28.

COMMISSION DES ARCHIVES CONSTITUTIONNELLES DE LA VE REPUBLIQUE, *Archives constitutionnelles de la Ve République, Volume 3, 8 janvier 1959 – 27 avril 1959 - La documentation française*, Paris, 2010.

CONSEIL CONSTITUTIONNEL, *Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, Paris, Dalloz. Revue également disponible en ligne sur <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/les-nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel.5069.html>

CONSEIL D'ETAT, Rapport public 1996. Sur le principe d'égalité, Paris, *La Documentation Française*, 1997.

CONSTANT, Benjamin, *Ecrits politiques* (recueil de textes), Paris, Gallimard, 1997.

CONSTANT, Benjamin, *Fragments d'un ouvrage abandonné sur la possibilité d'une constitution républicaine dans un grand pays*, Aubier, Paris, 1991 (1810, 1814).

CONSTANT, Benjamin, *De la liberté des Anciens comparée à celle des Modernes*, Discours prononcé à l'Athénée royal de Paris en 1819.

CONSTANT, Benjamin, « Souvenirs historiques à l'occasion de l'ouvrage de M. Bignon », *Revue de Paris*, 1ère série, février 1830, t.11

COUTANT, Arnaud, « De la valeur d'un texte introductif : la Constitution française de 1848 et son Préambule », *Revue française de droit constitutionnel*, 2011/4 n°88, p.681-707.

COUTROT, Aline, « La loi scolaire de décembre 1959 », *Revue française de science politique*, 13e année, n°2, 1963. pp. 352-388.

DAHL, Robert, *Qui gouverne ?*, tr. fr., Paris, Armand Colin, 1971 [1961].

- DAHL, Robert, *On Democracy*, New Haven, Yale UP, 1998.
- DEBRE, Michel, *Trois républiques pour une France, Mémoires 1946-1958*, Albin Michel, Paris, 1988.
- DEBRE, Jean-Louis, « Discours », *Colloque Georges Pompidou, membre du Conseil constitutionnel 1959-1962*, 2 avril 2014 ; <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/documentation/contributions-et-discours/2014/le-conseil-constitutionnel-lors-de-sa-mise-en-place.140542.html>
- DELANNOI, Gil, « Points de vue sur la démocratie et paradoxes de l'égalité », Pascal Perrineau (dir.), *Le Désenchantement démocratique*, La Tour d'Aigues, L'Aube, 2003, pp. 15-35.
- DELANNOI, Gil, « La démocratie », Gil Delannoi, Sophie Duchesne et Lucien Jaume, *La Citoyenneté. Le Libéralisme. La Démocratie*, in *Cahiers du CEVIPOF*, n° 18, Paris, CEVIPOF, novembre 1997, pp. 86-115.
- DESCOMBES, Vincent, « Les individus collectifs », *Revue du MAUSS*, 2001/2, n°18, p.305-337.
- DOBRY, Michel, *Sociologie des crises politiques*, Paris, Presses de Sciences Po, 1992 (1re éd. : 1986).
- DONEGANI, Jean-Marie, SADOUD, Marc, *La V^e République. Naissance et mort*, Calmann-Lévy, Paris, 1998.
- DORD, Olivier, « Libertés publiques ou droits fondamentaux ? », in *Libertés publiques*, La documentation française, 2000, p.12.
- DOSTALER, Gilles, « Du libéralisme au néolibéralisme », *Sciences Humaines, Grands Dossiers N°14 - Idéologies, le retour de flamme* - mars-avril-mai 2009.
- DRAGO, Guillaume, FRANÇOIS, Bastien, MOLFESSIS, Nicolas, *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel* Economica, Paris, 1999.
- DRIZEK, John, NIEMEYER, Simon, « Discursive representation », *The American Political Science Review*, Vol. 102, No 4 (Nov. 2008), pp. 481-493.
- DUHAMEL, Olivier, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Seuil, 2^e ed., Paris, 2011.
- DUTHEILLET de LAMOTHE, Olivier, « Les modes de décision du juge constitutionnel », « Rapport français » du Séminaire international de justice constitutionnelle, organisé par le Centre d'études constitutionnelles et administratives de l'Université Catholique de Louvain à Bruxelles les 6 et 7 décembre 2001 ; site du Conseil constitutionnel à l'adresse :

http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/pdf/Conseil/modes.pdf.

DUVERGER, Maurice, *Le système politique français*, 21e édition, PUF, Collection Thémis, Paris, 1996.

DWORKIN, Ronald, *Prendre les droits au sérieux*, PUF, Collection Léviathan, Paris, 1995.

ECOLE DOCTORALE DE DROIT PUBLIC ET DE DROIT FISCAL DE L'UNIVERSITE PARIS I PANTHEON-SORBONNE, *François Luchaire, un Républicain au service de la République*, Editions de la Sorbonne, recueil de travaux. Disponible en ligne : <http://www.publications-sorbonne.fr/fr/livre/?GCOI=28405100930920>

ELSTER, Jon, « L'usage stratégique de l'argumentation », *Négociations*, 2005/2 no 4, p. 59-82.

EISMEIN, Adhémar, *Eléments de droit constitutionnel français et comparé*, Panthéon Assas, LGDJ, 2001.

ESPINOSA, Romain, « Consensus-seeking in Constitutional Courts- The case of the French Conseil constitutionnel », *International Society for New Institutional Economics (ISNIE) annual conference*, May 2013. <http://papers.sioe.org/florence.html>

FAVOREU, Louis, *La Politique saisie par le droit : alternances, cohabitation et Conseil constitutionnel*, Economica, Paris, 1988.

FAVOREU, Louis, *Nationalisations et constitution*, coll. « Droit public positif », Paris et Aix-en-Provence, Economica et Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1982.

FOUCAULT, Michel, *L'Archéologie du savoir*, Gallimard, Paris, 1969.

FRANÇOIS, Bastien, « Le Conseil constitutionnel et la cinquième République -Réflexions sur l'émergence et les effets du contrôle de constitutionnalité en France », *Revue française de science politique*, Année 1997, Volume 47, Numéro 3, pp. 377-404.

FURET, Marie-Françoise, *Paul et Alfred Coste-Floret, deux jumeaux et trois républiques (1911-1990)*, Lacour Editeur, Nîmes, 2001.

GARCIA, Sandrine, « Expertise scientifique et capital militant : le rôle des médecins dans la lutte pour la légalisation de l'avortement ». *Actes de la recherche en sciences sociales n°158*, 2005.

GARRIGUES, Jean, GUILLAUME, Sylvie, SIRINELLI, Jean-François, (sous la Dir. de.), *Comprendre la Ve République*, PUF, Paris, 2010.

GAUCHET, Marcel, *La Révolution des pouvoirs. La souveraineté, le peuple et la représentation (1789-1799)*, Paris, Gallimard, 1995.

GAULLE, de, Charles , *Le fil de l'épée et autres écrits*, Plon, Paris, 1999 (1932).

GAULLE, de, Charles, *Discours d'Epinal, 29 septembre 1946*

<http://mjp.univ-perp.fr/textes/degaulle29091946.htm>

GAULLE, de, Charles, *Discours de Bayeux, 16 juin 1946*

<http://www.charles-de-gaulle.org/pages/espace-pedagogique/le-point-sur/les-textes-a-connaître/discours-de-bayeux-16-juin-1946.php>

GAUTHIER, Xavière, *Naissance d'une liberté*. Robert Laffont, 2002.

GELLY, Maud, médecin hospitalier, article en ligne sur le site de la fondation Copernic, « Le MLAC et la lutte pour le droit à l'avortement »

[http://www.fondation-](http://www.fondation-copernic.org/IMG/pdf/Le_MLAC_et_la_lutte_pour_le_droit_a_l_avortement.pdf)

[copernic.org/IMG/pdf/Le_MLAC_et_la_lutte_pour_le_droit_a_l_avortement.pdf](http://www.fondation-copernic.org/IMG/pdf/Le_MLAC_et_la_lutte_pour_le_droit_a_l_avortement.pdf)

GIRARD, Charles, « Raison publique rawlsienne et démocratie délibérative. Deux conceptions inconciliables de la légitimité politique? », *Raisons politiques*, 2009/2, n°34, p.73-99.

GOGUEL, François, *Chroniques électorales*, vol. II : *La Cinquième République du général de Gaulle (1958-1969)*, Presses de la Fondation nationale des sciences politiques, Paris, 1983

GUENA, Yves, « Le Conseil constitutionnel français », site internet du Conseil constitutionnel,

[http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-](http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/pdf/Conseil/armenie.pdf)

[constitutionnel/root/bank_mm/pdf/Conseil/armenie.pdf](http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/pdf/Conseil/armenie.pdf)

GUILLAUME, Pierre, (Textes recueillis par), *Gaullisme et anti-gaullisme en Aquitaine*, Presses Universitaires de Bordeaux, 1990.

GUILLAUME, Sylvie, « Le « cartel des non » », *Parlement[s], Revue d'histoire politique* 3/2004 (n° HS 1), p. 45-64

GUSY, Christoph, « Considérations sur le droit politique », *Jus Politicum*, n°1, Décembre 2008 ;

<http://www.juspoliticum.com/Considerations-sur-le-droit.html>

HABERMAS, Jürgen, *Droit et démocratie, Entre faits et normes*, nrf, Essais, Gallimard, Paris, 1997 (1992).

HABERMAS, Jürgen, *De l'éthique de la discussion*, traduit de l'allemand par Mark Hunyadi, Paris, Cerf, collection "Passages", 1992.

HABERMAS, Jürgen, *Théorie de l'agir communicationnel*, 1981, trad. fr. 1987, rééd. Fayard, 2001 pour le t. I, Fayard, 1997 pour le t. II.

HAMILTON, Alexander, JAY, John, MADISON, James , *Le Fédéraliste*, traduit de l'anglais par Gaston Jèze, Paris, LGDJ, 1957 (réédition Économica, 1988).

HASTINGS, Michel, « Droites, gauches : quels clivages ? », *Les Cahiers français, La Documentation française*, n°364, septembre 2011, pp.59-63.

HAYAT, Samuel, « Démocratie participative et impératif délibératif : enjeux d'une confrontation », publié dans Marie-Hélène Bacqué et Yves Sintomer (dir.), *La démocratie participative. Histoire et généalogie*, La Découverte (coll. Recherches), 2011.

HUME, David, *Traité de la nature humaine, III, La morale*, GF-Flammarion, Paris, 1993.

HOBBS, Thomas, *Le Léviathan*, tr. Tricaud, Paris, Sirey, 1971 [1651].

INSTITUT MICHEL VILLEY, *Jus Politicum*, Revue de droit politique, Paris, Dalloz. Egalement disponible en ligne sur <http://juspoliticum.com>

JACQUEMART, Sylvie. « 5. Inventer la Nouvelle-Calédonie ». In: *Annuaire des collectivités locales. Tome 9*, 1989. pp. 61-79.

JOUANJAN, Olivier, « Modèles et représentations de la justice constitutionnelle en France : un bilan critique », *Jus Politicum*, n°2, 2009. Revue internationale de droit politique www.juspoliticum.com.

KARSENTI, Bruno, *D'une philosophie à l'autre*, nrf, Essais, Gallimard, Paris, 2013.

KELSEN, Hans, *La démocratie, sa nature, sa valeur*, Dalloz, Paris, 2004 (1931).

KELSEN, Hans, *Qui doit être le gardien de la Constitution?*, Michel Houdiard Editeur, Collection « Les sens du droit », Paris, 2006.

KELSEN, Hans, *Théorie pure du droit*, LGDJ, Paris, 1999, pour la réédition française de la version de 1962, Dalloz.

KELSEN, Hans, « les fondations de la démocratie - Extraits sur la règle de majorité », traduit de l'anglais par Philippe Urfalino, *Raisons politiques*, 2014/1, n°53, p.23-36.

KOSELLECK, Reinhart, *Le Futur passé. Contribution à la sémantique des temps historiques*, traduit par Jochen Hoock et Marie-Claire Hoock, Éditions de l'École des hautes études en sciences sociales, Paris, 1990.

KOSELLECK, Reinhart, « Introduction and Prefaces to the *Geschichtliche Grundbegriffe* », première traduction en langue anglaise à l'introduction de l'œuvre écrite en langue allemande (trad. : *Basic Concepts in History : A Historical Dictionary of Political and Social Language in Germany*) ; cette introduction figure dans l'article de RICHTER, Michaela, *Contributions to the History of Concepts*, Volume 6, Issue 1, Summer 2011, 1-37.

LAFAILLE, Franck, *Le Président du Sénat depuis 1875*, Editions L'Harmattan, Paris, 2004.

LAGARRIGUE , Max, « La France du repli, 1940 : refuge et solidarité », *Migrance*, hors-série (sous la Dir. de), Paris, 2000.

LAHMER, Marc, *La constitution américaine dans le débat français : 1795 – 1848*, Paris, L'Harmattan, 2001.

LAMBERT, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats-Unis*.

LE GOFF, Jean-Pierre, *Mai 68. L'héritage impossible*, Paris, La Découverte, 1998 réédité en 2002 et 2006.

LEFORT, Claude, *L'Invention démocratique*, Paris, Fayard, 1981.

LEFORT, Claude, *Ecrire. A l'épreuve du politique*, Paris, Calmann-Lévy, 1992.

LEFORT, Claude, *Essais sur le politique, XIXe-XXe siècles*, Seuil, Points, Essais, Paris, 2001.

LEFORT, Claude, "Post-communisme et libéralisme", in *Le temps présent 1945-2005* (recueil de textes), Belin, Paris, 2006.

LEMAIRE, Elina, « Dans les coulisses du Conseil constitutionnel », in *Jus Politicum*, n°7, *Le Conseil constitutionnel, gardien des libertés publiques ?*, <http://juspoliticum.com/Dans-les-coulisses-du-Conseil.html>

LE NAOUR, Jean-Yves, VALENTI, Catherine, *Histoire de l'avortement*, Seuil, Paris, 2003.

LE PILLOUER, Arnaud, *Les pouvoirs non-constituants des assemblées constituantes Essai sur le pouvoir instituant*, Dalloz, Nouvelle bibliothèque des thèses, Paris, 2005.

LOCKE, John, *Traité du gouvernement civil*, tr. Mazel, Paris, Garnier-Flammarion, 1992 [1690].

LUHMANN, Niklas, *Politique et complexité. Les contributions de la théorie générale des systèmes*, Paris, Le Cerf, 1999.

MAC CORD WRIGHT, David, *Democracy and progress*, Macmillan, New York, 1948.

MACHIAVEL, Nicolas, *Oeuvres complètes* (recueil de textes), Paris, Gallimard, 1952.

MAINGUENEAU, Dominique. 2003. « Quelles unités pour l'analyse du discours ? », *Romanistisches Jahrbuch* 53, 109-118.

MANIN, Bernard, « Comment promouvoir la délibération démocratique ? Priorité du débat contradictoire sur la discussion », *Raisons politiques*, n°42, mai 2011, p83-114.

MANIN, Bernard, *Volonté générale ou délibération ? Esquisse d'une théorie de la délibération politique*, *Le Débat*, n°33, janvier 1985, pp. 72 à 93.

MANIN, Bernard, *Principes du gouvernement représentatif*, Champs Essais, Flammarion, Paris, 2012 (nouvelle édition, augmentée de la postface), (1995).

MANENT, Pierre, *Les métamorphoses de la Cité*, Flammarion, Paris, 2010.

MATHIEU, B., MACHELON, JP., MELIN-SOUCRAMANIEN, F., ROUSSEAU, D., PHILIPPE, X., *Les grandes délibérations du Conseil constitutionnel, 1958-1983*, Dalloz, Paris, 2009.

MELIN-SOUCRAMANIEN, Ferdinand, *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Economica - PUAM, Paris, 1997.

MELIN-SOUCRAMANIEN Ferdinand, présentation du texte intégral de la *Constitution de la République française*, Dalloz, Paris, 2011.

MILLARD, Eric, « Quelques remarques sur la théorie réaliste de l'interprétation », publié dans *L'architecture du droit, Mélanges en l'honneur du professeur Michel Troper*, D. de Béchillon, P. Brunet, V. Champeil-Desplats et E. Millard (Ed.) (2006) 725-734 ; <http://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00125981>

MILLARD, Eric, « Hauriou et la théorie de l'institution », *Droit et société*, L.G.D.J., 1995, pp.381-412.

MITTERRAND, François, *Politique*, Fayard, 1981.

MONTAIGNE, *Les Essais*, version en Français moderne, Quarto Gallimard, Paris, 2009.

MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, deux volumes, GF Flammarion, Paris, 1979 (1748).

NEGRETTO, Gabriel L., « En repensant le républicanisme libéral en Amérique Latine. Alberdi et la constitution argentine de 1853 », *Amérique Latine Histoire et Mémoire. Les Cahiers ALHIM*, 11 | 2005, URL : <http://alhim.revues.org/962>.

NOEL, Léon, *De Gaulle et les débuts de la Ve République, 1958-1965*, Plon, Collection Espoir, Paris, 1976.

PASQUINO, Pasquale, *Sieyes et l'invention de la Constitution en France*, Ed. Odile Jacob, Paris, 1998.

PASQUINO, Pasquale, « Le principe de majorité : nature et limites », *site www.laviedesidees.fr*, 14 décembre 2010.

PASQUINO, Pasquale, « Le contrôle de constitutionnalité : généalogie et morphologie », *Cahiers du Conseil constitutionnel* n° 28 (Dossier : L'histoire du contrôle de constitutionnalité) - juillet 2010.

PASQUINO, Pasquale, « Voter et délibérer », *Revue européenne des sciences sociales* [En ligne], XLV-136 | 2007. URL : <http://ress.revues.org/84> ; DOI : 10.4000/ress.84

PATEMAN, Carole, « Participatory democracy revisited », *Perspectives on Politics* , Volume 10/Issue 01, March 2012, pp 7-1, American Political Science Association.

PERELMAN, Chaïm, *Traité de l'argumentation : La nouvelle rhétorique*, avec Lucie Olbrechts-Tyteca, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2009.

PEYREFFITE, Alain, *C'était de Gaulle*, Gallimard, Paris, 2002.

PHILIP, Loïc, « Bilan et effets de la saisine du Conseil constitutionnel », *Revue française de science politique*, Août-Octobre 1984, n°34, p.988-1001.

PICAVET, Emmanuel, *Choix rationnel et vie publique*, PUF, Paris, 1996.

PINI, Joseph, « La cour constitutionnelle autrichienne et les rapports entre juge constitutionnel et pouvoir constituant », *Cahiers du Conseil constitutionnel* n° 7 (Dossier : Autriche) - décembre 1999.

PLATON, *La République*, tr. Pachet, Paris, Gallimard, 1993.

POHER, Alain, *Trois fois Président, Mémoires*, Plon, 1993.

POLANYI, Karl, *La Grande Transformation. Aux origines politiques et économiques de notre temps*, tr. Malamoud, Paris, Gallimard, 1983 [1944].

PORTELLI, Hugues, *La Ve République*, Grasset, Le Livre de Poche, Paris, 1994.

PREVOST, Jean-Guy, « Mettre Léviathan aux fers : le libéralisme méthodologique de James Buchanan » *Politique*, n° 22, 1992, p. 25-54

PROST, Antoine, WINTER, Jay, *René Cassin*, Fayard, Paris, 2011.

RAKOVE, Jack N., *Original meanings, Politics and ideas in the making of the Constitution*, First Vintage Books Edition, New York, 1997.

RAWLS, John, *Théorie de la justice*, traduit de l'anglais par Catherine Audard, Editions Points, Paris, 2009 (1971).

RAWLS, John, *Libéralisme politique*, traduit de l'anglais par Catherine Audard, Quadrige, PUF, Paris, 1995 (1993).

RAWLS, John, « The Idea of Public Reason Revisited », in J. Rawls, *The Law of Peoples with « The Idea of Public Reason Revisited »*, Cambridge, Harvard University Press, 2002 [1999] (« L'idée de raison publique reconsidérée », in J. Rawls, *Paix et démocratie*, trad. de l'angl. par Bertrand Guillaume, Paris, La Découverte, 2006, p. 168).

RAYNAUD, Philippe, *Le juge et le philosophe*, Editions Armand Colin, Paris, 2010.

RIALS, Stéphane, *Textes constitutionnels étrangers*, Paris, PUF, 1984.

REDOR, Marie-Joëlle, « C'est la faute à Rousseau, les juristes contre les parlementaires sous la Troisième République », *Politix*, n°32, 1995, p.89-96.

REDOR, Marie-Joëlle, *De l'Etat légal à l'Etat de droit. L'évolution des conceptions de la doctrine publiciste française, 1879-1914*, Paris, Economica, 1992.

RENAN, Ernest, « Qu'est-ce qu'une nation ? », *Discours prononcé le 11 mars 1882 à la Sorbonne*,
http://classiques.uqac.ca/classiques/renan_ernest/qu_est_ce_une_nation/qu_est_ce_une_nation.html

RIVERO, Jean, « Les garanties constitutionnelles des droits de l'homme en droit français », *Revue internationale de droit comparé*. Vol. 29 N°1, Janvier-mars 1977. pp. 9-23. p.11.

ROBERT, Jacques, « Daniel Mayer au Conseil constitutionnel ». In: *Matériaux pour l'histoire de notre temps*. 1998, N. 51-52. *Daniel Mayer : l'idéal et le réel en politique*. pp. 66-69.

ROSANVALLON, Pierre, *Le Peuple introuvable. Histoire de la représentation démocratique en France*, Paris, Gallimard, 1998.

ROSANVALLON, Pierre, *La légitimité démocratique : Impartialité, réflexivité, proximité*, Seuil, Paris, 2008.

ROUSSEAU, Dominique, *Sur le Conseil constitutionnel, La doctrine Badinter et la démocratie*, Descartes et Cie, Paris, 1997.

ROUSSEAU, Dominique, *Droit du contentieux constitutionnel*, LGDJ, Paris, 2013.

ROUSSEAU, Dominique, « Constitutionnalisme et démocratie », site internet *La Vie des idées*, 19 septembre 2008.
ISSN : 2105-3030.URL : <http://www.laviedesidees.fr/Constitutionnalisme-et-democratie.html>

ROUSSEAU, Jean-Jacques, *Du contrat social. Ecrits politiques*, Paris, Gallimard, 1964, [1762].

- SADOUN, Marc (dir.), *La Démocratie en France*, Paris, Gallimard, 2000 (2 volumes).
- SCHMITT, Carl, *Théorie de la Constitution*, Quadrige, Presses Universitaires de France, Paris, 2008.
- SCHMITZ, Julia, *La théorie de l'institution du doyen Maurice Hauriou*, L'Harmattan, Paris, 2013.
- SCHNAPPER, Dominique, *La compréhension sociologique*, PUF, Paris, 2012 (1999).
- SCHNAPPER, Dominique, *Une sociologue au Conseil constitutionnel*, nrf, Essais, Gallimard, Paris, 2010.
- SCHNAPPER, Dominique, *L'esprit démocratique des lois*, nrf, Essais, Gallimard, Paris, 2014.
- SCHUMPETER, Joseph, *Capitalisme, socialisme et démocratie*, (1942), Traduction française de Gaël Fain chez Petite bibliothèque Payot, no 55, avec le texte de la 2e édition de 1946, Paris, 1965.
- SIEYES, Emmanuel-Joseph, *Préliminaires de la Constitution française. Reconnaissance et exposition raisonnée des droits de l'homme et du citoyen*, Paris, Baudouin, 1789, 3^e édition.
- SKINNER Quentin, *Les Fondements de la pensée politique moderne*, tr. Grossman & Pouilloux, Paris, Albin Michel, 2001.
- SOMMERER, Erwan, « Le contractualisme révolutionnaire de Sieyès », *Revue française d'histoire des idées politiques*, « Sieyès », sous la direction de Pierre-Yves Quiviger, n°33, 1^{er} Sem. 2011.
- STONE SWEET, Alec , « Le Conseil constitutionnel et la transformation de la République », *Cahiers du Conseil constitutionnel* , n°25, août 2009 ; en ligne sur le site du Conseil constitutionnel : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/cahiers-du-conseil/cahier-n-25/le-conseil-constitutionnel-et-la-transformation-de-la-republiquesup1-sup.51711.html>
- STONE SWEET, Alec, *The Birth of Judicial Politics in France*, The Constitutional Council in comparative perspective, NY, Oxford Univ Press, 1992.
- STRAUSS, Anselm, CORBIN, Juliet, *Les fondements de la recherche qualitative – Techniques et procédures de développement de la théorie enracinée*, traduit de l'anglais, Academic Press Fribourg, Editions Saint-Paul, Fribourg, Suisse).
- STRAUSS, David, *The living Constitution*, Oxford-New York, Oxford U.P., coll. « The inalienable rights », 2010.
- THUCYDIDE, *Histoire de la guerre du Péloponnèse*, tr. Romilly, Paris, Robert Laffont, 1990.

TOCQUEVILLE, de, Alexis, *Lettres choisies. Souvenirs*, Editions Quarto Gallimard, Paris, 2003, p. 635, « Lettre à Eugène Stöffels, Paris, 21 juillet 1848 ».

TOCQUEVILLE, Alexis de, *De la démocratie en Amérique*, Paris, Gallimard, 1986 [1835-1840], 2 volumes.

TROPER, Michel, *Le droit et la nécessité*, Paris, PUF, coll. Leviathan, 2011.

TROPER, Michel, « Démocratie continue et justice constitutionnelle », in D. Rousseau (dir.), *La démocratie continue*, Paris-Bruxelles, LGDJ-Bruylant, 1995, p. 132-133.

TROPER, Michel, avec CHAMPEIL-DESPLATS, Véronique et GRZEGORCZYK, Christophe, *Théorie des contraintes juridiques*, LGDJ, Paris, 2005.

TROPER, Michel, in *La Constitution en vingt questions*, Site internet du Conseil constitutionnel ; entrée de l'article : « Comment définit-elle la souveraineté nationale ? » <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/la-constitution-de-1958-en-20-questions/la-constitution-en-20-questions-question-n-5.17354.html>

TROPER, Michel, *Pour une théorie juridique de l'Etat*, Paris, PUF, 1994.

TROPER, Michel, « La Constitution et ses représentations sous la Ve République », *Pouvoirs*, 4, 1978.

URFALINO, Philippe, « La décision par consensus apparent », *Revue Européenne des Sciences Sociales*, Tome XLV- 2007- N°136, p. 47-70.

URFALINO, Philippe, « Les conditions de l'obligation majoritaire, règle de majorité et corps délibérant », *Raisons politiques*, 2014/1, n°53, p.139-169.

URFALINO, Philippe, « La délibération n'est pas une conversation », *Négociations* (2), 2005, de Boeck, Louvain, p. 99-114.

URFALINO, Philippe, « Qu'est-ce qu'un corps délibérant ? », in A. Gléonec, E. Adde, *Corporéité et politique*, Publications de la Sorbonne, 2014.

VALENCE, David, « Une prise en main rigoureuse de l'appareil d'Etat ? Le pouvoir gaulliste face aux hauts fonctionnaires (1958-1962) », *Histoire@Politique. Politique, culture, société*, N°12, septembre-décembre 2010, www.histoire-politique.fr.

VEDEL, Georges, *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, coll. « Bibliothèque Dalloz », 2002.

VEDEL, Georges, « Neuf ans au Conseil constitutionnel », Entretien avec Georges Vedel, *Le Débat*, Paris, Gallimard, 1989/3, n°55.

VLACHOGIANNIS, Apostolos, *Les juges de la Cour suprême des Etats-Unis et la notion de Constitution vivante*, Thèse de doctorat en droit soutenue le 15 juin 2011, sous la Direction de Olivier Beaud, Université Panthéon-Assas.

WALDRON, Jeremy, *Law and disagreement*, Oxford University Press, 1999 (reprinted 2004).

WEBER, Max, *Economie et société*, 2 t., Ed. Pocket, Collection Agora Pocket, Paris, Janvier 2003.

YON, Guillaume, « Jon Elster, les sciences sociales face à l'irrationnel », *Idées*, n° 154, décembre 2008.

ZANCARINI-FOURNEL, Michelle, « Histoire (s) du MLAC (1973-1975) ». *Revue CLIO* n°18, 2003.

ZOLLER, Elisabeth, « Qu'est-ce que faire du droit constitutionnel comparé ? », *Droits*, n° 32, 2000, p.121.

Archives primaires : archives nationales de la Ve République française

Tous les procès-verbaux des délibérations étudiées dans cette thèse sont consultables dans le « Dossier 23 » du versement « 20040168 art.10 » des Archives Nationales de la Ve République française (Pierrefitte-sur-Seine, Département de la Seine-Saint-Denis, 93), puis classées par année.

Archives secondaires : archives parlementaires

Les archives parlementaires de 1787 à 1860, recueil complet des débats législatifs et politiques des chambres françaises (plusieurs volumes, première parution 1867, ouvrage collectif, font partie du fonds patrimonial de la Bibliothèque Nationale de France et ont été numérisées dans sa bibliothèque numérique Gallica.

Sélection des sites internet les plus consultés :

assemblee-nationale.fr

conseil-constitutionnel.fr

dictionnaire-juridique.com/definition/juridiction.php

fresques.ina.fr

ina.fr/video

legifrance.gouv.fr

monde-diplomatique.fr (archives)

participation-et-democratie.fr

senat.fr

universalis.fr/encyclopedie

wikipedia.fr

Quelques entretiens

Bien que le matériau empirique de cette thèse soit exclusivement constitué des procès-verbaux des délibérations du Conseil constitutionnel français sélectionnées sur la période 1958-1986, certaines des réflexions que celui-ci a permis de mener ont pu être partagées avec des membres de l'institution, ou des politiques, de la période actuelle :

- Madame Claire Bazie Malaurie, actuellement membre du Conseil constitutionnel, nommée par le 31 août 2010 et renommée le 12 février 2013 par Monsieur le Président de l'Assemblée nationale
- Madame Dominique Schnapper, membre du Conseil constitutionnel de 2001 à 2010, nommée par Monsieur le Président du Sénat
- Monsieur le Président du Conseil constitutionnel, Jean-Louis Debré, nommé le 23 février 2007 par le Président de la République
- Monsieur Renaud Denoix de Saint Marc, actuellement membre du Conseil constitutionnel, nommé le 22 février 2007 par Monsieur le Président du Sénat
- Monsieur Laurent Marcangeli, Député de la 1^{ère} circonscription de la Corse-du-Sud.

ANNEXE

Présentation générale du Conseil constitutionnel extraite et retravaillée à partir du site internet de l'institution

Le Conseil constitutionnel est composé de neuf membres nommés pour neuf ans. Les membres sont désignés par le Président de la République et le président de chacune des assemblées du Parlement (Sénat et Assemblée nationale). Depuis la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008, la procédure de nomination fait intervenir pour avis, selon des modalités variables en fonction de l'autorité de nomination, la commission des lois constitutionnelles de chaque assemblée.

Le Conseil se renouvelle par tiers tous les trois ans. Le Président de la République et le président de chacune des assemblées nomment, chacun, un membre du Conseil tous les trois ans. Le mandat des conseillers n'est pas renouvelable.

Aucune qualification d'âge ou de profession n'est requise pour devenir membre du Conseil constitutionnel. La fonction est en revanche incompatible avec celle de membre du Gouvernement ou du Conseil économique, social et environnemental, ainsi qu'avec celle de Défenseur des droits. Elle est également incompatible avec l'exercice de tout mandat électoral. Un ancien Président de la République, membre de droit, ne peut pas siéger au Conseil s'il occupe une fonction incompatible avec la qualité de membre de ce dernier.

Le Conseil constitutionnel est une juridiction dont les audiences et séances suivent le rythme des requêtes dont il est saisi.

Lorsqu'il est saisi de la constitutionnalité d'une loi avant sa promulgation, le Conseil doit statuer dans le délai d'un mois ou de huit jours en cas d'urgence.

Lorsqu'il est saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité, le Conseil a trois mois pour rendre sa décision. Pendant ce délai, les parties sont mises à même de présenter contradictoirement leurs observations.

Le Conseil ne siège et ne juge qu'en formation plénière. Ses décisions et avis sont rendus par sept conseillers au moins (règle de quorum). En cas de partage, la voix du président est prépondérante. Il n'y a pas d'opinion dissidente possible. Les débats ou les délibérés ainsi que les votes ne sont pas publics.

Un secrétaire général, nommé par décret du Président de la République, dirige les quatre services du Conseil :

- un service juridique.
- un service de documentation associé aux travaux de recherches juridiques ;
- un service administratif et financier chargé de la gestion du Conseil ;
- un service des relations extérieures chargé des publications du Conseil,

A. Une compétence juridictionnelle qui comprend deux contentieux distincts :

a) Un contentieux normatif

* Juge de la constitutionnalité des lois, le Conseil constitutionnel exerce soit un contrôle *a priori*, soit un contrôle *a posteriori*.

Contrôle a priori :

Le Conseil constitutionnel est obligatoirement saisi des lois organiques et des règlements des assemblées parlementaires, avant la promulgation des premières et l'entrée en vigueur des seconds. Il peut être saisi d'un engagement international avant sa ratification ou son approbation. Pour les lois ordinaires, le Conseil peut être saisi d'une loi avant sa promulgation. Dans ces deux derniers cas de figure, le Conseil est saisi, selon des modalités variables selon l'acte contrôlé, soit par une autorité politique (Président de la République, Premier ministre, président de l'Assemblée nationale ou du Sénat), soit par 60 députés ou 60 sénateurs au moins.

Contrôle a posteriori :

Depuis le 1er mars 2010 et à la suite de la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008, le Conseil constitutionnel, sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation, contrôle si une disposition législative déjà en application porte atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution. Dans cette hypothèse, un requérant est à l'origine du contrôle de constitutionnalité exercé, puisque la question posée a été soulevée à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction. On parle de question prioritaire de constitutionnalité (QPC).

* Juge de la répartition des compétences entre la loi et le règlement, le Conseil constitutionnel peut être saisi, soit en cours de discussion parlementaire par le président de l'assemblée intéressée ou le Premier ministre, soit *a posteriori* par ce dernier pour déclasser une disposition législative, c'est-à-dire modifier par décret une telle disposition dont le contenu est de nature réglementaire.

* Depuis la révision du 23 juillet 2008, le Conseil constitutionnel peut être amené à vérifier si les conditions de présentation des projets de loi répondent aux conditions fixées par une loi organique (loi organique n° 2009-403 du 15 avril 2009).

* Enfin, le Conseil constitutionnel est juge de la répartition des compétences entre l'État et certaines collectivités d'outre-mer (à ce jour : Polynésie française, Saint-Barthélemy et Saint-Martin).

b) Un contentieux électoral et référendaire

Le Conseil constitutionnel veille à la régularité de l'élection du Président de la République et des opérations de référendum, dont il proclame les résultats. Il est juge de la régularité de l'élection des parlementaires, et donc de leur éligibilité ; il intervient également lorsqu'un parlementaire se trouve, ou est susceptible de se trouver, dans un cas d'incompatibilité.

B. Une compétence consultative

Le Conseil constitutionnel émet un avis lorsqu'il est consulté par le chef de l'État sur la mise en œuvre de l'article 16 de la Constitution et ultérieurement sur les décisions prises dans ce cadre. Il vérifie si les conditions de mise en œuvre sont toujours réunies soit à la demande d'un président d'assemblée ou 60 députés ou 60 sénateurs au bout de 30 jours, soit de plein droit au bout de 60 jours et à tout moment au-delà de cette durée.

Par ailleurs, le Gouvernement consulte le Conseil sur les textes relatifs à l'organisation du scrutin pour l'élection du Président de la République et le référendum. Le Conseil formule également des observations sur les élections parlementaires et présidentielles passées ainsi que sur les prochaines échéances électorales, afin de proposer aux pouvoirs publics toutes mesures susceptibles d'améliorer le déroulement de ces élections.

La démocratie moderne se caractérise par la représentation et l'élection des représentants des citoyens, lesquels peuvent alors consentir à respecter l'organisation sociale définie en leur nom par ces représentants. La légitimité démocratique renvoie en effet à l'égalité participation des citoyens à leur gouvernement, *a priori* par le biais de l'élection. Pourtant, les cours constitutionnelles composées de membres non élus interviennent sur l'organisation de la vie publique en exerçant sur la loi votée un contrôle de constitutionnalité susceptible de l'invalider. Comprendre ce qui peut fonder leur légitimité apporte alors un éclairage sur la démocratie représentative, ses impensés ou ses possibles. Cette thèse propose d'aborder la question à partir d'une étude empirique, sans autre présupposé sur la démocratie moderne que celui identifié plus haut. Les délibérations du Conseil constitutionnel, tenues à huis-clos mais rendues publiques par la réforme constitutionnelle de 2008 quand elles ont eu lieu vingt-cinq ans auparavant, offrent ainsi un matériau riche d'enseignements. Elles sont ici étudiées sur la période 1958-1986. Les analyser à partir des arguments échangés renvoyant à la conception que les membres du Conseil constitutionnel se font de la légitimité de leur institution permet d'en déduire la trame d'un processus de légitimation en cours : en effet, les interlocuteurs du Conseil constitutionnel réintègrent à leurs saisines ultérieures le fondement de ces arguments. Cette thèse propose de décrire ce processus de légitimation spécifique puis de le mettre à distance pour une réflexion plus générale sur l'éclatement de la représentation des institutions démocratiques.