

Le contrôle *a priori* du Conseil constitutionnel sur la loi française

Jean Rivero

Volume 18, Number 2, 1987

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1058713ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1058713ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Éditions Wilson & Lafleur, inc.

ISSN

0035-3086 (print)

2292-2512 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Rivero, J. (1987). Le contrôle *a priori* du Conseil constitutionnel sur la loi française. *Revue générale de droit*, 18(2), 515–527.
<https://doi.org/10.7202/1058713ar>

**Le contrôle *a priori*
du Conseil constitutionnel
sur la loi française**

Conférence prononcée en septembre 1986

par

JEAN RIVERO

Professeur invité à la Faculté de droit
de l'Université d'Ottawa

M. André Braën, vice-doyen : Nous vous avons hier intronisé professeur de notre Faculté de droit civil. « Tout de go », aujourd'hui même, nous vous demandons de nous dire quelques mots sur le Conseil constitutionnel. Je constate que vous faites salle comble pour ce premier « cours » et je vous souhaite à vous madame et à vous monsieur le professeur Rivero, la plus chaleureuse des bienvenues. Nous espérons tous pouvoir conserver le plus longtemps possible des liens intenses avec vous.

M. Jean Rivero : Monsieur le doyen, mes chers collègues et, si vous me permettez, je dirai : mes chers amis.

Vous savez que les Français ont la réputation d'être légers. Après un repas aussi savoureux que celui-ci, les Français ont l'habitude de préférer une conversation à bâtons rompus, voire une légère somnolence, à l'audition d'un discours, fut-il juridique. Mais, puisque vous m'avez fait l'honneur, monsieur le doyen, de me dire que dorénavant, et vous venez de le répéter, je faisais partie de la communauté universitaire d'Ottawa, j'abandonne mes habitudes françaises et je me plie au rite de ma nouvelle université. Donc, je vous infligerai un enseignement ! Tout de même, comme je suis encore Français malgré tout, j'essayerai de ne pas être trop long !

Je vous parlerai du Conseil constitutionnel parce que je considère que l'avènement du Conseil constitutionnel constitue la plus profonde des transformations que le droit public ait subi en France depuis les dernières vingt ou trente années. Lorsque, au mois de mars dernier, le gouvernement de la nouvelle majorité, un gouvernement de droite, s'est trouvé confronté à un Président de la République socialiste, cela créait

évidemment un problème délicat, qu'on a appelé le problème de la cohabitation entre un Président de la République de gauche et une majorité de droite et un gouvernement issu de cette majorité. Pour régler ce problème, on s'est mis d'accord sur une formule : « la Constitution, rien que la Constitution, toute la Constitution ». Or ceci représente en France presque une révolution ! Car, jusqu'à présent, et depuis que nous possédons des Constitutions, c'est-à-dire depuis 1791, jamais la Constitution n'avait tenu dans la vie publique française une place comparable à celle qu'elle a prise maintenant. Je vous étonnerais beaucoup peut-être si je vous dis que jusqu'à 1958, seuls les professeurs de droit constitutionnel, qui ne peuvent guère faire autrement, considéraient que la Constitution contenait vraiment des règles de droit... Jusque-là, en dehors d'eux, la classe politique savait que la Constitution existait, bien sûr ! Mais l'idée que l'atteinte à la Constitution, que l'inconstitutionnalité pouvait être un vice juridique n'était venue à l'esprit de personne. Lorsque entre les deux guerres, à partir de 1926, le Parlement a décidé qu'il fallait donner au gouvernement le pouvoir de modifier par de simples décrets la loi, ce qui était foncièrement inconstitutionnel, personne n'a songé à émettre la moindre protestation. Il n'y a pas eu sur ce thème le moindre débat politique ; les décrets-lois sont sortis et on les a immédiatement appliqués sans discussion.

Comment s'explique cette indifférence totale des Français, du moins de la classe politique française, à la valeur juridique de la Constitution ?

Je crois qu'il y a à cela un certain nombre de raisons.

La première est une raison historique. Il faut bien reconnaître que depuis que nous nous sommes dotés en 1791 de notre première Constitution, nous en avons tant essayées, nous en avons tant vues, qu'on finissait par ne pas attacher une grande importance à la Constitution. La Constitution dure tant que le régime dure, mais si on change le régime par une révolution, on change de constitution. Songez que la France, durant cette période et jusqu'à 1875, jusqu'à l'avènement de la troisième République, a fait l'essai d'une bonne douzaine de constitutions successives, chaque régime amenant la sienne. La loi, elle, durait, elle était stable : pensez au Code civil, aux grands Codes napoléoniens immuables pendant plus d'un siècle. Alors, ces Constitutions qui passent et qu'après dix ou douze ans, on envoie à la réforme, n'avaient absolument pas le même poids que la loi. Le respect de la Constitution apparaissait comme quelque chose d'assez dérisoire.

En 1875, nous nous sommes dotés d'une Constitution, ou plutôt des lois constitutionnelles qui ont fondé la troisième République. Mais dans ces lois constitutionnelles, il n'y avait à peu près aucun principe. C'était, pour des raisons historiques dans lesquelles je n'entre pas, des lois qui se bornaient à donner quelques règles d'organisation des

pouvoirs publics. L'ensemble était si léger qu'on ne songeait même pas à se référer constamment à la Constitution. Un exemple : la Constitution de 1875 donnait au Président de la République le pouvoir de dissoudre la Chambre des députés. Jamais ce pouvoir n'a été utilisé après 1877 et son usage eut été considéré comme parfaitement irrégulier : si un Président de la République s'était permis, sous la troisième République, de dissoudre l'Assemblée, cela aurait apparu comme une révolution, alors que c'eût été une application pure et simple de la Constitution. Voilà la première raison : l'instabilité de notre régime constitutionnel.

La seconde raison, elle, tient non pas seulement à l'histoire, mais à la fois à la théorie et à la vie politique. La théorie : nous avons hérité, de Jean-Jacques Rousseau et de la révolution, l'idée que la loi est l'expression de la volonté générale. La loi est donc la norme suprême ; la loi exprimant la volonté du peuple, il n'est pas question de porter atteinte à la loi au nom de la Constitution. Il y avait là une sorte de sacralisation de la loi qui aboutissait à ce résultat que personne n'aurait songé à remettre en cause la loi. À quoi s'ajoutait le fait que, très vite, depuis le début du XIX^e siècle, et davantage encore à partir de 1875, sous la troisième République, les parlements ont été saisis d'une volonté d'hégémonie totale : ils n'auraient pas supporté que quiconque porte atteinte à une loi votée par eux. Cet absolutisme des parlements, qui succédait lointainement à l'absolutisme du monarque, faisait que, devant la loi, chacun s'inclinait même si la loi était peu conforme à la Constitution.

Une troisième raison, qui découlait d'ailleurs des premières, c'était qu'aucun de nos textes constitutionnels n'avait prévu un quelconque contrôle de la conformité de la loi à la Constitution. À deux exceptions près cependant : la Constitution du premier empire et celle du second empire, c'est-à-dire des constitutions fort peu démocratiques, avaient prévu que le Sénat, qui était entièrement entre les mains de l'Empereur, pouvait vérifier la conformité de la loi à la Constitution. Résultat : on considérait que le contrôle de constitutionnalité était lié à un pouvoir anti-démocratique et les régimes démocratiques rejetaient, à priori, le contrôle de constitutionnalité.

Au fond, la situation n'avait pas été tellement différente aux États-Unis où la Constitution ne prévoyait pas non plus expressément la possibilité pour la Cour suprême de contrôler la constitutionnalité de la loi. Mais elle ne l'interdisait pas et avec l'arrêt *Marbury c. Madison*, la Cour suprême très logiquement, avait conclu qu'elle avait le pouvoir de vérifier la conformité de la loi à la Constitution. Rien de pareil en France. Les juges tant judiciaires qu'administratifs, se sont interdits, lorsque la question de l'inconstitutionnalité d'une loi était portée devant eux à l'occasion d'un litige, de se prononcer sur cette inconstitutionnalité. Tant la Cour de cassation que le Conseil d'État s'étaient et se sont

toujours considérés comme incompetents pour vérifier la conformité de la loi à la Constitution lorsqu'ils étaient saisis par voie d'exception, à l'occasion d'un litige, de cette question. Le Conseil d'État lorsqu'un acte administratif lui était déféré et que l'inconstitutionnalité de cet acte pouvait être constatée directement, sans que s'interposât, entre la Constitution et l'acte administratif, une loi, pouvait annuler l'acte comme inconstitutionnel, à condition que l'inconstitutionnalité fut dans l'acte lui-même et qu'elle ne découlât pas de la conformité de l'acte administratif à une loi accusée d'inconstitutionnalité. Le résultat, paradoxal, était qu'un acte administratif déféré au Conseil d'État, pris sur la base d'une loi inconstitutionnelle, était déclaré parfaitement légal s'il était conforme à cette loi.

Il faut dire aussi que cette attitude était confortée par le fait que, jusqu'aux années qui suivent la Seconde Guerre mondiale, le contrôle de constitutionnalité aux yeux de la plupart des Européens, apparaissait essentiellement comme une curiosité américaine, comme les « western » ou comme les « comédies musicales » et qu'il n'était guère question de transposer en Europe une institution si typiquement américaine. Il y avait l'exemple de l'Angleterre. Il ne faut tout de même pas oublier que l'Angleterre, mère du Parlement, n'a pas de Constitution, pas de constitution écrite tout au moins, et ne connaît pas la limitation des pouvoirs du Parlement par qui que ce soit. Tout cela aboutissait à un contexte tel que la situation en France n'était pas finalement inexplicable.

Elle n'était pas inexplicable, mais elle était parfaitement choquante, dans la mesure où l'État de droit est un État dans lequel il n'existe aucun pouvoir, sauf celui du peuple, qui ne trouve au-dessus de lui une règle quelconque qui limite son arbitraire.

Remarquez — soit dit en passant — qu'il y aurait beaucoup à faire sur la notion d'État de droit, si on pense à l'origine assez modeste de cette notion dans la doctrine allemande de la seconde moitié du XIX^e siècle, qui opposait le droit au politique, l'État juridique à l'État de police, et lorsqu'on voit comment cette conception essentiellement doctrinale et relativement étroite est entrée maintenant dans le discours politique : à tout moment, dans toutes les démocraties, on invoque les impératifs de l'État de droit. Je pense qu'il y aurait une réflexion à faire, et il faudra bien la faire, sur la façon dont, à partir de ce concept, tout de même assez limité au départ, on en est arrivé à cette grande vision de l'État démocratique conçu comme un État dans lequel il n'existe aucun pouvoir qui ne soit limité par une règle supérieure à lui et qui réduise son arbitraire.

Je ferme la parenthèse, et je reviens à la situation en France, à la période antérieure à 1958 : l'État de droit, au sens où on l'entend aujourd'hui, n'était pas complètement achevé. L'exécutif était soumis à la loi, mais au-dessus il restait un dernier étage où subsistait un pouvoir

inconditionnel, un pouvoir absolu, un pouvoir incontrôlé, le pouvoir du législateur. Voilà la situation telle qu'elle se présentait jusqu'à 1958.

Le changement s'est fait de façon extrêmement rapide et il s'est fait en trois étapes.

La première étape, la principale, ça a été la création du Conseil constitutionnel par la Constitution de 1958. Qu'était à l'origine le Conseil constitutionnel? C'était une instance réunissant des compétences différentes, mais, parmi elles, la possibilité de vérifier la conformité des lois à la Constitution. Pourquoi en 1958 avoir adopté cette solution qui faisait contraste avec la tradition antérieure? Pour une raison très simple : la Constitution de 1958, fidèle à la doctrine du Général de Gaulle, entendait limiter précisément la souveraineté inconditionnelle du Parlement et restaurer l'autorité de l'exécutif pour éviter la cascade des chutes de ministères qui avait été le fléau de la troisième et de la quatrième République. Restaurer une certaine stabilité de l'exécutif, réduire l'impérialisme du Parlement, c'était l'idée de base de la Constitution de 1958 et le Conseil constitutionnel était un des éléments de cet ensemble : le domaine de la loi était limité, celui du règlement élargi ; le Conseil, dans la pensée de ses créateurs, devait, par son contrôle, veiller surtout à ce que le Parlement restât dans les limites qui lui étaient ainsi assignées.

La Constitution organisait pour lui une réelle indépendance. Les neuf membres du Conseil constitutionnel sont nommés pour neuf ans, renouvelables par tiers tous les trois ans, pour assurer une continuité et en même temps un renouvellement. Ils sont nommés à raison de trois à chaque renouvellement par le Président de la République pour l'un, par le Président de l'Assemblée nationale pour l'autre et par le Président du Sénat pour le troisième.

Voilà en gros le statut qui a été élaboré pour le Conseil constitutionnel. Mais en ce qui concerne le contrôle de conformité des lois à la Constitution, il y avait une limitation très grave à l'exercice de ce pouvoir : les règles de la saisine du Conseil. S'il connaissait obligatoirement des lois organiques, qui précisent le statut des pouvoirs publics, il ne pouvait, pour les lois ordinaires, être saisi entre le vote définitif de la loi et sa promulgation, que par le Président de la République, le Président du Sénat, le Président de l'Assemblée nationale ou le Premier ministre, autrement dit, par des personnalités dont il était à présumer que la plupart étaient sur la même longueur d'ondes que la majorité parlementaire. De telle sorte qu'il était peu vraisemblable que l'une d'entre elles vînt à contester devant le Conseil constitutionnel la conformité d'une loi à la Constitution. C'est pourquoi d'ailleurs la création du Conseil constitutionnel a été fort mal accueillie par l'ensemble de mes collègues : ceux qui étaient attachés à la tradition de la souveraineté parlementaire ont considéré qu'il y avait là une atteinte injustifiable à une souveraineté, et

ceux qui souhaitaient un véritable contrôle de constitutionnalité considérait que ce contrôle était beaucoup trop léger, pas sérieux, et pas efficace. Le temps a passé et il s'est avéré, petit à petit, que dans l'exercice de ses compétences, le Conseil constitutionnel ne se montrait pas du tout, comme on l'avait pensé initialement, farouchement hostile au législateur et défendant jalousement les compétences du pouvoir réglementaire mais que, au contraire, il faisait au législateur la part qui lui revenait normalement.

Et puis un beau jour, et c'est la seconde étape, il s'est trouvé que le Président du Sénat, qui était en opposition politique avec le Président de la République et la majorité de l'Assemblée nationale n'a pas hésité à saisir le Conseil constitutionnel pour lui demander de constater l'inconstitutionnalité d'une loi qui venait d'être adoptée par le Parlement et qui entendait modifier le régime de la liberté d'association dans un sens nettement restrictif. Et alors, à ce moment-là, le Conseil constitutionnel a pris une décision qu'on peut qualifier de révolutionnaire. Non pas à cause de sa date — elle date du 16 juillet 1971 et vous savez qu'en France, le mois de juillet, avec le 14 notamment, est un mois très propice aux révolutions! mais parce que, par cette décision, le Conseil affirmait que son contrôle s'étendait non seulement au corps même de la Constitution mais à son préambule. Or le préambule de la Constitution disait purement et simplement en une phrase liminaire : « le peuple français proclame solennellement son attachement à la *Déclaration des droits de l'homme de 1789*, confirmée et complétée par le préambule de la *Constitution de 1946* ». Il est certain, nous en avons eu des témoignages directs, et plusieurs co-auteurs de la Constitution de 1958 nous l'ont dit en toute franchise, que jamais par cette phrase, les rédacteurs de la Constitution n'avaient pensé donner valeur constitutionnelle à la Déclaration de 1789 et au préambule de la Déclaration de 1946. Le Conseil constitutionnel, par un simple visa « Vu la Constitution et notamment son préambule », a donné valeur constitutionnelle à ces deux textes, dont le second renvoie notamment aux « principes fondamentaux contenus dans les lois de la République ». Résultat : la Constitution, d'un seul coup, s'est trouvée augmentée de notre grande déclaration de 1789, du préambule de 1946 et de ces fameux « principes fondamentaux des lois de la République » qui pour la plupart sont les garanties d'un grand nombre de libertés publiques. Et cela a transformé le rôle du Conseil constitutionnel qui, à partir de ce jour, est devenu non plus seulement le gardien des mécanismes constitutionnels de la répartition des compétences mais le gardien et le défenseur des libertés fondamentales et des droits de l'homme.

C'est la seconde étape dans la transformation. La troisième a été réalisée par une loi constitutionnelle de 1974, voulue par le Président Giscard d'Estaing, qui a, enfin, élargi les conditions de la saisine et

permis à soixante députés ou à soixante sénateurs de saisir le Conseil constitutionnel lorsqu'ils estimaient qu'une loi était inconstitutionnelle.

À partir de ce moment, toutes les oppositions parlementaires qui se sont succédé en France n'ont pas manqué, chaque fois qu'une loi importante était votée par la majorité, de saisir le Conseil constitutionnel. L'opposition socialiste, l'opposition de gauche, entre 1974 et 1981, a largement utilisé cette possibilité. Lorsque les socialistes ont pris le pouvoir en 1981 et l'ont gardé jusqu'en 1986, l'opposition de droite n'a pas manqué de faire de même. Et depuis le mois de mars, où la majorité est repassée à droite, les socialistes recommencent à saisir le Conseil constitutionnel avec une fréquence accrue.

Si bien que, au terme de cette longue évolution, nous sommes arrivés à ce résultat que la saisine du Conseil constitutionnel apparaît en quelque sorte comme la dernière étape normale de l'élaboration d'un texte législatif. L'Assemblée nationale l'adopte, le Sénat confirme, à ce moment-là, l'opposition saisit le Conseil constitutionnel. La pratique de la saisine du Conseil est entrée dans les mœurs et on le vérifie à l'heure actuelle tous les jours.

Le résultat est évident : le résultat, c'est que la souveraineté qui appartenait naguère à la loi est maintenant revenue à la Constitution. Et ce résultat, c'est qu'en définitive, l'État de droit se trouve achevé puisque même le législateur trouve au-dessus de lui une règle qui limite son pouvoir naguère inconditionnel.

Comment une telle évolution a-t-elle pu se produire en rupture avec une tradition de près de deux siècles dans la vie politique française ?

Je vois à cela un certain nombre de raisons. La première, c'est le fait que les gouvernements, jusqu'à présent, se sont toujours scrupuleusement conformés aux décisions du Conseil constitutionnel. Lorsque le Conseil constitutionnel a déclaré une loi ou tel article d'une loi non conforme à la Constitution, le Président de la République n'a jamais promulgué la loi ainsi censurée et les gouvernements ont toujours remis sur le chantier parlementaire les articles qui avaient été censurés pour les rédiger et les faire voter dans des termes compatibles avec la décision du Conseil constitutionnel. Bien entendu, cette sagesse des gouvernements successifs, tant de droite que de gauche, ne suscite pas toujours l'adhésion et l'enthousiasme des membres de la majorité parlementaire ! Le Conseil constitutionnel est fréquemment pris à partie, par telle ou telle personnalité de la majorité du moment ; mais après tout, c'est assez normal dans la mesure où, selon un proverbe français, « on a toujours vingt-quatre heures pour maudire ses juges ». Quand on est perdant, les perdants déclarent que les juges n'ont rien compris, qu'ils sont partiaux... Ça n'a aucune importance, parce que le gouvernement, lui, respecte scrupuleusement la décision du Conseil, et que sa majorité, même réticente, est bien obligée de le suivre.

Vous me direz : « Comment s'explique ce respect par le gouvernement de la décision du Conseil? » Cela s'explique par plusieurs raisons : d'abord parce que, tant que les gouvernements ont été des gouvernements issus de l'ancien gaullisme, il leur était difficile, sans se mettre en contradiction avec leur propre tradition, de prendre à partie une institution créée par la Constitution du Général de Gaulle. Il fallait lui obéir parce que l'ombre du Général se profilait derrière le Conseil constitutionnel.

Quand François Mitterand a pris le pouvoir, après tout, cette Constitution qu'il avait tant critiquée, il l'a trouvée très confortable pour l'exercice d'un pouvoir qu'il rêvait d'obtenir.

Alors, il était difficile pour lui de s'en prendre, comme il l'avait fait si souvent quand il était dans l'opposition, à une des pièces de cet ensemble constitutionnel dont il n'avait pas lieu d'être mécontent.

Ainsi, les gouvernements ont toujours été sages. Ils le sont encore. Il y a eu ces derniers jours, à la suite d'une décision du Conseil, quelques protestations émanant du ministre de la Justice, qui d'ailleurs n'est pas juriste, ce qui diminuait la valeur de ses critiques. Mais immédiatement le porte-parole du Premier ministre a fait savoir qu'il était d'accord avec la décision, et qu'il la respecterait.

Pourquoi ce respect? Je crois que là, il faut faire la part à ce qu'on peut bien appeler la sagesse du Conseil constitutionnel. Le Conseil, dans ses premières années, a été relativement timide, c'est vrai. Il a bien fait. Quand une institution nouvelle apparaît dans un vieil État ayant des structures politiques et administratives bien définies, si elle veut tout de suite aller jusqu'au bout des possibilités que lui offrent ses compétences, si elle veut bouleverser tout l'ordre existant, elle se heurtera à plus fort qu'elle et elle sera obligée de réduire ses ambitions. Une institution naissante doit commencer par la prudence. Petit à petit, lorsqu'elle se sera affirmée, lorsqu'elle aura pris la force de l'institution au sens plein du mot, à ce moment-là, elle pourra devenir plus audacieuse.

Lorsque j'entendis un éminent représentant du Conseil d'État me dire : « Enfin, ce Conseil constitutionnel, il est timide et doux », je lui ai répondu : « N'oubliez pas que vous, Conseil d'État, vous avez attendu cinquante ans, entre votre création et le second Empire, avant de prendre des décisions véritablement audacieuses. Et vous avez bien fait. » Il faut petit à petit s'insérer dans un tissu institutionnel, surtout lorsqu'il est aussi dense, aussi serré que le tissu institutionnel français, pour pouvoir y prendre sa place. On l'a vérifié aussi chez nous avec le médiateur, timide d'abord, plus hardi ensuite à partir du moment où il s'est imposé. Je crois que c'est une grande règle de sagesse et le Conseil l'a respectée.

D'autre part, il a affirmé son indépendance. Et cela aussi est un phénomène curieux. On a beaucoup dit, à l'origine : « Après tout, les membres du Conseil sont nommés par des responsables politiques, donc

ils seront nécessairement dans la dépendance de ceux qui les ont nommés, Président de la République, Président du Sénat, et Président de l'Assemblée. » Ce qu'on a oublié, c'est d'abord qu'une institution, quelle qu'elle soit, se crée très vite sa propre atmosphère, sa propre ambiance, son propre climat. Une institution veut durer, elle veut s'affirmer. Ceux qui la composent ont conscience de former un corps et ils ne veulent pas, si j'ose dire, qu'on leur marche sur les pieds. Cela a joué, et le fait est que des membres du Conseil constitutionnel nommés par des représentants de la majorité, quelle qu'elle ait été, n'ont jamais hésité à censurer des lois prises par la même majorité. Il y a une autre condition, à mon sens, qui explique cette indépendance. Je m'en voudrais d'avoir l'air de prêcher pour les vieillards, compte tenu de mon âge avancé ! Mais je crois que l'un des éléments de l'indépendance et de la sagesse du Conseil constitutionnel, c'est qu'il est composé de vieux messieurs... De vieux messieurs n'ont pas beaucoup d'avenir devant eux, leur seul avenir, plus ou moins lointain, aussi lointain que possible bien sûr, c'est tout de même la tombe ! On ne commence pas une carrière quand on quitte le Conseil constitutionnel après neuf années. Si on y est entré à soixante-huit ans, on en sort à soixante-seize ou à soixante-dix-sept : on ne commence pas une carrière à soixante-dix-sept ans. Alors, par la force des choses, ils ne sont pas ambitieux les membres du Conseil constitutionnel ! Ils n'envisagent pas l'avenir. Ils ne rendent pas leurs décisions en se disant : « Est-ce qu'elles plairont, et est-ce qu'elles me permettront de monter plus haut ? » Je crois que cette sérénité est liée à l'absence d'ambition qu'entraîne l'âge. Entendons-nous ! il ne faudrait pas que tous les membres du Conseil constitutionnel aient dépassé les quatre-vingts ans, ce serait un peu excessif ! Mais en l'état actuel des choses, un Conseil constitutionnel composé en majorité d'hommes qui ont entre soixante-dix et soixante-dix-huit ans, est une solution de sagesse, et l'expérience nous le confirme : Qu'est-ce qu'ils peuvent espérer ? Pas grand-chose quand ils auront fini. Alors, ils s'épanouissent dans cette idée que maintenant, débarrassés de tous soucis de carrière, ils sont indépendants.

Il y a cela, il y a aussi le fait, tant critiqué pourtant, que parmi les membres du Conseil constitutionnel, il n'y a pas exclusivement des juristes. On a beaucoup dit : « Il faudrait là des membres du Conseil d'État et des magistrats de la Cour de cassation. » Je ne suis pas sûr que c'eût été la meilleure solution. Il faut bien reconnaître, qu'en France au moins (le système n'est pas le même chez vous), pour parvenir au haut des degrés les plus élevés de la hiérarchie judiciaire, il ne faut pas avoir trop déplu au pouvoir. Les magistrats, en France, font leur carrière, obtiennent leur avancement par des nominations qui dépendent en partie du gouvernement. Alors je ne suis pas sûr que si on avait appelé le haut magistrat ou le grand Conseiller d'État à siéger au Conseil constitutionnel, alors qu'ils avaient passé toute leur existence dans une certaine déférence à l'égard de

la loi sacrée et peut-être même à l'égard du pouvoir, ils eussent eu la même indépendance que des hommes dont la plupart ont fait une carrière politique maintenant terminée, et des universitaires qui, heureusement, ne savent pas ce que c'est que la dépendance, grâce au ciel ! Je crois que cette composition explique en partie l'indépendance du Conseil et sa sagesse.

Sagesse qui s'est traduite aussi par le fait qu'il a repoussé la tentation du gouvernement des juges. C'est la pire des tentations à laquelle aurait pu succomber un Conseil constitutionnel. Il a réussi à l'éliminer. Je vous en donnerai comme preuve, le fait qu'à quatre ans de distance très exactement, le Conseil a été appelé à vérifier la conformité de la Constitution, premièrement, de la loi socialiste nationalisant les principaux secteurs de l'économie française et deuxièmement, tout récemment, de la loi libérale permettant la dénationalisation des mêmes secteurs. Il est bien évident que des juges qui auraient eu une politique propre n'auraient pas pu dire successivement de la première et de la seconde qu'elles étaient conformes à la Constitution. C'est pourtant ce que notre Conseil constitutionnel a fait, à une réserve près : il a considéré que s'il appartenait au gouvernement de tracer exactement la frontière entre le secteur public et le secteur privé, il ne pouvait le faire qu'en respectant un certain nombre de normes constitutionnelles quant à l'indemnisation à verser aux actionnaires dépossédés dans le premier cas ; quant au prix auquel céder au secteur privé les entreprises dénationalisées dans le second, il devait être évalué en vertu du respect de la propriété qui s'applique tant à la propriété privée qu'à la propriété publique. En fait il a assuré entre ces deux décisions apparemment contradictoires, une véritable continuité à partir de quelques principes. Pensez à ce qu'a été la politique de la Cour suprême des États-Unis au moment du *New Deal* où, appliquant une politique qui était la leur, la politique libérale, les juges américains ont sanctionné la législation du Président Roosevelt et ralenti sinon empêché le développement du *New Deal*. Là, c'était du gouvernement des juges. Nous n'avons rien de pareil en France. Et plusieurs décisions d'ailleurs ont repris la formule : - «1 Considérant que le Conseil constitutionnel ne dispose pas d'un pouvoir général d'appréciation et de décision identique à celui du Parlement mais qu'il est seulement compétent pour se prononcer sur la conformité à la Constitution des lois référées à son examen. »

Donc, sagesse et refus du gouvernement des juges, souci aussi de fonder au maximum les décisions en s'appuyant sur les textes, la Déclaration de 1789, le préambule de 1946, tel principe fondamental contenu dans telle loi de la République. Le plus souvent, il y a un souci de fonder le raisonnement sur un texte qui est très caractéristique de la technique du Conseil constitutionnel et qui impose le respect de sa décision.

Dernier élément de sa sagesse : la continuité de sa jurisprudence. Il y a maintenant, surtout depuis 1971, une véritable jurisprudence constitutionnelle, et elle est continue. Les décisions les plus récentes s'inspirent des décisions antérieures. Ce n'est pas tout à fait le principe de l'autorité du précédent, tel qu'on la connaît en droit anglais, sauf à la Chambre des Lords; mais il y a un très grand souci de continuité, qui explique en partie, que maintenant, avant de faire voter un texte législatif, les membres du gouvernement qui préparent le projet de loi vont consulter les recueils de jurisprudence constitutionnelle et prennent soin de vérifier à l'avance si le projet, tel qu'on l'élabore, risque ou non la censure du Conseil.

D'ailleurs, critère particulièrement évident de cette continuité de la jurisprudence, il existe maintenant dans quelques facultés de droit, dont celle d'Aix-en-Provence, des cours de jurisprudence constitutionnelle dont mon ami le doyen Louis Favoreu, que vous connaissez bien, a été l'un des initiateurs. L'idée d'un cours de jurisprudence constitutionnelle aurait paru en France voici quelques années absolument inimaginable. À partir du moment où la jurisprudence constitutionnelle entre dans l'enseignement de l'Université, c'est une consécration définitive!...

Voilà les raisons qui expliquent, me semble-t-il, cette révolution. Il y en a une autre. Nous avons connu, vous le savez, un certain nombre de grandes mutations politiques dans les dix dernières années, alternance droite-gauche, puis alternance gauche-droite. Et peut-être la conscience s'est-elle progressivement développée, chez les membres les plus éclairés de la classe politique (ils ne le sont pas tous!) qu'il était nécessaire que les alternances soient des alternances douces, qu'une certaine continuité s'instaure entre les gouvernements successifs, que si chaque majorité nouvellement élue dans un système démocratique ne faisait pas autre chose que démolir ce qu'avaient fait les prédécesseurs et faire le contraire, cela n'assurerait pas au pays la stabilité nécessaire, et que, dès lors, l'exercice d'un certain contrôle de Sages, maintenant une continuité tout en permettant les modulations entre les différents systèmes, était peut-être une garantie pour une démocratie qui exige l'alternance, mais qui ne peut pas être viable si l'alternance entraîne des contradictions permanentes.

À partir de ce contrôle de constitutionnalité qui est maintenant efficace et effectif, il s'est passé ceci : la règle constitutionnelle étant sanctionnée, comme toute règle de droit doit l'être, par le contrôle de constitutionnalité, cette promotion à la plénitude de la perfection juridique de la Constitution s'est étendue non seulement à la loi elle-même mais aussi aux comportements gouvernementaux. L'idée s'est développée, à partir du moment où la règle constitutionnelle a été assortie d'une sanction, qu'après tout, les règles constitutionnelles, même celles qui ne relèvent pas de la compétence du Conseil constitutionnel, étaient aussi

des règles de droit et qu'il fallait les respecter. D'où la formule que je vous citais en commençant : la Constitution, toute la Constitution, rien que la Constitution.

Voilà le système. Que vaut-il? Et je termine par là. Il a des points faibles indiscutablement. Je sais bien qu'il peut vous choquer et vous surprendre, dans la mesure où le contrôle qu'il instaure chez nous sur la loi est un contrôle à priori et non pas un contrôle à posteriori. Le contrôle du Conseil constitutionnel s'exerce sur la loi au moment où elle vient d'être votée et avant sa promulgation par le Président de la République. Lorsque la loi est promulguée, elle est définitive, elle a une valeur absolue, et on ne peut plus la contester. C'est entre le vote et la promulgation que le Conseil va décider si elle peut ou non être promulguée et acquérir ainsi sa plénitude juridique. Si le Conseil décide qu'elle n'est pas conforme à la Constitution, le Président ne la promulgue pas et la loi tombe aux oubliettes, elle est mort-née, elle n'entre pas en application.

Cela peut vous choquer parce que vous avez, vous, l'habitude, qui est d'ailleurs celle de la plupart des pays européens qui ont créé depuis 1945 des cours constitutionnelles, du contrôle à posteriori s'exerçant une fois la loi publiée et entrée en application. À ce moment-là, n'importe qui peut devant n'importe quelle juridiction, invoquer l'exception d'inconstitutionnalité contre la loi qu'on lui oppose, et l'affaire remontera à la Cour suprême.

Notre système à nous est différent : une fois la loi votée et promulguée, on ne peut plus la contester devant le juge. Est-ce une infériorité? Je n'en suis pas absolument certain pour une raison majeure qui est que notre système français est un système simple. Si la loi est inconstitutionnelle, elle n'entre pas en vigueur, elle tombe au néant et on n'en parle plus, alors qu'en Allemagne ou en Italie, quand une loi, qui a été promulguée et qui s'applique depuis dix ans, est, au bout de ces dix ans, reconnue inconstitutionnelle par la Cour constitutionnelle, à ce moment-là, c'est un épouvantable casse-tête, parce que il faut porter remède aux situations inconstitutionnelles qui se sont créées pendant dix ans. On voit apparaître une série de recours successifs, et comment faire? Il y a des situations qui se sont établies, des droits acquis. Comment remettre tout cela d'aplomb? Comment le remettre en accord avec la Constitution? Les juridictions italienne et allemande se sont trouvées en présence de problèmes considérables lorsque des déclarations d'inconstitutionnalité aboutissent après des années d'application d'une certaine loi. Alors on voit la Cour italienne, par exemple, prendre une décision aux termes de laquelle elle donne au Parlement un an pour modifier la loi déclarée inconstitutionnelle; d'ici là on pourra l'appliquer, mais pas trop bien, pas trop fort parce que, comme elle est inconstitutionnelle, cette application est purement provisoire. Voyez la complexité des situations qui en résultent!

Notre système à nous, évidemment, refuse au citoyen la chance de pouvoir, au cours d'un procès, invoquer l'inconstitutionnalité de la loi qu'on lui oppose, mais il est simple. Et j'ai la naïveté de penser que la simplicité est une des vertus du Droit ! Je pense qu'une règle simple, une règle compréhensible pour le citoyen moyen, qui lui évite de se casser la tête à résoudre des problèmes insolubles, est supérieure à la règle la plus élaborée, la plus sophistiquée. La règle complexe fait le bonheur des professeurs chargés de l'expliquer à leurs étudiants, mais elle ne fait pas le bonheur du citoyen normal ! Or, il ne faut jamais perdre de vue que le droit est fait non pas pour le bonheur des juristes mais pour la commodité des citoyens. Notre système est simple, et c'est une qualité. Il a des défauts : la saisine est évidemment limitée. Il serait peut-être souhaitable que le citoyen ordinaire puisse lui aussi saisir le Conseil constitutionnel avant la promulgation. Il y a peut-être des problèmes à reconsidérer en ce qui concerne la procédure. Mais il me paraît certain que par rapport à la situation dans laquelle nous nous trouvons il y a encore moins de trente ans, nous sommes arrivés, enfin, à parachever la construction de l'État de droit et à redonner à la Constitution l'autorité qu'elle n'aurait jamais dû perdre, celle qui fait d'elle, selon la conception de Kelsen, le sommet de la pyramide des normes, la règle juridique suprême, et il n'y a de règle juridique que là où existe une sanction à la violation de la règle.

Les libertés et leur défense ont tout à gagner à ce qu'un frein soit mis à l'humeur des majorités successives qui, quand elles sont au pouvoir, ne sont pas tellement soucieuses de le transmettre à leurs adversaires lors de la prochaine élection, mais beaucoup plus de le conserver pour elles le plus longtemps possible, ce qui ne les prédispose pas à prendre des lois particulièrement libérales et favorables aux minorités ! Je crois qu'il est bon que, face à cette volonté de puissance des majorités, il y ait pour défendre les libertés une instance indépendante et soucieuse avant tout de cette défense. Nous sommes, vous et nous, des pays de liberté, nous pratiquons, vous et nous, par des voies différentes, la même protection des libertés contre les atteintes de la loi. Sur ce point comme sur tant d'autres, par des méthodes différentes, nous nous rejoignons, et je ne crois pas m'être éloigné de mes obligations d'enseignant à l'Université d'Ottawa en faisant un éloge nuancé du système français de protection des libertés contre la loi.