

L'ACHÈVEMENT DE L'ÉTAT DE DROIT SOUS LA V^e RÉPUBLIQUE

LOUIS FAVOREU*

Alors qu'elle s'apprête à fêter le bicentenaire de la grande Révolution de 1789, la France connaît un bouleversement majeur de sa vie juridique et politique qui prend son plein effet au cours de la présente décennie.

En effet, la vie juridique et politique s'est beaucoup plus transformée en dix ans qu'au cours de la centaine d'années précédentes. Et paradoxalement, ce bouleversement est d'autant plus important qu'il n'avait été ni prévu ni organisé: il s'est produit un peu par hasard sans que la classe politique et la doctrine aient perçu immédiatement la portée des changements institutionnels opérés en 1958 et en 1974.

Depuis 1789, la tradition du droit public français excluait toute vérification de la constitutionnalité des lois et donc toute soumission du Parlement au contrôle du juge. La loi expression de la volonté générale —selon la célèbre formule de Jean-Jacques Rousseau reprise par Carré de Malberg comme titre d'un ouvrage aujourd'hui classique— ne pouvait être oppressive. Malgré l'affirmation de la suprématie de la Constitution, la souveraineté de la loi et donc du législateur était consacrée; et ceci était devenu un des dogmes essentiels du droit public français classique. En 1946, lors de la rédaction de la Constitution de la IV^e République, il avait été tenté de mettre fin à ce dogme mais la tentative n'avait pas abouti: la souveraineté parlementaire restait absolue.

La situation de la France était pour le moins paradoxale: alors que la plupart des nations civilisées disposaient déjà ou bien se dotaient d'un contrôle de constitutionnalité des lois, la patrie des droits de l'homme réaffirmait le caractère absolu de la souveraineté parlementaire.

Et comme le souligne le professeur Rivero "que le caractère absolu de la souveraineté parlementaire fût contraire à la définition de l'État de droit ne semble pas avoir affecté, hormis quelques exceptions illustres

* Professeur à l'Université d'Aix-Marseille. Doyen honoraire de la Faculté de Droit et de Science Politique.

mais solitaires (Hauriou et Duguit) la bonne conscience de la majorité des juristes. *Et cependant peut-on qualifier d'Etat de droit, celui dans lequel un pouvoir est affranchi du respect de toute règle?"*

Certainement pas.

Pourtant ce n'est que ces dernières années que la réalisation de l'Etat de droit a été achevée en France, ce qui a déclenché du coup une véritable révolution juridique et politique.

La référence à la notion d' "Etat de droit" est de plus en plus souvent utilisée par la doctrine française et aussi par la classe politique depuis que, dans les années soixante-dix, la réalisation de cet Etat de droit a été achevée par l'affirmation de la soumission du législateur à la règle de droit, soumission assurée par le contrôle du juge constitutionnel.

Le Président de la République, Valéry Giscard d'Estaing lui-même, en a fait le thème central de l'allocution prononcée lors de sa visite solennelle au Conseil constitutionnel, le 8 novembre 1977, à l'occasion du troisième anniversaire de la réforme capitale par laquelle la saisine du juge constitutionnel a été ouverte à soixante députés ou soixante sénateurs :

La révision constitutionnelle du 29 octobre 1974 a complété l'établissement d'un "Etat de droit" et renforcé la protection de nos libertés.

Par opposition à "l'Etat de police" qui est celui où règne l'arbitraire, l' "Etat de droit" est celui dans lequel chaque autorité, de la plus modeste à la plus haute, s'exerce sous le contrôle d'un juge, qui s'assure que cette autorité respecte l'ensemble des règles, de compétence ou de fond auxquelles elle est tenue.

Notre République constitue depuis longtemps un tel Etat de droit. La Constitution, la loi, le règlement fixent à chaque autorité ses attributions. Un siècle de progrès ininterrompu a conduit le juge administratif, et dans certains cas, les tribunaux judiciaires, à sanctionner à la demande du citoyen lésé, tout manquement et à faire prévaloir sur toute chose, le respect de la loi.

Cependant, dans cet ensemble, *il manquait un maillon essentiel*: rien n'obligeait la loi elle-même à respecter la Constitution. Le dogme de la souveraineté parlementaire, les excès du Gouvernement des juges dans d'autres pays, expliquaient cette lacune. Il ne la justifiaient pas.

Cette profonde transformation de notre système juridique et politique

a semblé devoir être remise en cause lors de l'alternance en 1981-82. Mais ceci ne s'est pas produit et l'Etat de droit est sorti, au contraire, renforcé de cette épreuve.

Désormais, la France avance à grands pas dans une voie où d'autres grands pays démocratiques, l'ont précédée: la voie de la constitutionnalisation progressive de l'ordre juridique et de la juridicisation de la vie politique.

I. L'ÉTABLISSEMENT DEFINITIF DE L'ÉTAT DE DROIT: LA SOUMISSION DU LÉGISLATEUR À LA RÈGLE DE DROIT

La soumission du législateur à la règle de droit constitue une véritable révolution en France car la tradition était que nul ne pouvait contrôler la loi expression de la volonté générale. Cependant, en France l'évènement est tout récent et les controverses qu'il a provoquées ne sont pas encore totalement apaisées.

1. *L'obstacle à l'achèvement de la réalisation de l'Etat de Droit*

L'opposition entre Etat de droit et Etat démocratique resurgit périodiquement. Elle est pourtant largement dépassée aujourd'hui par l'évolution générale du droit dans la plupart des pays occidentaux. Il n'est plus possible en effet d'affirmer sérieusement aujourd'hui que le Parlement peut lui-même s'autolimiter pour respecter la Constitution et que c'est la seule manière démocratique d'assurer le respect de la Loi fondamentale. Kelsen le démontrait déjà en 1928:

L'organe législatif se considère dans la réalité comme un créateur libre du droit et non comme un organe d'application du droit, lié par la Constitution, alors qu'il l'est théoriquement, bien que dans une mesure relativement restreinte. Ce n'est donc pas sur le Parlement lui-même que l'on peut compter pour réaliser sa subordination à la Constitution. C'est un organe différent de lui, indépendant de lui et par conséquent aussi de toute autre autorité étatique qu'il faut charger de l'annulation des actes inconstitutionnels c'est-à-dire une juridiction ou Tribunal constitutionnel.¹

L'existence d'une justice constitutionnelle est le seul véritable rempart contre les abus dont pourrait se rendre coupable une majorité parlementaire trop puissante et "si contrairement à ces vues on continue

¹ Kelsen, H., "La garantie juridictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle)". *R. D. P.*, 1928, pp. 198-251.

d'affirmer l'incompatibilité de la justice constitutionnelle avec la souveraineté du législateur c'est simplement pour dissimuler le désir de la puissance politique qui s'exprime dans l'organe législatif de ne pas se laisser —en contradiction patente avec le droit positif— limiter par les normes de la Constitution" (Kelsen).

On ne saurait mieux qualifier l'attitude de ceux qui réclament l'instauration de l'Etat de droit mais refusent son application au législateur.

Car comme le dit Charles Eisenmann² —et qu'il me soit permis de rendre hommage à celui qui fut mon maître, à la Faculté de droit de Paris— dans les dernières lignes de sa thèse (toujours en 1928):

Deux partis s'offrent et deux seulement: ou laisser au législateur le soin de respecter la Constitution, ou confier eux deux il faut choisir. Le choix peut-il être douteux?

Le choix n'est pas douteux: seule une juridiction constitutionnelle peut faire assurer le respect de la Constitution par le législateur. Toute autre affirmation est fallacieuse ou volontairement erronée. On s'en est enfin rendu compte en France à partir du moment où l'existence d'une majorité forte et stable a manacé les droits de l'opposition. Alors la Gauche, jusque là traditionnellement hostile au contrôle de constitutionnalité des lois, s'est convertie à la justice constitutionnelle car, étant dans l'opposition, elle y a vu le moyen de limiter une majorité parlementaire et présidentielle trop puissante. C'est ainsi que les communistes et socialistes qui, en 1946, avaient fait échouer le projet de création d'une justice constitutionnelle à l'allemande ou à l'italienne, ont inscrit dans leur programme de gouvernement le renforcement du système créé en 1958 et qu'ils jugeaient non satisfaisant. Dans le même temps, il est vrai, ils réclamaient l'augmentation des pouvoirs du Parlement alors que le renforcement de la justice constitutionnelle est évidemment peu compatible avec cet objectif. Après leur arrivée au pouvoir, les partis de Gauche ont été contraints de résoudre cette contradiction et ils l'ont finalement assumée, faisant triompher définitivement l'Etat de droit.

2. Les quatre étapes de l'achèvement de l'Etat de droit

En fait, l'obstacle à l'achèvement de l'Etat de droit a été progressivement éliminé en Cour et on ne peut considérer qu'il ait été défini-

² Eisenmann, Ch., *La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche*, Paris, L. G. D. J., 1928, Préface H. Kelsen.

tivement levé avant 1981. Il y a eu, en définitive, quatre étapes dans ce processus.

A. *La première étape* a évidemment été celle de la création de l'instrument qui allait permettre de réaliser complètement l'État de droit, c'est-à-dire la création du Conseil constitutionnel par la Constitution du 4 octobre 1958, et la compétence qui lui était donnée de contrôler la conformité des lois à la Constitution.

B. *La deuxième étape* de cet achèvement a été constitué par la mise en place, en 1971-73, des bases mêmes de la construction. En effet, contrairement à la Loi fondamentale allemande, la Constitution française de 1958 —comme d'ailleurs celles de 1875 et de 1946— n'inclut pas de déclaration des droits et très peu de dispositions sont donc directement relatives aux libertés et droits fondamentaux. Heureusement, le préambule de la Constitution comporte un renvoi à la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et au préambule de la Constitution de 1946, c'est-à-dire à une énumération des droits et libertés classiques (Déclaration de 1789) et des droits économiques et sociaux (Préambule de 1946) assez semblable à celle contenue dans les Constitutions de l'époque contemporaine. Mais restait à leur reconnaître la même valeur qu'à la Constitution proprement dite: ce qui fut fait par quatre décisions du Conseil constitutionnel intervenues en 1970, 1971, et 1973, et notamment par la fameuse décision du 16 juillet 1971 sur la liberté d'association dont l'importance est capitale. Désormais le "bloc de constitutionnalité" —expression commode que j'avais proposée en 1974 pour désigner l'ensemble des principes et règles à valeur constitutionnelle— comprend la Constitution, la Déclaration des droits de 1789, le préambule de la Constitution de 1946 et les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, c'est-à-dire un ensemble tout à fait considérable de normes constitutionnelles relatives aux libertés et droits fondamentaux qui peut être comparé aux Constitutions étrangères notamment allemande, italienne ou espagnole.

Mais il manquait un mécanisme pour valoriser ce très important potentiel: en effet, les énormes possibilités de contrôle "découvertes" par le juge constitutionnel en 1971-73 auraient été assez peu utilisées si l'on avait conservé le système selon lequel seuls le président de la République, le Premier ministre et les présidents de l'Assemblée nationale ou du Sénat pouvaient saisir.

C. *La troisième étape* va alors être franchie avec la révision constitutionnelle du 29 octobre 1974 ouvrant la saisine à soixante parlementaires. Cette réforme formelle —votée par le Congrès du Parlement,

c'est-à-dire par les deux assemblées réunies, à la majorité des trois cinquièmes après que chacune de ces assemblées ait accepté séparément le projet présenté par le Président de la République s'ajoutant à la "réforme" informelle réalisée par le juge constitutionnel en 1971-73, allait être immédiatement utilisée et donner une force considérable au principe de la soumission du législateur à la règle de droit. En moins de sept ans (de décembre 1974 à mai 1981), l'opposition de gauche, qui a voté contre la réforme, va saisir à plus de cinquante reprises le Conseil constitutionnel et soumettre au contrôle de celui-ci pratiquement toutes les grandes lois relatives aux libertés: de sorte que les "grandes" décisions se succèdent et que s'élabore une charte jurisprudentielle des droits fondamentaux par interprétation des textes de 1789, 1946 et 1958. Les progrès de l'Etat de droit sont alors spectaculaires: pour la première fois, le législateur est soumis, presque systématiquement, au respect de la Constitution et cela, à l'initiative des partis socialiste et même communiste (car après quelques hésitations, le Groupe communiste de l'Assemblée nationale va lui-même opérer des saisines séparées).

Demeurait, cependant, à franchir la *quatrième étape*: comment serait accepté par la nouvelle majorité de Gauche arrivant au pouvoir le principe de la soumission de la volonté parlementaire au contrôle du juge constitutionnel?

Effectivement, après mai 1981, a resurgi l'opposition déjà évoquée entre Etat de droit et Etat démocratique. On est parfois revenu purement et simplement aux anciens errements et ceci a été exprimé par la phrase restée célèbre d'un député socialiste s'adressant à l'opposition: "Vous avez juridiquement tort parce que vous êtes politiquement minoritaires." D'autres, pour tenter de vaincre la contradiction entre leur attitude passée (consistant au contraire à faire prévaloir leur droit alors qu'ils étaient minoritaires, en saisissant le Conseil constitutionnel) et l'attitude présente (niant la possibilité de contrôler la majorité), ont alors soutenu que la majorité issue des élections de mai-juin 1981 était d'une nature particulière et qu'elle bénéficiait donc d'une légitimité spéciale. Mais le juge constitutionnel a rapidement mis bon ordre à ces velleités de remise en cause de l'achèvement de l'Etat de droit en prenant une décision de principe dans l'affaire ayant donné lieu aux plus vives controverses: celle des nationalisations. Il a affirmé pour la première fois, en effet, de manière solennelle le principe de la soumission du législateur à la règle de droit en soulignant que l'attribution de compétences au pouvoir législatif "ne saurait dispenser le législateur,

dans l'exercice de sa compétence, du respect des principes et des règles de valeur constitutionnelle qui s'imposent à tous les organes de l'Etat" (Décision du 16 janvier 1982).

Et cette affirmation a été reprise, un mois plus tard, dans une autre décision de principe, relative à l'autre grande réforme du septennat, la décentralisation:

Considérant que le principe de légalité exige à la fois le respect des attributions du législateur et celui des règles supérieures de droit par lesquelles la Constitution adoptée par le peuple français...

Le "principe de légalité" a ici un sens différent de celui qui lui est attribué en droit allemand. En fait, il s'agit du principe de l'Etat de droit auquel le juge constitutionnel a donné pleine vigueur dans ces deux décisions rendues à propos de lois particulièrement importantes.

Il peut paraître étonnant que cette affirmation du principe de l'Etat de droit ait été nécessaire encore en 1982. Mais, en réalité, tant qu'une majorité de Gauche n'avait pas accédé au pouvoir, on ne pouvait savoir si ce principe serait vraiment accepté, du moins quant à son application législateur. Il l'est aujourd'hui, de manière incontestable: en effet, le Gouvernement, le Président de la République et le Parlement se sont inclinés devant ces décisions du juge constitutionnel, et les ont appliqués strictement, chacun en ce qui le concerne. L'hypothèque que représentait l'arrivée au pouvoir d'une majorité composée de partis ayant traditionnellement contesté le principe de la soumission du législateur à la règle de droit, est définitivement levée.

Il est vrai que les gouvernants étaient tenus de respecter les décisions du Conseil constitutionnel car celui-ci tient ses pouvoirs et son autorité de la Constitution; mais il aurait pu y avoir davantage de contestations.

L'achèvement de l'Etat de droit étant ainsi réalisé, ses conséquences apparaissent aujourd'hui très importantes.

II. LES CONSÉQUENCES DE L'ÉTABLISSEMENT DÉFINITIF DE L'ÉTAT DE DROIT: LA TRANSFORMATION DU SYSTÈME JURIDIQUE ET POLITIQUE

L'établissement définitif de l'Etat de droit par la soumission du législateur à la règle de droit a des conséquences considérables sur le système juridique et politique. En fait, celui-ci est en voie de transformation et il n'est pas exagéré de dire que bientôt le droit public d'avant 1970 sera l'ancien droit public.

Pour comprendre cette mutation en train de se produire, il m'est apparu il y a une dizaine d'années, quand je commençais à prendre conscience de l'amplitude du phénomène, que seule l'étude du droit comparé permettrait de saisir la portée de ce changement. C'est pourquoi il m'a semblé nécessaire d'organiser une rencontre internationale destinée à montrer aux spécialistes français ce que pouvait signifier la réalisation complète de l'Etat de droit par la soumission du législateur à la règle de droit. Ce colloque international qui a eu lieu à Aix-en-Provence en février 1981³ a permis à la doctrine française de comprendre tout l'intérêt que pouvaient présenter les études de droit comparé dans le domaine de la justice constitutionnelle. Et à cet égard les travaux de Hector Fix-Zamudio sont d'un grand intérêt pour nous.

Cette connaissance du droit comparé permet de mieux comprendre les deux phénomènes que la France connaît depuis quelques années seulement: la constitutionnalisation du Droit, d'une part, et la juridictionnalisation de la vie politique d'autre part.

1. *Par constitutionnalisation du Droit*, on désignera d'une part, la redéfinition des données fondamentales de l'ordre juridique et, d'autre part, la pénétration progressive des normes constitutionnelles dans les diverses branches du droit.

A. Les données fondamentales de notre droit sont redéfinies. Tout d'abord, la théorie des sources a subi une profonde modification. D'une part, en effet, la source constitutionnelle, jusque-là fort peu abondante, a été en quelque sorte "ravivée" par l'interprétation constructive du juge constitutionnel et a désormais une place importante dans les diverses branches du droit. D'autre part, la source législative, dont on disait au début de l'application de la Constitution que son importance diminuerait par rapport à la source réglementaire, a retrouvé l'essentiel de sa prééminence grâce à la jurisprudence du Conseil constitutionnel qui, en harmonie avec la jurisprudence du Conseil d'Etat, a élargi considérablement le domaine de la loi au détriment de celui du règlement lequel redevient accessoire. En sorte que, de plus en plus, se précise un paysage normatif à la fois différent de celui de la III^e et IV^e République, dans la mesure où la source législative a reconquis une place éminente par rapport à la source réglementaire.

³ La protection des droits fondamentaux par les juridictions constitutionnelles en Europe (Allemagne fédérale, Autriche, France, Italie); *Rev. internat. droit comparé*, 1981, n° 2, pp. 251-742; *Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux*, Economica et P. U. A. M., 1982; *Tribunales constitucionales europeas y derechos fundamentales*, Madrid, Centro de estudios constitucionales, 1984.

La hiérarchie des normes a été considérablement enrichie et compliquée par la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Tout d'abord, dans l'édifice normatif, le niveau constitutionnel est devenu d'une part, le niveau fondamental soutenant tous les autres; d'autre part, il s'est brusquement diversifié à tel point que l'on se demande aujourd'hui s'il ne faut pas établir une hiérarchie —comme en Allemagne fédérale— entre les normes constitutionnelles elles-mêmes et distinguer un niveau supra-constitutionnel. Ensuite, entre les niveaux constitutionnel et législatif, il convient sans doute d'insérer la loi organique qui peut conditionner la validité de la loi ordinaire, mais non les règlements des assemblées parlementaires. En revanche, l'incertitude subsiste quant à la place exacte des normes internationales issues du droit international conventionnel ou du droit international général, car sur ce point, la jurisprudence du Conseil constitutionnel n'est pas encore très fermement établie.

B. Les juristes français s'aperçoivent peu à peu que le droit administratif, le droit budgétaire, financier, fiscal, les libertés publiques, le droit du travail et le droit social, même le droit civil et le droit commercial ne peuvent plus désormais être appréhendés sans leurs dimensions constitutionnelles. Il existe un droit constitutionnel pénal, un droit constitutionnel social, un droit constitutionnel civil... Les principes constitutionnels font partie des sources du droit dans les différents domaines et il va même peut-être falloir un jour commencer l'enseignement dans les différentes branches du droit par le rappel des bases constitutionnelles: une vraie révolution mais qui ne s'est pas encore vraiment traduite ni dans les manuels ni dans les cours, tan cela bouleverse les habitudes et la manière de concevoir le droit!

Depuis 1789, en France, Droit et Loi sont identifiés: le Droit c'est la Loi; et pour un juriste classique il est très difficile d'admettre que le Droit, ça peut être aussi la Constitution. On donnera un exemple de ce refus de dépasser l'équation: Droit = Loi en citant le raisonnement assez extraordinaire d'un jeune auteur étudiant le contrôle de constitutionnalité des lois en France: pour lui, le Conseil constitutionnel n'est pas une juridiction parce qu'il ne dit pas le droit et il en apporte la preuve par cette affirmation sans appel: "Le Haut conseil ne dit pas la Loi, il dit la Constitution", ce qui signifie donc qu'appliquer et interpréter la Constitution, n'est pas appliquer et interpréter le Droit!

On ne peut cependant penser que l'intégration de la dimension constitutionnelle dans les différentes branches du droit ira aussi vite que dans d'autres pays dotés d'une justice constitutionnelle. En effet, d'une

part, aucun mécanisme ne permet, en France, au juge constitutionnel d'imposer son interprétation de la Constitution aux juridictions administratives et judiciaires; et d'autre part, les juges ordinaires ne pouvant ni apprécier eux-mêmes la constitutionnalité d'une loi, ni renvoyer au juge constitutionnel la question d'inconstitutionnalité d'une loi, sont tenus d'appliquer les actes administratifs, même inconstitutionnels, dès lors qu'une loi "fait écran" entre ceux-ci et la Constitution.

Toutefois, l'interprétation constitutionnelle donnée par le Conseil constitutionnel devrait peu à peu être prise en considération par le juge ordinaire. A cet égard, on relèvera que pour la première fois, un arrêt de la Cour de cassation fait sienne une interprétation du Conseil constitutionnel.⁴ Et cet exemple a été suivi par le Conseil d'Etat dans un arrêt de principe du 20 décembre 1985.⁵ Ceci, qui constitue un événement, devrait accélérer le mouvement de constitutionnalisation du Droit.

2. *La juridicisation de la vie politique est devenue une réalité.*

A. Dans un ouvrage d'assez large diffusion paru ces derniers jours, et qui établit une comparaison entre les systèmes américain et français, le thème de la juridicisation de la vie politique que nous avons proposé dès 1980, est repris et vulgarisé: "...divers signes de 'juridicisation' sont perceptibles dans le fonctionnement de la vie politique et de la société française... *La question du droit*, récemment réactivée par la philosophie est en train d'émerger en France comme l'un des axes fondamentaux d'un débat politique rénové." Et l'auteur donne des exemples:

Est-il nécessaire de réviser la Constitution pour soumettre au referendum un projet de Loi sur l'école? Dans quelles conditions les P.T.T. peuvent-ils augmenter la taxe téléphonique? ... autant de questions de fond sur le fonctionnement de la démocratie française qui témoignent de réflexes nouveaux de la société civile. On croit rêver: La France se serait-elle convertie à une pratique réfléchie de la démocratie?⁶

⁴ Cass. Crim. 25 avril 1985, Bogdan, Vuckovic, D. 1985, p. 329, concl. Dantenwille; D. 1986, p. 169, chronique L. Favoreu.

⁵ C. E. Ass. 20 décembre 1985, Sté des établissements Outters, D. 1986, p. 283, note L. Favoreu.

⁶ Cohen-Tanuqi, *Le droit sans l'Etat*, Paris, PUF, 1985.

C'est qu'en effet la soumission du législateur à la règle de droit a entraîné une modification très sensible des comportements politiques. La majorité, craignant de voir ses lois censurées par le Conseil constitutionnel, s'auto-limite et cherche à éliminer de ses textes législatifs toute cause d'inconstitutionnalité; l'opposition, à propos de chaque grande loi, engage la bataille d'abord sur le terrain juridique, en soulevant, avant toute discussion au fond, des exceptions d'inconstitutionnalité sous forme de question préalable. Les débats au Parlement ont une tournure de plus en plus juridique. Les professeurs de droit constitutionnel sont souvent appelés à la rescousse. Comme l'a reconnu lui-même un spécialiste de science politique on "assiste à la création d'un véritable droit constitutionnel" grâce à "l'action croissante du Conseil constitutionnel", action qui s'exerce comme nous l'avons vu directement ou indirectement; et dans cette "constitutionnalisation", ce même spécialiste voit l'une des trois caractéristiques majeures de l'évolution des institutions politiques depuis vingt cinq ans (les deux autres étant la "majoritarisation" et la "présidentialisation").⁷

B. Ceci a eu un certain nombre de conséquences majeures. Tout d'abord, le contrôle exercé par le Conseil constitutionnel a contribué, de manière décisive, à pacifier la vie politique. Ceci a été le cas à diverses occasions: en 1974-75, lors du vote de la Loi sur l'interruption volontaire de grossesse; en 1975-76, lorsqu'il s'est agi de ratifier l'engagement international permettant d'élire le Parlement européen au suffrage universel direct; en 1981-82 lors de l'affaire des nationalisations; en 1984 à propos de la Loi sur les entreprises de presse. Chaque fois, la fièvre est retombée après que la décision du Conseil constitutionnel eut été rendue. Et si le contrôle des lois remplit cette fonction c'est parce que l'opposition a à sa disposition un moyen de s'assurer que la majorité ne franchit pas les limites fixées par la Constitution.

C'est ce qui explique que l'existence et l'action du Conseil constitutionnel aient facilité et permis l'alternance en 1981-82. En effet, directement par ses décisions ou même indirectement par l'autolimitation de la majorité qu'a suscitée la crainte de sa censure, le juge constitutionnel a assuré la régulation du processus de changement en canalisant les réformes, c'est-à-dire en indiquant quelles voies étaient ouvertes à la majorité pour créer de nouvelles règles de droit, et quelles voies lui étaient fermées faute de disposer d'un consensus suffisant. C'est ainsi que la réforme de la décentralisation n'a pu revêtir l'ampleur prévue,

⁷ Parodi, J.L., *La Constitution de la Ve République*.

parce que la gauche n'avait pas la majorité suffisante pour réviser la Constitution et qu'il lui a donc fallu se contenter de faire voter des mesures qui ne nécessitaient que le vote d'une loi ordinaire. Mais du même coup, le Conseil constitutionnel a, en attestant que la nouvelle majorité se tenait dans les limites prévues par la Constitution, contribué incontestablement à faire accepter le changement: dès lors en effet que les réformes sont déclarées conformes à la Constitution, au besoin après quelques retouches, il n'y a plus de doute sur leur régularité et plus de raison de se refuser à les appliquer. L'alternance intervenant après vingt-trois ans d'exercice du pouvoir par la même majorité, les changements auraient pu être très brutaux, le clivage gauche-droite étant en France beaucoup plus tranché que dans des pays où l'alternance se fait entre partis défendant des programmes peu éloignés les uns des autres: le Conseil constitutionnel a évité que le balancier n'aille trop loin et que le mécanisme ne se brise.⁸

La justice constitutionnelle a ainsi été un contrepoids remplissant une mission de plus en plus nécessaire dans les systèmes démocratiques où la traditionnelle séparation des pouvoirs entre législatif et exécutif a cédé la place à un face à face majorité-opposition. En Grande-Bretagne comme en Allemagne fédérale ou en Autriche, la majorité parlementaire et la majorité gouvernementale ne forment qu'un seul bloc face à l'opposition. En France, de plus, s'ajoute au bloc majoritaire, le président de la République élu directement par le Peuple et disposant d'une légitimité et de pouvoirs considérables. On conçoit alors que soient nécessaires un contrepoids et un garant de l'équilibre entre majorité et opposition. Dès lors, le rôle du juge constitutionnel s'éclaire: c'est moins un contrôleur du Parlement, qu'un contrôleur de la majorité gouvernementale et présidentielle. Les lois ayant, dans 90% des cas, pour origine des projets gouvernementaux voire présidentiels, le juge constitutionnel assure en réalité le contrôle de l'action gouvernementale qui, en France, risquait d'échapper au juge ordinaire dans la mesure où celui-ci ne se reconnaît pas compétent pour vérifier la constitutionnalité de la loi.

L'établissement définitif de l'Etat de droit en France a-t-il été le résultat d'une démarche volontaire et réfléchie, s'appuyant sur une pensée doctrinale cohérente? La réponse est non. Le phénomène s'est produit sans qu'il ait été réellement projeté de le provoquer, de manière empirique et sans construction *a priori*.

⁸ Voir Favoreu, L., "Le Conseil constitutionnel et l'alternance", *R. F. S. P.*, 1984, p. 1002.

Ceci constitue une leçon d'humilité pour la doctrine et pour la classe politique. Tout au long de la IV^e République et au début de la V^e République, ont été élaborés de savants projets de réforme constitutionnelle dont aucun ne visait à créer la justice constitutionnelle telle qu'elle existe aujourd'hui. Dans un pays qui a connu près de vingt constitutions depuis 1789, c'est finalement une institution ne résultant d'aucun projet doctrinal et née de l'empirisme des constituants qui devient l'un des deux organes "les plus importants du droit constitutionnel de ce siècle finissant!" Beau retournement que la classe politique a très vite assimilé et exploité mais que la doctrine rechigne fort à admettre. En effet, le droit constitutionnel continue à être enseigné en France comme au temps où il n'existait pas de justice constitutionnelle, c'est-à-dire en mettant l'accent sur l'influence des systèmes électoraux, la description des institutions et des forces politiques, et en omettant les aspects juridiques et jurisprudentiels. Certes, il commence à y avoir des changements; mais il est dur de renoncer aux habitudes. Pourtant un double champ d'investigations extrêmement fécond s'ouvre aux chercheurs: d'une part, l'histoire, car en définitive, grâce au juge constitutionnel, il s'avère que, sur certains points très importants (soit relatifs aux institutions comme la structure de l'État unitaire et l'indivisibilité de la République, soit surtout aux droits fondamentaux), la France n'a pas connu vingt systèmes constitutionnels depuis 1789 mais un seul, tant la continuité est évidente; d'autre part, le droit comparé, car en ce domaine la doctrine française peut retirer de considérables enrichissements de la connaissance des expériences qui sont les plus proches d'elle —telles les expériences allemande, italienne, autrichienne et espagnole— mais aussi de celles qui obéissent à des logiques différentes, aboutissent cependant au fond aux mêmes conceptions.

Car, et ce sera ma dernière réflexion, il est assez extraordinaire de constater que quelles que soient les institutions politiques d'une démocratie, on constate l'existence au delà de la diversité de ces institutions et grâce à la justice constitutionnelle d'une communauté remarquable de concepts et de techniques dès lors qu'il s'agit de protection des droits et libertés fondamentaux. Le droit constitutionnel prend ainsi une dimension transnationale que l'on découvre en France avec une certaine surprise parce que les analyses de science politique nous avaient habitué à des visions fragmentaires et divergentes. C'est le "nouveau droit constitutionnel" qui est en train d'apparaître en France, comme dans les autres nations occidentales.