

UNIVERSITÄT DES SAARLANDES

Vorträge, Reden und Berichte aus dem Europa-Institut / Nr. 34

herausgegeben

von Professor Dr. Dr. Georg RESS

und Professor Dr. Michael R. WILL

LOUIS FAVOREU

**LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL ET LES REFORMES
DE LA GAUCHE**

1984

EUROPA-INSTITUT

Vorträge, Reden und Berichte aus dem Europa-Institut / Nr. 34

herausgegeben

von Professor Dr. Dr. Georg RESS

und Professor Dr. Michael R. WILL

Louis FAVOREU

Professeur et Président honoraire de l'Université de Droit,

d'Economie et des Sciences d'Aix-Marseille

**LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL ET LES REFORMES
DE LA GAUCHE**

Vortrag vor dem Europa-Institut der Universität des Saarlandes

Saarbrücken, 4. Mai 1984

LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL ET LES REFORMES DE LA GAUCHE

Pour un juriste français la connaissance de la jurisprudence et du droit constitutionnels de certains pays européens et spécialement de l'Allemagne Fédérale présente, depuis quelques années, un intérêt majeur dans la mesure où elle nous permet à la fois de mieux comprendre la jurisprudence du Conseil constitutionnel et l'évolution de notre droit public. Elle nous permet quelquefois même de prévoir cette évolution: ainsi, récemment, la décision du 20 janvier 1984 sur l'indépendance des professeurs d'université est-elle apparue comme directement inspirée de l'arrêt du Tribunal constitutionnel allemand de 1973¹.

C'est pourquoi, je suis très reconnaissant à l'Université de la Sarre de me permettre d'exposer cette jurisprudence car nous avons une dette, en quelque sorte, à l'égard du droit constitutionnel allemand. Je voudrais dire tout spécialement au Professeur RESS qui a été l'un des premiers à annoter la jurisprudence du Conseil constitutionnel, notamment la fameuse décision du 16 juillet 1971², tous nos remerciements pour avoir fait connaître à la doctrine allemande ce qu'était cette jurisprudence naissante. Ce prologue avait pour objet de montrer que la doctrine française tire le plus grand profit des échanges scientifiques avec la doctrine étrangère et notamment allemande et de me permettre de formuler le souhait que ces échanges se développent, particulièrement entre nos deux Universités, comme nous en avons le projet.

X

X X

"Le Conseil constitutionnel et les réformes de la Gauche": un sujet qui apparaissait "explosif" après le 10 mai 1981.

Explosif en ce sens que l'on s'attendait à un affrontement entre la nouvelle majorité de gauche et le Conseil constitutionnel dès l'adoption des grandes réformes projetées par le parti socialiste et le parti communiste.

Il est vrai, traditionnellement en France, les partis de gauche ont été hostiles au contrôle de constitutionnalité des lois et à toute forme de justice constitutionnelle. Lorsque la question s'est posée à la Libération, au moment de l'élaboration d'une nouvelle Constitution, communistes et socialistes se sont prononcés contre tout contrôle de constitutionnalité; contrairement aux chrétiens sociaux qui, regroupés au sein du Mouvement républicain populaire (le MRP), constituaient le troisième parti de la coalition au pouvoir et qui, eux voulaient comme leurs homologues allemands et italiens, instituer un contrôle de constitutionnalité des lois. La Gauche, à l'époque, avait rejeté cela comme étant une institution conservatrice, réactionnaire: elle était très influencée par l'idée selon laquelle le Gouvernement des juges aux Etats-Unis avait empêché les réformes progressistes de Roosevelt. En revanche, sous la Ve République, la Gauche dans l'opposition est favorable à la justice constitutionnelle. Quelle est la raison du changement? Le rôle de l'opposition est de dire qu'il faut aller plus loin que ce que propose la majorité. Il y a aussi un changement profond qui est le suivant: sous la IIIe et la IVe République en France il n'y avait pas de majorité parlementaire; la majorité se défaisait sans arrêt, en raison du système responsable d'un émiettement des partis. Donc, une majorité durait cinq, six mois. Puis elle changeait. Cela n'était pas dangereux pour la minorité, puisqu'il n'y avait pas de majorité stable et qu'à la limite il n'y avait ni majorité ni minorité (comme en Italie aujourd'hui). Tandis qu'à partir de 1958, il y a une majorité. Donc, la majorité devient dangereuse pour la minorité. Et à ce moment-là apparaît la nécessité d'un contrôle de constitutionnalité, perçu par la Gauche comme un moyen de se défendre contre la législation de la majorité.

Ceci est un phénomène qui s'est produit et qui a transformé les mentalités. Nous avons assisté non seulement à une approbation de l'existence de la justice constitutionnelle, mais même à l'affirmation d'une volonté de dépassement, le système français n'étant pas considéré comme satisfaisant. Alors, assez bizarrement - ce qui est significatif de l'état des connaissances de la classe politique, et aussi d'une partie de la doctrine française en ce domaine - on a proposé de créer une Cour suprême à l'américaine. En réalité ce que l'on imitait c'était la cour allemande. Mais on ne connaissait que la Cour suprême des Etats-Unis. On la connaissait

d'ailleurs mal puisque, ce que l'on voulait instituer, ce n'était pas le système américain, c'était le système allemand. Il faut lire les propositions de loi constitutionnelle tant de la Droite que de la Gauche pour être édifié sur l'état des connaissances des systèmes étrangers de la part de la classe politique française et aussi, il faut le dire, de la doctrine.

La Gauche est donc désormais favorable à la justice constitutionnelle mais elle est contre le Conseil constitutionnel. Ainsi, lorsqu'à l'initiative du Président de la République (V. Giscard d'Estaing) la saisine du Conseil constitutionnel est ouverte à soixante députés ou soixante sénateurs en 1974, la Gauche se moque de cette "rêformette", qui ne vaut pas le déplacement à Versailles (le congrès du Parlement compétent pour modifier la Constitution se tient à Versailles). Mais dès que la réforme est votée, la Gauche, y compris les communistes, va s'en servir abondamment pour lutter contre la politique de la majorité.

Paradoxalement, cependant, le phénomène suivant se produit: la Gauche, dans l'opposition, va édifier, à coup de saisines du Conseil constitutionnel, le mur (ou la barrière) qui la contiendra et la limitera lorsqu'elle sera au pouvoir. Remarquez, c'est la démocratie: c'est bien, je crois, de voir qu'il y a cette logique qui s'institue. Donc, quand elle arrive au pouvoir, la Gauche est dans une situation délicate: car elle a utilisé le Conseil constitutionnel contre la majorité quand elle était dans l'opposition et elle ne peut maintenant le rejeter alors qu'elle est au pouvoir et que l'opposition peut s'en servir. Le parti communiste va tout de même tenter une justification assez hasardeuse: selon lui, la majorité issue des élections de mai et juin 1981, n'est pas la majorité d'avant; c'est une majorité spéciale, d'une essence particulière, d'une légitimité particulière, et cette majorité il n'est pas question que le Conseil constitutionnel la contrôle. C'est un raisonnement difficile à tenir car une majorité c'est une majorité. Ou bien elle est suffisante pour réviser la Constitution, et à ce moment-là on peut passer outre les décisions des juges constitutionnels. Sinon il faut s'incliner. Cela va être un peu le dilemme de la Gauche fin 1981/début 1982. Nous allons assister à des tentatives d'intimidation de la part des communistes, mais aussi de certains socialistes. Ils disent au Conseil: "Attention, si vous bloquez nos réformes, vous le regretterez". Mais ce sont des rodomontades, ce sont des paroles

en l'air. Parce qu'on ne peut pas toucher au Conseil constitutionnel. Son statut est prévu dans la Constitution. Et pour modifier la Constitution, que faut-il? Il faut d'abord une proposition de révision votée dans les mêmes termes par l'Assemblée et par le Sénat. Or, au Sénat l'opposition est majoritaire: et, il n'est pas question que le Sénat accepte une révision de la Constitution portant atteinte au Conseil constitutionnel. Si cette voie normale est bloquée, évidemment la Gauche peut utiliser l'art. 11: le Président de la République peut utiliser la voie de révision qu'il avait utilisée le Général de Gaulle en 1962. Mais l'ennui est que le Président Mitterrand en 1964, avait publié un ouvrage (qu'on ne trouve plus en France actuellement) qui s'intitule "Le coup d'état permanent" et dans lequel il qualifiait de "coup d'état" l'utilisation de l'article 11. Une fois au pouvoir, il ne peut donc utiliser l'article 11 pour réviser la Constitution. Par ailleurs, faire un référendum, en l'état actuel de l'opinion c'est risquer de remettre en cause sa légitimité. Il vaut mieux alors laisser le Conseil constitutionnel continuer et s'incliner devant ses décisions. Voilà ce que décident les dirigeants de la Gauche. Ils vont protester officiellement (mais jamais, ni le Président de la République, ni le Premier ministre n'ont protesté contre le Conseil constitutionnel). C'est la parti, c'est M. JOSPIN, Secrétaire général du parti socialiste, qui va protester. C'est aussi la fameuse apostrophe qui a rendu célèbre un député socialiste, M. LAIGNEL: "Vous avez juridiquement tort, parce que vous êtes politiquement minoritaires." Puis, en janvier 1982, le Conseil constitutionnel bloque la loi de nationalisation, et là la majorité s'incline. Elle s'incline difficilement parce que le Premier ministre applique immédiatement la décision du Conseil. Il va soumettre la loi à nouveau au Parlement. Il suscite d'ailleurs une violente opposition du groupe socialiste à l'Assemblée et notamment du Président du groupe Pierre JOXE, qui critique violemment le Conseil constitutionnel dans lequel siège son père, Louis JOXE. Donc la décision va être appliquée. Et à partir de là les pouvoirs publics et le Président de la République lui-même vont prendre la défense du Conseil constitutionnel parce que celui-ci est très violemment attaqué. C'est au delà de la justice constitutionnelle le Conseil qui est mis en cause. Il y a un journal, qui s'appelle "Libération", qui le traite de "gang du Palais Royal" (rappelons que le Conseil siège au Palais Royal). On attaque personnellement le Président du Conseil constitutionnel M. Roger

FREY, et le Président de la République va lui-même prendre sa défense en décembre 1981. Mais, finalement, après cette violente mise en cause de la justice constitutionnelle en général et du Conseil constitutionnel en particulier le pouvoir qui n'a jamais contesté l'institution va appliquer les décisions du Conseil à la lettre sans que véritablement on puisse dire qu'il y ait mauvaise volonté.

Il convient tout d'abord de se poser la question de savoir si, d'une manière générale, le Conseil constitutionnel a constitué un obstacle ou un frein pour les réformes de la Gauche (I); et après avoir répondu à cette question générale, nous envisagerons ce qu'il en a été pour chacune des grandes réformes entreprises par la Gauche (II).

I. Le Conseil constitutionnel a-t-il été un obstacle aux réformes de la Gauche?

Incontestablement, les décisions du Conseil constitutionnel ont gêné la majorité au pouvoir et ralenti le rythme des réformes. Mais, d'un autre côté, l'intervention du juge constitutionnel a finalement permis la réalisation des réformes.

A. Les décisions du Conseil constitutionnel ont gêné la majorité. C'est certain. Elles l'ont gênée dans sa politique de réforme. Elle n'a pas pu faire toutes les réformes qu'elle aurait voulu réaliser. Plus exactement elle n'est pas allée jusqu'au bout des réformes comme elle aurait voulu le faire. Elle a été limitée par le Conseil constitutionnel, directement et indirectement. Elle l'a été directement en ce sens que le Conseil a stoppé certaines réformes; ou il les a modifiées, comme le projet de nationalisation par exemple. Il y a d'autre part un phénomène encore plus important qui est le phénomène d'auto-limitation: C'est-à-dire que la majorité s'est auto-limitée sans être censurée par le Conseil constitutionnel; elle enlève dans les lois ce qui est susceptible d'être censuré. Cela a été très net pour la loi sur la décentralisation. M. DEFFERRE a "effeuillé" sa réforme progressivement. Il a enlevé les éléments qui apparaissent susceptibles d'être censurés par le Conseil constitutionnel. Et petit à petit son texte s'est édulcoré. Il ne l'a peut-être pas regretté et le Gouvernement non plus, parce que finalement la réforme de décentralisation profite

à l'opposition maintenant. L'opposition qui l'a violemment critiquée avant le vote maintenant s'en félicite. Et la majorité qui avait tellement souhaité la voter se demande maintenant si, pour les régions notamment, il faut aller jusqu'au bout: ainsi la réforme régionale n'est pas achevée car l'élection des assemblées régionales au suffrage universel n'a pas encore eu lieu. Et donc à la limite si l'action du Conseil a gêné la majorité dans l'immédiat, ne l'a-t-elle pas servi à plus long terme? On ne sait pas. En toute hypothèse, la peur du Conseil constitutionnel a limité la majorité. C'est un phénomène nouveau en France: il existait déjà avant mai 1981, mais il s'est accentué. Cela tient à notre système de contrôle a priori, de contrôle préventif. Le contrôle préventif permet de stopper les inconstitutionnalités avant que la loi ne soit appliquée, avant que la loi n'entre dans l'ordre juridique.

B. Le Conseil constitutionnel a finalement permis la réalisation des réformes. Pourquoi? Pour la raison suivante: c'est que, certes, il a limité les réformes, mais en même temps il les a authentifiées. Je veux dire par là que les réformes faites par la Gauche à partir du moment où elles ont été soumises au contrôle du Conseil constitutionnel ne sont plus suspectes. Les réformes faites par la Gauche ne sont pas entachées d'inconstitutionnalité, puisque le Conseil les a vérifiées. Ces réformes ne sont pas illégitimes. L'opposition ne peut plus dire que les réformes de la Gauche sont des réformes inconstitutionnelles, irrégulières, illégitimes. Ce n'est plus possible à partir du moment où le Conseil constitutionnel a statué. Et cela est extrêmement important dans le climat que nous avons connu à partir de 1981.

Si vous voulez, le Conseil est en face - si l'on peut oser cette image - du "flot du changement". Il y a un flot de réformes qui arrive, mais le Conseil ne les bloque pas. Simplement il va les canaliser. Il va dire: telle réforme doit être faite par la loi ordinaire; telle réforme, doit être faite par la loi organique; telle réforme peut être faite par le décret, et telle réforme, vous ne pourrez la faire que par la loi constitutionnelle, en révisant la Constitution. Dans ce dernier cas, le Conseil constitutionnel n'empêche pas la réforme: il indique simplement que comme elle touche aux assises essentielles de notre droit, il faut modifier

la Constitution avant de faire la réforme et pour cela il faut la majorité nécessaire. Si cette majorité n'existe pas, il faut renoncer à la réforme. Ceci a une répercussion sur l'attitude du Conseil constitutionnel lui-même. Il a davantage motivé ces décisions, il a davantage pris soin de les rattacher aux grands textes constitutionnels. Il s'est montré prudent dans la rédaction de ses décisions. Et parfois, pour laisser passer une réforme, il a modifié ou infléchi sa jurisprudence.

Sur ce point, je donnerai deux précisions techniques pour illustrer mon propos. La première a trait à un changement de jurisprudence quant au contrôle du respect par le législateur du domaine réglementaire. Notre Constitution prévoit une stricte répartition des compétences entre le pouvoir législatif et le pouvoir réglementaire mais il arrive assez souvent que des lois contiennent des dispositions de caractère réglementaire. En invoquant systématiquement ce moyen d'inconstitutionnalité l'opposition aurait eu la possibilité de bloquer la plupart des lois. Le Conseil constitutionnel a alors changé sa jurisprudence dans une décision du 30 juillet 1982. Il a dit: même si dans une loi il y a une disposition de caractère réglementaire, la loi n'est pas inconstitutionnelle. Incontestablement, cela a aidé la majorité à faire passer ses réformes. Et puis le Conseil constitutionnel a utilisé une technique bien connue en droit allemand. C'est la technique consistant à ne pas annuler la loi, mais à la neutraliser. Par exemple, une loi est inconstitutionnelle; mais plutôt que de prononcer son annulation - ce qui représente pour la majorité une sorte de camouflet, de démenti - le juge va la vider de son effet juridique. Par exemple, il y a eu une loi sur la planification qu'a présentée Michel ROCARD, le Ministre du Plan. Michel ROCARD a d'ailleurs été à ce moment-là soumis à un feu croisé de l'opposition et d'une partie de sa majorité. Une partie de sa majorité disait qu'il y avait des dispositions inconstitutionnelles dans la loi. La loi a été votée. Mais le Conseil constitutionnel ne l'a pas annulée. Il aurait dû l'annuler compte tenu de sa jurisprudence précédente. Il l'a simplement vidée de son effet. Elle n'a plus aucun effet. C'est une simple circulaire, cette loi. Il a admis qu'elle était valable, mais elle n'a aucun effet. C'est une technique qui a permis à M. ROCARD et au Gouvernement de sauver la face. Dans d'autres décisions il a fait de même. Il a, plutôt que d'annuler, limité les effets juridiques des déci-

sions. Là encore cette technique est bien connue en droit allemand.

Et puis le Conseil a permis que les réformes se fassent parce qu'il les a authentifiées, et ceci de la manière suivante: lorsque les réformes ne sont pas conformes à la Constitution, il invite le Gouvernement à recommencer son travail. Et c'est ce qui a été fait. Plusieurs fois le Gouvernement a repris son travail, a refait le projet de loi, l'a resoumis au Parlement, et la réforme a été adoptée.

Le Conseil a surtout imposé l'idée qui apparaît en droit allemand tout à fait logique, normale - que le législateur doit être soumis à la Constitution. C'est une révolution en France car l'Etat de droit n'était pas réalisé complètement dans la mesure où le législateur n'était pas soumis à la Constitution. Sous la Vème République au début, cela a peu changé mais avec le développement de la saisine parlementaire cela s'est affirmé et depuis mai 1981, ceci a été définitivement consacré. Car le Conseil constitutionnel à deux reprises et de manière tout à fait claire a affirmé le principe suivant lequel toute autorité en France est soumise au droit et à la règle suprême qui est la Constitution, y compris le Parlement. C'est évidemment quelque chose de très nouveau, qui a été affirmé par le Conseil constitutionnel dans ses décisions du 16 janvier 1982 sur les nationalisations et du 25 février 1982 sur la décentralisation. Et pour que cela soit bien clair, le Conseil constitutionnel a vraiment été pédagogique. C'est un professeur qui a rédigé cela³, il a mis noir sur blanc que le législateur devait être soumis à la règle constitutionnelle. Je crois que c'est désormais acquis et qu'on n'y reviendra plus. C'est un progrès considérable.

Les réformes sont conformes à la Constitution, elles sont légitimes. Et donc, on ne les contestera plus. Et puis, le Gouvernement, les pouvoirs publics et le Président de la République ont accepté les décisions du Conseil. Ils se sont inclinés devant elles. On peut citer notamment une déclaration du Ministre de l'Intérieur, M. Gaston DEFFERRE, qui est très significative: "Je ne suis pas de ceux qui s'élèvent contre les décisions du Conseil constitutionnel et puis les critiquent. Elles sont prises par une instance souveraine et mon devoir et mon seul droit est de les appliquer." De même, le Président (socialiste) de la Commission des lois,

M. Raymond Forni l'a dit aussi: "Nous devons nous incliner devant les décisions du juge constitutionnel. Elles s'imposent à nous." Bien sûr, il y a toujours quelques contestations de ces décisions. Récemment, par exemple, nous en avons eu une illustration avec notre Ministre de l'Education, M. SAVARY, qui a critiqué la décision du Conseil constitutionnel du 20 janvier 1984 relative à l'indépendance des professeurs d'université. En tout cas le Gouvernement et le Président de la République ont toujours exécuté immédiatement les décisions et c'est un des avantages du contrôle préventif: la décision d'inconstitutionnalité est appliquée immédiatement. Il ne faut pas ensuite réparer les dégâts commis par une loi inconstitutionnelle, car dans le système français, elle n'entre jamais dans l'ordre juridique. C'est quand même un avantage assez considérable. Le contrôle préventif a ses inconvénients, mais il a cette efficacité redoutable de stopper à la source l'inconstitutionnalité. Et ceci est finalement admis comme la règle du jeu.

C. Le Conseil constitutionnel a eu donc cette fonction d'apaisement des conflits. Il a eu cette fonction qu'il avait déjà remplie avant mai 1981. Avant mai 1981 nous avons eu une grande querelle sur les problèmes de l'interruption volontaire de grossesse. La loi a suscité des débats passionnés en France. Elle a été soumise au Conseil constitutionnel juste après avoir été votée. Le Conseil constitutionnel a rendu une décision le 15 janvier 1975⁴ et il n'a plus été question de la controverse sur la légitimité de la loi Veil. Cela a été stoppé. De même nous avons eu une grande affaire qui apparaît il est vrai aujourd'hui de moindre importance: c'est l'élection du Parlement européen au suffrage universel direct. Cela a révolutionné en France les milieux politiques en 1976. La majorité s'est divisée. Une partie de la majorité, notamment les Gaullistes, étaient contre. Ils ont contesté la constitutionnalité de ce nouveau mode d'élection. Il y a eu un recours fait par le Président de la République pour clarifier la situation. La situation a été clarifiée en effet par une décision du 30 décembre 1976⁵ et l'affaire s'est apaisée complètement. On n'en a plus parlé.

C'est la même chose pour les réformes de la Gauche. Du moment où le Conseil statue, et il statue très rapidement (je vous rappelle qu'il statue dans

Le délai maximum d'un mois après l'adoption définitive de la loi; quelquefois il statue en trois semaines, et même en quinze jours). Une fois qu'il a statué, sa décision apaise le débat. Nous en aurons bientôt un exemple avec l'affaire de la liberté de la presse qui est devant le Parlement et qui soulève des passions aussi. C'est encore plus évident pour la liberté de l'enseignement. Le Conseil va être évidemment saisi, il va avoir à trancher de la constitutionnalité de ces réformes. Je suis certain que s'il ne va peut-être pas définitivement apaiser les querelles, il va en tout cas donner à la réforme qui sera faite avec les corrections qu'il imposera peut-être, le sceau de l'authenticité. Il va dire: ces réformes sont conformes à la Constitution. Elles sont donc légitimes et ne peuvent être contestées.

C'est un impact considérable de la jurisprudence constitutionnelle sur la vie politique française. C'est très nouveau. Comme le dit un auteur espagnol, Eduardo GARCIA DE ENTERRIA: "Si on compare l'évolution constitutionnelle de la France et l'évolution constitutionnelle des Etats-Unis, on constate que dans un cas il n'y a eu qu'une constitution et les changements se sont faits progressivement. En France, cela s'est fait par coups d'état et par révolutions". Un juge constitutionnel permet peut-être de faciliter les changements, les réformes, de les authentifier et de les rendre admissibles tant pour la majorité que pour l'opposition. Et réciproquement, si l'opposition revient au pouvoir, elle aura à tenir compte également des limites qui ont été fixées auparavant, souvent à son initiative. Elle ne pourra pas aller trop loin dans l'autre sens. Elle aura à tenir compte des limites que lui imposera le Conseil constitutionnel dans son interprétation de la Constitution.

Je voudrais, dans une deuxième partie, montrer l'attitude du Conseil constitutionnel à l'égard des principales réformes de la Gauche.

II. L'attitude du Conseil constitutionnel à l'égard des principales réformes de la Gauche

Quelles sont les grandes réformes qui ont été entreprises, et quelle a été l'attitude du Conseil constitutionnel à l'égard de ces grandes réformes? Ces réformes concernent les nationalisations, la décentralisation, la pla-

nification, les universités, l'audiovisuel et le secteur social.

A. La réforme des nationalisations a été la première. Il y a eu une bataille juridique importante fin 1981/début 1982. Finalement une décision du Conseil constitutionnel est intervenue le 16 janvier 1982, qui a annulé une partie de la loi, notamment sur le problème de l'indemnisation. Mais surtout le Conseil constitutionnel a affirmé que premièrement la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 faisait partie de notre Constitution (cela avait déjà été affirmé par lui depuis dix ans, mais cette fois-ci il l'a fait avec une force particulière). On peut dire que, de sa décision, il découle que la Déclaration de 1789 est au coeur de l'ordre juridique français. C'est quand même assez étonnant, parce que ce texte qui est vieux de près de deux siècles devient une des bases de notre droit constitutionnel.

Le Conseil constitutionnel a affirmé ensuite que toutes les dispositions de la Déclaration sont valables, y compris celle qui consacre le droit de propriété, l'article 17. Certains soutenaient que le droit de propriété n'était plus constitutionnellement protégé en France. La Gauche le soutenait, et il y a eu des consultations de professeurs de droit, notamment en faveur de cette thèse. Il y a eu aussi des consultations d'autres professeurs contre la thèse du Gouvernement. Je les ai publiées dans un ouvrage intitulé "Nationalisation et Constitution"⁶. Il était dit: le droit de propriété n'est pas protégé constitutionnellement en France, parce qu'il a subi tellement d'atteintes qu'il n'est plus possible de dire que c'est un droit sacré. Pour le Conseil constitutionnel cependant c'est un droit constitutionnel protégé, mais qui n'a plus évidemment le même contenu qu'en 1789. Il a évolué. Mais il reste. Il faut le concilier avec d'autres dispositions de la Constitution, notamment celles relatives aux nationalisations qui sont contenues dans le préambule de la Constitution de 1946 et qui font partie aussi de notre droit positif actuel. En France le principe des nationalisations est admis, mais aussi le droit de propriété. Donc on ne doit pas déposséder par nationalisation sans indemnisation préalable. Et cette indemnisation doit être juste. Les juges constitutionnels contrôleront le respect du caractère juste de l'indemnisation. Ils ont fait un calcul d'indemnisation sur la base du marché, c'est-à-dire en tenant compte

de ce que valaient les sociétés au cours du marché et non pas, comme l'a fait le juge italien par exemple, en essayant d'aboutir à une indemnisation raisonnable. Il y a une différence assez nette que le Conseil constitutionnel a imposée. La réforme évidemment a coûté plus cher alors au Gouvernement et à l'Etat. Par décision du 16 janvier, la loi est déclarée partiellement annulée, et entièrement inapplicable tant que les dispositions annulées n'ont pas été modifiées. Le Gouvernement très vite reprend la loi. Il fait voter la nouvelle loi, il la resoumet au Conseil constitutionnel, et le 11 janvier 1982, le Conseil juge que la réforme est valable maintenant puisqu'elle a été corrigée. Et à partir de ce moment-là, c'est terminé, on ne parle plus de la réforme des nationalisations. Elle s'est appliquée.

B. Deuxième grande affaire: la décentralisation. Il s'agit de modifier le régime des administrations locales en France. Vous savez que nous avons un régime centralisé particulièrement accusé depuis fort longtemps, depuis des siècles, on peut dire. Et la grande réforme consistait donc à donner davantage de pouvoirs aux collectivités territoriales, c'est-à-dire aux communes, aux départements, et à une nouvelle catégorie que l'on crée, les régions. Quand elle était dans l'opposition, la Gauche avait prévu que cette réforme se ferait en trois parties: il y aurait une partie constitutionnelle avec une loi constitutionnelle, une partie organique avec une loi organique, et une partie législative ordinaire avec toute une série de lois. Mais arrivée au pouvoir, la Gauche n'a pas la majorité nécessaire pour faire voter une loi constitutionnelle ni d'ailleurs une loi organique. Elle a donc été obligée de se contenter d'une loi ordinaire. Et de ce fait, elle a mis dans la réforme moins de choses qu'elle n'avait prévu quand elle était dans l'opposition.

Néanmoins nous avons là un ensemble très important: quinze lois et une centaine de décrets. La grande loi de base est la loi du 2 mars 1982, qui, soumise au Conseil constitutionnel, a fait l'objet d'une décision le 25 février. Il a rendu deux décisions en réalité, une sur la loi générale et une autre sur la loi sur la Corse. En effet, nous avons deux problèmes en France en ce domaine: le problème de l'évolution des collectivités d'outre-mer, c'est-à-dire les cinq départements d'outre-mer d'Amérique et

d'Océan Indien, la Corse, et aussi les territoires d'outre-mer qui posent encore d'autres problèmes: Polynésie, Nouvelle Calédonie etc.; la question est ici de savoir jusqu'où peut aller l'autonomie?

Et puis nous avons le deuxième problème relatif à ce que j'appellerais les collectivités ordinaires du continent européen, qui connaissent aussi une évolution, mais moins importante. Pour le Conseil constitutionnel, quelles que soient les collectivités, il ne peut pas y avoir une évolution qui franchisse certaines limites. Les limites sont celles d'un Etat unitaire. Les réformes ne doivent pas toucher au caractère unitaire et indivisible de la République. Pour simplifier, schématiser, cela veut dire par exemple qu'on ne peut pas créer une source de droit autre que celle qui est à Paris, au Parlement et au Gouvernement. A la différence donc de ce qui se passe en République Fédérale, il n'y a pas de source secondaire de droit. Même dans les territoires qui sont pourtant les plus à la marge de la République comme les territoires d'outre-mer, il est interdit aux assemblées des territoires d'outre-mer de fabriquer, de faire un droit qui serait autonome par rapport au droit national. C'est évidemment le fait que nous sommes dans un Etat, une république unitaire et indivisible. Donc, c'est la limite extrême de l'évolution; pas de fédéralisme, bien sûr; même pas de quasi-fédéralisme à l'espagnole ou à l'italienne pour certaines régions. La Corse a bien une assemblée, mais cette assemblée n'a que des pouvoirs limités, le Conseil constitutionnel y a veillé. Pour le reste, d'accord pour une décentralisation plus poussée dans ce cadre. Du moment où l'on ne donne pas aux autorités locales les pouvoirs que je viens d'indiquer, on peut décentraliser, on peut créer des régions par exemple, des collectivités territoriales. On peut supprimer la tutelle a priori du préfet, cela c'est possible, c'est compatible avec la Constitution. Le Conseil constitutionnel a interprété, très strictement l'article 3 de la Constitution sur le caractère indivisible de la République (et je crois que Christian AUTEXIER⁷ ne me démentira pas là dessus puisqu'il a écrit avant la réforme justement sur ce point, sur "l'ancrage constitutionnel des collectivités territoriales"). Mais l'article 72 selon lequel "les collectivités territoriales s'administrent librement", va être interprété libéralement. Mais cela ne va pas très loin. Nous sommes à mille lieues du fédéralisme à l'allemande, nous sommes encore très loin même

du quasi-fédéralisme à l'italienne et du régionalisme à l'espagnole. Il y a une distance considérable. Et en France on n'a pas l'air toujours de s'en rendre compte dans certains milieux.

C. Autre réforme: la planification: M. ROCARD a préparé une loi sur la réforme de la procédure de planification: on voulait changer la manière d'adopter les plans en France. Mais cela a été un coup d'épée dans l'eau car le Conseil constitutionnel, dans sa décision du 27 juillet 1982, a privé pratiquement d'effet cette réforme.

D. Les universités: sur ce point il y a eu deux affaires. La première affaire est intervenue très tôt en octobre 1981, car la Gauche avait promis à sa "clientèle" d'enseignants d'abroger immédiatement la réforme mise en place l'année précédente par un ministre particulièrement honni, Alice SAUNIER-SEITE. Dans sa décision du 30 octobre 1981, le Conseil constitutionnel a jugé la loi conforme⁸. La deuxième affaire concerne la loi qui, cette fois-ci, reprenait en profondeur le régime de l'enseignement supérieur. Cette loi a mis très longtemps à être votée. Au Parlement il y a eu une bataille d'amendements extraordinaire. L'année dernière, à la même époque, il y a même eu, vous le savez, des protestations dans la rue: les professeurs ont défilé avec les étudiants le 24 mai, le jour de l'ouverture de la discussion parlementaire sur la loi. Il y a eu division même au sein de la majorité sur l'opportunité de la réforme. On dit même que le Président de la République était lui-même peu favorable à certains points de la réforme. Finalement, elle n'a été votée que le 20 décembre 1983, alors que la discussion avait débuté le 24 mai et qu'elle était préparée depuis 1981. Et elle était largement édulcorée par rapport à ce qu'elle devait être à l'origine. Elle a été soumise au Conseil constitutionnel, et il a rendu une décision très importante le 20 janvier 1984⁹, donc il y a très peu de temps. Nous avons la cogestion depuis 1968 - et ayant été président de deux universités depuis 1968, j'ai eu l'occasion de la voir fonctionner - c'est-à-dire donc une cogestion enseignants, étudiants, personnel non-enseignant des universités et personnes extérieures. Le problème était de savoir si les enseignants représentant leurs collègues au conseil d'université seraient élus par collèges séparés ou par un collège unique: c'est-à-dire, ou bien toutes les catégories

d'enseignants confondus élisaient leurs représentants, ou bien il y avait élection par collèges séparés, les professeurs élisant les professeurs, les maîtres-assistants élisant les maîtres-assistants, les assistants les assistants. Cela paraît évidemment peu important, mais cela a provoqué une grande agitation, un grand mouvement, puisque les universitaires de gauche eux-mêmes ont pris la tête du mouvement de publication dans "le Monde" d'une pétition. Nous n'avons pas eu, comme dans l'affaire portée devant le Tribunal constitutionnel allemand en 1973, la requête des 400 universitaires saisissant le tribunal, parce qu'il n'y a pas de requête ouverte aux individus devant le Conseil constitutionnel, mais cela aurait pu se faire. En réalité les parlementaires ont pris le relais et ils ont déposé deux requêtes. Il y a eu 100 Sénateurs et 80 Députés qui ont contesté la loi de la manière suivante: "Si les professeurs, qui représentent dans le corps universitaire la garantie d'une indépendance dans l'enseignement et dans la recherche surtout, si ces professeurs qui sont minoritaires - il y a à peu près en France sur 42 000 enseignants-chercheurs moins de 10 000 professeurs - si ces professeurs dont l'indépendance doit être liberté de la recherche et de l'enseignement supérieur sont minoritaires, ils seront sans doute soumis à des influences notamment syndicales. Car c'était ça le véritable fond du problème; cela n'apparaît pas dans la décision, mais c'était ça le problème, c'était la prise du pouvoir par les syndicats dans les universités. C'était un moyen pour les syndicats de prendre le pouvoir. Cela n'a pas été dit dans les requêtes et dans la décision, mais c'était bien ça le fond du problème. Et comme les syndicats sont majoritaires dans les catégories les plus nombreuses, il est évident que ce sont eux qui allaient pouvoir prendre en main la direction des universités. Par ailleurs à l'égard du gouvernement même il devait y avoir l'affirmation de l'indépendance des professeurs d'université. Et c'est là où l'exemple allemand a été très important parce qu'en France nous n'avons pas de disposition dans la Constitution semblable à celle qui existe dans la Constitution allemande sur l'indépendance et la liberté de la recherche, sur la liberté scientifique. Il était difficile alors de se baser sur des textes. Finalement, je crois que ce qui a été déterminant, c'est l'exemple allemand de 1973¹⁰, l'exemple du Tribunal allemand affirmant que la liberté de la recherche

et de la science suppose une certaine liberté, une indépendance des professeurs et des enseignants. Le Conseil constitutionnel a repris ce raisonnement en s'appuyant sur l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen qui prévoit la liberté de communication et de pensée et dont le libellé est finalement très semblable à ce qui est contenu dans la Constitution allemande. Et il y a des rapprochements communs: le Conseil français rattachait son raisonnement à l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme; et le Tribunal constitutionnel allemand le rattachait à l'article de la Constitution qui ressemble beaucoup à cette disposition. Et puis, le Conseil constitutionnel français a fondé en plus l'indépendance des professeurs sur un principe fondamental reconnu par les lois de la République. En effet, c'est une des particularités de notre système de contrôle de constitutionnalité. On peut s'appuyer sur la Constitution, soit sur la Déclaration de droits de 1789, soit sur les principes fondamentaux qui ont été reconnus par des lois de la République. Par exemple, la liberté d'association a été reconnue comme ça. Elle n'existe pas dans la Constitution, mais des lois de la III^{ème} République l'avait consacrée. Et là il s'est trouvé que des lois, quatre lois sous quatre Républiques, affirmaient que les seules fonctions compatibles avec le mandat de parlementaire (d'un député ou d'un sénateur), c'est-à-dire un mandat qui doit s'exercer en toute indépendance, la seule fonction compatible c'est celle du professeur d'université. Et ceci n'est pas nouveau. Il y a une loi qui le dit en 1848 sous la II^{ème} République, en 1879 sous la III^{ème} République, en 1950 sous la IV^{ème} République et en 1959 sous la V^{ème} République. Donc c'était vraiment un cas où l'application d'un principe fondamental s'imposait: le Conseil constitutionnel l'a saisi. Il est vrai que le rapporteur était le Doyen VEDEL, ancien Doyen de la Faculté de Droit de Paris, qui avait écrit sur les libertés universitaires il y a longtemps. Il y a donc eu cette consécration du principe d'indépendance des professeurs d'université et nous avons pu remarquer d'ailleurs que sur le plan européen ceci était consacré un peu partout: il y a un article qui va apparaître sur ce thème, c'est-à-dire sur l'indépendance des professeurs d'université, principe commun des droits constitutionnels européens¹¹. En Espagne il en va de même, en Italie il en va de même. Et j'ai remarqué aussi dans la confection d'un rapport que je dois faire sur le contrôle juridictionnel des lois et sa légitimité¹² qu'il y a

toujours une proportion assez importante de professeurs d'université dans les juridictions constitutionnelles: qui va jusqu'à 9 sur 12 pour le Tribunal espagnol et 7 sur 13 dans le Tribunal portugais en passant par 5 sur 16 dans le Tribunal allemand. Par ailleurs quatre cours sont présidées par des professeurs de droit constitutionnel, la Cour italienne, la Cour portugaise, la Cour espagnole et la Cour autrichienne. Et je pense qu'il y a là, comme le disait un auteur américain dans les années soixante un trait caractéristique de la justice constitutionnelle européenne. Mais il n'y a pas lieu de s'étonner de cette particularité. Donc voilà pour l'enseignement.

E. Je terminerai très rapidement en disant un mot sur deux autres types de réformes. Il y a eu des réformes sociales. Les réformes ont consisté à modifier les conditions des salariés dans les entreprises, à donner davantage de pouvoirs aux travailleurs, aux syndicats, etc. Je ne reprendrai qu'une décision qui est assez intéressante et qui est la suivante: il s'agit de l'exercice du droit de grève et du rôle des syndicats¹³. Depuis quelques temps, s'est instauré la pratique de la grève avec occupation: c'est-à-dire non seulement on fait grève, mais on occupe l'entreprise et on empêche le fonctionnement de l'entreprise. Ce qui fait que les non-grévistes ne peuvent pas travailler et ne sont pas payés. Il s'est alors développé en France une jurisprudence devant les tribunaux civils selon laquelle les non-grévistes et les patrons d'entreprises occupées par les grévistes pouvaient réclamer des indemnités aux grévistes et aux syndicats en réparation du préjudice causé par l'interruption de l'activité de l'entreprise: les tribunaux ont attribué des indemnités aux non-grévistes pour perte de salaire et aux patrons pour perte de profit.

Le problème était posé devant la Cour de cassation et elle s'apprêtait à rendre des arrêts de principe. Pour éviter cela, le Gouvernement a déposé un projet de loi visant à dire que dans l'exercice du droit de grève les syndicats ne pouvaient en aucune manière faire l'objet d'actions en responsabilité. Et en conséquence, les affaires portées devant la Cour de cassation seraient retirées du rôle. La loi a été votée et le Conseil constitutionnel a été saisi. Celui-ci a estimé que le légis-

lateur ne pouvait empêcher les victimes d'agissements dommageables de demander réparation en justice car ce serait contraire au principe d'égalité devant la justice et devant la répartition des charges publiques. Si le législateur avait prévu un régime selon lequel l'Etat prenait en charge les dommages, cette disposition eût sans doute été déclarée constitutionnelle. Mais à partir du moment où le législateur a décidé que non seulement on pourra causer des dommages, mais les victimes n'auront pas le droit de demander réparation, cela est contraire au principe constitutionnel d'égalité. Et donc le Conseil a annulé la loi. Suscitant de très vives protestations de la CFDT, de la CGT, et de certains partis, du parti communiste notamment pour atteinte au droit constitutionnel de grève. Mais comme le Conseil constitutionnel a dit qu'il n'y a aucun droit absolu, tout droit fondamental est forcément limité et notamment par un autre droit fondamental. Les communautés avaient - il est vrai - soutenu la thèse selon laquelle le droit de grève est un droit absolu non susceptible de limitation. Mais on remarquera que, récemment, M. FITERMAN, Ministre des Transports et membre important du parti communiste, a quand même élaboré un projet de loi limitant le droit de grève des contrôleurs aériens et qu'il s'est heurté aux contrôleurs aériens qui soutenaient la thèse de la non-limitation du droit de grève. Mais nécessité fait loi et finalement quand on est au pouvoir... Ce sont là les vertus de l'alternance: du côté de l'opposition comme du côté de la majorité on mesure mieux la relativité des affirmations de principe qu'on a formulées auparavant. La Cour de cassation, après la décision d'annulation a condamné par des arrêts de 1982 et 1983 les syndicats pour dommages causés au moment de l'exercice du droit de grève.

F. Enfin, il y a la réforme de l'audio-visuel, de la télévision et de la radiodiffusion etc. Ce sont des réformes importantes qui ont eu lieu en 1981-82 et ont provoqué une décision du 31 octobre 1981 et une autre décision du 27 juillet 1982¹⁴. Quel est leur contenu? Le monopole au profit de l'Etat est constitutionnel, mais il a été admis la possibilité, par dérogation au monopole que soient créées des radios libres, les fameuses radios libres qui prolifèrent en France actuellement. Il y a le problème de savoir s'il peut y avoir des télévisions libres. Le Conseil

constitutionnel a adopté une position assez nuancée sur ce point. Il ne voulait pas aller dans le même sens que la Cour constitutionnelle italienne qui est allée très loin. Et les gouvernants qui, lorsqu'ils étaient dans l'opposition réclamaient une liberté totale, maintenant imposent une limitation.

Je voudrais en conclusion dire ceci: ce grand changement a été fait évidemment dans des circonstances très différentes du changement précédent qui a eu lieu en 1958. En 1958 il y a eu un changement fondamental. Il y a eu des réformes qui ont été votées en quelques mois à l'initiative du Général de Gaulle. Mais à l'époque, il n'y avait pas de juge constitutionnel. Et c'est vrai que si l'on fait la comparaison avec la période actuelle, c'est une grande différence: la majorité actuelle a davantage été gênée pour faire ses réformes. D'un autre côté, ceci a définitivement mis en place l'idée que la Constitution doit être respectée et que la Constitution est la règle de droit supérieure. Cela n'existait pas en France. Et peut-être allons-nous passer d'une sacralisation de la loi à une sacralisation de la Constitution. Je crois que cela est en marche et c'est un phénomène majeur dans l'évolution juridique et politique.

Autre phénomène: la pénétration du droit constitutionnel dans les autres branches du droit. C'est un phénomène bien connu en droit allemand mais qui est beaucoup plus récent en droit français et beaucoup plus difficile à faire passer. Maintenant nous avons eu peu de droit constitutionnel dans chaque droit, et cela est très nouveau. Et les professeurs spécialistes de ces matières, même de droit privé, prennent conscience tout à coup de ce phénomène. Ceci est un bouleversement complet. C'est en train de changer complètement les choses non seulement en droit public mais aussi dans les autres branches du droit¹⁵.

Dernier point: l'avenir de la justice constitutionnelle ? Malgré toutes les prédictions, elle s'est imposée. Maintenant pratiquement plus personne ne conteste la légitimité et l'existence de la justice constitutionnelle. Et ce qui est curieux c'est qu'il n'y a pratiquement plus de propositions de réformes, sinon quelques réformes mineures. La justice constitutionnelle à la française semble s'être imposée progressivement

dans un style particulier, compte tenu de l'existence du Conseil d'Etat qui assure le contrôle de tous les actes administratifs et de notre tradition qui est de ne pas trop contrarier quand même le législateur. C'est pourquoi il n'y a pas de contrôle a posteriori en France. Parce que là ce serait vraiment trop contraire à notre tradition constitutionnelle. Je crois qu'on a trouvé une voie moyenne, qui est peut-être une voie sage, dans l'évolution de notre droit.

Les nominations faites récemment en 1983 par le Président de la République et par le Président de l'Assemblée nationale ont montré qu'on était dans la droite ligne de ce qui se faisait auparavant. Il n'y a pas de changement. La nomination à la tête du Conseil constitutionnel d'un homme très connu sur le plan de la défense des droits de l'homme, M. Daniel MAYER, va dans ce sens. Il y a donc une continuité dans l'édification de ce que je considère comme un des grands actifs de notre droit constitutionnel: on supprime le handicap qui existait par rapport au droit constitutionnel allemand, au droit constitutionnel italien ou au droit constitutionnel espagnol. Cela me paraît une des conquêtes majeures des dernières années et ceci semble maintenant de plus en plus admis. Voilà une consécration définitive de l'Etat de droit, et évidemment, dans cette Université, cette affirmation de la réalisation complète de l'Etat de droit a une résonance particulière car en Allemagne fédérale, grâce à la justice constitutionnelle cela existe depuis maintenant des dizaines d'années.

Anmerkungen

- 1 Voir en ce sens, GAUDEMET (Y.), L'indépendance des professeurs d'Université, principe commun des droits constitutionnels européens, Dalloz 1984, chron. p.121; FAVOREU (L.), Libertés locales et libertés universitaires, Revue du droit public 1984 n°3, p. 687.
- 2 Voir RESS (G.), Der Conseil Constitutionnel und der Schutz der Grundfreiheiten in Frankreich. Betrachtungen aus Anlaß der Entscheidung des Conseil Constitutionnel vom 16. Juli 1971 zur Reform des französischen Vereinigungsrechts mit rechtsvergleichenden Hinweisen, in: Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart NF Bd. 23 (1974) pp. 121 - 176; voir également RESS (G.), Der Rang völkerrechtlicher Verträge nach französischem Verfassungsrecht. Überlegungen zur Entscheidung des Conseil Constitutionnel vom 15. Januar 1975 über den Rang der Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten nach Art. 55 der französischen Verfassung, in: Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Vol. 35 (1975) pp. 445 - 501; GOOSE (P.E.), Die Normenkontrolle durch den französischen Conseil constitutionnel, Duncker & Humblot, Berlin, 1973, 217 p.
- 3 Le Doyen VEDEL, qui était le rapporteur de la décision du 16 janvier 1982.
- 4 N° 54 DC, Recueil des décisions du Conseil constitutionnel, p.19; Les grandes décisions du Conseil constitutionnel, 3ème éd., n° 26, p. 295.
- 5 N° 71 DC, Recueil des décisions du C.C. p. 15; Les grandes décisions..., ibid., n° 28, p. 328.
- 6 Voir le texte de ces consultations dans l'ouvrage publié sous notre direction: "Nationalisations et Constitution", Economica, Paris 1982.
- 7 AUTEXIER (Ch.), L'ancrage constitutionnel des collectivités de la République, RDP 1981, pp. 581 - 620.
- 8 81.130 DC, 30 octobre 1981, Rec. p. 31, RDP 1983, p. 333.
- 9 169 DC, RDP 1984, n° 3 (mai-juin) observ. Favoreu.
- 10 Cet arrêt avait été commenté dans la Revue du droit public 1975, p. 109 par Michel FROMONT.
- 11 GAUDEMET (Y.), L'indépendance des professeurs d'Université, principe commun des droits constitutionnels européens, Dalloz 1984, chron. p. 125.
- 12 Le contrôle juridictionnel des lois et sa légitimité. Développements récents en Europe occidentale, Colloque d'Uppsala, 26 - 28 juin 1984.
- 13 82.144 DC, 22 octobre 1982, RDP 1983, p. 333.
- 14 N° 129 DC des 30 et 31 octobre 1981, Rec. 35; n° 141 DC du 27 juillet 1982, Rec. 48.
- 15 Voir nos études: L'influence de la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur les diverses branches du droit, mélanges Hamon 1982, p.235; L'application directe et l'effet indirect des normes constitutionnelles, Revue française de droit administratif, n° 0, p. 174 et s.