

LA REFORME DE 1974 , AVANCEE LIBERALE OU PROGRES DE LA DEMOCRATIE ?

Communication faite par M. Alain Lancelot

au colloque sur les « trente ans de saisine parlementaire » (22 octobre 2004)

1. En donnant à l'opposition parlementaire la possibilité de saisir le Conseil constitutionnel, la grande réforme de 1974 appuie le coup d'éclat jurisprudentiel de 1971, par laquelle le Conseil s'était érigé *proprio motu* en gardien des droits fondamentaux, pour renforcer considérablement le rôle et l'autorité de la juridiction constitutionnelle dans le système politique de la Cinquième République. Le juridictionnel, grand absent de la séparation des pouvoirs à la française est projeté tout à coup au niveau - et dans certaines occasions au dessus - du Gouvernement et du Parlement, troisième modernisation essentielle de notre République après l'élection directe du Président et l'apparition consécutive de coalitions gouvernementales majoritaires à l'Assemblée nationale.

Cette troisième modernisation est si importante qu'on serait tenté de dire qu'elle donne naissance à un troisième type de démocratie française « apaisée » - en excluant donc les expériences révolutionnaires - la démocratie constitutionnelle qui succède à la démocratie majoritaire qui avait elle même succédé en 1958 -1962 à la démocratie parlementaire défailante.

2. Mais, pour parler de démocratie constitutionnelle, encore faut-il s'assurer que le renforcement de l'autorité du juge constitutionnel revient effectivement à un approfondissement de la démocratie. Or la question continue d'être posée en théorie et en pratique par certains constitutionnalistes et par bien des parlementaires. Chacun reconnaît certes volontiers que le contrôle de constitutionnalité est *une procédure libérale* qui introduit une soupape de sûreté favorable au bon fonctionnement de la République majoritaire, mais une minorité a toujours beaucoup de mal à admettre que l'instauration d'un pouvoir supra-majoritaire soit *un progrès de*

la démocratie. Pourquoi les décisions de 9 sages, ou même de 5 sages sur 9, nommés et non élus, seraient-elles plus démocratiques que les lois votées par une majorité d'élus dans les deux assemblées ? Pourquoi les lois régulièrement votées aujourd'hui par des assemblées démocratiques seraient-elles moins légitimes que les lois établissant des principes fondamentaux votées par d'autres assemblées démocratiques il y a plus de cent ans ? Ces questions peuvent faire sourire les spécialistes, mais elles sont légitimes et il est nécessaire d'y répondre. Après tout pourrait-on parler d'un approfondissement de la démocratie si nos déclarations des droits n'étaient que des versions profanes des « Tables de la Loi » ou de tout autre Vérité révélée ?

3. Cette remarque nous met sur la voie car elle renvoie à la qualité démocratique du « bloc de constitutionnalité » si cher à notre ami Favoreu. Ce bloc tire-t-il son autorité de la profondeur philosophique de son contenu, de l'ancienneté de son emprise culturelle sur notre système politique ou d'une réelle supériorité démocratique ? La hauteur de vue des pères fondateurs et des grands réformateurs des siècles passés est évidente, mais elle ne confère *en soi* à leur production qu'une autorité intellectuelle et morale et pas la moindre autorité démocratique. Il en va de même de l'ancienneté de nos principes fondamentaux : pourquoi les choix des révolutionnaires de 1789, des réformateurs de la Troisième République conquérante ou de la Libération s'imposeraient-ils aux citoyens de 2004 ? Du point de vue de la légitimité démocratique - et de ce seul point de vue bien sûr - le peuple souverain d'aujourd'hui n'a pas de comptes à rendre ou de révérence à marquer aux peuples souverains d'hier et d'avant-hier.

A une condition, et à une condition seulement : qu'il s'agisse bien aujourd'hui comme hier de décisions du peuple souverain. Or c'est là que se révèle toute l'intelligence politico-juridique de la décision du Conseil constitutionnel du 16 juillet 1971. Car le bloc de constitutionnalité qu'elle paraît construire, et qu'on lui a souvent reproché d'avoir construit artificiellement, est directement et expressément extrait du texte adopté par les Français au référendum du 28 septembre 1958. Texte qui comprend la Constitution et son Préambule dont le premier alinéa déclare : « *Le peuple français* proclame solennellement son attachement aux droits de l'homme et aux principes de la souveraineté nationale tels qu'ils ont été définis par la Déclaration de 1789,

confirmée et complétée par le préambule de la Constitution de 1946 » dont le premier alinéa déclare que *le peuple français* « réaffirme solennellement les droits et libertés des citoyens consacrés par la Déclaration de droits de 1789 et par les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République » et dont le deuxième déclare « Il proclame en outre comme particulièrement nécessaires à notre temps les principes politiques, économiques et sociaux ci-après... ». Le constituant de 1958 avait vu large et il a été largement suivi par le peuple souverain. Il n'est pas besoin de rappeler ici que le référendum du 28 septembre 1958 est l'une des occasions où le peuple français s'est prononcé avec le plus d'empressement et d'unité : 85% de électeurs ont voté et 79% de ces votants ont approuvé le projet de Constitution. C'est donc bien sans hésitation ni murmure que la fée populaire a consacré, d'un coup de sa baguette magique référendaire, la légitimité démocratique du préambule de 1958 et a rénové par là-même celle de la Déclaration des droits de 1789 et du préambule de 1946, y compris dans sa référence aux principes fondamentaux reconnus par les lois de la République. Et c'est justement l'un de ces principes qui est invoqué par le Conseil dans sa décision du 16 juillet 1971. On a parlé d'existentialisme juridique à propos de cette décision au motif que l'existence du bloc de constitutionnalité aurait longtemps précédé son essence. Je crois au contraire que l'essence démocratique du bloc a longtemps précédé son existence avant qu'elle ne soit tardivement reconnue.

4. A partir de cette reconnaissance, le Conseil constitutionnel est en droit de retourner la question de la légitimité démocratique au Parlement. Comment, en effet, les lois ordinaires votées par la majorité des *représentants du peuple*, élus dans des circonscriptions où le prisme des intérêts personnels, catégoriels, locaux ou conjoncturels ne favorise pas l'affirmation de la volonté générale, pourraient-elles être créditées de la même teneur démocratique que le choix fondateur *du peuple souverain* exprimé par un vote direct lors du moment constituant ?

Le Conseil constitutionnel, d'ailleurs, n'a pu que reconnaître lui-même la suprématie de ce vote direct en 1962 en déclarant son incompetence à juger de la constitutionnalité d'une loi référendaire parce que de telles lois « adoptées par le peuple français à la suite d'un référendum constituent l'expression directe de la souveraineté nationale » (décision du 6 novembre 1962). Si, selon les termes de la

décision du 23 août 1985, « la loi votée [sous-entendu par le Parlement] n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution » et peut donc être légitimement soumise au contrôle de constitutionnalité, une loi adoptée directement par le peuple échappe à ce contrôle du fait de sa nature démocratique *par essence*. Reconnaissons pourtant que la suprématie du vote direct des citoyens, incontournable du point de vue de la logique démocratique, peut paraître parfois politiquement, culturellement, sociologiquement et pratiquement discutable. Bien des parlementaires de toutes obédiences partageraient sans doute encore l'opinion exprimée par Paul Reynaud le 5 novembre 1962 à la tribune de l'Assemblée suivant laquelle : « les représentants du peuple, ensemble, sont la nation, et il n'y a pas d'expression plus haute de la volonté du peuple que le vote qu'ils émettent après une délibération publique ». Et bien des observateurs de la vie politique ajouteraient peut-être que la distinction est parfois douteuse et la frontière parfois poreuse entre le référendum et le plébiscite dont l'emballement populiste peut faire regretter la maturation du débat parlementaire préalable à une décision éclairée.

5. Ces réserves, dont on ne peut ignorer le caractère élitiste pour ne pas dire notabiliaire, ne peuvent évidemment pas remettre en cause la hiérarchie des normes du point de vue de la démocratie. Mais elles incitent peut-être à mieux distinguer le moment législatif ordinaire et le vrai moment constituant. On peut craindre que le second ne se réduise dans certaines circonstances à la seule ouverture d'une procédure de révision de la Constitution, dont la multiplication risquerait de ramener le changement du pacte fondamental à la simple poursuite de la politique ordinaire par d'autres moyens. Comme l'a bien montré Bruce Ackerman dans son « *We the People, Foundations* », le moment constituant correspond au contraire à une mobilisation exceptionnelle du peuple souverain à l'occasion d'un grand débat dont l'enjeu apparaît essentiel pour l'orientation de la démocratie. Privées de cette conjoncture qui leur donne leur véritable sens, des réformes secondaires, ou de simple confort pour les pouvoirs constitués pourraient en se multipliant détourner le peuple de l'exercice nécessaire et réfléchi de sa souveraineté.

Le Conseil constitutionnel l'a bien compris, qui ne recourt à la censure - incitation implicite à la révision - qu'en dernier ressort, quand les réserves d'interprétation sont inopérantes ou n'ont pas été précédemment écoutées. Cette prudence conforte

assurément sa légitimité démocratique ; et la conjonction de ces deux vertus pourrait justifier à mon humble avis que le Conseil ne soit plus tenu systématiquement tenu à l'écart de la révision de la Constitution. En retrouvant ma casquette de membre de la Commission Vedel pour la révision de la Constitution, je proposerais volontiers une réforme de l'article 89 en introduisant le Conseil constitutionnel dans la procédure de révision, à une place modeste, mais néanmoins conforme à sa mission de légataire des grands mouvements et des grands moments constitutifs qui ont nourri notre pacte fondamental. Cette réforme pourrait décider par exemple que le Conseil devrait obligatoirement rendre un avis public sur tout projet ou toute proposition de réforme constitutionnelle. Mais la portée de cet avis serait différente dans les deux modalités de la révision. Dans le cas d'une révision adoptée par la majorité qualifiée des membres du Parlement réuni en Congrès, cet avis serait purement consultatif. Dans le cas d'une révision adoptée à la majorité simple des deux assemblées et soumise à référendum, l'avis du Conseil pourrait être suspensif : s'il était négatif, le référendum ne pourrait avoir lieu avant un délai d'un an afin de garantir l'approfondissement du débat constitutionnel avant le verdict populaire.

Je ne suis pas certain que cette proposition ne soit pas trouvée scandaleuse, en dépit de sa modestie, par les contempteurs patentés du « gouvernement des juges ». Mais il me semble qu'elle mettrait fin à l'anomalie qui fait que l'autorité publique la plus compétente en matière constitutionnelle soit la seule à ne pas se prononcer sur la réforme de la Constitution. Et, plus encore, qu'elle permettrait de restaurer le caractère exceptionnel du moment constituant où les institutions régénèrent leur légitimité à leur source démocratique.

Trente ans après les immenses progrès apportés par l'affirmation du bloc de constitutionnalité et l'ouverture du contrôle de constitutionnalité à l'opposition, c'est sans doute dans des directions de ce genre que l'on pourrait imaginer de nouvelles avancées de la démocratie constitutionnelle.

Alain Lancelot

Professeur émérite des Universités

Ancien Membre du Conseil constitutionnel