

Les institutions de 1958 et l'Etat de droit

Robert BADINTER

« Les institutions de 1958 et l'État de droit », *Espoir* n°85, 1992

Lorsque le Président Bernard Tricot m'a demandé de participer à vos travaux, j'ai accepté avec plaisir parce que j'étais intéressé particulièrement par ce retour en arrière. Contrairement à un certain nombre d'entre vous qui seront appelés à témoigner éventuellement sur ce qu'ont été les rapports du général de Gaulle et du Conseil constitutionnel, sur la conception d'origine du Conseil constitutionnel, ce sont pour moi des thèmes universitaires. J'ai vu se développer le Conseil constitutionnel pendant la période où le général de Gaulle assumait la Présidence de la République, tout à fait de l'extérieur.

L'idée donc, de retour aux sources me séduisait et chacun sait, qu'en définitive, l'on ne comprend et l'on ne sait que ce que l'on a étudié la plume à la main, et, le rapport que vous m'avez invité à faire m'a donné l'occasion, ce dont je vous remercie, d'essayer de fixer très exactement ce que je crois être la conception d'origine du général de Gaulle sur le contrôle de constitutionnalité et révolution de sa pensée

A - Pourquoi un Conseil Constitutionnel ?

1) Un projet à rencontre de la tradition républicaine

Il est certain qu'il y avait là rupture avec le passé. Chacun d'entre nous sait que pour des raisons diverses, le contrôle de constitutionnalité et le concept même de contrôle de constitutionnalité étaient contraires à la tradition française. Je sais bien que l'on se plaît toujours à évoquer les propos de Sieyès sur un jury constitutionnaire, que l'on peut évoquer les deux Sénats impériaux, qui étaient plutôt de nature à faire rejeter l'idée de contrôle de constitutionnalité qu'à l'enraciner dans la République.

Il est difficile de dire que le Comité Consultatif Constitutionnel de la IV^e République constituait en soi autre chose qu'une approche extrêmement prudente à une forme de contrôle que la tradition républicaine refusait. Pourquoi la tradition républicaine le refusait-elle ? Est-ce l'attachement excessif à la prééminence de la volonté générale, d'ailleurs à mon sens mal interprétée, s'exprimant par la volonté des représentants du peuple ? Est-ce que l'on refusait la hiérarchie des normes ? Est-ce tout simplement parce que, pour les républicains, il n'y avait pas de souveraineté qui puisse s'exprimer autrement que dans le cadre du Parlement ?

En tout cas, depuis la III^e République, l'hostilité fondamentale à toutes formes de censure juridictionnelle, de « gouvernement des juges », très mauvaise expression — bien que française — était une constante de la sensibilité des républicains. D'où cette question initiale : Pourquoi dans cette atmosphère, le général de Gaulle a-t-il voulu l'instauration d'un contrôle

de constitutionnalité confié à un organe particulier ? Après tout, on aurait pu choisir d'introduire le contrôle de constitutionnalité dans le cadre judiciaire.

2) Les conceptions du Général

On ne peut pas dire qu'à cet égard la littérature gaullienne soit très abondante. Le général de Gaulle ne s'est pas beaucoup exprimé sur le Conseil Constitutionnel.

Si je me réfère au texte fondateur, celui auquel lui-même se rapporte toujours, c'est-à-dire le Discours de Bayeux, il n'y est faite aucune mention du contrôle de constitutionnalité. J'en ai déduit que, puisque le Général disait qu'il y avait, depuis douze ans, fixé l'essentiel, un contrôle de constitutionnalité n'était pas essentiel à ses yeux.

3) La rédaction de la Constitution

A partir de là, j'ai analysé les travaux préparatoires de 1958. La première trace que nous trouvons du Conseil se trouve dans la deuxième rédaction de l'avant-projet de la Constitution soumis le 30 Juin où apparaît un « Comité Constitutionnel » composé de neuf membres. Le général de Gaulle d'ailleurs utilisera souvent le terme de « comité » même après que le Conseil Constitutionnel est né.

Ce Comité est composé de neuf membres nommés pour dix ans : quatre membres sont nommés par le Président de la République, deux par le Président du Sénat, deux par le Président de l'Assemblée Nationale et le neuvième est coopté. J'ai noté aussi, avec un certain sourire, que dans ce projet d'origine, le Président était élu par le Comité constitutionnel en son sein après la cooptation.

En ce qui concerne l'Article E, il énonce le principe du contrôle de constitutionnalité. Si le Comité constitutionnel déclare la loi inconstitutionnelle, celle-ci ne peut être promulguée ; par conséquent, c'est déjà le système actuel. Mais, ce qui ne manquera pas de faire sourire, le projet concevait déjà une saisine judiciaire.

Il est inscrit à l'Article VI ceci : « Le Comité constitutionnel pourra connaître de la constitutionnalité d'une loi sur la demande de la Cour de Cassation ou du Conseil d'Etat statuant au contentieux », en précisant « pour autant que ladite loi constitue la cause d'un jugement à rendre par la juridiction dont émane la demande ». Donc, le projet d'origine prévoyait un contrôle de constitutionnalité à la fois, a priori et a posteriori, à la fois d'origine politique et judiciaire, celui-ci à l'initiative du Conseil d'Etat et de la Cour de Cassation.

De surcroît, dans le projet d'origine, dû à M. Michel Debré et à son « équipe de jeunes juristes tirés du Conseil d'Etat », il était indiqué que non seulement le Conseil d'Etat, mais aussi le Premier Ministre, pouvaient demander au Conseil constitutionnel son avis sur toutes les difficultés nées de l'application de la Constitution.

4) Le Conseil Constitutionnel, « chien de garde » du Parlement et des élections nationales

Pourquoi cette rupture avec la tradition de la République ? Nous sommes dans le domaine des hypothèses, il faut les fonder avec raison ; encore faut-il être prudent et ne pas trahir la pensée des auteurs de la Constitution et, particulièrement, celle du général de Gaulle.

Il apparaît que la création du Conseil Constitutionnel était liée à deux considérations essentielles. L'une d'ordre institutionnel, l'autre, à mon sens, d'ordre politique. En ce qui concerne l'équilibre institutionnel, la déclaration du Garde des Sceaux, M. Michel Debré, faite lors de la présentation du projet devant le Conseil d'Etat, précise : « Ce qu'il nous faut, c'est une arme contre la déviation du régime parlementaire ».

En d'autres termes, l'équilibre constitutionnel établi peut être compromis si le Parlement peut souverainement passer toute loi et déterminer son règlement organique et un organe dire « Non » et censurer la rupture d'équilibre qui surviendrait par une initiative parlementaire que l'on ne pourrait pas interdire. Il n'y a pas de doute que le Conseil constitutionnel est né de la volonté de veiller à ce que l'équilibre initial ne soit pas rompu par le Parlement à son avantage. Il est certain que le général de Gaulle ne souhaitait pas voir naître une Cour suprême mais seulement un contrôle destiné à contenir « l'ubris » parlementaire.

Un deuxième aspect apparaît aussi plus politique qu'institutionnel ; c'est le problème du contrôle des élections nationales, celles du Président de la République, des députés et des sénateurs.

Le Président de la République n'est plus élu par le Parlement comme au temps de la III^e ou de la IV^e République, mais par un vaste collège électoral. Si une contestation s'élève, qui va juger de la validité, de la régularité de l'élection du Président de la République ? A quelle autorité juridictionnelle soumettre, dans ce cas là, un contentieux toujours possible ? Au Conseil d'Etat pour lequel le général de Gaulle ne nourrissait pas une tendresse particulière ? L'élection des maires pouvait être soumise au contrôle du Conseil d'Etat. Pas celle du général de Gaulle, Président de la République. Au Parlement réuni en Congrès ?

Impossible. Donc, par définition, il fallait une instance spécifique pour connaître du contentieux de cette élection présidentielle.

D'autre part, s'agissant des députés et des sénateurs, on avait, à juste titre, des souvenirs fâcheux de certaines invalidations et, notamment, celles intervenues au début de la législature de 1956 s'agissant des députés poujadistes. Ces considérations politiques commandèrent donc d'instaurer une instance particulière qui connaîtrait de ce contentieux : le Conseil constitutionnel paraissait tout désigné pour l'assumer.

B — Pourquoi ce Conseil constitutionnel ?

Si la nécessité de l'institution apparaît aussi clairement, s'agissant de sa compétence, de ses pouvoirs, de sa saisine, il faut essayer de déceler ce qui a pu, chez le général de Gaulle, le faire opiner en tel sens plutôt qu'en tel autre. L'inspiration, je le rappelle est : « pas de Cour suprême », ou plus précisément : « pas de Cour constitutionnelle ».

Il ne s'agit que de contrôler les élections nationales et de maintenir le Parlement dans ses limites. D'où la limitation de la saisine aux quatre plus hauts personnages de l'Etat. Il n'était pas envisageable pour le général de Gaulle que le Conseil puisse bénéficier d'une auto-saisine. En outre, s'agissant d'un organe de surveillance du Parlement, il était exclu de donner aux parlementaires le droit de le mettre en œuvre. On écarte aussi la saisine par les juridictions et on n'envisage pas de la donner aux justiciables. Bref, on conçoit un conseil « fermé » et non pas un conseil « ouvert ». De même, il est hors de question d'étendre le respect de la Constitution aux principes visés dans le Préambule de la Constitution.

La question a été posée au cours des travaux préparatoires et le Commissaire du Gouvernement, M. Janot, a été extrêmement précis à ce sujet en déclarant devant le Comité consultatif constitutionnel : « Mais ni la Déclaration ni le Préambule n'ont, dans la jurisprudence actuelle, valeur constitutionnelle. Leur donner valeur constitutionnelle aujourd'hui, au moment où on crée un Conseil constitutionnel, c'est aller au-devant de difficultés considérables, et c'est s'orienter dans une très large mesure vers ce gouvernement des juges, que beaucoup d'entre vous croyaient redoutable ».

Le pouvoir du Conseil de donner des avis est réservé au seul cas de l'Article 16, donc tout à fait exceptionnel. En revanche, le contrôle des lois organiques et des règlements des Assemblées est obligatoire. Nous avons une déclaration du général de Gaulle sur ce point dans les Mémoires d'Espoir : « J'invite le Gouvernement à saisir le Conseil constitutionnel des règlements que tentent de se donner les Chambres et qui excéderaient leurs attributions. Par cette voie, les règlements seront amendés ». Le texte n'est pas d'une rigoureuse précision juridique mais cela n'a pas d'importance, la pensée, elle, est claire.

La même inspiration se traduit dans les dispositions procédurales et dans le statut des membres. La procédure n'est pas judiciaire puisqu'on ne veut pas de juridiction : par conséquent, tout est secret, rien n'est contradictoire. Quant au statut des membres, il a toujours suscité une curiosité ironique de la part des juristes et a toujours été pour moi un sujet d'étonnement. Je ne sais si c'est un costume que l'on a taillé sur mesures pour certains membres.

J'ignore qui l'a conçu, comment cela s'est décidé. Mais il me paraît à la fois excessivement restrictif là où il ne conviendrait pas qu'il le soit, et tout à fait laxiste là où il conviendrait qu'il ne le soit pas. Sans doute, on ne permet pas à un membre du Conseil d'être député, sénateur ou ministre. Mais il peut exercer toute autre fonction élective. Rien n'empêcherait le Maire de Paris, de Lyon ou de Marseille, d'être membre du Conseil constitutionnel. Conçoit-on que pareille fonction ne soit pas une politique ?

A l'inverse, les obligations de réserve en ce qui concerne les membres du Conseil constitutionnel me paraissent contraires à la Constitution car chacun sait qu'au regard de la Déclaration des Droits de l'Homme, la liberté d'expression est un des droits les plus précieux de l'être humain. Si l'on considère qu'un membre du Conseil constitutionnel ne peut prendre aucune position publique sur aucune question susceptible de faire l'objet d'un projet de loi — ce qui exclut du champ de l'interdiction les projets de révision constitutionnelle — comme à peu près tous les sujets sont susceptibles de faire l'objet de projets de loi, cela voudrait dire en clair qu'un membre du Conseil ne pourrait parler en public de rien de ce qui concerne le temps présent, pas plus qu'il ne pourrait faire cours sur aucune matière.

Pareille interdiction est contraire à la Déclaration des Droits de l'Homme car elle dépasse de très loin la légitime et nécessaire obligation de réserve qui s'impose à tous ceux qui assument une fonction juridictionnelle. Et obligation que ne connaît nulle part aucun membre des juridictions constitutionnelles. Fort heureusement, les membres du Conseil ont su s'en libérer tout en conservant la réserve nécessaire. Cela nous a valu de conserver notamment les professeurs Waline et Luchaire dans leurs activités universitaires, pour la plus grande satisfaction des étudiants et des collègues.

S'agissant des activités, comme c'est une occupation qui n'est pas à plein temps, on a considéré que les membres du Conseil peuvent tout faire : être président ou directeur de sociétés, commerçants en leur nom personnel, (que se passerait-il si l'un d'entre eux était placé en liquidation judiciaire ?). Ils peuvent être avocat et plaider toutes affaires, donner des consultations à la condition d'être prudent, c'est-à-dire de ne pas en donner qui soient susceptibles d'être — la formule est équivoque — « publiquement produites », donc des consultations à fin privée.

Ce régime étonnant d'incompatibilités inscrit dans une loi organique, n'était pas adapté au devenir du Conseil constitutionnel. Mais il traduit bien la pensée des pères fondateurs : le Conseil était un organe qui devait fonctionner rarement et qui, par conséquent, ne pouvait intéresser que des retraités de la République ou être l'accessoire décoratif de l'activité principale d'un membre du Conseil.

C — Les rapports du général de Gaulle et des conseillers

1) Les nominations

Dans une institution qui naît, les premiers choix ont une importance considérable parce qu'ils sont révélateurs de l'idée que se font de l'institution ses fondateurs. Le premier Président du Conseil constitutionnel, M. Léon Noël, Ambassadeur de France, fidèle du général de Gaulle et grand serviteur de l'Etat, fut nommé pour six ans. Le Président Patin, Président de la Chambre criminelle et grand juriste, fut désigné pour trois ans. Enfin, M. Georges Pompidou fut nommé pour neuf ans. Ceci m'a laissé, je l'avoue, perplexe ; peut-être pourra-t-on lever le voile du mystère. Pourquoi pour neuf ans ?

- Intervention de M. Goguel : « C'était le plus jeune des trois ! ».

En 1959, penser que M. Pompidou restait pendant neuf ans au Conseil, cela m'est apparu singulier. C'est un homme encore jeune dont chacun savait les grandes ambitions et qui jouissait d'une réputation considérable.

On pouvait penser que pendant neuf années, il n'allait pas rester à l'écart de la vie politique. J'ai trouvé à ce sujet une lettre très intéressante du général de Gaulle adressée à M. Georges Pompidou, Directeur général de la Banque Rothschild : « 24 Février 1959 : Mon Cher Ami, au moment où je viens de vous désigner; comme membre du Conseil Constitutionnel pour neuf ans, je reçois votre lettre me faisant part de votre désir de renoncer dans sa totalité au traitement auquel ces hautes onctions vous donnent droit ».

Je tenais à lire cette lettre car elle est tout à l'honneur de M. Pompidou et n'était joint destinée à publication.

Autre détail, M. Léon Noël a été choisi mais il semble que dans la pensée initiale du général de Gaulle, le Premier Président du Conseil constitutionnel aurait dû être le Résident René Coty. Une lettre adressée par lui au Président Coty en fait état. Le président Coty a-t-il refusé par anticipation ou bien avait-il été pressenti.

En tout cas, le général de Gaulle lui écrit : « En ce qui concerne la présidence du Comité, j'ai déféré à votre intention de ne pas l'exercer, intention que M. Merveilleux du Vignaux m'a fait connaître de votre part. Il est vrai que, pour les anciens présidents de la République, le fait qu'ils sont membres de droit et qu'ils ne prêtent pas serment, les places dans des conditions très différentes de celles où se trouvent les autres membres. D'autre part, comment eût-on, peut-être, interprété le choix qui eût été fait de l'un d'eux par rapport à l'autre ? »

Mais ce projet illustre l'idée qu'il se faisait à la fois de la fonction et des sentiments qu'il vivait à l'égard de M. Coty qui l'auraient incité à ce choix. Pour les autres nominations faites par le général de Gaulle, le Professeur Waline a succédé au Président Patin, M. Bernard Chenot a remplacé A. Pompidou en 1962, c'est-à-dire qu'il y a une succession de postes marqués d'une suite rapide de titulaires. M. Chenot a remplacé Georges Pompidou le 25 Avril 1962, le 27 Août 1964 M. André Deschamps a remplacé M. Chenot et le 23 Février 1968, M. Sainteny a succédé à M. Deschamps, c'est un mandat de neuf ans qui a connu beaucoup de titulaires, et nous savons tous que le Président Palewski a succédé au Président Léon Noël, M. Palewski étant aussi un homme très proche du Général.

J'ai relevé dans la correspondance du général de Gaulle que son influence ne se limitait pas à son pouvoir de nomination directe. Le 24 Août 1961, le général de Gaulle écrit à Edmond Michelet : « Comme je vous l'ai dit hier, Mon Cher Ami, mon intention arrêtée est de vous nommer au début de l'année prochaine, membre du Conseil constitutionnel ».

A cet égard, M. Foyer lèvera-t-il un coin du voile ? Était-ce une compensation au fait qu'il était appelé à quitter prochainement la Chancellerie pour voir un éminent juriste lui succéder, nous le saurons peut-être. Mais en tout cas, le 9 février 1962, M. Michelet est nommé non pas par le général de Gaulle mais par le Président Chaban-Delmas ; c'est dire qu'il considérait avoir la maîtrise des nominations aussi du côté du Président de l'Assemblée Nationale. Je rappelle que M. Michelet a démissionné de ses fonctions du Conseil le 4 avril 1967 ayant été élu à l'Assemblée Nationale le 12 mars 1967. Ainsi, on a vu un membre du Conseil constitutionnel encore en exercice se présenter à une élection nationale à Quimper...

2) L'activité du Conseil constitutionnel

On ne peut pas dire que pendant la présidence du général de Gaulle, elle est été débordante. Dans la période qui va de mars 1959 à avril 1969, soit dix années, le Conseil constitutionnel a eu à connaître, en tout et pour tout, de six saisines ! Cinq du Premier Ministre, et une très célèbre du Président du Sénat, celle sur le référendum de 1962. Hormis ce moment historique réduit à son activité ordinaire, cinq saisines du Conseil constitutionnel en dix ans, c'est très peu... Et l'on conçoit que l'on ait ouvert très largement aux membres du Conseil constitutionnel la possibilité de faire autre chose. De surcroît, il s'agissait essentiellement de délimiter le domaine d'application de l'article 34, matière qui n'est pas toujours passionnante.

- La mise en œuvre de l'Article 16

La mise en œuvre de l'Article 16 intervient au moment de l'affaire des Généraux, la Constitution prévoyant que le Conseil constitutionnel doit être consulté ; nous avons par M. Léon Noël, tiré de ses mémoires, un témoignage très intéressant sur ce qui s'est passé : il a réuni le dimanche matin, à 9 h 30, les membres du Conseil constitutionnel et leur a demandé, comme il le convenait, leur opinion sur la mise en oeuvre de l'Article 16, puisqu'il fallait apporter, sans délai, l'avis au général de Gaulle.

M. Léon Noël dit que tout le monde a été d'accord sauf un membre qui s'est posé la question en disant : « Mais c'est plutôt l'état d'urgence que la mise en oeuvre de l'Article 16 qui est en cause ». Et le Président Léon Noël dit que deux des membres qui étaient des juristes ont été impressionnés par cet argument ; il est facile de voir qui pouvaient être ces juristes au sein du Conseil constitutionnel. Après discussion, le Conseil unanime a décidé que l'on pouvait considérer que les conditions d'application de l'Article 16 étaient réunies.

Le Président Léon Noël précise : « Oui, l'unanimité a été acquise mais le Conseil, finalement, a souhaité que l'avis favorable soit transmis au général de Gaulle sous la réserve que l'on ne s'en serve que si lui-même sentait que l'on avait atteint ce point ultime où la mise en œuvre de l'Article 16 était nécessaire ». Cependant, le Président Noël n'a pas voulu que cette réserve soit mise dans le texte, il a convaincu ses collègues en leur précisant : « Je vais faire part de vos réserves ou plutôt de votre indication au général de Gaulle ».

A cette condition, le texte a été voté. Le Président Léon Noël s'est alors rendu à l'Elysée où il a trouvé le général de Gaulle extrêmement tendu, ce que l'on conçoit, et plus anxieux, qu'à son habitude. Et là, Léon Noël remet l'avis au Général et raconte avec franchise : « Compte tenu de l'atmosphère dramatique que j'ai rencontrée là, je n'ai pas jugé bon de lui faire part de la réserve que les membres du Conseil avaient formulée en ce qui concerne l'utilisation de leur avis », c'est-à-dire qu'il a été le messenger infidèle du Conseil !

Doit-on l'en blâmer ou non ? Je laisse la question ouverte. Sans doute qu'entre la douceur du Palais Royal et la tension qui régnait à cet instant à l'Elysée, le changement d'atmosphère devait être saisissant. Une chose est de débattre d'une situation au Palais Royal, une autre, de la ressentir dans le bureau de l'Elysée au moment d'une révolte de généraux.

3) La réforme constitutionnelle de 1962

Le deuxième grand moment du Conseil Constitutionnel pendant cette période est la réforme constitutionnelle de 1962. Je n'ai pas besoin de rappeler ce qu'était l'enjeu et je n'ai pas besoin de rappeler le tumulte et la passion qui régnaient aussi bien dans les milieux politiques que dans les milieux juridiques. Le problème est évoqué tout naturellement devant le Conseil constitutionnel et la première question qui se pose à lui est : » Est-ce que — alors que la Constitution ne le prévoit pas — le Conseil est habilité à donner une sorte de recommandation officieuse au Président de la République en matière de référendum ? ».

A cet égard, le Conseil, après avoir délibéré, considère qu'il doit faire parvenir un avis officieux et tenu secret. Le Conseil dit : « Révision par la voie de l'Article 89, oui ; Article 11, non », c'est-à-dire qu'il prend la position la plus juridique. Le Président Léon Noël fait part de cette opinion, restée secrète d'ailleurs, et qui n'était pas obligatoire dans la Constitution. C'est vraiment une initiative du Conseil à l'égard du Général, et il y a dans les mémoires de Léon Noël un passage extraordinaire dans lequel il raconte qu'il va expliquer au général de Gaulle : « Mon Général, la Constitution est la Constitution, l'Article 89 est clair, c'est par la voie de l'Article 89 que doit passer votre révision constitutionnelle ». Tout le monde n'était pas d'accord, on le sait, avec cette interprétation.

A la présentation du Président Noël, le Général répondit : « Il serait loisible au Sénat de s'opposer indéfiniment à toute réforme constitutionnelle alors que le Président de la République et, à cause de l'éventualité d'une dissolution, l'Assemblée Nationale ne le pourraient point — Ce serait illogique et absurde, observait-il, et le Constituant ne saurait impliquer des conséquences absurdes » — le Constituant ici avec une majuscule, étant par définition l'auteur de la Constitution — l'argument est impressionnant et, je le reconnais, m'a impressionné. Nous savons ce qu'il advint ensuite, ce fut la voie de l'Article 11 qui fut choisie avec le succès que l'on connaît, et la question reposée et un nouvel épisode tumultueux de la vie du Conseil constitutionnel.

Après le succès du référendum, le Conseil fut saisi à nouveau. On connaît sa réponse : les lois adoptées par le peuple à la suite d'un référendum constituent l'expression directe de la souveraineté nationale. Je n'imagine pas en effet que le Conseil constitutionnel, comme le dictateur de Brecht, puisse censurer le peuple, c'est-à-dire le souverain.

4) Un « Conseil révérencieux, non pas complaisant »

Quels sont les rapports du Général et du Conseil, dans cette période ? Ce que j'ai relevé en analysant la correspondance, notamment avec les Présidents du Conseil constitutionnel, ce sont des témoignages renouvelés de confiance qui se renforcent au fil des ans du général de Gaulle à l'égard de l'institution qu'il a fait naître. Ainsi le 29 Septembre 1967, il a écrit au Président Palewski au sujet d'attaques très vives contre le Conseil constitutionnel : « Je trouverai moi-même l'occasion de condamner des attaques aussi injustes et de montrer en quelle estime l'opinion publique doit tenir le Conseil constitutionnel qui a toujours su se montrer digne de la haute mission qui lui est confiée par une loi fondamentale ».

Je ne dissimule pas le plaisir que j'ai eu à lire ces lignes. D'autant plus que la phrase : « En quelle estime, l'opinion publique doit tenir le Conseil constitutionnel » aujourd'hui s'écrivait : « En quelle estime l'opinion publique tient le Conseil Constitutionnel » si je me reporte aux sondages, eux-mêmes constants sur ce point dans les quinze dernières années, depuis que le Conseil constitutionnel existe aux yeux du public.

Le 5 Avril 1969, le Général fit savoir au Conseil qu'il tiendrait compte de ses avis concernant le projet de loi constitutionnelle soumis au référendum, avec l'absence de succès que l'on sait. Le Conseil, il faut le reconnaître, se conduisait de façon très modeste. C'était un Conseil jeune qui cherchait à s'affirmer. Il était fort prudent. On le voit dans une circonstance intéressante. C'est au moment des élections législatives de 1959. J'ai appris ce qu'avait été la réaction du Conseil, grâce à une confidence publiée par le Président Noël.

A propos des élections dans les départements d'Algérie, le Président Noël écrit : « Quant aux élections algériennes, j'ai la conviction de ne trahir aucun secret en reconnaissant que si les circonstances historiques avaient été différentes, il aurait fallu les annuler presque toutes. Le Conseil constitutionnel recula devant la perspective de provoquer en Algérie de nouvelles consultations. S'il y en avait eu, les manoeuvres, les pressions diverses, les irrégularités auraient été aussi nombreuses et de nature peut-être à faire couler le sang ». C'est là où je dis que l'exigence intense du parquet, mais qui relève quand même de la raison politique, l'a emporté sur des considérations purement juridictionnelles puisque la première phrase est très claire : « Si des circonstances avaient été différentes, il aurait fallu les annuler presque toutes ».

Les Présidents du Conseil constitutionnel nourrissaient à l'égard du père de la Constitution une considération et une révérence particulière qu'eux-mêmes nous rapportent. A cet égard, les correspondances entre le général de Gaulle et les Présidents Noël et Palewski sont très claires ; on le voit très bien dans les récits même du Président Léon Noël — la façon dont il raconte ses visites au Général, la façon dont il s'adresse à lui —, et dans les écrits du Président Palewski.

Celui-ci, dans ses Mémoires d'Action s'en explique avec beaucoup de franchise ; je cite : « Tant que le siège présidentiel avait été occupé par le général de Gaulle, le Conseil constitutionnel avait été rangé par les critiques du régime, au nombre des béni-oui-oui », (je trouve d'ailleurs, qu'ici, le Président Palewski traduit en termes courtois des propos infiniment plus vifs). A cet égard, je dois plaider coupable. En effet, il me semblait absurde d'expliquer à l'auteur de la Constitution de quelle manière celle-ci devait être appliquée. Quand, à cet égard, j'exprimais de timides réserves, le Général avait beau jeu de m'expliquer les raisons précises qui lui avaient fait adopter tel article, et je ne pouvais retourner la Constitution contre son auteur ».

Dans un autre texte paru en 1982 : « Tant que le général de Gaulle, dit le Président Palewski, était à la tête de l'Etat, il me semblait avoir, à propos de la Constitution, une autre conception que l'auteur même de la Constitution. En d'autres termes, devant le Père fondateur, il était impossible à l'interprète de faire valoir une interprétation autre que celle qu'il avait et lui expliquer ce que devait être l'interprétation constitutionnelle était impossible puisque l'auteur de la Constitution, c'était lui ».

D — Vers de nouveaux pouvoirs ?

La question n'est pas indifférente. Après dix ans où la Constitution avait évolué, où le Conseil avait eu l'occasion de rendre quelques décisions très intéressantes, comment le Général voyait-il l'avenir de la Constitution ? Les Présidents du Conseil constitutionnel ont eu dès l'origine la tendance tout à fait naturelle de vouloir accroître les pouvoirs de l'institution qu'ils présidaient.

1) Le Président Noël et le domaine référendaire

Le Président Noël, le 13 Décembre 1962 — les choses sont terminées en ce qui concerne la modification constitutionnelle — vient remettre au général de Gaulle une note sur le référendum d'octobre 1962 pour indiquer un certain nombre de modifications possibles afin d'améliorer la technique référendaire ; il y a toujours une note qui suit la tenue des référendums où on évoque tel ou tel inconvénient auquel il faut remédier, quelquefois plus. « J'insistais, dit le Président Léon Noël, sur l'avantage qu'il y aurait pour l'autorité du Conseil constitutionnel à ce que, en pareille matière, ses attributions fussent élargies afin de lui permettre de se prononcer sur le principe même du référendum et sur son objet ».

Le général de Gaulle répond, pas directement d'ailleurs à en croire Léon Noël, qu'il n'est pas mécontent que le Conseil constitutionnel ait donné un avis critique sur le projet, qu'il est satisfait qu'il ait manifesté ainsi son indépendance ; d'autres témoins ont dit le contraire, et notamment M. Soustelle a dit que le général de Gaulle avait eu une crise de colère épouvantable lorsque le Conseil constitutionnel, avant le référendum, avait fait savoir qu'il souhaitait que l'on utilisât la voie de l'Article 89. Je ne sais pas ce qu'est la vérité historique.

D'après Léon Noël, en tout cas après le succès du référendum, il évoque le Conseil constitutionnel et ajoute à son propos : « Evidemment, on aurait pu appliquer une autre conception et créer une véritable Cour suprême », sans éclairer autrement le concept. Mais dans ce cas, dit le Général, et c'est intéressant, il aurait fallu donner à l'institution une autre composition.

2) Le Président Palewski et le contrôle a posteriori

Beaucoup plus intéressantes sont les propositions faites par le Président Palewski au général de Gaulle à plusieurs reprises pour l'élargissement de la mission du Conseil constitutionnel. La première est de juillet 1968. Nous avons sur ce point la réponse du général de Gaulle dans « Lettres, Notes et Carnets » en date du 11 Juillet 1968, et j'ai voulu voir ce qu'avait été la question parce que la réponse du Général est elliptique.

Un procès-verbal de 1968, conservé au Conseil constitutionnel, rapporte les propos suivants du Général : « Au cours de notre entretien du 4 Juillet, vous m'avez remis un avant-projet résumant les modifications que vous souhaiteriez voir apporter à la Constitution et à la loi organique pour élargir la mission du Conseil constitutionnel ». Il n'y a pas de raison que ce document demeure secret ; ne doit demeurer secret que ce qui a trait aux délibérations et aux avis qui sont remis même au Président de la République. Ici, c'est une correspondance entre le

Président du Conseil constitutionnel et le Président de la République qui n'a aucun caractère de secret, elle concerne le devenir de l'institution. J'ai été très intéressé par cette note qui est très longue, près de douze pages. Un grand nombre de modifications sont suggérées ; les unes concernent l'Article 7, elles ne sont pas importantes, c'est la dernière qui est intéressante.

Dans la dernière, le Président Palewski écrit en juillet 1968. « Proposition tendant à l'addition à la Constitution d'un article 61 bis ; exposé des motifs après dix ans d'expérience : « Il paraît opportun d'étendre la compétence du Conseil constitutionnel à un domaine qui à ce jour lui est soustrait : celui du contrôle a posteriori de la constitutionnalité des lois ». Le texte de cette proposition est le suivant : « Le Conseil constitutionnel se prononce sur la conformité à la Constitution des textes législatifs qui peuvent lui être déférés par le Vice-président de la Cour de Cassation à l'occasion des instances engagées devant ces juridictions ».

Pour la petite histoire, je n'avais pas eu connaissance de ceci avant que le Président Tricot ne m'ait invité à me pencher sur l'histoire des rapports du général de Gaulle et du Conseil constitutionnel, ma découverte à cet égard est relativement récente et je la dois évidemment, comme toujours, à l'efficacité incomparable de M. Genevois, Secrétaire général du Conseil constitutionnel, qui a retrouvé cette note.

La réponse du général de Gaulle est singulière : « Reconnaître (au Conseil constitutionnel) une compétence générale et non plus limitative n'irait pas, vous le savez, à rencontre des sentiments de confiance et d'estime qu'il a su mériter de ma part ». Il ajoute cette réserve dont la portée n'est pas claire pour moi : « Il faut craindre toutefois qu'une modification en ce sens ne porte en elle le germe d'une atteinte aux prérogatives du Président de la République telles qu'elles sont définies à l'Article 5 de la Constitution ».

Je suis resté, je le dis très franchement, étonné parce que l'on ne voit pas en quoi cet élargissement de la compétence du Conseil constitutionnel pouvait porter atteinte à l'Article 5 définissant les pouvoirs du Président de la République. Là, le Président Tricot m'a fait l'amitié de me dire que le général de Gaulle lui en avait parlé, il nous révélera tout à l'heure ce qu'il en est. Mais sur l'Article 5, pour moi, c'est un mystère juridique. Puis, il s'agit des cas de vacance du Président de la République, ce qui le préoccupait beaucoup. « Un contrôle sur les actes en cas de vacance du Président de la République, en cas d'empêchement constaté, ne présenterait pas le même inconvénient (nous savons ce qu'il en est advenu), il y a une mesure qui mérite réflexion ».

J'ai demandé à M. le Président Tricot de bien vouloir me dire ce qu'il avait éventuellement relevé dans ses notes comme traces de conversation entre le général de Gaulle et Gaston Palewski au sujet de l'accroissement des pouvoirs et voici la réponse de M. Tricot : « Je n'ai malheureusement rien trouvé. Il est vrai que ces notes sont très fragmentaires. Je peux cependant confirmer, qu'au cours de cette période le général de Gaulle m'a dit qu'il venait de recevoir la visite du Président du Conseil constitutionnel (donc, c'est bien le 4 juillet, puisqu'on peut le dater par la correspondance du général de Gaulle), et que celui-ci lui avait soumis diverses suggestions tendant à accroître le rôle du Conseil.

Le Général, dont chacun connaissait la sympathie pour Gaston Palewski avait, me semble-t-il, accueilli sa demande avec une certaine bienveillance. Le Général échangea quelques réflexions avec moi ; je me souviens lui avoir dit qu'avant de modifier les textes, il fallait que le Conseil prenne dans la pratique plus d'autorité qu'il n'en avait alors. Le Général se rallia très vite à cette opinion et ne me parla plus de cette affaire qui n'eut pas de suite ». Cependant, le

Président Palewski, qui visiblement tenait à cet élargissement du pouvoir du Conseil constitutionnel et au contrôle a posteriori des lois votées par le Parlement, est revenu à la charge, notamment au moment où le référendum de 1969 a pris corps. Le 18 février 1969, il a adressé une lettre au général de Gaulle dans laquelle il remet à nouveau la question en avant.

Dans cette lettre, le Président Palewski évoque, ce qui est très significatif, la cérémonie de l'échange des vœux à l'Élysée dans laquelle il avait à nouveau avancé au général de Gaulle la possibilité d'ouvrir le contrôle de constitutionnalité a posteriori, le Président du Conseil d'État ou le premier Président de la Cour de Cassation saisissant le Conseil constitutionnel des lois afin de vérifier leur constitutionnalité.

Et dans sa lettre, le Président Palewski dit au général de Gaulle : « M. le Président de la République, si je prends la liberté de vous écrire cette lettre, c'est que dans votre réponse avant l'allocution du Jour de l'An, vous avez bien voulu évoquer le dialogue qui s'était institué quant à une certaine extension du rôle dévolu au Conseil constitutionnel par la Constitution » ; suit la reprise de la demande d'élargissement de la saisine du Conseil constitutionnel aux Présidents des deux hautes juridictions en le motivant cette fois-ci plus fermement : « Dans le cadre du projet référendaire, évidemment, le Sénat disparaissant pour ne pas renaître sous une autre forme de ses cendres, il y a raison nouvelle d'élargir la saisine du Conseil puisqu'il n'y aura plus, à cet égard, le Sénat pour jouer le rôle d'une chambre de réflexion et d'amélioration des textes.

Donc, il est Important de renforcer le mécanisme et les cas de contrôle de constitutionnalité, donc, a fortiori, faut-il faire du contrôle de constitutionnalité a posteriori ». Le général de Gaulle a répondu en lui disant le 3 mars : « Ainsi que je vous l'ai dit le 18r janvier dernier, je ne suis pas opposé à ce que, dans l'avenir, certaines possibilités de modifications à apporter aux attributions du Conseil constitutionnel puissent être considérées ». Ce n'est pas très favorable mais c'est quand même dans le style du Général, me semble-t-il, plutôt une ouverture qu'un refus. Peut-être M. Tricot ou M. Foyer seront-ils à même de nous décrypter cette réponse.

Tout s'achève avec cet échange de lettres car nous sommes en mars 1969. In fine, le général de Gaulle considérait donc comme possible un élargissement du pouvoir du Conseil constitutionnel du contrôle a posteriori que souhaitaient déjà certains de mes prédécesseurs. Vous connaissez mon attachement à cette réforme nécessaire. A cet égard aussi, je vous remercie, M. le Président, de m'avoir donné l'occasion de vérifier que le Conseil constitutionnel était marqué depuis sa naissance par la continuité plutôt que par le changement y compris à travers la constance des vues de ses présidents successifs.