

«L'Excelsior du Palais Royal, ou l'imprévisible ascension du Conseil constitutionnel français», in: Im Dienst an der Gemeinschaft: Festschrift für Dietrich Schindler zum 65. Geburtstag, Bâle/Francfort-sur-le-Main 1989, pp. 655-672.

## L'Excelsior du Palais Royal, ou l'imprévisible ascension du Conseil constitutionnel français

JEAN-FRANÇOIS AUBERT

1. Chacun se souvient encore des origines de la Cinquième République française: une décolonisation douloureuse, d'inquiétants émeutiers, une population énervée, un homme d'Etat qui sortait de l'ordinaire et, comme ils font souvent là-bas après les grandes secousses, une nouvelle Constitution. La quatorzième ou la quinzième depuis la prise de la Bastille, on ne savait plus au juste. Curieux, d'ailleurs, cette confiance dans le papier, pour des gens qui passent pour être plutôt sceptiques. Naturellement, les observateurs étrangers se sont dépêchés de lire le texte: ce qui vient de France, même si cela ne dure pas très longtemps, est tout de même intéressant.

2. Dans le texte, ils ont d'abord vu DE GAULLE; c'était normal et, sur ce point, ils ne se sont pas trompés. Ils ont aussi vu la diminution de l'Assemblée nationale, un léger rehaussement du Sénat; là encore, dans l'ensemble, l'impression était correcte. Mais le plus piquant, c'est de dénombrer les erreurs d'optique qui ont été commises à cette occasion. On a cru l'œuvre éphémère: elle tient depuis trente ans. On a, au contraire, attaché de l'importance à la Communauté franco-africaine, on s'est même demandé gravement s'il ne s'agissait pas là d'une forme inédite de fédéralisme: la Communauté s'est volatilisée deux ans plus tard<sup>1</sup>. On a pressenti dans le Sénat l'allié naturel du Président: ils se sont bientôt détestés<sup>2</sup>. On a pris le référendum pour un mode ordinaire de gouvernement: il n'a vraiment servi que trois fois<sup>3</sup>. Ceux qui avaient la fibre parlementaire ont protesté contre la limitation du domaine de la loi: cette limitation n'était qu'un trompe-l'œil<sup>4</sup>. Mais c'est le Conseil constitutionnel qui a inspiré les plus monumentales bêtises.

1 Loi constitutionnelle du 4 juin 1960 revisant les art. 85 et 86 de la Constitution.

2 A cause des événements de l'automne 1962: décision du Président De Gaulle, de reviser la Constitution par un référendum direct, sans le concours du Parlement; violente opposition du Sénat, en particulier de son Président, M. Monnerville, etc.

3 Deux fois pour le règlement du problème algérien (janvier 1961, avril 1962); la troisième fois pour l'introduction de l'élection du Président de la République au suffrage universel (octobre 1962, voir la note précédente). Les trois autres référendums se sont soldés par un échec (avril 1969) et deux demi-fiascos (avril 1972, novembre 1988).

4 Sur l'expansion du domaine de la loi, voir, par exemple, PIERRE PACTET, Institutions politiques, Droit constitutionnel, 8<sup>ème</sup> éd., Paris 1986, p. 497-499; ANDRÉ HAURIOU/JEAN GICQUEL/PATRICE GÉLARD, Droit constitutionnel et institutions politiques, 8<sup>ème</sup> éd., Paris 1985, p. 887-896.

3. Les ouvrages sur le jeu d'échecs rapportent que SAM LLOYD, un fameux problémiste du dix-neuvième siècle, présentait parfois un diagramme à ses amis, en les priant d'indiquer une pièce qui ne ferait certainement *pas* mat<sup>5</sup>. Et les amis, pour être sûrs, désignaient un pion innocent, éloigné du roi noir et resté sur sa case de départ. C'est ainsi, pouvons-nous dire, qu'en 1958 le Conseil constitutionnel disputait au Conseil économique et social la lanterne rouge du prestige. A ses amis émerveillés, SAM LLOYD montrait alors que le pion négligé, parcourant en cinq coups l'échiquier, se transformait en dame et donnait le mat. On a appelé cela le thème «Excelsior». Il nous semble qu'il s'est produit quelque chose de comparable avec le Conseil constitutionnel: sans doute n'a-t-il pas donné le mat, on admettra qu'il ne le pouvait pas, mais en trente ans il est monté très fort. Nous aimerions retracer ici l'Excelsior du Palais Royal<sup>6</sup>.

### *I. La création du Conseil constitutionnel*

4. Il fallait d'abord, évidemment, que le pion fût mis en place et cela n'allait pas du tout de soi. En 1958, la tradition française n'était pas favorable à un contrôle judiciaire des actes du Parlement: la Cour de cassation et le Conseil d'Etat étaient là pour faire respecter les lois, non pas pour les juger, et les trois tentatives, d'ailleurs fort hypocrites, d'établir des gardiens attirés de la Constitution (un Sénat sous chacun des Bonaparte, un Comité du temps de la Quatrième République)<sup>7</sup> n'avaient été que des gestes dépourvus d'effet. Il y avait donc déjà quelque chose d'inhabituel à prévoir, dans la nouvelle Constitution, une autorité qui, avant leur promulgation, «se prononcerait sur la conformité des lois à la Constitution» (art. 61); surtout une autorité dont les membres, non rééligibles, n'auraient, à la différence d'anciens modèles, rien à espérer ni à craindre du pouvoir politique.

5. Il est vrai que l'innovation fut présentée avec infiniment de tact. Si l'on excepte deux compétences considérables, mais dont l'exercice serait vraisemblablement peu fréquent (la constatation de l'empêchement du Président, selon l'art. 7, et l'avis sur le recours du Président aux pouvoirs extraordinaires prévus à l'art. 16), ainsi que l'attribution, guère critiquée, du contentieux électoral, le Conseil constitutionnel

<sup>5</sup> Voir, par exemple, ANDRÉ CHÉRON, *Les échecs artistiques*, Lausanne 1934, p. 145.

<sup>6</sup> Sur le Conseil constitutionnel, voir notamment: FRANÇOIS LUCHAIRE, *Le Conseil constitutionnel*, Paris 1980; LOUIS FAVOREU/LOÏC PHILIP, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 4<sup>ème</sup> éd., Paris 1986 (ci-après, G. D.); JEAN RIVERO, *Le Conseil constitutionnel et les libertés*, 2<sup>ème</sup> éd., Paris 1987; LEO HAMON, *Les juges de la loi*, Paris 1987; JACQUES ROBERT, *Conseil d'Etat et Conseil constitutionnel*, *Revue du droit public* (ci-après, R. D. P.), 1987, p. 1151-1180; et le n° 13 de la revue *Pouvoirs*, nouvelle édition, Paris 1986.

<sup>7</sup> Art. 21 de la Constitution de l'An VIII (1799); art. 26 de la Constitution de 1852; art. 91 de la Constitution de 1946.

aurait pour tâche principale, aux dires des initiés<sup>8</sup>, de tenir le Parlement en lisières et de lui interdire l'entrée dans le domaine du Gouvernement. Ceci se comprend si l'on observe que la nouvelle Constitution entendait limiter le pouvoir législatif du Parlement à des matières énumérées (art. 34) et confiait au Gouvernement le soin de régler lui-même les matières qui n'étaient pas dans l'énumération (art. 37 I). Il incomberait donc au Conseil constitutionnel d'assurer le respect de ce partage de compétences d'un genre nouveau. Tout un système était même organisé à cette fin: à côté de la saisine contre la loi votée (art. 61, voir ci-dessus, n° 4), il en était créé une contre les initiatives et les amendements parlementaires (art. 41 II), ainsi qu'une procédure d'avis conforme donné au Gouvernement (art. 37 II). En conclusion, il semblait bien que le Conseil ne serait qu'un rouage, intéressant mais modeste, de la partie instrumentale de la Constitution.

6. La manière dont la Constitution réglementait la saisine ne faisait d'ailleurs que corroborer cette impression. La saisine était sans doute obligatoire pour les lois dites organiques (art. 61 I); mais ces lois, comme leur nom l'indique, ne touchaient guère qu'à l'organisation des pouvoirs publics<sup>9</sup>. Les autres lois n'étaient examinées que sur demande et la faculté de demander l'examen était réservée à quatre personnages politiques: le Président de la République, le Premier Ministre, le Président de l'Assemblée nationale et celui du Sénat (art. 61 II, version initiale).

7. Pendant douze ans, tout se passa comme on l'avait prévu. Le Conseil constitutionnel s'en tint à la fonction que les auteurs de la Constitution avaient pensé lui assigner. Il vérifia, généralement à la demande du Premier Ministre, la conformité d'une quarantaine de dispositions législatives à des règles d'organisation ou de compétence et la nia pour huit d'entre elles<sup>10</sup>; il rendit surtout de nombreux avis selon la procédure de l'art. 37; bref, il se comportait vraiment comme un rouage, et même comme un rouage de tout repos.

<sup>8</sup> Devant le Comité consultatif constitutionnel, en août 1958, le représentant du Gouvernement disait que la «Constitution» que garderait le Conseil constitutionnel ne comprenait pas le Préambule; voir, sur cet épisode des travaux préparatoires, LOUIS FAVOREU (éd.), *Cours constitutionnelles européennes et droit fondamentaux*, Aix-Marseille 1982, p. 57, 212.

<sup>9</sup> Il y a lieu d'adopter une «loi organique» dans les cas où la Constitution le prescrit (art. 46 I). Exemples: art. 6 II, 13 IV, 23 II, 25 I, etc.

<sup>10</sup> Voir la statistique citée au n° 17; R. D. P., 1987, p. 444.

## II. *Le Conseil constitutionnel prend son essor : la protection des droits fondamentaux*

8. Grand fut l'étonnement du monde politique français et des professeurs de droit du continent lorsque fut publiée la décision du 16 juillet 1971<sup>11</sup>. Il faut dire que, cette fois-ci, ce n'était plus, comme d'habitude, le Premier Ministre qui cherchait à se défendre contre un écart du Parlement; c'était le Président du Sénat<sup>12</sup> qui prenait plaisir à mettre dans l'embarras, tout à la fois, la majorité de l'Assemblée nationale et le Gouvernement. Il est facile de comprendre, en effet, qu'en ce temps-là, quand le Gouvernement marchait d'accord avec sa majorité parlementaire, le Président du Sénat était pratiquement le seul personnage qui pouvait s'aviser d'en appeler au Conseil constitutionnel. Et on devine qu'il ne le ferait pas pour contrôler un point de procédure.

9. L'acte soumis à l'examen du Conseil était une loi qui ajoutait quelques alinéas à celle du 1<sup>er</sup> juillet 1901 sur les associations<sup>13</sup>. L'un de ces alinéas permettait de subordonner l'acquisition, par une association, de la capacité juridique à un contrôle judiciaire préalable, lorsque l'autorité administrative soupçonnait cette association d'être fondée sur une cause ou en vue d'un objet illicite. L'alinéa fut déclaré «non conforme à la Constitution» par l'effet d'une suite de syllogismes qu'il vaut la peine de rapporter ici.

10. a) La Constitution de 1958, au sens où le mot est pris en son art. 61 (ci-dessus, n° 4), comprend aussi son Préambule.  
 b) Le Préambule renvoie à la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, ainsi qu'au Préambule de la Constitution de 1946.  
 c) Le Préambule de la Constitution de 1946 «réaffirme les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République».  
 d) Ces principes font donc partie de la Constitution de 1958.  
 e) La liberté d'association, entendue comme le droit des particuliers de former des associations sans contrôle préalable ni administratif, ni même judiciaire, est un principe fondamental reconnu par la loi de 1901, qui est une loi de la République.  
 f) La disposition soumise à l'examen du Conseil subordonne la formation de certaines associations à un contrôle judiciaire préalable.  
 g) Elle n'est donc pas conforme à un principe fondamental reconnu par une loi de la République.  
 h) Par conséquent, elle n'est pas conforme à la Constitution.

11 44 DC; G. D., n° 20, p. 239.

12 M. A. Poher, qui avait succédé, en 1968, à M. Monnerville.

13 Sur la loi de 1901, cf. JEAN CARBONNIER, *Droit civil*, 15<sup>ème</sup> éd., tome I, Paris 1984, n° 77, p. 382-383.

11. Les spécialistes n'ont pas manqué d'observer que le Conseil constitutionnel avait déjà eu l'occasion de dire, dans une décision de l'année précédente<sup>14</sup>, que le Préambule (de 1958) faisait partie de la Constitution. Mais cette décision, qui concernait d'ailleurs un traité international, avait conclu à la conformité, de sorte que le signe avant-coureur n'a été, comme tant d'autres, aperçu qu'après coup. Pour l'opinion publique, c'est bien la décision de 1971 qui marque le premier pas vers un contrôle protecteur des droits fondamentaux.

12. Mais une audace peut en entraîner une autre. L'inclusion du Préambule dans la notion de Constitution était un progrès somme toute prévisible. En tout cas on savait que la question se posait et que le Conseil devrait la trancher un jour. Ce que, dans l'affirmative, il en tirerait, notamment ce qu'il retiendrait de la référence au Préambule de 1946, était beaucoup plus incertain. On a vu qu'il s'est arrêté à la phrase sur les «principes fondamentaux». Il est vrai qu'il l'a fait, en l'espèce, dans le but modeste de donner valeur constitutionnelle à un article d'une grande loi de la Troisième République et d'assurer ainsi à la très classique liberté d'association une consécration que, chose curieuse, on chercherait vainement dans un autre texte<sup>15</sup>. Mais on ne peut pas ignorer que cette phrase sur les «principes», qui est au fond une référence au deuxième degré, si elle était entendue de manière moins historique, élargirait considérablement le pouvoir du Conseil.

13. Quoi qu'il faille penser de cette supposition<sup>16</sup>, on notera que le Président du Sénat réussit un doublé, le 27 décembre 1973, lorsqu'il obtint encore qu'une disposition fiscale fût jugée contraire au principe de l'égalité «contenu dans la Déclaration des droits de l'homme de 1789»<sup>17</sup>. Il était donc désormais hors de doute que l'ensemble des droits fondamentaux, ceux qu'on pouvait trouver dans le Préambule de 1946 et ceux qui avaient été garantis au commencement de la Révolution, appartenait à la notion de Constitution ou, comme on se mettait à dire, au «bloc de constitutionnalité» protégé par l'art. 61.

14 39 DC; G. D., 1<sup>ère</sup> éd., Paris 1975, n° 23, p. 257.

15 On remarquera que cette technique a pour conséquence que certains articles de lois ordinaires ne peuvent plus être modifiés par des lois ordinaires, mais seulement par des lois constitutionnelles.

16 Il y a controverse, en France, sur le point de savoir si, dans sa jurisprudence ultérieure, le Conseil constitutionnel a abusé du recours à des «principes fondamentaux» écrits nulle part. Un observateur aussi autorisé que M. Favoreu pense que non; R. D. P., 1987, p. 450.

17 51 DC; G. D., n° 22, p. 269. La disposition déferée (un article de la loi de finances pour 1974) accordait aux contribuables la faculté de contester désormais une taxation d'office, à l'exclusion d'une catégorie d'entre eux.

### III. Nouveau progrès: l'élargissement de la saisine

14. Maintenant qu'il était établi que la juridiction du Conseil dépassait le simple cadre d'une «contestation entre organes», le problème de la saisine se présentait sous un jour nouveau. On ne pouvait pas attendre du Président du Sénat qu'il revêtît durablement la fonction d'un procureur des libertés, inspectant successivement toutes les lois qui sortaient de l'Assemblée nationale. Un tel rôle aurait été peu compatible avec l'esprit du bicamérisme et la manière dont il aurait été rempli, trop dépendante de la personne de ce magistrat. Il fallait trouver autre chose.

15. On aurait pu penser à ouvrir les vannes toutes grandes et à permettre la requête des particuliers. Cela aurait posé la difficile question de la qualité pour agir. Et puis, même si on y répondait de façon restrictive, le risque était réel que le Conseil fût submergé de plaintes et que la promulgation des lois en fût sérieusement retardée<sup>18</sup>.

16. Une solution médiane fut retenue, qui consistait à étendre la faculté de saisine à l'opposition parlementaire, à la condition que celle-ci ne fût pas trop faible: le droit de porter une loi devant le Conseil appartiendrait désormais aussi à soixante députés ou à soixante sénateurs. Tel fut l'objet d'une révision de l'art. 61 II de la Constitution, du 29 octobre 1974; elle reste, après quinze ans, l'une des réformes les plus remarquables du temps de M. GISCARD.

17. L'effet de la révision apparaît très bien dans les statistiques. Nous disposons, à cet égard, de celle que le Professeur LOUIS FAVOREU, de l'Université d'Aix-Marseille, a dressée il y a deux ans<sup>19</sup>. Notre collègue, qui est bien l'un des meilleurs connaisseurs du Conseil constitutionnel, a publié le compte des lois annulées entre le mois de mars 1959 et le mois de mars 1987. Le Conseil en était alors à sa 225<sup>ème</sup> décision<sup>20</sup>. Soixante-dix d'entre elles avaient constaté une «non-conformité», qui affectaient cent trois dispositions législatives. Des 225 décisions, 50 dataient d'avant la réforme (15 ans et demi), 175 étaient venues après (12 ans et demi). Des 70 décisions d'annulation, 59 avaient été rendues après la réforme et 57, qui touchaient 90 dispositions, résultaient de la saisine de parlementaires<sup>21</sup>.

18 Voir toutefois, ci-après, la note 49.

19 LOUIS FAVOREU, Les cent premières annulations prononcées par le Conseil constitutionnel, R. D. P., 1987, p. 443-454.

20 Il s'agit bien du contentieux fondé sur l'art. 61 de la Constitution; les autres contentieux (art. 37, élections, etc.) font l'objet d'autres statistiques.

21 R. D. P., 1987, p. 444-445.

### IV. Un pas de plus: les réserves d'interprétation

18. Le contrôle des lois par le Conseil constitutionnel est un contrôle préventif: il se situe avant leur promulgation (ci-dessus, n° 4). Etant préventif, il ne peut être qu'abstrait: les lois comparaissent devant le Conseil avant qu'aucune autorité d'application leur ait donné une interprétation particulière.

19. Le Conseil s'est donc trouvé parfois confronté à une alternative que le Tribunal fédéral suisse connaît bien: quand la loi souffre plusieurs interprétations, faut-il retenir la plus probable et juger la loi en conséquence ou suffit-il, pour écarter le grief d'inconstitutionnalité, de constater que l'une au moins de ces interprétations, même si elle n'est pas la plus probable, n'est pas contraire à la Constitution? On sait qu'en général la jurisprudence va dans le deuxième sens, ce qui fait que, chez nous, un très grand nombre des recours interjetés directement contre les lois (cantonales) est déclaré mal fondé. Le Conseil constitutionnel en a usé de même. Il l'a déjà fait dans une décision isolée, de 1959, qui concernait le règlement de l'Assemblée nationale<sup>22</sup>. Puis le problème semble ne s'être plus posé pendant longtemps. On le voit réapparaître en 1977, lorsque le Conseil dit, dans des termes d'ailleurs volontairement vagues, qu'une loi (la «loi Guerneur») qui impose aux enseignants des écoles privées, en général confessionnelles, le «respect du caractère propre de l'établissement» n'est pas contraire à la Constitution parce qu'«elle ne saurait être interprétée comme permettant une atteinte à leur liberté de conscience»<sup>23</sup>. Mais c'est dans les années quatre-vingt que le procédé devient un véritable instrument de juridiction. Il est utilisé, par exemple, et en des termes beaucoup plus nets cette fois-ci, dans la décision du 20 janvier 1981 sur la loi dite «Sécurité et liberté», où il est dit, en toutes lettres, qu'une disposition qui punit l'entrave à la circulation des chemins de fer «ne saurait viser les personnes exerçant légalement le droit de grève reconnu par la Constitution»<sup>24</sup>. Il arrivera même, à partir d'une décision de 1984, que la réserve soit intégrée dans le dispositif.

20. Cette décision, du 11 octobre 1984<sup>25</sup>, mérite un bref rappel. Il s'agissait, pour le Conseil, d'examiner la loi sur les concentrations dans la presse écrite (dite aussi «loi anti-Hersant»). En son art. 10, la loi fixait, pour une même personne, un plafond de 15% de la diffusion nationale. Énoncée en des termes aussi généraux, une telle règle, qui aurait pénalisé le développement naturel d'un journal, était évidemment inconstitutionnelle. Elle ne cessait de l'être que si elle était appliquée aux seules «prises de contrôle». Comme cette interprétation trouvait un appui dans les travaux préparatoires et dans la systématique de la loi, c'est elle que le Conseil adopta. Mais, après l'avoir dit

22 Décision du 24 juin 1959, 2 DC; G. D., n° 4, p. 36, 38.

23 Décision du 23 novembre 1977, 87 DC; G. D., n° 28, p. 370, 372.

24 127 DC; G. D., n° 34, p. 477, 479-480.

25 181 DC; G. D., n° 40, p. 644, 648, 652.

clairement dans le corps de sa décision, il éprouva le besoin de le répéter dans la formule finale: «sous les strictes réserves d'interprétation énoncées plus haut», les art. 10, etc., de la loi n'étaient pas contraires à la Constitution.

21. La même méthode sera suivie, notamment, dans les grandes décisions du 26 juin<sup>26</sup> et du 2 juillet 1986<sup>27</sup> sur les lois d'habilitation du Gouvernement de M. CHIRAC relatives aux dénationalisations et au nouveau découpage des circonscriptions électorales.

### V. *Toujours plus haut: les directives au législateur*

22. Certains penseront que la technique des réserves d'interprétation n'était que l'accessoire naturel d'un contrôle préventif et abstrait. Et c'est vrai que les autres cours européennes, dans des procédures analogues, la pratiquaient depuis longtemps. Mais le Conseil constitutionnel ne s'est pas arrêté là. Après avoir dit aux administrateurs et aux tribunaux comment la loi devait être appliquée, c'est au législateur lui-même qu'il va s'adresser, pour lui dire comment elle devait être faite.

23. La nouveauté, là-dedans, ce n'est évidemment pas que le Conseil s'adresse à l'auteur de la loi. Les juges constitutionnels font cela partout où ils existent. Seulement, jusqu'à un passé assez récent, c'était surtout pour apprendre au législateur comment la loi ne devait pas être faite. En déclarant une loi contraire à la Constitution, ils lui disaient: pas comme cela, lui laissant le soin de renoncer à la loi ou d'en faire une autre. Ce n'est que depuis peu de temps que certaines cours étrangères s'avisent de lui guider la main, en lui apprenant que la Constitution l'oblige à faire quelque chose, en lui détaillant même parfois ce qu'elle l'oblige à faire et en censurant l'absence ou l'insuffisance de la loi.

24. Quand la Constitution donne, en phrases explicites, un ordre de légiférer, on peut admettre que le juge qui se borne à rappeler son devoir à un législateur oublieux n'adopte pas une attitude particulièrement audacieuse. Il en va autrement quand c'est le juge qui lit entre les lignes et qui découvre lui-même des injonctions auxquelles le constituant n'avait peut-être pas pensé — en attribuant, par exemple, un sens impératif à la reconnaissance de certains buts d'intérêt public ou une signification positive à la garantie des droits fondamentaux. C'est ainsi que l'intérêt public, dont la portée juridique était traditionnellement celle d'une justification des mesures prises par l'Etat et dont la fonction incitative était plutôt considérée comme relevant d'une appréciation politique, devient une source d'obligations; et que les droits fondamentaux, dans

26 207 DC; Année juridique, Droit administratif (ci-après, A. J. D. A.), 1986, p. 575, note J. Rivero.

27 208 DC; A. J. D. A., 1987, p. 263, note J. Boulouis.

lesquels on avait l'habitude de chercher une protection contre les manifestations du pouvoir, sont progressivement interprétés, eux aussi, comme imposant à l'Etat un devoir d'agir. Cette manière de voir les choses, qui est préconisée depuis quelques décennies par un fort courant de la doctrine allemande et suisse<sup>28</sup>, a pris, dans les écrits de certains auteurs, le nom de conception «constitutive» des droits fondamentaux<sup>29</sup> et, pouvons-nous ajouter, de l'intérêt public.

25. Ce qui, dans notre histoire, est absolument remarquable, c'est que, malgré l'inexistence d'un tel courant dans la doctrine française<sup>30</sup>, le Conseil constitutionnel s'est mis tout à coup à juger, il y a environ cinq ans, comme s'il en était devenu l'un des adeptes les plus fervents. Le langage dont il s'est servi fournissant une illustration particulièrement éloquente de cette conception moderne, il nous a semblé intéressant de reproduire ici quelques extraits de ses décisions.

26. Au préalable, un mot encore pour situer ces affaires. Elles concernent le statut de la presse écrite et celui de la communication audiovisuelle<sup>31</sup>.

Une majorité socialiste a voté, en septembre 1984, une loi sur les concentrations dans la presse<sup>32</sup>. Cette loi, amputée de quelques dispositions par l'effet d'une décision du Conseil constitutionnel (du 11 octobre 1984, déjà citée, n° 20), a été promulguée le 23 octobre suivant<sup>33</sup>. Deux ans plus tard, une majorité de droite l'a remplacée par une autre loi, plus douce, promulguée en deux temps, le 1<sup>er</sup> août et le 27 novembre 1986<sup>34</sup>, après avoir, elle aussi, subi l'examen du Conseil (décision du 29 juillet 1986<sup>35</sup>).

28 Sur ce courant, voir un arrêt du Tribunal fédéral suisse, du 18 janvier 1985, ZBl 1985, p. 492, 496, cons. 3a in fine; reproduit dans EuGRZ 1985, p. 465 et ss.

29 JÖRG PAUL MÜLLER, dans le Commentaire de la Constitution fédérale, Introduction aux droits fondamentaux (1987), n° 22 à 24.

30 Du moins ne l'avons-nous pas rencontré. Voir toutefois une certaine manière de comprendre l'art. 34 II, première phrase, de la Constitution; ci-dessous, n° 35.

31 Nous avons choisi le complexe de la liberté d'expression, où le Conseil a clairement développé sa pensée et où il a rendu deux décisions de non conformité. Mais il a eu l'occasion de dire, dans d'autres domaines encore, quoique sans conclure à la non conformité d'une loi, que la Constitution imposait au législateur une obligation d'agir. Par exemple, que la garantie de la liberté d'enseignement interdit de supprimer le subventionnement des écoles privées (décisions du 29 décembre 1984 et du 18 janvier 1985, 184 et 185 DC, citées dans G. D., p. 376-377). Ou encore: que le Préambule de la Constitution de 1946 interdit de dénationaliser certains services publics (décision du 26 juin 1986, 207 DC, citée à la note 21).

32 Pour l'intelligence de ce qui suit, rappelons que l'Assemblée nationale française a eu une majorité de gauche en juin 1981, puis une majorité de droite en mars 1986, puis une majorité de gauche en juin 1988.

33 Dalloz-Législation (ci-après, D. L.), 1984, p. 559.

34 D. L., 1986, p. 423, 539, 542.

35 210 DC; Recueil des décisions du Conseil (ci-après, Rec.), 1986, p. 110.

En matière de radio-télévision, la même majorité a voté une loi de privatisation, également contrôlée (décision du 18 septembre 1986<sup>36</sup>) et promulguée, avec quelques corrections, le 30 septembre suivant<sup>37</sup>. Cette loi, à son tour, a été un peu durcie par la nouvelle majorité de gauche, ce qui a donné lieu à un contrôle de plus (décision du 17 janvier 1989<sup>38</sup>).

Le principe de la «conception constitutive» est clairement posé dans la décision de 1984, sans qu'il en soit encore tiré de conséquences pratiques; celles-ci apparaîtront dans les décisions de 1986.

27. La loi de 1984 visait deux buts principaux: améliorer la transparence financière des entreprises de presse et sauvegarder le pluralisme des quotidiens d'information. Les deux buts sont de nature différente: la transparence nous permet de savoir qui nous informe; le pluralisme, de nous approvisionner à plusieurs sources. Il y a sans doute, entre les deux, un rapport de complémentarité, l'un sans l'autre serait insuffisant: une entreprise transparente pourrait être unique; le pluralisme pourrait résulter d'un obscur enchevêtrement d'intérêts. Mais, à tout prendre, s'il fallait choisir l'un des deux, le pluralisme serait probablement encore plus précieux que la transparence. Nous avons le sentiment, à en juger par les mots qu'il emploie, que le Conseil n'est pas insensible à cette nuance: la transparence est utile, le pluralisme est nécessaire.

28. Voici, en effet, ce qu'il dit de la transparence:

«Considérant que, loin de s'opposer à la liberté de la presse ou de la limiter, la mise en œuvre de l'objectif de transparence financière tend à renforcer un exercice effectif de cette liberté; qu'en effet, en exigeant que soient connus du public les dirigeants réels des entreprises de presse, les conditions de financement des journaux, les transactions financières dont ceux-ci peuvent être l'objet, les intérêts de tous ordres qui peuvent s'y trouver engagés, le législateur met les lecteurs à même d'exercer leur choix de façon vraiment libre et l'opinion à même de porter un jugement éclairé sur les moyens d'information qui lui sont offerts par la presse écrite;»<sup>39</sup>.

La transparence est ainsi taxée d'intérêt public au sens le plus classique du terme; elle justifie une restriction à la liberté individuelle de la presse.

29. Voici maintenant ce que le Conseil dit du pluralisme:

«Considérant que le pluralisme des quotidiens d'information politique et générale auquel sont consacrées les dispositions du titre II de la loi est en lui-même un objectif de valeur constitutionnelle; qu'en effet la libre communication des pensées et des opinions, garantie par

36 217 DC; Rec., 1986, p. 141.

37 D. L., 1986, p. 492. La loi a été complétée par celle, déjà citée, du 27 novembre 1986, D. L., 1986, p. 539, 540-541.

38 248 DC; Journal officiel, 1989, p. 754.

39 G. D., p. 646-647.

l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, ne serait pas effective si le public auquel s'adressent ces quotidiens n'était pas à même de disposer d'un nombre suffisant de publications de tendances et de caractères différents; qu'en définitive, l'objectif à réaliser est que les lecteurs, qui sont au nombre des destinataires essentiels de la liberté proclamée par l'article 11 de la Déclaration de 1789, soient à même d'exercer leur libre choix sans que ni les intérêts privés ni les pouvoirs publics puissent y substituer leurs propres décisions, ni qu'on puisse en faire l'objet d'un marché;»<sup>40</sup>.

On le sent, d'une page à l'autre, les formules ont changé. Le pluralisme n'est pas seulement un objectif dont la mise en œuvre tend à renforcer la liberté; c'est un objectif de valeur constitutionnelle, sans la réalisation duquel la liberté ne serait pas effective. En résumé, la transparence fortifie la liberté, le souci de liberté justifie donc des règles sur la transparence; mais le pluralisme est la condition même de la liberté, ici le souci de liberté commande véritablement des règles sur le pluralisme.

30. Il est vrai qu'en l'espèce, comme on l'a dit plus haut (n° 26 in fine), l'affirmation est restée à l'état de principe. Si les articles de la loi relatifs à la transparence ont bien surmonté l'épreuve du contrôle, le dispositif prévu pour assurer le pluralisme, loin d'être jugé insuffisant, a été, au contraire, littéralement épointé: le Conseil a estimé, en effet, que M. HERSANT jouissait d'une situation acquise et que la règle sur le plafond (ci-dessus, n° 20), valable pour les concentrations futures, ne devait pas lui être appliquée<sup>41</sup>. Ce n'est, finalement, que deux ans plus tard qu'on pourra mesurer la portée de la nouvelle jurisprudence.

31. Dans sa décision du 29 juillet 1986, qui concerne aussi la presse écrite (ci-dessus, n° 26), le Conseil constitutionnel commence par reproduire, mot pour mot, les deux phrases qu'il avait formulées en 1984: la transparence est un objectif, le pluralisme, un objectif de valeur constitutionnelle. Et, de cette différence de langage, dont on a peine à croire qu'elle puisse être le résultat d'une inadvertance, il va tirer maintenant des conséquences effectivement différentes. Les adoucissements que la majorité de droite apportait aux règles sur la transparence ont été considérées comme de simples modalités, qui ressortissent à la libre appréciation du législateur. En matière de pluralisme, il y avait aussi un adoucissement (l'élévation du plafond de 15 à 30%) qui n'a pas été contesté par les auteurs de la saisine et dont le Conseil a sans doute pensé qu'il relevait également de la discrétion législative. Mais il y avait surtout, et c'est ici que l'argumentation va prendre une tournure nouvelle, un «trou» dans la texture de la loi. La loi interdisait à une personne d'acquérir plus de 30% de la diffusion nationale des

40 G. D., p. 648.

41 Bien qu'il disposât de 35% de la diffusion nationale; cf. JEAN MORANGE, Libertés publiques, Paris 1985, n° 189, p. 242, note 26. D'après le Conseil, cette part de 35% «ne méconnaissait pas l'exigence de pluralisme de façon tellement grave qu'il serait nécessaire, pour restaurer celui-ci, de remettre en cause les situations existantes»; G. D., p. 649.

quotidiens d'information (art. 11); elle omettait de l'interdire à plusieurs acquéreurs distincts, mais dépendant tous d'une tierce personne, de sorte que des empires pouvaient encore se créer par personnes interposées. Cette omission inspire au Conseil les lignes suivantes:

«Considérant, dès lors, qu'en l'état de leur rédaction les dispositions de l'article 11, loin d'aménager, comme pouvait le faire le législateur, les modalités de protection du pluralisme de la presse et, plus généralement, des moyens de communication dont la presse est une composante, ne permettent pas de lui assurer un caractère effectif; qu'elles ont même pour effet, par leur combinaison avec l'abrogation de la législation antérieure, de priver de protection légale un principe de valeur constitutionnelle;

Considérant qu'il suit de là que l'article 11 doit être déclaré non conforme à la Constitution; etc.»<sup>42</sup>.

32. Cette fois-ci, nous y sommes: la loi est inconstitutionnelle parce qu'elle est insuffisante. Elle est inconstitutionnelle non pas, comme il arrive ordinairement dans ce genre d'affaires, parce qu'elle va trop loin, mais parce qu'elle ne va pas assez loin. Non pas parce qu'elle porte une atteinte excessive à la liberté des uns, mais parce qu'elle n'offre pas la protection nécessaire à la liberté des autres. Il fallait, dans les circonstances actuelles, pour mieux assurer la liberté des lecteurs, restreindre davantage celle des acquéreurs de journaux.

33. La décision du 18 septembre 1986 transpose ce type d'argumentation à la radio et à la télévision. D'abord le principe, rendu dans des termes très semblables:

«Considérant que le pluralisme des courants d'expression socioculturels est en lui-même un objectif de valeur constitutionnelle; que le respect de ce pluralisme est une des conditions de la démocratie; que la libre communication des pensées et des opinions, garantie par l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, ne serait pas effective si le public auquel s'adressent les moyens de communication audiovisuelle n'était pas à même de disposer, aussi bien dans le cadre du secteur public que dans celui du secteur privé, de programmes qui garantissent l'expression de tendances de caractères différents dans le respect de l'impératif d'honnêteté de l'information; qu'en définitive, l'objectif à réaliser est que les auditeurs et les téléspectateurs, qui sont au nombre des destinataires essentiels de la liberté proclamée par l'article 11 de la Déclaration de 1789, soient à même d'exercer leur libre choix sans que ni les intérêts privés ni les pouvoirs publics puissent y substituer leurs propres décisions, ni qu'on puisse en faire les objets d'un marché;»<sup>43</sup>.

34. Ensuite l'application. Comme la loi sur la communication audiovisuelle, elle aussi, en ses art. 39 et 41, présentait des «trous», qui permettaient également à des personnes habiles et entreprenantes de se constituer, sinon des empires, à tout le moins des fiefs, le Conseil conclut:

42 Rec., 1986, p. 114.

43 Rec., 1986, p. 144.

«Considérant qu'en l'état, les dispositions des articles 39 et 41 de la loi ne satisfont pas, à elles seules, à l'exigence constitutionnelle de préservation du pluralisme, ni dans le secteur de la communication audiovisuelle, ni dans celui de la communication en général; que par suite les articles 39 et 41 de la loi doivent être déclarés non conformes à la Constitution;»<sup>44</sup>.

35. Le Conseil ajoute même à son raisonnement un complément assez inattendu. Revenant au fameux art. 34, qui avait inspiré, à l'origine, tant de craintes illusives (ci-dessus, n° 2 et 5), il dit ceci:

«Considérant qu'aux termes de l'article 34 de la Constitution: «La loi fixe les règles concernant: . . . les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques»; qu'en raison de l'insuffisance des règles énoncées par les articles 39 et 41 de la loi pour limiter les concentrations susceptibles de porter atteinte au pluralisme, le législateur a méconnu sa compétence au regard de l'article 34 de la Constitution;»<sup>45</sup>.

Plaisant retournement des choses. L'art. 34 avait d'abord été considéré comme une limitation du Parlement au profit du pouvoir réglementaire du Gouvernement. Ensuite, par l'effet d'une interprétation large, il avait plutôt contribué à renforcer le Parlement face au Gouvernement<sup>46</sup>. Et voilà maintenant que, dans un emploi tout à fait nouveau, le même article servait à faire prévaloir certains principes matériels de la Constitution (en l'espèce, ceux qui sont nécessaires à l'exercice des libertés publiques) sur le pouvoir d'appréciation des autorités politiques. Comme le contenu de ces principes dépend fortement de l'idée que les juges peuvent s'en faire, le changement de perspective est total: dans la décision de septembre 1986, l'art. 34 ne règle plus, comme il fait d'habitude, le rapport entre le Parlement et le Gouvernement, mais bien la relation, autrement intéressante, entre, d'un côté, le Parlement et le Gouvernement qui l'anime et, de l'autre, le Conseil constitutionnel lui-même<sup>47</sup>.

## VI. Les limites de l'ascension

36. Si notre compte est juste, les juges du Palais Royal se trouvent maintenant sur la septième traverse, à un pas de ce qui, au jeu d'échecs, assure la prépondérance. Il y a cependant de bonnes raisons de penser qu'ils y resteront et qu'ils ne céderont pas à la tentation de «damer le pion» pour dominer les autres. Plus précisément, il y a deux bonnes raisons; l'une qui vient de la procédure; l'autre dont on peut créditer la prudence même des juges.

44 Rec., 1986, p. 149.

45 Ibid.

46 Voir les développements chez PACTET et HAURIU, cités à la note 4.

47 La décision du 17 janvier 1989 n'a fait, sur ces principes, que confirmer celle du 18 septembre 1986.

## 1. Limites de procédure

37. D'abord la raison de procédure. On a vu qu'à plusieurs reprises, le Conseil signifiait aux autorités chargées d'appliquer les lois la manière dont elles devaient les comprendre (ci-dessus, n<sup>os</sup> 19 à 21). C'est là, évidemment, un pouvoir considérable. Mais, pour intéressant qu'il soit, le procédé souffre d'une faiblesse qui est inhérente au système français: le Conseil est absent des phases ultérieures, il n'a pas le pouvoir de veiller à la suite qui est donnée à ses décisions. Le soin de contrôler l'application des lois appartient en effet à d'autres juridictions, à la Cour de cassation pour le droit civil et pour le droit pénal, au Conseil d'État pour le droit administratif, qui jugent tous les deux sans recours. Les choses ne sont pas organisées comme en Allemagne ou en Suisse, où le même tribunal qui s'est prononcé abstraitement sur la loi peut encore être appelé à statuer, plus tard, sur la façon dont cette loi a été interprétée dans les cas d'espèce. Sans doute la Cour de cassation et le Conseil d'État doivent-ils se conformer aux décisions du Conseil constitutionnel (art. 62 II 2 de la Constitution); mais ce principe élémentaire est dépourvu de sanction. Si, par exemple, le Conseil d'État donne à la loi un sens que le Conseil constitutionnel avait délibérément écarté, l'affaire en restera là, il n'y a pas de recours de l'un à l'autre. L'esprit public est aujourd'hui le seul garant de l'unité de la jurisprudence.

38. On vient de voir aussi que le Conseil constitutionnel donnait parfois des mandats au législateur lui-même (ci-dessus, n<sup>os</sup> 31 à 35). Mais, dans le système d'un contrôle purement préventif, il faut d'abord qu'une loi soit faite pour qu'il en puisse dénoncer les insuffisances. Sans loi, il ne peut rien faire, il n'y a pas de recours contre l'inexistence de la loi. Et le défaut de recours n'est pas dû à une retenue que le juge, de manière bien compréhensible d'ailleurs, s'imposerait à lui-même<sup>48</sup>, il vient tout simplement d'une impossibilité de procédure. De même, le mandat une fois donné, il n'y a de nouveau recours que s'il est mal exécuté, il n'y en a pas s'il n'est pas exécuté du tout. Ici encore, on le sent, le pouvoir du Conseil dépend de la bonne volonté du Parlement ou de la pression de l'opinion publique.

39. Il est vrai que la Constitution pourrait faire l'objet d'une nouvelle révision. On en parle quelquefois. Mais il ne semble pas que les Français soient près d'instituer le recours individuel des particuliers à la façon des Allemands et des Suisses. Le Président BADINTER, qui est assurément l'une des personnes les mieux placées pour en juger, disait il y a quelques mois<sup>49</sup> qu'un complément utile serait de permettre à la Cour de

48 Voir l'arrêt du Tribunal fédéral du 18 janvier 1985, cité à la note 28, ZBI, 1985, p. 496-498.

49 Lors d'un entretien publié dans Le Monde du vendredi 3 mars 1989, p. 2, col. 4. Voir, dans le même sens, LOÏC PHILIP, Le Monde du mercredi 2 août 1989, p. 7, col. 6. En revanche, l'idée de saisine individuelle esquissée par le Président de la République dans son entretien télévisé du 14 juillet

cassation et au Conseil d'État de déférer au Conseil constitutionnel, après qu'elle serait entrée en vigueur, une loi qu'ils tiendraient pour viciée. Cette réforme, qui reviendrait à introduire un procédé analogue à celui que l'Allemagne connaît sous le nom de «contrôle concret», modifierait sans doute le caractère uniquement préventif du système actuel<sup>50</sup>; mais on voit bien que le contrôle concret, sans le recours des particuliers, ne changerait pas grand'chose à la situation qui vient d'être décrite.

## 2. Limites que les juges se sont fixées

40. L'autre raison de penser que les juges du Conseil constitutionnel ne cherchent pas à établir leur gouvernement, c'est la considération des limites qu'ils se sont constamment fixées lorsqu'il fallait contrôler l'usage que le législateur avait fait de son pouvoir d'appréciation.

41. En disant cela, nous ne visons pas tellement la formule inventée en 1975<sup>51</sup> et répétée plusieurs fois depuis lors<sup>52</sup>, selon laquelle «l'article 61 de la Constitution ne confère pas au Conseil constitutionnel un pouvoir général d'appréciation et de décision identique à celui du Parlement, mais lui donne seulement compétence pour se prononcer sur la conformité à la Constitution des lois déferées à son examen». Ce n'est pas cette phrase, en effet, qui nous paraît déterminante; d'abord, parce qu'on voit mal que le Conseil ait pu dire autre chose; ensuite, parce qu'elle n'est, au fond, pas rassurante du tout – le contrôle de la conformité des lois pouvant très bien, quand les juges sont entreprenants, tourner au contrôle de l'appréciation. Ce qui compte, c'est bien plutôt le comportement *effectif* du Conseil, la marge qu'il a *réellement*, dans les cas d'espèce, reconnue au législateur. Il y a en particulier deux domaines où le pouvoir politique et le pouvoir judiciaire se frôlent dangereusement; il s'agit d'une part des circonstances qui peuvent justifier une différence de traitement, d'autre part de la constatation de l'intérêt public. Or il se trouve justement que, dans ces deux domaines, le Conseil s'est imposé une très stricte réserve. Voici donc, pour terminer, deux illustrations de cette jurisprudence.

1989 l'a été en des termes trop généraux pour qu'il soit possible d'identifier le type de procédure qu'il avait en vue; cf. Le Monde du dimanche 16 et lundi 17 juillet 1989, p. 7, col. 6.

50 Elle permettrait, par exemple, à la Cour de cassation de déférer au Conseil des articles du code civil ou du code pénal.

51 Décision du 15 janvier 1975, 54 DC; G. D., n<sup>o</sup> 24, p. 291, 294 (sur une loi autorisant, à certaines conditions, l'interruption volontaire de la grossesse, dite «loi Weil»).

52 Voir, par exemple, décision du 20 janvier 1981, 127 DC; citée à la note 24; G. D., p. 479 (sur la mesure de sanctions pénales); décision du 18 novembre 1986, 218 DC; A. J. D. A., 1987, p. 266 (sur le découpage de circonscriptions électorales; voir ci-dessous, n<sup>o</sup> 42).



## a) Sur la question de l'égalité

42. La majorité de droite, issue des élections de mars 1986, s'est empressée de défaire ce que la majorité précédente avait fait. Elle a notamment abrogé la loi électorale de 1985 pour revenir à un système uninominal<sup>53</sup>. Mais il lui fallait, à cette fin, procéder au découpage de circonscriptions.

Dans un premier temps, elle a pensé confier cette tâche au Gouvernement, en lui donnant des directives. Cette loi d'habilitation, soumise à l'examen du Conseil, a été jugée «non contraire» à la Constitution, sous quelques réserves d'interprétation (décision du 2 juillet 1986, déjà citée, n° 21).

Mais l'ordonnance qui en est résultée n'a pas obtenu la signature du Président de la République. Le législateur a donc dû faire le découpage lui-même. Nouvelle saisine du Conseil, suivie d'une nouvelle décision de «non contrariété» (18 novembre 1986<sup>54</sup>). C'est précisément une de ces décisions où le Conseil a pris soin de distinguer sa position de celle du législateur (ci-dessus, n° 41) et il faut convenir qu'il s'est en effet borné à s'assurer que le découpage n'était pas grossièrement inégalitaire, usant ainsi d'un pouvoir d'examen beaucoup plus lâche que certains tribunaux étrangers<sup>55</sup>. Il y a même des observateurs qui estiment que, si le découpage avait figuré dans une ordonnance, le contrôle, qui serait alors échu au Conseil d'Etat, aurait été plus sévère.

## b) Sur la question de l'intérêt public

43. Mais l'exemple le plus célèbre concerne la question de l'intérêt public: nous voulons parler de la mémorable décision du 16 janvier 1982 sur les nationalisations<sup>56</sup>. Le législateur, on s'en souvient peut-être, avait décrété la nationalisation de cinq grandes entreprises, de deux instituts financiers et d'un ensemble de banques assez précisément défini, moyennant la remise aux propriétaires (actionnaires) de titres au porteur immédiatement négociables et remboursables dans un délai relativement court. Les griefs qui lui étaient adressés tenaient essentiellement à la garantie de la propriété et au principe d'égalité.

Sur le principe d'égalité, le Conseil, on s'en doute, s'est montré assez coulant: il a accepté les critères choisis, ainsi que les exemptions prévues, hormis celles qui

53 La loi du 10 juillet 1985 introduisait la représentation proportionnelle à l'échelon départemental; la loi du 11 juillet 1986 rétablissait la majoritaire uninominale à deux tours.

54 218 DC; citée à la note 52. La loi de découpage, complétant celle du 11 juillet, est du 24 novembre 1986.

55 Comme la Cour suprême des Etats-Unis, pour les élections à la Chambre des Représentants: *Wesberry v. Sanders*, 376 U. S. 1 (1964); *Kirkpatrick v. Preisler*, 394 U. S. 526 (1969); *Mahan v. Howell*, 410 U. S. 315, 320 (1973).

56 132 DC; G. D., n° 35, p. 516.

profitaient aux banques coopératives. Mais c'est sur la garantie de la propriété qu'il s'est dit les choses les plus importantes.

44. Etait applicable l'art. 17 de la Déclaration de 1789, qui prescrit que «... nul ne peut être privé (de sa propriété), si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment et sous la condition d'une juste et préalable indemnité»<sup>57</sup>.

Que la Déclaration fût de droit positif n'étonnait plus personne, cela avait été reconnu dès 1973 (ci-dessus, n° 13). Mais l'art. 17 de cet auguste document n'avait encore jamais été invoqué et il posait, pour le rapport entre le législateur et le juge, un problème délicat. Le Conseil l'a résolu avec élégance; il a, si l'on peut dire, coupé la poire en deux. A lui la question de l'indemnité, au pouvoir politique, en principe, celle de la nécessité.

Pour l'indemnité, il a jugé qu'elle était suffisamment «préalable», les titres pouvant être vendus sans retard à bon prix<sup>58</sup>; mais il l'a trouvée «injuste», les entreprises nationalisées ayant été généralement sous-évaluées<sup>59</sup>.

Pour la nécessité... c'est là qu'on attendait le Conseil: les nationalisations étaient-elles vraiment «nécessaires»?

45. Et c'est ici que le Conseil a donné une de ses réponses les plus subtiles:

«Considérant que l'appréciation portée par le législateur sur la nécessité des nationalisations décidées par la loi soumise à l'examen du Conseil constitutionnel ne saurait, en l'absence d'erreur manifeste, être récusée par celui-ci dès lors qu'il n'est pas établi que les transferts de biens et d'entreprises présentement opérés restreindraient le champ de la propriété privée et de la liberté d'entreprendre au point de méconnaître les dispositions précitées de la Déclaration de 1789;»<sup>60</sup>.

On admirera le pilotage. Il y avait deux écueils à éviter, l'abdication et l'usurpation, ils sont habilement contournés l'un et l'autre. Non, le Conseil n'abandonne pas sa fonction: il se réserve d'intervenir dans l'hypothèse extrême d'une loi grossièrement inadéquate (cas de l'«erreur manifeste») ou destructrice de l'institution même de la propriété (cas de la «méconnaissance»). Mais oui, le Conseil sait où son pouvoir s'arrête: comme la Constitution n'impose pas, en matière économique, de régime bien tranché,

57 Soit dit en passant, c'est la manière dont on aurait rendu compte, à la fin du XVIII<sup>ème</sup> siècle, de la jurisprudence du Tribunal fédéral suisse sur les expropriations, si on l'avait connue! Tout y est, en effet: la condition de l'intérêt public (la «nécessité publique»), celle de la base légale («légalement constatée»), celle de la proportionnalité (qui «l'exige évidemment»), celle enfin qui concerne l'indemnité.

58 Rec., 1982, p. 28.

59 Rec., 1982, p. 26-27.

60 G. D., p. 520.

ce n'est pas lui qui, sous couleur d'interprétation, va substituer ses préférences à celles de la nouvelle majorité. Entre le socialisme et le libéralisme, il faut, pour rendre un arbitrage, une autre légitimité, que seul le suffrage universel peut donner. Ici, les tribunaux doivent se taire.

C'est, croyons-nous, à cette sagesse que le Conseil constitutionnel, qui essuie quelquefois la colère d'un ministre ou d'un député, doit de n'être, au cours d'une ascension de trente années, jamais entré en conflit direct avec le peuple français.