

# Rapport de synthèse

**Jean du Bois de Gaudusson**

*Professeur à l'Université Montesquieu Bordeaux IV  
Président honoraire de l'Agence Universitaire de la Francophonie (AUF)*

Je mesure l'honneur qui m'est fait de participer à votre conférence, la 5<sup>e</sup> du genre et de me trouver en présence des plus hautes juridictions du constitutionnalisme en action de la Francophonie. On ne soulignera jamais assez l'utilité de ces réseaux de professionnels dont l'ACCPUF est une excellente illustration et de ces rencontres internationales ; ils sont un facteur de renforcement de la communauté des juristes. Ils sont de précieux lieux d'échanges, où Cours et Conseils, avec d'autres, peuvent s'épauler et se conforter dans les périodes difficiles.

La tâche de votre rapporteur général est plus malaisée que d'ordinaire, en raison de l'impressionnante richesse des contributions, réflexions et débats dont on ne saurait rendre compte dans leur totalité ; il y en a d'autres :

## 1. Un sujet aux contours indéterminés

Le thème retenu est particulièrement difficile à saisir. Comme le relevait l'auteur d'une thèse sur le sujet, Xavier Philippe, la proportionnalité est « plus facile à comprendre qu'à définir » ; et, à plusieurs reprises, on s'est demandé si l'on n'était pas en présence d'une de ces fausses idées claires qui peuplent les systèmes juridiques.

Ainsi que cela est apparu tout au long de la conférence, la proportionnalité est l'objet de multiples interprétations. Elle est entendue tantôt *stricto sensu*, tantôt *lato sensu*, débordant dans ce cas le seul domaine du contentieux ou même du droit. On tend à y voir un principe mais on estime qu'il n'apparaît pas ou si peu et qu'il n'est nulle part, les textes ne s'y référant que rarement.

D'autres considèrent qu'à analyser la jurisprudence, il s'agit beaucoup plus d'une technique juridictionnelle venant enrichir l'arsenal utilisé par le juge pour exercer son contrôle. C'est dans ce dernier sens que se sont orientés nos travaux, incités il est vrai en cela, par la formulation du thème du colloque. Vous avez ainsi pris le parti, judicieux, d'analyser les manières dont la proportionnalité est mise en œuvre et, surtout, comment et dans quelle mesure le juge en assure le respect. C'est bien dans le contrôle, le contrôle de proportionnalité, que résident la réalité et l'intérêt du sujet.

Même ainsi précisé, le sujet n'en est pas pour autant facile à identifier ; les modalités du contrôle rangées sous le label de la proportionnalité sont nombreuses et leurs dénominations si variables qu'elles composent ce que l'un d'entre vous a appelé un « véritable catalogue lexical à géométrie variable », dont l'utilisation est à l'origine de non moins nombreuses confusions.

Quoi qu'il en soit, quelles que soient les difficultés de l'approche, la proportionnalité existe, de façon concrète ou diffuse, sans qu'on le sache toujours ; vous l'avez rencontrée pendant trois jours, ici et dans vos juridictions. Les réponses au questionnaire montrent qu'elle est appréhendée inégalement

par les Cours et les Conseils constitutionnels. La diversité des situations tient à de nombreux facteurs juridiques et extra-juridiques selon que le contrôle exercé par le juge est abstrait ou concret ; selon la nature des rapports officiels et officieux avec les autres pouvoirs constitutionnels qui dépendent en partie du degré de consolidation des Cours ; selon aussi et, surtout, les modes de saisine : ceux-ci obéissent à des règles présentant des différences sensibles qui créent une véritable « échelle d'ouverture » allant de la Tunisie à la Belgique en passant par la France. Ce degré d'ouverture et l'utilisation effective qui est faite des recours ne sont pas indifférents dans la mesure où ils ont pu, du moins dans certaines cours, encourager les évolutions jurisprudentielles et multiplier les occasions de donner consistance à la proportionnalité.

Ces différences entre les juridictions et les jurisprudences de la Francophonie interdisent les généralisations hâtives et la recherche de modèles. On devine les incertitudes des analyses, le caractère mouvant des typologies et la délicate mais nécessaire épreuve consistant à naviguer entre positivisme juridique et positivisme sociologique.

## 2. La forte attractivité de la proportionnalité

Depuis quelques années, la proportionnalité connaît un succès grandissant tant auprès des juges que de la doctrine. On remarque le vif intérêt pour une technique en laquelle on voit un facteur de perfectionnement du contrôle juridictionnel en général et du contrôle de constitutionnalité en ce qui nous concerne. Pour beaucoup, le concept de proportionnalité s'est (et doit être...) progressivement intégré dans la norme et il se situe désormais au cœur du métier du juge constitutionnel, qui lui donne les moyens de son expression.

Cette consécration n'est pas nouvelle en droit – on se souvient du célèbre arrêt Benjamin rendu par le Conseil d'État français en 1933 – ni dans le monde ; dans les pays de *Common Law*, par exemple, la règle du précédent appelle nécessairement le concept de proportionnalité ; l'histoire retient comment celui-ci s'est introduit dans la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis à partir des années 20. Il est aussi mis en œuvre en droit communautaire européen.

Dans les pays de la Francophonie, du moins dans ceux qui partagent le même patrimoine juridique que la France, c'est plus tardivement, à partir des années 80, que le droit constitutionnel s'est emparé de la proportionnalité. Cette prise en considération est dans certains cas prévue par les textes, la proportionnalité étant une condition, expresse de la constitutionnalité de la loi dont le juge assure le respect ; il en est notamment ainsi en droit constitutionnel répressif. Mais, elle est surtout l'œuvre de la jurisprudence qui a développé et officialisé un contrôle longtemps limité, parfois ignoré, mais en réalité sous-jacent parce qu'inévitablement lié à toute mission juridictionnelle.

Ce succès s'inscrit dans le mouvement général du renforcement de l'État de droit et d'approfondissement constant des garanties des droits de l'homme et des libertés dont le droit constitutionnel actuel fait une de ses priorités (pour une partie de la doctrine, ce serait même la seule...). Aujourd'hui, en même temps que l'accent est mis sur cette mission, apparaît aussi l'idée de faire prévaloir d'autres exigences et par conséquent de ne pas ou de ne plus considérer ces droits comme absolus, mais susceptibles d'atteintes, de limites... proportionnées.

Une autre raison de cette référence plus fréquente à la proportionnalité réside dans la multiplication des normes du bloc de constitutionnalité qui peuvent être contraires ou non compatibles et entre lesquelles le juge doit arbitrer. Il s'agit bien d'une des factions majeures du juge constitutionnel que de concilier des normes constitutionnelles d'égale importance et de même niveau.

Moyen de limiter le pouvoir discrétionnaire, le contrôle de proportionnalité est aussi la manifestation de la volonté de refuser le déraisonnable même s'il est, en première analyse... légal ou constitutionnel.

Prévu ou non par la constitution, le contrôle de proportionnalité offre ainsi au juge une solution, pour régler concrètement une série de conflits qui, pour reprendre des exemples que vous avez examinés, opposent : le droit de grève et la continuité du service ; la droit de la mère à disposer de

son corps et le droit de vivre de l'enfant ; la liberté individuelle et d'aller et venir et la défense des fins d'intérêt général ayant valeur constitutionnelle ; la liberté de communication audiovisuelle et les objectifs de valeur constitutionnelle que sont la sauvegarde de l'ordre public, le respect de la liberté d'autrui, la pérennisation du caractère pluraliste des courants d'expression socioculturelle ; le droit de propriété, la liberté d'entreprendre et le principe de nationalisation...

Tous les Conseils et Cours constitutionnels n'ont pas les mêmes occasions de développer ce contrôle – beaucoup dépendant des saisines – et d'affiner leurs techniques : le colloque a permis l'échange de bonnes pratiques et la sensibilisation des participants non seulement à l'intérêt du contrôle de proportionnalité mais aussi aux moyens de l'exercer un peu plus et mieux. Sans toutefois conclure à l'obligation pour tous d'ériger la proportionnalité en un véritable principe.

### 3. Un contrôle politiquement sensible

L'observation pourra surprendre, dans la mesure où la reconnaissance de la proportionnalité est admise et sa généralisation recommandée. Une des tendances de la doctrine n'est-elle pas d'y voir un principe universel et fondamental de la jurisprudence constitutionnelle qui revêtirait la forme d'un principe matriciel ? On sait comment la proportionnalité est allée dans ce sens en lui conférant une valeur constitutionnelle en Allemagne, en Suisse ou en Espagne. Et, plus généralement ne constate-t-on pas une tendance à une réinterprétation des jurisprudences en fonction de ce critère ?

La proportionnalité n'est pas, cependant, sans susciter plusieurs séries de craintes ou de critiques, comme l'ont montré nos discussions. La question peut être posée de savoir s'il n'y a pas dans cette perspective une orientation risquée de nature à remettre en cause des équilibres de l'État ainsi que des principes aussi fondamentaux que la séparation des pouvoirs ? Et, en définitive, ne serait-on pas en présence de ce qui pourrait ressembler à un miroir aux alouettes ?

– Une première crainte tient à l'ambivalence de sa signification ; tel le Janus de Maurice Duverger, le contrôle de proportionnalité en même temps qu'il assure la protection des droits – c'est ainsi qu'il est perçu – devient aussi la justification des limitations voire des atteintes qui leurs sont portées au nom de l'ordre public, de l'intérêt général et d'autres valeurs extra-juridiques telles celles qui ont été évoquées par plusieurs d'entre vous, la cohésion ou l'harmonie sociales.

– N'y a-t-il pas, ensuite, un risque de nivellement entre les différentes libertés et, par l'application répétitive du principe, une menace de réduction de la substance de ces libertés ? En d'autres termes, la proportionnalité ne conduit-elle pas à des solutions médianes, tempérant le caractère fondamental d'une liberté et, par-là, à lui faire perdre l'essentiel de son contenu et à en empêcher la préservation ? Le risque est réel ; mais dans un autre sens, cette confrontation et conciliation des libertés n'est-elle pas inévitable et nécessaire pour les rendre effectives ? C'est précisément un des intérêts de ce type de contrôle que de le permettre.

– Il est enfin permis de s'interroger sur la portée réelle de la reconnaissance souhaitée par de nombreux auteurs d'un principe de proportionnalité. La doctrine allemande offre un exemple intéressant des interrogations des juristes et de leurs hésitations.

Si ce type de contrôle risque, pour certains, d'être plus incantatoire qu'effectif, d'autres estiment au contraire qu'il n'est pas sans danger en raison de l'excessive restriction du pouvoir discrétionnaire des autorités publiques qu'il peut entraîner. Le contenu indéterminé du principe autorise d'incontrôlables extensions, dépendant d'un juge qui en définit les termes de référence. À bien des égards, l'invocation de la proportionnalité n'apparaît-elle pas comme une formule servant d'alibi à une juridiction qui l'emploie pour remettre en cause les décisions prises par les autres pouvoirs,

exécutif et législatif? Admissibles en droit administratif, les techniques de contrôle de la proportionnalité (erreur manifeste d'appréciation, bilan coût – avantage, ...) sont-elles utilisables, tel quel, en droit constitutionnel? Un des maîtres du droit public allemand, Forsthoff critiquait une telle transposition. Derrière ces arguments, se dessine sinon la crainte d'un gouvernement des juges, à tout le moins celle d'une subjectivité du juge résultant du fait que le débat juridictionnel se trouve, pour reprendre le mot de Guy Braibant, en droit administratif, aux confins de la légalité et de l'opportunité, donc... malgré la précaution de style... déjà dans l'ordre de ce dernier; avec d'autres risques, ceux de la politisation de la jurisprudence et en fin de compte d'une insécurité juridique.

Ces critiques ne sont pas propres à la proportionnalité, mais elles ont en ce domaine une portée particulière et ne sont pas sans effet: on se souvient du revirement opéré par la Cour suprême des États-Unis en 1937, en privilégiant le recours à une démarche plus objective, le juge ne vérifiant plus le raisonnable d'un acte mais l'absence de déraisonnable, avec comme conséquence une plus grande latitude laissée au législateur sans pour autant entraîner un recul pour les droits.

On voit toutes les implications du contrôle de proportionnalité ainsi que l'étroitesse de ses liens avec le système politique auquel appartient le juge constitutionnel; on devine combien ce contrôle dépend non seulement de la volonté et de l'intime conviction des juges mais aussi de l'équilibre existant entre les pouvoirs, de la consolidation des cours constitutionnelles et du positionnement des États dans le processus de démocratisation; c'est cet arrière-plan qui donne sa signification à nombre des interventions de ce colloque. C'est là qu'il faut en revenir, pour conclure.

En définitive, plutôt que d'y voir un droit ou un principe, la proportionnalité est avant tout une méthode et désigne un certain nombre de techniques de contrôle. Dans ce sens qui relève du pragmatisme plus que de l'esprit de système, le contrôle de proportionnalité trouve son utilité. Ainsi que le soulignait le premier président Draï « ce qui fait la légitimité du juge, c'est moins sa composition ou son mode de recrutement que la manière dont il s'acquitte de sa tâche, sa préoccupation de rendre des décisions acceptables par ceux qui s'adressent à lui ».

Ce colloque et le choix du thème ont certainement contribué à mieux comprendre les enjeux; c'est donc au juge que revient, comme d'habitude, la responsabilité la plus lourde, celle, ici, d'utiliser, avec mesure, la proportionnalité pour en faire un instrument de contrôle efficace pour lui; mais, dans cet exercice, on ne doit oublier ni le justiciable dont il faut se demander ce qu'il y gagne, ni le pouvoir à l'égard duquel il convient à chaque fois, comme souvent pour un juge constitutionnel mais plus encore avec cette méthode, d'apprécier les frontières de son contrôle...