

# Conseil constitutionnel français

## I. Les sources du principe de proportionnalité

### 1.1. Consécration par la Constitution

En droit constitutionnel français, il n'existe pas de principe général de proportionnalité qui soit imposé par les textes ou déduit d'eux.

En revanche, certaines dispositions imposent, soit la nécessité, soit la proportionnalité de certaines mesures par rapport au but poursuivi, soit l'adéquation des moyens employés au but poursuivi.

### 1.2. Dispositions explicites et formulation

Si l'on exclut le principe d'égalité présent dans tous les textes, la plupart des dispositions qui impliquent un contrôle de proportionnalité figurent dans des textes auxquels renvoie le Préambule de la Constitution de 1958 : la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et la Charte de l'environnement de 2004.

#### Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789

Art. 1<sup>er</sup>. Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits. Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune.

Exigence d'un rapport de nécessité : une distinction opérée de façon disproportionnée par rapport à l'utilité commune violerait ce texte.

Art. 4. La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la loi.

Exigence d'un rapport de nécessité : la mise en œuvre d'une liberté sans limites est disproportionnée si elle nuit à autrui ou est réservée à quelques membres de la société.

Art. 5. La loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la société. Tout ce qui n'est pas défendu par la loi ne peut être empêché, et nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas.

Exigence d'un rapport de nécessité, qui prend en compte les libertés en cause, les circonstances, l'ordre public.

Art. 8. La loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée.

Exigence d'un rapport de nécessité entre l'infraction et la sanction.

Art. 9. Tout homme étant présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable, s'il est jugé indispensable de l'arrêter, toute rigueur qui ne serait pas nécessaire pour s'assurer de sa personne doit être sévèrement réprimée par la loi.

Exigence d'un rapport de nécessité : la détention ou la rétention doit être strictement nécessaire.

Art. 10. Nul ne doit être inquiété pour ses opinions, même religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la loi.

Exigence d'un rapport de proportionnalité.

Art. 11. La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'homme : tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi.

Exigence d'un rapport de proportionnalité.

Art. 14. Tous les citoyens ont le droit de constater, par eux-mêmes ou par leurs représentants, la nécessité de la contribution publique, de la consentir librement, d'en suivre l'emploi, et d'en déterminer la quotité, l'assiette, le recouvrement et la durée.

Exigence d'un rapport de nécessité.

Art. 17. La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité.

Exigence d'un rapport de nécessité.

### Charte de l'environnement

Art. 5. Lorsque la réalisation d'un dommage, bien qu'incertaine en l'état des connaissances scientifiques, pourrait affecter de manière grave et irréversible l'environnement, les autorités publiques veillent, par application du principe de précaution et dans leurs domaines d'attributions, à la mise en œuvre de procédures d'évaluation des risques et à l'adoption de mesures provisoires et proportionnées afin de parer à la réalisation du dommage.

Exigence d'un rapport de proportionnalité.

### **1.3. Autres textes**

Les normes de référence utilisées par le Conseil constitutionnel se trouvent essentiellement dans la Constitution. S'il existe quelques normes de référence « par ricochet » (rares textes auxquels renvoie la Constitution), aucune ne fait directement référence au principe de proportionnalité.

### **1.4. Limites à l'exercice de certains droits et libertés prévues pas la Constitution**

Oui, les droits et libertés peuvent faire l'objet de limitations.

Toutefois, il n'existe pas de disposition générale à cette fin.

Les cas dans lesquels les droits et libertés font l'objet de limitations dans les textes mêmes qui les instituent sont rares. On peut citer, entre autres exemples, l'article 10 de la Déclaration de 1789 qui dispose que « nul ne doit être inquiété pour ses opinions, même religieuses » mais précise « pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la loi ».

La plupart du temps, les limitations de droits fondamentaux résultent des nécessités inhérentes à l'exercice d'autres droits fondamentaux, qui sont de valeur équivalente, en l'absence de hiérarchisation entre ces divers droits.

En vertu de l'article 34 de la Constitution, c'est la loi qui fixe les règles concernant les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques.

Le Conseil constitutionnel rappelle donc constamment « qu'il appartient au législateur, en vertu

de l'article 34 de la Constitution, de fixer les règles concernant les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques »<sup>1</sup>.

Dans l'exercice de cette mission, le législateur doit opérer un travail de conciliation entre les principes constitutionnels susceptibles d'entrer en conflit. La conciliation effectuée par le législateur est contrôlée par le Conseil constitutionnel lorsqu'il est saisi de la loi en cause.

### 1.5. Principes mis en balance

Les exigences de valeur constitutionnelle mises en balance sont nombreuses :

– la sauvegarde de l'intérêt général :

En matière de droit de grève, l'alinéa 7 du Préambule de la Constitution dispose : « Le droit de grève s'exerce dans le cadre des lois qui le réglementent ». Le législateur doit opérer « la conciliation nécessaire entre la défense des intérêts professionnels, dont la grève est un moyen, et la sauvegarde de l'intérêt général auquel la grève peut être de nature à porter atteinte »<sup>2</sup>.

– la continuité du service public :

En principe, le droit de grève s'exerce dans les services publics, mais il « ne saurait avoir pour effet de faire obstacle au pouvoir du législateur d'apporter à ce droit les limitations nécessaires en vue d'assurer la continuité du service public qui, tout comme le droit de grève, a le caractère d'un principe de valeur constitutionnelle »<sup>3</sup>.

– l'ordre public :

La liberté individuelle et celle d'aller et venir doivent être conciliées avec « ce qui est nécessaire pour la sauvegarde des fins d'intérêt général ayant valeur constitutionnelle » comme « la prévention d'atteintes à l'ordre public, notamment à la sécurité des personnes et des biens, nécessaires, l'une et l'autre, à la sauvegarde de droits de valeur constitutionnelle »<sup>4</sup>.

Ces considérations d'intérêt général peuvent être rapprochées de celles qui sont exprimées dans la Convention européenne des droits de l'homme qui prévoient que certaines libertés qui y sont proclamées peuvent faire l'objet de restrictions lorsque ces dernières « constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire. »

C'est ainsi, par exemple, que le Conseil contrôle la conciliation effectuée par le législateur entre :

– « l'exercice des libertés constitutionnellement garanties » et « les besoins de la prévention d'atteintes à l'ordre public et de la recherche des auteurs d'infractions »<sup>5</sup> ;

– « le respect de la vie privée » et « la sauvegarde de l'ordre public »<sup>6</sup> ;

– « le droit à mener une vie familiale normale » et « les exigences de l'ordre public »<sup>7</sup> ;

– « la prévention des atteintes à l'ordre public et la recherche des auteurs d'infractions » et « l'exercice des libertés constitutionnellement garanties, au nombre desquelles figurent la liberté d'aller et venir et le respect de la vie privée » ou encore « la liberté individuelle »<sup>8</sup> ;

– « la liberté d'aller et venir » et « la protection de la sécurité nationale, nécessaires l'une et l'autre à la sauvegarde de droits de valeur constitutionnelle »<sup>9</sup> ;

– « les exigences de l'ordre public et la liberté d'expression »<sup>10</sup>.

1. Déc. n° 2003-467 DC du 13 mars 2003, cons. 20.

2. Déc. n° 79-105 du 25 juillet 1979, cons. 1 ; n° 2007-556 DC du 16 août 2007, cons. 10.

3. Mêmes décisions.

4. Déc. n° 80-127 DC du 20 janvier 1981, cons. 58 et 62 ; n° 2008-562 DC du 21 février 2008, cons. 13.

5. Déc. n° 97-389 DC du 22 avril 1997, cons. 69 à 72.

6. Déc. n° 2003-467 DC du 13 mars 2003, cons. 21 à 27.

7. Déc. n° 93-325 DC du 13 août 1993, cons. 19.

8. Déc. n° 2003-467 DC du 13 mars 2003, cons. 6, 8 et 70.

9. Déc. n° 93-325 DC du 13 août 1993, cons. 103.

10. Déc. n° 2003-467 DC du 13 mars 2003, cons. 104 et 105.

### **1.6. Place de la Constitution (ou d'autres sources écrites) et pouvoir normatif du juge constitutionnel ; rôle de la doctrine ; influence du droit comparé et de la jurisprudence des autres Cours**

La place du juge constitutionnel est primordiale puisque, comme il a été dit, il n'existe pas de principe général de proportionnalité qui soit imposé par les textes ou déduit d'eux. De plus, ces textes sont souvent anciens et doivent faire l'objet d'une interprétation ou d'une actualisation à la lumière des conventions internationales de protection des droits fondamentaux.

### **1.7. Autres sources**

Voir ci-après.

La doctrine a permis au Conseil constitutionnel de conceptualiser et de conforter le contrôle qu'il exerce depuis les années 1980 (travaux, en particulier, de Xavier Philippe et Valérie Le Bihan).

Le contrôle de proportionnalité s'inspire, surtout depuis 1990, des jurisprudences constitutionnelle allemande et communautaire. Dans celles-ci, le principe de proportionnalité et le contrôle qu'il autorise sont ternaires : toute mesure restreignant un droit fondamental doit, pour être proportionnée, satisfaire à une triple exigence d'adéquation, de nécessité et de proportionnalité au sens strict.

## **II. Le contrôle de proportionnalité**

### **2.1. Exercice d'un contrôle explicite ou recours à des notions connexes ?**

Le triple test de l'adéquation, de la nécessité et de la proportionnalité au sens strict n'est ni une technique inventée par le Conseil constitutionnel ni une technique à laquelle il recourt de façon méthodique et généralisée. On trouve peu de cas, contrairement à certaines Cours suprêmes ou constitutionnelles étrangères, où les trois éléments du triple test soient exercés simultanément pour contrôler une limitation d'un droit ou d'une liberté. Généralement, un seul de ces éléments est retenu, parfois deux, rarement trois.

En matière d'égalité, le Conseil constitutionnel exerce un contrôle d'adéquation et de nécessité qui résulte directement du considérant de principe qu'il utilise : « Considérant que le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général, pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit ».

Le triple test n'est pas la seule technique utilisée par le Conseil constitutionnel pour contrôler les restrictions par le législateur des droits et libertés. D'autres techniques viennent le compléter ou s'y substituer. On peut citer ainsi :

- le contrôle de l'absence de dénaturation d'un droit ou d'une liberté.

C'est la protection de la substance. Ce contrôle est de moins en moins utilisé de façon explicite (libre administration des collectivités territoriales...) mais il reste en filigrane, notamment lorsque le Conseil constitutionnel vérifie l'existence et la suffisance des garanties légales d'une exigence constitutionnelle.

- la vérification de l'existence de garanties légales suffisantes.

En revanche, cette technique est de plus en plus utilisée. Elle est à la fois un complément au contrôle de proportionnalité au sens strict mais aussi un substitut efficace. Le Conseil constitutionnel l'utilise pour vérifier que le législateur n'a pas privé de garanties légales une exigence constitutionnelle :

« Considérant qu'il est à tout moment loisible au législateur, statuant dans le domaine de sa compétence, de modifier des textes antérieurs ou d'abroger ceux-ci en leur substituant, le cas échéant, d'autres dispositions ; que, ce faisant, il ne saurait priver de garanties légales des exigences constitutionnelles »<sup>11</sup>.

– les réserves d'interprétation.

Ne statuant pas *in concreto*, le Conseil constitutionnel n'est pas toujours dans la capacité d'opérer un contrôle complet de proportionnalité. Toutefois, au moyen d'une réserve d'interprétation, il peut confier un tel contrôle au juge qui connaîtra de l'application de la loi.

À l'occasion de l'examen d'une loi sur la criminalité, il a, par exemple, précisé qu'il appartiendra aux magistrats chargés de mettre en œuvre ou de contrôler les nouvelles procédures exceptionnelles applicables à la criminalité et à la délinquance en bande organisée de s'assurer au cas par cas :

– qu'il existe une ou plusieurs raisons plausibles de penser que les faits constituent l'une des infractions graves commises en bande organisée limitativement énumérées par le code de procédure pénale ;

– que les besoins de l'enquête ou de l'instruction justifient les restrictions que ces mesures peuvent apporter à la liberté individuelle, à l'inviolabilité du domicile ou au secret de la vie privée<sup>12</sup>.

## 2.2. Domaines de contrôle

Sans objet, la France n'étant pas un État fédéral.

Ce contrôle est exercé dans tous les domaines.

### a) Conciliation ou conflit entre droit-liberté et droit-créance :

– entre le droit au respect de la vie privée et les exigences de solidarité découlant des dixième et onzième alinéas du Préambule de 1946<sup>13</sup> ;

– entre la liberté d'entreprendre et les mêmes exigences<sup>14</sup> ;

– entre le droit pour chacun d'obtenir un emploi et la liberté d'entreprendre<sup>15</sup> ;

### b) Conciliation ou conflit entre droit-liberté et objectif de valeur constitutionnelle :

– entre le respect de la vie privée et la sauvegarde de l'ordre public<sup>16</sup> ;

– entre le respect de la vie privée et la lutte contre la fraude fiscale<sup>17</sup> ;

– entre la liberté d'expression et la sauvegarde de l'ordre public<sup>18</sup> ;

– entre la liberté d'entreprendre et la sauvegarde de l'ordre public<sup>19</sup> ;

– entre la libre administration des collectivités territoriales et le bon usage des deniers publics<sup>20</sup>.

11. Déc. n° 2007-550 DC du 27 février 2007, *Loi relative à la modernisation de la diffusion audiovisuelle et à la télévision du futur*, cons. 4.

12. Déc. n° 2004-492 DC du 2 mars 2004, *Loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité*, cons. 6.

13. Déc. n° 2007-553 DC du 3 mars 2007, *Loi relative à la prévention de la délinquance*, cons. 5 à 7.

14. Déc. n° 2001-451 DC du 27 novembre 2001, *Loi portant amélioration de la couverture des non-salariés agricoles contre les accidents du travail et les maladies professionnelles*, cons. 19 à 21.

15. Déc. n° 2004-509 DC du 13 janvier 2005, *Loi de programmation pour la cohésion sociale*, cons. 24 à 28 ; Déc. n° 2001-455 DC du 12 janvier 2002, *Loi de modernisation sociale*, cons. 46 à 54.

16. Déc. n° 2005-532 DC du 19 janvier 2006, *Loi relative à la lutte contre le terrorisme et portant dispositions diverses relatives à la sécurité et aux contrôles frontaliers*, cons. 9, 10, 18 à 21 ; déc. n° 2003-484 DC du 20 novembre 2003, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité*, cons. 23 ; déc. n° 2003-467 DC du 13 mars 2003, loi pour la sécurité intérieure, cons. 27.

17. Déc. n° 2001-457 DC du 27 décembre 2001, *Loi de finances rectificative pour 2001*, cons. 6 à 9.

18. Déc. n° 2003-467 DC du 13 mars 2003, *Loi pour la sécurité intérieure*, cons. 105.

19. Déc. n° 2005-532 DC du 19 janvier 2006, *Loi relative à la lutte contre le terrorisme et portant dispositions diverses relatives à la sécurité et aux contrôles frontaliers*, cons. 9, 10, 18 à 21.

20. Déc. n° 2003-489 DC du 29 décembre 2003, *Loi de finances pour 2004*, cons. 33.

**c) Conciliation ou conflit entre droit-créance et objectif de valeur constitutionnelle :**

– entre la sauvegarde de l'ordre public et le droit de mener une vie familiale normale<sup>21</sup>.

**d) Conciliation ou conflit entre droit-liberté et intérêt général :**

– entre la liberté d'entreprendre et la liberté contractuelle, d'une part, et « l'intérêt général s'attachant à la possibilité donnée aux éditeurs d'accéder aux décodeurs des distributeurs, laquelle favorise la diversification de l'offre de programmes et la liberté de choix des utilisateurs »<sup>22</sup> ;

– entre la faculté d'agir en responsabilité, découlant de l'article 4 de la Déclaration de 1789 et l'octroi de concours financiers aux entreprises en difficulté dans le but de maintenir l'activité économique et de préserver l'emploi<sup>23</sup> ;

– entre la liberté contractuelle et un intérêt général<sup>24</sup> ;

– entre la sécurité juridique (situation légalement acquise) et un intérêt général<sup>25</sup> ;

– entre la sécurité juridique (lois de validation ou de modification rétroactive) et un intérêt général<sup>26</sup> ;

– entre le principe d'égalité et l'intérêt général, que ce soit le principe d'égalité devant la loi<sup>27</sup>, devant le suffrage ou devant les charges publiques.

Le contrôle de proportionnalité est utilisé en matière pénale mais avec un contrôle restreint en matière de détermination des délits et des peines et un contrôle plus approfondi en matière de procédure pénale.

Sans objet, dès lors que le Conseil constitutionnel refuse d'exercer un contrôle de conventionnalité des lois.

En matière de droit de grève : l'alinéa 7 du Préambule de la Constitution dispose : « Le droit de grève s'exerce dans le cadre des lois qui le réglementent ». Dès 1979, le Conseil constitutionnel a eu l'occasion de juger que le législateur devait opérer « la conciliation nécessaire entre la défense des intérêts professionnels, dont la grève est un moyen, et la sauvegarde de l'intérêt général auquel la grève peut être de nature à porter atteinte ».

### 2.3. Exemples

Parmi les nombreuses décisions opérant un tel contrôle, deux méritent d'être citées :

1°) La décision relative à l'immigration du 20 novembre 2003.

À propos du prolongement à 22 jours maximum de la rétention administrative des étrangers en attente de reconduite à la frontière<sup>28</sup>, le Conseil constitutionnel a émis une double réserve :

21. Déc. n° 2005-528 DC du 15 décembre 2005, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2006*, cons. 16.

22. Déc. n° 2004-497 DC du 1<sup>er</sup> juillet 2004, *Loi relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle*, cons. 20.

23. Déc. n° 2005-522 DC du 22 juillet 2005, *Loi de sauvegarde des entreprises*, cons. 10 à 12.

24. Déc. n° 2001-451 DC du 27 novembre 2001, *Loi portant amélioration de la couverture des non salariés agricoles contre les accidents du travail et les maladies professionnelles*, cons. 27 et 28 ; déc. n° 2001-455 DC du 12 janvier 2002, *Loi de modernisation sociale*, cons. 94 et 95 ; déc. n° 2002-464 DC du 27 décembre 2002, *Loi de finances pour 2003*, cons. 54 ; décision n° 2002-465 DC du 13 janvier 2003, *Loi relative aux salaires, au temps de travail et au développement de l'emploi*, cons. 4 à 11 ; décision n° 2004-490 DC du 12 février 2004, *Loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française*, cons. 93 et 94.

25. Déc. n° 2005-530 DC du 29 décembre 2005, *Loi de finances pour 2006*, cons. 43 à 46 ; décision n° 2007-550 DC du 27 février 2007, *Loi relative à la modernisation de la diffusion audiovisuelle et à la télévision du futur*, cons. 4 à 14.

26. Déc. n° 2001-453 DC du 18 décembre 2001, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2002*, cons. 26 à 29 ; déc. n° 2002-458 DC du 7 février 2002, *Loi organique portant validation de l'impôt foncier sur les propriétés bâties en Polynésie française*, cons. 3 à 5 ; déc. n° 2003-486 DC du 11 décembre 2003, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2004*, cons. 23 et 24 ; déc. n° 2004-509 DC du 13 janvier 2005, *Loi de programmation pour la cohésion sociale*, cons. 31 à 34 ; déc. n° 2006-544 DC du 14 décembre 2006, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2007*, cons. 18 à 22.

27. Déc. n° 2003-483 DC du 14 août 2003, *Loi portant réforme des retraites*, cons. 23 à 25.

28. À titre de comparaison, la durée maximale de la rétention administrative est de 18 mois en Allemagne, de 6 mois en Autriche, de 5 mois en Belgique, de 40 jours en Espagne, de 3 mois en Grèce, de 8 semaines en Irlande, de 60 jours en Italie et au Portugal, de deux mois renouvelables en Suède ; elle est illimitée au Royaume-Uni et aux Pays-Bas.

– « l'étranger ne peut être maintenu en rétention que pour le temps strictement nécessaire à son départ » ;

– « l'autorité judiciaire conserve la possibilité d'interrompre à tout moment la prolongation du maintien en rétention, de sa propre initiative ou à la demande de l'étranger, lorsque les circonstances de droit ou de fait le justifient »<sup>29</sup>.

2°) La décision du 21 février 2008 relative à la rétention de sûreté : le Conseil y affirme très clairement que les atteintes portées à l'exercice des libertés en cause « doivent être adaptées, nécessaires et proportionnées à l'objectif de prévention poursuivi ». C'est la première fois que le Conseil distingue aussi nettement les trois éléments du contrôle de proportionnalité (adéquation, nécessité, proportionnalité au sens strict), parachevant par là-même une évolution commencée au début des années 90 :

14. Considérant... qu'eu égard à la privation totale de liberté qui résulte de la rétention, la définition du champ d'application de cette mesure doit être en adéquation avec l'existence d'un tel trouble de la personnalité ; (...)

17. Considérant, en premier lieu, qu'eu égard à la gravité de l'atteinte qu'elle porte à la liberté individuelle, la rétention de sûreté ne saurait constituer une mesure nécessaire que si aucune mesure moins attentatoire à cette liberté ne peut suffisamment prévenir la commission d'actes portant gravement atteinte à l'intégrité des personnes ; (...)

19. Considérant, en deuxième lieu, que le maintien d'une personne condamnée, au-delà du temps d'expiration de sa peine, dans un centre socio-médico-judiciaire de sûreté afin qu'elle bénéficie d'une prise en charge médicale, sociale et psychologique doit être d'une rigueur nécessaire ; (...)

23. Considérant... qu'ainsi, afin que la mesure conserve son caractère strictement nécessaire, le législateur a entendu qu'il soit régulièrement tenu compte de l'évolution de la personne et du fait qu'elle se soumet durablement aux soins qui lui sont proposés ; que, dès lors, le grief tiré de ce que le renouvellement de la mesure sans limitation de durée est disproportionné doit être écarté (...).

## 2.4. Critères d'appréciation

### Le contrôle de l'adéquation

Il consiste pour le Conseil constitutionnel à vérifier que la mesure décidée par le législateur n'est pas « gratuite », c'est-à-dire qu'elle a un lien raisonnable avec l'objectif qu'il poursuit. Dans le cas contraire, il s'agirait sinon d'un détournement de pouvoir au sens classique, du moins d'une pure volonté d'affichage ou de la manifestation d'une idéologie coupée du réel.

Il est utilisé aujourd'hui dans presque tous les domaines, qu'ils soient régis :

– par la Déclaration de 1789 :

Se fondant sur son article 13, le Conseil constitutionnel a jugé, à propos de l'instauration d'un « bouclier fiscal », que « ni la fixation de la part des revenus au-delà de laquelle le paiement d'impôts directs ouvre droit à restitution, ni la définition des revenus entrant dans le calcul, ni la détermination des impôts directs pris en compte, ni les mesures retenues pour opérer la restitution ne sont inappropriées à la réalisation de l'objectif que s'est fixé le législateur »<sup>30</sup>.

– par le Préambule de 1946 :

C'est le cas, par exemple, lorsque le Conseil constitutionnel déclare « qu'il incombe au législateur de poser des règles propres à assurer le droit pour chacun d'obtenir un emploi tout en permettant l'exercice de ce droit par le plus grand nombre »<sup>31</sup> ou « que la procédure de regroupement

29. Déc. n° 2003-484 DC du 20 novembre 2003, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité*, cons. 66.

30. Déc. n° 2005-530 DC du 29 décembre 2005, *Loi de finances pour 2006*, cons. 67.

31. Déc. n° 2006-545 DC du 28 décembre 2006, *Loi pour le développement de la participation et de l'actionnariat salarié et portant diverses dispositions d'ordre économique et social*, cons. 12.

familial... ne méconnaît ni le dixième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946, ni le principe d'égalité, dès lors qu'elle fixe à cet égard des règles adéquates et proportionnées »<sup>32</sup>.

– ou par la Charte de l'environnement :

Sur le fondement de son article 6 relatif à la promotion du développement durable, il a jugé qu'en adoptant la loi créant le registre international français, « le législateur a ainsi pris des mesures de nature à promouvoir la sécurité maritime et la protection de l'environnement »<sup>33</sup>.

Ce type de contrôle est également très utilisé pour vérifier le respect du principe d'égalité devant la loi : la différence de traitement doit être « en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit »<sup>34</sup>.

### Le contrôle de la nécessité

Le Conseil constitutionnel ne recherche pas s'il existe une mesure alternative moins attentatoire aux droits et libertés mais vérifie si la mesure n'est pas excessive par rapport à l'objectif poursuivi.

Il trouve en particulier à s'appliquer lorsque la sécurité juridique ou la liberté individuelle, voire personnelle, sont en jeu.

Le Conseil constitutionnel exerce ce contrôle de la nécessité à propos des atteintes à la liberté individuelle. L'article 9 de la Déclaration de 1789 interdit en effet toute rigueur qui ne serait pas nécessaire<sup>35</sup>. Il a eu l'occasion de le faire :

– pour le « référé détention » qui permet, lorsque le maintien en détention d'une personne est « manifestement nécessaire », de prolonger cette dernière pendant quatre heures en vue de donner un caractère suspensif à l'appel d'une ordonnance de mise en liberté<sup>36</sup> ;

– pour le « référé rétention » qui a le même objet mais pour un étranger en instance de reconduite à la frontière<sup>37</sup> ;

– pour l'allongement de la durée de la garde à vue en cas de criminalité ou de délinquance organisée<sup>38</sup> ;

– pour l'allongement de la durée de rétention administrative d'un étranger en instance de reconduite à la frontière<sup>39</sup> ;

– pour la rétention de sûreté<sup>40</sup>.

Il a étendu ce contrôle de la rigueur non nécessaire :

– à la liberté personnelle en le « tirant » des articles 4 et 9 de la Déclaration de 1789 et l'a appliqué au placement sous surveillance électronique mobile ordonné au titre de la surveillance judiciaire bien que celui-ci soit dépourvu de caractère punitif<sup>41</sup> ;

– au principe d'inviolabilité du domicile : « il résulte de l'ensemble de ces conditions que le législateur n'a pas porté au principe d'inviolabilité du domicile une atteinte non nécessaire à la recherche des auteurs d'infractions graves et complexes »... « les dispositions critiquées ne portent pas à l'inviolabilité du domicile une atteinte excessive »<sup>42</sup>.

32. Déc. n° 2005-528 DC du 15 décembre 2005, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2006*, cons. 15.

33. Déc. n° 2005-514 DC du 28 avril 2005, *Loi relative à la création du registre international français*, cons. 37 et 38.

34. Déc. n° 2007-550 DC du 27 février 2007, *Loi relative à la modernisation de la diffusion audiovisuelle et à la télévision du futur*, cons. 3.

35. Déc. n° 2004-492 DC du 2 mars 2004, *Loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité*, cons. 5 ; décision n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*, cons. 10.

36. Déc. n° 2002-461 DC du 29 août 2002, *Loi d'orientation et de programmation pour la justice*, cons. 69 à 74.

37. Déc. n° 2003-484 DC du 20 novembre 2003, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité*, cons. 72 à 78.

38. Déc. n° 2004-492 DC du 2 mars 2004, *Loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité*, cons. 26.

39. Déc. n° 2003-484 DC du 20 novembre 2003, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité*, cons. 62 à 71.

40. Déc. n° 2008-562 DC du 21 février 2008, *Loi relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental*, cons. 13.

41. Déc. n° 2005-527 DC du 8 décembre 2005, *Loi relative au traitement de la récidive des infractions pénales*, cons. 16 à 21.

42. Déc. n° 2004-492 DC du 2 mars 2004, *Loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité*, cons. 47.



Il lui arrive également d'appliquer ce contrôle :

– en matière d'égalité ; il a ainsi jugé que « la différence de régime instaurée, en matière de droit de réponse et de prescription » entre le support papier et le support informatique « dépasse manifestement ce qui serait nécessaire pour prendre en compte la situation particulière des messages exclusivement disponibles sur un support informatique »<sup>43</sup> ;

– en matière économique et sociale, même si cela est plus rare : lors de l'examen de la loi modernisation sociale, il a estimé, au regard du « droit d'obtenir un emploi » « qu'en ne permettant des licenciements économiques pour réorganisation de l'entreprise que si cette réorganisation est "indispensable à la sauvegarde de l'activité de l'entreprise" et non plus, comme c'est le cas sous l'empire de l'actuelle législation, si elle est nécessaire à la sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise, cette définition interdit à l'entreprise d'anticiper des difficultés économiques à venir en prenant des mesures de nature à éviter des licenciements ultérieurs plus importants »<sup>44</sup>.

### **Le contrôle la proportionnalité (au sens strict)**

Le Conseil constitutionnel vérifie que les moyens décidés par le législateur sont équilibrés, proportionnés par rapport à l'importance de l'objectif poursuivi.

Cf. les exemples cités en 2.2.

## **2.5. Technique de contrôle courante ou exceptionnelle ? Principaux cas d'utilisation**

Il s'agit d'une technique courante, même si elle n'est pas toujours explicite.

En matière de droits fondamentaux principalement (voir réponses aux autres questions).

## **2.6. Décisions les plus pertinentes**

Cf. décisions mentionnées ou citées plus haut.

## **2.7. Conséquences et implications du recours au principe de proportionnalité**

Les conséquences du recours au principe de proportionnalité vont dépendre de l'intensité du contrôle exercé par le Conseil constitutionnel. Un contrôle restreint limitera les déclarations d'inconstitutionnalité ou de constitutionnalité avec réserves d'interprétation. Un contrôle entier aura les effets inverses. On ne peut donc étudier le contrôle de proportionnalité sans prendre en compte son degré d'intensité.

Lorsqu'il procède à un contrôle de proportionnalité de la mise en cause d'un droit ou d'une liberté, le Conseil constitutionnel a une approche très réaliste.

– Il peut concentrer son examen sur le droit ou la liberté mis en cause (par un contrôle qui mêle à la fois la nécessité et la proportionnalité) afin de vérifier si la limitation décidée par le législateur n'est pas excessive ou manifestement excessive. Dans ce cas, l'intensité de son contrôle varie en fonction des marges de manœuvre que donne la Constitution au législateur. Une grande liberté du législateur limite par voie de conséquence le contrôle du juge.

C'est le cas lorsqu'il s'agit de matières techniques, de mise en œuvre de droits-créances ou dans tous les domaines où il est difficile de se faire une idée précise et exacte des effets d'une loi (principe d'égalité devant les charges publiques<sup>45</sup>...).

43. Déc. n° 2004-496 DC du 10 juin 2004, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique*, cons. 13 et 14.

44. Déc. n° 2001-455 DC du 12 janvier 2002, *Loi de modernisation sociale*, cons. 48.

45. Déc. n° 2007-555 DC du 16 août 2007, *Loi en faveur du travail, de l'emploi et du pouvoir d'achat*, cons. 18 à 21.

En revanche, la liberté du législateur est plus limitée et donc le contrôle plus approfondi lorsque sont en cause :

- la liberté individuelle<sup>46</sup> ;
- la liberté d’expression et de communication<sup>47</sup> ;
- les droits de la défense ;
- le droit des personnes intéressées d’exercer un recours juridictionnel effectif ;
- le droit à un procès équitable ;
- et, d’une manière générale, tout ce qui se rapporte à la sécurité juridique.

Le Conseil constitutionnel peut aussi confronter les divers intérêts en présence en mettant en balance les exigences constitutionnelles et les intérêts généraux servis et desservis par la mesure<sup>48</sup>. L’intensité de son contrôle varie en fonction de la pondération de ces exigences ou intérêts :

- un intérêt général autre que constitutionnel a une valeur moindre qu’une exigence constitutionnelle ;
- à l’intérieur des valeurs constitutionnelles, il existe également une gradation : la liberté individuelle au sens strict de l’article 66 de la Constitution (protection contre les détentions arbitraires) a une plus grande portée que la possibilité de se déplacer sans être immobilisé par un contrôle d’identité (liberté d’aller et venir).

Si deux droits-libertés fondamentaux d’une force équivalente s’affrontent, le contrôle est restreint. S’il s’agit d’un droit liberté et d’un intérêt général, le contrôle est plus approfondi (exemple des validations législatives).

Par ailleurs, une forte protection conventionnelle peut faire varier la pondération des intérêts en jeu. Si l’on met sur un plateau de la balance la sauvegarde de l’ordre public, dont la présence entraîne souvent un contrôle restreint, et de l’autre le droit de mener une vie familiale normale, un contrôle plus approfondi s’impose<sup>49</sup>.

## 2.8. *Appréciation*

Le Conseil constitutionnel est chargé depuis 50 ans de vérifier la conformité des lois à la Constitution. Il lui appartient de rendre effectif l’article 16 de la Déclaration de 1789 qui dispose que « Toute société dans laquelle la garantie des droits n’est pas assurée... n’a point de constitution ». À cet effet, il a dû déterminer, en l’absence de texte y procédant, les moyens par lesquels il exerce son contrôle. Parmi ces moyens, figure le contrôle de proportionnalité. Il ne peut pas y avoir en effet une garantie des droits si la compétence dont dispose le législateur pour restreindre ces droits est sans limites. Or ce type de contrôle a précisément pour objet de fixer ces limites et de censurer leur dépassement.

Refusant le « gouvernement des juges », le Conseil constitutionnel répète inlassablement depuis 1975 « que la Constitution ne lui confère pas un pouvoir général d’appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement »<sup>50</sup>.

46. Déc. n° 2004-492 DC du 2 mars 2004, *Loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité*, cons. 19, 27, 34, 47, 52, 56, 61, 70, 88 et 91 ; n° 2008-562 DC du 21 février 2008, *Loi relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d’irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental*, cons. 23.

47. Déc. n° 2001-450 DC du 11 juillet 2001, *Loi portant diverses dispositions d’ordre social, éducatif et culturel*, cons. 16 à 19 ; déc. n° 2007-550 DC du 27 février 2007, *Loi relative à la modernisation de la diffusion audiovisuelle et à la télévision du futur*, cons. 15 et 16.

48. François Ost (F.) et Van de Kerchove (M.), *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Publications des facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 2002, p. 438 à 443.

49. Déc. n° 2005-528 DC du 15 décembre 2005, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2006*, cons. 16.

50. Déc. n° 74-54 du 15 janvier 1975, *Loi relative à l’interruption volontaire de la grossesse*, cons. 1 ; n° 2007-550 DC du 27 février 2007, *Loi relative à la modernisation de la diffusion audiovisuelle et à la télévision du futur*, cons. 5.

Il ne lui appartient pas, dit-il, « de rechercher si le but que s'est assigné le législateur pouvait être atteint par d'autres voies, dès lors que les modalités retenues ne sont pas manifestement inappropriées à cet objectif »<sup>51</sup>.

Si Conseil constitutionnel exerçait un contrôle entier sur les choix du législateur, il serait juge de l'opportunité et non de la constitutionnalité. Il substituerait son appréciation à celle du législateur. Il trancherait entre la majorité et l'opposition, voire, en cas de cohabitation, entre l'Assemblée nationale et le Sénat. Il serait donc une troisième chambre, ce qu'il n'accepte pas d'être. Ce refus est d'autant plus justifié que son contrôle intervient *a priori* et que ses décisions ont un effet *erga omnes*.

En conclusion, le contrôle de proportionnalité est un moyen nécessaire à la garantie des droits mais son exercice requiert tact et mesure.

---

51. Déc. n° 2007-555 DC du 16 août 2007, *Loi en faveur du travail, de l'emploi et du pouvoir d'achat*, cons. 8.