

# LA PROPORTIONNALITÉ : DEGRÉ ULTIME DU CONTRÔLE

**Laurence Burgorgue-Larsen**

*Membre du Tribunal constitutionnel d'Andorre*

*L'espace rassurant de la simple logique juridique n'est plus.* L'espace rassurant du prestige du juge exclusivement garanti par son rôle de bouche de la loi n'est plus également. Aujourd'hui, sur la scène globale du constitutionnalisme contemporain, le juge conquiert son autorité et sa légitimité à travers la solidité de la motivation de ses décisions, au moyen de la pertinence de son argumentation. Or, dans ce contexte, s'il y a bien un principe qui s'est érigé en « langage commun »<sup>1</sup> de nombreuses cours constitutionnelles, suprêmes mais également de cours internationales – de la Cour de justice de l'Union européenne en passant par les trois cours régionales de protection des droits (les cours européenne, interaméricaine et africaines) – c'est bien le principe de proportionnalité. Alors, à la question de savoir si la proportionnalité est le degré ultime du contrôle, on peut s'aventurer – sans grand risque de se tromper – à fournir une réponse positive et ce, en dépit de la mosaïque des cultures juridiques à travers le monde, en dépit de la variété des chefs de compétences des juridictions. En effet, aujourd'hui, le contentieux qui l'emporte pour ainsi dire sur tous les autres, celui qui attire plus volontiers le regard critique des commentateurs mais surtout l'intérêt des justiciables, c'est le contentieux des droits. Or, ici, la proportionnalité y est majestueuse.

La proportionnalité, c'est l'inlassable quête de la *juste mesure*<sup>2</sup> : c'est l'idéal de l'harmonie ; c'est arriver à trouver la juste proportion entre l'individu et la société, c'est à dire entre les droits des personnes d'un côté et l'intérêt général porté par la puissance publique de l'autre. « Le principe de proportionnalité permet d'opérer une mise en balance – métaphore de la justice – et de réaliser ainsi un équilibre entre chacun des termes de l'équation »<sup>3</sup>, *i.e.*, la protection des droits et la sauvegarde de l'intérêt général.

S'il ne fait guère de doute que la proportionnalité est le degré ultime du contrôle dans le cadre du contentieux de la protection des droits ; si elle est devenue un « standard de jugement », tant des cours internationales (et au premier chef, sur notre continent, des deux cours européennes), que des cours constitutionnelles (essentiellement celles issues de la tradition romano-germanique), ou encore des juridictions suprêmes (celles issues

1. M. Cartabia, « Le principe de proportionnalité, langage commun des Cours constitutionnelles », A. Alen, J. Spreutels, L. Lavrysen, P. Nihoul, E. Peremans, B. Renaud, J. Theunis, W. Verrijdt (dir.), *Cour constitutionnelle 1985-2015*, Belgique, La Charte, 2016, pp. 105-116.

2. La proportion est selon Aristote la traduction du juste, dès lors que le juste est un milieu entre des extrêmes qui, autrement, ne serait plus en proportion, Aristote, *Ethique à Nicomaque*, Flammarion, 1992, V, chap. 3, pp. 142-143.

3. J-M. Sauvé, « Le principe de proportionnalité, protecteur des libertés », *Conférence à l'Institut Portalis*, 17 mars 2017. Article écrit en collaboration avec Sarah Houllier.

de la tradition de droit civil mais également de plus en plus celles insérées dans le maillage du droit anglo-saxon)<sup>4</sup>. la *manifestation concrète* de ce degré ultime du contrôle est-elle marquée du sceau de l'homogénéité? La proportionnalité est un langage commun aux cours, mais cette langue commune s'écrit-elle de la même manière? Se manifeste-t-elle de la même manière?

Autrement dit, la vérification des choix effectués par le législateur prend-elle le même chemin argumentaire au sein des décisions de justice? Les quatre phases du contrôle de proportionnalité, identifiées de façon sophistiquée par Robert Alexy, sont-elles visibles dans les décisions de justice<sup>5</sup>? En réalité, on devrait plutôt parler de nos jours du « triple test » (adaptation, nécessité et proportionnalité) – tel que dégagé par le Tribunal constitutionnel allemand<sup>6</sup> – car le premier élément a disparu de la méthodologie juridictionnelle. De même, sur le fond, l'intensité du contrôle est-elle la même? La philosophie de la mesure est-elle appréhendée avec les mêmes paramètres; dit autrement, le point d'équilibre est-il vu partout de la même manière?

Si la variété de la motivation diffère évidemment d'une juridiction à une autre – les cultures juridiques n'étant pas étrangères à ce phénomène – il s'avère dans le même temps que l'on assiste, sous l'influence de(s) droit(s) européen(s), à une sorte d'harmonisation substantielle du contrôle de proportionnalité, même si ce mouvement n'engendre pas une approche uniforme. L'harmonisation n'équivaut pas à l'uniformité. Si l'hétérogénéité formelle est indéniable (I), la rationalisation substantielle est au rendez-vous (II).

## I. Une hétérogénéité formelle

### A. Proportionnalité et motivation

Si la proportionnalité est partout, elle est tantôt tapie dans l'ombre, tantôt exposée à la vue de tous.

#### 1. La proportionnalité est partout

Si la proportionnalité est partout, si ce standard de contrôle a irrigué nombre de pratiques nationales, si des pays comme l'Italie (jusqu'alors arrimée au contrôle du « caractère raisonnable », i.e., *ragionevolezza*); si le Royaume-Uni (qui a longtemps préféré le *Reasonableness*) s'y sont peu à peu ralliés; si en France, le Conseil constitutionnel, la Cour de cassation et le Conseil d'État y adhèrent de façon plus explicite, il faut y voir la marque du syncrétisme juridique européen, celle d'une « fécondation croisée » découlant des influences de la jurisprudence de la Cour européenne d'un côté et de la Cour de justice de l'Union européenne de l'autre.

4. Dans la tradition anglo-saxonne, c'est le *reasonableness* qui a toujours irrigué le contrôle du juge : il est particulièrement déférent car il permet au juge d'intervenir uniquement dans les cas où il est nécessaire d'éliminer une législation manifestement dénuée de tout caractère raisonnable au point qu'elle apparaît comme telle à toute personne dotée de bon sens.

5. Celle de la *légitimité* (vérifier le but légitime de l'action du législateur); celle du rapport entre *les moyens et les fins*, i.e. de la « *connexion rationnelle* », encore appelée la *pertinence* (s'assurer du rapport de proportion entre les moyens prévus par le législateur et les fins que celui-ci entend poursuivre); celle de la *nécessité* (s'assurer du rapport adéquat entre l'*instrument* utilisé et le but visé afin d'obtenir le plus petit sacrifice possible); celle de la « *proportionnalité au sens strict* » (s'assurer du rapport adéquat entre les bénéfices et les coûts de la loi; il s'agit de la mise en balance de l'intérêt individuel avec l'intérêt général).

6. Dans sa décision de 1958 dite des « Pharmacies », BverfGE 7, 377, 11 juin 1958.

Toutefois, ce mouvement n'a pas fait disparaître les spécificités formelles concernant la manière de décliner l'argumentation, notamment celle afférente au principe de proportionnalité.

## 2. La proportionnalité se décline différemment

Quoi de comparable entre la sécheresse argumentaire du Conseil constitutionnel français et la pédagogie constitutionnelle allemande, espagnole ou belge? Quoi de comparable entre les motivations fleuves, contextualisées des cours internationales (plus particulièrement les cours régionales de protection des droits) et les motivations plus ciselées des juridictions nationales? Pas ou peu de choses à vrai dire. Au-delà de certains éléments de sociologie judiciaire – dont l'influence est à géométrie variable en fonction des cours et qui surtout n'ont que peu de liens directs avec l'analyse de la proportionnalité<sup>7</sup> – j'insisterai sur les contextes normatif et institutionnel explicatifs de la rareté ou à l'inverse de la prolixité argumentaire dans le maniement du contrôle de proportionnalité.

Le contexte normatif traite de l'existence d'un texte référent explicite concernant les restrictions possibles aux droits; tandis que la spécificité de l'environnement institutionnel de l'autre induit la nécessité de la pédagogie dans la motivation.

## 3. La spécificité normative

À l'échelle constitutionnelle, on sait par exemple que la Déclaration des droits de l'Homme et des citoyens ne définit pas aussi précisément que la loi fondamentale allemande ou encore la Constitution espagnole, l'objectif du législateur justifiant la restriction aux droits fondamentaux<sup>8</sup>. Alors que les constitutions de ces deux pays sont marquées par les stigmates du passé, chaque restriction aux droits y est expressément mentionnée. Par voie de conséquence, les notions d'intérêt général ou d'ordre public vont être interprétées de manière beaucoup plus concrète et précise outre-Rhin et outre-Pyrénées qu'en France.

À l'échelle conventionnelle, il est frappant de constater que les conventions américaine et européenne, présentent de façon très précise les conditions selon lesquelles les limitations aux droits sont admissibles. Partant, elles ont développé à l'instar des cours constitutionnelles allemande ou encore espagnole, une jurisprudence où la question de la préservation du « contenu essentiel » des droits est à l'honneur, la fameuse « limite des limites ».

## 4. La spécificité institutionnelle

Les cours internationales sont celles qui, de façon structurelle, sont contraintes de développer une motivation longue et précise, car l'auditoire (pour reprendre les termes de Perelman) est particulièrement compréhensif: au-delà des requérants, ces cours s'adressent aux États et à leurs pouvoirs constitués issus de cultures juridiques différentes. Non seulement il faut s'atteler à faire comprendre la décision au sens premier du terme, mais il convient fondamentalement de la faire accepter, par le biais d'une motivation la plus exemplaire possible, gage d'une exécution qui, elle aussi, doit tendre vers l'exemplarité. Cet élément de pédagogie est d'autant plus important dans l'analyse de la proportionnalité que les cours

7. Les éléments tirés de la sociologie judiciaire n'ont, pour certains auteurs, que peu d'impact sur les différences argumentaires des juridictions constitutionnelles, voir T. Hochmann, « Motivation et justice constitutionnelle: le modèle allemand », *Les nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2017-2, pp. 23-31.

8. R. Boust, « Contrôle constitutionnel de proportionnalité. La spécificité française à l'épreuve des évolutions récentes », *RFDC*, 2011/4, n°88, pp. 913-930.

régionales, éloignées par définition des réalités politiques nationales, sont amenées à déclarer la violation de la convention et, très souvent, à censurer l'œuvre des législateurs, le contrôle *in abstracto* se banalisant à l'échelle conventionnelle.

Si la mise en balance des différents intérêts continue, sous l'angle formel, c'est-à-dire sous l'angle de la présentation des arguments, bref, sous l'angle de la motivation, à être encore assez hétérogène, il est important à ce stade de se demander si, sous l'angle substantiel, on assiste à une harmonisation du contrôle.

## II. Une harmonisation substantielle ?

### A. Proportionnalité et portée du contrôle

Le mouvement afférent à la circulation des décisions de justice a engendré en toute logique la circulation des techniques contentieuses de contrôle et, c'est en ce sens que le principe de proportionnalité est devenu le degré ultime du contrôle du juge. Il est l'*Alpha* et l'*Omega* de ce dernier. L'influence de(s) droit(s) européen(s) y est pour beaucoup. La question est de savoir, à ce stade, s'il a participé à faire déplacer le curseur de la mesure et si oui, vers quel intérêt légitime.

#### 1. La proportionnalité saisie par le libéralisme

L'analyse démontre que le vent du libéralisme – tant politique qu'économique – a soufflé sur l'approche substantielle du contrôle de proportionnalité. Ainsi, d'un côté, sous l'influence de la Cour européenne des droits de l'Homme, la mobilisation de la proportionnalité a encouragé les juges nationaux à favoriser plus promptement les droits et libertés par rapport à certaines considérations d'intérêt général telles que posées par le législateur.

Cette approche est flagrante en France au point qu'aujourd'hui, on constate la formalisation d'un contrôle de proportionnalité *in concreto* dans la jurisprudence du Conseil d'État et de la Cour de Cassation. Dans des cas où la loi ne laissait que peu, voire aucune marge d'appréciation aux autorités publiques, et notamment juridictionnelles, les deux cours suprêmes l'ont récemment écartée en jugeant que son application au cas d'espèce aurait été de nature à porter une atteinte excessive à un droit fondamental, en l'occurrence la vie privée et familiale. Il s'agissait dans un cas de la prohibition du mariage entre alliés (article 161 Code civil)<sup>9</sup> et de l'autre de l'interdiction d'utiliser des gamètes après le décès d'un des époux<sup>10</sup>.

D'une autre côté, sous l'influence de la Cour de justice, le droit de l'Union européenne renouvelle l'exigence de proportionnalité pour garantir la protection des libertés économiques du traité et le respect du fonctionnement efficace du marché intérieur<sup>11</sup>.

9. C. Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 4 décembre 2013, n°12-26-066, *Bull. Civ. I.*, n°234 : La Cour de cassation écarte l'application de l'article 161 du Code civil qui prohibe le mariage entre alliés au motif que prononcer la nullité d'un mariage, célébré sans opposition et ayant uni pendant plus de 20 ans le beau-père et sa bru constituerait une atteinte injustifiée au droit au respect de leur vie privée.

10. CE, Ass. 31 mai 2016, *Mme Gonzalez Gomez*, n°396848 : le Conseil d'État écarte l'application des dispositions du Code de la santé publique qui interdisent l'utilisation des gamètes après le décès de l'un des époux et leur exportation en toute hypothèse, au motif que, dans le cas d'espèce, cela aurait porté une atteinte excessive au droit au respect de la vie privée de la requérante.

11. B. Bertrand, J. Sirinelli, «La proportionnalité», in J-B. Auby (dir), *L'influence du droit européen sur les catégories du droit public*, Paris, Dalloz, 2010, p. 624.

## 2. La proportionnalité, cause ou conséquence de la « mise à distance » des droits économiques et sociaux ?

Certains auteurs pensent – en ayant le prisme du droit français en tête et la jurisprudence du Conseil constitutionnel – que la proportionnalité a pour conséquence de privilégier le prisme des libertés de l'entreprise au détriment des droits économiques et sociaux. L'article critique de Lauréline Fontaine et Alain Supiot fait à cet égard particulièrement réfléchir sur la situation dans l'Hexagone et sur la nécessité – à terme – de repenser la place des droits économiques et sociaux dans le paysage juridique<sup>12</sup>.

Si on se tourne vers des pays disposant d'une autre tradition juridique, le constat n'est guère plus positif. Nombre de constitutions européennes n'octroient pas aux droits économiques et sociaux, une justiciabilité directe. Dans des pays comme l'Andorre (ou encore l'Espagne)<sup>13</sup>, ces droits ne sont pas susceptibles de faire l'objet de recours directs (recours d'*amparo*) de protection des droits fondamentaux devant les gardiens de la Constitution.

En Andorre, les droits consacrés au sein du Chapitre V de la Constitution – relatif aux « Droits et principes économiques, sociaux et culturels » – ainsi du droit à la propriété privée, de la liberté d'entreprise, du droit au travail, du droit à la protection, à la préservation des ressources naturelles, du droit des consommateurs ne tombent pas dans le champ d'application du recours d'*empara*. Seuls ceux mentionnés au sein des Chapitres III et IV du Titre II de la Constitution peuvent faire l'objet d'un recours de protection des droits fondamentaux : est-il nécessaire de mentionner qu'ils ne concernent que des droits civils et politiques<sup>14</sup> ?

Ainsi, d'un côté, l'influence européenne est majeure car elle induit, sous l'angle substantiel, une valorisation des libertés (au sens politique et économique) et de l'autre, sous l'influence du constitutionnalisme européen, les droits économiques et sociaux sont les parents pauvres de la protection constitutionnelle, tandis que la proportionnalité ne peut renverser cette approche constitutionnelle. Partant, elle induit une orientation des choix de sociétés.

\* \* \*

### ■ À ce stade, plusieurs points méritent d'être soulignés

Si la proportionnalité est devenue le degré ultime du contrôle, c'est le fruit des interactions croisées entre ordres juridiques ; la conséquence inéluctable de la circulation des décisions de justice et, partant, des modes de raisonnement dans le cadre du contrôle juridictionnel. Elle a pour conséquence, notamment sous l'influence des deux droits européens, de favoriser les libertés, individuelles d'un côté, et économiques de l'autre en entraînant – le cas échéant – la mise à l'écart de la volonté du législateur national.

Autrement dit, le pouvoir accordé au juge dans le maniement de la proportionnalité est important, pour ne pas dire vertigineux. Partant, il est essentiel de ne pas donner prise aux contempteurs du contrôle de proportionnalité. On sait que ces derniers mettent en avant

12. L. Fontaine, A. Supiot, « Le Conseil constitutionnel est-il une juridiction sociale ? », *Droit social*, n° 9, septembre 2017, pp. 754-763.

13. La Constitution espagnole circonscrit le champ d'application du recours d'*amparo* en excluant les droits économiques, sociaux et culturels qu'elle nomme de façon significative des « principes programmatiques ».

14. Le Chapitre III – intitulé « Des droits fondamentaux de la personne et des libertés publiques » – concerne exclusivement des droits civils et politiques, tandis que le Chapitre IV – « Des droits politiques des Andorrans » – regroupe en seulement trois dispositions les droits relatifs à la vie au sein de la *Cité* : le droit de vote (article 24) ; le droit d'accès aux fonctions et aux charges publiques (article 25) et le droit de créer des partis politiques (article 26). Le recours d'*empara* ne fonctionne donc qu'à l'égard de ces droits fondamentaux, excepté l'article 22, qui en est expressément exclu conformément à l'article 41 §2.

deux critiques fortes, qu'il convient de prendre au sérieux comme l'a fort à propos rappelé Vincent Vigneau : la carence « d'onction démocratique » et la contrariété au principe de séparation des pouvoirs de la proportionnalité tout d'abord<sup>15</sup>, et l'insécurité juridique qu'elle entraîne ensuite<sup>16</sup>. Il est alors fondamental – et ce sera une manière de revenir à la réflexion par laquelle j'ai commencé afin de relier ce sujet à nos débats sur l'écriture des décisions de justice – de faire en sorte que les cours – qui pour de multiples raisons liées à l'histoire, la tradition, la culture juridiques – optent pour une sécheresse argumentaire confinant à l'inintelligibilité, évoluent et décident de franchir le Rubicon.

Seule une argumentation explicite, laissant à voir le déroulement du raisonnement proportionnaliste, sera à même de légitimer une éventuelle mise à l'écart de la volonté du législateur et une entorse, réfléchie et mesurée, au principe de sécurité juridique.

---

15. Le contrôle de proportionnalité investirait en effet un juge, théoriquement dépourvu de toute puissance normative, de la faculté de modifier la loi votée par les parlementaires. Or, « si on part du principe que le législateur poursuit l'intérêt général et que, dans l'exercice de son travail législatif, il a déjà cherché à concilier celui-ci avec les intérêts particuliers, le contrôle de proportionnalité pourrait être vu comme le moyen pour le juge de substituer son analyse à celle du législateur. » D. Vigneau, « Libres propos d'un juge sur le contrôle de proportionnalité », *Dalloz*, 2017, p.123 et s.

16. D. Vigneau, *op.cit.*, *passim*.