

UNIVERSITÉ LYON 2

LES TRANSVERSALES

La garantie des libertés : quelles techniques de protection par le juge ?

COLLOQUE
7 DÉCEMBRE 2018



Sous la direction de
V. Goesel-Le Bihan
et J. Heymann

université
Lumière
Lyon 2

FACULTÉ DE DROIT
JULIE - VICTOIRE
DAUBIÉ

INSTITUT
DES SCIENCES
DE L'HOMME



DCT
droits contrats territoires

Sommaire

| | |
|---|-----|
| Sommaire | 2 |
| Allocution d'ouverture | 4 |
| Présentation des Transversales 2018 | 5 |
| Les modèles - Le droit administratif français | 7 |
| Les modèles - Le droit civil français | 11 |
| Les modèles - Le droit allemand | 24 |
| Les techniques - Le contrôle du but poursuivi / du détournement de pouvoir par la Cour constitutionnelle allemande | 28 |
| Les techniques - Le contrôle du but poursuivi / du détournement de pouvoir par la Cour EDH | 32 |
| Les techniques - Le contrôle de l'objectif poursuivi / du détournement de pouvoir par la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) | 36 |
| Les techniques - Le contrôle du but poursuivi / du détournement de pouvoir par le Conseil constitutionnel | 46 |
| Les techniques - Le contrôle du but poursuivi / du détournement de pouvoir par le Conseil d'Etat | 54 |
| Les techniques - L'atteinte à la substance du droit et le contrôle de proportionnalité par la Cour constitutionnelle allemande | 60 |
| Les techniques - L'atteinte à la substance du droit et le contrôle de proportionnalité par la Cour EDH | 64 |
| Les techniques - L'atteinte à la substance du droit et le contrôle de proportionnalité de la Cour de justice de l'Union européenne | 70 |
| Les techniques - L'atteinte à la substance du droit et le contrôle de proportionnalité par le Conseil constitutionnel | 85 |
| Les techniques - L'atteinte à la substance du droit et le contrôle de proportionnalité par le Conseil d'Etat | 92 |
| Les techniques - Le contrôle du respect des obligations positives par la Cour constitutionnelle allemande | 101 |
| Les techniques - Le contrôle du respect des obligations positives par la Cour EDH | 105 |

| | |
|---|--------|
| Les techniques - Le contrôle des obligations positives par la CJUE | 110 |
| Les techniques - Le contrôle du respect des obligations positives par le Conseil constitutionnel | |
| Les techniques - Le contrôle du respect des obligations positives par le Conseil d'Etat | 125117 |
| Techniques de contrôle et démocratie | 132 |
| Techniques de contrôle et répartition des compétences entre les ordres de juridictions : le cas des atteintes à la liberté individuelle et des atteintes à la liberté personnelle | 139 |
| Techniques de contrôle et frontières : aspects de Droit international privé (à paraître) | 148 |
| Techniques de contrôle et questions de société | 149 |
| Rapport final | 154 |

Allocution d'ouverture

G. Protière

*Doyen de la Faculté de droit J.-V. Daubié
Université Lumière Lyon 2*

Madame, Monsieur, Distingués invités,

C'est un grand plaisir que de vous accueillir aujourd'hui dans notre faculté – enfin, presque ! – et plus largement à Lyon. La ville s'est parée de ses plus belles lumières pour vous accueillir et j'espère qu'une fois les réjouissances intellectuelles achevées vous pourrez profiter du spectacle offert par le festival des Lumières.

Outre la municipalité pour l'organisation de ce festival en même temps que notre colloque, et de façon plus sérieuse et sincère, je tiens à remercier différentes personnes. Je commencerai par Mme le Professeur Valérie Goesel-Le Bihan. Merci Valérie pour cette troisième édition des transversales, toujours orchestrées d'une main de maître et avec une inépuisable énergie. Je te remercie également parce que chaque année, ce colloque confirme sa place structurante dans notre politique facultaire de promotion de la formation et de la recherche en droit des libertés. Il confirme aussi notre capacité à la transversalité, à l'interdisciplinarité juridique. Vu des SHS, cela peut paraître peu mais dans notre champ, les colloques de ce type ne sont pas si nombreux que cela. Transition toute trouvée pour remercier M. le professeur Jeremy Heymann associé cette année à l'organisation de cette journée. Merci beaucoup Jeremy pour votre investissement institutionnel (qui dépasse les Transversales). Je remercie également Mme le Professeur Isabelle Bon-Garcin, directrice de l'équipe de recherche DCT pour le soutien à cette manifestation – importante dans l'agenda et le budget de l'équipe. Je remercie également le vice-recteur Ollivier pour sa réactivité et sa disponibilité pour nous permettre d'organiser cette journée dans les locaux de l'Université catholique de Lyon alors que notre Université a dû fermer ses portes en raison d'un mouvement social. Au-delà des liens institutionnels entre nos deux établissements, j'y vois une marque de son indéfectible amitié personnelle et professionnelle ; j'y suis très sensible et lui assure que nous ferions la même chose si la situation devait un jour s'inverser.

Je remercie chaleureusement l'ensemble des participantes et participants de cette journée de leur présence et d'être venus réfléchir à ce thème fondamental des techniques de contrôle développées par le juge - les juges ? À l'heure où la limitation des libertés est à nouveau présentée par les gouvernants comme une solution face aux mouvements sociaux, et ce alors même que de nombreuses dispositions restrictives ont déjà été inscrites dans le droit positif, le rôle du juge est plus que jamais au cœur de la protection des droits et des libertés. Or, dans un pays qui entretient des rapports ambivalents avec ses magistrats (qu'il accuse de gouverner quand ils sont judiciaires et à qui il reproche d'être trop proches du gouvernement quand ils sont administratifs), envisager le rôle du juge en la matière en comparant les techniques mises en œuvre par les juges permet de se départir des scories faussement polémiques pour se concentrer sur les moyens et sur les conditions de l'efficacité de la protection des droits. La structure – ternaire – de vos travaux rend compte de ces enjeux : ce n'est qu'après avoir présenté les modèles et analysé les techniques de contrôle que vous ouvrirez le débat aux enjeux. Bel exemple pour nos étudiants de combiner expertise technique du droit et perspective doctrinale et sociale. Ouverture qu'appréciera, je n'en doute pas, notre vice-présidente.

Je remercie enfin nos doctorantes et doctorants ainsi que Mme Rivier pour leur investissement en back-office hier et aujourd'hui. Soyez assurés que votre disponibilité est appréciée à sa pleine mesure.

Je vous souhaite à toutes et tous une lumineuse et éclairante journée de travaux.

Présentation des Transversales 2018

V. Goesel-Le Bihan

Professeure de droit public
Université Lumière Lyon 2

Monsieur le Conseiller, Monsieur le Premier Président, Monsieur le Président de la Cour administrative d'appel, Monsieur le Premier Président de la Cour d'appel de Lyon, chers collègues, chers étudiants, mesdames, messieurs,

Organiser des Transversales à Lyon 2, comme je l'explique chaque année, est d'abord l'expression d'un **urchoix scientifique**. La coexistence dans l'espace européen de multiples systèmes de protection des droits et libertés impose non seulement d'étudier de manière systématique les droits consacrés, mais également les techniques de protection que les différentes juridictions mettent à leur service. Or, toute comparaison impose au préalable une connaissance approfondie des diverses jurisprudences. Tel est l'objet de ces Transversales, celles de 2016, qui étaient consacrées au principe de précaution et dont les Actes sont parus à la RFDA, celles de 2017 dont l'objet était le droit au respect de la vie privée dont les Actes viennent de paraître sur le site qui est désormais dédié à cette manifestation, **Transversales.org**, et celles d'aujourd'hui qui sont consacrées aux **techniques de contrôle du respect des droits et libertés**.

Mais il s'agit aussi - et je me répète encore - d'un choix d'**aménagement paysager dans** un environnement local singulier. En effet, organiser des Transversales, c'est aussi tenter d'imaginer et de construire des **chemins de traverse** :

- à l'intérieur même de notre **Equipe de recherche entre publicistes et privatistes** - et le tandem que nous avons formé cette année Jeremy Heymann et moi-même pour concevoir et organiser cette rencontre en est la première figure. Merci, donc, Jeremy, pour cette association qui en préfigure d'autres et qui a scellé notre amitié.

- entre notre Equipe et les institutions voisines, **Sciences Po Lyon, Lyon 3 et l'Université de Saint-Etienne**. Créer des solidarités transversales effectives - et je me répète toujours - est donc le chemin que j'ai souhaité emprunter tout en contribuant à donner à notre Equipe de recherche une identité particulière, en liaison avec les parcours de master que porte depuis longtemps notre Faculté de droit.

Pourquoi les techniques de contrôle du respect des droits et libertés ? pour plusieurs raisons :

- Parce que ce sujet est **doublement transversal** : il intéresse l'**ensemble des droits et libertés** - au delà, donc, des différents juges - et nous plonge au coeur même de la fabrique de la société libérale, celle qui considère les droits et libertés comme le principe - et les restrictions qui y sont apportées comme des exceptions, et confie au juge un rôle éminent pour en imposer tant le respect que l'application effective.

- Parce que - et il s'agit là de la seconde raison - la fréquentation continue de la jurisprudence du Conseil constitutionnel m'a enseigné combien... Constance Grewe avait raison. Pour comprendre et systématiser une jurisprudence en construction, pour "prendre conscience" des techniques de contrôle qu'elle met en oeuvre, rien de tel qu'un détour par les jurisprudences européennes et, de façon plus générale, par les divers modèles - également et d'abord nationaux - qui ont contribué à en façonner les contours. Elle l'écrivait il y a un certain nombre d'années à la Revue Universelle des Droits de l'Homme, et je le répète aujourd'hui : il y a là un impératif catégorique, dont le non-respect condamne à l'incompréhension, et que la doctrine constitutionnaliste française ignore pourtant trop souvent...

Les techniques de contrôle, donc... Précisons d'ailleurs, afin de continuer de nous inscrire dans la durée, que les prochaines Transversales, celles de novembre 2019, auront pour sujet la **motivation des décisions de justice relatives aux droits et libertés**, ce qui nous permettra d'associer notre nouvelle agrégée de droit public, Aurélia Schahmaneche que je remercie d'avance pour sa participation (merci d'avance Aurélia pour ta participation).

Je ne peux évidemment achever ce propos introductif sans remercier vivement tous ceux qui ont accepté de donner forme à cette troisième rencontre :

- les participants extérieurs aux Universités de Lyon qui sont venus pour présider une demi-journée, **Michel**

Pinault, Conseiller d'Etat, membre du Conseil constitutionnel pour la matinée, **Guy Canivet**, Premier Président honoraire de la Cour de cassation, Membre honoraire du Conseil constitutionnel, pour l'après-midi, mais également ceux qui ont accepté d'intervenir, **Régis Vanhasbrouck**, Premier Président de la Cour d'appel de Lyon - qui est pour l'heure retenu à la Cour - mais qui nous rejoindra en début d'après-midi - **Constance Grewe**, **Frédéric Sudre**, **Jean-Pierre Marguénaud** - merci, chère Constance, cher Frédéric, cher Jean-Pierre, pour votre amicale et fidèle participation - et les "nouveaux", **Etienne Picard**, **Dominique Fenouillet**, **Fabrice Melleray**, **Alain Bénabent**, **Thomas Hochmann**, **Jordane Arlettaz**, - merci à vous tous dont la présence enrichira assurément nos réflexions. Et merci également à **Idriss Fassassi** qui avait accepté de nous présenter le modèle américain, mais que des circonstances malheureuses ont empêché d'être présent aujourd'hui.

- Je n'oublie pas, évidemment, mes collègues de Lyon 3 ou d'ex-Lyon 3, Président de la Cour administrative d'appel compris, **Jean-Sylvestre Bergé** et **Régis Fraisse** - merci Jean-Sylvestre d'avoir délaissé le Sud pour nous rejoindre, merci Régis pour ta très amicale et fidèle présence -, ceux de Sciences po Lyon - merci Hélène - et, enfin, bien sûr, ceux de Lyon 2 - merci Christophe, merci Louis.

Je remercie également les membres de notre Equipe de recherche - et tout particulièrement sa directrice, Isabelle Bon-Garcin - qui ont soutenu depuis le début ces Transversales, ainsi que les doctorants qui, rattachés à cette Equipe, sont aujourd'hui - et comme chaque année - présents pour participer à leur mise en oeuvre.

Tous mes remerciements vont également à Nathalie Rivier, la gestionnaire de notre Equipe, pour ses multiples qualités et son implication sans faille dans l'organisation de cette manifestation.

Je remercie enfin notre Doyen, Guillaume Protière. Cela fait dix ans maintenant que je suis arrivée, un peu - beaucoup - par hasard, dans cette Faculté - qui ne s'appelait pas encore Julie-Victoire Daubié. Merci, Guillaume, d'avoir contribué à son épanouissement et de nous permettre d'accoster l'un de ses territoires, les Transversales, dont l'édition 2018 peut donc commencer.

Les modèles - Le droit administratif français

F. Melleray

Professeur des Universités
SciencesPo Paris

Le titre de cette communication se comprend évidemment au regard de celui du colloque (**La garantie des droits et libertés : quelles techniques de contrôle par le juge ?**).

Elle vise à essayer de déterminer dans quelle mesure le droit administratif français a pu servir de référence, d'exemple à imiter ou à reproduire en matière de techniques de contrôle juridictionnel permettant de garantir les libertés.

Dans cette perspective, le temps étant compté, il semble envisageable de procéder en trois temps et d'envisager tout d'abord les contours de ce modèle (1.), puis la manière dont il a été magnifié (2.) et enfin ses ambiguïtés (3.).

1. Identification du modèle

Il s'agit sans surprise de ce que le regretté René Chapus nommait « l'instrument privilégié du contrôle de légalité »⁽¹⁾, le recours pour excès de pouvoir, et de sa mise en œuvre dans le champ de ce que l'on nommait hier les libertés publiques et de ce que l'on nomme désormais plus volontiers les droits et libertés fondamentaux.

La logique de ce modèle est parfaitement illustrée par une décision un peu oubliée, l'arrêt *Bujadoux* de 1937⁽²⁾ rendu aux conclusions d'un futur avocat général à la Cour de justice des communautés européennes, Maurice Lagrange. Y était en cause la légalité d'une décision du préfet du Rhône interdisant un « Banquet médical » prévu le 23 février 1936 à Lyon (hôtel Lugdunum, 128 rue de Créqui) et destiné à réunir sous la présidence de Charles Maurras des partisans de l'Action Française, dissoute par un décret du 13 février 1936 en application de la loi du 10 janvier 1936. Le Conseil d'Etat, à l'époque compétent en premier et dernier ressort en la matière, annule cette décision au motif qu'« *il n'est pas allégué que le préfet, avec les forces de police qu'il avait à sa disposition, n'eût pas les moyens de maintenir l'ordre au cas où quelque mouvement se serait produit ; que, dès lors, en admettant même qu'en raison des conditions dans lesquelles il était organisé, le banquet dont s'agit eût le caractère d'une réunion publique, le préfet, en en prononçant l'interdiction, a commis un excès de pouvoir* ».

Cet arrêt s'inscrit clairement dans la lignée d'un précédent passé à la postérité, l'arrêt *Benjamin* du 19 mai 1933⁽³⁾ où l'interdiction d'une conférence de René Benjamin intitulée « Deux auteurs comiques : Courteline et Sacha Guitry » est annulée au motif que « l'éventualité de troubles, alléguée par le maire de Nevers, ne présentait pas un degré de gravité tel qu'il n'ait pu, sans interdire la conférence, maintenir l'ordre en édictant les mesures de police qu'il lui appartient de prendre ». On peut tout aussi nettement le rattacher à une solution antérieure, celle de l'arrêt *Baldy* du 10 août 1917⁽⁴⁾ où le Conseil d'Etat a jugé que « l'arrêté par lequel le préfet de l'Hérault n'a autorisé « l'exhibition de drapeaux aux couleurs nationales que sans l'addition d'aucun emblème dans tous les édifices et emplacements librement ouverts au public », sans exception ni restriction aucune, est, à raison de la généralité de ses termes, entaché d'excès de pouvoir ».

La clé de voûte de cette construction jurisprudentielle se trouve probablement dans une célèbre formule prononcée par Louis Corneille dans ses conclusions sur l'affaire *Baldy*, formule d'ailleurs reprise par Maurice Lagrange dans celles sur l'affaire *Bujadoux* : « pour déterminer l'étendue d'un pouvoir de police dans un cas particulier, il faut tout de suite se rappeler que les pouvoirs de police sont toujours des restrictions aux libertés des particuliers, que le point de départ de notre droit public est dans l'ensemble des libertés des citoyens, que la Déclaration des droits de l'homme est, explicitement ou implicitement, au frontispice des constitutions républicaines, et que toute controverse de droit public doit, pour se calquer sur les principes généraux, partir de ce point de vue que la liberté est la règle, et la restriction de police l'exception »⁽⁵⁾.

« Baldy + Benjamin » ou « Baldy donc Benjamin », tels nous semblent pouvoir être résumés les grands traits du « modèle » que constituerait le droit administratif français en matière de garantie des libertés. Son principe directeur est celui de proportionnalité. Comme l'écrivait Guy Braibant dans sa contribution aux *Mélanges Marcel Waline*, « il doit s'établir un rapport de juste proportion entre la situation, la finalité et la décision ». Et s'il n'existe pas, en droit français, de principe général de proportionnalité, « le juge administratif français a, en somme, appliqué le principe de proportionnalité sans le savoir, ou, plus exactement, sans le dire »⁽⁶⁾. Et l'on ne se s'étendra pas ici sur le perfectionnement de ce modèle, marqué par l'adoption (au moins verbale) du triple test de proportionnalité inspiré par la Cour constitutionnelle fédérale allemande⁽⁷⁾.

2. Un modèle magnifié

Chacun se souvient ici de la célèbre formule de Gaston Jèze, prononcée en 1928 à l'occasion de la première session de l'Institut international de droit public et abondamment reprise depuis lors : le recours pour excès de pouvoir est l'« arme la plus efficace, la plus pratique, la plus économique qui existe au monde pour défendre les libertés individuelles (...) la plus merveilleuse création des juristes » ⁽⁸⁾.

De même Léon Duguit, pourtant jamais avare de critiques envers la jurisprudence administrative, pouvait-il affirmer en 1921 lors d'une conférence prononcée à Columbia : « Je crois pouvoir dire que nulle part n'existe une sanction aussi savante, aussi complète, aussi étendue, aussi forte que celle qui a été établie en France par l'admirable jurisprudence du Conseil d'Etat sur le recours pour excès de pouvoir (...) Il y a dans la théorie du recours pour excès de pouvoir une création jurisprudentielle qui fait le plus grand honneur à notre Conseil d'Etat et qui laisse bien loin derrière elle les créations tant vantées du prêteur romain » ⁽⁹⁾.

On retrouve quelques décennies plus tard chez un futur juge français à la Cour européenne des droits de l'homme, Pierre-Henri Teitgen (auteur d'une thèse de référence sur la police municipale en 1934), une appréciation de même nature. Il affirmait ainsi en 1958, à l'occasion des travaux du Comité consultatif constitutionnel, que « de l'avis unanime – et pas seulement des Français, juristes et hommes politiques, mais du monde entier – il n'y a pas de meilleur système de protection et de garantie des droits individuels que le recours pour excès de pouvoir ouvert devant le Conseil d'Etat français » ⁽¹⁰⁾.

Tel est également, pour citer un dernier exemple, l'opinion de Georges Ripert dans une chronique consacrée en 1950 au bilan d'un demi-siècle de vie juridique. Se demandant « comment protéger l'homme contre la toute-puissance de l'Etat », Ripert s'inquiète de l'absence de contrôle de constitutionnalité des lois mais relève avec satisfaction que « le Conseil d'Etat a été le gardien vigilant des droits violés. Le développement du recours pour excès de pouvoir est une page magnifique dans notre histoire juridique contemporaine » ⁽¹¹⁾.

On ne s'étonnera donc pas que, dans ce contexte, le modèle français ait influencé les rédacteurs des traités européens et que le cadre contentieux de l'excès de pouvoir ait initialement servi de modèle au recours en annulation devant la Cour de justice ⁽¹²⁾. Est tout aussi connu le fait que les méthodes du Conseil d'Etat se sont diffusées dans l'aile Montpensier du Palais Royal. Comment ne pas songer ici à la comparaison opérée par le doyen Vedel, dans les 2 premiers numéros de feu les Cahiers du conseil constitutionnel, entre excès de pouvoir administratif et excès de pouvoir législatif ⁽¹³⁾ ?

Influence ne signifie évidemment pas mimétisme et l'on sait que la Cour de justice a rapidement suivi un chemin qui lui propre, s'inspirant en particulier de la logique du droit allemand ⁽¹⁴⁾. De même n'ignore-t-on pas que la transposition des cas d'ouverture du recours pour excès de pouvoir au contentieux constitutionnel doit être opérée avec prudence et méthode comme l'illustrent les travaux de Valérie Goesel-Le Bihan ⁽¹⁵⁾.

Tout cela est aujourd'hui bien connu. L'ambiguïté du modèle l'est peut-être un peu moins.

3. Un modèle ambigu ?

Il ne s'agira pas ici de pointer les limites pratiques qu'a longtemps connu ce modèle.

L'affaire *Benjamin* est à cet égard emblématique. La conférence devait avoir lieu en mars 1930. Son interdiction est annulée en mai 1933. Puis le préjudice est réparé par un second arrêt en avril 1936.

Un célèbre Huron avait, au début des années 1960, implacablement démontré les faiblesses de notre droit : « Nous autres, bons sauvages, nous sommes des esprits simples : nous pensons que la justice est faite pour le justiciable, et que sa valeur se mesure en termes de vie quotidienne. Ce n'est pas le développement du Droit, qui nous intéresse, c'est la protection efficace qu'en tire le particulier » ⁽¹⁶⁾. On sait que le législateur, avec les lois du 8 février 1995 et du 30 juin 2000, et le Conseil d'Etat ont fini par tirer les conséquences de cette admonestation. Comparons ainsi l'affaire *Bujadoux* à une ordonnance *Ville de Lyon* du 30 mars 2007 ⁽¹⁷⁾. Dans le second cas, la combinaison du référé liberté et du pouvoir d'injonction ont permis de garantir l'organisation de la réunion.

On voudrait plus fondamentalement, au risque de surprendre, s'interroger sur le libéralisme de la jurisprudence *Baldy / Benjamin*. Achille Mestre, annotant le second, estimait qu'il pouvait être « versé au dossier de la crise du libéralisme » ⁽¹⁸⁾ dès lors que le juge avait admis qu'un Maire puisse, le cas échéant, remettre en cause la liberté de réunion garantie par le législateur. On pourrait évidemment objecter à cette analyse que si l'arrêt *Benjamin* n'est peut-être pas libéral de ce point de vue, il n'en demeure pas moins que la logique *Baldy* sur laquelle il repose, selon laquelle la liberté est la règle et la restriction de police doit être strictement nécessaire, est quant à elle

authentiquement libérale.

Cela n'est toutefois pas absolument certain. Relisons à cet égard les conclusions de Louis Corneille. Avant de prononcer les phrases toujours citées, Corneille renvoie les membres de la formation de jugement (« Messieurs ») aux conclusions de Pierre Chardenet sur l'arrêt *Abbé Olivier* de 1909 ⁽¹⁹⁾ et les invite à suivre la démarche proposée par son devancier au pupitre. Etait en cause dans cette affaire la légalité d'un arrêté du maire de Sens réglementant les manifestations extérieures des cultes, notamment à l'occasion des convois funéraires. Nous sommes alors dans une période de tension en matière de mise en œuvre de la récente loi du 9 décembre 1905 et Chardenet constate que la jurisprudence de la Cour de cassation, le juge pénal pouvant être amené à contrôler la légalité de ces règlements par voie d'exception lorsque des contraventions sont infligées aux récalcitrants, fait preuve d'une grande timidité et d'une « très grande réserve ». Il va inviter – avec succès – le Conseil d'Etat à ne pas suivre cette réserve, non pas au nom des libertés mais sur la base d'un argumentaire aujourd'hui oublié : « Vous qui êtes appelés à jouer un peu le rôle de supérieur hiérarchique des autorités administratives, vous devez examiner quelle est la limite des pouvoirs du maire, vous devez rechercher, jusqu'à quel point les prescriptions de ses arrêtés sont légales et à partir de quel moment elles deviennent abusives » ⁽²⁰⁾.

Autrement dit, c'est parce qu'il est davantage un contrôleur de l'administration qu'un véritable juge que le Conseil d'Etat peut exercer un contrôle approfondi en forme de véritable introspection administrative (comme l'écrivait déjà Maurice Hauriou en 1897 l'originalité du juge administratif fait que l'exécutif obéit en appliquant ses décisions « sinon à lui-même, du moins à une moitié de lui-même » ⁽²¹⁾). Toute l'ambiguïté, mais aussi tout l'intérêt de ce modèle classique est là. Le contrôle approfondi du juge est opéré au service de la légalité et les droits des administrés ne sont garantis que par surplus.

⁽¹⁾ René Chapus, *Droit du contentieux administratif*, Montchrestien, 13^{ème} éd., 2008, n°268.

⁽²⁾ CE, 5 février 1937, a, D., 1938, 3, p.19, concl. Maurice Lagrange.

⁽³⁾ CE, 19 mai 1933, *Benjamin et Syndicat d'initiative de Nevers*, S., 1934, III, p.1, concl. Georges Michel et note Achille Mestre.

⁽⁴⁾ CE, 10 août 1917, *Baldy*, Lebon, p.636, concl. Louis Corneille.

⁽⁵⁾ Louis Corneille, concl. préc., p.640 ; Maurice Lagrange, concl. préc., p.21.

⁽⁶⁾ Guy Braibant, *Le principe de proportionnalité*, in *Mélanges Marcel Waline*, LGDJ, 1974, tome 2, p.297 et s.

⁽⁷⁾ CE, Ass., 26 octobre 2011, *Association pour la promotion de l'image et autres*, Lebon, p.505, concl. Julien Boucher.

⁽⁸⁾ Gaston Jèze, *Rapport sur les libertés publiques*, Annuaire de l'institut international de droit public, 129, p.162 et s.

⁽⁹⁾ Léon Duguit, *Souveraineté et liberté*, Félix Alcan, 1921, p.203.

⁽¹⁰⁾ *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958* La documentation Française, volume II, 1988, p.181.

⁽¹¹⁾ Georges Ripert, *Le bilan d'un demi-siècle de vie juridique*, D., 1950, p.1 et s., spéc. p.4.

⁽¹²⁾ Jean L'Huillier, *Une conquête du droit administratif français : Le contentieux de la Communauté européenne du charbon et de l'acier*, D. 1953, Chr., p.63.

⁽¹³⁾ Georges Vedel, *Excès de pouvoir administratif et excès de pouvoir législatif*, Cahiers du Conseil constitutionnel, n°1, 1996, p.57 et n°2, 1997, p.77.

⁽¹⁴⁾ Comme l'avait très rapidement relevé Michel Fromont, *L'influence du droit français et du droit allemand sur les conditions de recevabilité des recours en annulation devant la CJCE*, RTDE, 1966, p.47.

⁽¹⁵⁾V. not. *Contentieux constitutionnel*, Ellipses, 2^{ème} éd., 2016, spéc. p.155 et s.

⁽¹⁶⁾Jean Rivero, *Le Huron au Palais-Royal ou réflexions naïves sur le recours pour excès de pouvoir D.*,1962, Chr., p. 37.

⁽¹⁷⁾CE, ord., 30 mars 2007, *Ville de Lyon*, Lebon Tab., p.1016.

⁽¹⁸⁾Note préc., p.3.

⁽¹⁹⁾CE, 15 février 1909, *Abbé Olivier et autres c. maire de Sens* Lebon, p.180.

⁽²⁰⁾*Idem*, p.183.

⁽²¹⁾Maurice Hauriou, *Droit administratif*, Répertoire de droit administratif, tome XIV, 1897, p.1 et s., spéc. p.13.

Les modèles - Le droit civil français

D. Fenouillet

Professeure de droit privé
Université Panthéon - Assas Paris II

1.- Le droit civil protège depuis toujours les droits désormais qualifiés de fondamentaux. Il le fait via de nombreuses techniques, qui opèrent directement ou indirectement. Au titre des premières, on pourra citer les figures de la liberté civile et surtout du droit subjectif, ce dernier bénéficiant d'un régime juridique très favorable, qu'il s'agisse de l'absolutisme du droit de propriété, de l'opposabilité *erga omnes* et de la sanction en nature des droits réels, du droit à l'exécution forcée en nature des droits personnels (art. 1221 CC), de l'efficacité renforcée des droits de la personnalité (v. par ex. art. 9, al. 2 CC), etc. Au titre des secondes, on rappellera rapidement l'utilité de ces deux institutions civiles traditionnelles que sont la responsabilité civile et le contrat. Pour s'en tenir à quelques exemples, on évoquera alors la nullité des clauses attentatoires à un droit fondamental (art. 6 et 1162 CC) ⁽¹⁾, l'impossibilité morale d'imposer l'exécution forcée d'une prestation engageant la liberté personnelle (art. 1221 CC), la faculté de résiliation unilatérale octroyée à un contractant pour éviter que l'absence de terme ne mette à sa charge une sorte de servitude personnelle (art. 1210 CC), l'indemnisation du préjudice résultant de l'entrave à une liberté individuelle (art. 1240 CC) ⁽²⁾, ou inversement la justification d'un comportement dommageable adopté pour sauver une vie humaine, etc. De belles analyses doctrinales ont d'ores et déjà prospéré sur toutes ces questions, dans une perspective plus ou moins généraliste ⁽³⁾.

2.- Ce n'est donc pas sous cet angle que le thème qui nous est imparti - le modèle civiliste de garantie des droits - sera ici abordé. Après discussions avec les organisateurs de ces transversales - que nous remercions vivement de leur invitation à croiser les regards -, c'est dans une perspective moins éculée et plus dynamique que la question sera ici entendue : il s'agira de rechercher dans quelle mesure les contrôles qui se développent aujourd'hui en matière de droits fondamentaux puisent à des figures civiles connues. Autrement dit les outils contemporains du contrôle peuvent-ils s'appuyer sur des notions et méthodes éprouvées du droit civil ? Le droit civil peut-il offrir un modèle au droit des droits fondamentaux ?

3.- Le thème du modèle est relativement peu abordé par la théorie générale du droit, les analyses doctrinales limitant souvent le champ de l'étude, à tel ou tel domaine, le domaine familial ⁽⁴⁾, le domaine international ⁽⁵⁾, etc. Les juristes y recourent pourtant bien souvent, par exemple lorsqu'ils procèdent à la qualification d'une situation juridique très spécifique, la question se posant alors de savoir dans quelle mesure la spécificité s'éloigne trop du modèle auquel correspond la catégorie juridique en cause ⁽⁶⁾. Entendu comme "la représentation simplifiée d'un objet ou d'un processus qui existe ou doit exister" ⁽⁷⁾, le modèle désigne notamment une "œuvre législative dont la valeur exemplaire fait une source d'inspiration en législation comparée" ⁽⁸⁾. Plus généralement, le modèle juridique renvoie à la représentation schématique d'une chose juridique (au sens le plus vague du terme "chose", qui peut désigner une notion, une norme, un processus, etc.). Ses fonctions sont diverses : fonction pédagogique (simplifier l'approche des choses juridiques, appréhendées grâce à des typologies qui facilitent l'organisation des connaissances, et donc l'accès à celles-ci) ; fonction pratique (offrir le modèle comme ressource technique pour la création et l'application du droit) ; fonction théorique (offrir un point d'appui à l'analyse conceptuelle) ; fonction symbolique (le modèle pouvant jouer, selon ses défauts et qualités, une fonction légitimante ou délégitimante, attractive ou répulsive, avoir un rôle d'euphémisation ou de dysphémisation, etc.) ⁽⁹⁾.

4.- C'est à cette quête d'un ou de plusieurs modèles civils que s'attacheront rapidement les pages qui suivent, étant précisé que le format de cette contribution n'autorisait pas de recherches plus approfondies. L'analyse présente un intérêt pédagogique réel, en ce qu'elle devrait permettre de ramener à des figures bien connues du droit privé des contrôles qui paraissent *a priori* assez étrangers au civiliste - et plus généralement au privatiste -, et faciliter ainsi leur appréhension. On s'interroge, en revanche, sur le point de savoir si les modèles potentiellement identifiés pourront remplir les fonctions technique, théorique et symbolique habituellement attachés à un modèle, eu égard à l'inspiration inévitablement différente de techniques relevant pour les unes du droit privé et pour les autres du droit public.

5.- Adopter cette perspective comparatiste rencontre naturellement une difficulté, tenant à l'ampleur et à la technicité des champs disciplinaires engagées dans la protection des droits fondamentaux. La civiliste que je suis mesure les subtilités des contrôles conventionnels et constitutionnels sans les maîtriser. Pour essayer d'éviter, ou au moins tenter de limiter les contresens, deux choix ont été opérés : la jurisprudence de la Cour européenne, qui est un peu plus familière au privatiste que celle du Conseil constitutionnel, a été privilégiée ; on a privilégié deux sources, à savoir les grands arrêts de la CEDH d'abord ⁽¹⁰⁾, une chronique méthodologique publiée au JCP 2017 ensuite ⁽¹¹⁾.

6.- Pour résumer, et en espérant ne pas voir commis de contresens, j'ai pris pour point de départ de la

comparaison le contrôle opéré par la Cour européenne en l'entendant comme suit :

- dans son objet, il porte d'une part sur la finalité de la mesure, d'autre part sur les effets de la mesure, ce qui renvoie notamment à ce que l'on appelle le contrôle de proportionnalité ;

- dans son étendue effective, il est variable : lorsqu'il s'agit de vérifier la conventionnalité d'une ingérence étatique, ou d'une atteinte procédant d'une personne privée mais légitimée ou favorisée par l'Etat, et que le droit fondamental accueille la clause d'ordre public, la Cour opère un plein contrôle, en vérifiant la nécessité et la proportionnalité de la mesure ; en l'absence de clause d'ordre public, ou lorsqu'il s'agit de juger d'une ingérence par une personne privée qu'une abstention de l'Etat a autorisée (donc du point de savoir s'il existe une obligation positive à la charge de l'Etat), la Cour s'en tient à un contrôle de proportionnalité léger.

7.- Le point de départ de l'analyse étant ainsi fixé, j'ai passé au crible le droit civil, dans son versant patrimonial (droit des biens et des sûretés, droit des contrats -théorie générale et contrats spéciaux-, plus généralement droit des obligations) et extrapatrimonial (droit des personnes et droit de la famille), pour y rechercher des modèles équivalents aux contrôles ci-dessus définis (la nécessité de la mesure au regard de sa finalité, la proportionnalité de la mesure). L'analyse a donné à voir que le droit civil pratiquait lui aussi parfois ces deux types de contrôles : contrôle de la finalité d'une part, contrôle de la proportionnalité d'autre part. Un texte l'illustre d'ailleurs remarquablement, l'article 16-3 du Code civil, texte selon lequel "il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité médicale pour la personne ou à titre exceptionnel dans l'intérêt thérapeutique d'autrui".

8.- A première vue, une recherche sur les terres civiles semble donc féconde. Mais une analyse plus précise donne à voir la part d'artifice d'une telle modélisation. Comme on l'a souligné plus haut, le concept de modèle remplit diverses fonctions, parmi lesquelles notamment une fonction pratique, qui consiste à offrir des réponses possibles à des questions de régime, mais également des fonctions théorique et symbolique, qui réside dans la transposition possible des analyses conduites à l'égard du modèle identifié et dans l'éventuelle légitimation (ou inversement délégitimation) de la figure juridique qui copie le modèle. Or l'utilité des modèles civils identifiés pourra s'avérer limitée, pour diverses raisons, dont deux notamment.

9.- La première tient dans le caractère évolutif⁽¹²⁾ et casuistique des modèles civils. Il en résulte une relative contingence des solutions et une certaine difficulté à dégager une théorie générale, toutes choses assez peu propices à l'idée de modèle. Sauf à observer que ces deux caractéristiques semblent également affecter les techniques publicistes de garanties des droits fondamentaux, le recours à l'idée de modèle retrouvant alors une certaine pertinence...

10.- La seconde raison tient dans les contextes différents dans lesquels s'inscrivent les contrôles ici étudiés. Par leur nature même, les deux sortes de contrôles, civil d'une part et fondamentaliste de l'autre, concernent des personnes différentes et portent sur des intérêts différents. Pour s'en tenir à un exemple, on mesure assez vite que ce ne sont pas les mêmes enjeux qui sont engagés par, d'un côté la nullité d'un contrat conclu entre deux personnes physiques pour défaut de proportionnalité des prestations réciproques, et, de l'autre côté la mise à l'écart d'une loi pour atteinte excessive au droit fondamental de tel citoyen, eu égard à la distance séparant le contrat, acte juridique issu de volontés privées et organisant des intérêts privés, de la loi, acte issu d'un pouvoir législatif représentant la volonté nationale et arbitrant entre tous les intérêts en présence, qu'il s'agisse des intérêts privés ou/et des intérêts généraux.

11.- On se demande en somme si la recherche de modèles civils ne s'avère pas finalement assez vaine, qu'il s'agisse du contrôle de la finalité d'une part (I), ou du contrôle de la proportionnalité d'autre part (II).

I. Le contrôle de la finalité

12.- Le droit civil se refuse en principe à connaître de la finalité des actions humaines, pour des raisons techniques et politiques, de fond et de preuve : la liberté individuelle et la séparation du droit et de la morale d'abord, la difficulté de connaître les motifs d'une action ou inaction humaine ensuite. Mais il arrive que ce principe cède et que le droit civil appréhende la finalité. L'analyse donne à voir la diversité de ces hypothèses : la finalité saisie peut être exclusive ou plurielle, déterminante ou accessoire⁽¹³⁾, médiate ou immédiate⁽¹⁴⁾, explicite ou tacite⁽¹⁵⁾, s'attacher à un acte ou un fait⁽¹⁶⁾, être légitime⁽¹⁷⁾ ou illégitime⁽¹⁸⁾, sanctionnée ou promue. Il conviendra de rechercher si une ou plusieurs de ces figures de la finalité peuvent prétendre constituer un modèle pour les techniques fondamentalistes de garantie des droits et libertés (A.). En cas de réponse positive, on s'interrogera sur l'utilité réelle de cette modélisation (B.).

A. La recherche d'un modèle civil

13.- L'analyse des différentes figures de la finalité en droit civil (1°) permettra d'identifier un modèle civil (2°).

1°) Les figures civiles de la finalité

14.- La diversité des figures de la finalité peut s'attacher à deux choses, l'assiette de la finalité, la fonction de la finalité.

a) L'assiette de la finalité

15.- Le droit s'attache tantôt à la finalité des actes, tantôt à celle des faits. Au titre des premières, on citera la nullité pour illicéité de la cause (aujourd'hui du but : art. 6 et 1162 CC), l'inopposabilité d'un acte frauduleux (art. 1341-2 CC), l'anéantissement de la résolution unilatérale opérée par détournement d'une clause contractuelle ⁽¹⁹⁾, ou inversement la validation d'un acte, illicite par son objet, grâce à la finalité légitime poursuivie. Au titre des secondes, on envisagera la sanction de l'abus de droit ⁽²⁰⁾, de l'abus de pouvoir ou de liberté, voire l'état de nécessité ou la légitime défense.

16.- Si l'on s'en tient à la finalité des prérogatives juridiques, le droit semble opérer une distinction selon qu'il s'agit d'une liberté, d'un pouvoir, ou d'un droit subjectif : l'abus de liberté intègre la finalité illicite mais aussi semble-t-il le dépassement objectif des limites de la liberté ⁽²¹⁾; l'abus de droit suppose pour l'essentiel, semble-t-il, l'intention de nuire du titulaire du droit ⁽²²⁾, encore que les controverses doctrinales et hésitations jurisprudentielles soient légion ⁽²³⁾; quant à l'abus de pouvoir, il procède de ce que le titulaire du pouvoir exerce celui-ci sans respecter la finalité dans laquelle le pouvoir lui a été octroyé (ex. art. 1157 C. civ.) ⁽²⁴⁾, peu important à cet égard la source du pouvoir considéré (pouvoir légal ou prérogative contractuelle, et sans doute aussi pouvoir judiciaire) ⁽²⁵⁾.

b) La fonction de la finalité

17.- Si l'on accepte de laisser de côté les cas dans lesquels la finalité est seulement un élément de catégorisation de la situation juridique (ex. le titre gratuit), le droit privé semble attacher deux fonctions distinctes à la finalité, tantôt légitimante, tantôt invalidante, le droit passant d'ailleurs parfois de l'une à l'autre ⁽²⁶⁾.

18.- La finalité joue parfois une fonction légitimante : elle permet de justifier un acte ou un comportement qui était *a priori* contraire au droit, et donc justiciable de sanction.

On peut songer d'abord à l'état de nécessité ⁽²⁷⁾ et à la légitime défense ⁽²⁸⁾, en les analysant comme des circonstances permettant de soustraire un auteur à la responsabilité civile qu'il encourt en principe à raison d'un acte *a priori* délictueux, en se fondant sur la finalité poursuivie (sauver une valeur plus importante que celle que l'on sacrifie ou défendre sa personne ou ses biens contre une attaque injuste) et le défaut d'intention délictueuse. Encore faut-il souligner d'une part que les pénalistes soutiennent généralement que ce fait justificatif opère *in rem* et d'autre part que les effets civils de ces circonstances restent incertains, certains auteurs faisant valoir que l'indemnisation de la victime doit malgré tout exister dans l'ordre civil.

On peut surtout envisager diverses dispositions qui permettent de soustraire un acte juridique de la nullité, qu'il encourt en principe du fait de son objet illicite, et le sauvent en raison de sa finalité. La clause d'un acte juridique qui entame la liberté de se marier, ou de divorcer, ou de pratiquer la liberté religieuse de son choix pourra ainsi parfois être validée à raison de son mobile légitime ⁽²⁹⁾. De même, la clause d'une libéralité qui restreint la liberté de disposer du bénéficiaire pourra échapper à la nullité si l'auteur poursuit un intérêt sérieux et légitime (art. 900-1 CC). De même encore, le droit renonce à la nullité des actes juridiques portant atteinte à l'intégrité du corps humain lorsqu'ils poursuivent une finalité thérapeutique (art. 16-3 CC) et le code de la santé publique valide précisément certains de ces actes (art. L. 1211-1 s. CSP) : la validité procède d'une analyse civile s'appuyant sur la technique de la finalité justificative pour écarter, à titre dérogatoire, les principes d'intégrité et d'indisponibilité du corps humain.

19.- La finalité joue dans d'autres cas une fonction invalidante : elle colore de façon illicite un acte ou un comportement qui étaient objectivement licites, dans leur objet ou leur matérialité, la conséquence étant qu'elle conduira à la sanction de cet acte, qu'elle rendra inefficace, ou à la sanction de ce comportement, qu'elle qualifiera de fautif et qui engagera la responsabilité de son auteur.

La finalité joue fréquemment ce rôle en matière d'acte juridique. A titre d'illustration, on citera l'exemple de la nullité d'un contrat vicié par la cause illicite (le but illicite aujourd'hui : art. 1162 CC) ou par l'erreur commise à raison du comportement dolosif du contractant (art. 1137 CC), ou encore l'inopposabilité de l'acte pour simulation (art. 1201 CC) ou pour fraude à la loi ou aux droits des tiers (art. 1341-2 CC). Dans tous ces cas, c'est bien la finalité poursuivie par un contractant qui sera appréhendée par le système juridique et sanctionnée, à des conditions et selon des modalités variables.

On retrouve cette même fonction invalidante s'agissant de l'abus des prérogatives juridiques. En laissant de côté la question de l'abus de liberté, qui ne procède pas nécessairement de la finalité de l'acte ⁽³⁰⁾, on peut ici faire état

des deux types d'abus rappelés ci-dessus : l'abus de droit, d'abord ; l'abus de pouvoir, ensuite.

2°) L'identification du modèle civil

20.- La comparaison de ces diverses figures civiles de la finalité au contrôle opéré en matière de droits fondamentaux permet-elle d'identifier celle qui peut servir de modèle ?

On observe que la finalité ici contrôlée porte sur l'exercice d'un pouvoir, à l'instar du contrôle que le droit civil organise en matière d'autorité parentale, de pouvoir disciplinaire, de prérogative contractuelle, etc. Il est alors tentant de voir dans le contrôle de la mise en oeuvre d'un pouvoir privé au regard de sa finalité le modèle civil du contrôle opéré en matière de garantie des droits.

La difficulté tient toutefois dans la fonction jouée par la finalité. Alors que la finalité remplit une fonction invalidante à l'égard d'un pouvoir privé, il semble que la finalité joue ici, en matière de droits fondamentaux, une fonction justificative : la finalité poursuivie est l'une des conditions permettant de rendre conventionnelle une atteinte à tel droit ou telle liberté. Ainsi, la finalité légitime que poursuit la loi qui offre à une femme le droit d'accoucher sous X (protection de sa vie privée et de sa santé, ainsi que de celle de l'enfant) justifie que le droit de l'enfant à connaître ses origines, qui découle de son droit à la vie privée, soit limité par la possibilité qu'a la femme de cacher son identité. Cette analyse fonctionnelle n'est pas dépourvue de conséquences techniques, notamment sur le terrain de la charge de l'allégation et de la preuve (v. infra, n° 27).

21.- A cette première difficulté à identifier un modèle, s'en ajoutent deux autres.

Une première tient à la personnalité du titulaire du pouvoir : le modèle civil du contrôle de la finalité du pouvoir concerne un pouvoir privé, quand le contrôle européen concerne un pouvoir étatique. La différence semble de taille sur le plan axiologique : conférer à une personne privée un pouvoir sur une autre ⁽³¹⁾ constitue une anomalie au regard des principes civils d'égalité et de liberté, alors que le principe démocratique fonde le pouvoir des autorités étatiques sur les citoyens. Dans ces conditions, le régime juridique du premier est-il transposable au second ?

Une seconde tient à la construction historique de la notion de pouvoir : le contrôle du pouvoir privé peut-il vraiment être choisi comme modèle pour penser le contrôle du pouvoir public alors qu'il semble s'être construit en regard de ce dernier ⁽³²⁾? N'y a-t-il pas contresens historique à vouloir faire un modèle de ce qui n'est en somme que la copie ?

B. L'utilité du modèle civil

22.- A supposer levées ces deux réserves, quels enseignements tirer de cette modélisation ? On envisagera l'existence (1°) puis la mise en oeuvre du contrôle (2°).

1°) L'existence du contrôle

23.- L'appréhension civile de la finalité s'est attirée et s'attire parfois encore de vives critiques. On lui reproche d'abord de confondre le Droit et la Morale ⁽³³⁾, et ce à un double titre, en saisissant d'abord les intentions du sujet, quand le perfectionnement moral ne relève pas des fonctions du droit, en les contrôlant ensuite à l'aune de la légitimité, ce qui renverrait là encore à la Morale, soit un autre ordre normatif que l'ordre juridique. On l'accuse ensuite de porter gravement atteinte à la liberté du sujet, comme l'illustre remarquablement la vive opposition que la théorie de l'abus de droit a rencontré chez certains auteurs, tels Marcel Planiol ⁽³⁴⁾ ou Georges Ripert ⁽³⁵⁾.

24.- Cette double critique explique les tentatives de cantonnement du contrôle civil de la finalité.

L'abus de droit en est une illustration remarquable, maints auteurs s'employant à en limiter le domaine, par le traitement spécifique de certains droits - les droits dits discrétionnaires ⁽³⁶⁾- et par la restriction au critère de l'intention de nuire - ou à ses équipollents, et en particulier le défaut d'intérêt sérieux et légitime.

L'abus de pouvoir suscite semble-t-il lui aussi quelques résistances, alors pourtant que la nature de la prérogative en cause - un pouvoir - donc une prérogative - conféré à son titulaire dans un intérêt au moins partiellement distinct du sien - justifie sans mal le contrôle de sa mise en oeuvre à l'aune de la finalité. Du moins est-ce ce que donne à voir le droit privé, qui semble s'en tenir à la sanction de l'inadéquation des mobiles de l'agent au but dans lequel le pouvoir lui a été conféré (ainsi d'un parent se prévalant de l'autorité parentale pour satisfaire son seul intérêt égoïste, ainsi de l'époux gérant les biens communs pour le bénéfice exclusif de son patrimoine propre, ainsi du contractant invoquant une clause résolutoire ou une clause de détermination de prix en étant de mauvaise foi) ⁽³⁷⁾, et semble plus réticent à sanctionner le défaut d'adéquation entre la mesure prise et la finalité du pouvoir conféré (ex. la sanction potentielle du défaut d'adéquation de la mesure parentale avec l'intérêt de l'enfant) ⁽³⁸⁾.

25.- Il est évidemment tentant d'établir un parallèle avec le contrôle de la finalité opéré en matière de droits fondamentaux, les limitations de son domaine et de son intensité n'étant pas sans rappeler celles qui atteignent le modèle civil.

Ainsi du domaine du contrôle, puisque la Cour vérifie la légitimité de la finalité (mais sans lui attacher beaucoup d'effet semble-t-il) et l'existence d'une adéquation raisonnable entre la mesure et la finalité ainsi identifiée, mais s'abstient en revanche de vérifier le caractère approprié de la mesure au regard de la finalité poursuivie et se borne à sanctionner l'Etat qui n'aurait pas opté pour une mesure alternative moins attentatoire à un droit ou une liberté fondamentale.

Ainsi également de l'intensité du contrôle, puisque ce dernier se fait beaucoup plus léger en présence de questions de société, l'Etat se voyant alors reconnaître un pouvoir d'appréciation conséquent, ce qui n'est pas sans rappeler le repli du contrôle civil de la finalité des prérogatives dites discrétionnaires ⁽³⁹⁾.

2°) La mise en oeuvre du contrôle

26.- La mise en oeuvre du contrôle renvoie à deux questions délicates.

27.- La première est celle de savoir qui a la charge de l'allégation et de la preuve. Lorsque le droit attache à la finalité légitime une fonction justificative, il appartient *a priori* au titulaire du pouvoir d'invoquer et d'établir la finalité légitime que poursuivait son acte. Parce que la finalité n'est pas directement accessible, le droit civil recourt à des indices ⁽⁴⁰⁾, des présomptions, bref des modes de preuve inductifs, sauf à recourir éventuellement à la preuve testimoniale, à l'aveu ou au serment.

La question de la preuve est particulièrement délicate en matière de garantie des droits fondamentaux, s'agissant d'établir la finalité d'une décision émanée des pouvoirs publics. Comment prouver la finalité d'une loi ou d'une jurisprudence ? On se demande alors si cette difficulté n'explique pas en partie la jurisprudence européenne, qui s'en tient le plus souvent aux finalités alléguées par l'Etat. On observera toutefois que le juge pourrait, s'inspirant des solutions civiles, utiliser divers documents donnant à voir plus ou moins directement et explicitement les finalités poursuivies : étude d'impact, exposé des motifs, travaux préparatoires, pour la loi ; rapport des conseillers et communiqué de la juridiction en cas de solution jurisprudentielle ; etc. On s'interrogera aussi sur l'éventuelle transposition aux droits fondamentaux de l'éventuelle obligation de motivation que le droit civil met à la charge du titulaire du pouvoir ⁽⁴¹⁾, une telle motivation étant de nature à faciliter le contrôle de l'adéquation de la fin poursuivie à la finalité dans laquelle le pouvoir a été instauré.

28.- La seconde question délicate porte sur l'appréciation de la légitimité de cette finalité. Le contrôle de la finalité de la mesure prise par le titulaire d'un pouvoir privé s'opère par référence à l'intérêt précis dans lequel la loi, le juge ou la volonté privée lui a conféré ce pouvoir : l'intérêt de la famille, l'intérêt d'un conjoint, l'intérêt de l'enfant, l'intérêt du mandant, l'intérêt du contractant à obtenir rapidement la résolution unilatérale, l'intérêt des contractants à pouvoir ajuster le prix du contrat aux variations du marché, etc. Rien de tel en matière de protection des droits fondamentaux contre la loi, le pouvoir législatif bénéficiant d'une grande marge de liberté pour définir les intérêts poursuivis et la clause d'ordre public donnant à voir un éventail assez large de finalités légitimantes. Dans cette perspective, on ne s'étonnera pas de la rareté des censures opérées sur ce fondement.

29.- En conclusion, on soulignera que le contrôle de la finalité de la mesure opéré au titre des droits fondamentaux n'est pas sans équivalent civil, mais que l'apport de la modélisation ainsi découverte semble limité. Le droit civil offre-t-il aux droits fondamentaux un modèle plus utile s'agissant du contrôle de la proportionnalité ?

II. Le contrôle de la proportionnalité des intérêts

30.- Quel rôle la proportionnalité joue-t-elle exactement en droit civil, au-delà de l'idée de proportionnalité, inhérente au droit comme le donne à voir l'image de la balance ? On mettra à jour diverses figures de la proportionnalité en droit civil (A.) avant de se demander si l'une d'elles peut, ici encore, constituer un modèle utile pour les droits fondamentaux (B.).

A. Les figures civiles de la proportionnalité

31.- La proportionnalité joue des fonctions différentes en matière civile et jouit d'une portée variable.

1°) Les diverses fonctions de la proportionnalité

32.- Pour s'en tenir à la distinction aristotélicienne bien connue de la justice commutative et de la justice distributive, une première distinction doit être faite entre une proportionnalité qu'on appellera commutative et une

proportionnalité qu'on appellera distributive.

La première, la proportionnalité commutative, se rencontre dans les opérations d'échange : elle désigne l'équivalence requise entre les choses échangées, ou à tout le moins le rapport minimal devant nécessairement exister entre elles. Diverses dispositions relèvent de ce type de proportionnalité : on songe, en droit des contrats, à la sanction de la lésion (art. 1168 CC), des clauses abusives (art. 1171 CC), des clauses pénales manifestement excessives ou dérisoires (art. 1231-5 CC), des clauses limitatives de responsabilité portant atteinte à la substance de l'obligation (art. 1170 CC), etc. ; mais on peut également citer le principe de la réparation intégrale, qui règne en droit de la responsabilité et veut que l'indemnité allouée soit équivalente au préjudice causé ⁽⁴²⁾.

La seconde, la proportionnalité distributive, se rencontre quant à elle dans une opération de distribution : elle désigne le rapport devant exister entre l'objet de la distribution et le critère de celle-ci. Les exemples en sont nombreux, de l'obligation alimentaire, qui profite au créancier dans le besoin et s'impose à certains parents en fonction de leurs facultés patrimoniales (art. 208 CC), à la division des créances et des dettes (par parts viriles ou par contribution : art. 1309 CC), à la proportionnalité de la mesure de protection aux besoins de protection du majeur incapable de pourvoir seul à des intérêts (art. 428 CC), en passant par la sanction des clauses léonines, la décharge potentielle d'un héritier ayant légitimement ignoré une dette successorale qui obère gravement son patrimoine personnel (art. 786 CC), etc.

33.- A ces deux figures classiques et assez bien identifiées de la proportionnalité, on ajoutera une figure plus répandue dans son domaine, mais moins appréhendée juridiquement, qu'on choisira d'appeler la proportionnalité comparative.

Ce type de proportionnalité est à l'oeuvre chaque fois qu'une décision doit intervenir à l'issue d'une comparaison d'intérêts différents, une telle mise en balance impliquant d'une part l'identification des avantages et inconvénients que la décision présente pour les différents intérêts en présence, d'autre part la pesée de leurs poids respectifs. Cette proportionnalité est omniprésente dans la vie sociale : elle est pratiquée tant par les autorités étatiques (législateur avant le vote d'une loi ou juge avant la résolution d'un cas d'espèce ou la consécration d'une règle jurisprudentielle) que par les personnes privées (et ce qu'elle précède un acte - ex. décision de se marier, de divorcer, de contracter, de devenir propriétaire, de consentir une sûreté, de louer un bien etc. - ou un fait juridique - ex. décision de prendre le volant, de porter secours à autrui, etc.-).

Elle n'est le plus souvent qu'indirectement prise en compte par le droit civil : ainsi les bénéfices fiscaux attendus du contrat pourront justifier l'anéantissement de celui-ci si le contractant a érigé en condition ce motif extérieur au contrat et si la défiscalisation convenue ne peut pas, en réalité, se réaliser ⁽⁴³⁾; de même, le sujet engagera sa responsabilité civile s'il prête secours à une personne attaquée en usant de moyens disproportionnés ⁽⁴⁴⁾; de même encore, le pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond, qui leur permet de procéder librement à la pesée des intérêts en présence, trouve-t-il sa limite dans l'obligation de motiver sa décision et de lui donner une base légale.

Mais le droit civil contemporain la consacre parfois directement, notamment dans deux cas. Tel est d'abord le cas lorsque le droit appréhende une situation juridique individuelle en usant directement et explicitement du critère de l'intérêt individuel, sans préciser quel type d'intérêt doit prévaloir. Les intérêts d'une personne étant multiples, et variant dans le temps (court, long, moyen terme) et la matière (patrimoniaire et extrapatrimoniaire, etc.), la décision dépendra alors d'une pesée de ces multiples intérêts : on songe ici notamment au critère omniprésent de l'intérêt de l'enfant (v. not. art. 371 CC). Tel est également le cas lorsque le droit régit une situation qui engage les intérêts de plusieurs personnes privées en renvoyant directement et explicitement la résolution du cas à une pesée des intérêts en présence. De nombreuses dispositions renvoient à une telle pesée d'intérêts en matière familiale (ex. art. 217, 220-1, 1397 CC), ou dans l'indivision (ex. art 821, 824, 832-3 CC), ou en matière contractuelle (ex. art. 1221 ou 1343-5 CC ⁽⁴⁵⁾).

Il importe ici de souligner que cette proportionnalité comparative occupe en droit civil une place plus discrète que ses deux homologues. Elle est d'abord moins fréquente, la loi civile préférant traditionnellement charger le juge de statuer par application de règle de droit que par pesée d'intérêts. Elle est en outre plus récente et traduit sans doute la plus grande confiance faite au juge. Elle avance en outre bien souvent "masquée", échappant à la dénomination "proportionnalité", ce qui peut se comprendre tant il est difficile d'établir un rapport, donc une comparaison, entre des choses qui relèvent d'ordres bien différents : autant la comparaison semble accessible en cas de proportionnalité commutative ou distributive, autant elle semble délicate lorsqu'elle porte sur des intérêts différents. Comment comparer l'intérêt immédiat d'un enfant (à être avec ses père et mère ou à leur être retiré et placé dans un foyer ou une famille d'accueil, temporairement ou durablement, etc.) et l'intérêt qu'il a sur le long terme à ne pas subir telle influence, tel exemple, à vivre dans un climat paisible, etc. ? Ce n'est pas un hasard si les auteurs sont de plus en plus nombreux à dénoncer l'intérêt de l'enfant, cette "clef (qui) ouvre sur un terrain vague" disait Carbonnier ⁽⁴⁶⁾.

2°) La portée variable de la proportionnalité civile

34.- A cette première diversité des types de proportionnalité, s'ajoute une autre diversité, tenant à sa portée.

35.- La différence la plus visible est celle qui sépare un principe de proportionnalité et une exception de proportionnalité.

Dans certains cas, la loi exige positivement que la proportionnalité soit respectée, consacrant ainsi un principe de proportionnalité. Tel est souvent le cas en matière de proportionnalité distributive : ainsi, lorsque le droit procède à un partage de droits, biens, pouvoirs, dettes entre plusieurs personnes, la part de chacun dans l'ensemble doit être déterminée proportionnellement à tel ou tel élément (les obligations, les droits, les créances, etc.) ; ainsi également lorsque le droit fixe tel élément du statut d'une personne à proportion de tel autre (ainsi, de l'obligation alimentaire, fixée selon les besoins du créancier et les facultés du débiteur ; ainsi de la mesure de protection, directement dépendante des besoins du majeur protégé). Tel peut également être le cas en matière de proportionnalité comparative, la pesée des intérêts constituant souvent par principe, et non par exception, le critère de résolution de la situation. Plus rarement, tel est également le cas de la proportionnalité commutative : on citera ici l'exemple du principe de réparation intégrale, qui impose une équivalence stricte entre réparation et préjudice.

Dans d'autres cas, le droit se contente d'accueillir une "exception de proportionnalité", pour reprendre une expression de Denis Mazeaud ⁽⁴⁷⁾. Il en va ainsi dans tous les cas où le droit sanctionne la disproportion excessive. Si la doctrine a prôné la consécration d'un principe civil de sanction de l'excès ⁽⁴⁸⁾, tel n'est pas le parti pris du droit positif, qui se borne à sanctionner certaines disproportions atteignant un seuil jugé inacceptable. Ainsi, la théorie contractuelle ne reçoit-elle qu'une exception de proportionnalité commutative, qu'elle soit globale (la lésion n'est sanctionnée que lorsque la loi le prévoit : art. 1168 CC) ou ponctuelle (ainsi de la clause introduisant un déséquilibre manifeste entre les droits et obligations des parties, ou de celle portant atteinte à la substance de l'obligation : art. 1170 et 1171 CC). Mais l'exception ne se limite pas à la matière contractuelle : la solidarité des dettes ménagères cède en présence d'une dette manifestement excessive (art. 220 CC) ; l'exécution forcée en nature est écartée s'il existe une disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur de bonne foi et son intérêt pour le créancier (art. 1221 CC) ; plus largement, l'exception de disproportion fonde le pouvoir modérateur du juge, ce pouvoir que la doctrine a théorisé comme étant celui que la loi civile confère explicitement dans certains cas au juge, qu'elle habilite expressément à écarter la règle de principe qu'elle consacre, et ce par exception, lorsque l'application de cette règle serait inéquitable en l'espèce, eu égard à la particularité du cas ⁽⁴⁹⁾. Ce pouvoir, qui fait du juge le "législateur des cas particuliers", connaît diverses applications qui illustrent remarquablement le souci que peut avoir le droit civil d'éviter la disproportion, en autorisant le juge à modérer les clauses pénales manifestement excessives ou dérisoires (art. 1231-5, al. 2 CC), corriger les règles d'évaluation du régime de la participation aux acquêts si elles devaient aboutir à un résultat manifestement contraire à l'équité (art. 1579 CC), refuser l'attribution d'une prestation compensatoire qui s'avérerait contraire à l'équité (art. 270, al. 2 CC), etc.

36.- La deuxième différence porte sur les sanctions de la proportionnalité, sanctions qui varient selon que la disproportion trouve sa source dans un fait ou dans un acte juridique.

Dans la première hypothèse, le droit compense voire sanctionne la disproportion : ainsi, indemniserait-il le préjudice causé par un acte de défense disproportionné ; ainsi des sanctions déontologiques, voire répressives, pourront-elles être prononcées si l'atteinte à l'intégrité physique résultant d'un acte médical dépasse en gravité le bénéfice qui en est résulté.

Dans la seconde, il remédie généralement à la disproportion illicite, soit qu'il anéantisse purement et simplement la disposition qui la fonde, soit qu'il en écarte l'application au cas d'espèce. Ainsi, la clause abusive ou celle qui porte atteinte à la substance de l'obligation sera réputée non écrite ; ainsi la clause pénale excessive sera-t-elle écartée par le juge, qui évaluera la somme devant être allouée à titre de peine ; ainsi, la révision du contrat permettra-t-elle d'éviter que l'exécution ne soit excessivement onéreuse du fait d'un changement imprévisible de circonstances.

B. L'utilité du modèle identifié

37.- Le modèle civil variera selon qu'il est question du contrôle abstrait ou du contrôle concret de proportionnalité opéré en matière de droits fondamentaux.

1°) Le contrôle abstrait de proportionnalité : le modèle de la proportionnalité comparative

38.- Le contrôle abstrait de proportionnalité fondamentaliste met en balance des intérêts qui varient : selon le type de contrôle fondamentaliste mis en oeuvre, la balance sera faite soit entre droits fondamentaux, soit entre l'atteinte portée au droit fondamental en question et la charge qui pèserait sur l'Etat au titre des obligations positives, soit

entre l'atteinte portée au droit fondamental et l'intérêt poursuivi conformément à la clause d'ordre public. Partant, dans l'un des plateaux, se trouve dans tous les cas la nature et la gravité de l'ingérence ainsi que la nature du droit et son importance, quand l'autre plateau abrite, selon les cas, l'autre droit fondamental, l'intérêt général ou particulier poursuivi par le droit, ou la charge qui résulterait pour l'Etat de l'obligation positive de protéger le droit fondamental.

39.- Il diffère ainsi nettement des deux figures civiles de la proportionnalité commutative (caractéristique d'une opération d'échange) et de la proportionnalité distributive (caractéristique d'une opération de distribution). Il ressemble en revanche à la figure civile de la proportionnalité dite comparative, qui consiste à peser les intérêts en jeu avant de résoudre un conflit.

40.- Encore faut-il souligner les limites de ce modèle, à raison des différences tenant aux éléments mis en balance. La nature même des intérêts pesés semble d'abord assez différente : la proportionnalité civile comparative met rarement dans la balance un intérêt général et se contente le plus souvent de peser les mérites respectifs d'intérêts privés ; la balance fondamentaliste accueille toujours un intérêt privé dans l'un des plateaux et bien souvent un intérêt général dans l'autre. Cette différence importe moins au regard d'une hiérarchie qu'elle instaurerait a priori ⁽⁵⁰⁾ qu'à raison de la difficulté supplémentaire qu'elle crée dans la comparaison à faire, en mettant en relation des intérêts aussi différents que l'intérêt privé et l'intérêt général. De surcroît, il faut souligner que la proportionnalité comparative civile met en balance des intérêts effectivement engagés par la situation concrète : il suffit d'identifier précisément les effets que les diverses décisions potentielles sont susceptibles de produire sur eux, pour pouvoir arbitrer en faveur de l'intérêt privé le plus lourd. La proportionnalité opérée en matière de droits fondamentaux nous semble davantage s'en tenir, quant à elle, à la finalité poursuivie par la loi source d'une atteinte au droit fondamental, au moins lorsqu'il est question d'appliquer la clause d'ordre public. Ce qui, à nouveau, accentue la difficulté de la comparaison, en mettant en balance, d'un côté un intérêt effectivement atteint, et incarné, d'un autre côté un intérêt potentiellement poursuivi, et très abstrait.

41.- Ces deux différences expliquent que les réserves éventuellement suscitées par la proportionnalité comparative fondamentaliste s'aggravent ici. La proportionnalité comparative, en mettant en balance des choses qui sont difficilement comparables, fait la part belle aux *a priori* et convictions personnelles du juge. Il convient peut-être ici de rappeler, d'abord que le contrôle de proportionnalité n'est que la transposition au domaine de la loi du bilan coûts / avantages que le juge administratif pratique pour apprécier une décision administrative, ensuite que ce bilan s'inspire lui-même directement des économistes, qui mettent la chose en formules mathématiques, et enfin que ces mêmes économistes soulignent d'une part qu'une telle démarche suppose d'utiliser la valeur de l'argent dans le temps (condition méthodologique évidemment non respectée ici...) et d'autre part que la fiabilité des résultats est directement dépendante de l'exactitude avec laquelle l'estimation des coûts et des bénéfices a été faite (motif supplémentaire de perplexité ici...). Toutes choses qui expliquent que les critiques adressées à la proportionnalité comparative en matière civile ou administrative se fassent ici plus incisives : la subjectivité de l'opération, si elle pose problème lorsque la fonction du juge est de départager les prétentions de personnes privées, ou de contrôler l'Administration, devient encore plus problématique lorsqu'il s'agit de censurer la loi.

42.- On comprend aisément, dans cette perspective, que le contrôle de proportionnalité soit associé au spectre du gouvernement des juges. Partant, on peut penser que la solution la plus sage serait d'abandonner un tel contrôle judiciaire et de laisser les Etats seuls juges de l'arbitrage d'intérêts aussi différents. A tout le moins, serait-il judicieux d'en limiter les dangers, en précisant la méthode, en imposant une motivation rigoureuse, en laissant au législateur une large marge d'appréciation, en mettant en garde les juges contre le poids de leurs affects et préjugés, etc.

2°) Le contrôle concret de proportionnalité : les modèles civils de la proportionnalité commutative et distributive

43.- Au-delà d'une appréciation abstraite de la proportionnalité de l'atteinte aux droits fondamentaux à la finalité poursuivie, le contrôle fondamentaliste procède en outre à une analyse concrète, en fonction du cas d'espèce. Ce n'est plus alors de proportionnalité comparative dont il est question, mais de proportionnalité distributive ou commutative.

a) le modèle de la proportionnalité distributive

44.- Le contrôle de proportionnalité concret renvoie parfois à la proportionnalité distributive : il en va ainsi lorsqu'il consiste à juger que la mesure, abstraitement conforme aux droits fondamentaux, est concrètement excessive au regard des circonstances particulières du cas.

Le contrôle fondamentaliste évoque alors très directement le pouvoir modérateur du juge, particulièrement utilisé en législation familiale sous les auspices du doyen Carbonnier ⁽⁵¹⁾, mais qui trouve également à s'appliquer en matière patrimoniale, comme le donne à voir l'article 1231-5 du code civil, qui autorise le juge à modérer les clauses pénales excessives ⁽⁵²⁾. Ce pouvoir juridictionnel original, que la doctrine a théorisé comme étant le pouvoir

que la loi elle-même donne parfois au juge d'écarter son application, ou d'en modérer les effets, lorsqu'une application rigoureuse serait manifestement excessive au regard du cas d'espèce ⁽⁵³⁾, entretient avec le contrôle concret fondamentaliste un rapport évident : dans les deux cas, il s'agit d'un pouvoir conféré au juge par le droit lui-même, fondé sur l'équité, et conduisant à écarter une loi dans tel cas d'espèce.

Une telle comparaison donne raison à tous ceux qui analysent le contrôle de proportionnalité *in concreto* comme une manifestation de l'équité correctrice, et, peu convaincus de la distinction que la doctrine propose entre équité subjective et équité objective ⁽⁵⁴⁾, dénoncent les dangers du "jugement au cas par cas" : imprévisibilité des décisions, inégalité entre les justiciables, dissolution de la règle dans les circonstances de l'espèce, promotion d'une justice sentimentale, qui abandonne le justiciable (et la loi) à l'arbitraire du juge ⁽⁵⁵⁾.

45.- On est d'autant plus tenté de les suivre que les différences qui séparent le modèle civil de son homologue fondamentaliste accentuent les risques attachés à ce pouvoir judiciaire de correction de la loi.

Une première différence tient dans les critères du contrôle. Le pouvoir modérateur repose sur les circonstances de l'espèce, le juge étant chargé de comparer les effets produits par la loi dans la généralité des cas, avec les effets trop rigoureux de la loi en l'espèce - et non avec les avantages attendus de son application - ⁽⁵⁶⁾. Le contrôle fondamentaliste, quant à lui, procède à une mise en balance de l'atteinte portée au droit fondamental considéré avec les bénéfices d'intérêt privé ou général attendus de la loi ⁽⁵⁷⁾. Or s'il n'est pas toujours facile de déterminer les conséquences que l'application de telle loi a habituellement sur les citoyens qui lui sont soumis, il semble encore plus divinatoire d'évaluer les bénéfices attendus de son application.

Une seconde différence réside dans le domaine de ces deux pouvoirs. Le pouvoir modérateur n'est pas général en droit civil : il ne joue que lorsque la loi elle-même autorise sa propre censure. Au contraire, le contrôle fondamentaliste est susceptible de jouer à l'encontre de n'importe quel texte. Il en résulte un pouvoir juridictionnel d'une portée tout à fait différente, en pratique bien sûr (les textes conférant au juge un pouvoir modérateur sont assez rares) mais aussi en théorie. Le pouvoir modérateur procède d'un législateur qui considère, dans le même temps, que la règle est bonne dans la généralité des cas (d'où la loi), mais qu'elle peut devenir excessive dans un cas particulier (d'où le pouvoir modérateur) ; l'arbitrage du particulier au général est donc délégué au juge, mais pensé et voulu dès l'origine par le législateur. Rien de tel ici, puisque les droits fondamentaux sont susceptibles d'être invoqués à l'encontre de toute loi, et sans que le législateur ait imaginé la chose à l'avance. En grossissant le trait, on dira que le caractère subversif du contrôle concret de proportionnalité est sans commune mesure avec le caractère en quelque sorte conformiste du pouvoir modérateur. Ce caractère subversif mérite d'autant plus d'être souligné que le contenu des droits fondamentaux ne cesse de s'étendre, comme le donne à voir tout particulièrement le droit à la vie privée. Partant, pour préserver le caractère exceptionnel de la sanction attachée au contrôle *in concreto*, il convient à tout le moins d'exiger du juge une motivation spéciale et rigoureuse, propre à établir le caractère exceptionnel du cas ⁽⁵⁸⁾.

b) Le modèle de la proportionnalité commutative

46.- Le contrôle de proportionnalité concret renvoie dans d'autres cas à la proportionnalité commutative : il en va ainsi lorsqu'il conduit le juge à écarter la loi au motif que la mesure attaquée entame de façon excessive le droit fondamental en cause en portant atteinte à sa substance.

Quelles que soient les incertitudes caractérisant la portée européenne de cette notion d'atteinte à la substance du droit ⁽⁵⁹⁾, on la définit généralement comme visant l'hypothèse d'une atteinte au noyau dur du droit fondamental considéré. La comparaison est alors immédiate avec la sanction des clauses portant atteinte à la substance de l'obligation par l'article 1170 du Code civil. On ne s'étonnera donc pas de retrouver, dans les deux cas, les mêmes questionnements sur le sens du standard (comment définir l'atteinte à la substance ?) et la même recherche un peu vaine de critères précis.

47.- Encore fera-t-on observer les limites de la comparaison.

Une première limite tient au fait que la doctrine choisit parfois de fonder l'article 1170 du code civil sur le principe de cohérence plutôt que sur le principe de proportionnalité ⁽⁶⁰⁾ : à supposer l'analyse exacte, elle infirme la modélisation proposée.

Une seconde limite tient à l'enjeu de la qualification : l'atteinte à la substance de l'obligation ou du droit conduit dans tous les cas à la sanction de l'acte juridique source de l'atteinte ; mais l'acte sanctionné varie, puisqu'il s'agit d'une stipulation contractuelle dans le premier cas, d'une loi dans le second. Les enjeux du modèle civil proposé sont alors bien différents des enjeux du contrôle opéré en matière de droits fondamentaux.

48.- D'où l'idée de comparer la sanction de la loi pour atteinte à la substance d'un droit fondamental avec l'exclusion du jeu de la bonne foi lorsqu'il est question de la substance des droits et obligations contractuels : la

jurisprudence Société les Maréchaux ⁽⁶¹⁾ ne pourrait-elle alors servir de modèle ? La réponse, positive, conduit à la même conclusion d'une modélisation assez vaine : n'est-il pas artificiel de comparer l'exclusion potentielle du seul principe de bonne foi, à la mise hors-jeu potentielle de n'importe quelle loi ?

49.- Arrivés au terme de cette recherche, trois rapides conclusions semblent se dégager.

Il existe bien, en droit civil, diverses institutions qui conduisent le juge à opérer un contrôle de finalité ou de proportionnalité assez comparable à celui qui préside à la protection des droits fondamentaux : le civiliste peut trouver dans sa grammaire fondamentale des techniques et méthodes familières permettant d'acclimater un contrôle apparu dans un domaine qui lui est étranger.

Pour autant, il est impossible d'identifier un modèle parfait, d'abord parce que le contrôle opéré en matière de droit fondamental est composite (en ce sens qu'il additionne divers types de contrôle civils, celui de la finalité ⁽⁶²⁾ et celui de la proportionnalité), ensuite parce que les objets contrôlés et les intérêts concernés ne relèvent pas des mêmes ordres, ce qui vient entamer la pertinence de la comparaison.

Il n'en demeure pas moins qu'une constante se dégage : la crainte d'un abus de pouvoir du juge.

⁽¹⁾ Sur l'analyse de l'abandon de la référence aux droits fondamentaux par le nouveau droit des contrats, v. not. A.-A. Hyde, *Contrat et droits fondamentaux, Propos critiques sur le "membre fantôme" de l'article 1102, alinéa 2*, RDLF 2016, chr. n°20, et F. Marchadier, *RDC* 2016, 518. - Sur la renonciation aux droits fondamentaux, v. J. Arroyo, th., Pedone, 2016. - Sur l'ordre public comme limite aux droits et libertés fondamentaux, v. Cour de cassation, *Rapport annuel 2013, L'ordre public*, et P. Gervier, *La limitation des droits fondamentaux constitutionnels par l'ordre public*, th., LGDJ Lextenso, 2014.

⁽²⁾ V. par ex. l'indemnisation du préjudice résultant de l'impossibilité de se marier à laquelle se heurte une femme à laquelle son ex-époux refuse de délivrer le gueth : Civ. 1, 5 juin 1985, *JCP* 1987, II, 20728.

⁽³⁾ C'est un questionnement classique. V. par ex. en matière de liberté matrimoniale, A. Bénabent, *La liberté individuelle et le mariage*, *RTD civ.* 1973, 443. - Plus récemment, v. B. Girard, *Responsabilité civile extracontractuelle et droits fondamentaux*, LGDJ, 2015, t. 562 ; L. Maurin, *Contrat et droits fondamentaux*, LGDJ, 2013, t. 545 ; J. Torres-Ceyte, *Les contrats et les droits fondamentaux : perspective franco-québécoise*, th. Montréal, 2016.

⁽⁴⁾ Sur quoi v. not. A. Terrasson de Fougères, *Le modèle en droit de la famille, notion et fonction (Essai de droit comparé interne)*, th. Cornu, 1994 ; F. Dékeuwer-Défossez, *Modèles et normes en droit contemporain de la famille*, *Mél. Chr. Mouly*, t 1, Litec, 1998, p. 281 s.

⁽⁵⁾ Sur la circulation des modèles, v. E. Agostini, *La circulation des modèles juridiques*, *RIDC* 1990, p. 461 s.; *La circulation du modèle juridique français*, *Travaux de l'Association Capitant*, Litec, 1994 ; *La circulation des modèles normatifs*, dir. P. Bourgues, C. Montagne, PUG, 2018.

⁽⁶⁾ Sur l'usage implicite éventuel du modèle lors de la qualification, v. M. Cumyn, F. Gosselyn, *Les catégories juridiques et la qualification : une approche cognitive*, *Mac Gill Law Journal*, vol. 62, n°2, p. 285 s.

⁽⁷⁾ Wróblewski in Arnaud, 1993, p. 378. *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*.

⁽⁸⁾ Cornu, *Vocabulaire juridique*, Association Capitant, 1987, V° *Modèle*, sens 2, p. 518.

⁽⁹⁾ Sur la fonction symbolique des catégories juridiques, v. not. Les travaux de D. Lochak : *La race, une catégorie juridique?*, *Persée*, 1992, p. 291 s. ; *Invention et usage des catégories juridiques dans les processus de radicalisation, L'exemple de l'immigration*, in *La démocratie aux extrêmes, Sur la radicalisation politique, La dispute*, 2006, p. 133 s. ; *Dualité de sexe et dualité de genre dans les normes juridiques*, in *Mél. en l'honneur d'A. Lajoie*, *Lex electronica*, vol. 15, 2010 ; *Qu'est-ce qu'un réfugié, La construction politique d'une catégorie juridique*, *Pouvoirs* 2013, 1, p. 33 s.

⁽¹⁰⁾ *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, dir. F. Sudre, *Thémis*, 8° éd., juin 2017.

(11) F. Sudre, Le contrôle de proportionnalité de la Cour européenne des droits de l'homme, De quoi est-il question ?, JCP 2017, I, 289.

(12) La proportionnalité est à la mode, comme le donne à voir la progression de la sanction des disproportions par le droit des contrats rénové par l'ordonnance du 10 février 2016. Mais le droit fait parfois le chemin inverse, en l'abandonnant pour interdire purement et simplement un acte qu'il admettait autrefois sous condition de proportionnalité. On donnera l'exemple du pouvoir parental de sanction : aujourd'hui contrôlé (v. par ex. Crim., 29 octobre 2014, pourvoi 13-86371), au regard de sa finalité (l'intérêt de l'enfant) et de sa proportionnalité (le mal causé à l'enfant par la sanction devait être proportionné), il est voué à être borné, demain, selon toute vraisemblance, par une règle abstraite et générale, affirmant purement et simplement que "l'autorité parentale s'exerce sans violences physiques ou psychologiques" (article 371, alinéa 2, issu de la loi adoptée par l'Assemblée nationale le 29 novembre 2018).

(13) Le droit exige parfois que la finalité considérée soit exclusive. Ainsi, la nullité d'un mariage frauduleux suppose-t-elle un défaut total de consentement : il faut donc que l'un des époux poursuive exclusivement une finalité étrangère au mariage (Civ. 1, 28 oct. 2003, n°01-12574). Dans d'autres cas, le droit se contente de ce que la finalité est déterminante : ainsi, hier, de la nullité de l'acte conclu pour un motif illicite déterminant (comp. auj. art. 1162 CC) ; ainsi encore de la nullité éventuelle de l'acte conclu sous l'empire d'un motif erroné déterminant (sur quoi, v. désormais art. 1135 CC).

(14) Ainsi, le vendeur recherche-t-il directement la perception d'un prix contre le transfert de la propriété de sa chose, et indirectement tel ou tel but qui lui est propre, donner l'argent à ses enfants, le réinvestir dans l'acquisition d'un logement, payer une dette, etc.

(15) Selon que l'auteur de l'acte ou du fait considéré exprime expressément le motif poursuivi, ou que ce dernier ressort des éléments de fait.

(16) La nullité d'un contrat pour illicéité du but poursuivi, comme la sanction de la fraude ou de la simulation illustrent la première hypothèse, quand la seconde connaît elle aussi diverses applications, telle la sanction de la faute intentionnelle, de l'abus de droit, du détournement de pouvoir ou de prérogative contractuelle, de l'exercice abusif d'une liberté.

(17) A l'instar de l'intention libérale ou de l'intention de venir en aide à autrui.

(18) Telle l'intention de nuire, de frauder la loi ou les droits des tiers, de profiter d'une situation de faiblesse, etc.

(19) V. par ex. Com., 30 nov. 2004, n°03-10557.

(20) Sur quoi, v. Req., 3 août 2015, GAJC, n°69.

(21) V. par ex. la jurisprudence relative à la diffusion de l'image de personnes impliquées dans un événement d'actualité, ou illustrant avec pertinence un débat d'intérêt général, la liberté d'expression trouvant sa limite dans le respect nécessaire de la dignité humaine. V. par ex. Civ. 1, 20 févr. 2001, n°98-23471, 4 nov. 2004, n°03-15397, 29 mars 2017, 15-28813. Adde l'abus de liberté contractuelle, Ph. Stoffel-Muck, L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie, LGDJ, 2000, et Cl.-M. Peglion-Zika, La notion de clause abusive, LGDJ, 2018.

(22) Ou de ses équipollents, parmi lesquels notamment le défaut d'intérêt personnel. Sur cette question, v. E. Gaillard, Le pouvoir en droit privé, *Economica*, 1985, n°29 s., n°47 s., spéc. n°50, n°51 s. Adde J Rochfeld, Les grandes notions du droit privé, PUF, 2011, n°s 22 et 25.

(23) Reprenant la célèbre thèse doctrinale (L Josserand, De l'abus de droit, Paris Rousseau, 1905, De l'esprit des droits et de leur relativité, Théorie dite de l'abus des droits, Dalloz, rééd. 2006, p. 311 s.), selon laquelle les droits subjectifs auraient une fonction sociale qui devrait être respectée par leur titulaire, certains auteurs considèrent que l'exercice des droits doit toujours poursuivre une finalité légitime (ex O. Tournafond, Abus de droit, Encyclopédie Dalloz), quand d'autres s'en tiennent à la sanction de l'intention de nuire, ou de ses équipollents.

(24) Sur le détournement de pouvoir en droit privé, v. E. Gaillard, *Economica*, Le pouvoir en droit privé, 1985. Adde P. Lokiec, Contrat et pouvoir, LGDJ, 2004.

(25) Sur cette question, v. Ph. Stoffel Munck, L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie, LGDJ, 1999. Adde G. Helleringer, Les clauses du contrat, Essai de typologie, LGDJ, 2012, n°343 s.

(26) Ainsi du changement de régime matrimonial, subordonné à une finalité légitimante (il doit poursuivre l'intérêt de la famille : art. 1397 CC), que les époux devaient autrefois toujours établir et que le juge contrôlait, et qui est désormais en principe abandonné à la volonté des époux, ne pouvant être remis en cause seule la preuve d'un vice

du consentement ou de la fraude étant susceptible de l'anéantir (Civ. 1, 29 mai 2013, n°12-10027).

(27) Civ. 2, 8 avr. 1970, JCP 1970, IV, 136.

(28) Req., 24 févr. 1886, S 1886, 1, 176.

(29) Pour un exemple, v. Ass. plén., 19 mai 1978, GAJC, n°31.

(30) Ph. Stoffel-Munck, th. préc. Adde Cl.-M. Peglion-Zyka, La clause abusive, LGDJ.

(31) Comp. les virulentes critiques de l'abus de droit en doctrine, infra, n°23.

(32) V. sur ce point E. Gaillard, th. préc.

(33) Les critiques doctrinales formulées à l'encontre de la jurisprudence qui annulait les libéralités faites entre concubins lorsqu'elles n'étaient destinées qu'à rétribuer des faveurs sexuelles (Req., 8 juin 1926, DP 1927, 1, 113, note Savatier) en sont un excellent exemple. V. par ex. R. Savatier, notant que le flou de la notion de cause permet aux juges de décider "selon la conception qu'ils se font de la morale" : Le droit, l'amour, la liberté, 2° éd., 1963, p. 143 ; adde, après le revirement de jurisprudence opéré par la première chambre civile le 3 février 1999, Ch. Larroumet, La libéralité consentie par un concubin adultère, D 1999, chr. 351, dénonçant le conservatisme des auteurs critiquant la solution. Pour une autre analyse, v. D. Fenouillet, La loi, le juge et les mœurs, La Cour de cassation aurait-elle emménagé rive gauche ?, RDC 2005, 1284.

(34) Traité élémentaire de droit civil, t. 2, LGDJ, 3° éd., 1905, n°871. Chacun connaît la célèbre formule : "le droit cesse où l'abus commence, et il ne peut y avoir "usage abusif" d'un droit quelconque, par la raison irréfutable qu'un seul et même acte ne peut être, tout à la fois, conforme au droit et contraire au droit".

(35) L'exercice des droits et la responsabilité civile, Rev. crit. lég. et jur. 1905, p. 352 s.

(36) Sur quoi, v. A. Rouast, Les droits discrétionnaires et les droits contrôlés, RTDC 1944, p. 1 s.; D. Roets, Les droits discrétionnaires : une catégorie juridique en voie de disparition?, D. 1997, 93. La catégorie évolue : ainsi, le consentement à l'adoption est-il désormais contrôlé (art. 348-6 CC), mais le droit de demander la démolition d'un empiètement (Civ. 3, 21 déc. 2017, n°16-25406) ou de révoquer un testament (Civ. 1, 30 nov. 2004, n°02-20883) échappent au contrôle de l'abus. Son régime est discuté : la qualification conduit-elle à exclure toute sanction de l'abus ou seulement à restreindre la sanction à la seule l'intention de nuire ? Sur cette problématique, v. J. Ghestin, G. Goubeaux, M. Fabre-Magnan, Traité de droit civil, Introduction générale, n°761 s. ; F. Terré, Y. Lequette, Ph. Simler, F. Chénéde, Les obligations, Dalloz, 12° éd., n°968 s.

(37) Sur quoi, v. E. Gaillard, th. préc., n°146 s., n°163 s., n°196 s.

(38) Sur ce contrôle éventuel, v. E. Gaillard, th. préc., n°202 s., suggérant de transposer la solution administrative (sanction de l'erreur manifeste) en droit civil, en introduisant un contrôle de l'inadéquation grossière de la mesure au but poursuivi.

(39) Sur quoi, v. supra, note 36.

(40) Sur cette question, v. E. Gaillard, th. préc., n°185 s.

(41) Sur la question de la motivation, v. E. Gaillard, th. préc., n°187 s. Sur la proposition en matière contractuelle, v. J. Rochfeld et M. Fabre-Magnan, Mélanges J. Ghestin. Comp. G. Helleringer, th. préc., n°431 s. Sur le rôle de la motivation en matière de prérogatives contractuelles, v. art. 1164, 1165, 1226 C. civ.

(42) Civ. 2, 28 mai 2009, n°08-16829.

(43) Civ. 1, 13 févr. 2001, n°98-15092 ; Civ. 3, 14 déc. 2017, n°16-24096 et 16-24108.

(44) La faute de la victime étant susceptible d'engendrer un partage de responsabilité : Crim., 8 janv. 2008, n°07-83423.

(45) V. notamment art. 1221 qui conduit à un bilan coûts / avantages en limitant le droit à l'exécution en nature en cas d'excès du coût de l'exécution au regard de son intérêt pour le créancier. On soulignera que le droit civil a ici lui-même pris modèle sur le droit de la consommation (art. L. 217-9 C. cons.), directement venu lui-même du droit européen, et plus spécifiquement de la Directive biens de consommation, si bien que le modèle réside davantage dans l'analyse économique du droit qui innove le droit européen que dans le droit civil lui-même. Tout en observant que l'introduction de l'exigence de bonne foi du débiteur par la loi de ratification conforte également tous ceux qui expliquent cette limite par le recours à l'abus de droit du créancier, ce qui renvoie, on l'a vu plus haut, à la

finalité du droit considéré. Adde art. 1343-5 prévoyant que "le juge peut, compte tenu de la situation du débiteur et en considération des besoins du créancier, reporter ou échelonner, dans la limite de deux années, le paiement des sommes dues".

(46) La famille, Thémis, 1999, 20^e éd., p. 610.

(47) LPA 1998, n° 117, p. 12.

(48) En ce sens, v. S. Le Gach-Pech, La proportionnalité en droit privé des contrats, LGDJ, 2000 ; D. Bakouche, L'excès en droit civil, LGDJ, 2005.

(49) Ch. Brunet, Le pouvoir modérateur du juge en droit civil, 1974, th. Cornu ; J. Fischer, le pouvoir modérateur du juge en droit privé français, PUAM 2004 ; F. Lafay, Le pouvoir modérateur du juge en droit privé, th. Lyon 3, 2004. Adde G. Cornu, L'apport des réformes récentes du code civil à la théorie du droit civil, Paris, 1970-1971, Cours du droit. Il obéit ainsi à cinq caractéristiques : il est exceptionnel dans son existence, légal dans sa source, fondé sur l'équité dans sa mise en oeuvre, dérogeant dans son effet et individualisant dans son résultat.

(50) La supériorité traditionnellement attachée à l'intérêt général s'efface progressivement devant le poids que l'individualisme contemporain confère aux intérêts privés, d'autant que l'intérêt privé est incarné, par hypothèse, le demandeur se présentant en chair et en os, quand l'intérêt général est toujours abstrait.

(51) Clause de dureté en matière de divorce pour rupture de la vie commune, pouvoir de révision de la prestation compensatoire, attribution d'une indemnité au conjoint exclusivement fautif, etc.

(52) Comp. le recours à l'équité comme élément d'appréciation d'une dette ou valeur, dans l'indivision (art. 815-13) ou la participation aux acquêts (art. 1579).

(53) V. supra, n° 36.

(54) Sur quoi, v. Chr. d'Albiges, De l'équité en droit privé, LGDJ, 2000.

(55) Sur quoi, v. F. Chénéde, Contre-révolution tranquille à la Cour de cassation, D. 2014, 179, et les notes au D. 2016, 796 et au D. 2017, 953 ; P. Puig, L'excès de proportionnalité, RTD civ. 2016, 70 ; T. Marzal, La Cour de cassation à l'âge de la balance, RTD civ. 2017, 789.

(56) Sauf à se demander si le juge qui use de son pouvoir modérateur se borne, lorsqu'il apprécie l'excès résultant, en l'espèce, de l'application de la loi, à comparer les effets produits habituellement avec les effets produits en l'espèce, ou s'il intègre peu ou prou les finalités abstraites de la règle écartée.

(57) Encore faut-il souligner que le poids de la finalité légitime poursuivie est largement escamoté dans le contrôle de proportionnalité fondamentaliste. V. supra, n° .

(58) Les premières décisions jurisprudentielles internes qui ont fait application de ce contrôle *in concreto* ont bien illustré le risque qu'un tel contrôle soit pratiqué en dehors de toute circonstance exceptionnelle réelle. En ce sens, v. CE, Gonzalez Sanchez, 31 mai 2016, n° 396848, relatif à l'interdiction d'une assistance médicale à la procréation *post mortem* ; Civ. 1, 4 décembre 2013, n° 12-26066, relatif à la nullité du mariage incestueux. La jurisprudence civile postérieure à cette décision s'est montrée plus respectueuse du caractère exceptionnel de la mise à l'écart de la loi à l'issue du contrôle de proportionnalité *in concreto*.

(59) Quel est son domaine exact ? Est-ce le résultat du test de proportionnalité ou intervient-elle malgré un test favorable de proportionnalité ?

(60) On se souvient de la formule employée par l'arrêt Chronopost du 22 octobre 1996, GAJC, n° 157: "la clause limitative de responsabilité, qui contredisait la portée de l'engagement pris, devait être réputée non écrite". Sur la question, v. D. Houtcieff, Le principe de cohérence en matière contractuelle, PUAM, 2001.

(61) Com., 10 juillet 2007, n° 06-14768, GAJC, n° 164.

(62) Ou plutôt ceux de la finalité, car il nous semble s'inspirer du contrôle civil de la finalité du pouvoir tout en transformant la fonction de la finalité, qui n'est plus invalidante mais légitimante.

Introduction

Le modèle allemand de contrôle des droits fondamentaux repose, comme on sait, sur un test de proportionnalité. Ce test ne constitue pourtant qu'une partie d'un contrôle fort sophistiqué et très largement schématisé. Si on peut reprocher à la mise en balance réalisée à travers ce test une part de subjectivité possible, voire un risque d'arbitraire, sa démarche systématique et son caractère schématique forment autant de garde-fous, autant de précautions – cependant pas une garantie - contre cette dérive.

Le caractère schématique du contrôle se traduit tant dans les programmes des études juridiques - les analyses de cas - et les manuels que dans les arrêts de la Cour constitutionnelle. La motivation de ces derniers est en effet subdivisée en deux rubriques : la première expose les critères de constitutionnalité, les standards, au regard desquels la Cour compte examiner le cas concret ; la seconde applique ces critères au cas d'espèce et en tire les conséquences en termes de constitutionnalité. Ce sont ces standards qui font jurisprudence tendant ainsi à détacher les arrêts de leur contexte. En même temps, ils assurent cependant la transition entre le texte très indéterminé et les circonstances concrètes ; leur structure schématique procure alors un minimum de prévisibilité et de transparence.

Développé d'abord pour les droits « de », donc les obligations d'abstention ou négatives de la puissance publique, ce schéma de contrôle s'est progressivement étendu aux droits « à » ou obligations positives. Il comprend trois grandes étapes : l'examen du champ d'application ou de protection du droit fondamental, donc la question de savoir si la protection de la Loi Fondamentale couvre les faits allégués (I), ensuite celle de l'atteinte à un droit fondamental en l'espèce (II) et enfin celle de la justification éventuelle de cette atteinte (III).

I – Le champ d'application

L'examen du champ d'application s'effectue pour chaque droit fondamental séparément puisque le régime juridique de chacun est spécifique, comme dans la CEDH. Il importe alors de savoir d'abord si le requérant est titulaire du droit et ensuite si le droit protège le requérant dans la situation concrètement concernée.

1 - L'interrogation d'ordre personnel vise notamment les personnes morales puisqu'elles ne bénéficient pas toutes de tous les droits fondamentaux ainsi que les étrangers, exclus de certains droits comme par ex. la liberté de réunion ou d'association.

2 - Quant au champ d'application matériel, les formulations indéterminées des dispositions constitutionnelles incitent la jurisprudence à opter en faveur d'une interprétation médiane, ni restrictive ni extensive du droit protégé. Ainsi des concepts aussi controversés que la religion ou l'art font l'objet d'une interprétation favorable à l'opinion que s'en font les requérants tant que celle-ci est compatible avec le texte. Sont ensuite examinées les modalités d'exercice du droit. Dans quelle mesure celles-ci sont-elles couvertes par le droit fondamental, car, par exemple, la liberté de réunion ne protège que les réunions pacifiques.

Enfin, concernant les droits d'origine internationale, en particulier de la CEDH ou de l'UE, la jurisprudence allemande s'avère contrastée, les prises en compte coexistant avec les réticences. L'eupéanisation du modèle est donc imparfaite.

II - L'existence d'une atteinte

L'atteinte à un droit fondamental doit être imputable à l'Etat. C'est le cas tout d'abord des actions ou interventions de ce dernier, qu'elles soient normatives ou opérationnelles. On se trouve ici dans le domaine classique de l'atteinte ou de l'obligation d'abstention de l'Etat (A). Sont également imputables à l'Etat des omissions ou des actions insuffisantes pour protéger effectivement les droits fondamentaux. Cette fois-ci, il s'agit de la dimension objective de ces droits ou des obligations positives (B).

A/ L'atteinte réalisée par l'action publique : L'ingérence

L'atteinte à un droit fondamental est réalisée lorsqu'un comportement protégé par un droit fondamental est rendu impossible. Il s'agit là d'une atteinte directe et en quelque sorte « voulue », comme l'est par exemple la censure d'un article de la presse écrite. Toutefois, constitue également une atteinte l'activité étatique qui, sans viser spécialement à interdire ou restreindre un droit, engendre des inconvénients ou des préjudices ; ainsi les maladies provoquées par une vaccination obligatoire.

La notion de l'atteinte s'est donc considérablement élargie, ce qui crée des problèmes croissants de délimitation par rapport au risque supportable ou aux atteintes marginales lesquels ne rentrent plus dans le champ de protection.

B/ L'atteinte réalisée par l'inaction ou l'intervention insuffisante : les obligations positives

La doctrine utilise ici des termes tels que dimension objective, effet de rayonnement, obligation de protection, garantie institutionnelle, droit à prestations, droit de participation ou normes axiomatiques fondamentales. Aujourd'hui, on distingue surtout les obligations d'aménagement ou de concrétisation, de protection et de prestation de l'Etat ⁽¹⁾.

1 - L'aménagement ou la concrétisation se traduit dans la législation qui fixe le cadre juridique de la liberté. Certains droits fondamentaux nécessitent pour leur mise en œuvre une telle intervention, notamment le droit syndical, la liberté d'association ou le droit de propriété. Si le principe est clair, le problème réside dans la question de savoir jusqu'où va l'obligation d'un aménagement utile ou efficace.

2 - La protection consiste dans la réglementation ou les interventions visant à renforcer un droit ou à empêcher les tiers de porter atteinte à un droit. Comme le droit allemand ne reconnaît pas d'effet horizontal direct, c'est l'Etat qui doit s'interposer pour assurer un effet horizontal indirect. La protection ainsi assurée par le législateur est susceptible d'être appréciée à son tour au regard des standards figurant dans la Loi Fondamentale. La concrétisation d'un droit fondamental peut donc en même temps constituer une atteinte.

3 - L'idée de prestation correspond aux droits sociaux. La Loi Fondamentale ne reconnaît pas ce type de droit mais consacre seulement l'Etat social. Les obligations de prestation se réduisent alors soit au respect du principe d'égalité, soit aux conséquences découlant de l'obligation de protection.

Toutes ces atteintes peuvent éventuellement se justifier si elles interviennent dans un processus de restriction prévu et aménagé.

III - La justification de l'atteinte

Pour qu'une ingérence soit justifiable, elle doit être admise en droit sous la forme d'une restriction au droit fondamental en cause. En principe, tous les droits fondamentaux sont susceptibles de restrictions, sous réserve de se conformer à certaines conditions de forme (B) et de fond (C) ; cependant quelques exceptions doivent être signalées (A).

A/ Les droits insusceptibles de restrictions

1 - La dignité humaine mérite ici une mention particulière. Elle protège l'intégrité l'autonomie, le respect et l'égalité des personnes. Elle s'oppose à traiter les êtres humains en objet, à nier leur qualité de sujet. Son intangibilité conduit à refuser toute mise en balance de la dignité elle-même.

Dans le système de la Loi Fondamentale, la dignité humaine guide la mise en balance des droits fondamentaux des art. 2 à 19 en servant de critère d'appréciation de la gravité des ingérences et en garantissant la protection du noyau ou de la substance des droits. Dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle, elle est considérée comme une norme « autonome » plutôt que comme un droit fondamental particulier. L'obligation de l'Etat de respecter et de protéger la dignité trouve ses limites dans les possibilités matérielles d'agir de l'Etat.

2 – D'autres droits sont également insusceptibles de restriction ou de gradation tels la vie, les garanties judiciaires et les statuts de national ou de réfugié.

Tous les autres droits peuvent être à la fois limités et mis en balance. Toutefois, pour être régulières, les restrictions doivent obéir d'abord à certaines conditions de forme.

B/ Les conditions formelles des restrictions

La restriction doit être prévue par la loi parlementaire, laquelle doit elle-même être constitutionnelle, c'est-à-dire édictée par un organe compétent (fédéralisme) selon une procédure régulière. A cela peuvent s'ajouter des conditions procédurales particulières.

C/ Les conditions de fond

C'est à ce stade seulement qu'on commence à entrer dans ce qu'il est convenu d'appeler le contrôle de proportionnalité. Ainsi la restriction doit présenter certaines qualités :

1 - La restriction doit tout d'abord être claire et précise afin de satisfaire l'exigence de légitimité démocratique. Plus le droit est important, plus l'atteinte est intense, plus la loi doit être précise. En particulier, elle doit régler tout ce qui est essentiel à la garantie de la substance du droit.

2 – La restriction doit ensuite poursuivre un but légitime. Dans cette appréciation, les réserves législatives jouent un rôle important. Les réserves simples ⁽²⁾ autorisent des restrictions seulement par la loi ou en vertu d'une loi mais il suffit que le but soit constitutionnel. Les réserves qualifiées n'autorisent des limitations que pour les raisons énumérées ⁽³⁾. Enfin, les droits fondamentaux dépourvus de réserve ⁽⁴⁾ ne peuvent être restreints que dans les limites étroites qui sont inhérentes à la constitution ⁽⁵⁾. Le juge procède alors à une interprétation de la constitution dans son ensemble selon la maxime de l'unité de la constitution.

3 –Quant aux moyens utilisés, les exigences varient selon qu'il s'agit d'obligations négatives ou d'obligations positives.

a) La proportionnalité des atteintes

La Cour constitutionnelle effectue à cet égard un triple contrôle : La première interrogation est relative à l'adéquation de la restriction : permet-elle d'atteindre le but visé ? La réponse est très généralement positive et le contrôle d'autant plus réduit. Le deuxième élément concerne la nécessité : s'agit-il en l'occurrence du moyen le plus doux qui, sans porter atteinte à d'autres droits ou biens, permet d'atteindre le même but ? A ce stade, l'intensité du contrôle varie selon l'importance du droit et la gravité de l'atteinte. La troisième question enfin aborde la proportionnalité au sens étroit du terme. En fonction de l'importance du bien à protéger et de la gravité de l'atteinte, il s'agit de mettre en balance les moyens et le but. C'est ici que le contrôle risque surtout de devenir subjectif.

b) Le degré suffisant des concrétisations et des protections

En règle générale, c'est le législateur qui procède aux concrétisations et aux protections. Il dispose à cet effet d'une marge d'appréciation étendue, ce qui réduit considérablement l'intensité du contrôle juridictionnel. L'aménagement peut s'inspirer de tout motif d'intérêt général et n'exige pas une base constitutionnelle particulière. En réalité, n'est censuré ici que la protection manifestement insuffisante ⁽⁶⁾. Les trois étapes du contrôle de proportionnalité ne sont donc guère développées ici.

La limite de tout contrôle juridictionnel réside dans la séparation des pouvoirs, autrement dit dans une marge d'appréciation discrétionnaire appartenant en tout état de cause au législateur. Cela ne vaut évidemment pas lorsque l'administration ou la justice mettent en œuvre les lois en matière de droits fondamentaux.

Conclusion

En conclusion, il convient de souligner que cette esquisse très simplifiée du modèle allemand du contrôle des restrictions aux droits fondamentaux se présente fréquemment de manière plus complexe. Cela vaut en particulier dans les cas de conflits ou de concurrence entre différents droits fondamentaux ou principes constitutionnels. Un autre type de complication résulte des rétroactions possibles dans le schéma de contrôle. Ainsi la gravité de l'ingérence peut rétroagir sur l'interprétation du champ d'application ou une disproportion manifeste sur la légitimité du but.

⁽¹⁾Voir notamment C.D. Classen, *Staatsrecht II, Grundrechte*, C.H. Beck, 2018, 89-109; M. Morlok, *Grundrechte*, Nomos 2008, 47–56; B. Pieroth/ B. Schlink, *Grundrechte, Staatsrecht II*, C.F. Müller, 2006, 19-79.

⁽²⁾Des exemples en sont l'intégrité physique, le secret des correspondances et des télécommunications.

⁽³⁾Par ex. s'agissant de la protection du domicile, la prévention d'un danger imminent pour la sécurité et l'ordre public.

⁽⁴⁾Notamment l'art et la science.

⁽⁵⁾Ce sont les « verfassungsimmanente Schranken ».

⁽⁶⁾Le « Untermaßverbot ».

Les techniques - Le contrôle du but poursuivi / du détournement de pouvoir par la Cour constitutionnelle allemande

T. Hochmann

Professeur de droit public
Université de Reims Champagne-Ardenne

Conformément à la feuille de route établie par les organisateurs des Transversales, le présent rapport aborde les techniques de contrôle mises en œuvre par la Cour constitutionnelle allemande sous trois angles : le contrôle du but poursuivi par la mesure litigieuse, le contrôle de proportionnalité et l'atteinte à la substance d'un droit fondamental, ainsi que la question des obligations positives. Ces « techniques » reviennent, pour partie, à examiner le respect d'exigences posées par la Constitution. Certaines d'entre elles semblent néanmoins plutôt avoir été introduites par la Cour constitutionnelle, sans que leur fondement juridique soit toujours évident. Aussi désigne-t-on ici largement comme des « techniques de contrôle » les questions qu'aborde la Cour lorsqu'elle examine si une mesure est conforme aux droits fondamentaux garantis par la Constitution.

Souvent présentée en Allemagne comme le premier élément du contrôle de proportionnalité⁽¹⁾, la détermination du but poursuivi par la mesure litigieuse en constitue en réalité une étape préalable⁽²⁾, et ce pour deux raisons.

Premièrement, la proportionnalité, qui concerne la relation entre un moyen et une fin, ne peut être examinée avant qu'ait été précisé le but poursuivi par la mesure. Comme l'écrit le juge Hassemer, « sans clarté sur le but d'une norme, le contrôle de proportionnalité est impossible »⁽³⁾. Cette étape est donc essentielle, en ce qu'elle prédétermine le résultat du contrôle de proportionnalité⁽⁴⁾. Or, pour déterminer le « but » poursuivi par la mesure, la Cour ne recherche pas le véritable objectif de ses auteurs. Il s'agit plutôt d'une appréciation qui relève de la compétence des juges.

Lorsque la mesure litigieuse définit le comportement qu'elle vise par ses conséquences néfastes, le « but poursuivi » est aisé à isoler. On peut sans difficulté affirmer qu'une loi qui interdit de porter atteinte à l'honneur d'autrui vise à protéger l'honneur, et que l'incrimination du vol vise à protéger la propriété. Les opinions peuvent en revanche diverger à l'égard des dispositions qui n'incluent pas un tel élément « conséquentiel » dans la définition du comportement concerné. Si chacun s'accordera sur l'intérêt protégé par l'interdiction des publications obscènes qui menacent la jeunesse, la seule restriction de « l'obscénité » ouvre la voie à des appréciations variées.

Il ne fait aucun doute qu'une norme peut poursuivre simultanément une pluralité d'objectifs. Néanmoins, le contrôle de constitutionnalité devient assez flou si les buts poursuivis ne sont pas suffisamment délimités par le juge. À propos de l'interdiction des relations sexuelles entre un frère et une sœur, la Cour opérait un mélange de toutes les justifications classiques de la prohibition de l'inceste, pour expliquer que la loi visait « la protection de l'ordre familial, de la personne dominée dans une relation incestueuse », la lutte « contre les maladies génétiques de la descendance », et la préservation du « tabou de l'inceste ancré dans la société »⁽⁵⁾. Le problème d'une telle démarche est qu'elle tend à désarmer le contrôle de constitutionnalité. La mesure qui ne semble tout à fait adaptée ou nécessaire par rapport à aucun des buts pris isolément survivra au contrôle en raison de l'addition de plusieurs fragments d'adaptation ou de nécessité. Au plan de la proportionnalité au sens strict, l'addition des intérêts protégés tendra à déséquilibrer la balance au détriment du droit fondamental concerné.

Deuxièmement, la détermination du but poursuivi peut conduire à conclure immédiatement à l'inconstitutionnalité de la mesure litigieuse. Le législateur n'est en effet autorisé à limiter les droits fondamentaux qu'à certaines conditions, pour protéger certains intérêts, et il convient donc d'abord d'établir si la loi litigieuse intervient dans le cadre de cette autorisation. Si tel n'est pas le cas, le contrôle de proportionnalité est inutile.

Certains auteurs, en particulier des pénalistes, pensent être en mesure de préciser les buts acceptables. Tel est l'objet de la très fine théorie de l'intérêt protégé (*Rechtsgutstheorie*)⁽⁶⁾. Néanmoins, si une telle démarche peut conduire à des réflexions extrêmement intéressantes sur les justes limites du droit pénal, elles n'ont aucune pertinence en droit. D'un point de vue juridique, ce sont les normes supérieures qui fixent les possibilités d'encadrer l'exercice des droits fondamentaux, et non les réflexions doctrinales, aussi raffinées soient-elles.

La Loi Fondamentale confie au seul législateur la compétence de limiter les droits fondamentaux (« réserve de la loi »), et l'organise de deux manières. Les autorisations « simples » se contentent d'habiliter le Parlement, sans

encadrer davantage ses choix. Le choix de « l'objectif » poursuivi est alors libre, à condition d'être « légitime », c'est-à-dire de ne pas être exclu par la Constitution ⁽⁷⁾. La Cour constitutionnelle tend à introduire ici l'idée d'atteinte à la substance du droit fondamental : la restriction ne doit pas viser à détruire le « principe de liberté contenu dans chaque droit fondamental » ⁽⁸⁾.

Les autorisations « qualifiées » précisent davantage les conditions que doit respecter le législateur pour restreindre une liberté. Elles portent en particulier sur les « objectifs », sur les intérêts dont la protection peut justifier de limiter l'exercice d'un droit fondamental ⁽⁹⁾. L'article 11 alinéa 2 de la Loi Fondamentale peut servir d'exemple ⁽¹⁰⁾ : la liberté de circulation et d'établissement sur le territoire ne peut être limitée que dans certains buts, par exemple pour lutter contre des risques d'épidémie ou pour prévenir des agissements délictueux. Ce type de disposition ne permet au législateur de limiter un droit fondamental que lorsque son exercice est susceptible de provoquer certaines conséquences néfastes, de porter atteinte à certains intérêts ou à d'autres droits.

La « qualification » de l'autorisation de limiter un droit fondamental peut être plus ou moins exigeante. De manière générale, il semble que plus le domaine de protection d'un droit fondamental est étendu, plus sont larges les autorisations de le limiter ⁽¹¹⁾. Ainsi, l'autorisation de limiter la liberté générale (le droit fondamental qui couvre de manière résiduelle tous les comportements qui ne correspondent pas à une liberté spécifique) est très faiblement qualifiée, pour ne pas dire simple ⁽¹²⁾. Dans un tel cas, le législateur dispose d'une large marge d'appréciation dans le choix des « objectifs » qui permettront de restreindre le droit fondamental. Mais, de manière surprenante, il en va de même pour les droits fondamentaux à l'égard desquels la Constitution ne prévoit aucune autorisation de limitation.

Certains droits fondamentaux énoncés par la Loi Fondamentale ne sont accompagnés d'aucune autorisation de les limiter (*vorbehaltlose Grundrechte*). Il en va par exemple ainsi de la liberté artistique et de la liberté scientifique (article 5 alinéa 3). La Cour constitutionnelle considère que les droits fondamentaux qui ne contiennent pas d'autorisation de limitation peuvent néanmoins faire l'objet d'une restriction lorsqu'ils entrent en conflit avec d'autres droits fondamentaux ou d'autres intérêts constitutionnellement protégés ⁽¹³⁾. Ces permissions de limiter les droits fondamentaux qui découlent directement de la Loi Fondamentale sont appelées en Allemagne les « limites immanentes à la Constitution » (*verfassungsimmanenten Schranken*) ⁽¹⁴⁾.

Ce raisonnement aboutit à une situation dans laquelle les droits fondamentaux qui ne sont pas accompagnés d'une autorisation explicite de les limiter ne jouissent pas forcément d'une meilleure protection que les autres droits fondamentaux. La différence s'attache surtout à la méthode du contrôle juridictionnel. La restriction d'une activité artistique ne pourra être justifiée qu'à la condition de servir la protection d'un intérêt constitutionnellement garanti, tandis que la limitation d'une simple expression devra satisfaire l'une des autorisations de limitation prévues à l'article 5 alinéa 2 (lois générales, protection de la jeunesse, droit au respect de l'honneur personnel). Néanmoins, la Cour constitutionnelle accepte très généreusement l'ancrage constitutionnel de si nombreux intérêts ⁽¹⁵⁾ que l'absence d'autorisation de limiter le droit fondamental ne semble impliquer en pratique aucune protection supplémentaire.

En conclusion, il apparaît que le contrôle de l'« objectif » poursuivi constitue une étape qui ne pose en général guère de problème. Que l'autorisation de limiter le droit fondamental soit explicitement énoncée par la Constitution ou non, qu'elle soit générale ou qualifiée, il est rare, pour ne pas dire inédit, que le Cour ne parvienne pas à identifier un but, un intérêt dont la protection justifie de restreindre le droit fondamental. C'est uniquement en tant que préalable nécessaire au contrôle de constitutionnalité, qui l'aiguille voire le prédétermine, que cet examen développe ses effets.

[...]

⁽¹⁾Voir par exemple BVerfGE 124, 300 *Wunsiedel* (4 novembre 2009), p. 331 ; et au sein de la doctrine Thorsten Kingreen et Ralf Poscher, *Grundrechte Staatsrecht II*, Heidelberg, C.F. Müller, 33^eéd., 2017, n° 330 ; Volker Epping, *Grundrechte*, Berlin, Springer, 5^eéd., 2012, n° 50.

⁽²⁾Claus Dieter Classen, *Staatsrecht II Grundrechte*, Munich, C.H. Beck, 1^{ère}éd., 2018, p. 80.

⁽³⁾BVerfGE 120, 224 *Geschwisterbeischlaf* (26 février 2008), Hassemer diss., p. 257.

⁽⁴⁾Voir Oliver Lepsius, « Chancen und Grenzen des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit », in Matthias Jestaedt et Oliver Lepsius (dir.), *Verhältnismässigkeit. Zur Tragfähigkeit eines verfassungsrechtlichen Schlüsselkonzepts*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2015, p. 38.

⁽⁵⁾BVerfGE 120, 224, p. 243. Pour une analyse détaillée de cet arrêt en français, voir Thomas Hochmann, «

L'amour, l'inceste, et l'«intérêt protégé» en droit pénal constitutionnel », *Droits*, n° 54, 2012, pp. 147-160.

⁽⁶⁾Voir Roland Hefendehl, Andrew von Hirsch, Wolfgang Wohlers (dir.), *Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?*, Baden-Baden, Nomos, 2003.

⁽⁷⁾BVerfGE 124, 300, p. 331 : « Legitim ist grundsätzlich jedes öffentliche Interesse, das verfassungsrechtlich nicht ausgeschlossen ist ».

⁽⁸⁾*Ibid.*

⁽⁹⁾Voir Th. Kingreen et R. Poscher, *op. cit.*, n° 307.

⁽¹⁰⁾(1) Tous les Allemands jouissent de la liberté de circulation et d'établissement sur l'ensemble du territoire fédéral.

(2) Ce droit ne peut être limité que par la loi ou en vertu d'une loi et uniquement dans le cas où l'absence de moyens d'existence suffisants imposerait des charges particulières pour la collectivité ainsi que dans le cas où cela serait nécessaire pour écarter un danger menaçant l'existence ou l'ordre constitutionnel libéral et démocratique de la Fédération ou d'un Land, ou pour lutter contre des risques d'épidémie, des catastrophes naturelles ou des sinistres particulièrement graves, ou pour protéger la jeunesse en danger d'abandon ou pour prévenir des agissements délictueux.

⁽¹¹⁾Voir en ce sens Th. Kingreen et R. Poscher, *op. cit.*, n° 460 (« l'extension des limites est une conséquence de l'extension du domaine de protection ») ; Dieter Murswiek, « Art. 2 GG », in Michael Sachs (dir.), *Grundgesetz Kommentar*, Munich, C.H. Beck, 5^e éd., 2009, n° 89 ; V. Epping, *op. cit.*, n° 576.

⁽¹²⁾Voir l'article 2 alinéa 1 de la Loi Fondamentale, qui prévoit trois possibilités : l'ordre constitutionnel, les droits d'autrui et les bonnes mœurs. L'« ordre constitutionnel » au sens de cette disposition est compris comme l'ensemble des normes conformes à la Constitution. Voir BVerfGE 6, 32, *Elles* (16 janvier 1957), p. 38 s.). Cette possibilité de limitation peut donc être perçue comme une autorisation simple, et non pas qualifiée, de limiter le droit fondamental. Voir en ce sens Th. Kingreen et R. Poscher, *op. cit.*, n° 460 ; D. Murswiek, *op. cit.*, n° 90 ; V. Epping, *op. cit.*, n° 575.

⁽¹³⁾BVerfGE 30, 173, *Mephisto* (24 février 1971), p. 193. Voir déjà la décision de la Cour fédérale administrative *Die Sünderin* du 21 décembre 1954 (BVerwGE 1, 303) ; Thomas Hochmann, « **Un scandale précurseur : Die Sünderin** », *RDLF*, 2018, chron. n° 08.

⁽¹⁴⁾Voir par ex. Horst Dreier, « Vorbemerkungen vor Art. 1 GG », in H. Dreier (dir.), *Grundgesetz Kommentar*, tome 1, Tübingen, Mohr Siebeck, 2^e éd., 2004, n° 139 s.

⁽¹⁵⁾Voir la critique de Th. Kingreen et R. Poscher, *op. cit.*, n° 387.

⁽¹⁶⁾Sur le problème des obligations adressées aux personnes privées, voir récemment en français Thomas Hochmann et Jörn Reinhardt (dir.), *L'effet horizontal des droits fondamentaux*, Paris, Pedone, 2018.

⁽¹⁷⁾Voir Th. Kingreen et R. Poscher, *op. cit.*, n° 136 s.

⁽¹⁸⁾Voir récemment en français, Th. Hochmann, « Typologie des effets horizontaux », in Th. Hochmann et J. Reinhardt, *op. cit.*, p. 129 s.

⁽¹⁹⁾BVerfGE 46, 160 Schleyer (16 octobre 1977), p. 164.

⁽²⁰⁾Voir de manière détaillée Klaus Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, tome III/1 : *Allgemeine Lehren der Grundrechte*, Munich, C.H. Beck, 1988, § 69, p. 937 s.

⁽²¹⁾Cette thèse a en particulier été défendue par Jürgen Schwabe et plus récemment par Dieter Murswiek. Voir Kl. Stern, *op. cit.*, tome III/1, p. 947 ; Didier Ribes, *L'État protecteur des droits fondamentaux, Recherche en droit comparé sur les effets des droits fondamentaux entre personnes privées*, thèse Aix-en-Provence, 2005, p. 250 ; Johan van der Walt, *The Horizontal Effect Revolution and the Question of Sovereignty*, Berlin/Boston, de Gruyter, 2014, p. 222 s.

⁽²²⁾Kl. Stern, *op. cit.*, tome III/1, p. 947. Voir aussi Th. Kingreen et R. Poscher, *op. cit.*, n° 135.

⁽²³⁾Voir par exemple BVerfGE 80, 367 *Tagebuch* (14 septembre 1989), p. 374 ; BVerfGE 109, 279 *Gro Ber Lauschangriff* (3 mars 2004), p. 311.

⁽²⁴⁾BVerfGE 7, 198 *Lüth* (15 janvier 1958), p. 205.

⁽²⁵⁾Voir V. Epping, *op. cit.*, n° 123 ; et par exemple BVerfGE 77, 170 *Lagerung chemischer Waffen* (29 octobre 1987), p. 214.

⁽²⁶⁾Voir en particulier H. Dreier, *Dimensionen der Grundrechte. Von der Wertordnungsjudikatur zu den objektivrechtlichen Grundrechtsgehalten*, Hanovre, Hennies und Zinkeisen, 1993, notamment p. 27.

⁽²⁷⁾Voir V. Epping, *op. cit.*, n° 429 s. Voir aussi David Capitant, *Les effets juridiques des droits fondamentaux en Allemagne*, Paris, LGDJ, 2001, p. 212.

⁽²⁸⁾Voir Hans Kelsen, « Eine Grundlegung der Rechtssoziologie », *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, 1915, p. 858.

⁽²⁹⁾Voir V. Epping, *op. cit.*, n° 435 ; Th. Kingreen et R. Poscher, *op. cit.*, n° 146.

⁽³⁰⁾Th. Kingreen et R. Poscher, *op. cit.*, n° 1031 ; V. Epping, *op. cit.*, n° 435.

⁽³¹⁾V. Epping, *op. cit.*, n° 440 ; Michel Fromont, « Le droit de propriété et la Constitution en France et en Allemagne », un *L'interventionnisme économique de la puissance publique : études en l'honneur du doyen Georges Péquignot*, tome 1, Montpellier, CERAM, 1984, p. 272.

⁽³²⁾Th. Kingreen et R. Poscher, *op. cit.*, n° 1091 s. ; V. Epping, *op. cit.*, n° 441.

⁽³³⁾BVerfGE 24, 367 (18 décembre 1968), p. 389.

⁽³⁴⁾BVerfGE 105, 313 (17 juillet 2002), p. 345. Voir déjà BVerfGE 10, 59 (29 juillet 1959), p. 66.

⁽³⁵⁾Voir en français Th. Hochmann, « Le mariage entre personnes du même sexe. L'exemple de l'Allemagne », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 2016, pp. 91-98.

⁽³⁶⁾La Cour a déjà considéré que les « parents » mentionnés au deuxième alinéa de l'article 6 pouvaient être du même sexe : BVerfGE 133, 59 (19 février 2013), p. 77.

⁽³⁷⁾Voir D. Capitant, *op. cit.*, p. 219 s.

⁽³⁸⁾BVerfGE 20, 162 *Spiegel* (5 août 1966), p. 175 s.

⁽³⁹⁾H. Dreier, « Vorbemerkungen vor Art. 1 GG », *art. cit.*, n° 103. Voir aussi C. D. Classen, *op. cit.*, p. 104.

⁽⁴⁰⁾Th. Kingreen et R. Poscher, *op. cit.*, n° 348.

⁽⁴¹⁾V. Epping, *op. cit.*, n° 127.

⁽⁴²⁾Le gouvernement maintint donc sa décision de ne pas satisfaire les revendications des ravisseurs, et Hanns Martin Scheleyer fut exécuté peu après.

⁽⁴³⁾BVerfGE 39, 1 *Schwangerschaftsabbruch I* (25 février 1975), p. 47. Voir V. Epping *op. cit.*, n° 122 s.

⁽⁴⁴⁾Th. Kingreen et R. Poscher, *op. cit.*, n° 349.

⁽⁴⁵⁾V. Epping, *op. cit.*, n° 127 s.

⁽⁴⁶⁾BVerfGE 121, 317 *Rauchverbot* (11 juin 2008).

⁽⁴⁷⁾*Ibid.*, p. 362.

⁽⁴⁸⁾M. Jestaedt, *art. cit.*, p. 300 s. L'auteur critique cette exagération « typiquement allemande » de l'état de droit au détriment de la démocratie et des ajustements politiques qu'elle requiert (*ibid.*, p. 302).

⁽⁴⁹⁾V. Epping, *op. cit.*, n° 370 s.

⁽⁵⁰⁾Voir en particulier M. Jestaedt, O. Lepsius, Chr. Möllers et Chr. Schönberger, *Das entgrenzte Gericht*, Berlin, Suhrkamp, 2011.

Les techniques - Le contrôle du but poursuivi / du détournement de pouvoir par la Cour EDH

F. Sudre

Professeur émérite de droit public
Université de Montpellier

Envisager le contrôle du but poursuivi sur les restrictions aux droits et libertés dans le cadre de la Conv EDH suppose de distinguer deux cas de figure, selon que ces restrictions aux droits relèvent du régime de droit commun – c'est la clause d'ordre public qui figure au § 2 des articles 8 à 11 de la convention - ou du régime d'exception prévu par l'article 15 de la convention – c'est la clause dérogatoire.

I - S'agissant du régime de droit commun, chacun sait que la Conv EDH subordonne la compatibilité à la convention d'une « ingérence » - selon le vocabulaire de la Convention - dans un droit garanti à une triple condition de légalité (l'ingérence doit être prévue par la loi), de légitimité (elle doit viser un but légitime) et de proportionnalité (elle doit être nécessaire dans une société démocratique).

C'est la deuxième condition - la légitimité - qui nous intéresse ici. La question du contrôle de la Cour sur le but légitime peut être résumer en deux propositions : il s'agit d'un contrôle généralement formel ; exceptionnellement, le contrôle prendra la forme d'un contrôle du détournement de pouvoir.

1° Le contrôle de l'objectif légitime, étape préalable au contrôle de proportionnalité, est assez largement formel, bien que la légitimité soit l'une des conditions expresses de la compatibilité à la Convention d'une restriction à un droit garanti. La Cour en fait elle-même l'aveu dans son arrêt de Grande chambre, *S.A.S c/France*, du 1 juillet 2014 (n° 43835/11) : « La pratique de la Cour est d'être plutôt succincte lorsqu'elle vérifie l'existence d'un but légitime, au sens des seconds paragraphes des articles 8 à 11 de la Convention » (§ 114).

a) La raison d'être de ce contrôle « succinct » est, à notre sens, double.

D'une part, sous couvert d'une nomenclature sélective - mais non uniforme car variant d'un droit à l'autre -, le texte conventionnel utilise les notions les plus extensibles du droit public, qui touchent, par leur somme, à la notion générale d'ordre public. En effet, les restrictions aux droits garantis doivent être prises dans l'intérêt de la vie étatique (sécurité nationale, sûreté publique, bien-être économique ou général du pays), de la vie sociale (sécurité publique, ordre public, santé ou moralité publique) ou des droits d'autrui au sein de la société. C'est dire que l'Etat a un large espace de liberté et de vastes possibilités pour limiter les droits garantis. Et il n'est guère difficile à la Cour de trouver un but légitime à la restriction en cause. Par exemple, elle juge, à propos de la transmission par une banque suisse aux autorités fiscales américaines des données bancaires d'une personne ⁽¹⁾, que cette décision constitue une ingérence dans le droit au respect de la vie privée - les informations relevant des comptes bancaires étant « des données personnelles protégées par l'article 8 » (§ 51) - qui poursuit le but légitime de la protection du bien-être économique du pays, « le secteur bancaire représentant une branche économique importante pour la Suisse » (§ 83). De même, la notion de « protection des droits d'autrui » est très malléable. L'affaire *Osmanoğlu et Kocabaş c/ Suisse* en fournit un bon exemple ⁽²⁾. S'agissant du refus des autorités publiques d'accorder aux requérants la dispense qu'ils sollicitaient, pour des motifs religieux, au bénéfice de leurs deux filles impubères d'assister aux cours de natation mixtes obligatoires à l'école primaire, la Cour considère que la mesure litigieuse avait pour but « l'intégration des enfants étrangers de différentes cultures et religions, ainsi que le bon déroulement de l'enseignement, le respect de la scolarité obligatoire et l'égalité entre les sexes » et « visait tout particulièrement à protéger les élèves étrangers contre tout phénomène d'exclusion sociale » et, ce faisant, pouvait être rattachée à « la protection des droits et libertés d'autrui ou à la protection de l'ordre » (§ 64).

D'autre part, dans la logique du principe de subsidiarité, la Cour EDH considère que les autorités nationales - notamment le législateur - sont les mieux placées pour déterminer ce qui, dans leur droit interne, relève de l'ordre public (entendu au sens large) et leur laisse en conséquence une large marge d'appréciation en la matière. Il en est particulièrement ainsi lorsque sont en jeu « des questions morales ou éthiques délicates » ⁽³⁾, telles l'exposition de crucifix dans les salles de classe de l'école publique ⁽⁴⁾, le droit des couples homosexuels de se marier ⁽⁵⁾, la GPA ⁽⁶⁾, le port du voile dans l'espace public ⁽⁷⁾, la fin de vie ⁽⁸⁾. Dans son arrêt *S.A.S c/France* (préc.), la Cour rappelle que « lorsque des questions de politique générale sont en jeu, sur lesquelles de profondes divergences peuvent raisonnablement exister dans un Etat démocratique, il y a lieu d'accorder une importance particulière au rôle du décideur national » (§§ 129 et 154). Dans l'arrêt *Lambert*, elle estime qu'elle n'a pas à se substituer au législateur national lorsqu'elle est « saisie de questions scientifiques, juridiques et éthiques complexes », telle celle de la fin de la vie (§ 144). De même, en matière de privation de propriété, la Cour laisse au législateur national le soin de définir les impératifs de l'« utilité publique », sous réserve que son jugement ne soit pas « manifestement

dépourvu de base raisonnable » ⁽⁹⁾.

b) En conséquence, le contrôle qu'exerce la Cour sur le but légitime est réduit - voire inexistant - et apparaît comme subalterne.

D'une manière générale, la Cour européenne est attentive à ne pas contester les objectifs invoqués par le gouvernement défendeur pour justifier une restriction à un droit garanti, et elle se limite à émettre « des doutes » en la matière pour, dans un deuxième temps, se concentrer sur le contrôle de proportionnalité. On prendra deux exemples.

En premier lieu, l'arrêt *Hirst c/ Royaume-Uni*, de 2005 ⁽¹⁰⁾, relatif à la privation automatique du droit de vote pour les détenus condamnés : la Cour est manifestement dubitative sur la légitimité des buts poursuivis (prévention du crime, sanction des délinquants, respect de l'Etat de droit) par la mesure restrictive mais juge inutile de trancher cette question dès lors que l'atteinte au droit de vote, garanti par l'article 3 du Protocole 1, lui semble disproportionnée.

En second lieu, l'arrêt *S.A.S c/France*, de 2014 est très révélateur de la démarche de la Cour.

D'abord, la Cour décide de, manière assez exceptionnelle, de procéder à « un examen approfondi » des objectifs invoqués par le Gouvernement pour justifier l'interdiction du port du voile dans l'espace public. Elle écarte le but de la « sécurité publique » considérant que l'interdiction absolue posée par la loi de 2010 était disproportionnée en l'absence d'« un contexte révélant une menace générale contre la sécurité publique » (§ 139) et concentre son examen sur le second but légitime invoqué « la protection des droits d'autrui ». Interprétant de manière constructive la « protection des droits d'autrui » - auquel elle rattache le « respect des exigences minimales de la vie en société » ou « vivre ensemble », mentionné dans l'exposé des motifs de la loi (§ 121) -, la Cour peut alors « admettre que la clôture qu'oppose aux autres le voile cachant le visage soit perçue par l'État défendeur comme portant atteinte au droit d'autrui d'évoluer dans un espace de sociabilité facilitant la vie ensemble » (§ 122). La question de la légitimité de l'interdiction ainsi évacuée, la Cour peut ensuite se déplacer sur le terrain du contrôle de la nécessité dans une société démocratique.

Dans ces conditions, les constats de défaut de « but légitime » sont rarissimes⁽¹¹⁾. On mentionnera l'arrêt *Baka c/Hongrie* ⁽¹²⁾, qui illustre bien le caractère subalterne, ou secondaire, du contrôle du but légitime. La Cour estime que la révocation d'un magistrat, analysée en l'espèce comme une ingérence dans le droit à la liberté d'expression, ne poursuit pas le « but légitime » invoqué par le Gouvernement de « garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire » car la cessation prématurée du mandat du président d'une juridiction pour des raisons qui n'étaient pas prévues par la loi et qui n'avaient pas de rapport avec une quelconque faute professionnelle « loin de contribuer à garantir l'indépendance de la justice, apparaît au contraire incompatible avec ce but » (§ 156). Mais il est significatif que la Cour, qui aurait dû s'arrêter au constat de défaut du « but légitime » pour conclure à la violation de l'article 10, juge utile, malgré ce, de se prononcer sur la « nécessité » de la mesure (§ 157), marquant ainsi clairement où se situe le cœur de son contrôle.

Il faut néanmoins noter que, dans le cadre du contrôle de proportionnalité, le « but légitime » réapparaît puisqu'il est l'un des trois paramètres que la Cour prend en compte - avec la nature du droit et le « dénominateur commun » - pour définit l'intensité de son contrôle.

2° Afin d'empêcher l'utilisation abusive de la clause d'ordre public, l'article 18 de la CEDH fait interdiction à l'État partie d'exercer sa faculté de restreindre l'exercice des droits garantis dans un but autre que celui pour lequel les restrictions ont été prévues, prohibant ainsi expressément le détournement de pouvoir.

a) Après avoir longtemps refusé d'exercer son contrôle au titre spécial de l'article 18⁽¹³⁾ la Cour européenne est entrée en matière par un arrêt *Goussinski c/ Russie*, du 19 mai 2004, qui définit l'économie de cette disposition. L'article 18, à l'instar des articles 13 et 14 de la Convention, n'a pas d'existence indépendante – il ne peut s'appliquer que combiné avec d'autres articles de la Convention et ne peut entrer en jeu que si le droit garanti fait l'objet de restrictions autorisées par la Convention – mais a une portée autonome et trouve à s'appliquer en l'absence même de manquement au droit substantiel (§ 73).

b) Mais, le contrôle qu'exerce la Cour sur le détournement de pouvoir est équivoque. Par un récent arrêt de Grande Chambre, *Merabishvili c/Géorgie*, du 28 novembre 2017 (n°72508/13) ⁽¹⁴⁾, la Cour restreint le champ de l'article 18 par le critère du « but prédominant » et admet curieusement qu'une restriction à un droit garanti qui poursuit un but illégitime n'emporte pas en soi violation de l'article 18, dès lors que le but illégitime est « couvert » par un but conventionnel « prédominant ». Cette approche est surprenante car l'article 18 est sans ambiguïté et exclut qu'une restriction puisse poursuivre un but non conventionnel. La Cour admet donc une telle possibilité si le but illégitime bénéficie du « paravent » d'un but conventionnel « prédominant », plaçant ainsi le seuil d'application de l'article 18 à un niveau très élevé. Un « petit » détournement de pouvoir est donc acceptable aux yeux de la

Cour. Cela n'est guère compatible avec le principe de la primauté du droit qui fonde l'interdiction du détournement de pouvoir.

II – La Conv EDH contient une clause dérogatoire - l'article 15 - qui autorise l'Etat partie à suspendre la jouissance et l'exercice des droits garantis, à l'exception des droits intangibles, en cas d'état d'urgence mais le recours à la faculté de dérogation reste soumis au contrôle de la Cour. L'ouverture de la clause dérogatoire est subordonnée à une condition de fond tenant à l'existence d'un « danger public menaçant la vie de la nation »⁽¹⁵⁾. Cette condition recouvre un double contrôle, étroitement imbriqué. Sur le but de la mesure dérogatoire, d'abord. L'Etat doit agir « pour le but en vertu duquel ces dispositions ont été prévues »⁽¹⁶⁾, à savoir sauvegarder « la vie » ou « l'existence » de la nation, et non pour un quelconque but d'utilité publique. Sur le motif, ensuite. Il doit s'agir d'une « guerre » ou d'un « danger public », défini comme « une situation de crise ou de danger exceptionnel et imminent qui affecte l'ensemble de la population et constitue une menace pour la vie organisée de la communauté composant l'Etat »⁽¹⁷⁾. En bref, le péril considéré doit avoir un caractère exceptionnel et menacer la vie de la nation, alors même que l'origine du danger public importe peu.

Une double observation peut être faite, au vu de la jurisprudence pertinente, réduite à une dizaine d'arrêts.

a) Tout d'abord, la Cour laisse à l'Etat partie une large marge d'appréciation quant à l'identification du danger public menaçant la vie de la nation.

En témoigne de manière évidente, l'arrêt de Grande chambre *A et a. c/ Royaume-Uni* du 19 février 2009 (n°3455/05)⁽¹⁸⁾ : « Frappée par le fait que le Royaume-Uni a été le seul Etat contractant à avoir dérogé à la Convention pour riposter à la menace d'Al-Qaida, alors pourtant que d'autres Etats y ont été confrontés, la Cour n'en reconnaît pas moins que chaque gouvernement, garant de la sécurité de la population dont il a la charge, demeure libre d'apprécier par lui-même les faits à la lumière des informations qu'il détient ». Et la Cour d'ajouter : « L'opinion de l'exécutif et du Parlement britannique importe donc en la matière, et il convient d'accorder un grand poids à celle des juridictions internes, qui sont mieux placées pour évaluer les éléments de preuve relatifs à l'existence d'un danger » (§ 180).

b) Dès lors, La Cour ne fait donc pas de difficultés à incorporer la menace terroriste dans la notion de « danger public menaçant la vie de la nation », alors même qu'en l'espèce aucun attentat n'avait été commis ; réaliste, elle accepte ainsi de « tenir compte d'éléments apparus ultérieurement » comme les attentats de Londres survenus en juillet 2005 (§ 177). *Mutatis mutandis*, une telle solution vaut pour la déclaration d'état d'urgence en France de novembre 2015⁽¹⁹⁾, la France ayant fait valoir lors de sa notification de son recours à l'article 15 au Secrétaire général du Conseil de l'Europe, le 24 novembre 2015, qu'il fallait « empêcher la perpétration de nouveaux attentats terroristes ».

D'une manière générale, on doit constater que la Cour a constaté l'existence d'un danger public dans les différents cas où le recours à l'article 15 était justifié par la menace terroriste : ainsi, dans l'affaire *Lawless* et à propos de la situation en Irlande du Nord, où la Cour relève l'ampleur de la violence terroriste⁽²⁰⁾, dans plusieurs affaires turques, à raison de l'activité terroriste du Parti des travailleurs du Kurdistan⁽²¹⁾ ou encore à propos du danger terroriste créée par les attentats du 11 septembre 2001⁽²²⁾. De même, dans un récent arrêt contre la Turquie⁽²³⁾, relatif à la proclamation par le gouvernement turc, à la suite du coup d'Etat militaire du 15 juin 2016, de l'état d'urgence, la Cour fait l'économie d'un véritable contrôle sur la condition matérielle d'ouverture du droit de dérogation tenant à l'existence d'un « danger public menaçant la vie de la nation » (art. 15) et se borne à reprendre à son compte l'appréciation de la Cour constitutionnelle turque jugeant, dans un arrêt du 11 janvier 2018, que la tentative de coup d'Etat militaire avait révélé l'existence d'un tel danger (§ 93).

Là encore, et comme pour le contrôle des restrictions « ordinaires » aux droits, la réalité du contrôle de la Cour concerne non le but poursuivi mais la nécessité des mesures dérogatoires.

(1) CEDH, 22 décembre 2015, n° 28601/11, *G.S.B. c. Suisse*

(2) CEDH, 10 janvier 2017, n° 29086/12, *Osmanoğlu et Kocabaş c/ Suisse*

(3) Parmi beaucoup d'autres, CEDH, GC, 24 janv. 2017, n° 25358/12, *Paradiso et Campanelli*, préc., § 182.

(4) CEDH, GC, 18 mars 2011, n° 30814/06, *Lautsi c/ Italie*, § 70, *JCP G* 2011, note 601, G. Gonzalez

⁽⁵⁾CEDH, 24 juin 2010, n°30141/04, *Schalk et Kopf c/ Autriche*, § 62.

⁽⁶⁾CEDH, 26 juin 2014, n°65192/11, *Mennesson c/France*, § 58, *JCP G* 2014, note 877, A. Gouttenoire ; CEDH, GC, 24 janv. 2017, n°25358/12, *Paradiso et Campanelli*, § 182.

⁽⁷⁾CEDH, GC, 1 juillet 2014, n°43835/11, *S.A.S c/France*, *JCP G* 2014, note 974, A. Levade.

⁽⁸⁾CEDH, GC, 5 juin 2015, n°46043/14, *Lambert c/France*, *JCP G* 2015, note 805, F. Sudre.

⁽⁹⁾CEDH, 21 février 1986, n°8793/79, *James et a. c/Royaume-Uni*, § 46.

⁽¹⁰⁾CEDH, GC, 6 oct. 2005, n°74025/01, *Hirst c/Royaume-Uni* ; voir aussi l'arrêt de chambre du 30 mars 2004.

⁽¹¹⁾Nous laissons ici de côté la question spécifique du contrôle exercé par la Cour sur le but légitime d'une différence de traitement afin d'apprécier si celle-ci répond à une « justification objective et raisonnable ». Voir notre ouvrage, *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, 13^e éd., n°285 ss.

⁽¹²⁾CEDH, GC, 23 juin 2016, n°20261/12, *Baka c/Hongrie*.

⁽¹³⁾Par ex., CEDH, 18 déc. 1986, n°9990/82, *Bozano c/ France*, *RGDIP*, 1987, 533, obs. F. Sudre ; CEDH, 20 mars 1997, n°21915/93, *Loukanov c/ Bulgarie*.

⁽¹⁴⁾Les arrêts *Goussinski* et *Merabishvili* concluent à une violation de l'article 18 combiné avec l'article 5, l'arrestation et la détention des requérants ayant eu pour véritable but de les réduire au silence, de les intimider ou de les exclure de la vie politique.

⁽¹⁵⁾CEDH, 1 juillet 1961, n°332/57, *Lawless contre République d'Irlande* : est en cause un internement administratif ordonné en vertu d'une loi sur les atteintes à la sûreté de l'État.

⁽¹⁶⁾*Lawless*, préc., § 30.

⁽¹⁷⁾*Lawless*, § 28.

⁽¹⁸⁾*GACEDH* n°8. Le Royaume-Uni a, par une déclaration du 18 décembre 2001, recouru à l'article 15 CEDH après avoir adopté, en réaction au danger public consécutif aux attentats de New York du 11 septembre 2001, une législation (*Anti-terrorism, Crime and Security Act 2001*) conférant aux autorités de police un pouvoir élargi d'arrestation et de détention.

⁽¹⁹⁾Décret n°2015-1475, du 14 novembre 2015.

⁽²⁰⁾Lois d'exception confiant aux autorités administratives des pouvoirs d'internement et de détention : CEDH, 18 janv. 1978, n°5310/71, *Irlande c/ Royaume-Uni* ; CEDH, 26 mai 1993, n°14553/89, n°14554/89, *Brannigan et Mc Bride c/ Royaume-Uni*.

⁽²¹⁾*Aksoy c/ Turquie*, 18 déc. 1996, n°21987/93, *Demir c/ Turquie*, 23 sept. 1998.

⁽²²⁾*A et a. c/ Royaume-Uni*, préc..

⁽²³⁾CEDH, 20 mars 2018, n°13237/17, *Mehmet Hasan Altan c/Turquie*.

Les techniques - Le contrôle de l'objectif poursuivi / du détournement de pouvoir par la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE)

H. Surrel

Professeure de droit public
Sciences Po Lyon

Comme la Déclaration universelle des droits de l'homme (article 29 § 2) et à la différence de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH), la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (CDFUE) contient une clause générale relative aux limitations susceptibles d'être apportées à l'exercice des droits qu'elle garantit. L'article 52 § 1 prévoit ainsi que « Toute limitation de l'exercice des droits et libertés reconnus par la présente Charte doit être prévue par la loi et respecter le contenu essentiel desdits droits et libertés. Dans le respect du principe de proportionnalité, des limitations ne peuvent être apportées que si elles sont nécessaires et répondent effectivement à des objectifs d'intérêt général reconnus par l'Union ou au besoin de protection des droits et libertés d'autrui ». Cette clause horizontale, intitulée *Portée et interprétation des droits et principes* reprend les critères appliqués par la Cour de justice avant l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne le 1^{er} décembre 2009 et, dès lors, présente évidemment une proximité avec les critères conventionnels ⁽¹⁾.

L'article 52 § 1 de la Charte n'est, cependant, pas forcément mobilisé par la CJUE⁽²⁾, en fonction des recours en cause mais aussi au regard des normes en jeu, notamment des actes de droit dérivé de l'Union. Dans cette perspective, la Cour pratique assez souvent un contrôle de proportionnalité sans forcément l'explicitier et se référer à cette disposition.

S'inspirant de la jurisprudence antérieure de la CJCE comme l'indiquent les *Explications*, l'article 52 § 1 de la Charte prévoit que les limitations à l'exercice des droits garantis doivent « effectivement » répondre à « des objectifs d'intérêt général reconnus par l'Union ou au besoin de protection des droits et libertés d'autrui » ⁽³⁾. Mais la Charte ne contient pas, comme dans le cadre de la CEDH avec la clause d'ordre public du paragraphe 2 des articles 8 à 11, de liste exhaustive de ces objectifs.

Prenant place, comme la vérification du fait que la limitation est bien « prévue par la loi », en amont du contrôle de proportionnalité au sens strict, le contrôle de l'existence de pareil objectif fait, la plupart du temps, l'objet d'un contrôle assez formel de la Cour de justice (I -). Mais, de manière plus exceptionnelle, la finalité de la restriction fait l'objet d'un contrôle plus effectif (II -).

I – Le contrôle formel de l'objectif poursuivi

A l'instar de la Cour européenne, la Cour de justice vérifie de manière assez formelle l'existence d'un objectif légitimant la restriction en cause mais cet examen ne fait généralement pas l'objet de développements nourris, la Cour paraissant plutôt entériner l'existence de l'objectif visé ⁽⁴⁾.

L'article 52 § 1 de la Charte distingue donc deux catégories d'objectifs susceptibles de légitimer une restriction : les « objectifs d'intérêt général reconnus par l'Union » et ceux visant la « protection des droits et libertés d'autrui ».

Les objectifs d'intérêt général

Avant que la Charte ne soit élevé au rang du droit originaire par le traité de Lisbonne (article 6 § 1 du TUE), la Cour vise déjà des limitations à l'exercice des droits fondamentaux « prévues en fonction de l'intérêt public », des « limites justifiées par les objectifs d'intérêt général poursuivis par la Communauté » - comme dans l'arrêt *Nold* ⁽⁵⁾ - ou, par référence à la CEDH, un but légitime s'agissant de restrictions à la liberté de circulation et de séjour des travailleurs justifiées par des raisons d'ordre public. Ainsi, dans l'arrêt *Rutili* du 28 octobre 1975, les limitations apportées aux pouvoirs des Etats membres en matière de police des étrangers sont appréhendées comme « la

manifestation spécifique d'un principe plus général » consacré par la Convention européenne et le Protocole 1 ⁽⁶⁾. De manière analogue, l'affaire *Carpenter* illustre l'utilisation de la CEDH, *via* les principes généraux du droit, à propos d'une expulsion justifiée par la protection de l'ordre public et de la sécurité publique portant atteinte au droit au respect de la vie familiale, examinée au regard de l'article 8 § 2 de la Convention ⁽⁷⁾.

Dans la droite ligne de cette jurisprudence, la CDFUE vise la notion très large d'objectif d'intérêt général reconnu par l'Union, qui, très proche de la formule utilisée dans l'article 1 du Protocole 1 à la CEDH, qui habilite les Etats à décider de réglementations de l'usage des biens « conformément à l'intérêt général » ⁽⁸⁾, laisse une certaine liberté aux institutions et organes de l'Union et aux Etats membres, ce qui explique, au moins pour partie, le caractère assez formel de l'examen effectué par la Cour.

Aux termes des *Explications*, « La mention des intérêts généraux reconnus par l'Union couvre aussi bien les objectifs mentionnés à l'article 3 du traité sur l'Union européenne que d'autres intérêts protégés par des dispositions spécifiques des traités comme l'article 4, paragraphe 1, du traité sur l'Union européenne, à l'article 35, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et les articles 36 et 346 de ce traité ».

Les objectifs en jeu ne sont donc pas seulement ceux mentionnés à l'article 3 du TUE - qui inclut d'ailleurs la protection des droits et libertés d'autrui, par exemple, la protection des droits des enfants et se réfère aussi aux valeurs de l'Union - ou dans des dispositions spécifiques des traités constitutifs mais les objectifs que l'Union reconnaît. Mais, alors que les *Explications* visent l'article 4 § 1 du TUE - relatif aux compétences des Etats -, certains auteurs se demandent, toutefois, au regard de la version initiale des *Explications*, s'il ne s'agit pas plutôt du paragraphe 2 de cette disposition ⁽⁹⁾.

En tout état de cause, les objectifs d'intérêt général sont donc susceptibles d'être des objectifs poursuivis par les Etats membres lorsqu'ils agissent dans le champ d'application du droit de l'Union. Ainsi en est-il, par exemple, dans l'affaire *Sayn Wittgenstein*, où la Cour admet que la non-reconnaissance d'éléments constitutifs d'un nom - comprenant un titre de noblesse -, acquis légalement dans un Etat membre autre que celui dont l'intéressé est ressortissant, constitue une restriction à l'exercice de la liberté de circulation garantie par l'article 21 du TFUE, visant légitimement la protection de l'ordre public. A ses yeux, « dans le contexte de l'histoire constitutionnelle autrichienne, la loi d'abolition de la noblesse, en tant qu'élément de l'identité nationale, peut être prise en compte lors de la mise en balance d'intérêts légitimes avec le droit de libre circulation des personnes » ⁽¹⁰⁾.

Au regard de l'étendue considérable de la formule d' « objectifs d'intérêt général », les buts poursuivis sont évidemment très divers, ce que quelques exemples permettent d'illustrer.

Les restrictions apportées à la garantie du principe *ne bis in idem* peuvent ainsi contribuer à la réalisation d'une politique de l'Union comme dans l'affaire *Spasic*, relative à un cas de cumul de poursuites pénales pour escroquerie, dans plusieurs Etats membres, à l'encontre du requérant. Appelée à examiner la compatibilité de la condition d'exécution prévue par l'article 54 de la Convention d'application des accords de Schengen (19 juin 1990) ⁽¹¹⁾ avec l'article 50 de la Charte, la Cour estime que l'objectif de l'Union étant, selon l'article 3 § 2 du TUE, d'offrir à ses citoyens un espace de liberté, de sécurité et de justice sans frontières garantissant un « niveau élevé de sécurité », l'article 54 vise légitimement à éviter, dans cet espace, « l'impunité dont pourraient bénéficier des personnes condamnées dans un Etat membre de l'Union par un jugement pénal définitif » ⁽¹²⁾. L'objectif de protéger l'intégrité des marchés financiers et la confiance du public dans les instruments financiers est également de nature à justifier une limitation de l'interdiction de cumul de poursuites et de sanctions de nature pénale, à condition, notamment, que la réglementation en cause vise un objectif d'intérêt général de nature à justifier un tel cumul, ces poursuites et sanctions devant avoir des buts complémentaires ⁽¹³⁾.

Dans un autre domaine, la « protection de la santé humaine ainsi que la protection des consommateurs à un niveau élevé (qui) constituent des objectifs légitimes d'intérêt général mis en œuvre par le droit de l'Union » sont de nature à légitimer des restrictions au droit à la liberté d'expression et d'information comme à la liberté d'entreprendre ⁽¹⁴⁾. La sauvegarde de la santé publique est également de nature à justifier une réglementation de l'usage des biens ⁽¹⁵⁾ ou encore une différence de traitement au détriment des personnes homosexuelles examinée au regard de l'article 21 de la Charte, en l'occurrence l'exclusion permanente du don du sang aux fins de réduire au minimum le risque de transmission d'une maladie infectieuse aux receveurs. Pareille exclusion contribue à l' « objectif général d'assurer un niveau élevé de protection de la santé humaine, qui constitue un objectif reconnu par l'Union à l'article 152 CE, et notamment aux paragraphes 4, sous a), et 5 de cet article, ainsi qu'à l'article 35, seconde phrase, de la Charte, qui exigent qu'un niveau élevé de protection de la santé humaine soit assuré dans la définition et la mise en œuvre de l'ensemble des politiques et des actions de l'Union » ⁽¹⁶⁾.

Le but poursuivi peut aussi résider dans l'amélioration de la mise en œuvre de politiques de l'UE comme, par exemple, le renforcement de la transparence de l'utilisation des fonds de la PAC et de leur bonne gestion ⁽¹⁷⁾ ou dans un objectif poursuivi par l'Union. Par exemple, une différence de traitement dans l'application des taux de taxe sur la valeur ajoutée à la fourniture de livres et d'autres publications numériques par voie électronique peut

poursuivre l'objectif légitime de « favoriser la lecture qu'il s'agisse de littérature, d'ouvrages spécialisés, de journaux ou de périodiques »⁽¹⁸⁾.

Si les objectifs susceptibles d'être invoqués à l'appui d'une restriction à l'exercice de droits fondamentaux sont donc variés, certains font, cependant, l'objet d'une valorisation particulière, ce qui annonce la faible intensité du contrôle de proportionnalité exercé ensuite par la Cour.

Cette valorisation tient à l'importance reconnue à une politique de l'Union et peut aussi s'expliquer par la nature du droit en jeu combinée avec le type d'atteinte qui y est portée.

La jurisprudence relative aux atteintes au droit de propriété et au libre exercice des activités professionnelles justifiées par des politiques communautaires est particulièrement topique de la nature du contrôle exercé sur le but poursuivi et n'est pas sans rappeler celle de la Cour de Strasbourg, notamment concernant les réglementations de l'usage des biens. Le contrôle exercé sur l'objectif est alors formel voire quasiment inexistant. Ainsi en est-il, par exemple, dans l'arrêt *Wachauf* dans lequel la Cour rappelle que les restrictions susceptibles d'être apportées à l'exercice des droits fondamentaux, notamment dans le cadre d'une organisation commune de marché, doivent répondre « effectivement à des objectifs d'intérêt général poursuivis par la Communauté » mais sans identifier explicitement l'objectif visé⁽¹⁹⁾. Dans l'arrêt *Hauer*, la Cour, confrontée à une demande d'interprétation du règlement n° 1162/76 du Conseil, du 17 mai 1976, portant des mesures visant à adapter le potentiel viticole aux besoins du marché, et devant, plus particulièrement, se prononcer sur la compatibilité d'une interdiction de plantation nouvelle de vignes avec le droit de propriété, contrôle l'existence du but poursuivi par cette réglementation de l'usage d'un bien mais le contrôle qu'elle effectue consiste simplement à entériner la position du législateur communautaire. Prenant place dans le cadre d'une organisation commune de marché et aux fins d'une politique de structure, la restriction litigieuse vise, ici, une amélioration structurelle du secteur viti-vinicole, poursuivant un double objectif : « établir un équilibre durable du marché vinicole à un niveau de prix rémunérateur pour les producteurs et équitable pour les consommateurs » et « obtenir une amélioration de la qualité des vins mis dans le commerce ». Le préambule du règlement concerné indique d'ailleurs que l'interdiction de plantation nouvelle est commandée par un « intérêt public péremptoire »⁽²⁰⁾. Une approche analogue est, par exemple, retenue dans l'arrêt *The Queen et Minister of Agriculture, Fisheries and Food* du 7 octobre 1995 où l'objectif d'amélioration structurelle du secteur de la pêche est jugé de nature à légitimer des restrictions - arrêt temporaire ou définitif de l'activité de certains navires de pêche - à l'exercice du droit de propriété et du libre exercice d'une activité professionnelle⁽²¹⁾.

Bien sûr, la réalisation des objectifs de la Pesc, politique de nature intergouvernementale permettant la mise en œuvre de résolutions du Conseil de sécurité adoptées sur le fondement du chapitre VII de la Charte des Nations unies, est également valorisée, ce dont atteste notamment l'abondante jurisprudence relative aux mesures restrictives décidées par le Conseil de l'Union.

Dans l'affaire *Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret AS* relative à une atteinte au droit de propriété, la Cour met ainsi l'accent sur l'importance de « mettre un terme à l'état de guerre dans la région et aux violations massives des droits de l'homme et du droit international humanitaire dans la république de Bosnie-Herzégovine ». Cet objectif d'intérêt général « fondamental pour la communauté internationale » est donc de nature à justifier des conséquences négatives, même considérables, pour certains opérateurs »⁽²²⁾.

Il en est de même dans l'arrêt *Kadi et a.* à propos d'une décision également relative à une restriction à l'usage du droit de propriété *via* le gel des fonds et avoirs financiers des intéressés en présence « d'un objectif d'intérêt général aussi fondamental pour la communauté internationale que la lutte par tous les moyens, conformément à la charte des Nations unies, contre les menaces à l'égard de la paix et de la sécurité internationales que font peser les actes de terrorisme »⁽²³⁾.

La protection d'un droit fondamental peut également faire l'objet d'une forte valorisation. Ainsi en est-il du droit à la liberté d'expression en présence d'un conflit entre ce dernier et la liberté d'entreprise relatif aux conditions financières dans lesquelles une entreprise est en droit d'obtenir un accès au signal satellitaire pour la réalisation de brefs reportages d'actualité.

Comme la Cour EDH, la Cour de justice valorise particulièrement la liberté d'expression et d'information, soulignant que sa sauvegarde « constitue incontestablement un objectif d'intérêt général », revêtant une grande importance « dans une société démocratique et pluraliste », « particulièrement manifeste dans les cas d'événements présentant un grand intérêt pour le public »⁽²⁴⁾.

Parfois, mais rarement, le juge de l'Union ne recherche, cependant, pas explicitement quel est le but d'intérêt général poursuivi par un Etat membre mettant en œuvre le droit de l'Union, laissant alors augurer un contrôle postérieur assez souple. Ainsi, la question est-elle occultée dans l'affaire *Delvigne* à propos d'une législation excluant du droit de vote aux élections au Parlement européen les personnes ayant fait l'objet d'une condamnation

pénale pour crime grave devenue définitive et s'analysant en une limitation à l'exercice du droit garanti à l'article 39, paragraphe 2, de la Charte ⁽²⁵⁾.

La protection des droits et libertés d'autrui

En cause dans le premier arrêt faisant application de la Charte après l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne⁽²⁶⁾, la seconde catégorie d'objectifs, visée à l'article 52 § 1 de la Charte, a trait à la protection des droits et libertés d'autrui, objectif qui figure également dans la clause d'ordre public des articles 8 à 11 de la CEDH, à laquelle la CJCE a pu se référer par le passé ⁽²⁷⁾ et se réfère désormais indirectement lorsque sont en cause des « droits correspondants » au sens de l'article 52 § 3 de la Charte.

L'abondante jurisprudence de la Cour peut être illustrée par quelques exemples concernant l'utilisation des nouvelles technologies. Dans l'affaire *Promusicae*, la Cour a été confrontée au conflit entre, d'une part, le droit à la propriété intellectuelle et le droit à un recours effectif et la protection des données à caractère personnel et, donc, de la vie privée d'autre part ⁽²⁸⁾. En l'espèce, le litige en cause opposait une association sans but lucratif - Promusicae - à Telefónica de España SAU au sujet du refus de cette dernière de divulguer à Promusicae, agissant pour le compte des titulaires de droits de propriété intellectuelle regroupés en son sein, des données à caractère personnel relatives à l'utilisation de l'Internet au moyen de connexions qu'elle fournissait. Dans l'affaire précitée *Scarlet Extended SA*, dans laquelle était en cause le refus d'une société, fournisseur d'accès à internet, de mettre en place un système de filtrage des communications électroniques afin d'empêcher l'échange de fichiers susceptible de porter atteinte aux droits d'auteur, la restriction visait la protection de la propriété intellectuelle des titulaires de droits d'auteur – consacrée par l'article 17 § 2 de la Charte – qui entraînait, ici, en conflit avec la liberté d'entreprendre, la protection des données personnelles et la liberté de recevoir et de communiquer des informations ⁽²⁹⁾.

Un nombre important d'affaires intéresse des conflits entre la liberté d'entreprise et d'autres libertés. La question du port du foulard par une salariée fournit un exemple de conflit entre liberté d'entreprise et liberté de religion. La Cour a, en effet, considéré, dans l'affaire *Achbita et a.*, que « la volonté d'afficher, dans les relations avec les clients tant publics que privés, une politique de neutralité politique, philosophique ou religieuse doit être considérée comme légitime ». A ses yeux, « le souhait d'un employeur d'afficher une image de neutralité à l'égard des clients se rapporte à la liberté d'entreprise, reconnue à l'article 16 de la Charte, et revêt, en principe, un caractère légitime, notamment lorsque seuls sont impliqués par l'employeur dans la poursuite de cet objectif les travailleurs qui sont supposés entrer en contact avec les clients de l'employeur » ⁽³⁰⁾. Était en cause, ici, l'interdiction faite aux employés d'une entreprise privée de porter sur leur lieu de travail des signes visibles de leurs convictions politiques, philosophiques ou religieuses et d'accomplir tout rite en lien avec ces convictions.

On le voit, à l'instar de la Cour européenne, la Cour de justice exerce un contrôle plutôt formel des objectifs que poursuivent les restrictions apportées à l'exercice des droits fondamentaux. Toutefois, dans certains cas, son contrôle est plus approfondi et la conduit à disqualifier le but poursuivi.

II – Le contrôle effectif de la finalité de la restriction

Plus rarement, la CJUE considère que certaines atteintes à l'exercice des droits fondamentaux ne peuvent être justifiées par l'objectif avancé. Ici, le contrôle se caractérise souvent par sa radicalité, laquelle contraste avec la subjectivité inhérente au contrôle de proportionnalité, puisqu'il peut conduire au constat de l'absence de but légitime et, partant, à une violation du droit en jeu.

Dans cette perspective, l'illégitimité de l'objectif visé tient soit à sa nature inappropriée, soit s'explique par le fait que l'ingérence en cause vise un but « caché ».

Le caractère inapproprié de l'objectif affiché

Est en cause, dans le premier cas de figure le caractère inapproprié de l'objectif affiché pour lequel deux hypothèses doivent être distinguées. Dans la première, la Cour de justice estime que la nature du but est, en elle-

même, contestable tandis que, dans la seconde, c'est la gravité de l'atteinte portée à un droit fondamental qui est en cause. Mais il n'est pas toujours aisé de distinguer cette forme de contrôle du contrôle de proportionnalité, notamment de celui de l'adéquation.

Le juge de l'Union peut tout d'abord considérer que certains des buts avancés ne sont pas de nature à pouvoir justifier une atteinte au droit fondamental en jeu, ce qui peut être illustré par l'arrêt *AGET Iraklis*. La Cour y estime que des motifs de nature purement économique tels que la promotion de l'économie nationale ou son bon fonctionnement ne sont pas de nature à légitimer une entrave à la liberté d'établissement emportant une limitation à l'exercice de la liberté d'entreprise garantie par l'article 16 de la CDFUE, notamment à la liberté contractuelle. Etait en cause, en l'espèce, la mise en place d'un régime d'encadrement des licenciements collectifs. Les objectifs de protection des travailleurs et de lutte contre le chômage sont, en revanche, susceptibles de justifier pareille entrave à la liberté d'établissement et donc une restriction à l'exercice de la liberté d'entreprise ⁽³¹⁾.

Un autre exemple est fourni par le contentieux des discriminations fondées sur le sexe. Comme la Cour EDH, la CJUE examine, en présence d'une différence de traitement ou d'une absence de différence de traitement, si celle-ci poursuit un but légitime. Si tel n'est pas le cas, il s'agit, dès lors, d'une discrimination sans que le juge pratique un contrôle de proportionnalité. Le cas de l'interprétation des distinctions fondées sur le sexe est, à cet égard, pertinent dans la mesure où la Cour de justice considère que certaines distinctions sont, en soi, illégitimes. En ce domaine, elle n'a pas eu à mobiliser la CEDH, l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes dans le champ professionnel étant garanti par le traité CEE (désormais article 157 du TFUE) et plusieurs directives.

L'absence de but légitime peut être sanctionnée soit parce qu'il existe une différence de traitement exclusivement fondée sur l'existence de différences biologiques, soit en raison du caractère analogue des situations des hommes et des femmes. Quelques arrêts fondateurs de la CJCE permettent de préciser les modalités de ce contrôle.

L'arrêt *Dekker* permet d'illustrer la première hypothèse. En l'espèce, l'intéressée, qui avait informé la commission chargée de l'examen des candidatures à un emploi d'éducateur qu'elle était enceinte, avait été proposée pour obtenir l'emploi en question, ayant été jugée comme le postulant le plus apte à l'exercer. Toutefois, Mme Dekker n'avait pas été engagée, au motif que l'assureur de l'employeur ne lui rembourserait pas les indemnités journalières qu'il serait tenu de lui verser pendant son congé de maternité, le privant, dès lors, de la possibilité d'engager un remplaçant pendant son absence ⁽³²⁾.

Pour la Cour, pareil refus d'engagement pour des raisons financières en lien avec le congé de maternité de l'intéressée doit être considéré comme « fondé essentiellement sur le fait de la grossesse ». Or, des « motifs tirés du préjudice financier subi par l'employeur en cas d'engagement d'une femme enceinte, pendant la durée de son congé de maternité » ne peuvent justifier un tel traitement discriminatoire contraire à la directive 76/207/CEE du Conseil, du 9 février 1976 ⁽³³⁾.

Le caractère analogue des situations des hommes et des femmes peut également conduire à juger que la différence de traitement en jeu ne peut, dès lors, poursuivre un objectif légitime. Ainsi en est-il dans l'affaire *Mouflin* dans laquelle était en cause le fait que le droit à une pension de retraite à jouissance immédiate était réservé aux seules fonctionnaires de sexe féminin dont le conjoint était atteint d'une infirmité ou d'une maladie incurable le plaçant dans l'impossibilité d'exercer une profession quelconque alors même que les hommes et les femmes se trouvent dans une situation comparable et ont également besoin du temps et de la sécurité matérielle pour s'occuper de leur conjoint ⁽³⁴⁾. Ici, le gouvernement n'avait aucun objectif pour justifier le traitement défavorable réservé aux hommes, qui constitue une discrimination.

Un dernier exemple - l'arrêt *Stoeckel* - permet de montrer que le contrôle des objectifs poursuivis peut effectivement être approfondi et conférer, dès lors, un pouvoir important au juge dans la détermination de la solution du litige ⁽³⁵⁾.

Etait en cause, dans cette affaire, la compatibilité de l'interdiction du travail de nuit des femmes, prévue à l'époque par le code du travail français, avec la directive 76/207/CEE du Conseil, du 9 février 1976.

Alors que les gouvernements italien et français pointaient le fait que cette interdiction, assortie de nombreuses dérogations, visait « des objectifs généraux de protection de la main-d'œuvre féminine » et tenait à « des considérations particulières d'ordre social tenant, par exemple, aux risques d'agression et à la charge supérieure de travail familial pesant sur les femmes », pour la CJCE, celle-ci ne poursuit pas un objectif légitime, les hommes et les femmes étant dans des situations, selon elle, comparables : « quels que puissent être les inconvénients du travail de nuit, il n'apparaît pas que, sauf en cas de grossesse et de maternité, les risques auxquels les femmes sont exposées dans un tel travail soient, de façon générale, différents par leur nature de ceux auxquels sont également exposés les hommes » ⁽³⁶⁾. Les responsabilités familiales particulières des femmes sont également dépourvues de pertinence car constituant des « préoccupations étrangères à l'objet de la directive 76/207 », qui n'a « pas pour objet de régler des questions relatives à l'organisation de la famille ou de modifier la répartition des

responsabilités au sein du couple »⁽³⁷⁾. Enfin, s'engageant dans un contrôle de proportionnalité, la Cour écarte l'objectif relatif aux supposés risques d'agression en considérant qu'il existe « des mesures appropriées (...) pour y faire face sans porter atteinte au principe fondamental d'égalité de traitement entre hommes et femmes »⁽³⁸⁾. On le voit, l'appréciation des objectifs poursuivis en lien avec l'appréciation du caractère analogue des situations permet à la Cour de faire prévaloir, ici, l'égalité formelle.

Le second cas de figure concerne l'inadéquation de l'objectif au regard de l'importance du droit fondamental en jeu et de la nature de l'atteinte portée à son exercice. Un objectif peut, en effet, être disqualifié par la Cour de Luxembourg au regard de la nature de l'atteinte en cause. L'affaire *Tele2 Sverige AB et a.*, relative à l'obligation, généralisée et indifférenciée, faite à des fournisseurs de services de communications électroniques de conserver les données relatives au trafic et les données de localisation des abonnés et utilisateurs inscrits, fournit un exemple.

La Cour estime tout d'abord que la liste des objectifs figurant à l'article 15, § 1, de la directive 2002/58/CE du Parlement européen et du Conseil, du 12 juillet 2002 « revêt un caractère exhaustif ». Aussi « les États membres ne sauraient adopter de telles mesures à d'autres fins que celles énumérées à cette dernière disposition ». Puis, prenant en compte, la « vaste ampleur » d'une ingérence dans l'exercice des droits garantis par les articles 7 et 8 de la Charte qui « doit être considérée comme particulièrement grave », elle considère que « seule la lutte contre la criminalité grave est susceptible de justifier une telle mesure »⁽³⁹⁾.

L'identification du but réellement poursuivi

La Charte des droits fondamentaux ne contient pas une disposition analogue à l'article 18 de la CEDH de nature à permettre la sanction d'un éventuel détournement de pouvoir⁽⁴⁰⁾. Mais le recours en annulation, régi par l'article 263 du TFUE, permet d'invoquer un tel détournement lorsque sont en cause les institutions, organes et organismes de l'Union. En outre, la CJUE peut aussi sanctionner, sans forcément le nommer, un détournement de pouvoir dont un Etat est l'auteur à l'occasion de la mise en œuvre du droit de l'Union.

Si le détournement de pouvoir est bien invocable à l'appui du recours en annulation, le moyen prospère, cependant, rarement en raison de la difficulté de la preuve mais aussi du fait de l'existence du contrôle des motifs de l'acte. Il est donc très rare qu'un tel recours aboutisse s'agissant d'allégations d'atteintes aux droits fondamentaux de personnes privées.

Pour la Cour et comme en droit administratif français, le détournement de pouvoir suppose que l'institution en cause a poursuivi des fins autres que celles au vu desquelles les pouvoirs concernés lui ont été conférés⁽⁴¹⁾. Peuvent ainsi être en cause une décision qui ne poursuivait pas un but d'intérêt public ou qui ne poursuivait pas le bon objectif ou encore un détournement de procédure. Pour la Cour de justice, « un acte n'est entaché de détournement de pouvoir que s'il apparaît, sur la base d'indices objectifs, pertinents et concordants, avoir été pris dans le but exclusif, ou à tout le moins déterminant, d'atteindre des fins autres que celles excipées ou d'éluider une procédure spécialement prévue par le traité pour parer aux circonstances de l'espèce »⁽⁴²⁾.

Le détournement de pouvoir est souvent invoqué devant le Tribunal dans le cadre du contentieux relatif aux mesures restrictives portant atteinte au droit de propriété décidées par le Conseil de l'Union pour mettre en œuvre les résolutions du Conseil de sécurité. Mais les recours n'aboutissent pas. Ainsi en est-il, par exemple, dans les affaires *People's Mojahedin Organization of Iran*⁽⁴³⁾, *Gbagbo*⁽⁴⁴⁾ ou, plus récemment, *Islamic Republic of Iran Shippings Lines et a.*⁽⁴⁵⁾.

D'autres domaines peuvent également être concernés, mais sans plus de succès, comme, par exemple, l'allégation selon laquelle le Président du Parlement européen aurait refusé l'accès aux locaux parlementaires à des ressortissants russes souhaitant participer à des manifestations non pas pour des raisons liées à la sécurité et au bon fonctionnement de l'institution mais du fait des convictions politiques des intéressés⁽⁴⁶⁾.

Par ailleurs, le but poursuivi par un Etat membre peut être disqualifié parce qu'il s'agit d'une forme de détournement de pouvoir que la Cour de justice met au jour. Les pratiques des Etats membres dans le domaine du droit des étrangers permettent d'illustrer cette hypothèse.

Ainsi, dans l'affaire *Adil Hassan*, appelée à interpréter le règlement (UE) n° 604/2013 du Parlement européen et du Conseil, du 26 juin 2013, établissant les critères et mécanismes de détermination de l'Etat membre responsable

de l'examen d'une demande de protection internationale introduite dans l'un des États membres par un ressortissant de pays tiers ou un apatride, dit règlement « Dublin III », la Cour contrôle, sans le dire expressément, l'objectif réellement poursuivi par l'État français lorsque les autorités adoptent des décisions de transfert dites anticipées dans le cadre du « système Dublin » ⁽⁴⁷⁾.

Dans ce cas, le juge va en quelque sorte débusquer l'objectif « caché » de l'atteinte au droit fondamental concerné. Et en reconstruisant son raisonnement, on peut dire que la pratique en cause ne poursuit pas un but légitime.

Interpellé à Calais en 2016, un ressortissant irakien avait fait l'objet d'une décision ordonnant son transfert vers l'Allemagne, une recherche dans le système Eurodac ayant fait apparaître que ses empreintes digitales avaient été relevées en Allemagne en 2015 et qu'il y avait fait une demande de protection internationale. Le jour même de son interpellation, le préfet avait adressé une demande de reprise aux autorités allemandes et avait décidé de transférer l'intéressé vers l'Allemagne et de le placer en rétention.

M. Hassan estimait que cette décision méconnaissait l'article 26 du règlement « Dublin III » car celle-ci avait été prise et lui avait été notifiée avant que l'Allemagne n'ait répondu à la demande de la France alors même que son placement en rétention aurait été possible sans qu'une décision de transfert ne soit prise préalablement.

Pour la CJUE, il ressort du libellé même de l'article 26 § 1 du règlement « Dublin III » que « que la notification d'une décision de transfert à la personne concernée ne peut intervenir que si et, partant, après que l'État membre requis a répondu favorablement à la requête aux fins de prise ou de reprise en charge ou, le cas échéant, après l'expiration des délais dans lesquels l'État membre requis doit répondre à cette requête, l'absence de réponse équivalant (...) à l'acceptation d'une telle requête ». Le législateur de l'UE a, effet, « établi un ordre procédural précis entre l'acceptation de la requête aux fins de prise ou de reprise en charge par l'État membre requis et la notification de la décision de transfert à la personne concernée », constat confirmé par les travaux préparatoires du règlement, dont il ressort qu'il avait été jugé « nécessaire de préciser davantage la procédure de notification de la décision de transfert à la personne intéressée, afin de garantir un droit de recours plus effectif de celle-ci » ⁽⁴⁸⁾. Ce constat est, en outre, corroboré par l'économie générale du règlement. Le législateur n'a, en aucun cas, « entendu sacrifier la protection juridictionnelle des demandeurs de protection internationale à ladite exigence de célérité » ⁽⁴⁹⁾.

Cette protection, également consacrée par l'article 47 de la Charte, doit permettre au demandeur de protection internationale de bénéficier d' « un recours contre la décision de transfert ou d'une révision, en fait et en droit, de cette décision devant une juridiction ». Le recours doit pouvoir porter sur l'examen de l'application du règlement « Dublin III », dont les garanties procédurales qu'il prévoit, mais aussi sur « l'examen de la situation en fait et en droit dans l'État membre vers lequel le demandeur est transféré », ce que ne permet pas une « décision de transfert anticipée » ⁽⁵⁰⁾. Aboutissant à un détournement de la procédure en cause, l'objectif de célérité est donc disqualifié.

L'approche de la Cour dans l'arrêt *Melki et Abdeli* du 22 juin 2010 est assez proche même si elle ne se prononce pas expressément sur l'allégation de violation de leur liberté de circulation des intéressés ⁽⁵¹⁾.

En l'espèce, deux ressortissants algériens, en situation irrégulière en France, avaient été contrôlés par la police, en application de l'article 78-2, alinéa 4, du code de procédure pénale (CPP), dans la zone comprise entre la frontière terrestre de la France avec la Belgique et une ligne tracée à 20 kilomètres en deçà de cette frontière, puis avaient fait l'objet d'un arrêté préfectoral de reconduite à la frontière et d'une décision de maintien en rétention.

Ici, la Cour devait déterminer si l'article 67 § 2 du TFUE – selon lequel l'Union assure l'absence de contrôles des personnes aux frontières intérieures – et le règlement (CE) n° 562/2006, du Parlement européen et du Conseil, du 15 mars 2006, établissant un code communautaire relatif au régime de franchissement des frontières par les personnes (code frontières Schengen) s'opposaient à la législation française permettant aux autorités de police de contrôler ainsi, dans cette zone, l'identité de toute personne en vue de vérifier si elle respecte les obligations de détention, port et présentation des titres et documents prévus par la loi ⁽⁵²⁾.

Le gouvernement français arguait que les contrôles en jeu étaient justifiés par « la nécessité de lutter contre un type de délinquance spécifique dans les zones de passage et aux abords des frontières présentant des risques particuliers » et avaient « pour objectif de vérifier l'identité d'une personne, soit afin de prévenir la commission d'infractions ou de troubles à l'ordre public, soit afin de rechercher les auteurs d'une infraction », en se fondant sur des informations générales et des renseignements policiers. Ces derniers n'étaient, selon lui, « ni fixes, ni permanents, ni systématiques » mais intervenaient à l'improviste. Pour la Commission, en revanche, en n'étant soumis à aucune condition, ces contrôles constituaient « des contrôles aux frontières dissimulés » qui ne seraient pas autorisés par l'article 21 du règlement n° 562/2006 ⁽⁵³⁾.

Pour la Cour, les contrôles rendus possibles par l'article 78-2, alinéa 4, du CPP aboutissent à des contrôles ayant

un effet équivalent à celui des vérifications aux frontières, au sens de l'article 21, a), du règlement n° 562/2006, dans la mesure où ces derniers sont autorisés « indépendamment du comportement de la personne concernée et de circonstances particulières établissant un risque d'atteinte à l'ordre public » et que l'article 78-2, alinéa 4, du CPP « ne contient ni précisions ni limitations de la compétence ainsi accordée, notamment relatives à l'intensité et à la fréquence des contrôles pouvant être effectués sur cette base juridique ». Aussi est-il nécessaire que ces contrôles fassent l'objet d'un « encadrement » de nature à « garantir que l'exercice pratique de la compétence consistant à effectuer des contrôles d'identité ne puisse pas revêtir un effet équivalent à celui des vérifications aux frontières » ⁽⁵⁴⁾.

Tels qu'ils sont mis en œuvre, les contrôles litigieux, de nature à porter atteinte à la liberté de circulation, ne poursuivent donc pas un but légitime.

Si la plupart du temps, le contrôle de l'objectif justifiant une restriction à l'exercice d'un droit fondamental exercé par la CJUE est assez formel, certaines finalités revêtent, néanmoins, un caractère inacceptable, sauf à sacrifier l'effectivité de la protection des droits concernés. Mais, dans ce cas, il est parfois délicat de faire clairement le départ entre le contrôle du but poursuivi et le contrôle de proportionnalité proprement dit.

⁽¹⁾ A la différence de la CEDH (article 15), la Charte ne comprend pas de disposition relative aux dérogations.

⁽²⁾ Parmi d'autres, CJUE, 22 décembre 2010, *DEB*, aff. C-279/09 ou 24 novembre 2011, *Scarlet Extended SA*, aff. C-70/10.

⁽³⁾ La Charte doit être interprétée « en prenant dûment en considération les explications visées dans la Charte, qui indiquent les sources de ces dispositions » (article 6 § 1 du TUE).

⁽⁴⁾ Une limitation peut également poursuivre plusieurs objectifs. Voy., par exemple, CJUE, 17 octobre 2013, *Schwartz*, aff. C-291/12, points 36-38, obligation, prévue par le règlement (CE) n° 2252/2004, de relever les empreintes digitales des demandeurs de passeports et de les conserver dans les passeports visant à empêcher l'entrée illégale sur le territoire de l'Union et à prévenir la falsification des passeports.

⁽⁵⁾ CJCE, 14 mai 1974, aff. 4/73, point 14.

⁽⁶⁾ CJCE, aff. 36-75, point 32.

⁽⁷⁾ CJCE, 11 juillet 2002, aff. C-60/00, points 41 et 42. Voy. aussi, parmi d'autres, 6 mars 2001, *Connolly*, aff. C-274/99 P, points 148-150, autorisation préalable de publication visant légitimement à éviter qu'un texte relatif à l'activité des Communautés ne porte atteinte à leurs intérêts ; 25 mars 2004, *Karner*, aff. C-71/02 restriction à la diffusion de messages publicitaires visant à garantir la protection du consommateur et la loyauté des transactions commerciales.

⁽⁸⁾ Article 1, second alinéa, du Protocole 1.

⁽⁹⁾ S. Peers, T. Hervey, J. Kenner et A. Ward, *The European Union of Fundamental Rights. A Commentary*, Hart Publishing, Oxford et Portland, 2014, p. 1475.

L'article 4 § 2 du TUE est rédigé comme suit : « L'Union respecte l'égalité des États membres devant les traités ainsi que leur identité nationale, inhérente à leurs structures fondamentales politiques et constitutionnelles, y compris en ce qui concerne l'autonomie locale et régionale. Elle respecte les fonctions essentielles de l'État, notamment celles qui ont pour objet d'assurer son intégrité territoriale, de maintenir l'ordre public et de sauvegarder la sécurité nationale. En particulier, la sécurité nationale reste de la seule responsabilité de chaque État membre ».

Et si la référence aux motifs de dérogation à la libre circulation des marchandises (article 36 du TFUE) et à la protection des intérêts essentiels de la sécurité des États renvoie à des objectifs d'intérêt général, la référence à un article 35 § du TFUE interroge puisqu'il n'existe pas de § 3. Peut-être s'agit-il de l'article 35 § 3 du TUE concernant la mise en œuvre du droit de protection diplomatique des citoyens européens sur le territoire d'États tiers.

⁽¹⁰⁾ CJCE, 22 décembre 2010, aff. C-208/09, points 83-84.

⁽¹¹⁾ L'article 54 subordonne l'application du principe *ne bis in idem* à la condition que, en cas de condamnation, la sanction « ait été subie » ou qu'elle soit « actuellement en cours d'exécution » ou ne puisse plus être exécutée.

⁽¹²⁾ CJUE, gr. ch., 27 mai 2014, aff. C-129/14 PPU, points 62-63.

- (13) CJUE, 20 mars 2018, *Garlsson Real Estate SA et a*, aff. C-524/15 et C-537/16, point 46 et CJUE, 20 mars 2018, et *Di Puma*, aff. C-596/16 et C-597/16, point 42.
- (14) CJUE, 17 décembre 2015, *Neptune Distribution SNC*, aff. C-157/14, point 73. Aussi, parmi d'autres, 4 mai 2016, *Philip Morris Brands SARL et a*, aff. C-547/14, point 152.
- (15) CJCE, 29 avril 1999, aff. C-293/97, *Standley et a. et Metson et a*, point 56.
- (16) CJUE, 29 avril 2015, *Léger*, aff. C-528/13, point 57.
- (17) CJUE, gr. ch., 9 novembre 2010, *Volker und Markus Schecke GbR et a*, aff. C-92 et 93/09, examen de la validité de règlements qui imposaient la publication, sur un site internet, de données personnelles concernant les bénéficiaires de fonds de l'Union et des montants perçus, points 67-71.
- (18) CJUE, gr. ch., 7 mars 2017, *RPO*, aff. C-390/15, point 45.
- (19) CJCE, 13 juillet 1989, aff. 5/88, point 18, conditions de l'indemnisation de producteurs s'engageant à abandonner définitivement la production laitière dans le cadre d'une politique de restructuration de cette production.
- (20) CJCE, 13 décembre 1979, aff. 44/79, points 8 et 25.
- (21) CJCE, 17 octobre 1995, aff. C-44/94, points 55-56.
- (22) CJCE, 30 juillet 1996, aff. C-84/95, points 26 et 23.
- (23) CJCE, gr. ch., 3 septembre 2008, aff. C-402/05 P et C-415/05 P, point 363.
- (24) CJUE, gr. ch., 22 janvier 2013, *Sky Österreich GmbH*, aff. C-283/11, point 52, commercialisation à caractère exclusif d'événements présentant un grand intérêt pour le public.
- (25) CJUE, gr. ch., 6 octobre 2015, aff. C-650/13.
- (26) CJUE, 5 octobre 2010, *J. McB*, aff. C-400/10 PPU, déplacement d'enfants par leur mère à l'insu de leur père naturel.
- (27) Voy., parmi d'autres, CJCE, 20 mai 2003, *Österreichischer Rundfunk et a*, aff. C-465/00, C-138/01 et C-139/01, points 71 et 81.
- (28) CJUE, gr. ch., 29 janvier 2008, aff. C-275/06, points 62-63.
- (29) Point 42. Voy. aussi, parmi d'autres, 27 mars 2014, *UPC Telekabel Wien*, aff. C-314/12 (droit de propriété intellectuelle et liberté d'entreprise).
- (30) CJUE, gr. ch., 14 mars 2017, aff. C-157/15, points 37-38.
- (31) CJUE, gr. ch., 21 décembre 2016, aff. C-201/16, points 72-78, possibilité pour une direction de l'emploi du ministère du travail de s'opposer à des licenciements collectifs.
- (32) Ici, le droit national assimilait l'empêchement d'exercer une activité pour cause de grossesse et d'accouchement à l'empêchement pour cause de maladie
- (33) CJCE, 8 novembre 1990, aff. C-177/88, point 12. Dans le même sens, parmi d'autres, CJCE, 3 février 2000, *Mahlburg*, aff. C-207/98.
- (34) CJCE, 13 décembre 2001, aff. C-206/00, points 29-31.
- (35) CJCE, 25 juillet 1991, aff. C-345/89.
- (36) Points 14 et 15.
- (37) Points 18 et 17.
- (38) Point 16.
- (39) CJUE, gr. ch., 21 décembre 2016, aff. C-203/15 et C-698/15, points 90 et 100.
- (40) Voy. la contribution de F. Sudre.

⁽⁴¹⁾ CJCE, 13 juin 1958, *Compagnie des Hauts Fourneaux de Chasse*, aff. 2/57 et 21 juin 1958, *Groupement des hauts fourneaux et aciéries belges*, aff. 8/57.

⁽⁴²⁾ CJCE, gr. ch., 14 décembre 2004, *Swedish Match*, aff. C-210/03, point 75.

⁽⁴³⁾ Trib., 23 octobre 2008, aff. T-256/07, points 151-152, le maintien de la requérante sur la liste litigieuse serait justifiée par la volonté d'apaiser le régime iranien actuel.

⁽⁴⁴⁾ Trib., 25 avril 2013, aff. T-119/11, points 77-85, le Conseil poursuivrait un autre but que la promotion de la démocratie et de l'état de droit

⁽⁴⁵⁾ Trib., 17 février 2017, aff. T-14/14 et T-87/14, points 91-95, le Conseil poursuivrait un autre but que la lutte contre la prolifération nucléaire.

⁽⁴⁶⁾ Trib., 20 novembre 2017, *Petrov et a.*, aff. T-452/15, points 56-79.

⁽⁴⁷⁾ CJUE, 31 mai 2018, aff. C-647/16.

⁽⁴⁸⁾ Points 42-44.

⁽⁴⁹⁾ Point 57.

⁽⁵⁰⁾ Point 58.

⁽⁵¹⁾ CJUE, gr. ch., aff. C-188/10 et C-189/10.

⁽⁵²⁾ L'article 20 du règlement n° 562/2006 dispose que les frontières intérieures peuvent être franchies en tout lieu sans que des vérifications aux frontières soient effectuées sur les personnes, quelle que soit leur nationalité.

⁽⁵³⁾ Points 60 et 62.

⁽⁵⁴⁾ Points 73 et 74.

Les techniques - Le contrôle du but poursuivi / du détournement de pouvoir par le Conseil constitutionnel

V. Goesel-Le Bihan

Professeure de droit public
Université Lumière Lyon 2

Le contrôle de l'objectif poursuivi par la loi restrictive d'un droit ou d'une liberté de valeur constitutionnelle existe-t-il dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel ?

A feuilleter la plupart des manuels de contentieux constitutionnel et de droit des libertés, la réponse est clairement négative. Alors que les manuels de droit européen des droits de l'homme accordent une place à part au contrôle de la légitimité de l'objectif poursuivi par les ingérences étatiques dans l'exercice des droits conventionnels qu'ils étudient ⁽¹⁾, rien de tel du côté du contentieux constitutionnel : seul le détournement de pouvoir - que tous s'accordent à considérer comme non contrôlé - et le contrôle de proportionnalité y sont présentés ⁽²⁾. Sans doute la thèse de Guillaume MERLAND, consacrée à "l'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel", y est-elle pour quelque chose : publiée à un moment charnière de l'évolution de la jurisprudence du Conseil - elle a été soutenue en 2002 pour paraître en 2004 - elle estime qu'un tel contrôle, en dépit de l'accroissement des exigences textuelles ou jurisprudentielles de poursuite d'un intérêt général - qu'il soit général ou spécifique, ainsi nommé ou non - n'est pas exercé par le Conseil. Ce dernier se bornerait tout au plus à contrôler l'existence d'un tel objectif, qu'il découvrirait dans la loi elle-même ou dans ses travaux préparatoires, sans jamais s'autoriser à en contrôler la qualification par le législateur, pour n'exercer finalement qu'un contrôle de la seule proportionnalité des diverses restrictions législatives apportées aux libertés - et ce, même en matière de validation législative ⁽³⁾. Le climax du contrôle exercé se trouverait alors dans la décision du 20 juillet 2000 *Loi relative à la chasse* dans laquelle le Conseil déclare inconstitutionnelle une disposition qui restreint le droit de propriété "sans que ni les termes de la disposition critiquée, ni les débats parlementaires ne précisent les motifs d'intérêt général justifiant une telle prohibition" ⁽⁴⁾.

Mais ce temps est-il encore le nôtre ? Je ne le crois pas. Il me semble au contraire que tout, dans la jurisprudence plus récente du Conseil constitutionnel, concorde et permet au contraire d'affirmer qu'un tel contrôle existe aujourd'hui :

- En premier lieu, ce sont les formulations de principe qui, avec l'intégration de nouveaux droits dans le bloc de constitutionnalité, se sont multipliées ; toujours sectorielles, c'est-à-dire visant en général un droit ou une liberté, elles reconnaissent explicitement au législateur le pouvoir de les limiter au nom d'un intérêt général. Exceptionnelles dans les années 1980 (le droit de propriété, le principe d'égalité, la liberté d'entreprendre, le principe de libre administration des collectivités locales et le principe de séparation des pouvoirs sont pour l'essentiel concernés) ⁽⁵⁾, ces formulations ont quitté leur port d'origine pour envahir l'océan des nouveaux droits et libertés consacrés ou de certaines de leurs manifestations spécifiques (on pense ici à la liberté contractuelle ⁽⁶⁾, à la liberté personnelle, dont celle du mariage ⁽⁷⁾, au principe de responsabilité pour faute ⁽⁸⁾, à certains aspects de la garantie des droits, en particulier, sous couvert du droit au procès équitable, au principe de publicité des audiences ⁽⁹⁾, et, sous couvert du principe d'impartialité des juridictions, à l'interdiction pour un tribunal de se saisir d'office ⁽¹⁰⁾). Mais ce n'est pas tout : ces formulations ont aussi contaminé les droits qui ont été progressivement détachés par le Conseil de la liberté individuelle (on pense ici au droit au respect de la vie privée ⁽¹¹⁾ - dont relève désormais l'inviolabilité du domicile - au secret des correspondances ⁽¹²⁾, mais également à la liberté d'aller et de venir ⁽¹³⁾). **Océan "de principe", donc, puisque seuls quelques droits, pour l'essentiel de premier rang, comme la liberté de communication et la liberté individuelle, échappent à cette possibilité de restriction au nom d'un intérêt général, pour ne conserver qu'une possibilité de restriction au nom de certains intérêts généraux, le plus souvent de valeur constitutionnelle, ordre public ou préservation des droits d'autrui en tête ⁽¹⁴⁾.** Dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, l'intérêt général, qu'il soit "général" ou "spécifique", est donc partout, au service d'une politique jurisprudentielle qui, sauf exception, refuse un caractère absolu aux droits et libertés dont elle assure le développement.

- Mais pour quel contrôle ? Non seulement le Conseil ne renvoie plus à la liberté d'appréciation de l'intérêt général par le législateur, comme il l'avait fait à plusieurs reprises dans les années 80 et au début des années 90 ⁽¹⁵⁾, mais il décale en aval le jeu de cette liberté au choix de tel ou tel objectif parmi ceux qui méritent une telle qualification ⁽¹⁶⁾. Que cette qualification soit désormais contrôlée par le Conseil, on en veut pour preuve, en plus du paragraphe spécifique qui, dans chaque décision, est désormais consacré à ce contrôle ⁽¹⁷⁾, les quelques

déclarations d'inconstitutionnalité qui ont scandé l'histoire de son épanouissement ⁽¹⁸⁾. Même si elles demeurent peu nombreuses, elles intéressent **d'abord la qualification d'intérêt général de l'intérêt poursuivi**. Dans une décision en date du 9 décembre 2010 *Loi de réforme des collectivités locales*, le Conseil a ainsi considéré "que la loi déferée procède à la suppression des conseillers généraux et des conseillers régionaux et les remplace par une catégorie unique d'élus ; qu'eu égard à la nature de cette réforme, la volonté de ne pas s'écarter trop sensiblement du nombre des cantons fixé antérieurement à la réforme ne peut être regardée comme un impératif d'intérêt général susceptible de justifier des atteintes au principe d'égalité devant le suffrage" ⁽¹⁹⁾.

Elles intéressent également la qualification d'**intérêt général "spécifique" d'un intérêt poursuivi**, c'est-à-dire le fait de savoir si certaines restrictions sont bien justifiées par tel ou tel motif de valeur constitutionnelle dont le Conseil exige la poursuite. Dans sa décision du 26 janvier 2017 *Loi relative à l'égalité et à la citoyenneté* ⁽²⁰⁾, le Conseil a ainsi considéré que "la négation, la minoration ou la banalisation de façon outrancière [d'un crime de génocide, d'un crime contre l'humanité, d'un crime de réduction en esclavage ou d'un crime de guerre] ne peuvent, de manière générale, être réputées constituer par elles-mêmes un abus de l'exercice de la liberté d'expression et de communication portant atteinte à l'ordre public et aux droits des tiers", contrôlant donc la justification de la mesure avant d'en analyser la proportionnalité et de considérer que l'incrimination des seuls propos ou actes qui constituent "une incitation à la haine ou à la violence" n'est, quant à elle, ni nécessaire, ni proportionnée ⁽²¹⁾.

Le Conseil ne s'embarrasse d'ailleurs plus d'une référence à l'absence de précision de la loi ou des travaux préparatoires pour rejeter l'existence d'un motif d'intérêt général ⁽²²⁾. Dans le commentaire autorisé d'une décision récente relative au droit de propriété, on lit même que la formulation de principe qui le concerne "exige la démonstration d'un motif d'intérêt général ainsi que du caractère proportionné de l'atteinte à l'objectif poursuivi" ⁽²³⁾. Le Conseil a enfin poussé le degré de raffinement de sa jurisprudence jusqu'à admettre la possibilité de justifier une restriction par un motif d'intérêt général autre que les objectifs que le législateur s'est assignés, indiquant par là même qu'il aurait pu sauver la disposition inconstitutionnelle en substituant aux motifs avancés par le législateur – et identifiés dans les travaux préparatoires – un autre motif d'intérêt général ⁽²⁴⁾.

- Un contrôle de principe indéniable, donc, mais dont les contours restent ou sont parfois devenus incertains.

Quels objectifs pour quels droits, tout d'abord ? Tous les droits, on l'aura compris, ne sont pas logés à la même enseigne. Intérêt général simple, intérêt général suffisant ou impérieux, motif de valeur constitutionnelle se côtoient désormais dans la jurisprudence du Conseil sans que la logique de leur déploiement soit toujours compréhensible. Ont d'abord surgi des droits que j'ai qualifiés d'"intermédiaires" dans mes écrits antérieurs, et pour lesquels, influencé par la jurisprudence de la Cour EDH, le Conseil a, sous des vocables évolutifs (intérêt général "suffisant", puis, dans certains cas, "impérieux" ⁽²⁵⁾) exclu l'intérêt financier de l'intérêt général, sauf à ce que celui-ci soit particulièrement important ⁽²⁶⁾. Dans ce découpage de l'intérêt général et afin de protéger davantage les divers droits relevant de la sécurité juridique, le Conseil a ainsi redécouvert le contrôle objectif que le juge administratif exerçait depuis fort longtemps dans le cadre du détournement de pouvoir : l'intérêt poursuivi ne doit pas seulement être d'intérêt général, mais faire partie de ceux susceptibles d'être légalement poursuivis, cette dernière recherche ne supposant pas de sonder les mobiles de l'autorité contrôlée. A noter, ce que l'on oublie trop souvent, que ce découpage est antérieur à l'arrêt *Zielinski* de la Cour EDH ⁽²⁷⁾ - qui date de 1999 - et ne recourait pas à ces catégories qui ont semblé par la suite le faire relever d'un simple contrôle renforcé de la proportionnalité ⁽²⁸⁾. Cet arrêt a toutefois eu l'intérêt de montrer que la Cour EDH, à l'occasion d'un contrôle de sa mise en oeuvre, pouvait substituer son appréciation de la légitimité de l'objectif poursuivi par la loi, non seulement à celle opérée par le législateur, mais aussi à celle réalisée par le Conseil constitutionnel ⁽²⁹⁾, ce qu'elle confirmera en 2014 dans l'arrêt *S.A.S. contre France* - mais cette fois sans déclaration d'inconventionnalité et s'agissant de droits qui, dans une affaire de dissimulation du visage dans l'espace public, peuvent être limités au nom d'un intérêt général "simple" ⁽³⁰⁾. Puis, ce sont les droits les plus protégés, ceux dits de premier rang, qui sont entrés dans une zone de turbulence ⁽³¹⁾, perdant de leur superbe initiale (la liberté de communication ne pouvait être restreinte qu'au nom d'un motif de valeur constitutionnelle ⁽³²⁾) pour atterrir dans le camp des droits les moins protégés (le Conseil s'est parfois contenté d'un intérêt général "simple" ⁽³³⁾) avant d'être, mais avec une formulation de principe dont le champ d'application est plus restrictif (seules les incriminations des abus sont concernées), à nouveau hissés au niveau de protection le plus élevé ⁽³⁴⁾. L'état actuel du droit laisse toutefois perplexe : non seulement les deux objectifs de valeur constitutionnelle mentionnés dans cette formulation - préservation de l'ordre public et des droits d'autrui - ne permettent pas de couvrir les diverses finalités de valeur constitutionnelle dont le Conseil a pourtant déjà accepté la poursuite par le législateur dans sa jurisprudence antérieure (je pense ici à la protection de la santé publique ⁽³⁵⁾ et à celle de langue française ⁽³⁶⁾), mais ils ne s'appliquent guère aux autres restrictions apportées à cette liberté, dont la formulation de principe ne comporte d'ailleurs plus aucune référence au moindre objectif à poursuivre ⁽³⁷⁾. Où l'on constate - mais avec quel flottement à la clé - que l'augmentation du nombre des objectifs, et plus largement des normes de valeur constitutionnelle, oblige sans doute le juge à changer de méthode et à énumérer limitativement les motifs légitimes de restriction, sauf à diminuer progressivement - à catégorie constitutionnelle pourtant constante - le niveau de protection des droits concernés. Seule la liberté individuelle, entendue toutefois de plus en plus restrictivement, a continué d'être restreinte au nom d'un seul objectif de valeur constitutionnelle, la protection

de l'ordre public, qui, dans nos sociétés en danger, a l'avantage de répondre toujours présent.

Quel champ d'application ensuite ? Quid en effet des "considérations éthiques et sociales"⁽³⁸⁾, des objectifs poursuivis en cas d'incertitude scientifique⁽³⁹⁾ ou plus largement des questions de société qui, comme dans la décision relative à la dissimulation du visage dans l'espace public⁽⁴⁰⁾, sont laissées - ou, dans le dernier cas, semblent être laissées - à la "seule appréciation" du législateur. S'agit-il d'ilots de non-contrôle qui surnagent encore dans cet océan de contrôle que j'évoquais auparavant ? Quid également des droits-créances, dont la régression au-delà d'un certain niveau pourrait toutefois devoir être justifiée par la poursuite d'un intérêt général, éventuellement de valeur constitutionnelle comme l'avait déjà admis une décision du Conseil relative à l'AME qui portait sur une restriction au droit à la santé⁽⁴¹⁾ ?

Quelle différence enfin avec le contrôle de proportionnalité dans lequel la majorité de la doctrine semble le noyer, si tant est que ses instruments de mesure permettent d'en prendre conscience ? Il me semble que si ce contrôle est un préalable nécessaire à l'exercice du contrôle de proportionnalité, il s'en distingue nettement, en particulier en matière de validation législative, et doit donc être étudié en tant que tel. Mais attention, son autonomie ne signifie pas que les fins ne doivent pas être mises - et ne sont pas mises par le juge - en relation avec les moyens qu'elles suscitent. Les moyens (nature des droits limités, gravité des limitations opérées, etc.) contribuent en effet à la détermination des fins admissibles, comme le montre très bien l'arrêt *Tele2 Sverige AB* de la CJUE dans lequel cette dernière entend restrictivement les fins admissibles (la lutte contre les seules infractions graves) en raison de la gravité des restrictions apportées aux diverses libertés en cause⁽⁴²⁾. Le Conseil constitutionnel lui-même procède parfois à la neutralisation de certains objectifs poursuivis pour mieux dénoncer ensuite l'excès des mesures prises, comme dans la "grande" décision de 2012 *Loi relative à la protection de l'identité*⁽⁴³⁾, qui énonce la nouvelle formulation de principe applicable aux données personnelles⁽⁴⁴⁾. Le contrôle de proportionnalité consiste alors à emprunter le chemin inverse qui, à partir des fins ainsi déterminées, va rechercher si les moyens mis en oeuvre sont en relation suffisante avec elles. En d'autres termes, certaines caractéristiques des moyens employés déterminent les fins admissibles qui, elles-mêmes, dans un mouvement de rétroaction qui nous semble constitutif de la proportionnalité, déterminent les caractéristiques admissibles de ces moyens. Autonomie ne signifie donc pas indépendance, la voie empruntée étant simplement à double sens. Le raisonnement dominant du Conseil, qui consiste à différencier les droits en les reliant à des catégories d'objectifs distinctes dont la valeur doit ou non être constitutionnelle, permet ensuite de traiter de façon plus ou moins sévère les restrictions qui leur sont apportées.

Au fond, pourquoi ne pas franchir le pas, et comme le Conseil l'avait fait lui-même dans deux décisions de 2012 et 2013 qui mettaient en oeuvre le principe d'égalité devant les charges publiques⁽⁴⁵⁾, résumer les divers motifs de restrictions sous le vocable européen englobant de motif ou d'objectif "légitime" ? En adoptant lui-même un considérant général qui couvrirait l'ensemble des libertés et précéderait celui spécifique applicable au droit concerné, le Conseil entrerait dans une nouvelle phase, d'énonciation de formulations générales cette fois, et éviterait peut-être que des questions auxquelles une réponse pourtant claire est apportée doivent encore être posées...

⁽¹⁾Voir, entre autres, F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 13ème éd., PUF, 2016, p. 213 et s.

⁽²⁾Julien BONNET, Pierre-Yves GAHDOUN, D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, Montchrestien, 11ème éd., 2016 ; G. DRAGO, *Contentieux constitutionnel français*, PUF, 4ème éd., 2016 ; P. WACHSMANN, *Libertés publiques*, Dalloz, 8ème éd., 2017, p. 126 et s. Ce dernier insiste sur la "grande pusillanimité" du Conseil dans le champ des libertés et sur le rôle négatif joué par les tentatives doctrinales de rationalisation de sa jurisprudence, le caractère "erratique" et "superficiel" de cette dernière devant pour l'essentiel être dénoncé.

⁽³⁾*L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel* LGDJ, 2004, p. 2017 et s.

⁽⁴⁾Décision n° 2000-434 DC.

⁽⁵⁾G. MERLAND, *op. cit.*, p. 139 et s.

⁽⁶⁾"Il est loisible au législateur d'apporter à la liberté contractuelle, qui découle de l'article 4 de la Déclaration de 1789, des limitations liées à des exigences constitutionnelles ou justifiées par l'intérêt général, à la condition qu'il n'en résulte pas d'atteintes disproportionnées au regard de l'objectif poursuivi" (Déc. n° 2018-761 DC du 21/03/2018 *Loi ratifiant diverses ordonnances prises sur le fondement de la loi n° 2017-1340 du 15 septembre 2017 d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social*).

(7) "Il résulte de ces dispositions une liberté pour chacun de se marier ainsi qu'une liberté de - fin aux liens du mariage, composantes de la liberté personnelle. Il est cependant loisible au législateur d'apporter à la liberté de mettre fin aux liens du mariage des limitations liées à des exigences constitutionnelles ou justifiées par l'intérêt général, à la condition qu'il n'en résulte pas d'atteintes disproportionnées au regard de l'objectif poursuivi" (Déc. n° 2016-557 QPC du 29/07/2016, *Prononcé du divorce subordonné à la constitution d'une garantie par l'époux débiteur d'une prestation compensatoire en capital*).

(8) "Aux termes de l'article 4 de la Déclaration de 1789 : « La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui ». Il résulte de ces dispositions qu'en principe, tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer. La faculté d'agir en responsabilité met en œuvre cette exigence constitutionnelle. Toutefois, cette dernière ne fait pas obstacle à ce que le législateur aménage, pour un motif d'intérêt général, les conditions dans lesquelles la responsabilité peut être engagée. Il peut ainsi, pour un tel motif, apporter à ce principe des exclusions ou des limitations à condition qu'il n'en résulte pas une atteinte disproportionnée aux droits des victimes d'actes fautifs ainsi qu'au droit à un recours juridictionnel effectif qui découle de l'article 16 de la Déclaration de 1789" (Déc. n° 2017-672 QPC du 10/11/2017 *Action en démolition d'un ouvrage édifié conformément à un permis de construire*).

(9) "Il résulte de la combinaison des articles 6, 8, 9 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 que le jugement d'une affaire pénale doit faire l'objet d'une audience publique sauf circonstances particulières nécessitant, pour un motif d'intérêt général, le huis clos" (Déc. n° 2017-645 QPC du 21/07/2017 *Huis clos de droit à la demande de la victime partie civile pour le jugement de certains crimes*).

(10) "Une juridiction ne saurait, en principe, disposer de la faculté d'introduire spontanément une instance au terme de laquelle elle prononce une décision revêtue de l'autorité de chose jugée. La Constitution ne confère pas à cette interdiction un caractère général et absolu, sauf si la procédure a pour objet le prononcé de sanctions ayant le caractère d'une punition. Dans les autres cas, la saisine d'office d'une juridiction ne peut trouver de justification qu'à la condition qu'elle soit fondée sur un motif d'intérêt général et que soient instituées par la loi des garanties propres à assurer le respect du principe d'impartialité" (Déc. n° 2017-671 QPC du 10/11/2017 *Saisine d'office du juge de l'application des peines*).

(11) "Selon l'article 2 de la Déclaration de 1789, « Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression ». La liberté proclamée par cet article implique le droit au respect de la vie privée et le secret des correspondances. Pour être conformes à la Constitution, les atteintes à ces droits doivent être justifiées par un motif d'intérêt général et mises en œuvre de manière adéquate et proportionnée à cet objectif" (Déc. n° 2018-696 QPC du 30/03/2018 *Pénalisation du refus de remettre aux autorités judiciaires la convention secrète de déchiffrement d'un moyen de cryptologie*).

(12) *Idem*.

(13) "La liberté d'aller et de venir est protégée par les articles 2 et 4 de la Déclaration de 1789. Les atteintes portées à l'exercice de cette liberté par l'institution d'une imposition doivent être justifiées par un motif d'intérêt général et proportionnées à l'objectif poursuivi" (Déc. n° 2017-631 QPC du 24/05/2017 *Droit départemental de passage sur les ponts reliant une île maritime au continent*).

(14) "Selon l'article 11 de la Déclaration de 1789 : « 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 ». L'article 34 de la Constitution dispose : « La loi fixe les règles concernant ... les droits civiques et les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques ». Sur ce fondement, il est loisible au législateur d'instituer des incriminations réprimant les abus de l'exercice de la liberté d'expression et de communication qui portent atteinte à l'ordre public et aux droits des tiers. Il lui est également loisible d'édicter des règles de nature à concilier la poursuite de l'objectif de lutte contre l'incitation et la provocation au terrorisme, qui participe de l'objectif de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public et de prévention des infractions, avec l'exercice du droit de libre communication et de la liberté de parler, écrire et imprimer. Cependant, la liberté d'expression et de communication est d'autant plus précieuse que son exercice est une condition de la démocratie et l'une des garanties du respect des autres droits et libertés. Il s'ensuit que les atteintes portées à l'exercice de cette liberté doivent être nécessaires, adaptées et proportionnées à l'objectif poursuivi" (Décision n° 2018-706 QPC du 18/05/2018 *Délit d'apologie d'actes de terrorisme*).

(15) Cette jurisprudence est présentée par G. MERLAND, *op. cit.*, p. 114 et s.

(16) Dans sa décision QPC n° 2014-434 en date du 5/12/2014 *Tarif des examens de biologie médicale*, le Conseil considère, après avoir déclaré que les dispositions contestées poursuivent un but d'intérêt général, "qu'il

n'appartient pas au Conseil constitutionnel, qui ne dispose pas d'un pouvoir d'appréciation de même nature que celui du Parlement, de substituer son appréciation à celle du législateur sur le choix de poursuivre de tels objectifs" plutôt que d'autres.

⁽¹⁷⁾En ce sens et pour une décision récente, v. par exemple la décision n° 2018-728 QPC du 13/07/2018 *Indemnité de résiliation ou de non-renouvellement du contrat de prévoyance pendant la période transitoire* dont le §12 est ainsi rédigé : "En adoptant les dispositions contestées, le législateur a entendu compenser le surcoût provoqué, pour les organismes assureurs, par le report de l'âge de départ à la retraite. En effet, en cas de cessation du contrat pendant la période transitoire, ces organismes sont tenus de maintenir la couverture prévue par les articles 7 et 7-1 de la loi du 31 décembre 1989 et de constituer les provisions nécessaires. Les dispositions contestées visent ainsi à garantir l'effectivité et la pérennité de la couverture des salariés, tout en évitant une hausse brutale des cotisations versées par les autres souscripteurs. Le législateur a ainsi poursuivi un motif d'intérêt général".

⁽¹⁸⁾Pour une présentation de l'ensemble des décisions d'inconstitutionnalité rendues, v. V. GOESEL-LE BIHAN, *Contentieux constitutionnel*, Ellipses, 2ème éd., 2016, n° 154-2 et s.

⁽¹⁹⁾N° 2010-618 DC.

⁽²⁰⁾N° 2016-745 DC.

⁽²¹⁾Dans le même sens mais déclarant la disposition constitutionnelle, v. la déc. n° 2017-695 QPC du 29 mars 2018 *Mesures administratives de lutte contre le terrorisme* § 39 : "En premier lieu, la mesure de fermeture d'un lieu de culte ne peut être prononcée qu'aux fins de prévenir la commission d'un acte de terrorisme. En outre, une seconde condition doit être remplie : les propos tenus en ce lieu, les idées ou théories qui y sont diffusées ou les activités qui s'y déroulent doivent soit provoquer à la violence, à la haine ou à la discrimination soit provoquer à la commission d'actes de terrorisme ou en faire l'apologie. Il résulte de la combinaison de ces deux conditions, que, lorsque la justification de cette mesure repose sur la provocation à la violence, à la haine ou à la discrimination, il appartient au préfet d'établir que cette provocation est bien en lien avec le risque de commission d'actes de terrorisme. En autorisant l'adoption d'une telle mesure de fermeture provisoire d'un lieu de culte, le législateur a ainsi poursuivi l'objectif de lutte contre le terrorisme, qui participe de l'objectif de valeur constitutionnelle de prévention des atteintes à l'ordre public".

⁽²²⁾En ce sens, v. la déc. n° 2016-547 QPC du 24/05/2016 *Dérogations temporaires au repos dominical des salariés des commerces de détail à Paris* : "aucun motif d'intérêt général ne justifie que, s'agissant du pouvoir de déterminer les dimanches durant desquels les établissements de commerce de détail sont autorisés à supprimer le repos hebdomadaire dominical, la ville de Paris soit traitée différemment de toutes les autres communes".

⁽²³⁾Déc. n° 2014-691 DC du 20/03/2014 *Loi pour l'accès au logement et un urbanisme rénové* Commentaire p. 2.

⁽²⁴⁾Déc. n° 2015-516 QPC du 15/01/2016 *Incompatibilité de l'exercice de l'activité de conducteur de taxi avec celle de conducteur de VTC*. Sur cette innovation, v. V. GOESEL-LE BIHAN, "Le Conseil constitutionnel, l'erreur de droit et la substitution de motifs", Tribune, *AJDA*, 18/07/2016, p. 1.

⁽²⁵⁾Sur cette jurisprudence, on pourra se reporter à V. GOESEL-LE BIHAN, *Contentieux constitutionnel*, Ellipses, 2ème éd., 2016, n° 154-3.

⁽²⁶⁾Pour un cas particulier d'exigence de "motifs impérieux d'intérêt général" qui concerne un tempérament apporté à la règle du caractère préalable de l'indemnisation en cas d'expropriation, v. la décision n° 2010-26 QPC du 17 septembre 2010 *Immeubles insalubres*, §7 ("Considérant, toutefois, que l'octroi par la collectivité expropriante d'une provision représentative de l'indemnité due n'est pas incompatible avec le respect de ces exigences si un tel mécanisme répond à des motifs impérieux d'intérêt général et est assorti de la garantie des droits des propriétaires intéressés").

⁽²⁷⁾CourEDH, 28/10/1999, Arrêt *Zielinski et autres c. France*, n° 24846/94.

⁽²⁸⁾Sur cette antériorité, v. en particulier la décision n° 95-369 DC du 28/12/1995 *Loi de finances pour 1996* ("Considérant que si le législateur a la faculté d'user de son pouvoir de prendre des dispositions rétroactives afin de valider à la suite de l'intervention d'une décision passée en force de chose jugée et dans le respect de cette dernière des actes administratifs, il ne peut le faire qu'en considération de motifs d'intérêt général ; qu'eu égard aux sommes concernées et aux conditions générales de l'équilibre financier du budget annexe de l'aviation civile qui n'étaient pas susceptibles d'être affectées en l'espèce, la seule considération d'un intérêt financier lié à l'absence de remise en cause des titres de perception concernés ne constituait pas un motif d'intérêt général autorisant le législateur à faire obstacle aux effets d'une décision de justice déjà intervenue et le cas échéant d'autres à intervenir").

⁽²⁹⁾L'arrêt *Zielinski* faisait suite à la décision du Conseil n° 93-332 DC du 13/01/1994, *Loi relative à la santé publique et à la protection sociale*. Dans cette affaire, la Cour EDH a déclaré inconstitutionnelle une mesure d'application d'une loi de validation que le Conseil avait précédemment déclarée constitutionnelle.

⁽³⁰⁾Cour EDH, Gr. Ch., 1/07/2014, n° 43835/11.

⁽³¹⁾Pour une présentation de cette évolution, v.V. GOESEL-LE BIHAN, *op. cit.*, n° 154-1 et V. GOESEL-LE BIHAN, "Le contrôle de l'objectif poursuivi par le législateur dans la jurisprudence récente du Conseil constitutionnel", *RFDC* 2014, p. 269 à 291.

⁽³²⁾"Considérant que, cependant, s'agissant d'une liberté fondamentale, d'autant plus précieuse que son exercice est l'une des garanties essentielles du respect des autres droits et libertés et de la souveraineté nationale, la loi ne peut en réglementer l'exercice qu'en vue de le rendre plus effectif ou de le concilier avec celui d'autres règles ou principes de valeur constitutionnelle" (Décision n° 84-181 DC du 11/10/1984, *Loi visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse*).

⁽³³⁾Déc. n° 2011-131 QPC du 20/05/2011 *Exception de vérité des faits diffamatoires de plus de dix ans*; Déc. n° 2013-319 QPC du 7/06/2013 *Exception de vérité des faits diffamatoires constituant une infraction amnistiée ou prescrite, ou ayant donné lieu à une condamnation effacée par la réhabilitation ou la révision*.

⁽³⁴⁾"Considérant que, d'autre part, aux termes de l'article 11 de la Déclaration de 1789 : « 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 » ; que l'article 34 de la Constitution dispose : « La loi fixe les règles concernant... les droits civiques et les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques » ; que, sur ce fondement, il est loisible au législateur d'édicter des règles concernant l'exercice du droit de libre communication et de la liberté de parler, d'écrire et d'imprimer ; qu'il lui est également loisible, à ce titre, d'instituer des incriminations réprimant les abus de l'exercice de la liberté d'expression et de communication qui portent atteinte à l'ordre public et aux droits des tiers ; que, toutefois, la liberté d'expression et de communication est d'autant plus précieuse que son exercice est une condition de la démocratie et l'une des garanties du respect des autres droits et libertés ; que les atteintes portées à l'exercice de cette liberté doivent être nécessaires, adaptées et proportionnées à l'objectif poursuivi" (Déc. n° 2012-647 DC du 28/02/2012 *Loi visant à réprimer la contestation de l'existence des génocides reconnus par la loi*).

⁽³⁵⁾Déc. n° 90-283 DC du 8/01/1991 *Loi relative à la lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme* (grief tiré de la violation de la liberté de communication non soulevé d'office).

⁽³⁶⁾Déc. n° 94-345 DC du 29/07/1994 *Loi relative à l'emploi de la langue française*.

⁽³⁷⁾En ce sens, v. la déc. n° 2017-693 QPC du 2/03/2018 *Présence des journalistes au cours d'une perquisition* : "Aux termes de l'article 11 de la Déclaration de 1789 : « 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 ». La liberté d'expression et de communication est d'autant plus précieuse que son exercice est une condition de la démocratie et l'une des garanties du respect des autres droits et libertés. Les atteintes portées à l'exercice de cette liberté doivent être nécessaires, adaptées et proportionnées à l'objectif poursuivi". Sur ce silence, qui remonte à 2009, v. V. GOESEL-LE BIHAN, *Contentieux constitutionnel*, Ellipses, 2ème éd., 2016, n° 154-1.

⁽³⁸⁾Déc. n° 2010-2 QPC du 11/06/2010 *Loi dite "anti-Perruche"* ("Considérant [...] qu'il résulte des travaux parlementaires de la loi du 4 mars 2002 susvisée que les dispositions critiquées tendent à soumettre la prise en charge de toutes les personnes atteintes d'un handicap à un régime qui n'institue de distinction ni en fonction des conditions techniques dans lesquelles le handicap peut être décelé avant la naissance, ni en fonction du choix que la mère aurait pu faire à la suite de ce diagnostic ; qu'en décidant, ainsi, que les charges particulières découlant, tout au long de la vie de l'enfant, de son handicap, ne peuvent constituer un préjudice indemnisable lorsque la faute invoquée n'est pas à l'origine du handicap, le législateur a pris en compte des considérations éthiques et sociales qui relèvent de sa seule appréciation"; A comparer avec le considérant suivant : "Considérant que les dispositions critiquées tendent à répondre aux difficultés rencontrées par les professionnels et établissements de santé pour souscrire une assurance dans des conditions économiques acceptables compte tenu du montant des dommages-intérêts alloués pour réparer intégralement les conséquences du handicap ; qu'en outre, le législateur a notamment pris en compte les conséquences sur les dépenses d'assurance maladie de l'évolution du régime de responsabilité médicale ; que ces dispositions tendent ainsi à garantir l'équilibre financier et la bonne organisation du système de santé").

⁽³⁹⁾Déc. n° 2016-737 DC du 4/08/2016 *Loi pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages*, § 38 ("En adoptant les dispositions contestées, le législateur a entendu prévenir les risques susceptibles de résulter

pour l'environnement ainsi que pour la santé publique de l'utilisation des produits phytopharmaceutiques contenant des substances actives de la famille des néonicotinoïdes. Il n'appartient pas au Conseil constitutionnel, qui ne dispose pas d'un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement, de remettre en cause, au regard de l'état des connaissances, l'appréciation par le législateur des conséquences susceptibles de résulter pour l'environnement et pour la santé publique de l'utilisation de ces produits").

⁽⁴⁰⁾Décision n° 2010-613 DC du 7/10/2010 *Loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public*, § 4 ("Considérant que les articles 1er et 2 de la loi déferée ont pour objet de répondre à l'apparition de pratiques, jusqu'alors exceptionnelles, consistant à dissimuler son visage dans l'espace public ; que le législateur a estimé que de telles pratiques peuvent constituer un danger pour la sécurité publique et méconnaissent les exigences minimales de la vie en société ; qu'il a également estimé que les femmes dissimulant leur visage, volontairement ou non, se trouvent placées dans une situation d'exclusion et d'infériorité manifestement incompatible avec les principes constitutionnels de liberté et d'égalité ; qu'en adoptant les dispositions déferées, le législateur a ainsi complété et généralisé des règles jusque là réservées à des situations ponctuelles à des fins de protection de l'ordre public").

⁽⁴¹⁾Déc. n° 2010-622 DC du 28/12/2010 *Loi de finances pour 2011*, § 35 ("Considérant, en premier lieu, que les dispositions critiquées de l'article 186 ont pour objet d'imposer la vérification des conditions d'octroi de l'aide médicale de l'État, avant la prise en charge de soins hospitaliers dont le coût est élevé ; qu'elles tendent ainsi à éviter que soient pris en charge des soins onéreux engagés pour les personnes qui ne remplissent plus les conditions pour le bénéfice de cette aide ; [...] que, dans ces conditions, le législateur a adopté des mesures propres à assurer une conciliation qui n'est pas disproportionnée entre les exigences constitutionnelles, d'une part, de bon emploi des deniers publics et de lutte contre la fraude et, d'autre part, du droit à la protection de la santé").

⁽⁴²⁾Gr. Ch., 21/12/2016, aff. C-203/15 et C-698/15 : "Eu égard à la gravité de l'ingérence dans les droits fondamentaux en cause que constitue une réglementation nationale prévoyant, aux fins de la lutte contre la criminalité, la conservation de données relatives au trafic et de données de localisation, seule la lutte contre la criminalité grave est susceptible de justifier une telle mesure" (§ 102) ; "S'agissant des objectifs susceptibles de justifier une réglementation nationale dérogeant au principe de confidentialité des communications électroniques, il convient de rappeler que, dans la mesure où, ainsi qu'il a été constaté aux points 90 et 102 du présent arrêt, l'énumération des objectifs figurant à l'article 15, paragraphe 1, première phrase, de la directive 2002/58 revêt un caractère exhaustif, l'accès aux données conservées doit répondre effectivement et strictement à l'un de ces objectifs. En outre, dès lors que l'objectif poursuivi par cette réglementation doit être en relation avec la gravité de l'ingérence dans les droits fondamentaux qu'entraîne cet accès, il s'ensuit que, en matière de prévention, de recherche, de détection et de poursuite d'infractions pénales, seule la lutte contre la criminalité grave est susceptible de justifier un tel accès aux données conservées (§ 115) ; "En ce qui concerne le respect du principe de proportionnalité, une réglementation nationale régissant les conditions dans lesquelles les fournisseurs de services de communications électroniques doivent accorder aux autorités nationales compétentes l'accès aux données conservées doit assurer, conformément à ce qui a été constaté aux points 95 et 96 du présent arrêt, qu'un tel accès n'ait lieu que dans les limites du strict nécessaire" (§ 116).

⁽⁴³⁾Déc. n° 2012-652 DC du 22/03/2012 *Loi relative à la protection de l'identité*, § 9, 10 et 11 ("Considérant que la création d'un traitement de données à caractère personnel destiné à préserver l'intégrité des données nécessaires à la délivrance des titres d'identité et de voyage permet de sécuriser la délivrance de ces titres et d'améliorer l'efficacité de la lutte contre la fraude ; qu'elle est ainsi justifiée par un motif d'intérêt général ; [...] Considérant, toutefois, que [...] les caractéristiques techniques de ce fichier définies par les dispositions contestées permettent son interrogation à d'autres fins que la vérification de l'identité d'une personne ; que les dispositions de la loi déferée autorisent la consultation ou l'interrogation de ce fichier non seulement aux fins de délivrance ou de renouvellement des titres d'identité et de voyage et de vérification de l'identité du possesseur d'un tel titre, mais également à d'autres fins de police administrative ou judiciaire ; Considérant qu'il résulte de ce qui précède qu'eu égard à la nature des données enregistrées, à l'ampleur de ce traitement, à ses caractéristiques techniques et aux conditions de sa consultation, les dispositions de l'article 5 portent au droit au respect de la vie privée une atteinte qui ne peut être regardée comme proportionnée au but poursuivi").

⁽⁴⁴⁾"Considérant, en second lieu, que la liberté proclamée par l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 implique le droit au respect de la vie privée ; que, par suite, la collecte, l'enregistrement, la conservation, la consultation et la communication de données à caractère personnel doivent être justifiés par un motif d'intérêt général et mis en oeuvre de manière adéquate et proportionnée à cet objectif" (§ 8).

⁽⁴⁵⁾Déc. n° 2012-662 DC du 29/12/2012 *Loi de finances pour 2013*, § 133 confirmée par celle n° 2013-685 DC du 29/12/2013 *Loi de finances pour 2014*, § 144: "Considérant que le maintien du régime fiscal dérogatoire applicable aux successions sur des immeubles situés dans les départements de Corse conduit à ce que, sans motif légitime, la transmission de ces immeubles puisse être dispensée du paiement de droits de mutation ; que la nouvelle

prorogation de ce régime dérogatoire méconnaît le principe d'égalité devant la loi et les charges publiques" et "Considérant que ces dispositions majorent la réduction des droits de mutation attachée au régime fiscal dérogatoire applicable aux successions sur des immeubles situés dans les départements de Corse et prolongent le bénéfice d'un tel régime dérogatoire du 31 décembre 2017 au 31 décembre 2022 ; qu'elles conduisent à ce que, sans motif légitime, la transmission de ces immeubles puisse être dispensée du paiement d'une partie des droits de mutation".

Les techniques - Le contrôle du but poursuivi / du détournement de pouvoir par le Conseil d'Etat

C. Roux

Professeur de droit public
Université Lumière Lyon 2

Aussi classique soit-elle, la question du contrôle juridictionnel lié au but d'un acte administratif n'est pas aisée à étudier ; son champ se révèle en effet incertain et il convient, afin de dissiper les équivoques, d'en déterminer immédiatement les contours pour préciser l'approche qui sera la nôtre. Schématiquement en effet, au moins deux peuvent se concevoir, selon qu'on s'en tienne à une conception évasée ou stricte de la distinction entre le contrôle des « motifs » et celui des « mobiles » (le but) d'un acte administratif.

Le premier emporterait un caractère objectif, au sens où seraient confrontés les éléments de droit et de fait sur lesquels l'autorité administrative a entendu fonder sa décision, par rapport aux normes abstraites supérieures ; le second aurait, quant à lui, un caractère subjectif, au sens où le juge serait amené à apprécier les raisons profondes, le plus souvent non explicitées, qui ont animé l'auteur de l'acte pour justifier son adoption. La distinction épouse alors celle de moyens ressortissant à la légalité interne, l'erreur de droit et/ou de fait étant, on le sait, disjointe du détournement de pouvoir (ce « *vice de but* » ⁽¹⁾), lequel serait alors seul concerné dans le cadre de notre étude. De fait, les deux moyens ne se confondent pas, en tout cas pas nécessairement. Un acte peut être fondé sur des motifs de fait et de droit respectivement exacts et valides et, pourtant, constituer un détournement de pouvoir : l'auteur a maquillé derrière cette légalité apparente la poursuite de préoccupations privées ou de finalités d'intérêts privés. En sens inverse, un acte peut être motivé, dans l'esprit de son auteur, par la poursuite de l'intérêt général et, cependant, être annulé car reposant sur des motifs de droit inexistant, irréguliers ou mal interprétés ou, encore, des circonstances de faits inexacts. Il y aurait alors « *vice de raisonnement de l'administrateur au moment où il a pris sa décision* » ⁽²⁾.

Une autre approche - hétérodoxe et plus large - consiste à considérer que le contrôle des motifs et celui du but ne font qu'un ⁽³⁾. En premier lieu car il existe un lien évident - même si ce dernier peut être rompu - entre les mobiles (rationnels ou non) d'une décision administrative et les motifs qui la fondent formellement. En second lieu, à raison de l'incomplétude des textes, car les motifs d'un acte et le but poursuivi par l'acte se confondent souvent sous un même vocable - l'intérêt général et/ou la protection de l'ordre public -, à tel point qu'il paraît assez artificiel, à tout le moins très délicat, de séparer les variables juridiques (l'intérêt général, motif de droit) des variables psychologiques (l'intérêt général, but poursuivi). Au-delà, c'est un argument « réaliste » qui, de manière décisive, pourrait légitimer le choix de préférer cette approche plus évasée. En pratique, le juge possède régulièrement le pouvoir (discrétaire) alternatif de fonder l'illégalité sur l'erreur de droit/de fait d'un côté, ou le détournement de pouvoir de l'autre. Or, nul n'ignore qu'on assiste à une raréfaction des censures fondées sur le détournement de pouvoir ; si l'on s'en tenait dès lors à cette seule approche (comptable), l'on pourrait hâtivement considérer, selon les branches de l'alternative, soit que le juge administratif se désintéresse du contrôle du but, soit que l'immense majorité - pour ne pas dire la totalité - des actes administratifs est fondée sur un but légitime. Il n'en est rien et c'est dès lors une voie médiane qu'il faut épouser, en considérant que, régulièrement, le contrôle du « but » de l'acte est internalisé, voire totalement happé, par le contrôle des motifs de droit et de fait, le juge administratif les préférant souvent au détournement de pouvoir.

Cette seconde approche possède l'atout du pragmatisme, qui plus est au prisme de la protection juridictionnelle des droits et libertés ; à cet égard, la première paraît quelque peu étriquée et par trop dépendante d'une structuration académique du contentieux administratif ⁽⁴⁾. Elle n'en reste pas moins très (trop ?) évasée puisque, à l'épouser, il reviendrait alors d'exposer ici avec exhaustivité l'extension (indéniable) du contrôle des motifs de fait et de droit par le juge administratif. Or, ceci relèverait de la gageure : outre qu'il faudrait retracer une évolution lente ⁽⁵⁾, il conviendrait également de braver deux controverses complexes ⁽⁶⁾ amenant à se saisir de l'intensité graduelle du contrôle mené par le juge administratif, qu'il s'agisse d'évoquer (au-delà des motifs de fait) le contrôle de la qualification juridique des faits et/ou (au-delà des motifs de fait et de droit), le contrôle de l'adéquation quant au contenu de l'acte par rapport à sa condition ⁽⁷⁾. Ce serait alors probablement basculer - au sens du présent colloque - dans le contrôle relatif à la substance même du droit et/ou de la liberté en cause. Dans une optique « libertarienne », force est de constater qu'il est saisi par le contrôle de proportionnalité, entendu au sens large comme englobant - au sein du triple test - le contrôle de l'adéquation, ce dernier étant plus volontiers désolidarisé des deux autres variables - nécessité et proportionnalité *stricto sensu* - dans le cadre du contentieux administratif.

Si, par commodité, nous laisserons donc ces aspects de côté, il faut par acquis de conscience, préciser que ceci altèrera naturellement la teneur du propos qui suit. En intégrant le contrôle des motifs, celui-ci serait sans doute plus juste et équilibré. Le juge administratif peut en effet se targuer d'être un gardien scrupuleux des libertés et

droits fondamentaux dans ce cadre, que l'on évoque les mesures liberticides annulées sur la base de faits inexacts, erronés ⁽⁸⁾(ou insuffisamment « étayés » dans le cadre des mesures adoptées sous l'empire de l'état d'urgence ⁽⁹⁾) ou sur la base d'une erreur de droit ⁽¹⁰⁾. Á la lisière du contrôle de proportionnalité, l'intensification du contrôle de l'adéquation est en tout cas palpable, que le juge contrôle les motifs politiques - ou non - justifiant l'extradition d'un étranger ⁽¹¹⁾, qu'il apprécie la menace à l'ordre public que présenterait celui désireux de se voir accorder un titre de séjour ⁽¹²⁾, ou qu'il appréhende l'intérêt légitime et concret d'un individu à changer de patronyme ⁽¹³⁾. Au fond, il n'y aurait bien que la - décriée⁽¹⁴⁾- théorie des actes de gouvernement qui échapperait à son contrôle puisque, si le critère des « *mobiles politiques* » a été abandonnée depuis fort longtemps ⁽¹⁵⁾, on lui aurait substitué celui des « motifs politiques » que le juge administratif refuse de connaître au contentieux.

Tout en gardant ces éléments à l'esprit, le contrôle du but entend *stricto sensu* amène à constater la raréfaction des censures juridictionnelles, celles-ci pouvant tout à fois s'expliquer par l'office du juge administratif (II), autant que par des facteurs plus exogènes, liés à la dilatation des buts susceptibles de fonder légalement une décision administrative (I).

I. La raréfaction des censures liée à la multiplication des buts légaux

Si le prétoire semble parfois constituer une « antichambre » d'enregistrement du but poursuivi, le juge administratif est néanmoins légitimement freiné dans son contrôle par certaines évolutions. En droit administratif, et en l'absence de textes précisant les motifs spécifiques auxquels doivent satisfaire les actes administratifs, le but est en effet souvent surdéterminé par la poursuite de deux finalités évasées : l'intérêt général d'une part ; la préservation de l'ordre public, d'autre part. Or, dans les deux hypothèses, leurs facettes respectives se sont démultipliées, offrant ce faisant à l'Administration une latitude beaucoup plus large pour fonder légalement ses actes, les censures étant logiquement rares.

Au gré d'une conception volontariste, l'intérêt général englobe aujourd'hui l'intérêt culturel, sportif, social, environnemental, touristique, voire économique. Plus largement encore, il ne se distingue plus avec clarté de l'intérêt privé – l'intérêt financier formant, à cet égard, une brumeuse « zone tampon » ⁽¹⁶⁾- dans la mesure où la poursuite du second n'est pas exclusive de la satisfaction du premier ⁽¹⁷⁾. Á cet égard, et malgré la contradiction théorique intrinsèque ⁽¹⁸⁾, il n'est pas rare d'évoquer l'idée « d'intérêt privé de l'Administration ». Il faut par ailleurs relever que, contrairement au Conseil constitutionnel, le juge administratif ne s'engage pas (sauf domaines particuliers, comme s'agissant de l'exercice du droit de préemption ⁽¹⁹⁾) dans un contrôle de la « suffisance » de l'intérêt général, lequel marque au demeurant la première étape vers un contrôle de proportionnalité (et de l'opportunité).

Quant à la notion d'ordre public, elle a de son côté subi une double extension, que l'on songe à la dilatation des composantes de l'ordre public général (moralité publique ⁽²⁰⁾, dignité humaine ⁽²¹⁾) ou à la multiplication des « ordres publics spéciaux » ⁽²²⁾susceptibles de légitimer l'action policière. Au gré de ces évolutions ⁽²³⁾, on sait combien le premier entretient aujourd'hui des liaisons dangereuses avec l'ordre public « environnemental » ou « écologique » ⁽²⁴⁾, « économique » ⁽²⁵⁾voire « laïc » ⁽²⁶⁾, si l'on parvient à le découvrir derrière l'exigence contemporaine de « vivre ensemble » promue par ailleurs ⁽²⁷⁾. Á cela, il faudrait ajouter - le propos est connu - que la finalité strictement préventive des mesures de police tend à se brouiller, celle-ci cousinant (comme en témoigne l'affaire Dieudonné ⁽²⁸⁾)ou, plus récemment, celle relative au fichage des chiens à Béziers⁽²⁹⁾) au moins à titre médiat avec des finalités répressives. Ce faisant là encore, au gré de cette tumescence, la censure des finalités poursuivies par les mesures de police s'amenuise, à mesure que les motifs susceptibles de les fonder s'élargissent. En prenant un peu de recul, on pourra d'ailleurs nourrir quelques doutes quant au caractère contemporain de cette dilatation. Si, en reproduisant Maurice Hauriou, l'on pourrait penser qu'on nous a « *changé notre ordre public* » ⁽³⁰⁾, cela fait toutefois longtemps qu'il est mâtiné de considérations morales⁽³¹⁾et, par ailleurs, qu'eu égard à leur unité fonctionnelle, police administrative et police judiciaire forment les deux faces d'une même pièce difficilement dissociable ⁽³²⁾.

Aux confins des éléments matériels et processuels, une autre raison à la rareté des censures réside peut-être partiellement dans l'obligation - pour le moins lâche - de motivation des actes administratifs. En premier lieu, celle-ci ne recouvre, pour l'essentiel, que les mesures individuelles à caractère défavorables ⁽³³⁾(dont celles susceptibles de restreindre l'exercice des libertés et droits fondamentaux) ; en second lieu, le juge administratif semble se satisfaire s'une motivation qui, à défaut d'être stéréotypée, pourra être valablement (très) succincte ⁽³⁴⁾. Or si motivation et motifs ne se recoupent pas - la première désignant l'explicitation formelle des seconds -, l'on sait combien l'intensification de cette exigence serait susceptible de favoriser le contrôle juridictionnel des seconds.

II. La raréfaction des censures liée à l'office du juge

Dans de nombreuses espèces, il se dégage la sensation que le juge administratif semble parfois un peu mécaniquement reprendre à son compte les motifs avancés par l'Administration, sans véritablement en juger le bien-fondé. C'est ce que peuvent, notamment, révéler les décisions en matière de police fondées sur l'objectif de protection de la sécurité publique. Ainsi, en matière de lutte contre le terrorisme, on a déjà vu le juge administratif se satisfaire de motifs pour le moins vaporeux, comme au sujet de la restriction de séjour affectant un individu à raison de ses « *rapports avec un mouvement prônant le recours à la violence et au terrorisme* »⁽³⁵⁾. L'un des domaines les plus emblématiques reste toutefois celui de l'expropriation pour cause d'utilité publique : si l'on note quelques censures en présence d'un intérêt général trop hypothétique⁽³⁶⁾, le juge postule en effet souvent son existence. Il s'arme même parfois de formulations tautologiques, comme lorsqu'il relève l'utilité publique d'une opération « *eu égard à l'intérêt qu'elle présente* »⁽³⁷⁾. Il n'est toutefois pas interdit de penser, pour contrebalancer cette vision, que ces formules évasives, succinctes voire creuses révèlent moins la faiblesse du contrôle exercé par le juge que celle relative à la motivation des décisions de justice. Un brin perfide, l'on ajoutera que le juge administratif n'a probablement pas à en rougir, la Cour strasbourgeoise reconnaissant elle-même, que « *la pratique de la Cour est d'être plutôt succincte lorsqu'elle vérifie l'existence d'un but légitime* »⁽³⁸⁾.

En mettant de côté le caractère perfectible de la motivation juridictionnelle, l'explication la plus plausible quant à cette raréfaction des censures tient tout entière dans le rôle assigné au juge administratif dans notre tradition. On rappellera en effet que son office reste surdéterminé par l'idée selon laquelle il ne lui appartient pas de juger de l'opportunité des décisions de l'Administration, à raison de l'interdiction qui lui est faite, depuis la loi des 16 et 24 août 1790, de se muer en administrateur. Ce faisant, l'on pourrait dire en pastichant une formulation du Conseil constitutionnel, que le juge administratif ne se reconnaît pas un pouvoir d'appréciation identique à celui du pouvoir réglementaire, pour apprécier ce qui relève de l'intérêt général et ce qui n'en relève pas.

Cette toile de fond est néanmoins noircie par d'autres éléments : en admettant même que les motifs de droit / de fait sur lesquels reposent un acte administratif soient illégaux, le juge se réservera le pouvoir, en certaines occasions, de les prémunir de la censure. En premier lieu, en cas de pluralité de motifs fondant un acte, il n'annulera pas ce dernier, dès lors que l'un d'entre eux - et à lui seul - aurait pu légalement permettre à l'Administration de prendre la même décision⁽³⁹⁾. En second lieu, il pourra user tant la substitution de base légale⁽⁴⁰⁾ que la substitution de motifs⁽⁴¹⁾, ceci ayant par exemple autorisé le maintien des arrêtés prononçant la dissolution de certaines associations de supporters⁽⁴²⁾. Dans la seconde hypothèse toutefois, il ne pourra y procéder que sur demande de l'Administration auteure de l'acte⁽⁴³⁾, l'administré étant privé de cette faculté quant à lui⁽⁴⁴⁾.

Ces éléments expliquent dès lors sans doute la pauvreté statistique des censures, tout du moins si l'on s'en tient au seul élément susceptible de faire l'objet d'une étude à peu près rigoureuse : le détournement de pouvoir. Après recherche sur le site Légifrance, il apparaît que, dans les dix-huit derniers mois, seule une décision a repris à son compte le moyen⁽⁴⁵⁾, là où l'on ne compte pas celles contenant l'antienne suivante : « *Considérant, enfin, que le détournement de pouvoir allégué n'est pas établi* ». Il n'y a pas lieu de s'en étonner outre mesure. La dilataion de l'intérêt général autant que la synergie des intérêts publics et privés l'expliquent sur le fond. Le détournement de pouvoir est par ailleurs affecté de maux bien connus : malgré les présomptions que le juge a formées en la matière, notamment en présence de faits suffisamment étayés⁽⁴⁶⁾, le détournement de pouvoir reste malaisé à démontrer. Au-delà, si l'on en croit la doctrine, le juge préférerait - comme l'illustre la célèbre affaire *Barel*⁽⁴⁷⁾ - se réfugier derrière l'erreur de droit / de fait plutôt que de relever le détournement de pouvoir : la condamnation aurait quelques relents moraux et apparaîtrait même comme « *infamante* »⁽⁴⁸⁾, le juge préférant lui en substituer de plus « *acceptables* »⁽⁴⁹⁾. Reste enfin, comme l'ont signalé plusieurs magistrats administratifs lors de ce colloque, à souligner que les requérants invoque(ra)ient de moins en moins le moyen (le juge ne pouvant statuer *ultra petita*). On pourra toutefois apprécier diversement l'argument, l'une des hypothèses conduisant à penser que, précisément, compte tenu de son succès très relatif auprès du juge administratif, les parties ne sont guère encouragées à le soulever...

De l'ensemble de ces propos, on pourra dresser un portrait clair-obscur au sujet du contrôle opéré sur le but d'un acte administratif. Un peu paradoxalement, le Conseil d'État semble se faire aujourd'hui pointilliste sur le contrôle des motifs (et particulièrement ceux à caractère factuels), là où il se fait plus impressionniste sur celui du « but » fondant un acte administratif, ceci permettant de réactualiser la bravade de Léo Hamon en 1932, évoquant le Conseil d'État comme juge du fait⁽⁵⁰⁾. Il ne faudrait toutefois pas, hâtivement, s'émouvoir de la faiblesse des censures en la matière : ce que le juge laisse d'une main, il le reprend sans doute de l'autre. En effet, plus le contrôle du but sera intense dans un premier temps, moins la question de la nécessité et de la proportionnalité de la mesure se posera dans un second temps ; dans le cas contraire, la finalité poursuivie par l'Administration subira une nette emprise dans un second temps.

(1) Pierre-Laurent FRIER et Jacques PETIT, *Droit administratif*, LGDJ, 11^e éd., 2018, § 991.

(2) Jean-Marie AUBY et Roland DRAGO, *Traité des recours administratifs*, 1992, Litec, § 338.

(3) Au demeurant, les plus grands auteurs ont parfois manié la confusion. Ainsi d'Hauriou qui définissait en ces termes le détournement de pouvoir : « *le détournement de pouvoir est le fait d'une autorité administrative qui, tout en accomplissant un acte de sa compétence, tout en observant les formalités prescrites, tout en ne commettant aucune violation formelle de la loi, use de son pouvoir pour des motifs autres que ceux en vue desquels ce pouvoir lui a été conféré, c'est-à-dire autres que la sauvegarde de l'intérêt général et le bien du service* » (Maurice HAURIOU, *Précis de droit administratif*, Sirey, 11^e éd., 1927, p. 419).

(4) Que l'on doit d'abord à Édouard LAFFERIÈRE (*Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Berger-Levrault, 1888, t. II, 1^{re} éd., p. 372 et s.). Initialement quadripartite, la distinction des moyens d'annulation a été étoffée par Roger BONNARD (*Le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives et le recours pour excès de pouvoir*, *RDP*, 1923, p. 363) puis par François GAZIER (*Essai de présentation nouvelle des ouvertures du recours pour excès de pouvoir en 1950*, *EDCE*, 1951, n° 5, p. 77), six moyens (incompétence, vice de forme, vice de procédure, violation de la loi, erreur de droit/de fait, détournement de pouvoir) étant depuis lors distingués. Pour un résumé de cette construction doctrinale, v. Fabrice MELLERAY, *Recours pour excès de pouvoir : moyens d'annulation*, *Répertoire de Contentieux administratif*, Dalloz, janv. 2019, § 1-11.

(5) À commencer par le contrôle de la qualification juridique des faits (CE, 4 avr. 1914, *Gomel*, *Leb.* 488 ; *S.*, 1917, 3, 25, note M. Hauriou ; *GAJA*, Dalloz, 21^e éd., 2017, n° 27, p. 160) puis celle de leur exactitude (CE, 14 janv. 2016, *Camino*, *Leb.* 15 ; *RDP*, 1917, p. 463, concl. Corneille, note G. Jèze ; *GAJA*, Dalloz, 21^e éd., n° 28, p. 170).

(6) V. sur le sujet Camille BROUELLE, L'intensité du contrôle des motifs, *JCP A*, 2012, n° 2315 ; Maryse DEGUERGUE, Une controverse doctrinale latente relative au contrôle des motifs de fait, *in Mélanges Jean-François Lachaume*, Dalloz, 2007, p. 377 ; Roland DRAGO, Quelques réflexions sur le contrôle des motifs par le juge administratif, *in Mélanges Jacques Boré*, Dalloz, 2007, p. 155 ; Pierre-Laurent FRIER, Motifs : contrôle, *Répertoire Dalloz de Contentieux administratif*, sept. 2005.

(7) Pour une présentation, v. Pierre-Laurent FRIER et Jacques PETIT, *Droit administratif*, préc., § 1008-1014.

(8) Ainsi de l'annulation d'une décision de dissolution d'une association fondée sur des faits inexacts (CE, 13 janv. 1971, *Geismar*, *Leb.* 31) ou de l'expulsion d'un étranger gendé sur des menaces graves qui ne seraient aucunement prouvées (CE, 4 févr. 1981, *Konaté*, n° 23491 ; *D.*, 1981, p. 353, note B. Pacteau).

(9) Le juge accepte à cet égard de se saisir des allégations de l'Administration en matière de terrorisme et de s'en écarter, lorsqu'il les juge trop imprécises ou lorsque la note blanche relate des faits trop anciens, trop brièvement ou de manière trop vague (CE, 1^{er} juin 2011, *Beddiaf*, n° 337992 ; *AJDA*, 2011, p. 2081, note L. Delabie). C'est la même attitude qui a été privilégiée dans le cadre de l'état d'urgence (v. TA Paris, 7 juill. 2015, n° 1508479/3-1 ; *AJDA*, 2015, p. 1341. Sur le sujet, v. François DORÉ et Pearl NGUYEN DUY, Le contrôle du juge administratif à l'épreuve du terrorisme. L'exemple des interdictions de sortie du territoire, *AJDA*, 2016, p. 886).

(10) Comme, par exemple, expulser automatiquement un étranger ayant commis une infraction (CE, 23 janv. 1976, *Min. santé c/ Union dép. sociétés mutualistes de la Gironde*; *JCP G*, 1976, II, 18456, note Noquet), ou sanctionner un magistrat en se fondant sur le comportement syndical de ce dernier (CE, 31 janv. 1975, *Volff*, *Leb.* 70 ; *JCP G*, 1975, II, 18099, note Albertini ; *RDP*, 1975, p. 811, note J. Robert ; *AJDA*, 1975, p. 124, chron. Franc et Boyon).

(11) CE Ass., 24 mai 1977, *Astudillo-Calleja*, *Leb.* 290 ; *D.*, 1977, p. 695, concl. B. Genevois.

(12) CE, 17 oct. 2003, *Boushane*, n° 249183 ; *JCP A*, 2003, p. 1471, note V. Tchen.

(13) CE, 31 janv. 2014, *M. Retterer*, n° 362444 ; *RFDA*, 2014, p. 387, concl. X. Domino.

(14) V. Sophie ROUSSEL et Charline NICOLAS, De l'injusticiabilité des actes de gouvernement, *AJDA*, 2018, p. 491 ; Serge SLAMA, Repousser la frontière de la justiciabilité des actes administratifs, *in AFDA, Les controverses en droit administratif*, Dalloz, Thèmes & commentaires, 2017, p. 185 ; Élise CARPENTIER, Permanence et unité de la notion d'acte de gouvernement, *AJDA*, 2015, p. 799.

(15) CE, 9 févr. 1875, *Prince Napoléon*, *Leb.* 155 ; *D.*, 1875, 3, 18, concl. David ; *GAJA*, Dalloz, 21^e éd., 2017, N° 3, p. 16.

(16) V. notamment, sur cette thématique, Catherine TEITGEN-COLLY, *La légalité de l'intérêt financier dans l'action administrative*, *Economica*, 1981 ; Frédéric ALHAMA, *L'intérêt financier dans l'action des personnes publiques*, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèse, vol. 171, 2018.

⁽¹⁷⁾ On rappellera, à cet égard la portée de la fameuse jurisprudence *Ville de Sochaux* selon laquelle possède une utilité publique l'opération ayant pour but de favoriser des intérêts privés, dès lors que cela n'est pas exclusif de la satisfaction, en sus, d'intérêts publics (CE, 20 juill. 1971, *Leb.* p. 561, *AJDA*, 1972, p. 227, note M. Haumont).

⁽¹⁸⁾ Jean RIVERO, Existe-t-il un critère du droit administratif ?, *RDP*, 1953, p. 279. V. également Étienne PICARD, La liberté contractuelle des personnes publiques constitue-t-elle un droit fondamental ?, *AJDA*, 1998, p. 651.

⁽¹⁹⁾ V. par exemple CE, 10 mai 2017, *Sté Avenir Bois Habitat*, n° 398736 ; *JCP A*, 2017, n° 50, p. 42, note R. Vandermeeren (au sujet de l'article L. 210-1 du Code de l'urbanisme).

⁽²⁰⁾ CE sect., 18 déc. 1959, *Sté « Les Films Lutetia »*, *Leb.* p. 693 ; S., 1960, p. 94, concl. H. Mayras ; *AJDA*, 1960, I, p. 21, chron. Combarrous et J.-M. Galabert ; D., 1960, p. 171, note P. Weil ; *Rev. Adm.*, 1960, p. 31, note Juret ; *GAJA*, Dalloz, 21^e éd., 2017, n° 72, p. 476.

⁽²¹⁾ CE Ass., 27 oct. 1995, *Commune de Morsang-sur-Orge*, *Leb.* p. 372 ; *RFDA*, 1995, p. 1204, concl. P. Frydman ; *RTDH*, 1996, p. 657, note Deffains ; *AJDA*, 1995, p. 878, chron. J. -H. Stahl et P. Chauvaux ; D., 1996, p. 177, note G. Lebreton ; *RDP*, 1996, p. 536, note M. Gros et M. Froment ; *RFDA*, 2015, p. 869 et s., dossier spécial ; *GAJA*, Dalloz, 21^e éd., n° 91, p. 648 ; *GADLF*, Dalloz, 1^{re} éd., 2017, n° 56, note X. Dupré de Boulois. V. également Olivier BONNEFOY, Dignité de la personne humaine et police administrative. Les noces de porcelaine d'un mariage fragile, *AJDA*, 2016, p. 418.

⁽²²⁾ V. notamment, Marie-Josée REDOR (dir.), *L'ordre public ou ordres publics ? Ordres publics et droits fondamentaux*, Paris, Bruylant, 2001 ; Christophe FARDET, Existe-t-il des ordres publics spéciaux ? in Ch. Vautrot-Schwarz (dir.), *La police administrative*, PUF, Thémis, 2014, p. 121 ; Jean-Marie PONTIER, La multiplication des polices spéciales : pourquoi ?, *JCP A*, 2012, n° 2113.

⁽²³⁾ V. Baptiste BONNET, L'ordre public en France : de l'ordre matériel et extérieur à l'ordre public immatériel. Tentative de définition d'une notion indéfinissable, in Ch.-A. Dubreuil (dir.), *L'ordre public*, Cujas, 2013, p. 117. V. également Bernard STIRN, Ordre public et libertés publiques, *APD*, 2015, n° 58, p. 5.

⁽²⁴⁾ V. ; Yves JÉGOUZO, Police générale et polices spéciales en matière environnementale, in Ch. Vautrot-Schwarz (dir.), *La police administrative*, PUF, Thémis, 2014, p. 151 ; Agathe VAN LANG, L'ordre public écologique, in Ch.-A. Dubreuil (dir.), *L'ordre public*, Cujas, 2013, p. 205 ; v. enfin Jacques PETIT, L'environnementalisation de la police administrative, in Ch. Roux (dir.), *L'environnementalisation du droit. Études en l'honneur du Professeur Sylvie Caudal*, Institut Varenne, 2019, à paraître.

⁽²⁵⁾ V. en dernier lieu, Aurore LAGET-ANNEMAYER (dir.), *L'ordre public économique*, LGDJ, Droit et économie, 2018 ; v. également Charles VAUTROT-SCHWARZ, L'ordre public économique, in Ch.-A. Dubreuil (dir.), *L'ordre public*, Cujas, 2013, p. 187.

⁽²⁶⁾ Malgré les dénégations du Conseil d'État sur cette liaison, dans le cadre de l'interdiction du burkini (v. notamment CE ord., 26 août 2016, n° 402742, *Ligue des droits de l'Homme* ; *AJDA*, 2016, p. 2122, note P. Gervier ; *AJCT* 2016, p. 508, obs. G. Le Chatelier ; *AJCT*, 2016, p. 529, tribune M.-A. Granger ; *RFDA*, 2016, p. 1227, note P. Bon ; *BJCL*, 2016, p. 680, obs. Ph. Rambaud ; *JCP G*, 2016, p. 910, note M. Lenoir ; *Dr. adm.* 2016, comm. 59, note G. Eveillard). V. sur ce point, Frédéric DIEU, L'ordre public et les religions : ordre public, ordre laïc ?, in Ch.-A. Dubreuil (dir.), *L'ordre public*, Cujas, 2013, p. 261.

⁽²⁷⁾ La notion a notamment émergé suite à l'adoption de la loi du 11 octobre 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public, ainsi qu'au brevet de conventionalité que lui a livrée la Cour européenne des droits de l'Homme. V. sur ce sujet, Céline CHASSANG, La CEDH et la loi du 11 octobre 2010 : une validation en demi-teinte de la loi prohibant la dissimulation du visage dans l'espace public, *D.*, 2014, p. 1701 ; Frédéric DIEU, Le droit de dévisager et l'obligation d'être dévisageable, pour « vivre ensemble », *JCP A*, 2015, n° 2056 ; Henri LABAYLE, « Vivre ensemble », entre neutralité et parti pris, in *Mélanges Frédéric Sudre*, LexisNexis, 2018, p. 363.

⁽²⁸⁾ Pour s'en tenir à la première ordonnance, v. CE, 9 janv. 2014 n° 374508, *Ministre de l'intérieur c/ Sté Les Productions de la Plume, M. Dieudonné M'Bala M'Bala*, *Leb.* p. 1 ; *Dr. adm.*, 2014, comm. 33, note G. Eveillard ; *AJCT*, 2014, p. 157, note G. Le Chatelier ; *AJDA*, 2014, p. 866, note J. Petit ; *RTDH*, 2014, n° 98, p. 515, note P. de Fontbressin ; *AJDA*, 2014, p. 473, tribune B. Seiller, et p. 473, tribune C. Broyelle ; *D.* 2014, p. 155, obs. R. Piastra ; *RFDA*, 2014, p. 87, note O. Gohin et p. 521, note C. Broyelle).

⁽²⁹⁾ TA Montpellier ord., 14 sept. 2016, n° 1604294 ; *JCP A*, 2016, act. 873 ; CAA Marseille, 30 nov. 2016 *Cne de Béziers*, n° 16MA03774. V. Clotilde DEFFIGIER et Hélène PAULIAT, Déjections canines : un fichage... pas au poil !, *JCP A*, 2016, act. 930.

⁽³⁰⁾ Xavier DUPRÉ de BOULOIS, Les ordonnances Dieudonné, entre continuité jurisprudentielle et choix politique

du juge, *RDLF*, 2014, chron. n° 10.

⁽³¹⁾V. Nelly ACH, Police et morale, in Ch. Vautrot-Schwarz (dir.), *La police administrative*, PUF, Thémis, 2014, p. 99. V., avant la jurisprudence *Société Lutetia*, CE, 7 nov. 1924, *Club sportif châlonnais*, *Leb.* 683 ; *DP*, 1924, 3, p. 58, concl. J. Cahen-Salvador.

⁽³²⁾V. déjà CE, 27 juill. 2009, n° 300964, *Girard*, *Leb.* T. 868 ; *JCP A*, 2009, n° 1046 ; CE, 8 mars 1993, *Cne Molières*, *Dr. adm.*, 1993, comm. 229 ; *D.*, 1994, somm. p. 110.

⁽³³⁾Art. L. 211-2 CRPA.

⁽³⁴⁾Comme au sujet du refus de permission opposé à un détenu, fondé sur la motivation suivante : «Vu les renseignements recueillis sur le comportement de M. R, qui a commis un homicide volontaire (...)» (CE, sect., 11 juin 1982, *Rezzouk*, *Leb.* 226 ; *AJDA*, 1982, p. 599, chron. C. Tiberghien et B. Lasserre ; *Rev. adm.*, 1982, p. 390, note B. Pacteau).

⁽³⁵⁾CAA Nantes, 20 juin 2003, *Min. Intérieur c/ M*, n° 00NT00415, inédit.

⁽³⁶⁾CE, 24 juill. 1987, *Min. Intérieur c/ Epx Denis et Lauzanne*, n° 66080, inédit.

⁽³⁷⁾CE Ass., 28 mars 1997, *Fédération de défense contre le tracé Est de l'autoroute A 28* n° 165318, *Leb.* 123 ; *RFDA*, 1997, p. 754, concl. J.-M. Delarue.

⁽³⁸⁾CEDH, gr. ch., 1^{er} juill. 2014, n° 43835/11, *S.A.S c/ France* ; *RTDE*, 2015-1, p. 95, note P. Ducoulombier ; *AJDA*, 2014, p. 1763, chron. L. Burgogue-Larsen ; *ibid.* 1866, étude P. Gervier ; *D.*, 2014, p. 1701, chron. C. Chassang ; *Constitutions*, 2014, p. 483, chron. M. Afroukh ; *RSC*, 2014, p. 626, obs. J.-P. Marguénaud ; *RTD civ.*, 2014, p. 620, obs. J. Hauser

⁽³⁹⁾CE, 12 janv. 1968, *Min. de l'écon. et des fin. c/ Mme Perrot*, *Leb.* 39 ; *AJDA*, 1968, p. 179, concl. J. Kahn. V. également CE sect., 22 avr. 2005, *Cne Barcarès*, n° 257877 ; *AJDA*, 2005, p. 1621.

⁽⁴⁰⁾CE sect., 3 déc. 2003, n° 240267, *Préfet de la Seine-Maritime c/ El Bahj*, *Leb.* 479 ; *AJDA*, 2004, p. 202, chron. F. Donnat et D. Casas ; *D.*, 2005, 26, obs. P.-L. Frier ; *RFDA*, 2004, p. 35 et 733, concl. J.-H. Stahl. V. Christopher CHARLES, Une illustration du juge-administrateur : la substitution de base légale pour des motifs d'opportunité, *RRJ*, 2005, p. 1155 ;

⁽⁴¹⁾CE, 6 févr. 2004, n° 240560, *Mme Hallal*, *AJDA*, 2004, p. 436, chron. F. Donnat et D. Casas *Dr. adm.*, 2004, comm. 51, note D. Chabanol ; *RFDA*, 2004, p. 740, concl. I. De Silva.

⁽⁴²⁾CE, 13 juill. 2010, *Assoc. Supra Auteuil 91*, n° 339293 ; *D.*, 2011, chron. p. 710.

⁽⁴³⁾CE, 5 févr. 2014, n° 367815, *Sté Pludis* ; *BJCL*, 2014, p. 109, note B. Poujade.

⁽⁴⁴⁾Comme au sujet d'une vaine tentative de substituer un nouveau motif pour franciser son nom de famille : CE, 26 oct. 2007, n° 299979, *Garde des Sceaux*, *Leb.* T. 846.

⁽⁴⁵⁾Le terme étant néanmoins employé, dans l'arrêt, entre guillemets, pour signifier que le juge se contente de reprendre le moyen des parties : CE, 15 nov. 2017, n° 409728, *SEMEPA* ; *JCP A*, 2017, n° 2320, note C. Chamard-Heim et F. Lichère ; *CMP*, 2018, comm. 15, note J.-P. Pietri ; *BJCP*, 2018, p. 32, concl. O. Henrard ; *RDI*, 2018, p. 106, note N. Foulquier.

⁽⁴⁶⁾CE, 26 déc. 1925, *Rodière*, *Leb.* 1065 ; *RDP*, 1926, p. 32, concl. Cahen-Salvador ; *S.*, 1925, 3, p. 49, note M. Hauriou ; *GAJA*, 21^e éd., 2017, n° 39.

⁽⁴⁷⁾CE Ass., 28 mai 1954, *Barel*, *Leb.* 308, concl. M. Letourneur ; *RDP*, 1954, p. 509, concl. M. Letourneur, note M. Waline ; *RPDA*, 1954, p. 159, note Ch. Eisenmann ; *Rev. adm.*, 1954, p. 393, note G. Liet-Veaux ; *AJDA*, 1954, II, p. 396, note M. Long ; *D.*, 1954, p. 594, note G. Morange ; *GAJA*, Dalloz, 21^e éd., 2017, n° 68.

⁽⁴⁸⁾Fabrice MELLERAY, Recours pour excès de pouvoir : moyens d'annulation, préc., § 41-42.

⁽⁴⁹⁾V. Christelle BALLANDRAS-ROZET, Réflexions sur la dimension morale du détournement de pouvoir, *AJDA*, 2007, p. 2236.

⁽⁵⁰⁾Léo HAMON, *Le Conseil d'État, juge du fait* Librairie Dalloz, 1932.

Les techniques - L'atteinte à la substance du droit et le contrôle de proportionnalité par la Cour constitutionnelle allemande

T. Hochmann

Professeur de droit public
Université de Reims Champagne-Ardenne

Conformément à la feuille de route établie par les organisateurs des Transversales, le présent rapport aborde les techniques de contrôle mises en œuvre par la Cour constitutionnelle allemande sous trois angles : le contrôle du but poursuivi par la mesure litigieuse, le contrôle de proportionnalité et l'atteinte à la substance d'un droit fondamental, ainsi que la question des obligations positives. Ces « techniques » reviennent, pour partie, à examiner le respect d'exigences posées par la Constitution. Certaines d'entre elles semblent néanmoins plutôt avoir été introduites par la Cour constitutionnelle, sans que leur fondement juridique soit toujours évident. Aussi désigne-t-on ici largement comme des « techniques de contrôle » les questions qu'aborde la Cour lorsqu'elle examine si une mesure est conforme aux droits fondamentaux garantis par la Constitution.

Le contrôle de proportionnalité concerne tant les normes générales et abstraites (c'est-à-dire en particulier les lois) que leurs applications plus concrètes. Il n'est néanmoins pas exercé de la même manière dans les deux cas, par exemple à l'égard d'une loi ou d'une décision de justice. Il existe un contrôle de proportionnalité particulier pour la loi ⁽¹⁾, qui se caractérise notamment par une plus grande marge d'appréciation reconnue au législateur⁽²⁾. La plupart des saisines de la Cour constitutionnelle portent cependant sur des jugements. La Cour commence alors par examiner la loi. Si elle ne permet pas à ses organes d'application de prendre des mesures proportionnées, la loi est inconstitutionnelle ⁽³⁾. Dans le cas contraire, elle est conforme à la Constitution, et le contrôle se concentrera sur la mesure concrète d'application.

Le contrôle de proportionnalité, tel qu'il a été formalisé par la jurisprudence et la doctrine allemande, constitue un véritable succès d'exportation ⁽⁴⁾. Il revêt une apparence méthodique à laquelle il doit sans doute sa célébrité. Il ne faut néanmoins pas trop se fier à ces attraits : ce contrôle s'appuie sur des critères nombreux, changeants et d'application parfois floue. En France, le Parlement français ne peut guère anticiper les décisions du Conseil constitutionnel, en raison de l'absence de critères autour desquels s'organiserait la jurisprudence. En Allemagne, si les causes sont opposées, le résultat est le même : le Parlement peut difficilement deviner les décisions de la Cour, du fait de la prolifération de critères trop nombreux et variables ⁽⁵⁾.

Au sein de ce foisonnement surnagent trois éléments clés et bien connus : la mesure litigieuse doit être adaptée (*Eignung*), nécessaire (*Erforderlichkeit*) et proportionnée (*Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne* ou *Angemessenheit*).

La logique impose de commencer avec l'aptitude, le caractère adapté de la mesure. Ce critère signifie en effet que la mesure litigieuse paraît susceptible de protéger l'intérêt visé ou, pour le dire autrement, que le comportement qui fait l'objet de la restriction semble menacer l'intérêt que l'on souhaite protéger. Il convient d'ouvrir la trilogie par cet élément et non, comme le Conseil constitutionnel français, par la question de la nécessité ⁽⁶⁾, qui consiste à savoir si le même objectif peut être tout aussi bien atteint avec une mesure moins restrictive. Comme l'écrivent deux auteurs, « seul ce qui est adapté peut aussi être nécessaire ; ce qui est nécessaire ne peut pas être inadapté » ⁽⁷⁾.

Ce premier critère est aisément satisfait. En pratique, la Cour ne constate presque jamais l'inconstitutionnalité sur ce fondement ⁽⁸⁾. Ce peu de mordant s'explique de deux manières. D'abord, la Cour n'exige pas un degré très élevé de certitude empirique : l'aptitude relève avant tout de l'appréciation du législateur, et il suffit à la Cour que la mesure litigieuse paraisse susceptible d'atteindre son but ou au moins d'y contribuer.

Ensuite, la question de l'aptitude est étroitement liée à l'étape préalable de l'identification de l'objectif poursuivi⁽⁹⁾. En effet, pour établir le « but » de la loi, la Cour se demande quel semble raisonnablement être l'objectif poursuivi par le législateur. Cet examen revient souvent à se demander quelle semble être la conséquence néfaste du comportement visé. Or, l'étude de l'aptitude consiste à vérifier si le comportement visé semble raisonnablement susceptible de provoquer cette conséquence. Il s'agit donc de la même question posée dans l'autre sens. Cette proximité apparaît très clairement dans l'opinion dissidente jointe par le juge Hassemer à l'arrêt déjà évoqué relatif à l'interdiction des relations sexuelles entre frères et sœurs ⁽¹⁰⁾. Le juge dissocie l'identification de la conséquence

et la vérification de l'aptitude du comportement à la provoquer, mais il tient précisément le même raisonnement dans les deux cas.

Il est donc rarissime que ces questions voisines produisent des réponses différentes. Une exception particulièrement parlante est constituée par un arrêt rendu en 1980 ⁽¹¹⁾. La mesure litigieuse exigeait la réussite d'un examen de tir pour pouvoir pratiquer la chasse au faucon. La Cour considéra que l'objectif poursuivi concernait la sécurité : il semblait s'agir d'éviter les accidents provoqués par une mauvaise utilisation des armes à feu. La fauconnerie, néanmoins, ne consiste pas à chasser le faucon en lui tirant dessus, mais à chasser d'autres proies à l'aide d'un faucon. L'exigence de la maîtrise des armes à feu était donc ici complètement inadaptée au but recherché.

Le critère de la *nécessité* joue un rôle beaucoup plus important en pratique. Il implique d'examiner si le but recherché peut être atteint tout aussi efficacement avec une mesure moins restrictive. Il implique donc de se livrer à ce que l'on a parfois appelé en France un contrôle « extrinsèque », c'est-à-dire de comparer la mesure litigieuse avec d'autres mesures hypothétiques ⁽¹²⁾.

On a néanmoins pu dénoncer le caractère simpliste de cette présentation classique de l'exigence de nécessité ⁽¹³⁾. Il convient en effet également de prendre en compte les éventuelles charges supplémentaires qu'impliquerait le moyen alternatif pour les tiers et notamment pour l'État. Il apparaît donc que le troisième critère du contrôle doit être introduit dès ce stade, afin d'évaluer le moyen alternatif : s'il permet d'atteindre aussi efficacement le but recherché, constitue une moindre restriction de la liberté, mais paraît disproportionné, la nécessité de la mesure litigieuse ne peut être déniée.

Ce troisième critère est appelé la *proportionnalité au sens strict*, ou encore l'adéquation. Il traduit l'idée d'une balance entre le droit fondamental et l'intérêt protégé par la restriction. Il s'agit d'épargner autant que possible chacune des positions en présence, d'opérer une « concordance pratique » (K. Hesse). La protection d'un intérêt ne doit pas se faire au complet détriment de l'autre. Ainsi, les coûts de la mesure examinée ne doivent pas dépasser ses bénéfices : plus l'atteinte au droit fondamental est importante, plus ses avantages doivent être conséquents ⁽¹⁴⁾.

Contrairement aux deux premiers critères, qui constituent avant tout des pronostics, des appréciations factuelles, la proportionnalité au sens strict nécessite une évaluation, une comparaison entre différentes valeurs ⁽¹⁵⁾. C'est sur ce point que la Cour a tendance à concentrer son contrôle, et ce critère en forme sans surprise l'aspect le plus controversé. La Cour de Karlsruhe et l'essentiel de la doctrine considèrent que cette balance relève bien de la compétence du juge constitutionnel ⁽¹⁶⁾. Pour certains auteurs, néanmoins, l'arbitrage subjectif entre des valeurs contradictoires relève du champ politique et de la compétence du législateur ⁽¹⁷⁾. Plusieurs voix appellent donc la Cour à pratiquer un contrôle restreint, c'est-à-dire à n'intervenir que si l'appréciation du législateur semble manifestement disproportionnée. La Cour utilise parfois de telles formules ⁽¹⁸⁾.

Une autre critique tient à l'absence de rationalité d'un tel contrôle ⁽¹⁹⁾. Il n'existe guère de méthode objective pour établir un « juste » équilibre entre des valeurs incommensurables. Il n'est pas véritablement envisageable de « peser » un intérêt ni de « mesurer » l'intensité d'une restriction. On peut néanmoins souligner que, pour rationaliser quelque peu cette opération, la Cour développe un ensemble de critères parfois très raffinés qui varient selon les droits fondamentaux. Ainsi apparaissent de véritables « dogmatiques sectorielles », qui permettent de savoir que tel intérêt cède en principe le pas à tel autre intérêt dans telle situation ⁽²⁰⁾. Par exemple, la liberté d'expression sera « moins » protégée lorsqu'elle implique d'énoncer de fausses affirmations factuelles, et la vie privée d'un inconnu sera « mieux » protégée que celle d'une personnalité publique.

Pour éviter les problèmes de la proportionnalité au sens strict, certains auteurs recommandent de privilégier autant que possible les deux premiers critères ⁽²¹⁾. Ils assurent qu'en pratique, le critère de nécessité joue d'ailleurs le rôle le plus important ⁽²²⁾. Comme on l'a vu auparavant, nécessité et proportionnalité au sens strict sont néanmoins très liées, et chacun reconnaît que la première ne peut pas complètement se substituer à la seconde ⁽²³⁾.

Notons enfin que la Loi Fondamentale indique explicitement un critère de cette conciliation entre intérêts opposés. L'article 19 alinéa 2 affirme qu'« il ne doit en aucun cas être portée atteinte à la *substance d'un droit fondamental* ». Cette disposition est assez difficile à préciser. Deux thèses ont été présentées en doctrine.

Selon la première, la substance du droit fondamental doit être préservée dans chaque situation concrète. Cette idée n'est cependant guère défendable, dès lors qu'il peut être permis, dans certains cas, de supprimer complètement l'exercice d'un droit fondamental. Il suffit de penser aux droits « binaires », qui ne se prêtent pas à une limitation graduée. Ainsi, l'atteinte au droit à la vie est totale ou elle n'est pas ⁽²⁴⁾.

La seconde thèse doit donc être préférée, au moins pour les droits fondamentaux qui correspondent à ce

schéma ⁽²⁵⁾. Elle repose sur l'idée que la mesure litigieuse ne doit pas faire perdre son sens au droit fondamental ⁽²⁶⁾. Il doit toujours en rester quelque chose. Cependant, on ne saurait ignorer que ce type d'affirmation, comme celles qui se réfèrent à l'essence, au noyau ou au contenu minimum du droit fondamental, manquent cruellement de précision ⁽²⁷⁾. Pour cette raison, peut-être, l'article 19 alinéa 2 ne joue aucun rôle dans la jurisprudence de la Cour ⁽²⁸⁾.

⁽¹⁾Voir Matthias Jestaedt, « Verhältnismässigkeit als Verhaltensmass. Gesetzgebung angesichts der Vielfalt der Rationalitäten und des Eigenwerts des politischen Kompromisses », in M. Jestaedt et O. Lepsius (dir.), *op. cit.*, p. 294.

⁽²⁾Th. Kingreen et R. Poscher, *op. cit.*, n° 333 et 338.

⁽³⁾C. D. Classen, *op. cit.*, p. 87 ; Robert Uerpmann-Witzack, « Le contrôle de proportionnalité exercé par la Cour constitutionnelle fédérale », *Revue générale du droit*, 2018, p. 7.

⁽⁴⁾O. Lepsius, *art. cit.*, p. 17.

⁽⁵⁾M. Jestaedt, *art. cit.*, p. 299.

⁽⁶⁾Le Conseil a commencé par énoncer les trois critères dans le bon ordre (voir par exemple la décision n° 2008-562 DC du 21 février 2008, *Rétention de sûreté*, cons. 13 : « adaptées, nécessaires et proportionnées »), mais affirme désormais que les restrictions doivent être « nécessaires, adaptées et proportionnées » (voir par exemple la décision n° 2018-773 DC du 20 décembre 2018, *Manipulation de l'information*, par. 15).

⁽⁷⁾Th. Kingreen et R. Poscher, *op. cit.*, n° 339 : « Nur was geeignet ist, kann auch erforderlich sein; was erforderlich ist, kann nicht ungeeignet sein ».

⁽⁸⁾C. D. Classen, *op. cit.*, p. 82.

⁽⁹⁾On peut d'ailleurs remarquer que, si le fondement juridique de l'exigence de proportionnalité fait débat, l'exigence de l'aptitude est facile à identifier dans l'autorisation qualifiée de limiter un droit fondamental. Par exemple, si un droit fondamental ne peut être limité que pour protéger les droits d'autrui, il faut que la loi soit apte à protéger les droits d'autrui. Voir Th. Kingreen et R. Poscher, *op. cit.*, n° 324.

⁽¹⁰⁾BVerfGE 120, 224, Hassemer diss., p. 255 s.

⁽¹¹⁾BVerfGE 55, 159 (5 novembre 1980).

⁽¹²⁾Voir Bertrand Seiller, « Pour un contrôle de la légalité extrinsèque des déclarations d'utilité publique » *AJDA* 2003, p. 1472.

⁽¹³⁾C. D. Classen, *op. cit.*, p. 82.

⁽¹⁴⁾V. Epping, *op. cit.*, n° 57.

⁽¹⁵⁾Bernhard Schlink, « Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit », in Peter Badura et Horst Dreier (dir.), *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, Tome 2, Mohr Siebeck, Tübingen, 2001, p. 455 s. ; O. Lepsius, *art. cit.*, p. 23 et 33.

⁽¹⁶⁾Voir par exemple BVerfGE 7, 198 *Lüth* (15 janvier 1958), p. 210 ; V. Epping, *op. cit.*, n° 57.

⁽¹⁷⁾Th. Kingreen et R. Poscher, *op. cit.*, n° 344 ; B. Schlink, *art. cit.*, p. 460 s. Voir aussi C. D. Classen, *op. cit.*, p. 84.

⁽¹⁸⁾R. Uerpmann-Witzack, *art. cit.*, p. 13. Voir aussi C. D. Classen, *op. cit.*, p. 84.

⁽¹⁹⁾Th. Kingreen et R. Poscher, *op. cit.*, n° 344.

⁽²⁰⁾O. Lepsius, *art. cit.*, p. 24.

⁽²¹⁾Th. Kingreen et R. Poscher, *op. cit.*, n° 345.

⁽²²⁾Voir cependant O. Lepsius, *art. cit.*, p. 17.

⁽²³⁾Th. Kingreen et R. Poscher, *op. cit.*, n° 345.

⁽²⁴⁾Voir C. D. Classen, *op. cit.*, p. 84 s.

⁽²⁵⁾Th. Kingreen et R. Poscher, *op. cit.*, n° 358 s.

⁽²⁶⁾C. D. Classen, *op. cit.*, p. 85.

⁽²⁷⁾Th. Kingreen et R. Poscher, *op. cit.*, n° 354.

⁽²⁸⁾C. D. Classen, *op. cit.*, p. 84.

Les techniques - L'atteinte à la substance du droit et le contrôle de proportionnalité par la Cour EDH

F. Sudre

Professeur émérite de droit public
Université de Montpellier

Il est dit et répété, tel un leitmotiv et sans avoir nécessairement la connaissance de la jurisprudence de la Cour EDH, que celle-ci exerce un contrôle de proportionnalité sur les atteintes aux droits garantis par la Convention. Mais, de quoi est-il réellement question ? Essayons d'évaluer la « méthode » de la Cour EDH ⁽¹⁾.

Quatre observations préalables doivent être faites.

1° Il convient, d'abord de distinguer principe - ou règle - de proportionnalité et contrôle de proportionnalité. Le principe de proportionnalité, entendu comme un principe de limitation des atteintes aux droits fondamentaux à ce qui est absolument indispensable, ne figure pas *expressis verbis* dans le texte de la Convention. Mais la Cour européenne s'est référée implicitement au principe de proportionnalité, affirmant que « la Convention implique (...) un juste équilibre entre la sauvegarde de l'intérêt général de la communauté et le respect des droits fondamentaux de l'homme, tout en attribuant une valeur particulière à ces derniers » ⁽²⁾ et a pris soin de préciser, par la suite, que « le souci d'assurer un tel équilibre » est « inhérent à l'ensemble de la Convention » ⁽³⁾. De plus, la proportionnalité est inscrite « en filigrane » dans la Convention, particulièrement dans la clause d'ordre public (§ 2 des articles 8 à 11) exigeant que les restrictions aux droits soient « nécessaires dans une société démocratique ». Par contrôle de proportionnalité exercé par la Cour EDH nous entendrons « la compétence que se reconnaît le juge européen des droits de l'homme pour juger de l'observation, par l'Etat, de la règle de proportionnalité » ⁽⁴⁾.

2° En second lieu, contrôle de proportionnalité, principe de subsidiarité et marge d'appréciation vont de pair. La Cour a d'emblée placé son contrôle des restrictions aux droits sous les auspices du principe de subsidiarité, le liant de manière intime à la marge d'appréciation. Dans son arrêt fondateur *Handyside c/Royaume-Uni*, du 7 décembre 1976 (n° 5493/72), elle « relève que le mécanisme de sauvegarde instauré par la Convention revêt un caractère subsidiaire par rapport aux systèmes nationaux de garantie des droits de l'homme ». Constatant que « grâce à leurs contacts directs et constants avec les forces vives de leur pays, les autorités de l'État se trouvent en principe mieux placées que le juge international pour se prononcer sur le contenu précis de ces exigences [de l'ordre public] comme sur la "nécessité" d'une "restriction" » à une liberté, elle reconnaît « dès lors » une marge d'appréciation à l'Etat partie (§ 48).

3° La Cour européenne exerce avant tout un contrôle *in concreto* « eu égard aux faits et circonstances précises de la cause pendante devant elle » ⁽⁵⁾ et, notamment, à la situation individuelle du requérant, et effectue une appréciation concrète des intérêts en présence ⁽⁶⁾. La logique du principe de subsidiarité doit conduire le juge national à pratiquer un contrôle similaire et à adjoindre au contrôle abstrait de la conventionalité de la règle un contrôle de conventionalité de l'application de cette règle dans un cas particulier.

4° Enfin, il faut insister sur la démarche casuistique de la Cour. Celle-ci, dans sa jurisprudence de principe ⁽⁷⁾ s'est inspirée du modèle allemand du triple test - adéquation, nécessité, proportionnalité stricto sensu de la mesure prise -, sans le reproduire à la lettre.

On proposera une « modélisation » du contrôle de proportionnalité tel que l'exerce la Cour autour de deux lignes directrices : le standard du contrôle, l'intensité du contrôle.

I – Le standard

La Cour européenne n'exprime pas formellement son contrôle sous la forme du triple test. C'est l'expression « nécessaire dans une société démocratique » qui fonde le contrôle de proportionnalité, dont la jurisprudence de la Cour a défini le cadre général.

A – L'énoncé du standard

Il faut s'arrêter sur la terminologie utilisée par la Cour : « Selon la jurisprudence constante de la Cour, la notion de nécessité implique que l'ingérence corresponde à un besoin social impérieux et, en particulier [ou « notamment »], qu'elle soit proportionnée au but légitime poursuivi [eu égard au juste équilibre à ménager entre les intérêts

concurrents en jeu] »⁽⁸⁾. La « nécessité dans une société démocratique » apparaît ainsi comme un concept globalisant qui inclut à la fois la « nécessité » du triple test et la proportionnalité au sens strict.

Dès lors, le contrôle de « la nécessité dans une société démocratique » peut être tenu pour équivalent au contrôle de proportionnalité au sens large.

B - Les composantes du standard

La démarche de la Cour n'est pas dogmatique et se caractérise par sa flexibilité.

1° Les éléments constitutifs du contrôle

Le contrôle de proportionnalité s'articule autour de deux éléments : le contrôle des « motifs pertinents et suffisants » et le contrôle de la proportionnalité de la mesure au but poursuivi.

L'arrêt *Handyside* met en place le contrôle : une restriction à un droit garanti ne peut passer pour « nécessaire dans une société démocratique » - et, donc, répondant à un « besoin social impérieux » - que si elle est justifiée par « des motifs pertinents et suffisants ». L'arrêt énonce de manière distincte l'exigence des « motifs pertinents et suffisants » (§ 50) et celle que la restriction soit « proportionnée au but légitime poursuivi » (§ 49). C'est dire que les 3 éléments du test sont présents : adéquation (pertinence), nécessité (suffisance), proportionnalité au sens strict. Dans son arrêt de Grande chambre *Paradiso et Campanelli*, du 24 janvier 2017, la Cour distingue au titre du contrôle de la « nécessité dans une société démocratique », les « motifs pertinents et suffisants » (§§ 196-199) et la « proportionnalité » (§ 200 et s.). On ne saurait donc se contenter d'invoquer le « juste équilibre » pour satisfaire au contrôle de proportionnalité « européen ».

2° L'agencement variable des éléments du contrôle

Sous couvert du contrôle de la « nécessité dans une société démocratique », la Cour européenne agence librement les éléments du contrôle. Quatre schémas apparaissent : motifs pertinents / motifs suffisants / proportionnalité ; motifs pertinents / motifs suffisants incluant la proportionnalité ; motifs pertinents et suffisants / proportionnalité ; motifs pertinents et suffisants et proportionnalité au but légitime (la Cour fait masse).

Quoi qu'il en soit de ces configurations, le contrôle de la « nécessité dans une société démocratique » d'une restriction à un droit garanti (§ 2 des articles 8 à 11) comporte un contrôle des « motifs pertinents » et un contrôle des « motifs suffisants », incluant ou associant le contrôle de la proportionnalité au but poursuivi, et recouvre, peu ou prou, à la fois l'adéquation de la mesure, la nécessité et la proportionnalité *stricto sensu*.

C – L'adaptabilité du standard

La CourEDH adapte le contrôle de proportionnalité à la nature des droits et aux types d'atteintes aux droits.

1° Les droits relevant de la clause d'ordre public

Lorsque les restrictions aux droits autorisées par la clause d'ordre public résultent classiquement d'une action de l'Etat⁽⁹⁾, la Cour pratique un contrôle de proportionnalité global -ou au sens large -, qui couvre les trois éléments - adéquation, nécessité, proportionnalité *stricto-sensu* -, mais est susceptible d'être réduit à son seul dernier élément. Relève également de ce contrôle l'atteinte à un droit commise par une personne privée mais imputable à l'Etat du fait que l'Etat a donné au particulier « les moyens ou un encouragement »⁽¹⁰⁾ pour porter atteinte au droit garanti d'une autre personne. Le recours à la théorie des obligations positives n'est pas ici utile puisque la violation privée résulte, si ce n'est d'une action proprement dite de l'Etat, du fait que le droit interne a légitimé ou favorisé la violation en cause. La Cour européenne se place alors sur le terrain classique des ingérences « actives » et exerce le contrôle de proportionnalité au sens large⁽¹¹⁾.

2° Les droits ne relevant pas de la clause d'ordre public

La CourEDH exerce un contrôle de proportionnalité simplifié - ou au sens étroit -, limité à la proportionnalité *stricto sensu*, pour les limitations aux droits non passibles de la clause d'ordre public, qu'il s'agisse de limitations spécifiques (par ex., droit de propriété), de limitations implicites mises au jour par la jurisprudence européenne (par ex., droit d'accès à un tribunal ; droit à l'instruction ; droit à des élections libres) ou de limitations par simple renvoi à la législation nationale (droit au mariage).

Le juge européen ne fait plus alors référence au « besoin social impérieux » et ne procède pas au contrôle des « motifs pertinents et suffisants » mais vérifie si un « juste équilibre » a été ménagé entre l'intérêt général de la communauté et les droits individuels⁽¹²⁾ ou s'il existe un « rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens

employés et le but visé »⁽¹³⁾ ou encore si « les moyens employés ne se révèlent pas disproportionnés »⁽¹⁴⁾. Le récent arrêt *Delecolle c/France*, du 25 octobre 2018, relatif au droit au mariage est révélateur⁽¹⁵⁾. Il rappelle que l'article 12, contrairement à l'article 8, ne peut faire l'objet des limitations spécifiques de la clause d'ordre public, et qu'en conséquence le contrôle des restrictions au droit au mariage obéit à une démarche spécifique : « la Cour n'applique pas les critères de « nécessité » ou de « besoin social impérieux » utilisés dans le cadre de l'article 8, mais elle doit déterminer si, compte tenu de la marge d'appréciation de l'État, l'ingérence litigieuse était arbitraire ou disproportionnée » (§ 57). La Cour se limite donc à un contrôle de la proportionnalité *stricto sensu*. Et il est fort significatif que la juge allemande, Angelika Nussberger, note dans son opinion dissidente que la Cour n'a pas « osé un vrai contrôle de proportionnalité ».

D'une manière générale, la Cour se retranche derrière le principe du libre choix des moyens qu'elle tire du principe de subsidiarité : « Les autorités nationales demeurent libres de choisir les mesures qu'elles estiment appropriées dans les domaines régis par la Convention »⁽¹⁶⁾. La double exigence d'adéquation et de nécessité de la mesure est donc laissée à la seule appréciation des autorités nationales.

II – L'intensité du contrôle de proportionnalité

Précision faite que le contrôle de l'objectif légitime, étape préalable au contrôle de proportionnalité, est assez largement formel⁽¹⁷⁾, la « nécessité dans une société démocratique » est appréciée par la Cour au regard de la marge nationale d'appréciation, qui surplombe le contrôle de proportionnalité. Dès *Handyside* (1976), la Cour précise que « pour se prononcer sur la "nécessité" d'une ingérence "dans une société démocratique", [elle] tient compte de la marge d'appréciation laissée aux États contractants ».

Le contrôle de proportionnalité se présente alors comme un contrôle à géométrie variable, « indexé » à la marge nationale d'appréciation qui vient en moduler l'intensité.

A - Le contrôle des motifs pertinents et suffisants

Le principe de subsidiarité, avec son corollaire le libre choix des moyens, bride nécessairement le contrôle de l'adéquation de la mesure à l'objectif poursuivi tout comme le contrôle de la nécessité de la mesure. Dans son arrêt *Klass c/RFA*, du 6 septembre 1978, la Cour estime qu'« elle n'a sûrement pas qualité pour substituer à l'appréciation des autorités nationales une autre appréciation de ce que pourrait être la meilleure politique en ce domaine »⁽¹⁸⁾(§ 49).

1° Le contrôle de l'adéquation de l'atteinte à l'objectif légitime poursuivi

Le contrôle de l'adéquation suppose un contrôle des moyens mais l'affirmation du libre choix des moyens revient, d'une part, à renvoyer à la marge d'appréciation de l'Etat la question de l'adéquation de la restriction à l'objectif poursuivi et, d'autre part, implique que le contrôle de l'adéquation de la mesure exercé par la Cour variera selon la marge d'appréciation – étroite, large, ample- reconnue à l'Etat.

La Cour cantonne alors son contrôle à un contrôle de l'existence d'un lien rationnel entre l'ingérence litigieuse et l'objectif légitime poursuivi : elle mentionne que les motifs invoqués par l'Etat partie pour justifier l'ingérence sont « pertinents ». Plus rarement, la Cour procède expressément à un contrôle de l'adéquation de la mesure. Ainsi, dans l'arrêt *Costa et Pavan c/Italie*, la Cour pointe « le manque de cohérence » du système législatif italien en matière de diagnostic préimplantatoire des embryons, l'appréciation de l'adéquation passant ainsi par une évaluation de la cohérence du dispositif national en cause⁽¹⁹⁾.

2° Le contrôle de la nécessité de la mesure à la réalisation de l'objectif poursuivi

L'exigence de nécessité impose l'obligation pour les autorités nationales de choisir la mesure la moins attentatoire au droit garanti pour parvenir à l'objectif souhaité.

Le contrôle de la nécessité de la mesure se heurte également au principe du libre choix des moyens et, pendant longtemps, la Cour a eu une attitude de retenue, ne recherchant pas s'il existe une mesure alternative moins restrictive du droit garanti. Il faut cependant noter dans la jurisprudence récente une tendance très nette à renforcer le contrôle de nécessité de la mesure. Une mesure restrictive d'un droit garanti est disproportionnée à l'objectif légitime poursuivi parce que non nécessaire dès lors qu'une mesure moins attentatoire au droit protégé et tout aussi efficace pour la réalisation de l'objectif poursuivi pouvait s'y substituer.

Le défaut de nécessité de la mesure emporte alors, par lui-même, le constat que la mesure est disproportionnée et montre bien que le test de nécessité est un élément constitutif du contrôle de proportionnalité exercé par la Cour. Ainsi, la Grande chambre rappelle, dans son arrêt *Mouvement raëlien suisse c/Suisse* du 13 juillet 2012

(n°16354/06), que « lorsqu'elles décident de restreindre les droits fondamentaux des intéressés, les autorités doivent choisir les moyens les moins attentatoires aux droits en cause » (§ 75) et, constatant qu'il en va ainsi en l'espèce, juge que la mesure litigieuse n'était pas disproportionnée. Plus nettement, elle consacre expressément le principe du test de nécessité ⁽²⁰⁾ dans son arrêt *Nada c/Suisse*, du 12 septembre 2012 (n°10593/08), où elle constate une violation du droit au respect de la vie privée et familiale (art. 8) : « pour qu'une mesure puisse être considérée comme proportionnée et nécessaire dans une société démocratique, la possibilité de recourir à une autre mesure portant moins gravement atteinte au droit fondamental en cause et permettant d'arriver au même but doit être exclue » (§ 183). Se multiplient les exemples d'un contrôle par la Cour de la nécessité de la mesure tel que l'existence de mesures alternatives moins intrusives fonde, en totalité ou en partie, un constat de violation de la Convention ⁽²¹⁾.

B – Le contrôle de la proportionnalité stricto sensu de la restriction

Après avoir admis, ou supposé, que la mesure restrictive en cause est adéquate et nécessaire à l'objectif poursuivi, la Cour fait porter l'essentiel de son contrôle sur la proportionnalité *stricto sensu* de la mesure.

1° La réalisation d'un juste équilibre

Le principe est posé par *Young, James et Webster c/Royaume-Uni* (13 août 1981) : la condition de proportionnalité de la restriction aux buts poursuivis suppose « la réalisation d'un juste équilibre entre les différents intérêts en présence » (§ 65). La Cour précisera ensuite dans son arrêt *Sporrong et Lönnroth c/Suède*, du 23 septembre 1982, que l'équilibre est rompu si la personne concernée a supporté « une charge spéciale et exorbitante » (§ 73).

La Cour européenne, s'inspirant de la méthode allemande de l'évaluation concrète des intérêts en présence, va mettre en balance ces intérêts et en évaluer le poids respectif, au regard de l'ensemble des circonstances de l'affaire. Mais sa démarche est empirique dès lors que le contrôle de la proportionnalité au sens strict de la restriction est tout entier placé sous l'empire de la marge nationale d'appréciation.

2° Le jeu de la marge nationale d'appréciation

La Cour EDH reconnaît sans ambages, qu'« il appartient aux autorités nationales de dire les premières où se situe le juste équilibre à ménager dans un cas donné avant que la Cour ne procède à une évaluation en dernier ressort, et une certaine marge d'appréciation est donc laissée en principe aux Etats dans ce cadre » ⁽²²⁾.

La marge nationale d'appréciation, on le sait, est d'une étendue variable et, selon une formulation type, « dépend d'un certain nombre de facteurs, dont la nature et l'importance du droit en cause pour la personne concernée ainsi que le caractère et la finalité de l'ingérence » ⁽²³⁾, l'existence, ou non, d'un consensus au sein des Etats membres du Conseil de l'Europe étant également un élément pertinent.

Le jeu du couple marge nationale d'appréciation / proportionnalité *stricto sensu*, étroitement ancré dans les circonstances de l'espèce, échappe par nature à toute systématisation. Mais il est cependant possible de relever que la jurisprudence récente de la Cour témoigne de l'influence croissante du principe de subsidiarité, - alors même que le Protocole 15 qui inscrit ce principe et son corollaire la marge nationale d'appréciation dans le préambule de la Convention, n'est pas encore en vigueur.

Notons, d'abord, pour nous en féliciter, que la Cour européenne se montre très prudente lorsqu'elle a à connaître de difficiles questions de société et choisit, dans le respect du principe de subsidiarité, de laisser la main au législateur national, conférant à l'État une large marge d'appréciation. Les arrêts de Grande Chambre *SAS c/France* ⁽²⁴⁾ (interdiction du port du voile dans l'espace public) et *Lambert c/France* ⁽²⁵⁾ (situation de fin de vie) s'inscrivent clairement dans cette ligne.

Mais notons aussi, pour le déplorer, que sous l'effet conjugué de la procéduralisation des droits substantiels et du principe de subsidiarité, la Cour renonce de plus en plus souvent à exercer elle-même le contrôle de proportionnalité et se borne à vérifier si le juge national a effectué « correctement son contrôle » c'est à dire conformément au standard européen, notamment aux critères énoncés par la Cour dans sa jurisprudence ⁽²⁶⁾. Les récents arrêts *Ögrü et a c/Turquie*, du 19 décembre 2017 (n° 60087/10 et a), comme l'arrêt *Kaboglü et Oran c/Turquie*, du 25 octobre 2018 (n° 1759/08, 50766/10 et 50782/10), rendus l'un en matière de liberté d'association (art.11) et l'autre de droit au respect de la vie privée (art.8) et de liberté d'expression (art. 10) sont révélateurs de ce délaissement du contrôle : il incombe en premier lieu aux juges nationaux « de se prononcer sur la proportionnalité de l'ingérence litigieuse, en procédant à une mise en balance à la lumière des critères établis par sa jurisprudence, et en rendant compte dans leurs décisions » (*Ögrü*, § 69). Si tel est le cas, la Cour considère qu'« il faut des raisons sérieuses pour que celle-ci substitue son avis à celui des juridictions internes » (*Kaboglü et Oran*, § 70) ⁽²⁷⁾. A l'inverse, « en l'absence d'une telle mise en balance (des intérêts en présence) par les autorités

internes, celles-ci n'ont pas fourni de motifs pertinents et suffisants, et il n'a dès lors pas été établi que l'ingérence était « nécessaire dans une société démocratique » (§ 70).

En bref, sous les auspices du principe de subsidiarité, l'avenir du contrôle de proportionnalité de la CourEDH serait d'être un « contrôle du contrôle ».

⁽¹⁾V. notre article, Le contrôle de proportionnalité de la Cour européenne des droits de l'homme. De quoi est-il question ?, *JCP G* 2017, doctr. 289.

⁽²⁾CEDH, 23 juil. 1968, n°1474/62 et a., *Affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique » c/Belgique*.

⁽³⁾CEDH, 23 sept 1982, n°7151/75, n°7152/75, *Sporrong et Lönnroth c/Suède*, § 69.

⁽⁴⁾S. Van Drooghenbroeck, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 2001, n°222

⁽⁵⁾CEDH, 29 avril 1979, n°6538/74, *Sunday Times c/Royaume-Uni*, § 65.

⁽⁶⁾Toutefois, la Cour exerce aussi un contrôle *in abstracto*, lorsqu'elle a à connaître d'une ingérence dans un droit garanti qui résulte médiatement ou directement de l'existence d'une norme législative. Par exemple, CEDH, 13 juin 1979, n° 6833/74, *Marckx c/Belgique* ; CEDH, 13 févr. 2003, n°423326/98, *Odièvre c/France*, § 49.

⁽⁷⁾Schématiquement de l'arrêt *Handyside* (1976) à l'arrêt *Olsson* (CEDH, 24 mars 1988, n°10465/83, *Olsson c/Suède* (n°1).

⁽⁸⁾*Olsson*, prec., § 67. CEDH, GC, 24 janvier 2017, n°25358/12, *Paradiso et Campanelli c/Italie*, § 181

⁽⁹⁾Lorsqu'est en cause un abstention de l'Etat, voir *Le contrôle des obligations positives*, infra.

⁽¹⁰⁾J. Mouly et J.-P. Marguénaud, note sous CEDH, 29 févr. 2000, n°39293/98, *Fuentes Bobo c/ Espagne*, D, 2001, jur., 574 .

⁽¹¹⁾CEDH, 13 août 1981, n°7601/76, n°7806/77, *Young, James et Webster c/Royaume-Uni*.

⁽¹²⁾*Sporrong et Lönnroth c/Suède*, prec. § 69 (droit de propriété).

⁽¹³⁾*Affaire linguistique belge*, prec., § 10 (droit à la non discrimination et droit à l'instruction) ; CEDH, 21 févr. 1986, n°8793/79, *James c/Royaume-Uni*, § 50 (droit de propriété) ; CEDH, 28 mai 1985, n°8225/78, *Ashingdane c/Royaume-Uni*, § 57 (droit d'accès à un tribunal).

⁽¹⁴⁾CEDH, 2 mars 1987, n°9267/81, *Mathieu-Mohin et Clerfayt c/Belgique*, § 52 (droit à des élections libres).

⁽¹⁵⁾CEDH, 25 oct. 2018, n°37646/13, *Delecolle c/France*.

⁽¹⁶⁾*Affaire « linguistique belge », prec. § 10.*

⁽¹⁷⁾V. *Le contrôle du but légitime*, ce colloque, supra.

⁽¹⁸⁾CEDH, 6 sept. 1978, n°5029/71, *Klass c/RFA*, § 49.

⁽¹⁹⁾CEDH, 28 août 2012, n°54270/10, *Costa et Pavan c/Italie*.

⁽²⁰⁾Déjà énoncé par un arrêt de chambre, CEDH, 30 avr. 2009, n°13444/04, *Glor c/Suisse*, § 94.

⁽²¹⁾CEDH, 3 févr. 2009, n° 31276/05, *Women On Waves c/Portugal*, § 41 (art.10) ; CEDH, 22 nov. 2016, n°4982/07, *Kaos GL c/Turquie*, § 61 (art. 10), *JCP G* 2016, act. 1362, F. Sudre ; CEDH, 6 déc. 2016, n°20323/14, *Kanalas c/Roumanie*, § 31 (art. 8) ; CEDH, 10 janvier 2017, n° 2908612, *Osmanoğlu et Kocabaş c/ Suisse*, § 101 (art. 9), *JCP G* 2017, act. 117, G. Gonzalez. Voir aussi, CEDH, 12 janv. 2016, *Szabó et Vissy c/ Hongrie*, n° 37138/14, § 73, qui subordonne désormais la compatibilité des mesures de surveillance secrète avec l'article 8 à un critère spécifique de « stricte nécessité » du moyen de surveillance non ciblée.

⁽²²⁾ CEDH, GC, 4 déc. 2007, n° 44362/04, *Dickson c/Royaume-Uni*, § 77.

⁽²³⁾ *Gillow c/Royaume-Uni*, préc., § 55 ; *Nada c/Suisse*, préc., § 184.

⁽²⁴⁾ CEDH, GC, 1 juillet 2014, n° 43835/11, *S.A.S c/France*, *JCP G* 2014, note 974, A. Levade.

⁽²⁵⁾ CEDH, GC, 5 juin 2015, n° 46043/14, *Lambert c/France*, *JCP G* 2015, note 805, F. Sudre.

⁽²⁶⁾ Par exemple, en matière d'éloignement des étrangers ; CEDH, 14 sept. 2017, n° 41215/14, *Ndidi c/Royaume-Uni* ; CEDH, 23 oct. 2018, n° 25593/14, *Assem Hassan Ali c/Danemark*

⁽²⁷⁾ Voir, CEDH, GC, 12 sept. 2011, n° 28955/06, 28957/06, 28959/06 et 28964/06, *Palomo Sánchez et autres c. Espagne*, § 57.

Les techniques - L'atteinte à la substance du droit et le contrôle de proportionnalité de la Cour de justice de l'Union européenne

H. Surell

Professeure de droit public
Sciences Po Lyon

Les modalités de contrôle de la Cour de justice qui, il faut le rappeler, n'est pas un juge spécialisé en matière de droits de l'homme, ne présentent pas la même uniformité que celles de la Cour européenne des droits de l'homme en raison des caractéristiques propres aux différentes voies de recours. Le contrôle pourra, en effet, être plus abstrait s'agissant d'un recours en annulation à l'encontre d'un acte législatif de l'Union ou d'un renvoi en appréciation de validité que pour un renvoi préjudiciel en interprétation pour lequel il se rapprochera d'un contrôle *in concreto*. En outre, l'approche de la CJUE est aussi susceptible de varier dans le cadre même du renvoi en interprétation : elle peut, en effet, effectuer pleinement le contrôle de l'atteinte alléguée à l'exercice d'un droit fondamental - comme dans l'affaire *Scarlet Extended SA* ⁽¹⁾ - ou laisser la juridiction nationale trancher certaines questions, comme dans l'affaire *Léger* relative à l'exclusion des personnes homosexuelles du don de sang ⁽²⁾. Enfin, le contrôle peut, en fonction des espèces, porter sur la compatibilité de la norme générale et/ou sur les mesures prises par les Etats membres pour la mettre en œuvre.

Il existe, toutefois, un élément d'homogénéité qui réside dans les « droits correspondants » au sens de l'article 52 § 3 de la Charte c'est-à-dire des droits fondamentaux dont le « sens » et la « portée » doivent être les mêmes que ceux que leur confère la CEDH telle qu'interprétée par la Cour de Strasbourg, même si cette disposition ne fait évidemment pas « obstacle à ce que le droit de l'Union accorde une protection plus étendue ».

Dans ce cadre, l'article 52 § 1 de la Charte des droits fondamentaux, clause horizontale relative aux limitations à l'exercice des droits fondamentaux, exige que ces dernières ne portent pas atteinte au « contenu essentiel » des droits et soient conformes au principe de proportionnalité. Plus précisément, « Toute limitation de l'exercice des droits et libertés reconnus par la présente Charte doit être prévue par la loi et respecter le contenu essentiel desdits droits et libertés. Dans le respect du principe de proportionnalité, des limitations ne peuvent être apportées que si elles sont nécessaires et répondent effectivement à des objectifs d'intérêt général reconnus par l'Union ou au besoin de protection des droits et libertés d'autrui ».

Concernant cette disposition, les *Explications* ⁽³⁾ se réfèrent à l'arrêt *Karlsson et a.* dans lequel la Cour avait affirmé, en se référant à l'arrêt *Wachauf* ⁽⁴⁾, que « selon une jurisprudence bien établie, des restrictions peuvent être apportées à l'exercice de ces droits, notamment dans le cadre d'une organisation commune de marché, à condition que ces restrictions répondent effectivement à des objectifs d'intérêt général poursuivis par la Communauté et ne constituent pas, compte tenu du but poursuivi, une intervention démesurée et intolérable, qui porterait atteinte à la substance même de ces droits » ⁽⁵⁾.

Inspirée à la fois du droit constitutionnel allemand, du système de la CEDH et de la jurisprudence de la CJCE antérieure à l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne le 1^{er} décembre 2009, l'article 52 § 1 ne contient pas de référence explicite au cadre dans lequel prend place le contrôle c'est-à-dire celui de la société démocratique à laquelle se réfère la clause d'ordre public des paragraphes 2 des articles 8 à 11 de la Convention. Mais c'est bien, toutefois, à l'aune des valeurs de cette société que la Cour de justice exerce son contrôle, valeurs désormais consacrées dans l'article 2 du TUE, dans une formulation qui emprunte beaucoup à la CEDH, et en quelque sorte également réceptionnées *via* la notion de « droit correspondant » ⁽⁶⁾.

Il s'agit donc, ici, d'évoquer les deux formes du contrôle exercé par la CJUE - le contrôle de l'atteinte à la substance du droit et le contrôle de proportionnalité - et leurs interactions.

I - Le contrôle de l'atteinte à la substance d'un droit fondamental

A la différence du texte conventionnel, l'article 52 § 1 de la Charte interdit donc une restriction à l'exercice d'un droit fondamental qui porterait atteinte au « contenu essentiel » d'un droit.

Cette exigence figurait déjà dans la jurisprudence de la CJCE. Ainsi, dans l'arrêt *Nold*, la Cour affirme-t-elle que, dans l'ordre juridique communautaire, il apparaît légitime de réserver à l'égard des droits fondamentaux « l'application de certaines limites justifiées par les objectifs d'intérêt général poursuivis par la Communauté, dès lors qu'il n'est pas porté atteinte à la substance de ces droits », en d'autres termes à condition que leur exercice ne soit pas rendu impossible ⁽⁷⁾.

La vérification, quasiment systématique, du respect de cette condition fait souvent l'objet - sans doute particulièrement dans les arrêts plus anciens de la CJCE - d'une motivation assez lapidaire. Ainsi, dans l'arrêt *Garlsson Real Estate SA et a*, la Cour se limite-t-elle à affirmer que le cumul de poursuites et de sanctions pénales et de sanctions administratives « pénales » au sens de la CEDH « respecte le contenu essentiel de l'article 50 de la Charte » dès lors que la loi nationale en cause « ne permet un tel cumul de poursuites et de sanctions qu'à des conditions limitativement fixées, assurant ainsi que le droit garanti à cet article 50 ne soit pas remis en cause en tant que tel » ⁽⁸⁾. Mais surtout, très rares sont les atteintes constatées sur ce fondement.

En la matière, les modalités du contrôle ne sont pas uniformes : soit le contrôle de cette exigence prend place avant le contrôle de proportionnalité, soit il se fait en quelque sorte simultanément, les deux contrôles se mêlant voire se confondant. Mais, en tout état de cause, l'analyse de la jurisprudence ne permet pas toujours de saisir ce que recouvre exactement le « contenu essentiel » d'un droit fondamental ⁽⁹⁾ et la portée que revêt le contrôle effectué.

La diversité des modalités du contrôle

Quelques exemples permettent de montrer l'absence d'uniformité des modalités de contrôle. Souvent, le contrôle de l'atteinte à la substance du droit en jeu - ou à son « contenu essentiel » - se fonde dans le contrôle de proportionnalité, ce qu'illustre l'arrêt *Schrems* dans lequel étaient en cause le transfert par *Facebook Ireland Ltd* des données de ses utilisateurs vers les Etats-Unis et leur conservation dans des serveurs situés dans cet Etat. Ici, la Cour de justice devait examiner la validité de la décision 2000/520/CE de la Commission, du 26 juillet 2000, qui avait considéré que les Etats-Unis offraient un niveau de protection « adéquat » des droits au respect de la vie privée et à la protection des données à caractère personnel notamment *via* le respect des « principes de la sphère de sécurité relatifs à la protection de la vie privée » ⁽¹⁰⁾. Elle considère, au stade de l'examen de la nécessité de l'ingérence, qu'« une réglementation permettant aux autorités publiques d'accéder de manière généralisée au contenu de communications électroniques doit être considérée comme portant atteinte au contenu essentiel du droit fondamental au respect de la vie privée, tel que garanti par l'article 7 de la Charte ». De même, l'absence de possibilité pour le justiciable d'exercer un recours afin d'avoir accès aux données personnelles le concernant ou d'en obtenir la rectification ou la suppression « ne respecte pas le contenu essentiel du droit fondamental à une protection juridictionnelle effective, tel que consacré à l'article 47 de la Charte », l'existence même d'un contrôle juridictionnel effectif destiné à assurer le respect du droit de l'Union étant « inhérente à l'existence d'un Etat de droit » ⁽¹¹⁾.

Le contrôle de l'atteinte à la substance du droit est aussi susceptible d'être combiné au contrôle du « juste équilibre », ce qu'illustre l'arrêt *Mark Alemo-Herron et a.* à propos du « juste équilibre » entre les intérêts du cessionnaire en sa qualité d'employeur et ceux des travailleurs ⁽¹²⁾. La Cour était, ici, appelée à interpréter la directive 2001/23/CE concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprises.

Se trouvait en cause une atteinte à la liberté d'entreprendre garantie par l'article 16 de la Charte des droits fondamentaux et, plus précisément, à la liberté contractuelle, en raison de l'opposabilité, en application du droit national, de clauses de renvoi dynamique aux conventions collectives négociées et adoptées postérieurement à la date du transfert de l'entreprise, le transfert en cause étant intervenu entre une personne morale de droit public et une personne morale de droit privé donc des structures connaissant des conditions de travail très différentes. Or, une clause de ce type est « susceptible de limiter considérablement la marge de manœuvre nécessaire à la prise (de) mesures d'ajustement et d'adaptation par un cessionnaire privé ». Dans un tel cas en effet, le cessionnaire « n'a ni la faculté de faire valoir efficacement ses intérêts dans un processus contractuel auquel il participe, ni de négocier les éléments déterminant l'évolution des conditions de travail de ses employés en vue de sa future activité économique ». Dès lors, sa liberté contractuelle est particulièrement réduite au point qu'une telle limitation est de nature à porter atteinte à la substance du droit à la liberté d'entreprise ⁽¹³⁾.

Le contrôle de l'atteinte au « contenu essentiel » des droits garantis par les articles 7 et 8 de la Charte et le contrôle de la proportionnalité des atteintes qui leur sont portées sont, en revanche, séparés dans l'affaire *Digital Rights Ireland Ltd et a.* Le « contenu essentiel » du droit au respect de la vie privée est respecté nonobstant la particulière gravité de l'ingérence en jeu, étant donné que la directive 2006/24/CE du Parlement européen et du

Conseil, du 15 mars 2006, « ne permet pas de prendre connaissance du contenu des communications électroniques en tant que tel » ⁽¹⁴⁾. Pareille affirmation conduit, dès lors, à se demander si une atteinte au droit au respect de la correspondance porterait atteinte à la substance du droit en jeu.

L'ingérence dans l'exercice du droit à la protection des données personnelles ne porte pas non plus atteinte au « contenu essentiel » de ce droit dans la mesure où la directive renferme « une règle relative à la protection et à la sécurité des données ». Les fournisseurs de services de communications électroniques accessibles au public ou de réseaux publics de communications sont, en effet, tenus de respecter les mesures que les États membres doivent adopter concernant la destruction accidentelle ou illicite et la perte ou l'altération accidentelle des données ⁽¹⁵⁾.

On le voit, les modalités du contrôle de l'atteinte au « contenu essentiel » d'un droit fondamental sont plurielles. Et pareil constat conduit logiquement à s'interroger sur la portée de ce contrôle voire son utilité.

La portée et l'utilité du contrôle

La jurisprudence relative à des réglementations de l'usage des biens constitue une illustration de la manière de procéder de la Cour et des interrogations qu'elle suscite.

Dans un certain nombre de cas, la Cour de justice vérifie l'absence d'atteinte à la substance du droit fondamental en même temps qu'elle procède au contrôle de la proportionnalité de l'atteinte litigieuse. Elle examine ainsi, dans l'arrêt *Hauer*, la compatibilité de l'interdiction de nouvelles plantations de vignes prévue par le règlement n° 1162/76 du Conseil, constitutive d'une restriction à l'usage d'un bien dans le cadre d'une organisation commune de marché ⁽¹⁶⁾. La CJCE vérifie notamment que celle-ci ne constitue pas, au regard du but poursuivi, « une intervention démesurée et intolérable dans les prérogatives du propriétaire, qui porterait atteinte à la substance même du droit de propriété », formulation qui paraît assimiler l'atteinte à la substance du droit et le caractère proportionné de l'atteinte.

Après avoir souligné que la restriction litigieuse ne constitue pas une privation de propriété, la Cour effectue un contrôle de proportionnalité sans distinguer la question d'une éventuelle atteinte à la substance du droit de propriété. Poursuivant un objectif d'intérêt général - l'amélioration structurelle du secteur vito-viticole -, la restriction en jeu est à la fois proportionnée et ne porte pas atteinte à la substance du droit ⁽¹⁷⁾.

L'approche est analogue dans l'affaire précitée *Wachauf* relative à un règlement prévoyant la possibilité pour les producteurs de lait de prendre l'engagement d'abandonner définitivement leur production. Ici, le juge communautaire considère qu'« une réglementation communautaire qui aurait pour effet de priver sans compensation le preneur à bail, à l'expiration du bail, des fruits de son travail et des investissements effectués par lui dans l'exploitation affermée, serait incompatible avec les exigences découlant de la protection des droits fondamentaux dans l'ordre juridique communautaire » ⁽¹⁸⁾. Mais il n'indique pas si l'absence de pareille indemnisation porterait atteinte à la substance du droit de propriété ou y porterait une atteinte disproportionnée ⁽¹⁹⁾.

Dans d'autres cas, alors même que sont en jeu des atteintes analogues, soit la Cour de justice n'examine pas la question, soit elle le fait en distinguant clairement cet examen du contrôle de proportionnalité, soit en confondant le contrôle d'une éventuelle atteinte au « contenu essentiel » du droit de propriété et le contrôle de proportionnalité.

Alors que dans l'affaire *Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret AS* relative à des mesures restrictives imposées par le règlement (CEE) n° 990/93 du Conseil, du 26 avril 1993 à la République fédérative de Yougoslavie ⁽²⁰⁾, la Cour n'examine pas la question d'une éventuelle atteinte à la substance du droit de propriété, elle vérifie, dans l'arrêt *Kadi et a.* du 3 septembre 2008, si « la mesure de gel prévue par le règlement litigieux constitue une intervention démesurée et intolérable portant atteinte à la substance même du droit fondamental au respect de la propriété ». Mais dans la mesure où une mesure de gel des fonds et avoirs frappant des personnes constitue une « mesure conservatoire qui n'est pas censée priver lesdites personnes de leur propriété », elle répond par la négative ⁽²¹⁾.

Statuant désormais au regard de la Charte, dont l'article 17 § 1 garantit le droit de propriété, le Tribunal de l'Union rappelle qu'une limitation ne doit pas porter atteinte au « 'contenu essentiel', c'est-à-dire la substance, du droit ou de la liberté en cause » mais ensuite ne distingue pas ce contrôle du contrôle de proportionnalité lorsqu'il examine si les mesures restrictives en jeu respectent bien le droit de propriété ⁽²²⁾.

On le voit, ces quelques exemples conduisent à s'interroger sur la logique qui sous-tend l'approche de la Cour de Luxembourg mais aussi sur l'utilité d'un tel contrôle s'agissant de réglementations de l'usage de biens qui, de par leur nature, ne sauraient *a priori* entraîner une atteinte à la substance du droit de propriété. La Cour européenne,

pour sa part, identifie une possible atteinte à la substance du droit de propriété lorsque n'est en cause ni une privation de propriété, ni une réglementation de l'usage d'un bien au sens de l'article 1 du Protocole 1 ⁽²³⁾.

En définitive, les constats de violation sur le fondement d'une atteinte à la substance du droit concerné sont rares et paraissent, la plupart du temps, intimement mêlés au contrôle de proportionnalité ou du respect d'un « juste équilibre » entre les droits et intérêts en présence, contrôle dont il convient, à ce stade, d'évoquer les modalités.

II - Le contrôle de proportionnalité

Ici, aussi, il n'existe pas de rupture à la suite de l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne. Constitutionnalisé par le traité de Maastricht du 7 février 1992, le principe de proportionnalité est appliqué auparavant en tant que principe général du droit communautaire ⁽²⁴⁾ mais aussi du fait de la réception de la jurisprudence de la Cour européenne *via* les principes généraux du droit. La Charte s'inscrit donc dans le droit fil de la jurisprudence antérieure de la CJCE.

Proche de la clause d'ordre public des paragraphes 2 des articles 8 à 11 de la CEDH, la clause horizontale de l'article 52 § 1 de la Charte ne rend pas compte de la diversité des formes de contrôle que peut effectuer la Cour puisqu'elle prévoit que, dans « le respect du principe de proportionnalité », des limitations peuvent être apportées à l'exercice des droits « si elles sont nécessaires et répondent effectivement à des objectifs d'intérêt général reconnus par l'Union ou au besoin de protection des droits et libertés d'autrui ». Or, dans le cadre des Communautés puis de l'Union et contrairement à ce que laisse supposer la lecture de cette disposition, le contrôle de proportionnalité revêt un caractère plus ou moins contraignant. Aussi la Cour de justice pratique-t-elle, à l'instar du juge de Strasbourg, deux formes de contrôle des restrictions à l'exercice des droits fondamentaux : l'un approfondi et particulièrement exigeant et l'autre relativement souple.

Le contrôle approfondi des limitations

Comparable à celui exercé par la Cour européenne des droits de l'homme en application de la clause d'ordre public des articles 8 à 11 de la CEDH, le contrôle que l'on peut qualifier d'approfondi est celui qui se traduit par le contrôle de l'appropriation ou adéquation de la restriction - c'est-à-dire l'aptitude de la mesure à atteindre l'objectif poursuivi - , le contrôle de sa nécessité - c'est-à-dire la vérification qu'une mesure moins contraignante ne permettait pas d'atteindre l'objectif - et le contrôle de proportionnalité *stricto sensu*, ou uniquement par les deux premières formes de contrôle. Mais les différentes composantes du contrôle ne sont, cependant, pas toujours clairement distinguées.

En la matière, la CJUE a repris à son compte la grille d'analyse de la Cour de Strasbourg que ce soit en se fondant sur les principes généraux du droit ⁽²⁵⁾ ou, depuis l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, au regard de la Charte, le sens et la portée des droits dits « correspondants » devant être analogues à ce qu'ils sont dans le cadre de la CEDH. Dans cette perspective, elle se réfère, dans l'arrêt précité *Digital Rights Ireland Ltd*, aux paramètres du contrôle identifiés par la Cour de Strasbourg dans l'arrêt *S. et Marper c/ Royaume-Uni* ⁽²⁶⁾.

Considérant que les restrictions doivent s'opérer dans les limites du strict nécessaire, la CJUE ne manque pas de rappeler le caractère étroit de son contrôle lorsqu'il lui faut déterminer l'étendue du pouvoir d'appréciation du législateur de l'Union et justifier un contrôle « strict » s'accompagnant d'une marge d'appréciation réduite de ce dernier ⁽²⁷⁾.

Systématisant le cadre de son contrôle, elle indique, en effet, que l'étendue de la marge d'appréciation concédée au législateur « peut s'avérer limitée en fonction d'un certain nombre d'éléments parmi lesquels figurent notamment le domaine concerné, la nature du droit en cause, notamment s'il touche à l'intimité ou l'identité de la personne, la nature et la gravité de l'ingérence ainsi que sa finalité » ⁽²⁸⁾. Et, à l'instar de la Cour de Strasbourg, la CJUE intègre également l'existence de garanties contre les risques d'abus à son examen de la proportionnalité de l'atteinte en jeu ⁽²⁹⁾.

Dans cette perspective, elle effectue donc un « triple test » ou un « double test » lorsque l'examen de la proportionnalité *stricto sensu* ne s'avère pas utile à la suite de l'examen de la nécessité de la restriction. Mais, parfois, le contrôle est limité au contrôle de l'adéquation sans qu'il soit toujours aisé de faire clairement le départ

entre ce dernier et le contrôle de l'objectif poursuivi ⁽³⁰⁾ ou est quasiment exclusivement centré sur la question de la nécessité ⁽³¹⁾. En outre, lorsqu'est en cause un conflit de droits et/ou d'intérêts, la dernière étape du contrôle présente une particularité puisqu'elle réside dans l'appréciation de la garantie d'un « juste équilibre ».

Quelques exemples permettent d'illustrer ces différentes hypothèses et la rigueur de son contrôle.

L'arrêt *Coman et a.* montre bien comment la Cour peut juger l'objectif poursuivi par l'ingérence inadéquat et, dès lors, limiter son contrôle à cet aspect. Elle était interrogée, ici, sur la compatibilité d'une restriction à la liberté de circulation des personnes, susceptible d'être justifiée si elle est fondée sur des considérations objectives d'intérêt général et est proportionnée à l'objectif légitimement poursuivi par le droit national ⁽³²⁾. En l'espèce, deux hommes, un citoyen européen, de nationalité roumaine, et un ressortissant d'un Etat tiers, qui s'étaient mariés en Belgique, n'avaient pas pu s'installer en Roumanie et alléguaient avoir été victimes d'une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle dans la jouissance du droit à la liberté de circulation.

Alors que plusieurs Etats membres invoquaient l'importance de l'institution du mariage et leur volonté de le limiter à l'union de personnes de sexe différent, le juge de l'Union rappelle que l'Union respecte bien, conformément à l'article 4, paragraphe 2, du TUE, « l'identité nationale de ses Etats membres, inhérente à leurs structures fondamentales politiques et constitutionnelles » mais que la protection de l'ordre public ne peut être invoquée, conformément à une jurisprudence bien établie, qu' « en cas de menace réelle et suffisamment grave, affectant un intérêt fondamental de la société ». Or, l'obligation de reconnaissance d'un mariage entre personnes du même sexe contracté dans un autre Etat membre aux seules fins de l'octroi d'un droit de séjour dérivé à un ressortissant d'un Etat tiers, ne porte pas atteinte à l'institution du mariage dans l'Etat d'accueil laquelle relève de la seule compétence des Etats. Dès lors, elle « ne méconnaît pas l'identité nationale ni ne menace l'ordre public de l'Etat membre concerné » ⁽³³⁾.

Le « double test » - soit la vérification de l'adéquation et de la nécessité de l'atteinte - peut être illustré par l'arrêt *Schwartz* dans lequel étaient en cause le prélèvement et la conservation des empreintes digitales prévus par le règlement (CE) n° 2252/2004 du Conseil, du 13 décembre 2004, établissant des normes pour les éléments de sécurité et les éléments biométriques intégrés dans les passeports et les documents de voyage délivrés par les Etats membres (article 1^{er}, § 2), dont la validité était, ici, contestée ⁽³⁴⁾.

Constituant des traitements de données à caractère personnel au sens de la directive 95/46/CE ⁽³⁵⁾, le prélèvement et la conservation des empreintes digitales portent bien atteinte aux droits au respect de la vie privée et à la protection des données à caractère personnel dont la Cour doit examiner la justification.

Aptes à atteindre le but poursuivi - c'est-à-dire éviter la falsification des passeports et empêcher ainsi l'entrée illégale sur le territoire de l'UE -, les mesures litigieuses sont également nécessaires dans la mesure où il ne paraît pas exister de « mesures susceptibles de contribuer, de manière suffisamment efficace, au but tenant à la protection des passeports contre leur utilisation frauduleuse, tout en portant des atteintes moins importantes aux droits » (point 53).

La seule véritable alternative au prélèvement des empreintes digitales résiderait, en effet, dans la saisie de l'iris de l'œil. Or, alors même qu'elle ne serait pas moins attentatoire aux droits garantis par les articles 7 et 8 de la Charte, cette technique est moins fiable et plus onéreuse. En outre, le règlement renferme des garanties pour les intéressés. Non seulement les empreintes digitales ne peuvent être utilisées que dans le seul but de vérifier l'authenticité du passeport et l'identité de son titulaire mais les données sont conservées sur un support de stockage intégré dans le passeport et hautement sécurisé, passeport qui demeure la possession exclusive de son titulaire ⁽³⁶⁾.

La Cour de justice peut enfin pratiquer un « triple test », ce que l'arrêt *Garlsson Real Estate SA et a.*, relatif à un cas de cumul de poursuites et de sanctions pénales et administratives, mais « pénales » au sens de la CEDH, analysé par la CJUE comme une limitation du principe *ne bis in idem*, permet d'illustrer. Admettant la licéité d'un tel cumul - visant à protéger l'intégrité des marchés financiers de l'Union et la confiance du public dans les instruments financiers - lorsque les poursuites et sanctions en jeu ont « des buts complémentaires ayant pour objet, le cas échéant, des aspects différents du même comportement infractionnel concerné », le juge de Luxembourg vérifie, ici, que ce dernier « ne dépasse pas les limites de ce qui est approprié et nécessaire à la réalisation des objectifs légitimes poursuivis par cette réglementation, étant entendu que, lorsqu'un choix s'offre entre plusieurs mesures appropriées, il convient de recourir à la moins contraignante et que les inconvénients causés par celle-ci ne doivent pas être démesurés par rapport aux buts visés ». Il relève, toutefois, que la directive 2003/6/CE, du Parlement européen et du Conseil, du 28 janvier 2003, sur les opérations d'initiés et les manipulations de marché concède aux Etats « une liberté de choix des sanctions applicables à l'encontre des personnes responsables de manipulations de marché ».

Après avoir considéré que la réglementation en cause était apte à réaliser l'objectif visé, la CJUE estime que le «

caractère strictement nécessaire » de pareil dispositif implique l'établissement de « règles claires et précises permettant au justiciable de prévoir quels actes et omissions sont susceptibles de faire l'objet d'un tel cumul de poursuites et de sanctions ». En outre, les charges résultant, pour les personnes concernées, d'un tel cumul doivent être limitées au strict nécessaire afin de réaliser l'objectif poursuivi, ce qui implique une coordination des procédures visant à limiter au strict nécessaire la charge supplémentaire résultant du cumul de sanctions pénales. Enfin, ce dernier « doit être assorti de règles permettant de garantir que la sévérité de l'ensemble des sanctions imposées corresponde à la gravité de l'infraction concernée, une telle exigence découlant non seulement de l'article 52, paragraphe 1, de la Charte, mais aussi du principe de proportionnalité des peines inscrit à l'article 49, paragraphe 3, de celle-ci ». Les autorités nationales sont, dès lors, tenues de veiller à ce que l'ensemble des sanctions infligées « n'excède pas la gravité de l'infraction constatée »⁽³⁷⁾. Or, en l'espèce, la réglementation italienne sanctionnant les manipulations de marché ne respectait pas le principe de proportionnalité. Elle autorisait, en effet, le cumul de poursuites et de sanctions pénales alors que la sanction pénale était elle-même de nature à réprimer l'infraction de manière effective, proportionnée et dissuasive et l'ensemble des sanctions en cause ne paraissait pas proportionné à la gravité de l'infraction⁽³⁸⁾. Cet exemple montre bien que l'examen de la proportionnalité *stricto sensu* de l'atteinte en jeu ne se détache pas toujours nettement du contrôle de la nécessité, exigence qui, en tout état de cause, apparaît comme prédominante.

Comme pour la Cour européenne, le contrôle de proportionnalité que l'on qualifie d'approfondi ne revêt pas un caractère homogène puisque, comme cela a été précédemment souligné, son intensité est modulé en fonction de différents paramètres. En la matière, la CJUE adopte une approche analogue à celle du juge européen lorsqu'il s'agit de déterminer l'étendue de la marge nationale d'appréciation, la nature du droit en jeu en lien avec l'importance de l'atteinte portée à son exercice et le domaine concerné constituant les éléments revêtant un caractère décisif⁽³⁹⁾.

Touchant le premier paramètre, l'arrêt précité *Digital Rights Ireland Ltd et a* fournit un exemple topique dans la droite ligne de la jurisprudence strasbourgeoise *S. et Marper* (préc.). La Cour de justice tient, en effet, particulièrement compte du « rôle important que joue la protection des données à caractère personnel au regard du droit fondamental au respect de la vie privée » et de « l'ampleur et de la gravité de l'ingérence dans ce droit » pour considérer que le pouvoir du législateur de l'Union est strictement limité⁽⁴⁰⁾. De manière analogue, un contrôle étroit est exercé dans l'arrêt *F.*, du 25 janvier 2018, dans lequel était en cause la soumission d'un demandeur de protection internationale à une expertise psychologique visant à apprécier la réalité de l'orientation sexuelle qu'il alléguait aux fins de l'évaluation des faits et des circonstances prévues à l'article 4 de la directive 2011/95/UE, du Parlement européen et du Conseil, du 13 décembre 2011⁽⁴¹⁾. La Cour met ici l'accent sur la « gravité particulière » de l'ingérence dans l'exercice du droit au respect de la vie privée garanti par l'article 7 de la Charte, au regard « de la nature et de l'objet » de l'expertise destinée « à établir un élément essentiel de l'identité de cette personne qui a trait à sa sphère personnelle en tant qu'il se rapporte à des aspects intimes de la vie de ladite personne »⁽⁴²⁾.

A contrario, la nature du droit en jeu est de nature à commander un contrôle moins strict. Tel est le cas de la liberté d'entreprise garantie par l'article 16 de la CDFUE « conformément au droit de l'Union et aux législations et pratiques nationales ». La Cour l'affirme clairement dans l'arrêt *Sky Österreich GmbH*. Au regard du « libellé de l'article 16 de la Charte, qui se distingue de celui des autres libertés fondamentales consacrées au titre II de celle-ci tout en étant proche de celui de certaines dispositions du titre IV de cette même Charte, la liberté d'entreprise peut être soumise à un large éventail d'interventions de la puissance publique susceptibles d'établir, dans l'intérêt général, des limitations à l'exercice de l'activité économique ». Et cette « circonstance trouve notamment son reflet dans la manière dont il convient de mettre en œuvre le principe de proportionnalité en vertu de l'article 52, paragraphe 1, de la charte »⁽⁴³⁾.

Ce plus faible niveau de protection - en dépit de la pratique d'un « triple test » - sera d'ailleurs d'autant plus marqué lorsque, comme en l'espèce, la liberté d'entreprise entrera en conflit avec une liberté particulièrement valorisée et emblématique de la société démocratique à savoir le droit à la liberté d'expression. Comme le relève, ici, la CJUE, la « sauvegarde des libertés protégées par l'article 11 de la Charte constitue incontestablement un objectif d'intérêt général, dont il convient de souligner, en particulier, l'importance dans une société démocratique et pluraliste », *a fortiori* lorsque sont en cause des « événements présentant un grand intérêt pour le public »⁽⁴⁴⁾. Et de conclure que « (c)ompte tenu, d'une part, de l'importance que revêtent la sauvegarde de la liberté fondamentale de recevoir des informations, la liberté ainsi que le pluralisme des médias garantis par l'article 11 de la Charte et, d'autre part, de la protection de la liberté d'entreprise telle que conférée par l'article 16 de celle-ci, il était loisible au législateur de l'Union d'adopter des règles telles que celles prévues à l'article 15 de la directive 2010/13, lesquelles comportent des limitations de la liberté d'entreprise tout en privilégiant, au regard de la nécessaire pondération des droits et des intérêts concernés, l'accès du public à l'information par rapport à la liberté contractuelle »⁽⁴⁵⁾.

Et comme cela a été souligné, le contrôle du « juste équilibre » peut être largement laissé à l'appréciation de la juridiction de renvoi comme dans l'arrêt *Funke Medien NRW GmbH* où, confrontée à la nécessaire mise en balance entre le droit d'auteur et la liberté d'information, la CJUE ne tranche pas la question. En l'espèce, un portail Internet

d'un quotidien allemand avait publié des documents « classifiés à diffusion restreinte » établis par le gouvernement. Il s'agissait de rapports de situation militaire, obtenus par un moyen inconnu et publiés sous l'appellation « documents sur l'Afghanistan ». La Cour fournit, néanmoins, un certain nombre d'éléments dans le sens d'une prévalence de la liberté garantie par l'article 11 de la Charte par rapport au droit de propriété intellectuelle, dont elle commence par rappeler qu'il n'est pas « intangible ». En outre, la directive 2001/29/CE « vise à privilégier l'exercice du droit à la liberté d'expression des utilisateurs d'objets protégés et à la liberté de la presse, garanti par l'article 11 de la Charte »⁽⁴⁶⁾. Et s'agissant d'un droit dit « correspondant » au sens de l'article 52 § 3 de la Charte, la juridiction de renvoi doit prendre en compte, lors de la mise en balance des droits concernés, l'interprétation de la Cour de Strasbourg selon laquelle le type de discours en cause revêt un caractère décisif, renvoyant ici à l'arrêt *Ashby Donald et a. c/ France* de la Cour européenne⁽⁴⁷⁾. En l'espèce, Funke Medien a, en effet, non seulement publié les documents litigieux mais « les a également présentés sous une forme systématisée et accompagnés d'un propos introductif, de liens supplémentaires et d'une invitation à interagir ». Aussi si ces derniers devaient être qualifiés d'« œuvres » au sens de l'article 2, a), et de l'article 3, § 1, de la directive 2001/29, leur publication pourrait constituer une « utilisation d'œuvres [...] afin de rendre compte d'événements d'actualité », au sens de l'article 5, § 3, c), second cas de figure, de la directive 2001/29, auquel cas, la publication des documents serait susceptible de bénéficier de la protection du droit à la liberté d'expression. Et de conclure que lors de la mise en balance entre les droits exclusifs de l'auteur et les droits des utilisateurs d'objets protégés visés par les dispositions dérogatoires de l'article 5, § 3, c), second cas de figure, et d), de la directive, la juridiction nationale « doit se fonder sur une interprétation de ces dispositions qui, tout en respectant leur libellé et en préservant leur effet utile, soit pleinement conforme aux droits fondamentaux garantis par la Charte »⁽⁴⁸⁾.

La nature du droit conjuguée au domaine en cause et à sa technicité est également de nature à réduire l'intensité du contrôle opéré par la Cour de Luxembourg comme dans l'affaire *Schaible* dans laquelle était alléguée une atteinte à la liberté d'entreprise résultant de la mise en œuvre d'un système d'identification et d'enregistrement des animaux des espèces ovine et caprine visant à lutter contre les épizooties⁽⁴⁹⁾.

Outre la référence faite, en renvoyant à l'arrêt *Sky Österreich GmbH*, à la nature du contrôle exercé s'agissant d'une atteinte à la liberté d'entreprise, la Cour rappelle le « large pouvoir d'appréciation » du législateur « dans les domaines impliquant de sa part des choix de nature politique, économique et sociale, et dans lesquels il est appelé à effectuer des appréciations complexes », particulièrement concernant les « responsabilités politiques que les articles 40 TFUE à 43 TFUE lui attribuent » en matière d'agriculture. Dès lors, son contrôle se limite à vérifier si le législateur « n'a pas manifestement dépassé les limites de son pouvoir d'appréciation »⁽⁵⁰⁾. Ici, la CJUE estime que les obligations instituées par le règlement (CE) n° 21/2004 du Conseil, du 17 décembre 2003, sont bien « appropriées pour atteindre l'objectif de contrôle des épizooties et qu'aucun élément n'a été retenu qui pourrait mettre en question l'efficacité de ce système dans son intégralité »⁽⁵¹⁾. Examinant ensuite si les moyens mis en œuvre sont nécessaires pour atteindre les objectifs visés et si les obligations en jeu - à savoir l'identification individuelle des animaux, leur identification individuelle électronique et la tenue à jour d'un registre -, elle conclut par l'affirmative, considérant notamment que le système antérieur d'identification de l'exploitation était moins efficace. Enfin, la Cour considère que la mise en balance opérée par le législateur entre la liberté d'entreprise des éleveurs et l'intérêt général de lutter contre les épizooties, était proportionnée au regard notamment des charges financières induites pour les éleveurs et des possibilités de dérogation à l'obligation d'identification. Il faut aussi relever, ici, la prise en compte, par le juge, de la qualité du processus décisionnel qui a conduit à l'adoption du système d'identification et d'enregistrement de certains animaux dans le but d'empêcher la propagation de certaines maladies infectieuses puisqu'il mentionne la réalisation de différentes études sur la question ou encore la discussion par le législateur des aspects financiers et la mise en balance des avantages et coûts du nouveau système, avant de conclure au caractère proportionné de l'atteinte portée à la liberté d'entreprise⁽⁵²⁾.

L'intensité du contrôle varie donc en fonction du domaine et du droit concerné. Mais le niveau de protection peut aussi être modulé en fonction de la composante du droit en jeu. A l'instar de la Cour EDH, la Cour procède ainsi à une hiérarchisation des discours protégés au titre du droit à la liberté d'expression. Alors qu'est en cause un discours fortement protégé dans l'affaire *Sky Österreich GmbH* dans laquelle se trouvaient en jeu les conditions financières dans lesquelles il était possible pour un organisme d'obtenir du titulaire de droits exclusifs de radiodiffusion télévisuelle un accès à un signal satellitaire pour la réalisation de brefs reportages d'actualité, tel n'est pas le cas des discours commerciaux comme, par exemple, à propos de l'interdiction, prévue par la directive 2014/40/UE du 3 avril 2014, aux fins de « faciliter le bon fonctionnement du marché intérieur des produits du tabac, en garantissant un niveau élevé de protection de la santé humaine, particulièrement pour les jeunes, d'apposer sur les produits ou les emballages des éléments susceptibles de contribuer à la promotion des produits du tabac ou d'inciter à leur consommation »⁽⁵³⁾.

Si la CJUE effectue dans certains cas un contrôle de proportionnalité approfondi, elle recourt également à d'autres formes de contrôle moins exigeantes.

Le contrôle plus souple des limitations

Le contrôle, que l'on peut qualifier de plus souple, également mis en œuvre par la Cour de Strasbourg, est celui qui se limite à un contrôle de la proportionnalité *stricto sensu* des atteintes à l'exercice des droits fondamentaux et s'accompagne souvent d'une motivation assez lapidaire et parfois, de manière surprenante, d'une référence à l'article 52 § 1 de la Charte alors même que les conditions qu'il renferme ne sont pas examinées ⁽⁵⁴⁾.

Le contrôle réside alors en une mise en balance des avantages résultant de la mesure litigieuse au regard de l'objectif visé avec les inconvénients qui en découlent. Deux déclinaisons, très proches, de ce contrôle empreint de souplesse peuvent être distinguées : le contrôle du caractère proportionné au sens strict de la restriction en cause et celui du « juste équilibre ».

A l'instar de la jurisprudence européenne, le critère décisif commandant la mise en œuvre de pareil contrôle semble être le domaine concerné qui, dans le cadre de l'UE, doit, dans certains cas, être relié à la question de la répartition des compétences entre les Etats membres et l'Union, l'importance de la politique concernée et la technicité de la matière revêtant une importance certaine. Mais d'autres éléments sont également pris en compte aux fins de la détermination de la plus faible intensité du contrôle comme l'importance de l'objectif poursuivi par la restriction ou la nature du droit souvent en lien avec le type d'atteinte en cause. Il ressort ainsi de la jurisprudence que c'est la combinaison de plusieurs critères qui appelle une attitude de « self restraint » du juge de l'Union.

Le domaine en cause en lien avec l'importance pour l'Union des buts poursuivis et des politiques concernées commande donc un contrôle limité à la proportionnalité *stricto sensu*, le juge de Luxembourg vérifiant seulement que la restriction à l'exercice d'un droit ne revêt pas un caractère manifestement disproportionné ou inapproprié. Ici, il ne s'agit donc pas d'examiner si la restriction est appropriée mais plutôt si elle n'est pas manifestement inappropriée.

Les domaines concernés sont ceux qui impliquent « des choix de nature tant politique qu'économique ou sociale » pour lesquels le législateur « est appelé à effectuer des appréciations et des évaluations complexes ». Dès lors, « il ne s'agit pas de savoir si une mesure arrêtée dans un tel domaine était la seule ou la meilleure possible, seul le caractère manifestement inapproprié de celle-ci par rapport à l'objectif que les institutions compétentes entendent poursuivre pouvant affecter la légalité de cette mesure » ⁽⁵⁵⁾.

La technicité du domaine - en lien avec l'importance des buts visés et/ou les politiques concernées - commande la reconnaissance d'une large marge d'appréciation au profit des institutions de l'Union ou des Etats membres lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'UE. Comme le souligne la CJCE, dès l'arrêt *Internationale Handelsgesellschaft*, les droits fondamentaux n'apparaissent pas comme des prérogatives absolues mais doivent être pris en considération par rapport à leur fonction dans la société ⁽⁵⁶⁾.

Restreint, le contrôle est alors limité à l'absence d'erreur manifeste d'appréciation. Il faut donc que la mesure ne soit pas manifestement inappropriée par rapport à l'objectif visé. La jurisprudence relative aux atteintes au droit de propriété est à cet égard topique. Que ce soit dans le cadre de la politique agricole commune, de la politique de la pêche ou encore de la politique étrangère et de sécurité commune (Pesc), une large marge d'appréciation est ainsi concédée aux institutions et aux Etats membres, la Cour refusant notamment de s'immiscer dans les choix politiques du législateur. Dès lors, avant comme après l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, l'exercice des droits et libertés concernés - droit de propriété et liberté d'entreprise - s'accompagne d'un niveau de protection moindre, ce qui, s'agissant du droit de propriété, fait résolument écho à l'approche analogue de la Cour de Strasbourg ⁽⁵⁷⁾.

Pour la Cour, « (s)elon une jurisprudence constante, le législateur de l'Union dispose dans ce domaine de l'agriculture, y compris la pêche, d'un large pouvoir d'appréciation qui correspond aux responsabilités politiques que les articles 40 TFUE à 43 TFUE lui attribuent. Par conséquent, le contrôle du juge doit se limiter à vérifier si la mesure en cause n'est pas entachée d'erreur manifeste ou de détournement de pouvoir ou si l'autorité en question n'a pas manifestement dépassé les limites de son pouvoir d'appréciation » ⁽⁵⁸⁾.

La jurisprudence relative aux restrictions à l'exercice du droit de propriété permet d'illustrer la faible intensité du contrôle opéré en lien avec l'importance accordée à la politique agricole commune comme dans l'arrêt précité *Hauer* relatif à la compatibilité de l'interdiction de nouvelles plantations de vignes prévue par le règlement n° 1162/76 du Conseil. Analysée comme une restriction à l'usage d'un bien, l'interdiction en jeu, bien que de portée générale puisque n'établissant pas de distinction selon la qualité des sols, est jugée proportionnée au regard de son caractère temporaire. Elle est, en effet, destinée « à parer dans l'immédiat à une situation conjoncturelle de surplus, tout en préparant des mesures structurelles définitives » ⁽⁵⁹⁾.

La jurisprudence plus récente se situe dans le droit fil de cette approche comme en témoigne l'arrêt précité *Giordano* dans lequel l'intéressé alléguait une violation du droit à l'exercice des activités professionnelles et du droit

de propriété du fait du retrait de son permis de pêche décidé en application du règlement (CE) n ° 530/2008 de la Commission, du 12 juin 2008, prévoyant des mesures d'urgence interdisant certaines modalités de pêche du thon rouge.

Après avoir souligné que le fait d'être titulaire d'un droit de pêcher ainsi que d'un quota attribué par l'État membre compétent pour une campagne de pêche donnée ne saurait donner « le droit de pouvoir, en toutes circonstances, épuiser ce quota », la CJUE relève que le règlement en cause vise à éviter « une menace grave pour la conservation et la reconstitution du stock de thon rouge dans l'Atlantique Est et en mer Méditerranée » et considère que les mesures litigieuses « ne sont pas manifestement inappropriées par rapport à ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif d'intérêt général et se révèlent donc conformes au principe de proportionnalité ». Elle renvoie, ici, à l'arrêt précité *AJD Tuna* dans lequel elle avait déjà affirmé, au regard du seul principe de proportionnalité, que les mesures prévues par le règlement n'étaient pas manifestement inappropriées pour atteindre l'objectif visé ⁽⁶⁰⁾.

La technicité du domaine peut également revêtir un caractère décisif et conduire le juge à effectuer un contrôle peu intense. Tel est le cas s'agissant du droit à la liberté d'expression et d'information lorsque sont en cause des discours faiblement protégés ⁽⁶¹⁾. Prenant appui sur la jurisprudence strasbourgeoise, la CJCE affirme ainsi, dès l'arrêt *Karner et a.*, que le pouvoir d'appréciation des autorités compétentes varie en fonction des buts poursuivis et de la nature des activités en jeu. A ses yeux, « (q)uand l'exercice de la liberté ne contribue pas à un débat d'intérêt général et, que, au surplus, on se trouve dans un contexte dans lequel les États ont une certaine marge d'appréciation, le contrôle se limite à un examen du caractère raisonnable et proportionné de l'ingérence. Il en va ainsi de l'usage commercial de la liberté d'expression, notamment dans un domaine aussi complexe et fluctuant que la publicité » ⁽⁶²⁾.

Cette approche a été, depuis lors, confirmée. Ainsi, dans l'arrêt *Neptune Distribution SNC* relatif à l'utilisation d'allégations ou de mentions faisant référence à la faible teneur en sodium d'eaux minérales naturelles sur des emballages, des étiquettes et dans des publicités, le juge de l'Union pratique-t-il un contrôle du « juste équilibre », examinant la conciliation et le « juste équilibre » opérés entre exigences liées à la protection des droits fondamentaux et objectif de protection de la santé humaine et protection du consommateur à un niveau élevé.

En présence d'un domaine qui implique du législateur « des choix de nature politique, économique et sociale » et « des appréciations complexes », ce dernier jouit d'un « large pouvoir d'appréciation » et « doit tenir compte du principe de précaution conformément auquel, lorsque des incertitudes subsistent quant à l'existence ou à la portée de risques pour la santé des personnes, des mesures de protection peuvent être prises sans avoir à attendre que la réalité et la gravité de ces risques soient pleinement démontrées ». Et de conclure que ce dernier « a pu valablement considérer » que les mesures litigieuses « étaient appropriées et nécessaires pour assurer la protection de la santé humaine dans l'Union », mesures jugées également proportionnées ⁽⁶³⁾.

Parent pauvre du droit à la liberté d'expression, le discours commercial est donc moins bien protégé.

La valorisation particulière de l'objectif poursuivi, tenant à l'importance de la politique étrangère et de sécurité commune - politique de nature intergouvernementale ⁽⁶⁴⁾ - et à la nature du droit en jeu combinée avec le type d'atteinte qui y est portée, annonce également la faible intensité du contrôle de proportionnalité exercé ensuite par la Cour ⁽⁶⁵⁾. Ainsi en est-il s'agissant d'actions visant au maintien de la paix dans l'affaire précitée *Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret AS* relative à une allégation de violation de droit de propriété et du libre exercice des activités commerciales résultant de la saisie d'un aéronef par les autorités irlandaises en application du règlement (CEE) n° 990/93 du Conseil, du 26 avril 1993, concernant les échanges entre la CEE et la République fédérative de Yougoslavie (RFY), au motif qu'il s'agissait d'un aéronef dans lequel une participation majoritaire ou une minorité de contrôle était détenue par une personne ayant son siège en RFY ou opérant à partir de celle-ci.

La Cour met, ici, l'accent sur l'importance de l'objectif poursuivi par les sanctions - dissuader la République fédérative de Yougoslavie de « continuer à violer l'intégrité et la sécurité de la République de Bosnie-Herzégovine » et « inciter le parti serbe de Bosnie à coopérer au rétablissement de la paix dans cette république » -, qui est « de nature à justifier des conséquences négatives, même considérables, pour certains opérateurs ». Et en présence d'« un objectif d'intérêt général aussi fondamental pour la communauté internationale qui consiste à mettre un terme à l'état de guerre dans la région et aux violations massives des droits de l'homme et du droit international humanitaire dans la République de Bosnie-Herzégovine », la saisie litigieuse « ne saurait passer pour inadéquate ou disproportionnée » ⁽⁶⁶⁾.

Les atteintes au droit de propriété, dans son volet substantiel, dictées par la lutte contre le terrorisme international sont soumises à un contrôle analogue comme en témoigne l'arrêt *Kadi et a.* relatif à la mise en œuvre de mesures restrictives décidées par le Conseil de sécurité des Nations unies *via* un règlement du Conseil ⁽⁶⁷⁾. Se référant, ici, à la jurisprudence strasbourgeoise sur les réglementations de l'usage des biens soumises à un contrôle de la proportionnalité *stricto sensu* en vérifiant l'existence d'un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens

employés et le but visé, la Cour de justice effectue un contrôle du même type ⁽⁶⁸⁾. Le contrôle annoncé est, cependant, parfois différent comme dans l'arrêt *Bank Melli Iran* dans lequel est évoquée la pratique d'un « triple test ». Mais, en définitive, le juge se limite à affirmer que le gel des fonds constitue ici une mesure « appropriée et nécessaire » aux fins d'empêcher la prolifération nucléaire et son financement et d'exercer ainsi une pression sur la République islamique d'Iran afin qu'elle mette fin aux activités concernées, considérant, en effet, qu'« une telle mesure est à même de garantir que les fonds des entités visées ne seront plus utilisés pour promouvoir la prolifération nucléaire. » et que les inconvénients pour les intéressés sont proportionnés. ⁽⁶⁹⁾

Le juge de Luxembourg reconnaît, en effet, « un large pouvoir d'appréciation » au Conseil, en lien avec l'importance de l'objectif poursuivi, dans un domaine qui implique « de la part de ce dernier des choix de nature politique, économique et sociale, et dans lesquels il est appelé à effectuer des appréciations complexes » ⁽⁷⁰⁾ et donc « quant aux éléments à prendre en considération en vue de l'adoption de mesures de sanctions économiques et financières ». Ne pouvant, substituer son appréciation des preuves, faits et circonstances justifiant l'adoption de telles mesures à celle du Conseil, le contrôle de la légalité des décisions de gel des fonds qu'il effectue « doit se limiter à la vérification du respect des règles de procédure et de motivation, de l'exactitude matérielle des faits, ainsi que de l'absence d'erreur manifeste dans l'appréciation des faits et de détournement de pouvoir » ⁽⁷¹⁾. Ainsi « seul le caractère manifestement inapproprié d'une mesure adoptée » est de nature à affecter la légalité des mesures générales définissant les modalités des mesures restrictives ⁽⁷²⁾.

Concernant la légalité d'une décision par laquelle une personne est inscrite sur une « liste noire », le contrôle s'étend à l'appréciation des faits et des circonstances invoqués pour la justifier, à la vérification des éléments de preuve et d'information sur lesquels est fondée l'appréciation et au respect de l'obligation de motivation et des garanties procédurales ⁽⁷³⁾.

A cet égard, l'effectivité du contrôle juridictionnel, garanti par l'article 47 de la Charte, de la décision d'inscription ou de maintien du nom d'une personne sur une « liste noire » commande que « le juge de l'Union s'assure que cette décision, qui revêt une portée individuelle pour cette personne, repose sur une base factuelle suffisamment solide ». Dès lors, il ne doit pas être « limité à l'appréciation de la vraisemblance abstraite des motifs invoqués, mais porte sur le point de savoir si ces motifs, ou, à tout le moins, l'un d'eux considéré comme suffisant en soi pour soutenir cette même décision, sont étayés » ⁽⁷⁴⁾.

On le voit, alors que le contrôle sur le terrain des droits substantiels est assez limité, comme pour la Cour européenne des droits de l'homme, s'opère, ici, un déplacement du contrôle sur le terrain procédural ⁽⁷⁵⁾. Mais, évidemment, cette *procéduralisation* du contrôle qui porte plus largement sur la qualité du processus décisionnel, ne concerne pas seulement l'examen des mesures restrictives ⁽⁷⁶⁾.

Le contrôle du « juste équilibre » entre les droits et intérêts en présence est, par ailleurs, susceptible d'être limité à l'examen de l'erreur manifeste d'appréciation au regard des droits fondamentaux concernés. Tel est le cas dans l'arrêt *Artic Paper Mochenwangen GmbH* relatif à des allégations de violation de la liberté d'exercer une profession, de la liberté d'entreprise et du droit de propriété résultant du refus de la demande d'une société d'allocation à titre gratuit de quotas d'émissions de gaz à effet de serre visant l'objectif de protection de l'environnement ⁽⁷⁷⁾. Ici, La Cour vise tout d'abord l'article 52 § 1 de la Charte puis le principe de proportionnalité et considère finalement en présence d'un domaine impliquant de la part de la Commission « des choix de nature politique, économique et sociale, et dans lequel elle est appelée à effectuer des appréciations et des évaluations complexes opérées au regard de l'objectif général de réduction des émissions de gaz à effet de serre au moyen d'un système d'échange de quotas dans des conditions économiquement efficaces et performantes », que le contrôle porte tout d'abord sur le « caractère manifestement inapproprié » de la mesure ⁽⁷⁸⁾. S'agissant ensuite de la proportionnalité au sens strict, la Cour rappelle que lorsque « plusieurs droits et libertés fondamentaux protégés par l'ordre juridique de l'Union sont en cause, l'appréciation de l'éventuel caractère disproportionné d'une disposition du droit de l'Union doit s'effectuer dans le respect de la conciliation nécessaire des exigences liées à la protection de ces différents droits et libertés et d'un juste équilibre entre eux » et considère que la décision litigieuse n'était pas « manifestement disproportionnée » ⁽⁷⁹⁾.

Plus rarement, la retenue de la Cour tient aux compétences en cause parce que celles-ci sont des compétences nationales, mais aussi en raison de leur nature « sensible » s'agissant de compétences régaliennes, et à l'importance des intérêts étatiques en jeu.

Quelques exemples permettent d'illustrer cette hypothèse qui concerne au premier chef des allégations de discriminations ou des violations du principe de l'égalité de traitement. Mais il faut d'emblée relever que l'approche du juge en la matière manque vraiment d'homogénéité comme en témoignent certaines affaires relatives aux règles nationales régissant l'attribution des noms.

Dans l'arrêt *Garcia Avello*, tout en considérant qu'« en l'état actuel du droit communautaire, les règles régissant le nom d'une personne relèvent de la compétence des Etats membres », règles qui se caractérisent en outre par

leur grande diversité, la Cour rattache la situation en cause au champ d'application du traité CE en prenant en compte qu'il s'agit de ressortissants d'un Etat membre qui séjournent sur le territoire d'un autre Etat membre, et conclut à l'existence d'une discrimination fondée sur la nationalité en raison du refus des autorités belges de traiter différemment des ressortissants belges ayant également la nationalité espagnole en acceptant qu'ils portent le nom de famille résultant de l'application du droit espagnol ayant déterminé le nom de famille de leur père ⁽⁸⁰⁾. A *contrario*, la Cour de justice peut prendre en compte l'obligation qui pèse sur l'Union européenne de respecter l'identité nationale des Etats pour reconnaître une « marge d'appréciation » aux autorités nationales et considérer comme justifiée une restriction à la liberté de circulation et de séjour d'une citoyenne européenne résultant du port d'un nom différent de celui déjà attribué et enregistré dans l'Etat membre de naissance et dans l'Etat de résidence ⁽⁸¹⁾. A ses yeux, « dans le contexte de l'histoire constitutionnelle autrichienne, la loi d'abolition de la noblesse, en tant qu'élément de l'identité nationale, peut être prise en compte lors de la mise en balance d'intérêts légitimes avec le droit de libre circulation des personnes reconnu par le droit de l'Union », *a fortiori* s'agissant d'une loi qui met en œuvre le principe d'égalité ⁽⁸²⁾.

Les affaires touchant à des compétences régaliennes des Etats membres témoignent également de la réserve de la Cour de justice et, partant, de la mise en œuvre d'un contrôle bien peu exigeant, les Etats contestant d'ailleurs sa compétence.

Audacieuse, dans l'arrêt *Sirdar*, lorsqu'il s'agit d'affirmer que la situation en jeu entre dans le champ d'application du droit communautaire en affirmant que les décisions des Etats membres en matière d'accès à l'emploi, de formation professionnelle et de conditions de travail dans les forces armées dans le but d'assurer l'efficacité au combat « ne sont pas, de manière générale, en dehors du champ d'application du droit communautaire », la Cour reconnaît, cependant une « certaine marge d'appréciation » aux Etats lorsqu'ils adoptent des mesures pour garantir leur sécurité publique ⁽⁸³⁾. Et lorsqu'elle vérifie si la mesure en cause est appropriée et nécessaire, elle fait preuve d'une grande compréhension en jugeant l'exclusion des femmes de certaines unités d'élite, afin d'en assurer l'efficacité au combat, compatible avec la directive 76/207/CEE du Conseil, du 9 février 1976. La Cour se limite, en effet, à affirmer que « faisant usage de la marge d'appréciation dont elles disposent quant à la possibilité de maintenir l'exclusion en cause compte tenu de l'évolution sociale, les autorités compétentes ont pu, sans méconnaître le principe de proportionnalité, considérer que les conditions spécifiques d'intervention des unités d'assaut que constituent les Royal Marines, et en particulier la règle de l'« interopérabilité » à laquelle elles sont soumises, justifiaient que leur composition demeurât exclusivement masculine » ⁽⁸⁴⁾.

L'arrêt *Delvigne* fournit une autre illustration intéressant le droit de vote aux élections au Parlement européen des citoyens européens, garanti par l'article 39 § 2 de la Charte. Alors que la Cour adopte ici aussi une approche extensive de la notion de « mise en œuvre du droit de l'Union » au sens de l'article 51 § 1 de la Charte, en considérant qu'une décision de radiation des listes électorales adoptée par les autorités d'un Etat membre en raison de la condamnation pénale pour crime grave de l'intéressé, entraînant la perte de son droit de vote aux élections au Parlement européen, relève bien du champ d'application du droit de l'Union, elle adopte une approche prudente s'agissant du fond ⁽⁸⁵⁾. A ses yeux, la limitation litigieuse « s'avère proportionnée, dès lors qu'elle prend en compte la nature et la gravité de l'infraction pénale commise ainsi que la durée de la peine » ⁽⁸⁶⁾. L'interdiction du droit de vote ne concerne, en effet, que les personnes condamnées en raison d'une infraction passible d'une peine privative de liberté d'au moins cinq années et pouvant aller jusqu'à la réclusion à perpétuité. En outre, il existe une possibilité d'obtenir le relèvement de la peine complémentaire de dégradation civique conduisant à la privation de son droit de vote. Le contrôle est donc limité à la proportionnalité de l'atteinte sans doute en lien avec le fait qu'est en cause, ici, le droit pénal de l'Etat concerné.

On le voit, comme la Cour de Strasbourg, la Cour de justice de l'Union européenne effectue un contrôle des restrictions à l'exercice des droits fondamentaux dont les modalités et, partant, l'intensité varient considérablement en fonction de différents paramètres, parmi lesquels la nature du droit et le domaine en cause revêtent un caractère décisif.

⁽¹⁾ CJUE, 24 novembre 2011, aff. C-70/10. Etait en cause le refus d'une société de mettre en place un système de filtrage des communications électroniques afin d'empêcher les échanges de fichiers portant atteinte aux droits d'auteur.

⁽²⁾ CJUE, 29 avril 2015, aff. C-528/13.

⁽³⁾ Aux termes de l'article 6 § 1 du traité sur l'Union européenne (TUE), les droits, les libertés et les principes consacrés par la Charte doivent être interprétés « en prenant dûment en considération les explications visées dans la Charte, qui indiquent les sources de ces dispositions ».

⁽⁴⁾ CJCE, 13 juillet 1989, aff. 5/88, point 18.

⁽⁵⁾ CJCE, 13 avril 2000, aff. C-292/97, point 45.

⁽⁶⁾ Les valeurs sont également visées dans l'article 3 du TUE relatif aux objectifs de l'UE et les principes démocratiques sont affirmés notamment dans les articles 9 et 10 du traité. Par ailleurs, la Cour se réfère parfois à la société démocratique comme, par exemple, dans l'arrêt *Volker und Markus Schecke GbR et Eifert* (CJUE, gr. ch., 9 novembre 2010, aff. C-92/09 et C-93/09, point 79) ou dans l'arrêt *Tele2 Sverige AB et a.* (CJUE, gr. ch., 21 décembre 2016, aff. C-203/15 et C-698/15, point 95, expression figurant dans la directive 2002/58 du Parlement et du Conseil, du 12 juillet 2002 dite « directive vie privée et communications électroniques »).

⁽⁷⁾ CJCE, 14 mai 1974, aff. 4/73, point 14.

⁽⁸⁾ CJUE, gr. ch., 20 mars 2018, *Garlsson Real Estate SA et a.*, aff. C-537/16, point 45.

⁽⁹⁾ En identifiant une atteinte à la substance du droit à la liberté de circulation dans l'arrêt *Watson et Bellman*, même si la Cour ne s'y réfère pas expressément, D. Simon paraît la lier à la radicalité de l'atteinte (« Le contrôle de proportionnalité exercé par la Cour de justice des Communautés européennes », *Les Petites Affiches*, 5 mars 2009, p. 23). La Cour affirme, en l'espèce, que, « parmi les sanctions rattachées à l'inobservation des formalités de déclaration et d'enregistrement prescrites, l'expulsion serait certainement incompatible, pour les personnes protégées par le droit communautaire, avec les dispositions du traité, étant donné qu'une telle mesure constitue la négation du droit même conféré et garanti par le traité ». Etaient en cause les modalités de contrôle du respect des formalités relatives à l'obligation de signaler leur présence que les Etats peuvent imposer aux résidents hébergeant des ressortissants d'autres Etats membres (CJCE, 7 juillet 1976, aff. 118-75, point 20).

⁽¹⁰⁾ CJUE, gr. ch., 6 octobre 2015, aff. C-362/14.

⁽¹¹⁾ Points 94 et 95.

⁽¹²⁾ CJUE, 18 juillet 2013, aff. C-426/11.

⁽¹³⁾ Points 28, 34 et 35. En revanche, dès lors que le droit national offre au cessionnaire, postérieurement au transfert, des possibilités d'adaptation aussi bien consensuelle qu'unilatérale », il n'y a pas d'atteinte à la substance de la liberté d'entreprise (CJUE, 27 avril 2017, *Asklepios Kliniken Langen-Seligenstadt GmbH*, aff. C-680/15 et C-681/15, point 29).

⁽¹⁴⁾ CJUE, gr. ch., 8 avril 2014, aff. C-293/12 et C-594/12, point 39. Dans le même sens, CJUE, *Tele2 Sverige AB et a.*, préc., point 101, à propos de la conservation du contenu de communications.

⁽¹⁵⁾ Arrêt précité, point 40. Voy. aussi, parmi d'autres, CJCE, 6 mars 2001, *Connolly*, aff. C-274/99 P, point 152, à

propos du droit à la liberté d'expression ; CJUE, gr. ch., 22 janvier 2013, *Sky Österreich GmbH*, aff. C-283/11, point 49, à propos de la liberté d'entreprise.

(16) CJCE, 13 décembre 1979, aff. 44/79.

(17) Pour la Cour, « la restriction apportée à l'usage de la propriété par l'interdiction de plantations nouvelles de vignes édictée, pour une période limitée, par le règlement n° 1162/76, est justifiée par les objectifs d'intérêt général poursuivis par la Communauté et ne porte pas atteinte à la substance du droit de propriété tel qu'il est reconnu et garanti dans l'ordre juridique communautaire » (point 30).

(18) Point 19.

(19) Pour d'autres exemples, voy., parmi d'autres, CJCE, 17 octobre 1995, *The Queen c/ Fishermen's Organisations et a.*, aff. C-44/94, points 55-56 ou *Booker Aquaculture Ltd et a.*, aff. C-20/00 et C-64/00, point 68.

(20) CJCE, 30 juillet 1996, aff. C-84/95, point 26.

(21) CJCE, gr. ch., aff. C-402/05 P et C-415/05 P, points 357-358.

(22) Trib., 23 mai 2013, *Trabelsi et a.*, aff. T-187/11, point 81.

(23) Cour EDH, 23 septembre 1982, *Sporrong et Lönnroth c/ Suède*, § 63.

(24) CJCE, 29 novembre 1956, *Fédération charbonnière de Belgique*, aff. 8-55 ; 11 juillet 1989, *Schräder*, aff. 265/87, point 21.

(25) Parmi d'autres, CJCE, 20 mai 2003, *Österreichischer Rundfunk et a.*, aff. C-465/00, C-138/01 et C-139/01.

(26) Cour EDH, gr. ch., 4 décembre 2008, § 102.

(27) Points 47-48.

(28) Arrêt précité, point 47.

(29) La Cour renvoie également sur ce point à l'arrêt précité *S. et Marper* (§ 99), point 54.

(30) Voy. notre communication sur le contrôle de l'objectif poursuivi.

(31) Parmi d'autres, CJUE, gr. ch., 22 janvier 2019, *Cresco Investigation GmbH*, aff. C-193/17. Etait en cause l'octroi d'un jour de congé le Vendredi saint aux travailleurs membres de certaines églises chrétiennes aux fins de tenir compte de l'importance pour ces derniers des célébrations religieuses associées à cette journée. La Cour concentre son examen sur le fait de déterminer si la mesure litigieuse est nécessaire à la protection de la liberté de religion (points 59-68).

(32) CJUE, gr. ch., 5 juin 2018, aff. C-673/16.

(33) Points 43, 44 et 46.

(34) CJUE, 17 octobre 2013, aff. C-291/12. Pour un autre exemple, CJUE, *Volker und Markus Schecke GbR et a.*, préc..

(35) Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données.

(36) Points 46-64. Pour d'autres exemples, voy. arrêt précité *Digital Rights Ireland Ltd*, points 45 à 69 ou arrêt *Di Puma et a.* relatif à l'interprétation de la directive 2014/57/UE, du 16 avril 2014, relative aux sanctions pénales applicables aux abus de marché à la lumière de l'article 50 de la Charte (CJUE, gr. ch., aff. C-596/16 et C-597/16, points 40 à 44).

(37) Arrêt précité, points 46, 48, 51 et 56.

(38) Voy. aussi CJUE, gr. ch., 20 mars 2018, *Menci*, aff. C- 524/15, points 40 à 64.

(39) Comme cela a été souligné (voy. notre communication sur le contrôle de l'objectif poursuivi), l'importance de l'objectif visé est également prise en compte.

(40) Arrêt précité, point 48. Dans le même sens, CJUE, *Tele2 Sverige AB*, préc., point 100.

(41) Directive concernant les normes relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir bénéficier d'une protection internationale, à un statut uniforme pour les réfugiés ou les personnes pouvant bénéficier de la protection subsidiaire, et au contenu de cette protection.

(42) CJUE, aff. C-473/16, points 60-61.

(43) CJUE, gr. ch., 22 janvier 2013, préc., points 45 et 46.

(44) Point 52.

(45) Point 66.

(46) Points 72 et 73. Article 5, § 3, c) et d) de la directive 2001/29/CE, du Parlement européen et du Conseil, du 22 mai 2001, sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information.

(47) Point 74. Cour EDH, 10 janvier 2003, § 39 relatif à la nécessité de prendre en compte la nature du discours en cause aux fins de déterminer l'intensité du contrôle.

(48) Points 75 et 76. Pour une approche analogue, voy., parmi d'autres, CJUE, gr. ch., 29 juillet 2019, *Spiegel Online GmbH*, aff. C-516/17.

(49) CJUE, 17 octobre 2013, aff. C-101/12.

(50) Points 28, 47 et 48.

(51) Point 42.

(52) Points 57-75. Le contrôle peut aussi être « allégé » lorsque sont en cause des questions scientifiques complexes, voy., par exemple, l'arrêt précité *Léger* dans lequel la Cour fait largement reposer sur la juridiction de renvoi la tâche de déterminer si l'exclusion permanente du don du sang des hommes ayant eu des rapports homosexuels est proportionnée au regard de l'objectif de protection de la santé des receveurs, en d'autres termes s'il n'existe pas des techniques efficaces de détection du VIH moins contraignantes.

(53) CJUE, 4 mai 2016, *Philip Morris Brands SARL et a*, aff. C-547/14. Voy. *infra* dans le même sens à propos du contrôle du respect du « juste équilibre ».

(54) Par exemple, CJUE, gr. ch., 14 octobre 2014, *Giordano*, C-611/12 P, point 49.

(55) CJUE, gr. ch., 8 juin 2010, *Vodafone Ltd et a*, aff. C-58/08, point 52.

(56) CJCE, 17 décembre 1970, aff. 11-70, point 4, la sauvegarde des droits fondamentaux « doit être assurée dans le cadre de la structure et des objectifs de la Communauté ». Aussi, parmi d'autres, *Wachauf*, préc., point 18.

(57) Dans certains cas, cependant, la Cour de justice indique vérifier le caractère approprié et nécessaire de la restriction en cause mais sans expliciter son raisonnement et distinguer les étapes du contrôle (voy., par exemple, CJCE, 17 décembre 1998, *Demand*, aff. C-186/96, allégation de violation du droit de propriété résultant de l'application d'un règlement visant à remédier à la situation excédentaire du marché laitier *via* le retrait définitif d'un pourcentage des quantités de référence supplémentaires qui est jugé approprié et nécessaire, ou arrêt *Internationale Handelsgesellschaft*, préc., point 12).

(58) CJUE, 17 mars 2011, *AJD Tuna*, aff. C-221/09, points 80-81.

(59) Point 28. Par ailleurs, le libre exercice des activités professionnelles n'est pas non plus violé.

Voy aussi., par exemple, CJCE, *Booker Aquaculture Ltd*, préc., atteinte alléguée au droit de propriété par une société élevant des turbots du fait de l'absence d'indemnisation des pertes résultant de la destruction de poissons imposée en application de directives. La Cour relève l'existence d'un « large pouvoir d'appréciation du législateur en matière de politique agricole », qui lui permet de ne pas prévoir d'indemnisation du préjudice en jeu (point 85) ; CJCE, *The Queen c/ National Federation of Fishermen's Organisations et a*, préc., contrôle limité à l'erreur manifeste d'appréciation d'une allégation de violation du droit de propriété et du libre exercice des activités professionnelles résultant de la fixation du nombre annuel de jours que certains navires de pêche peuvent passer en mer, mesure visant à l'amélioration structurelle de la politique communautaire de la pêche. Ici, au regard de l'importante liberté d'appréciation des Etats dans le choix des mesures, les mesures britanniques n'excèdent pas le pouvoir d'appréciation qui leur est reconnu ; CJCE, gr. ch., 14 décembre 2004, *Swedish Match AB et a* : allégation de violation du droit de propriété et du libre exercice d'une activité professionnelle en raison de l'interdiction de

commercialiser les produits du tabac à usage oral prévue par une directive, restriction ne présentant pas un caractère « manifestement inapproprié » ou « inapproprié » par rapport à l'objectif de garantir un niveau élevé de protection de la santé (aff. C-210/03, points 58 et 74).

⁽⁶⁰⁾ Arrêt préc. *Giordano*, points 48 et 50 et arrêt préc. *AJD Tuna*, points 77 à 85.

⁽⁶¹⁾ Voy. également *supra*.

⁽⁶²⁾ CJCE, 25 mars 2004, aff. C-71/02, point 51.

⁽⁶³⁾ CJUE, 17 décembre 2015, aff. C-157/14, points 75, 76, 81 et 84. Dans le même sens, CJUE, 6 septembre 2012, *Deutsches Weintor*, aff. C-544/10.

⁽⁶⁴⁾ En ce domaine, la compétence de la CJUE demeure très limitée (voy. article 275 du TFUE).

⁽⁶⁵⁾ Voy. notre communication sur le contrôle de l'objectif poursuivi.

⁽⁶⁶⁾ Arrêt précité, points 23, 25 et 26.

⁽⁶⁷⁾ CJCE, gr. ch., 3 septembre 2008, aff. C-402/05 P et C-415/05 P, notamment points 361 et 363. La Cour évoque le caractère « fondamental pour la communauté internationale » de l'objectif poursuivi.

⁽⁶⁸⁾ *Ibid.*, points 359 à 366.

⁽⁶⁹⁾ T., 14 octobre 2009, aff. T-390/08, points 66, 68 et 70.

⁽⁷⁰⁾ CJUE, 1er février 2007, *Sison*, aff. C-266/05 P, point 33 et

⁽⁷¹⁾ Trib., 12 décembre 2006, *Organisation des Modjahedines du peuple d'Iran*, aff. T-228/02, point 159.

⁽⁷²⁾ CJUE, *Sison*, préc., point 33 et CJUE, 28 novembre 2013, *Manufacturing Support & Procurement Kala Naft Co.*, aff. C-348/12 P, point 120.

⁽⁷³⁾ Trib., *Organisation des Modjahedines du peuple d'Iran*, préc., point 154.

⁽⁷⁴⁾ CJUE, gr. ch., 18 juillet 2013, *Commission et a. c/ Kadı* aff. C-584/10 P, C-593/10 P et C-595/10 P, point 119.

⁽⁷⁵⁾ Voy. la communication de Frédéric Sudre sur le contrôle de proportionnalité dans le cadre de la CEDH.

⁽⁷⁶⁾ Voy. *supra*, arrêt *Schaible*.

⁽⁷⁷⁾ Trib., 26 septembre 2014, aff. T-614/13.

⁽⁷⁸⁾ Points 59 et 62, 63.

⁽⁷⁹⁾ Point 77.

⁽⁸⁰⁾ CJCE, 2 octobre 2003, point 25.

⁽⁸¹⁾ CJUE, 22 décembre 2010, *Sayn-Wittgestein*, aff. C-208/09, point 87, refus opposé à une Autrichienne d'inscrire au registre de l'état civil le nom de famille Fürstin von Sayn-Wittgenstein, acquis en Allemagne, fondé sur la loi d'abolition de la noblesse interdisant aux citoyens autrichiens de porter des titres de noblesse.

⁽⁸²⁾ Point 83. Voy. aussi CJUE, 2 juin 2016, *Nabiel Peter Bogendorff von Wolffersdorff*, aff. C-438/14.

⁽⁸³⁾ CJCE, 26 octobre 1999, aff. C- 273/97, points 20 et 27.

⁽⁸⁴⁾ Point 31. *A contrario*, une exclusion totale des femmes des emplois militaires comportant l'utilisation d'armes viole la directive de 1976 (CJCE, 11 janvier 2000, *Kreil*, aff. C-285/98).

⁽⁸⁵⁾ CJUE, gr. ch., 6 octobre 2015, aff. C-650/13.

⁽⁸⁶⁾ Point 49. Etait en cause le refus d'autoriser des enfants, résidant en Belgique et ayant la double nationalité belge et espagnole, à porter à la fois le nom de leur père Garcia Avello et de leur mère Weber soit Garcia Weber selon le droit espagnol. En s'appelant Garcia Avello, ces derniers pouvaient être identifiés comme le frère et la sœur de leur père.

Les techniques - L'atteinte à la substance du droit et le contrôle de proportionnalité par le Conseil constitutionnel

V. Goesel-Le Bihan

Professeure de droit public
Université Lumière Lyon 2

Comment traiter ce sujet sans me répéter et ennuyer ainsi mes auditeurs ? Puisque nous sommes dans le cadre des Transversales, autant se jeter à l'eau... et partir du droit européen. Si le Conseil constitutionnel a étendu le champ du contrôle de proportionnalité au fil des décennies et multiplié les considérants sectoriels applicables à un droit ou une liberté, il manque en effet à sa jurisprudence un considérant général qui en expose les critères de variation et permette d'en améliorer la compréhension. Telle est ma conviction, que plusieurs décennies d'analyse de la jurisprudence du Conseil n'ont fait que conforter. Or, ces critères, en fonction desquels varient les éléments et l'intensité du contrôle exercé, ne coïncident-ils pas avec ceux que les deux Cours européennes ont justement exposés dans une formulation générale que l'on vient d'étudier ⁽¹⁾? Ma démarche doit être bien comprise : il s'est en réalité agi, en partant de la jurisprudence du Conseil et de ce que je croyais en comprendre, de mettre au jour les critères de variation qui la gouvernent, pour constater qu'elle retrouvait - avec d'inévitables particularités de mise en oeuvre - ceux déjà explicités dans la jurisprudence européenne. Le droit européen, donc, mais dans une démarche un peu proustienne, comme trame retrouvée d'une approche dont les contours communs sont apparus au fil de la recherche, recherche que j'exposerai aujourd'hui en commençant directement par la fin. Le temps retrouvé - et tout de suite - plutôt que le temps perdu...

Commençons par le premier critère de variation, celui de la nature des droits. Il existe sans conteste dans la jurisprudence du Conseil des droits de premier et de second rang, entre lesquels ont été intercalés des droits de rang intermédiaire. Distinction-matrice dans laquelle la jurisprudence ultérieure est restée enchâssée, même si les frontières entre les différents droits ont évolué et si les caractéristiques du contrôle exercé ont pris des allures nouvelles. Les droits de premier rang que sont la liberté de communication et la liberté individuelle ont ainsi pour particularité d'être - au minimum - l'une des garanties du respect des autres droits et libertés et, en tant que tels, font l'objet d'un contrôle approfondi : il est non seulement entier, c'est-à-dire non restreint à la sanction des seules disproportions manifestes, mais aussi, à partir des décisions *Rétention de sûreté* de 2008 ⁽²⁾ et *Hadopi* de 2009 ⁽³⁾, constitué des trois éléments issus de la rationalisation allemande que sont l'adéquation, la nécessité et la proportionnalité stricto *sensu*. Les droits intermédiaires, c'est-à-dire ceux qui relèvent de la sécurité juridique, font l'objet d'un contrôle pour l'essentiel identique - même si le contrôle de la nécessité n'apparaît pas de manière explicite dans les différents considérants de principe qui les concernent - et les autres droits, de second rang, doivent se contenter d'un contrôle le plus souvent restreint et limité aux deux éléments que sont l'adéquation et la proportionnalité au sens strict.

La permanence de cette distinction de traitement cache pourtant des évolutions bien réelles et qui ne vont pas dans le sens d'un approfondissement du contrôle exercé.

- D'une part, **si les droits de premier rang sont restés les mêmes, leurs frontières ont été restreintes** je pense ici à la liberté individuelle, qui exclut désormais l'inviolabilité du domicile, le secret des correspondances, le droit au respect de la vie privée et la liberté d'aller et de venir - ou ont été entendues restrictivement - je pense ici à la liberté de communication, dont le régime de protection n'a pas été étendu à la liberté de réunion en dépit de leur rattachement commun à l'article 11 de la Déclaration ⁽⁴⁾. Avec cette conséquence, très facilement observable, d'une extension corrélative du contrôle restreint, que la jurisprudence relative à l'état d'urgence a bien mise en lumière, et un transfert de l'exigence de nécessité sur les mesures d'application, et donc sur les juridictions administratives appelées à en contrôler la légalité.

- D'autre part, l'exercice du **contrôle de la nécessité**, qui suppose, dans la jurisprudence du Conseil, de rechercher s'il n'existe pas de mesure alternative moins contraignante, et dont l'existence est un marqueur de cette distinction entre les différents types de droits, a connu ces deux dernières années un certain succès, mais qui s'est accompagné - dans l'un des commentaires autorisés - d'un rétropédalage qui aboutit en réalité à sa neutralisation. En effet, si le Conseil a considéré comme non nécessaires, tant une mesure législative inutile, parce que déjà prévue par la législation en vigueur ⁽⁵⁾, qu'une mesure législative "de trop", s'ajoutant à de multiples possibilités d'action déjà ouvertes aux autorités judiciaires et administratives ⁽⁶⁾, il a, semble-t-il, estimé - si l'on en croit le commentaire autorisé de la dernière décision rendue ⁽⁷⁾ - que l'absence de nécessité ne suffisait pas à emporter l'inconstitutionnalité de la disposition concernée et qu'elle devait donc s'accompagner d'une autre manifestation de

la disproportion, inadéquation ou disproportion au sens strict - dans le cadre d'une "approche globale" tout droit sortie des limbes d'une jurisprudence constitutionnelle que l'on croyait révolue ⁽⁸⁾. Dans deux décisions de 2016 relatives à la liberté individuelle, il avait pourtant énoncé une réserve d'interprétation qui permettait d'en assurer le respect, précisant que "les dispositions contestées ne sauraient, sans imposer une rigueur non nécessaire méconnaissant la liberté individuelle [...] être interprétées comme excluant la possibilité [...] de laisser la personne réclamée en liberté sans mesure de contrôle dès lors que celle-ci présente des garanties suffisantes de représentation" ⁽⁹⁾ alors que les dispositions législatives concernées n'envisageaient que l'incarcération ou des mesures alternatives moins contraignantes (contrôle judiciaire, assignation à résidence). L'une des dernières décisions rendues, qui concerne la liberté de communication et la *présence des journalistes au cours d'une perquisition*, ajoute, quant à elle, une subtilité en considérant qu'une interdiction de principe, qui résulte d'une interprétation de la Cour de cassation et qui est jugée nécessaire par le Conseil, pourrait être assortie par le législateur de dérogations supplémentaires ⁽¹⁰⁾.

Poursuivons maintenant par la nature et la gravité de l'ingérence. Seule la gravité de la restriction a été invoquée de façon explicite par le Conseil pour justifier l'exercice d'un contrôle de proportionnalité particulièrement approfondi : c'était dans la décision *Rétention de sûreté*, afin de justifier le premier contrôle de la nécessité explicitement exercé par le Conseil. On se souvient peut-être du considérant en cause : "qu'en 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" ⁽¹¹⁾. On retiendra toutefois que cette restriction, qui n'a jamais été étendue à la liberté de communication, n'a plus été mentionnée dans les décisions ultérieures relatives à la liberté individuelle. Est-ce parce que la liberté individuelle s'est parallèlement réduite à peau de chagrin, ne couvrant plus que les seules privations de liberté, qui sont toujours graves ? On remarquera toutefois que la prise en compte de la gravité est parfois implicite, comme en témoigne la décision de 2015 *Assignations à résidence dans le cadre de l'état d'urgence* ⁽¹²⁾ dans laquelle le Conseil exerce un contrôle entier de la disposition législative qui n'autorise pourtant qu'une restriction à la liberté d'aller et de venir, mais dont la rigueur est telle que l'extension de sa durée quotidienne maximale - au-delà de 12 heures, précise le Conseil - la transformerait à ses yeux en mesure privative de liberté relevant de l'article 66 de la Constitution ⁽¹³⁾. La liberté d'aller et de venir nous offre également un exemple de prise en compte de la nature de la mesure concernée. Dans une décision en date de 2018 *Droit départemental de passage sur les ponts reliant une île maritime au continent* ⁽¹⁴⁾, il énonce en effet une formulation de principe spécifique aux "atteintes portées à l'exercice de cette liberté par l'institution d'une imposition", à l'égard desquelles il exerce également un contrôle entier. Où l'on comprend que le critère de la nature du droit en cause, qui est un premier facteur de détermination du contrôle exercé, peut être neutralisé par le juge et, en raison de la gravité ou de la nature de la restriction, laisser ainsi la place à un contrôle plus approfondi. Depuis la décision de 2012 *Loi relative à la protection de l'identité*, le droit à la protection des données personnelles, protégé au titre du droit au respect de la vie privée, en offre d'ailleurs un second exemple, les restrictions qui lui sont apportées faisant également l'objet d'une formulation de principe spécifique et d'un contrôle le plus souvent entier ⁽¹⁵⁾.

Reste l'objectif poursuivi, qui est également un facteur de variation du contrôle exercé par le Conseil, qu'il agisse dans le sens de son approfondissement lorsque celui-ci est normalement restreint, ou au contraire dans le sens de son allègement, lorsque celui-ci est normalement entier. Attention, ici commence le règne du non-dit intégral. A notre connaissance, aucune décision ne peut en effet être citée en ce sens, même si ce facteur joue assurément. Il explique d'abord les variations du contrôle exercé sur les restrictions apportées à la liberté d'entreprendre : le contrôle de proportionnalité, au départ intégralement restreint, y est en effet devenu entier à partir de 2010 lorsque l'objectif poursuivi n'est pas de valeur constitutionnelle, mais est un intérêt général simple ⁽¹⁶⁾. On peut donc s'étonner qu'en dépit de l'adoption de la Charte, la préservation de l'environnement n'ait pas acquis valeur constitutionnelle dans la jurisprudence du Conseil, conservant ainsi à ce dernier un droit de contrôle approfondi sur les restrictions qui lui sont apportées en son nom par le législateur. S'il est le plus souvent appliqué à la liberté d'entreprendre, ce facteur de variation du contrôle exercé ne semble en revanche pas avoir atteint le droit de propriété, dont les oscillations - tantôt contrôle restreint, tantôt contrôle entier - défient, me semble-t-il, toute tentative de systématisation : devenu entier à partir de 2010, il est à nouveau en partie restreint depuis 2015 sans que l'on comprenne les nouvelles lignes de partage qui sont désormais à l'oeuvre : la poursuite d'objectifs de valeur constitutionnelle - comme la possibilité pour toute personne de disposer d'un logement décent - donne parfois lieu à un contrôle entier ⁽¹⁷⁾, alors que celle d'intérêts généraux simples peut donner lieu à un contrôle restreint ⁽¹⁸⁾. Ce facteur de variation joue-t-il en revanche lorsqu'est en cause le droit à la protection des données personnelles, quelques décisions récentes étant revenues à un contrôle restreint alors que l'objectif poursuivi était de valeur constitutionnelle, en particulier de protection de la santé dans celle du 21 janvier 2016 *Loi de modernisation de notre système de santé* ⁽¹⁹⁾? Là encore, la question est posée, mais reste pour l'heure sans réponse. La dernière hypothèse dans laquelle ce facteur joue à l'évidence, mais qui aurait également pu être étudiée comme illustration du jeu de la nature de la restriction concernée, est celle des mesures de police administrative et judiciaire. Les dispositions législatives qui les prévoient font en effet l'objet d'un contrôle distinct,

restreint pour les premières et entier pour les secondes. Si la prise en compte de l'objectif poursuivi est ici nette, on peine en revanche à comprendre pourquoi ces objectifs de valeur constitutionnelle, de répression des infractions dans le premier cas et de prévention des atteintes à l'ordre public dans le second, justifient des contrôles distincts, sauf à considérer que la prévention, plus difficile à mettre en oeuvre en particulier en ces temps de forte menace terroriste, doit pouvoir être mise en oeuvre avec davantage de marge d'appréciation par le législateur ⁽²⁰⁾.

Disons enfin quelques mots du domaine concerné qui, à l'image de l'objectif poursuivi, n'est jamais explicitement mentionné comme critère de variation du contrôle exercé, mais qui joue également dans la jurisprudence du Conseil - surtout, me semble-t-il, lorsque le principe d'égalité est en cause. Aucun contrôle de l'adéquation d'une différence de traitement n'est ainsi exercé lorsqu'est en cause une question de société, comme le montrent les décisions QPC du 6 octobre 2010 *Adoption au sein d'un couple non marié* ⁽²¹⁾ et du 28 janvier 2011 *Interdiction du mariage entre personnes de même sexe* ⁽²²⁾.

Démarche un peu proustienne, disais-je, mais en commençant par la fin, le droit européen me servant d'emblée de trame pour tenter d'éclairer la jurisprudence du Conseil. Quel est enfin le champ d'application du contrôle de proportionnalité ? Y-a-t-il encore une place pour un contrôle plus fruste, de la seule dénaturation du droit concerné, qui en sanctionnerait les seules atteintes graves : celles qui en dénaturent "le sens et la portée" et l'atteignent dans sa "substance" même ? La réponse est positive, même si cette place s'est considérablement réduite lorsqu'au tournant des années 2000, l'ensemble des droits de second rang - dont le droit de propriété, la liberté d'entreprendre et le droit au recours - a été soumis à un contrôle de proportionnalité ⁽²³⁾, pour renaître au fil des révisions ultérieures de la Constitution lorsque la consécration de droits nouveaux s'est accompagnée de la volonté de laisser au législateur une importante marge d'appréciation dans la fixation de leurs conditions d'exercice et/ou de leurs limites. Si l'on prend l'exemple de la Charte de l'environnement, ce sont les droits à l'information et à la participation reconnus à son article 7, le droit à la prévention reconnu à ses articles 1er et 3, mais aussi le droit d'agir en responsabilité sur le fondement de l'obligation de vigilance dégagée par le Conseil à partir de ses articles 1er et 2 qui ont fait l'objet d'un tel contrôle ⁽²⁴⁾. Les droits-créances constituent toutefois l'élément fixe de cet ensemble. Le contrôle de la dénaturation permettrait en effet de sanctionner - violation qui n'a jamais constatée pour l'instant - leur insuffisante protection, c'est-à-dire le dépassement d'un seuil minimal de protection. Dès lors qu'elle ne serait pas constitutive d'une privation de garantie légale sanctionnable *via* l'incompétence négative, elle dénaturerait ainsi le droit concerné et emporterait par conséquent sa violation directe. Un contrôle restreint de l'adéquation des mesures restrictives adoptées par le législateur est toutefois exercé dans certaines décisions ⁽²⁵⁾, quand il ne s'agit pas d'un contrôle entier de proportionnalité ⁽²⁶⁾, ce qui laisse peut-être penser à une application progressive de ce contrôle - au moins partielle - à ce type particulier de droits ⁽²⁷⁾.

Quelques mots enfin de la QPC : si le Conseil a décidé d'y exercer le même contrôle de proportionnalité qu'en DC - le contrôle de l'adéquation, en particulier, ne permet pas d'y sanctionner une irrationalité que seule l'application de la mesure mettrait en lumière ⁽²⁸⁾ - il n'en a pas moins été amené à concrétiser son exercice. On pense ici à la nécessaire prise en compte d'un changement de circonstances de fait, comme dans la décision *Garde à vue* de 2010 ⁽²⁹⁾, ou - moins explicite dans les décisions, mais parfois opérée par les avocats lors de l'audience publique - à la possible confrontation d'une disposition législative lacunaire à la réalité, parfois assez surréaliste, qu'elle autorise, comme le révèle la vidéo de l'audience ayant abouti à la décision d'inconstitutionnalité du 11 janvier 2018 *Contrôles d'identité, fouilles de bagages et visites de véhicules dans le cadre de l'état d'urgence* ⁽³⁰⁾. Autant le contrôle de la nécessité est un contrôle qui met en relation la norme contrôlée et celles qui sont déjà en vigueur, autant celui de la proportionnalité au sens strict, qui intègre celui du champ d'application de la mesure restrictive et des garanties qu'elle comporte, invite en effet à prendre en compte les éventuels effets délétères que le temps de l'application de la loi aura pu dévoiler.

S'achève ainsi notre tentative, celle d'opérer ce "sectionnement" dans les choses, qui nous débarrasse de leur apparence coutumière et nous permet d'apercevoir les analogies dont parle le narrateur dans la Recherche.

⁽¹⁾Pour la CourEDH, v. l'arrêt *S. et Marper c. Royaume-Uni*, 4 décembre 2008, n° 30562/04 et 30566/04, § 102 et pour la CJUE, *Digital Rights Ireland Ltd*, 8 avril 2014, aff. C-293/12, § 47 ("dès lors que des ingérences dans des droits fondamentaux sont en cause, l'étendue du pouvoir d'appréciation du législateur de l'Union peut s'avérer limitée en fonction d'un certain nombre d'éléments, parmi lesquels figurent, notamment, le domaine concerné, la nature du droit en cause garanti par la Charte, la nature et la gravité de l'ingérence ainsi que la finalité de celle-ci (voir, par analogie, en ce qui concerne l'article 8 de la CEDH, arrêt Cour EDH, *S et Marper c. Royaume-Uni* [GC], nos 30562/04 et 30566/04, § 102, CEDH 2008-V)".

(2) Décision 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*, § 13.

(3) Décision n° 2009-580 DC du 10 juin 2009 *Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet* § 15.

(4) Décision n° 2016-535 QPC du 19 février 2016 *Police des réunions et des lieux publics dans le cadre de l'état d'urgence*, § 10 ("Considérant qu'il résulte de ce qui précède que les dispositions contestées, qui ne sont pas entachées d'incompétence négative, opèrent une conciliation qui n'est pas manifestement déséquilibrée entre le droit d'expression collective des idées et des opinions et l'objectif de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public").

(5) Déc. n° 2016-745 DC du 26/01/2017 *Loi relative à l'égalité et la citoyenneté*, § 195. La disposition contestée permettait "de réprimer la négation de certains crimes, lorsque cette négation constitue une incitation à la violence ou à la haine par référence à la prétendue race, la couleur, la religion, l'ascendance ou l'origine nationale, y compris si ces crimes n'ont pas fait l'objet d'une condamnation judiciaire". Or, rappelle le Conseil, "aux termes du septième alinéa de l'article 24 de la loi du 29 juillet 1881 actuellement en vigueur, est puni d'un an d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende le fait de provoquer à la discrimination, à la haine ou à la violence à l'égard d'une personne ou d'un groupe de personnes à raison de leur origine ou de leur appartenance ou de leur non-appartenance à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée. Dès lors, les dispositions introduites par le dernier alinéa du 2° de l'article 173, qui **répriment des mêmes peines des propos présentant les mêmes caractéristiques**, ne sont pas **nécessaires** à la répression de telles incitations à la haine ou à la violence"

(6) Décisions n° 2016-611 QPC du 10/02/2017 *Délit de consultation habituelle de sites internet terroristes I*, § 13 ("Dès lors, au regard de l'exigence de nécessité de l'atteinte portée à la liberté de communication, **les autorités administrative et judiciaire disposent, indépendamment de l'article contesté, de nombreuses prérogatives** non seulement pour contrôler les services de communication au public en ligne provoquant au terrorisme ou en faisant l'apologie et réprimer leurs auteurs, mais aussi pour surveiller une personne consultant ces services et pour l'interpeller et la sanctionner lorsque cette consultation s'accompagne d'un comportement révélant une intention terroriste, avant même que ce projet soit entré dans sa phase d'exécution) et n° 2017-682 QPC du 15/12/2017 *Délit de consultation habituelle de sites internet terroristes II*, § 13.

(7) P. 14 ("Le requérant, comme les associations intervenantes, distinguaient, dans leur recours, d'un côté la question de la nécessité de l'atteinte à la liberté de communication résultant des dispositions contestées, de l'autre celle de sa proportionnalité et de son adaptation. Selon eux, l'absence de nécessité suffisait à entraîner la censure de la disposition.

Une telle approche ne correspondait toutefois pas à celle que le Conseil constitutionnel avait retenue dans sa décision n° 2016-611 QPC précitée. Dans l'exercice de son contrôle de l'atteinte à la liberté de communication, le Conseil constitutionnel procède à une appréciation globale, examinant chacun de ces trois éléments avant de conclure si l'atteinte est constitutionnelle ou non").

(8) En ce sens, v. V. GOESEL-LE BIHAN, "Drôle de nécessité" *AJDA*, 19 février 2018, p. 1.

(9) Décision n° 2016-561/562 QPC du 9 septembre 2016 *Écrou extraditionnel*, § 12 ; Décision n° 2016-602 QPC du 9 décembre 2016 *Incarcération lors de l'exécution d'un mandat d'arrêt européen*, § 15 ("En premier lieu, les dispositions contestées ne sauraient, sans imposer une rigueur non nécessaire méconnaissant la liberté individuelle ni porter une atteinte disproportionnée à la liberté d'aller et venir, être interprétées comme excluant la possibilité pour le magistrat du siège, saisi aux fins d'incarcération dans le cadre de l'exécution d'un mandat d'arrêt européen, de laisser la personne recherchée en liberté sans mesure de contrôle dès lors que celle-ci présente des garanties suffisantes de représentation").

(10) Décision n° 2017-693 QPC du 2 mars 2018 *Présence des journalistes au cours d'une perquisition*, § 12 ("Il résulte de ce qui précède que, sans que cela interdise au législateur d'autoriser la captation par un tiers du son et de l'image à certaines phases de l'enquête et de l'instruction dans des conditions garantissant le respect des exigences constitutionnelles mentionnées ci-dessus, l'atteinte à l'exercice de la liberté d'expression et de communication qui résulte des dispositions contestées est nécessaire, adaptée et proportionnée à l'objectif poursuivi").

(11) Décision 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*, § 17.

(12) Décision n° 2015-527 QPC du 22 décembre 2015, § 14.

⁽¹³⁾"Considérant que les dispositions contestées permettent à l'autorité administrative prononçant une assignation à résidence d'accompagner cette mesure d'une astreinte à demeurer dans un lieu d'habitation déterminé pendant une plage horaire ne pouvant excéder douze heures par vingt-quatre heures, de prescrire à la personne assignée à résidence de se présenter aux services de police ou aux unités de gendarmerie jusqu'à trois fois par jour, de lui imposer de remettre à ces services son passeport ou tout document justificatif de son identité, de lui interdire de se trouver en relation, directement ou indirectement, avec certaines personnes dont il existe des raisons sérieuses de penser que leur comportement constitue une menace pour la sécurité et l'ordre public".

⁽¹⁴⁾Décision n° 2017-631 QPC du 24 mai 2017, § 10 à 14.

⁽¹⁵⁾Décision n° 2012-652 DC du 22 mars 2012 *Loi relative à la protection de l'identité* § 8 ("Considérant, en second lieu, que la liberté proclamée par l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 implique le droit au respect de la vie privée ; que, par suite, la collecte, l'enregistrement, la conservation, la consultation et la communication de données à caractère personnel doivent être justifiés par un motif d'intérêt général et mis en oeuvre de manière adéquate et proportionnée à cet objectif").

⁽¹⁶⁾En ce sens, v., entre autres, le commentaire autorisé de la décision n° 2014-701 DC du 9 octobre 2014 *Loi d'avenir pour l'agriculture, l'alimentation et la forêt*, p. 14 ("Lorsque la conciliation met en cause, non plus un principe constitutionnel, mais un motif d'intérêt général, le contrôle du Conseil constitutionnel tend à se renforcer").

⁽¹⁷⁾Décision n° 2016-581 QPC du 5 octobre 2016 *Obligation de relogement des occupants d'immeubles affectés par une opération d'aménagement*, § 14 ("Par conséquent [...] les dispositions contestées ne portent pas au droit de propriété une atteinte disproportionnée au regard de l'objectif poursuivi. Le grief tiré de la méconnaissance de l'article 2 de la Déclaration de 1789 doit donc être écart").

⁽¹⁸⁾Décision n° 2015-715 DC du 5 août 2015 *Loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques*, § 30 ("Considérant qu'en adoptant le 2° de l'article 39, le législateur a entendu corriger ou mettre fin aux accords et actes par lesquels s'est, dans le commerce de détail, constituée une situation de puissance économique portant atteinte à une concurrence effective dans une zone considérée se traduisant par des pratiques de prix ou de marges élevés en comparaison des moyennes habituellement constatées dans le secteur économique concerné ; qu'il a ainsi poursuivi un objectif de préservation de l'ordre public économique et de protection des consommateurs ; que, toutefois, d'une part, les dispositions contestées peuvent conduire à la remise en cause des prix ou des marges pratiqués par l'entreprise ou le groupe d'entreprises et, le cas échéant, à l'obligation de modifier, compléter ou résilier des accords ou actes, ou de céder des actifs alors même que la position dominante de l'entreprise ou du groupe d'entreprises a pu être acquise par les mérites et qu'aucun abus n'a été constaté ; que, d'autre part, les dispositions contestées s'appliquent sur l'ensemble du territoire de la France métropolitaine et à l'ensemble du secteur du commerce de détail, alors même qu'il ressort des travaux préparatoires que l'objectif du législateur était de remédier à des situations particulières dans le seul secteur du commerce de détail alimentaire ; qu'ainsi, eu égard aux contraintes que ces dispositions font peser sur les entreprises concernées et à leur champ d'application, les dispositions de l'article L. 752-26 du code de commerce portent tant à la liberté d'entreprendre qu'au droit de propriété une atteinte manifestement disproportionnée au regard du but poursuivi ; que, par suite et sans qu'il soit besoin d'examiner les autres griefs, le 2° de l'article 39 est contraire à la Constitution ; qu'il en va de même du 1° de ce même article, qui en est inséparable").

⁽¹⁹⁾Décision n° 2015-727 DC du 21 janvier 2016, *Loi de modernisation de notre système de santé* § 92 ("Considérant que l'obligation de rendre publics, sur un site internet public unique, l'objet précis, la date, l'identité du bénéficiaire direct, l'identité du bénéficiaire final, le montant, y compris les rémunérations et les avantages en nature ou en espèces, des conventions conclues par les entreprises produisant ou commercialisant des produits à finalité sanitaire destinés à l'homme ou assurant des prestations associées à ces produits avec les autres acteurs du secteur de la santé porte atteinte au droit au respect de la vie privée ; que cette publication est destinée à garantir l'exhaustivité des informations relatives à l'existence et à la nature des liens d'intérêt entre les professionnels de santé et ces entreprises ; que cette atteinte est justifiée par l'exigence constitutionnelle de protection de la santé et par l'objectif d'intérêt général de prévention des conflits d'intérêt ; que, eu égard aux exigences particulières qui pèsent sur les acteurs du secteur de la santé et à la gravité des conséquences des conflits d'intérêt dans ce secteur, le législateur a opéré une conciliation qui n'est pas manifestement déséquilibrée entre les principes constitutionnels en cause"). Dans le même sens, v. également, pour l'objectif de sauvegarde des intérêts fondamentaux de la Nation, la décision QPC du 21 octobre 2016 *Surveillance et contrôle des transmissions empruntant la voie hertzienne* et pour celui de lutte contre la fraude et l'évasion fiscales, la décision QPC du 21 octobre 2016 *Registre public des trusts*.

⁽²⁰⁾Cette distinction est exposée in V. GOESEL-LE BIHAN, "Le Conseil constitutionnel et le droit au respect de la vie privée", in "Vie privée. Quelle protection par le juge", Transversales 2017, à paraître.

⁽²¹⁾Décision n° 2010-39 QPC du 6 octobre 2010, cons. 9 ("Considérant, en second lieu, qu'en maintenant le

principe selon lequel la faculté d'une adoption au sein du couple est réservée aux conjoints, le législateur a, dans l'exercice de la compétence que lui attribue l'article 34 de la Constitution, estimé que la différence de situation entre les couples mariés et ceux qui ne le sont pas pouvait justifier, dans l'intérêt de l'enfant, une différence de traitement quant à l'établissement de la filiation adoptive à l'égard des enfants mineurs ; qu'il n'appartient pas au Conseil constitutionnel de substituer son appréciation à celle du législateur sur les conséquences qu'il convient de tirer, en l'espèce, de la situation particulière des enfants élevés par deux personnes de même sexe ; que, par suite, le grief tiré de la violation de l'article 6 de la Déclaration de 1789 doit être écarté")

⁽²²⁾Décision n° 2010-92 QPC du 28 janvier 2011, cons. 9 ("Considérant, d'autre part, que l'article 6 de la Déclaration de 1789 dispose que la loi « doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse » ; 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 ; qu'en maintenant le principe selon lequel le mariage est l'union d'un homme et d'une femme, le législateur a, dans l'exercice de la compétence que lui attribue l'article 34 de la Constitution, estimé que la différence de situation entre les couples de même sexe et les couples composés d'un homme et d'une femme peut justifier une différence de traitement quant aux règles du droit de la famille ; qu'il n'appartient pas au Conseil constitutionnel de substituer son appréciation à celle du législateur sur la prise en compte, en cette matière, de cette différence de situation").

⁽²³⁾Sur cette évolution, v. V. GOESEL-LE BIHAN, *Contentieux constitutionnel*, Ellipses, 2ème éd., 2016, n° 180.

⁽²⁴⁾Cette jurisprudence est présentée in V. GOESEL-LE BIHAN, *op. cit.*, n° 180.

⁽²⁵⁾En ce sens, v. la décision n° 2006-535 DC du 30 mars 2006 *Loi pour l'égalité des chances*, § 18 à 21 : à l'argument de la disproportion au regard de l'objectif poursuivi de la suppression de certaines garanties reconnues au salarié en cas de conclusion par un jeune d'un contrat première embauche, le Conseil répond par l'exercice d'un contrôle restreint de l'adéquation : "qu'ainsi, par sa finalité, l'article 8 tend à mettre en oeuvre, au bénéfice des intéressés, l'exigence résultant du cinquième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 ; que le Conseil constitutionnel ne dispose pas d'un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement ; qu'il ne lui appartient donc pas de rechercher si l'objectif que s'est assigné le législateur pouvait être atteint par d'autres voies, dès lors que les modalités retenues par la loi déferée ne sont pas manifestement inappropriées à la finalité poursuivie".

⁽²⁶⁾En ce sens, v. la décision n° 2010-622 DC du 28 décembre 2010 *Loi de finances pour 2011*, § 35 : Etait concernée une disposition imposant la vérification des conditions d'octroi de l'aide médicale de l'État (AME) avant la prise en charge des soins dont le coût est élevé. Or, le Conseil a estimé que "le législateur a adopté des mesures propres à assurer une conciliation qui n'est pas disproportionnée entre les exigences constitutionnelles, d'une part, de bon emploi des deniers publics et de lutte contre la fraude et, d'autre part, du droit à la protection de la santé".

⁽²⁷⁾Pour une présentation de cette jurisprudence, v. également V. GOESEL-LE BIHAN, *op. cit.*, n° 181.

⁽²⁸⁾En ce sens, v. la déc. n° 2011-123 QPC du 29 avril 2011, *Conditions d'octroi de l'allocation adulte handicapé*, § 4 : "qu'en excluant du bénéfice de cette allocation les personnes ayant occupé un emploi depuis une durée définie par décret, le législateur a fixé un critère qui n'est pas manifestement inapproprié au but poursuivi". V. également son commentaire p. 9 : "La décision manifeste ainsi le souci du Conseil constitutionnel d'assurer la cohérence entre le contrôle exercé a posteriori dans le cadre de la QPC et le contrôle exercé a priori sur le fondement de l'article 61 de la Constitution. Si le Conseil avait examiné la disposition en cause dans le cadre du contrôle a priori, il ne fait aucun doute qu'il ne l'eût pas censurée quelle qu'ait pu être, alors, sa conviction sur l'inopportunité de la disposition au regard du but poursuivi. En effet, considérée d'un point de vue abstrait, l'introduction de la durée d'inactivité comme un critère d'accès au bénéfice d'une prestation destinée à compenser l'inaptitude à l'emploi ne paraît pas contradictoire. Dans le contrôle a posteriori, le Conseil a tout le loisir de contempler, au vu de ses effets et des conditions dans lesquelles le législateur l'a supprimée, l'erreur d'appréciation commise alors. Toutefois, si le Conseil avait, comme le requérant l'invitait à le faire, tiré la conclusion que la différence de traitement alors instituée n'est pas en rapport avec l'objet de la loi, il aurait introduit une dissociation entre le contrôle abstrait a priori et le contrôle abstrait a posteriori. Ce n'est pas la solution retenue : l'éventuelle erreur du législateur ne peut pas constituer une cause d'inconstitutionnalité au seul motif qu'elle est susceptible d'être constatée a posteriori. Si, dans le cadre du contrôle a priori, le Conseil ne censure pas des dispositions qui lui paraissent inopportunes ou contreproductives, ce n'est pas parce qu'il craint de se tromper et qu'il hésite à contredire un législateur qui pourrait avoir raison. La retenue du Conseil constitutionnel tient à la nature de ses pouvoirs qui « ne sont pas de même nature que ceux du Parlement » et ne lui permettent pas de substituer son appréciation à celle du législateur. En ce sens, le fait que l'éventuelle erreur est prévisible (dans le contrôle a priori) ou qu'elle a pu être constatée (dans le contrôle a posteriori) n'est pas de nature à modifier le

contrôle qu'exerce le Conseil constitutionnel sur l'adéquation de la mesure contestée au but poursuivi".

⁽²⁹⁾Déc. n° 2010-14/22 QPC du 30 juillet 2010, *Garde à vue*, §14 à 18 et 27 à 29. Le Conseil a estimé que la banalisation des gardes à vues de droit commun liée à l'évolution de certaines circonstances de fait et de droit justifiait un réexamen au fond de leur constitutionnalité ("Considérant que ces évolutions ont contribué à banaliser le recours à la garde à vue, y compris pour des infractions mineures ; qu'elles ont renforcé l'importance de la phase d'enquête policière dans la constitution des éléments sur le fondement desquels une personne mise en cause est jugée ; que plus de 790 000 mesures de garde à vue ont été décidées en 2009 ; que ces modifications des circonstances de droit et de fait justifient un réexamen de la constitutionnalité des dispositions contestées"). Il a ensuite décidé que ces évolutions n'avaient pas été "accompagnées des garanties appropriées encadrant le recours à la garde à vue ainsi que son déroulement et assurant la protection des droits de la défense". Il en a donc conclu que "la conciliation entre, d'une part, la prévention des atteintes à l'ordre public et la recherche des auteurs d'infractions et, d'autre part, l'exercice des libertés constitutionnellement garanties ne peut plus être regardée comme équilibrée".

⁽³⁰⁾Décision n° 2017-677 QPC du 1er décembre 2017, § 3 à 7 et vidéo de la séance. Est en cause le premier alinéa de l'article 8-1 de la loi du 3 avril 1955, en vertu duquel, pour les zones dans lesquelles l'état d'urgence a été déclaré, le préfet peut autoriser, pour une durée ne pouvant excéder vingt-quatre heures, les officiers de police judiciaire [...] à procéder à des contrôles d'identité, à l'inspection visuelle et à la fouille des bagages ainsi qu'à la visite des véhicules circulant, arrêtés ou stationnant sur la voie publique ou dans des lieux accessibles au public. L'avocat de la requérante mentionne le rapport d'information sur le contrôle parlementaire de l'état d'urgence du 6 décembre 2016 qui fait état, entre autres, d'un préfet qui renouvelait tous les jours l'arrêté instaurant une zone de protection autour d'une gare d'une ville de province sans qu'aucun motif particulier lié à l'état d'urgence ne le justifie. L'absence dans la loi de toute condition imposant l'existence de "circonstances particulières établissant le risque d'atteinte à l'ordre public dans les lieux en cause" sera sanctionnée par le Conseil pour disproportion ("S'il est loisible au législateur de prévoir que les opérations mises en œuvre dans ce cadre peuvent ne pas être liées au comportement de la personne, la pratique de ces opérations de manière généralisée et discrétionnaire serait incompatible avec la liberté d'aller et de venir et le droit au respect de la vie privée. Or, en prévoyant que ces opérations peuvent être autorisées en tout lieu dans les zones où s'applique l'état d'urgence, le législateur a permis leur mise en œuvre sans que celles-ci soient nécessairement justifiées par des circonstances particulières établissant le risque d'atteinte à l'ordre public dans les lieux en cause").

Les techniques - L'atteinte à la substance du droit et le contrôle de proportionnalité par le Conseil d'Etat

C. Roux

Professeur de droit public
Université Lumière Lyon 2

Traduction du juste, lequel représenterait « *le milieu des extrêmes qui, autrement, ne seraient plus en proportion* »⁽¹⁾, la proportionnalité, avant d'être une technique de contrôle, constitue d'abord un principe. C'est du moins dans cette chronologie que le droit allemand⁽²⁾ - qui en est le berceau - puis les droits européens⁽³⁾ l'ont promue. Tel n'est pas le cas en France où le principe de proportionnalité est méconnu, malgré quelques apparitions sectorielles⁽⁴⁾ témoignant d'une « *proportionnalité normative* »⁽⁵⁾ en germe. La technique de contrôle en question est en revanche plébiscitée depuis longtemps, et ceci notamment par le juge administratif⁽⁶⁾. Il est coutume de faire remonter son adoption à l'arrêt *Benjamin*⁽⁷⁾, ceci malgré une formule moins audacieuse qu'on la présente souvent⁽⁸⁾. À vrai dire, celui-ci était déjà implicitement en germe avant : deux décennies plus tôt, le Conseil d'État s'était déjà résolu à contrôler la nécessité des mesures de police⁽⁹⁾, tandis que le commissaire du gouvernement Corneille jetait les bases de ce contrôle « maximum » s'agissant de mesures liberticides, en relevant que « *la liberté est la règle, la restriction de police l'exception* »⁽¹⁰⁾.

Depuis lors, il semble que le contrôle de proportionnalité n'ait cessé d'irradier toujours davantage le contentieux administratif, ce que l'on peut illustrer par deux idées essentielles. En premier lieu, il s'est propagé : initialement cantonnée aux seules mesures de police administrative générale, cette technique de contrôle s'est étendue à de nombreux domaines, surtout si l'on veut bien admettre avec largesse que le contrôle de proportionnalité se caractérise d'abord par l'idée de « mise en balance », laquelle tranche avec le raisonnement syllogistique classique⁽¹¹⁾ (I). En second lieu, le contrôle de proportionnalité a fait l'objet d'un renforcement endogène manifeste dont témoigneraient, entre autres, le ralliement au « triple-test de proportionnalité » ainsi que l'emprise croissante exercée par le principe de nécessité (II). Restera toutefois, dans un dernier temps, à pointer les limites de cette amplification, l'instrumentalisation du contrôle de proportionnalité n'étant pas avare de faux-semblants (III).

I. La propagation du contrôle de proportionnalité

À raison de leur caractère liberticide, les mesures de police administrative générale constituent la terre d'élection du contrôle de proportionnalité⁽¹²⁾. Longtemps toutefois, cette dernière fut une terre solitaire, le contrôle de proportionnalité peinant à étendre ses frontières au-delà. Aujourd'hui, ce constat n'a plus cours.

L'expansion a d'abord débuté par les mesures de polices administratives spéciales, là où, pourtant, la doctrine avait mis en avant les facteurs susceptibles de contenir l'instrumentalisation du contrôle de proportionnalité⁽¹³⁾. Instituées nécessairement par la loi, ces polices inversent la relation de principe entre liberté et exceptions, puisque, précisément, elles ont pour objet de limiter l'accès à une activité ou de réprimer un comportement. En second lieu, la spécialité de ces polices se mesure au regard des personnes, activités ou situations particulières auxquels elles s'appliquent ; elles manifesteraient ce faisant une technicité ou une sensibilité particulière, de nature à freiner l'usage du contrôle de proportionnalité. L'on ajoutera en dernier lieu que le caractère liberticide des mesures de polices administratives spéciales (comme celles liées à l'esthétique par exemple) peut parfois prêter à discussion, ce qui justifierait que le juge n'instrumentalise pas ce contrôle, du moins en toutes circonstances. Si l'on pourra toujours pointer quelques décisions laissant entendre le contraire⁽¹⁴⁾, il ne fait guère de doutes que, dans leur immense majorité, les mesures de polices administratives spéciales font désormais l'objet d'un contrôle de proportionnalité. Tel est clairement le sens des arrêts *Belgacem* et *Babas*⁽¹⁵⁾ s'agissant de la police des étrangers ou de l'arrêt *Association Ekin*⁽¹⁶⁾, s'agissant de la police des publications étrangères. Cette extension du contrôle de proportionnalité est d'autant plus favorisée par le fait que nombre de polices spéciales sont enserrées par les prescriptions du droit de l'Union européenne. Ce faisant, ayant trait à la mise en œuvre du droit de l'Union européenne, les mesures en question sont logiquement assujetties à un tel contrôle, la proportionnalité étant au nombre des principes généraux du droit de l'Union européenne⁽¹⁷⁾. C'est ce que démontrent certaines décisions adoptées dans le cadre, par exemple, de la police des médicaments⁽¹⁸⁾, des pesticides⁽¹⁹⁾, ou s'agissant des produits alimentaires⁽²⁰⁾ ; plus généralement, de nombreuses polices environnementales en font l'objet⁽²¹⁾. On ajoutera pour terminer que les mesures dites « de haute police » (lutte contre le terrorisme) en font également l'objet, le juge administratif ayant notamment refusé de sacrifier un tel contrôle pour les mesures adoptées dans le cadre de l'état d'urgence, y compris dans le cadre du référé-liberté⁽²²⁾.

Plus emblématique est l'expansion du contrôle de proportionnalité au-delà des seules mesures de police, comme

en témoignent respectivement les exemples du droit administratif des biens ⁽²³⁾ et des sanctions administratives ⁽²⁴⁾. Le contrôle maximum s'est en effet historiquement épanoui par la suite dans le cadre du contrôle de l'utilité publique en matière d'expropriation. Initié par l'arrêt *Ville Nouvelle-Est* ⁽²⁵⁾, amendé par l'arrêt *Sainte-Marie de l'Assomption* ⁽²⁶⁾, le contrôle « du bilan » dans sa formulation la plus contemporaine ressemble à s'y méprendre au contrôle de proportionnalité, puisque le contrôle de l'adéquation, de la nécessité et une « mise en balance » des avantages et inconvénients liés à l'expropriation seront successivement effectués par le juge ⁽²⁷⁾. Parallèlement, c'est peu ou prou à un ersatz de contrôle du bilan que le juge administratif a également décidé de se ranger dans le cadre du principe d'intangibilité de l'ouvrage public. Actant sa substitution par un nouveau principe de « *tangibilité mesurée* » ⁽²⁸⁾, il décidera en effet de la démolition ou non de l'ouvrage public « mal planté » au regard des facultés de régularisation d'une part, mais aussi, d'autre part, eu égard à un bilan des avantages et inconvénients en présence, qu'il s'agisse au demeurant des intérêts privés ou publics ⁽²⁹⁾. Quant aux sanctions administratives, la doctrine s'accorde à estimer qu'elles font désormais l'objet d'un contrôle de proportionnalité généralisé depuis 2013 et l'intervention de la jurisprudence *Dahan* ⁽³⁰⁾. On ajoutera qu'il en va de même au sujet des sanctions affectant les détenus ; l'évolution est d'autant plus remarquable si l'on veut bien jeter un œil cursif dans le rétroviseur puisque, voilà une vingtaine d'années, ce type de mesures ne pouvait même pas faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir ⁽³¹⁾.

Au-delà, rien n'interdit de considérer que le contrôle de proportionnalité (ou, *a minima*, certains de ses volets comme la nécessité) fait des incursions ailleurs. N'est-ce pas à un tel contrôle que le juge administratif se livre lorsqu'il appréhende les restrictions apportées au droit de grève pour assurer l'effectivité du principe de continuité du service public ⁽³²⁾ ? On pourrait également en faire mention, lorsque continuité du service public et liberté religieuse des agents s'opposent ⁽³³⁾. N'est-ce pas, encore, un test de nécessité que la Cour administrative d'appel de Lyon a récemment mis en œuvre pour censurer la décision visant à supprimer – sur le fondement du principe de laïcité – des menus de substitution dans les cantines municipales ? De fait, la Cour lyonnaise de retenir que le principe de mutabilité justifiant une telle suppression ne pouvait prospérer qu'en prouvant que « *cette pratique aurait provoqué des troubles à l'ordre public ou été à l'origine de difficultés particulières en ce qui concerne l'organisation et la gestion du service public de la restauration scolaire* » ⁽³⁴⁾. Dans les deux cas, il sera certes loisible de percevoir le maintien de quelques adhérences avec la police ; c'est toutefois plus volontiers à la gestion d'un service public qu'on pourra relier ces solutions. Nul besoin de s'en étonner outre mesure, si l'on veut bien voir que, dans toutes ces hypothèses, des mesures liberticides étaient en cause. Il y aurait dès lors peut-être matière à amender la liaison opérée en droit administratif – par trop automatique et exclusive - entre contrôle de proportionnalité et mesures de police, les exemples ainsi mobilisés démontrant qu'aujourd'hui les frontières du premier vont bien au-delà des secondes. À ce constat positif, il faut ajouter, dans la même veine, celui du renforcement endogène du contrôle de proportionnalité.

II- L'intensification du contrôle de proportionnalité

Pour s'en tenir à l'essentiel, trois marqueurs de ce renforcement peuvent être mis en exergue : l'intensification du contrôle de nécessité, dans le cadre des mesures de police **(A)** ; l'adoption – au moins sur le principe – du triple test de proportionnalité **(B)** ; le recours – certes exceptionnel – au contrôle de conventionalité *in concreto* **(C)**.

A) C'est d'abord au stade du contrôle de la nécessité que l'évolution est probablement la plus saisissante, si on l'entend au sujet du contrôle des mesures de police. De fait, l'appréhension de cette composante du triple-test de proportionnalité possède probablement un caractère spécifique dans ce cadre. On s'écarte en effet de la présentation traditionnelle selon laquelle la nécessité permettrait au juge de vérifier qu'aucune mesure moins contraignante (sur les droits et libertés) n'aurait pu satisfaire aussi efficacement les buts légitimes poursuivis. Dans le cadre du contrôle des mesures de police, la nécessité a en effet pour finalité principale d'appréhender le degré de probabilité de la survenance du trouble à l'ordre public lequel, par essence, est hypothétique s'agissant d'une mesure dont la finalité est préventive. Dans ce cadre, et depuis lors, le juge a clairement précisé le sens de son office. La nécessité s'apprécie désormais en « *tenant compte du caractère suffisamment certain et de l'imminence de la commission de ces infractions ainsi que de la nature et de la gravité des troubles à l'ordre public qui pourraient en résulter* » ⁽³⁵⁾ ; plus encore, la mesure ne passera le test de la nécessité qu'en présence de « *risques avérés d'atteinte à l'ordre public* » ⁽³⁶⁾, ceci imposant que l'autorité de police fasse état d'éléments « *circonstanciés et précis de nature à étayer l'existence de risques particuliers* » ⁽³⁷⁾. Autant dire que, au gré de cette nouvelle grille de lecture, les mesures portant atteinte aux droits et libertés sont enserrées : elles devront d'une part reposer sur un trouble dont la survenance est vraisemblable, cette plausibilité devant être suffisamment étayée par des éléments rationnels et objectifs ; d'autre part, le degré de nécessité exigible variera en fonction de la nature et de la gravité du trouble envisagé, preuve - au passage - d'une gradation potentielle de l'importance respectivement attribuée aux diverses composantes de l'ordre public.

B) Le second élément témoignant de l'intensification « interne » du contrôle de proportionnalité réside dans

l'adoption du triple test de proportionnalité, depuis la décision *Association pour la promotion de l'image* ⁽³⁸⁾. Dans une terminologie où l'ascendance européenne est manifeste, le Conseil d'État de retenir que « *l'ingérence dans l'exercice du droit de toute personne au respect de sa vie privée (...) ne peut être légalement autorisée que si elle répond à des finalités légitimes et que le choix, la collecte et le traitement des données sont effectués de manière adéquate et proportionnée au regard de ces finalités* ». Appliquée - paradoxalement - pour la première fois dans le cadre d'une police spéciale, la décision a été par suite étendue aux mesures de police générale ⁽³⁹⁾, laissant entendre que son adoption avait vocation à se généraliser. Dans une formule ramassée, le juge retient désormais que les restrictions apportées à l'exercice des droits et libertés doivent être « *nécessaires, adaptées et proportionnées* » ⁽⁴⁰⁾, l'exigence ayant été régulièrement reprise dans le cadre de l'état d'urgence ⁽⁴¹⁾. Outre la volonté de coller aux standards de protection européens (en dépit de la structuration méthodologique originale promue par la Cour européenne des droits de l'Homme ⁽⁴²⁾), d'aucuns ont perçu dans ce ralliement une volonté d'intensifier l'amplitude du contrôle de proportionnalité. Il s'agirait, selon les mots de l'ancien vice-président du Conseil d'État « *d'exercer de manière plus fine et plus ciblée le contrôle de la décision contestée* » ⁽⁴³⁾, cette « *mécanique pointue* » ⁽⁴⁴⁾, autorisant - par son caractère systématique, voire mathématique - à ne laisser de côté aucune étape. Il induirait encore, selon d'autres, « *mécaniquement un resserrement de la méthode du juge qui entraînera au final un renforcement du standard de protection* » ⁽⁴⁵⁾. Il faut convenir que certaines « décisions - témoins » démontrent une application fidèle de la méthodologie promue. Si la décision *Canal +* ⁽⁴⁶⁾ est jugée régulièrement comme la plus probante, on pourra faire état d'autres décisions significatives ⁽⁴⁷⁾. À la suite de certains auteurs ⁽⁴⁸⁾, on précisera pour finir que le juge administratif semble s'affranchir de l'approche constitutionnelle dans ce cadre : si, de fait, l'instrumentalisation du triple-test s'opère essentiellement au sujet des droits et libertés dits « de premier rang » ⁽⁴⁹⁾, il n'en va pas toujours ainsi ⁽⁵⁰⁾.

C) Reste enfin à faire état du contrôle de conventionnalité *in concreto*, la - désormais - célèbre jurisprudence *Gonzales Gomez* ⁽⁵¹⁾ (dans le sillage du juge judiciaire ⁽⁵²⁾) ayant consacré la faculté pour le juge administratif de déclarer, eu égard aux effets qu'elles génèrent sur le requérant, une loi inconventionnelle au stade de son application concrète là où, abstraitement et au regard de la légalité objective, celle-ci avait pourtant été jugée conventionnelle en amont. Il ne faudrait certes pas surestimer la portée de cette évolution. Les conditions de son recours demeurent restrictives, seules des circonstances exceptionnelles affectant la situation personnelle du requérant autorisant le juge administratif à y recourir ; en outre, selon une doctrine autorisée, la mise à l'écart d'une loi abstraitement conventionnelle au stade de ses effets, dépendrait étroitement des dérogations ou marges d'appréciation dont serait assortie la loi querellée d'une part et, d'autre part, des fondements sur lesquels cette dernière repose ⁽⁵³⁾. On s'explique dès lors mieux pourquoi, depuis cette décision, le juge administratif a choisi de s'en écarter fréquemment, comme s'agissant de la règle relative à l'anonymat du don de gamètes ⁽⁵⁴⁾. La doctrine organique d'avancer encore que la solution - certes, plus explicite qu'auparavant - n'est pas nouvelle, le juge s'autorisant depuis longtemps à écarter (sans annuler) certaines dispositions eu égard à leurs conséquences concrètes. Ce contrôle n'est, de fait, pas inconnu du juge administratif ⁽⁵⁵⁾ ; parfois, les textes eux-mêmes postulent un contrôle subjectif poussé, au regard de la situation particulière du requérant, permettant de déroger à l'application de certaines règles. Ainsi en va-t-il par exemple (au miroir du principe d'immutabilité du nom) de l'article 61 du code civil autorisant le changement de patronyme, en cas de « *circonstances exceptionnelles d'ordre affectif* » ⁽⁵⁶⁾.

Toutefois, entre, d'un côté, l'entrain peut-être un brin excessif de la doctrine universitaire sur cette évolution et, de l'autre, la stratégie (connue et commode) du *continuum* jurisprudentiel activée par la doctrine organique, il y a probablement lieu d'épouser une voie neutre, en relevant ses traits les plus spécifiques et saillants. C'est, de fait, un authentique contrôle de proportionnalité « subjectif » qui est à l'œuvre, la gamme de ce contrôle s'enrichissant. C'est moins sur la norme générale que sur son application concrète que porte ledit contrôle, témoignage d'un « *ad hoc balancing* » en développement, prenant le dessus - au moins épisodiquement - sur le « *categorical balancing* » classique, pour reprendre la grille d'analyse proposée par l'organisatrice de ce colloque.

III- Les limites inhérentes au contrôle de proportionnalité

Si l'on pourra trouver que la propagation du contrôle de proportionnalité est (encore) trop lente, c'est probablement au stade des éléments démontrant (*a priori*), une intensification du contrôle de proportionnalité qu'on peut nourrir le plus de doutes. De fait, en mettant de côté la question du contrôle de conventionnalité *in concreto* - dont les limites ont été déjà relevées -, il sera loisible d'apporter des tempéraments à chacun des volets présentés précédemment.

S'agissant tout d'abord du principe de nécessité, son approfondissement ne se retrouve pas dans les mêmes proportions dans tous les pans du contentieux administratif. Le cas le plus symptomatique reste probablement celui de l'expropriation pour cause d'utilité publique où l'intensification du contrôle de nécessité reste freinée par le refus du juge « *d'apprécier l'opportunité du choix retenu par l'administration au regard de solutions alternatives* » ⁽⁵⁷⁾ ; ce

faisant, le juge refuse de se lancer dans un contrôle de type comparatif – que la doctrine baptise le « *contrôle extrinsèque* »⁽⁵⁸⁾-, en appréciant les avantages et inconvénients présentés par le choix retenu au regard des alternatives potentielles : c'est donc seulement si l'opération, telle qu'elle a été définie par la collectivité publique, ne nécessite pas l'expropriation desdites parcelles qu'elle encourra la censure. Ce refus de s'engager dans un contrôle de type comparatif se répand dans trois domaines, le juge administratif refusant de contrôler l'opportunité quant au choix de l'opération projetée⁽⁵⁹⁾, de l'implantation ou du tracé retenu des futurs ouvrages⁽⁶⁰⁾ ou de l'expropriation elle-même par rapport à d'autres modalités juridiques (« plus douces », comme l'instauration de servitudes)⁽⁶¹⁾.

Indéniablement, cette réserve juridictionnelle possède des vertus, la première – et la plus essentielle – résidant dans la légitime marge d'appréciation dont doivent disposer les administrateurs, le juge n'étant pas censé se substituer à leur appréciation en se lançant dans un contrôle d'opportunité. Il faut par ailleurs admettre que, s'il acceptait de s'y rallier, son contrôle aboutirait – comme auparavant – à faire quelques heureux et beaucoup de déçus en fonction de l'alternative qu'il privilégierait au final. Elle n'en reste pas moins contestable, parce que le juge administratif a toujours su, avec un certain talent d'équilibriste, marcher sur le fil de l'opportunité et de la légalité, probablement parce que, pour reprendre le bon mot de Daniel Labetoulle, « *il n'y a pas de légalité en soi, ni d'opportunité en soi* »⁽⁶²⁾. En tout état de cause, cette réserve vient clairement donner du grain à moudre à ceux estimant que le contrôle du bilan n'a de « maximum » que le nom⁽⁶³⁾ ; en pratique, le bilan statistique est en effet peu flatteur, la jurisprudence *Ville Nouvelle-Est* n'ayant accouché que d'un très faible nombre de censures, surtout lorsque le projet envisagé est d'une certaine ampleur et possède des enjeux économiques majeurs⁽⁶⁴⁾.

L'expansion du « triple test de proportionnalité » pourra également être nuancée. À vrai dire, et dès sa reprise formelle en 2011, l'on a pu douter de l'ampleur du changement, celui-ci ayant été qualifié de « *plus formel que substantiel* »⁽⁶⁵⁾, d'autres membres de la doctrine organique d'évoquer même un « *alignement cosmétique* »⁽⁶⁶⁾. La doctrine universitaire s'est montrée généralement tout aussi sceptique⁽⁶⁷⁾. Le bilan serait malaisé à établir ; il paraît néanmoins délicat de considérer que l'adoption de ce dernier a entraîné, comme une relation de cause à effets, davantage de censures qu'auparavant. On le doit d'abord à une généralisation plus que relative : si les parties visent régulièrement la formule selon laquelle la mesure contestée serait ni nécessaire, ni adaptée, ni proportionnée, le juge administratif fait preuve de moins d'entrain. Seule une trentaine de décisions du Conseil d'État depuis 2011 y font une référence explicite. Avec d'autres – et sans d'ailleurs que l'on sache vraiment pourquoi –, on notera d'abord que certains domaines du contentieux administratif des libertés (et pas les moindres, quantitativement) n'en usent jamais, comme s'agissant de la police des étrangers⁽⁶⁸⁾. Ensuite, et c'est peut-être plus gênant, la référence au triple-test prend parfois une fonction quasi-rhétorique et presque tautologique : le juge ne l'évoque souvent qu'en fin de décision (et pour légitimer le rejet), sans avoir pris le temps de développer successivement les implications propres à chaque volet⁽⁶⁹⁾. On pourra encore faire état des difficultés, en pratique, à distinguer les étapes de ce contrôle, notamment au stade de la nécessité et de la proportionnalité, celles-ci étant souvent confondues⁽⁷⁰⁾.

Aux confins de ces éléments, il sera loisible, plus globalement, de pointer les vacuités liées au contrôle de proportionnalité. En premier lieu, et assez paradoxalement, c'est au stade du contentieux de l'urgence (et du référé-liberté) que le contrôle de proportionnalité est aujourd'hui le plus régulièrement mobilisé. Il n'y a sans doute pas lieu de le réprouver bien entendu ; c'est d'autant plus légitime que, comme on le sait, l'office du juge du référé-liberté est particulier, aux confins de l'urgence et du fond⁽⁷¹⁾. Il n'en reste pas moins paradoxal de voir un contrôle dit « maximum », censé manifester la pesée mûrie des éléments, être instrumentalisé en si peu de temps, d'autant plus si le juge en est conduit à apprécier in fine le caractère « *grave et manifestement illégal* » de l'atteinte portée à une liberté fondamentale. Si l'atteinte est manifestement illégale, autant dire que le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation paraît tout à la fois suffisant et plus approprié. Le contrôle de proportionnalité dans le contentieux administratif souffre encore parfois d'une insuffisante systématisation sémantique. Bertrand Seiller a ainsi pu démontrer que le champ lexical de la proportionnalité s'accommodait d'une certaine générosité, « l'adéquation » côtoyant « l'adaptation », « le bilan », « la balance », « la nécessité », « l'excès » et – donc – « la proportionnalité » *stricto sensu*⁽⁷²⁾. Or, inévitablement, cette profusion sémantique amène à quelques formulations à la cohérence douteuse, que le juge évoque, dans la même antienne, le caractère « *excessif et disproportionné* »⁽⁷³⁾ d'une mesure (les termes renvoient-ils à quelque chose de différent ?) ou qu'il fasse état du caractère « *manifestement disproportionné* »⁽⁷⁴⁾ d'une sanction, ce que l'on pourra juger un brin antithétique. Au niveau méthodologique, il sera encore possible de faire état de certaines décisions où, sous couvert de proportionnalité, le contrôle se révèle tout à la fois lacunaire et mal assuré, comme lorsque le juge retient la légalité de l'obligation de poser tête nue sur les photos d'identité, ce que contestaient notamment certains administrés de confession sikh sous l'angle de l'article 9 et de l'article 14 Conv. EDH. Le juge de relever que les dispositions « *visent à limiter les risques de fraude et de falsification (...) en permettant une identification par le document en cause aussi certaine que possible de la personne qu'il représente, ne sont ni adaptées, ni disproportionnées par rapport à cet objectif* », l'arrêt retenant pour seule motivation réelle le caractère « *ponctuel* » de cette obligation de poser tête nue (ce qu'on pourra juger contestable, eu égard à la vision, bien continue dans le temps cette fois-ci, de leur faciès découvert sur leurs papiers). Mieux vaudrait dire, dans cette hypothèse, qu'aucune mesure moins contraignante ne

permettrait d'atteindre les mêmes objectifs... et affirmer sans faux-semblant que ces derniers présentent un caractère prééminemment justifiant, en proportion, l'atteinte aux droits et libertés des requérants ⁽⁷⁵⁾.

Nul doute enfin qu'il serait envisageable de mettre en exergue les failles conceptuelles intrinsèques du contrôle de proportionnalité, à commencer par l'incommensurabilité des variables que le juge entend instrumentaliser, mêler et jauger ⁽⁷⁶⁾. Sans entrer dans ce débat, il faudra convenir que dans certaines hypothèses la sophistication du contrôle de proportionnalité enduit d'un léger vernis des solutions parfois « connues d'avance », notamment en présence d'impératifs prééminents d'ordre public, de nature à justifier l'atteinte aux libertés fondamentales, si intense soit-elle. On pourra illustrer le propos par la décision relative à la vidéo-surveillance dont fait l'objet Salah Abdeslam en détention ⁽⁷⁷⁾. Si, sous l'angle méthodologique, la décision témoigne d'une rectitude et d'une cohérence profonde (et louable) quant à l'instrumentalisation du contrôle de proportionnalité, elle aboutit *in fine* à ce que l'on pressentait déjà, quand bien même l'atteinte aux libertés et droits fondamentaux serait indéniable et vive. Sans doute, la fin (protéger les libertés) justifie-t-elle les moyens (le contrôle de proportionnalité) ; peut-être faudrait-il aussi retourner la proposition, en se demandant si, parfois, les moyens n'ont pas tendance à déguiser d'un certain juridisme des fins qui se traduisent essentiellement – et de manière irréductible – en termes de valeurs, ce que le contrôle de proportionnalité peine parfois, selon nous, trop à saisir.

⁽¹⁾ARISTOTE, *Éthique à Nicomaque*, trad. 1837

⁽²⁾Nous renvoyons sur ce point aux communications respectives des Pr. Constance GREWE et Thomas HOCCHMAN.

⁽³⁾V. CJCE, 17 déc. 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, n° 11/70, *Rec.* 114 ; *GDLF*, *Dalloz*, 1^{re} éd., p. 110, note R. Tinière ; CEDH, 23 juill. 1968, *Affaires linguistiques*, série A, n° 6 ; *AFDI*, 1968, p. 201, note R. Pelloux.

⁽⁴⁾Ainsi de l'article L. 3211-3 du Code de la santé publique, selon lequel « *Lorsqu'une personne atteinte de troubles mentaux fait l'objet de soins psychiatriques en application des dispositions des chapitres II et III du présent titre ou est transportée en vue de ces soins, les restrictions à l'exercice de ses libertés individuelles doivent être adaptées, nécessaires et proportionnées à son état mental et à la mise en œuvre du traitement requis. En toutes circonstances, la dignité de la personne doit être respectée et sa réinsertion recherchée* ».

⁽⁵⁾Xavier PHILIPPE, Le contrôle de proportionnalité exercé par les juridictions étrangères : l'exemple du contentieux constitutionnel, *LPA*, 5 mars 2009, n° 46, p. 6.

⁽⁶⁾Pour des études sur le contrôle de proportionnalité, au sens large, du juge administratif, v. Jean-Marc SAUVÉ, Le principe de proportionnalité, protecteur des libertés, conférence à l'Institut Portalis, Aix-en-Provence, 17 mars 2017, consultable sur le site du Conseil d'État ; Grégory KALFLÈCHE, Le contrôle de proportionnalité exercé par les juridictions administratives, *LPA*, 5 mars 2009, n° 46, p. 46 ; Jean-Paul COSTA, Le principe de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil d'État, *AJDA*, 1988, p. 434 ; Guy BRAIBANT, Le principe de proportionnalité, *in Mélanges Marcel Waline*, LGDJ, 1974, t. I, p. 297.

⁽⁷⁾CE, 19 mai 1933, *Benjamin*, *Leb.* 541 ; S., 1934, 3, 1, concl. Michel, note A. Mestre ; *GAJA*, *Dalloz*, 21^e éd., 2017, n° 43, p. 265 ; v. également Pierre-Henri PRÉLOT, L'actualité de l'arrêt Benjamin, *RFDA*, 2013, p. 1020.

⁽⁸⁾« *Considérant que, s'il incombe au maire, en vertu de l'article 97 de la loi du 5 avril 1884, de prendre les mesures qu'exige le maintien de l'ordre, il doit concilier l'exercice de ses pouvoirs avec le respect de la liberté de réunion garantie par les lois des 30 juin 1881 et 28 mars 1907* ».

⁽⁹⁾CE, 19 févr. 1909, *Abbé Olivier*, *Leb.* 181 ; S., 1909, 3, 34, concl. ; *RDP*, 1910, p. 69, note G. Jèze ; *GAJA*, *Dalloz*, 21^e éd., 2017, n° 18, p. 106.

⁽¹⁰⁾CORNEILLE, concl. sur CE, 10 août 1917, *Baldy*, *Leb.* 640.

⁽¹¹⁾En ce sens, v. Édouard DUBOUT, Le côté obscur de la proportionnalité, *in Mélanges Frédéric Sudre*, LexisNexis, 2018, p. 183.

⁽¹²⁾Pour quelques études récentes sur ce point, v. Cédric ROULHAC, La mutation du contrôle des mesures de police administrative. Retour sur l'appropriation du « triple test de proportionnalité » par le juge administratif, *RFDA*, 2018, p. 343 ; Alix PERRIN et Olivier RENAUDIE, L'office du juge en matière de police administrative : évolutions

et faux-semblants, in J.-F. Lafaix (dir.), *Le renouvellement de l'office du juge administratif* Berger-Levrault, 2017, p. 151 ; Jacques PETIT, Le contrôle juridictionnel des mesures de police par le juge administratif, in Ch. Vautrot-Schwarz (dir.), *La police administrative*, PUF, Thémis, 2014, p. 205 ; Hervé de GAUDEMAR, Le contrôle juridictionnel des mesures de police administrative, in Ch.-A. Dubreuil (dir.), *L'ordre public*, Cujas, 2013, p. 333.

⁽¹³⁾V. notamment, Jacques PETIT, Le contrôle juridictionnel (...), *préc.*

⁽¹⁴⁾Ainsi des espèces où le juge semble se ranger à un simple contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation, comme dans le cadre de la régulation exercée par le CSA (CE, 5 mars 2008, n° 286273, *TF1, Leb.* 79).

⁽¹⁵⁾CE Ass., 19 avr. 1991, *Belgacem, Leb.* 152 ; *Babas, Leb.*, 162 ; *RFDA*, 1991, p. 497 et *RUDH*, 1991, p. 242, concl. J. Abraham ; *AJDA*, 1991, p. 551, note F. Julien-Lafferrière et 1992, p. 15, chron. J.-F. Flauss *RCDIP*, 1991, p. 677, note D. Turpin. ; *Rev. adm.*, 1991, p. 239, note Ruiz-Fabri ; *CDE*, 1991, p. 549, note Nguyen Van Tuong.

⁽¹⁶⁾CE sect., 9 juill. 1997, *Assoc. Ekin, Leb.* 300 ; *RFDA*, 1997, p. 1284, concl. O. Denis-Linton, note B. Pacteau ; *RDP*, 1998, p. 539, note P. Wachsmann et F. Rabiller.

⁽¹⁷⁾CJCE, 20 févr. 1979, *SA Buitoni, C-122/78, Rec. CJCE* 677. La proportionnalité est aujourd'hui consacrée comme principe à l'article 5 TUE.

⁽¹⁸⁾CE, 6 déc. 2006, n° 282417, *Association des distributeurs et utilisateurs de l'agrochimie européenne Leb.* 498 ; *JCP G*, 2007, IV, p. 1090 ; *JCP E*, 2007, p. 1055.

⁽¹⁹⁾CE, 27 févr. 2008, *Société TOP*, n° 270727, *Leb.* 66 ; *Dr. adm.*, 2008, n° 6, p. 39, note E. Glaser.

⁽²⁰⁾CE, 28 déc. 2011, n° 295235, *Sté Solgar Vitamin's France, Leb.* 171 ; *RTDE*, 2011, p. 894, note J.-Ph. Kovar.

⁽²¹⁾V. sur ce point Éric NAIM-GESBERT, Le contrôle de proportionnalité du juge administratif en droit de l'environnement, *LPA*, 5 mars 2009, n° 46, p. 54.

⁽²²⁾CE sect., 11 déc. 2015, *Cédric Domenjoud, Leb.* 437 ; *JCP A*, 2016, n° 2116 ; *AJDA*, 2016, p. 247, chron. L. Dutheillet de Lamothe et G. Odinet ; *RFDA*, 2016, p. 105, concl. X. Domino ; p. 123, note A. Roblot-Troizier *Dr. adm.*, 2016, comm. 25, note G. Eveillard. V. sur la question Guillaume ODINET, Le rôle du juge administratif dans le contrôle de l'état d'urgence, *Les cahiers de la justice*, 2017-2, p. 275 ; Patrick WACHSMANN, Contrôle des mesures prises au titre de l'état d'urgence et convention européenne des droits de l'Homme, *AJDA*, 2016, p. 2425 ; Olivier LE BOT, Référé-liberté et état d'urgence, *LPA*, 8 mars 2016, n° 48, p. 8 ; Vincent COURONE, La Convention Européenne des droits de l'Homme devant le juge administratif en période d'état d'urgence, *RDP*, 2017, p. 355 ; Xavier DOMINO, Le juge administratif français face à l'état d'urgence, *RUDH*, 2016, p. 1.

⁽²³⁾Toujours dans le domaine du droit administratif des biens, et quoiqu'on ne le relie pas généralement au contrôle de proportionnalité, il sera loisible de voir dans le contrôle relatif aux cessions de biens publics consenties à vil prix sous réserves de contreparties d'intérêt général suffisantes une nouvelle illustration de cette expansion. De fait, le juge vérifie d'une part le caractère approprié et réaliste des contreparties (au regard des avantages procurés par cette cession vis-à-vis de la satisfaction de l'intérêt public et des garanties quant à leur réalisation) et, d'autre part, leur suffisance par rapport au rabais consenti (CE 14 oct. 2015, n° 375577, *Cne Chatillon-sur-Seine* ; *Dr. adm.*, 2016, comm. 9, note G. Eveillard).

⁽²⁴⁾Sur le sujet, v. Mattias GUYOMAR, Sanctions administratives et contrôle du juge, *JCP A*, 2013, n° 2079 ; Samuel ETOA, L'évolution du contrôle du juge administratif sur la gravité des sanctions administratives, *AJDA*, 2012, p. 358.

⁽²⁵⁾CE Ass., 28 mai 1971, *Leb.* 409, concl. G. Braibant ; *AJDA*, 1971, p. 404, concl. et chron. D. Labetoulle et X. Cabanes ; *CJEG*, 1972, p. 38, note J. Virole ; *D.*, 1972, p. 194, note J. Lemasurier *RDP*, 1972, p. 454, note M. Waline ; *GAJA*, Dalloz, 21^e éd., 2017, n° 80, p. 538.

⁽²⁶⁾CE Ass., 20 oct. 1972, *Leb.* 657 ; *RDP*, 1973, p. 843, concl. Morisot ; *AJDA*, 1972, p. 576, chron. Cabanes et Léger ; *CJEG*, 1973, J, p. 60, note J. Virole.

⁽²⁷⁾« Considérant qu'il appartient au juge de contrôler successivement qu'elle répond à une finalité d'intérêt général, que l'expropriant n'était pas en mesure de réaliser l'opération dans des conditions équivalentes sans recourir à l'expropriation, notamment en utilisant des biens se trouvant dans son patrimoine et, enfin, que les atteintes à la propriété privée, le coût financier et, le cas échéant, les inconvénients d'ordre social ou économique que comporte l'opération ne sont pas excessifs eu égard à l'intérêt qu'elle présente » (CE, 19 oct. 2012, n° 343070, *Commune de Levallois-Perret, Leb. T.* 801 ; *RDI*, 2012, p. 617, note R. Hostiou ; *AJDA* 2012, p. 1982,

obs. Y. Jégouzo ; *JCP A*, 2012, n° 2063, note J.-F. Struillou ; *BJCL*, 2012-12, p. 865, concl. S. Von Coester).

(28) V. Gweltaz EVEILLARD, La tangibilité de l'ouvrage public irrégulièrement édifié sur un espace remarquable, *AJDA*, 2011, p. 1891.

(29) CE sect., 29 janv. 2003, n° 245239, *Commune de Clans*, *Leb.* 21 ; *AJDA*, 2003, p. 761, note S. Brondel ; p. 784, note P. Sablière ; *CJEG*, 2003, p. 242, concl. Ch. Maugüé ; *JCP A*, 2003, p. 1342, note J. Dufau ; *LPA*, 6 juin 2003, n° 113, p. 20, note N. Charret et S. Deliancourt ; *RFDA*, 2003, p. 477, concl. et note Ch. Lavalie. La formulation retenue laisse toutefois entendre que le maintien de l'ouvrage reste le principe, puisque la démolition ne devra pas entraîner une « atteinte excessive à l'intérêt général ».

(30) CE Ass., 13 nov. 2013, *Dahan*, n° 347704, *Leb.* 279 ; *RFDA*, 2013, p. 175, note F. Keller ; *AJDA*, 2013, p. 2142, chron. A. Bretonneau et J. Lessi ; *Dr. adm.*, 2014, comm. 30, note A. Duranthon. V. aussi CE, 18 juill. 2018, n° 401527, *Min. Education nationale* ; *LPA*, 18 sept. 2018, n° 31, p. 37, obs. Ph. Graveleau.

(31) Ces sanctions n'étant plus considérées comme des mesures d'ordre intérieur insusceptibles, comme telles, de faire l'objet d'un recours. V. la décision inaugurale CE Ass., 17 févr. 1995, *Marie*, *Leb.* 85 ; *AJDA*, 1995, p. 379, chron. L. Touvet et J.-H. Stahl ; *D.*, 1995, p. 381, note N. Belloubet-Frier ; *RDP*, 1995, p. 1138, note O. Gohin ; *GAJA*, Dalloz, 21^e éd., 2017, n° 90, p. 639.

(32) V. par exemple CE, 9 déc. 2003, n° 262186, *Mme Aguillon*, *Leb.* 497 ; *RFDA*, 2004, p. 306, concl. J.-H. Stahl et note P. Cassia ; *AJDA*, 2004, p. 1138, note O. Le Bot ; *JCP A*, 2004, n° 1054, obs. J. Moreau ; *ibid.* n° 1096, note D. Maillard Desgrées du Loû ; *JCP G*, 2004, II, n° 10076, note X. Prétot.

(33) V. sur ce point Mailys TETU, Liberté religieuse des justiciables et lois du service public, *JCP A*, 2018, n° 2204. V. également la circulaire du 10 février 2012 relative aux autorisations d'absence pouvant être accordées à l'occasion des principales fêtes religieuses des différentes confessions, NOR : MFPP1202144C.

(34) CAA Lyon, 23 oct. 2018, n° 17LY03323, *Cne de Châlons-sur-Saône* ; *AJDA*, 2019, p. 117, note B. Bonnet ; *Dr. adm.*, 2019, n° 2, focus, alerte 17, étude Ch. Roux.

(35) CE, 9 nov. 2015, n° 376107, *AGRIF* ; *AJDA*, 2015, p. 2508, concl. A. Bretonneau ; *ibid.*, p. 2512, note X. Bioy ; *RFDA*, 2016, p. 791, note P. Bon ; *JCP A*, 2016, n° 2065, note H. Pauliat ; *Dr. adm.*, 2016, comm. 17, note G. Eveillard ; *BJCL*, 2014, p. 158, étude D. Desgrées du Lou-Maillard.

(36) CE ord., 26 août 2016, n° 402742, *Ligue des droits de l'Homme* ; *AJDA*, 2016, p. 2122, note P. Gervier ; *AJCT*, 2016, p. 508, obs. G. Le Chatelier ; *RFDA*, 2016, p. 1227, note P. Bon ; *BJCL*, 2016, p. 680, obs. Ph. Rambaud ; *JCP G*, 2016, p. 910, note M. Lenoir ; *Dr. adm.* 2016, comm. 59, note G. Eveillard.

(37) CE, 6 juin 2018, *Ligue des droits de l'Homme*, n° 410774 ; *AJDA*, 2018, p. 2155, note H. Awenire.

(38) CE, 26 oct. 2011, n° 317827 ; *AJDA*, 2012, p. 35, chron. M. Guyomar et X. Domino.

(39) CE, 9 janv. 2014 n° 374508, *M. Dieudonné M'Bala M'Bala*, *Leb.* 1 ; *Dr. adm.*, 2014, comm. 33, note G. Eveillard ; *AJCT*, 2014, p. 157, note G. Le Chatelier ; *AJDA*, 2014, p. 866, note J. Petit ; *RTDH*, 2014, p. 515, note P. de Fontbressin ; *AJDA*, 2014, p. 473, tribune B. Seiller, et p. 473, tribune C. Broyelle ; *RFDA*, 2014, p. 87, note O. Gohin et p. 521, note C. Broyelle.

(40) *Ibid.*

(41) V. par exemple CE ord., 31 oct. 2017, n° 415277, *inédit* ; CE, 19 oct. 2017, n° 414871, *inédit*.

(42) V. Frédéric SUDRE, Le contrôle de proportionnalité de la Cour européenne des droits de l'Homme. De quoi est-il question ?, *JCP G*, 2017, étude 289 ; Laurent SERMET, Le contrôle de la proportionnalité dans la Convention européenne des droits de l'homme : présentation générale, *LPA*, 5 mars 2009, n° 46, p. 26.

(43) Jean-Marc SAUVÉ, Le principe de proportionnalité, protecteur des libertés, préc.

(44) Patrick FRYDMAN, Le juge administratif et la police : anniversaire de trois « grands arrêts » *Couitéas*, *Benjamin* et *Maspero*, *RFDA*, 2013, p. 1001.

(45) Mattias GUYOMAR et Xavier DOMINO, Le passeport biométrique au contrôle : empreintes et clichés, *AJDA*, 2012, p. 35.

(46) CE 21 déc. 2012, n° 353856, *Groupe Canal Plus*, *Leb.* 430 ; *AJDA*, 2013, p. 215, chron. X. Domino et A. Bretonneau ; *RFDA*, 2013, p. 55, concl. V. Dumas ; *ibid.*, p. 576, chron. H. Labayle, F. Sudre, X. Dupré de Boulois

et L. Milano.

⁽⁴⁷⁾CE Ass. (avis), 6 juill. 2016, n° 398324, *Napol et a.*, *Leb.* 320 ; *AJDA*, 2016, p. 1635, chron. L. Dutheillet de Lamothé et G. Odinet ; *RFDA*, 2016, p. 943, note O. Le Bot ; *JCP G*, 2016, p. 1079, note P. Türk ; *JCP A*, 2016, n° 2256, note M. Verpeaux ; *Dr. adm.*, 2016, comm. 58, note G. Eveillard ; *RDP*, 2017, p. 491, note H. Pauliat ; *GAJA*, Dalloz, 21^e éd., n° 118, p. 951.

⁽⁴⁸⁾Cédric ROULHAC, La mutation du contrôle des mesures de police administrative (...), préc.

⁽⁴⁹⁾V. Valérie GOESEL-LE BIHAN, Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel, technique de protection des libertés publiques ?, *Jus Politicum*, 2012, n° 7.

⁽⁵⁰⁾Il a en effet accepté de se référer au triple-test au sujet de la liberté d'entreprendre dans la décision *Société Canal Plus*, précitée

⁽⁵¹⁾CE, 31 mai 2016, n° 396848, *Gonzales Gomez* ; *RFDA*, 2016, p. 740, concl. A. Bretonneau, note P. Delvolvé ; *AJDA*, 2016, p. 1398, chron. L. Dutheillet de Lamothé et G. Odinet *D.*, 2016, p. 1472, note H. Fulchiron ; *JCP A*, 2017, n° 2001, note Ch. Paillard. V. également, sur ce point Julien BONNET et Agnès ROBLOT-TROIZIER, La concrétisation des contrôles de la loi, *RFDA*, 2017, p. 836 ; Alice LASSALE, Le contrôle *in concreto* est-il un jugement en équité ?, *RDLF*, 2018, chron. n° 18.

⁽⁵²⁾V. sur ce sujet Jean-Pierre MARGUÉNAUD, L'exercice par la Cour de cassation d'un contrôle concret de conventionnalité, *RDLF*, 2018, chron. n° 25 ; Hugues FULCHIRON, Le contrôle de proportionnalité : questions de méthode, *D.*, 2017, p. 656 ; Vincent VIGNEAU, Libre propos d'un juge sur le contrôle de proportionnalité *D.*, 2017, p. 123 ; Pascale DEUMIER, Contrôle concret de conventionnalité : l'esprit et la méthode, *RTD civ.*, 2016, p. 578.

⁽⁵³⁾Mattias GUYOMAR, Contrôle *in concreto* : beaucoup de bruit pour rien de nouveau, *in Mélanges Frédéric Sudre*, LexisNexis, 2018, p. 323.

⁽⁵⁴⁾V. CE, 28 déc. 2017, n° 396571 ; *AJDA*, 2018, p. 497, note S. Roussel et C. Nicolas ; *D.*, 2018, p. 528, obs. Granet-Lambrechts ; *AJ fam.*, 2018, p. 181, obs. M. Housser ; *ibid.* p. 68, obs. L. Dionisi-Peyrusse ; *Dr. fam.*, 2018, comm. 64, note H. Fulchiron ; *JCP A*, 2018, act. 53 ; *RDLF*, 2018, chron. 4, note X. Dupré de Boulois ; CE, 13 juin 2018, *Mme A.*, n° 421333 ; *JCP G*, 2018, p. 2053, chron. Chr. Byk

⁽⁵⁵⁾On a pu, dans cette veine, se prévaloir des décisions admettant la conventionalité « sous réserve » de certaines lois (CE Ass., 19 févr. 1991, *Belgacem*, n° 107470, préc.), mais aussi du précédent constitué par la jurisprudence *Bitouzet*, accordant l'indemnisation des servitudes d'urbanisme en cas de charge spéciale et exorbitante subie par le propriétaire du fonds servant (CE sect., 3 juill. 1998, n° 158192 ; *AJDA*, 1998, p. 570, chron. F. Raynaud et P. Fombeur ; *RFDA*, 1999, p. 481, note D. de Béchillon).

⁽⁵⁶⁾V. à cet égard CE, 16 mai 2018, n° 409656, *Mme A.* ; *AJ fam.*, 2018, p. 479.

⁽⁵⁷⁾CAA Paris, 10 juill. 2018, n° 17PA00190, *EPF Ile-de-France* ; *AJDI*, 2019, p. 97, chron. S. Gilbert.

⁽⁵⁸⁾V. notamment Bertrand SEILLER, Pour un contrôle de la légalité extrinsèque des déclarations d'utilité publique, *AJDA*, 2003, p. 1473. V. également René HOSTIOU, Théorie du bilan et contrôle de la légalité « extrinsèque » de la DUP, *in Mélanges Jean-Claude Hélin*, Litec, 2004, p. 355 ; Hélène HOEPPFNER, Chronique de droit public, *NCCC*, 2014-2, n° 43, p. 175.

⁽⁵⁹⁾CAA Versailles, 6 nov. 2014, *Cne Nerville-la-forêt*, n° 12VE03351, *inédit*.

⁽⁶⁰⁾V. par exemple CE, 22 févr. 1974, *Adam*, *Leb.* 145 ; *RDP*, 1975, p. 486, concl. M. Gentot ; *AJPI*, 1974, p. 430, note R. Hostiou et M. Girod.

⁽⁶¹⁾V. par exemple, CE, 26 juill. 2006, *Min. Transports c/ Revillard*, *Leb.* 373 ; *JCP A*, 2006, n° 1313, note J. Moreau.

⁽⁶²⁾Daniel LABETOULLE, concl. sur CE 30 nov. 1974, *Époux Thony*, *Leb. T.* p. 1010.

⁽⁶³⁾V. en ce sens, Michel FROMONT, Le principe de proportionnalité, *AJDA*, 1995, n° spécial, p. 156 ?

⁽⁶⁴⁾V. notamment Patrick WACHSMANN, Un bilan du bilan en matière d'expropriation. La jurisprudence Ville Nouvelle Est, trente ans après, *in Mélanges Jean Waline*, Dalloz, 2002, p. 733. Parmi les rares censures, on relèvera celle d'une autoroute au cout démesuré (CE Ass., 28 mars 1997, n° 170856, *Assoc. contre le projet de l'autoroute transchablaisienne*, *Leb.* 120 ; *RDP*, 1997, p. 1433, note J. Waline ; *RFDA*, 1997, p. 739, concl. Denis-Linton et note F. Rouvillois) et celle d'un projet de ligne à haute tension au gré de son atteinte excessive à l'intérêt

paysager et environnemental d'un site majeur (CE, sect., 10 juill. 2006, n° 288108, *Assoc. pour la protection du Lac de Sainte-Croix*, *Leb. T.* 909 ; *CJEG*, 2006, p. 405, concl. C. Vérot ; *RFDA*, 2006, p. 990, note Delhoste ; *RDI*, 2006, p. 367, note L. Fonbaustier).

⁽⁶⁵⁾Jean-Marc SAUVÉ, Le principe de proportionnalité, protecteur des libertés, *préc.*

⁽⁶⁶⁾Mattias GUYOMAR et Xavier DOMINO, Le passeport biométrique au contrôle (...), *préc.*

⁽⁶⁷⁾V. notamment, sur ces doutes, Alix PERRIN et Olivier RENAUDIE, L'office du juge en matière de police administrative : évolutions et faux-semblants, *préc.* ; Jacques PETIT, Le contrôle juridictionnel des mesures de police par le juge administratif, *préc.*

⁽⁶⁸⁾Cédric ROULHAC, La mutation du contrôle des mesures de police administrative (...), *préc.*

⁽⁶⁹⁾V. par exemple, dans les récents mois, CAA Bordeaux, 12 oct. 2018, n° 16BX03707, *inédit.* ; CE, 7 mars 2018, *M. A. D.*, n° 417370, *inédit.*

⁽⁷⁰⁾Ainsi dans cette décision validant l'interdiction de déplacement de supporters de football, en relevant, au stade de la proportionnalité, qu'aucune mesure moins contraignante aurait pu permettre de satisfaire aux objectifs poursuivis. Il nous semble que c'est alors confondre la nécessité et la proportionnalité (CE, 30 déc. 2016, n° 395337, *Assoc. Nationale des supporters* ; *AJDA*, 2007, p. 12, obs. J.-M. Pastor).

⁽⁷¹⁾V. notamment Julia SCHMITZ, Le juge du référé-liberté à la croisée du contentieux de l'urgence et du fond, *RFDA*, 2014, p. 502 ; Gweltaz EVEILLARD, 15 ans de mise en œuvre du référé-liberté, *JCP A*, 2016, n° 2237.

⁽⁷²⁾Bertrand SEILLER ? Bilan, balance des intérêts, adéquation, proportionnalité..., *JCP A*, 2012, n° 2316.

⁽⁷³⁾CE, 15 mai 2009, n° 312449, *Sté France conditionnement création et autres* ; *RJEP*, 2009, comm. 670 concl. J. Burguburu ; *AJDA*, 2009, p. 1668, note J.-P. Markus.

⁽⁷⁴⁾CE, 1^{er} févr. 2006, n° 271676, *Touzard*, *Leb.* 38 ; *LPA*, 2006, n° 236, p. 4, note F. Melleray et A. Claeys ; *Cah. fonct. publ.*, 2006, n° 255, p. 31, comm. M. Guyomar.

⁽⁷⁵⁾CE, 15 déc. 2006, n° 289946, *United Sikhs*, *Leb.* 565 ; *AJDA*, 2007, p. 313, concl. T. Olson ; *AJDA*, 2006, p. 2422, obs. Aït-el-Kadi.

⁽⁷⁶⁾V. Édouard DUBOUT, Le côté obscur de la proportionnalité, *préc.*

⁽⁷⁷⁾CE ord., 28 juill. 2016, *M. Abdeslam*, n° 401800 ; *AJDA*, 2016, p. 2052, note M. Sztulman ; *AJDP*, 2016, p. 549, note M. Herzog-Evans ; *D.*, 2016, p. 1808, note E. Péchillon.

Les techniques - Le contrôle du respect des obligations positives par la Cour constitutionnelle allemande

T. Hochmann

Professeur de droit public
Université de Reims Champagne-Ardenne

Conformément à la feuille de route établie par les organisateurs des Transversales, le présent rapport aborde les techniques de contrôle mises en œuvre par la Cour constitutionnelle allemande sous trois angles : le contrôle du but poursuivi par la mesure litigieuse, le contrôle de proportionnalité et l'atteinte à la substance d'un droit fondamental, ainsi que la question des obligations positives. Ces « techniques » reviennent, pour partie, à examiner le respect d'exigences posées par la Constitution. Certaines d'entre elles semblent néanmoins plutôt avoir été introduites par la Cour constitutionnelle, sans que leur fondement juridique soit toujours évident. Aussi désigne-t-on ici largement comme des « techniques de contrôle » les questions qu'aborde la Cour lorsqu'elle examine si une mesure est conforme aux droits fondamentaux garantis par la Constitution.

Les droits fondamentaux adressent certaines obligations à leurs destinataires, c'est-à-dire essentiellement aux autorités publiques ⁽¹⁾. L'État doit s'abstenir d'intervenir au-delà d'une certaine limite dans la sphère de liberté des bénéficiaires des droits fondamentaux. Mais il est également soumis à des obligations « positives », en particulier celles de protéger ou d'aménager les droits fondamentaux.

L'obligation de protection (*Schutzpflicht*) apparaît en particulier dans le cadre tracé par un « triangle de droits » dont les trois sommets sont l'État, celui qui bénéficie d'une liberté fondamentale, et celui qui menace de porter atteinte au comportement qu'elle couvre ⁽²⁾. Il revient à l'État de protéger le droit fondamental, ce qui peut impliquer une obligation d'agir. Ce raisonnement fonde ce que l'on appelle « l'effet horizontal indirect » des droits fondamentaux ⁽³⁾.

L'enlèvement de Hanns Martin Schleyer forme un bon exemple. En 1977, cet ancien SS, grand patron d'entreprise, fut kidnappé par la *Rote Armee Fraktion* qui exigeait la libération de plusieurs individus. Les représentants de Schleyer saisirent la Cour constitutionnelle pour qu'elle enjoigne au gouvernement de donner satisfaction aux ravisseurs. La Cour expliqua que l'État avait l'obligation de « protéger chaque vie humaine », qu'il lui fallait intervenir lorsqu'un individu menaçait la vie d'un autre ⁽⁴⁾.

La Loi Fondamentale prévoit explicitement l'obligation de protection à l'égard de certains droits fondamentaux. Ainsi, l'article 6 énonce que « Le mariage et la famille sont placés sous la protection particulière de l'Etat » et que « Toute mère a droit à la protection et à l'assistance de la communauté ». Mais la doctrine et la jurisprudence allemandes sont parties à la recherche d'un fondement général à l'obligation de protection, valable pour tous les droits fondamentaux ⁽⁵⁾. Une opinion minoritaire fonde l'obligation de protection sur la fonction défensive classique des droits fondamentaux. L'interdiction faite à l'État de restreindre excessivement les droits fondamentaux impliquerait l'obligation de les protéger contre les atteintes commises par des personnes privées. De la sorte, toute ingérence dans un droit fondamental pourrait être imputée à l'État, dès lors que celui-ci n'est pas suffisamment intervenu pour le protéger ⁽⁶⁾. Il faut néanmoins reconnaître avec Klaus Stern que cette thèse présuppose ce qu'elle entend démontrer : l'inaction de l'État ne peut être analysée comme une violation du droit fondamental que s'il existe une obligation de protection ⁽⁷⁾.

Une autre ligne d'argumentation se fonde sur le « noyau de dignité humaine » que contiendraient de nombreux droits fondamentaux ⁽⁸⁾. L'obligation de protéger la dignité humaine, explicitement prévue à l'article premier de la Loi Fondamentale, s'étendrait dès lors à ces droits fondamentaux.

Mais la doctrine allemande dominante a longtemps fondé l'obligation de protection sur la célèbre jurisprudence de la Cour constitutionnelle qui perçoit dans les droits fondamentaux un « ordre objectif de valeurs » ⁽⁹⁾, dont l'État serait tenu de veiller à la réalisation dans tous les domaines de la vie ⁽¹⁰⁾. Plus récemment, la thèse de l'ordre objectif de valeurs a été reformulée pour être présentée comme un « contenu de droit objectif » ⁽¹¹⁾.

La « protection » des droits fondamentaux peut aussi se traduire par la mise en œuvre des conditions juridiques nécessaires à leur exercice. C'est ce que recouvre l'*obligation d'aménagement*. En Allemagne, elle apparaît d'abord à l'égard des « garanties institutionnelles » ⁽¹²⁾, telles que le mariage, la famille (article 6 de la Loi

Fondamentale), les associations (article 9) ou la propriété (article 14). Ces institutions ne peuvent pas fonctionner en l'absence de fondement et d'organisation juridiques. Elles n'existent pas en dehors du droit ⁽¹³⁾, et constituent en ce sens des notions « imprégnées normativement » (*normgeprägte Begriffe*) ⁽¹⁴⁾. Une intervention de l'État est nécessaire à leur existence.

La formulation de l'article 14 pose un problème à la doctrine allemande : dès lors que le « contenu » et les « limites » de la propriété sont « fixés par des lois », quelle limite cette disposition est-elle susceptible d'apporter à l'action du législateur ⁽¹⁵⁾ ? La plupart des auteurs considèrent que la « propriété » au sens de la Constitution correspond, à première vue, à tout ce que le législateur qualifie comme tel ⁽¹⁶⁾. Le pouvoir de définition du Parlement trouve néanmoins ses limites dans la garantie de l'« institution » de la propriété ⁽¹⁷⁾. Le législateur n'est pas libre de qualifier de « propriété » n'importe quelle situation, par exemple la relation entre un père et son fils. Il ne doit pas désigner de la sorte « quelque chose qui ne mérite pas le nom de 'propriété' » ⁽¹⁸⁾.

Le même raisonnement a été suivi pour le mariage. La Cour constitutionnelle a imposé le respect de certains « principes structurels essentiels » qui renvoient à un concept social « préexistant » (*vorgefundene Lebensform*) ⁽¹⁹⁾. Il existerait donc un « noyau » du mariage, qui reste le même indépendamment des changements sociaux, et qui doit être respecté (et protégé) par le législateur. La Cour a jusqu'ici toujours inclus la différence des sexes dans ce noyau ⁽²⁰⁾. Il n'est néanmoins pas exclu qu'elle modifie cette jurisprudence si elle était saisie de la loi de 2017 ouvrant le mariage aux personnes de même sexe ⁽²¹⁾.

La Loi Fondamentale contient d'autres droits fondamentaux dont l'exercice ne semble pas nécessiter une intervention étatique, mais dont l'existence pérenne exige, selon la Cour, un aménagement de la part de l'État ⁽²²⁾. Il en va par exemple ainsi de la liberté de la presse, à propos de laquelle la Cour a jugé que l'État devait prendre des mesures de garantie, afin notamment d'éviter les monopoles ⁽²³⁾.

Le contrôle *du respect de ces obligations positives* et en particulier des obligations de protection, est assez différent de celui qui s'attache aux obligations négatives. Il ne s'agit pas de contrôler le *Wie* mais uniquement le *Ob* : l'État doit protéger le droit fondamental, mais la manière dont il remplit cette obligation relève pour l'essentiel de son appréciation ⁽²⁴⁾. L'examen du juge consiste simplement à vérifier que l'État n'est pas demeuré en-dessous du seuil d'intervention requis (*Untermaßverbot*).

Cette différence majeure interdit de calquer sur les obligations de protection les éléments habituels du contrôle de proportionnalité. Ainsi, le critère de l'aptitude change de signification : dans le cadre des obligations négatives, une restriction qui n'est pas adaptée demeure une restriction. En revanche, une soi-disant protection qui se révèle inadaptee n'est en réalité pas une protection ⁽²⁵⁾.

À l'égard du critère de nécessité, la marge d'appréciation laissée à l'État est beaucoup plus importante dans le cadre des obligations positives ⁽²⁶⁾. Ainsi, face à l'enlèvement de Schleyer, la Cour souligna l'obligation faite à l'État de protéger la vie, mais refusa de prescrire la manière dont il convenait de satisfaire cette exigence. Une telle question relevait de l'appréciation des organes de l'État ⁽²⁷⁾. La Cour n'a imposé un moyen particulier que dans certains cas, par exemple en jugeant que la Constitution exigeait une incrimination de l'avortement ⁽²⁸⁾. À bien y regarder, cependant, le critère de nécessité devient inutile lorsqu'une seule mesure paraît satisfaire l'obligation de protection : il ne s'agit pas, à la manière du contrôle des restrictions, de déterminer la mesure nécessaire parmi un ensemble de solutions de protection, mais d'identifier la seule véritable mesure de protection ⁽²⁹⁾.

Seule demeure donc la proportionnalité au sens strict, mais qui est envisagée dans une perspective différente. Dans le cadre des obligations négatives, il est défendu à l'État d'en faire trop, d'aller trop loin (*Übermaßverbot*). Dans l'exercice de ses obligations positives, il est interdit à l'État de ne pas en faire assez (*Untermaßverbot*). Lorsque, comme c'est souvent le cas, deux droits fondamentaux sont en conflit, l'action de l'État doit se situer entre ces deux limites. À l'égard de l'obligation de protection, l'intervention de l'État doit être suffisante au vu des intérêts en jeu, de l'ampleur du danger et de sa vraisemblance. Une très large marge d'appréciation est reconnue au législateur. La Cour n'interviendra qu'en cas de manquement évident ⁽³⁰⁾.

La Cour impose en revanche une certaine cohérence au législateur. Elle accepte par exemple son estimation des dangers du tabagisme passif, et ne s'oppose donc pas à ce qu'il interdise de fumer dans les restaurants. La protection de la santé justifie cette atteinte à la liberté d'entreprendre ⁽³¹⁾. Mais la Cour censure les exceptions prévues par la loi, par exemple sous les tentes dressées pour les fêtes de la bière. Si le législateur estime que le danger justifie l'interdiction, il doit édicter cette mesure de manière conséquente ⁽³²⁾. De la sorte, regrette un auteur, la Cour fait prévaloir la pure rationalité, sans laisser la place aux aménagements que peut exiger l'adoption d'un compromis politique ⁽³³⁾.

Le contrôle de la Cour est davantage prononcé à l'égard des décisions du juge judiciaire, dès lors que ce dernier est conduit à concilier les positions contradictoires de deux particuliers. Il revient à l'État de protéger suffisamment le droit fondamental de l'un sans limiter exagérément le droit fondamental de l'autre. La Cour reprochera au juge de

ne pas avoir suffisamment envisagé l'un des intérêts en cause ⁽³⁴⁾, par exemple s'il a rejeté une plainte en diffamation sans avoir du tout tenu compte de la protection constitutionnelle de la réputation. Cette application du droit privé à la lumière des droits fondamentaux constitue la manifestation principale de l'effet horizontal indirect.

Conclusion : fragments d'un discours juridique

On n'a donné ici qu'un fragment du discours allemand sur les droits fondamentaux, un aperçu de la « dogmatique » qui se prolonge en une multitude de critères toujours plus fins et variés. L'excessive complexité de ces raisonnements et de la jurisprudence de la Cour, qui contribue grandement à les développer, a pu être critiquée ⁽³⁵⁾. Si les allemands vont trop loin et enfreignent un *Übermaßverbot*, nous semblons demeurer en France au-dessous du seuil minimum, en violation d'un *Untermaßverbot*. Or, aucun système qui prétend confier à un juge constitutionnel la garde des droits fondamentaux ne peut se passer d'un degré minimum de raffinement dans le contrôle du respect de ces exigences constitutionnelles. La systématisation des techniques de contrôle offre en effet un langage commun, la possibilité d'un discours entre universitaires, juges, parlementaires et praticiens pour réfléchir voire façonner le régime juridique des droits fondamentaux.

⁽¹⁾Sur le problème des obligations adressées aux personnes privées, voir récemment en français Thomas Hochmann et Jörn Reinhardt (dir.), *L'effet horizontal des droits fondamentaux*, Paris, Pedone, 2018.

⁽²⁾Voir Th. Kingreen et R. Poscher, *op. cit.*, n° 136 s.

⁽³⁾Voir récemment en français, Th. Hochmann, « Typologie des effets horizontaux », in Th. Hochmann et J. Reinhardt, *op. cit.*, p. 129 s.

⁽⁴⁾BVerfGE 46, 160 Schleyer (16 octobre 1977), p. 164.

⁽⁵⁾Voir de manière détaillée Klaus Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, tome III/1 : *Allgemeine Lehren der Grundrechte*, Munich, C.H. Beck, 1988, § 69, p. 937 s.

⁽⁶⁾Cette thèse a en particulier été défendue par Jürgen Schwabe et plus récemment par Dieter Murswiek. Voir Kl. Stern, *op. cit.*, tome III/1, p. 947 ; Didier Ribes, *L'État protecteur des droits fondamentaux, Recherche en droit comparé sur les effets des droits fondamentaux entre personnes privées*, thèse Aix-en-Provence, 2005, p. 250 ; Johan van der Walt, *The Horizontal Effect Revolution and the Question of Sovereignty*, Berlin/Boston, de Gruyter, 2014, p. 222 s.

⁽⁷⁾Kl. Stern, *op. cit.*, tome III/1, p. 947. Voir aussi Th. Kingreen et R. Poscher, *op. cit.*, n° 135.

⁽⁸⁾Voir par exemple BVerfGE 80, 367 *Tagebuch* (14 septembre 1989), p. 374 ; BVerfGE 109, 279 *Gro Ber Lauschangriff* (3 mars 2004), p. 311.

⁽⁹⁾BVerfGE 7, 198 *Lüth* (15 janvier 1958), p. 205.

⁽¹⁰⁾Voir V. Epping, *op. cit.*, n° 123 ; et par exemple BVerfGE 77, 170 *Lagerung chemischer Waffen* (29 octobre 1987), p. 214.

⁽¹¹⁾Voir en particulier H. Dreier, *Dimensionen der Grundrechte. Von der Wertordnungsjudikatur zu den objektiv-rechtlichen Grundrechtsgehalten*, Hanovre, Hennies und Zinkeisen, 1993, notamment p. 27.

⁽¹²⁾Voir V. Epping, *op. cit.*, n° 429 s. Voir aussi David Capitant, *Les effets juridiques des droits fondamentaux en Allemagne*, Paris, LGDJ, 2001, p. 212.

⁽¹³⁾Voir Hans Kelsen, « Eine Grundlegung der Rechtssoziologie », *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, 1915, p. 858.

⁽¹⁴⁾Voir V. Epping, *op. cit.*, n° 435 ; Th. Kingreen et R. Poscher, *op. cit.*, n° 146.

⁽¹⁵⁾Th. Kingreen et R. Poscher, *op. cit.*, n° 1031 ; V. Epping, *op. cit.*, n° 435.

⁽¹⁶⁾V. Epping, *op. cit.*, n° 440 ; Michel Fromont, « Le droit de propriété et la Constitution en France et en Allemagne », un *L'interventionnisme économique de la puissance publique : études en l'honneur du doyen Georges Péquignot*, tome 1, Montpellier, CERAM, 1984, p. 272.

⁽¹⁷⁾Th. Kingreen et R. Poscher, *op. cit.*, n° 1091 s. ; V. Epping, *op. cit.*, n° 441.

⁽¹⁸⁾BVerfGE 24, 367 (18 décembre 1968), p. 389.

⁽¹⁹⁾BVerfGE 105, 313 (17 juillet 2002), p. 345. Voir déjà BVerfGE 10, 59 (29 juillet 1959), p. 66.

⁽²⁰⁾Voir en français Th. Hochmann, « Le mariage entre personnes du même sexe. L'exemple de l'Allemagne », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 2016, pp. 91-98.

⁽²¹⁾La Cour a déjà considéré que les « parents » mentionnés au deuxième alinéa de l'article 6 pouvaient être du même sexe : BVerfGE 133, 59 (19 février 2013), p. 77.

⁽²²⁾Voir D. Capitant, *op. cit.*, p. 219 s.

⁽²³⁾BVerfGE 20, 162 *Spiegel* (5 août 1966), p. 175 s.

⁽²⁴⁾H. Dreier, « Vorbemerkungen vor Art. 1 GG », *art. cit.*, n° 103. Voir aussi C. D. Classen, *op. cit.*, p. 104.

⁽²⁵⁾Th. Kingreen et R. Poscher, *op. cit.*, n° 348.

⁽²⁶⁾V. Epping, *op. cit.*, n° 127.

⁽²⁷⁾Le gouvernement maintint donc sa décision de ne pas satisfaire les revendications des ravisseurs, et Hanns Martin Scheleleyer fut exécuté peu après.

⁽²⁸⁾BVerfGE 39, 1 *Schwangerschaftsabbruch I* (25 février 1975), p. 47. Voir V. Epping, *op. cit.*, n° 122 s.

⁽²⁹⁾Th. Kingreen et R. Poscher, *op. cit.*, n° 349.

⁽³⁰⁾V. Epping, *op. cit.*, n° 127 s.

⁽³¹⁾BVerfGE 121, 317 *Rauchverbot* (11 juin 2008).

⁽³²⁾*Ibid.*, p. 362.

⁽³³⁾M. Jestaedt, *art. cit.*, p. 300 s. L'auteur critique cette exagération « typiquement allemande » de l'état de droit au détriment de la démocratie et des ajustements politiques qu'elle requiert (*ibid.*, p. 302).

⁽³⁴⁾V. Epping, *op. cit.*, n° 370 s.

⁽³⁵⁾Voir en particulier M. Jestaedt, O. Lepsius, Chr. Möllers et Chr. Schönberger, *Das entgrenzte Gericht*, Berlin, Suhrkamp, 2011.

Les techniques - Le contrôle du respect des obligations positives par la Cour EDH

F. Sudre

Professeur émérite de droit public
Université de Montpellier

Le *dictum* de l'arrêt *Airey c/Irlande*, du 9 octobre 1979 (n°6289/73) - il s'agit de « protéger des droits non pas théoriques ou illusoire, mais concrets et effectifs » (§ 26) - est passé à la postérité. Le juge européen entend fournir à l'individu les conditions matérielles à l'exercice effectif de ses droits. La réalisation des droits qu'énonce la Convention est donc susceptible de réclamer des « mesures positives » de la part de l'État, « qui ne saurait se borner à demeurer passif » (§ 25). L'« obligation positive » qui pèse sur l'État est alors celle d'« adopter des mesures raisonnables et adéquates pour protéger les droits » que l'individu tient de la Convention ⁽¹⁾.

L'arrêt *Airey* a engagé un mouvement jurisprudentiel fécond et, bien qu'elle se refuse à élaborer une théorie générale des obligations positives de nature à découler de la Convention, la Cour européenne, découvrant dans l'article 1^{er} de la Convention une obligation positive inhérente à l'engagement général qu'ont les États de reconnaître « à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés » consacrés par la Convention, a procédé à la généralisation des obligations positives substantielles. On sait que le juge interne n'est pas resté à l'écart de ce mouvement. Ainsi, le Conseil d'État, sur le fondement de l'article 2 de la CEDH, met à la charge des autorités pénitentiaires l'obligation positive « de prendre les mesures propres à protéger (la) vie » des détenus, notamment en mettant à la disposition des détenus des quartiers ordinaires des matelas ininflammables ⁽²⁾. De surcroît, le juge européen semble bien considérer que tous les droits substantiels énoncés par la Convention renferment une obligation positive procédurale implicite de mettre en place et de rendre effectives des procédures permettant à la personne concernée de revendiquer au niveau national le droit en cause et de contester les mesures y portant atteinte.

Bouleversant l'économie de la Convention, les « obligations positives » emportent une redéfinition des obligations des États parties. La responsabilité de l'État peut être engagée non seulement du fait de son ingérence « active » dans tel ou tel droit, mais aussi, par le jeu de la théorie des « obligations positives », du fait de son ingérence « passive », en raison de la non-adoption des mesures positives que l'application concrète du droit réclamait, qu'il s'agisse de mesures d'ordre matériel ou d'ordre normatif. Par le biais des « obligations positives », c'est donc l'inertie des pouvoirs publics - quelle que soit l'autorité en cause (législative, gouvernementale, administrative, juridictionnelle) - qui est susceptible d'être sanctionnée et, plus précisément, celle du législateur.

Par contrôle des obligations positives nous entendons contrôle du respect des obligations positives par les États parties et laisserons de côté la question de savoir comment la Cour européenne met au jour l'existence d'une obligation positive. L'examen de la technique de contrôle du respect des obligations positives par la Cour impose alors de distinguer deux figures, selon que le recours aux obligations positives s'inscrit dans un rapport vertical - État-individu - ou dans un rapport « horizontal » de relations interindividuelles.

1° Dans la première hypothèse, les atteintes aux droits garantis résultent d'une ingérence « passive » de l'État. Est en cause une abstention de l'État constitutive *per se* d'une atteinte à un droit garanti. L'exemple topique est celui de l'affaire *Markx c/Belgique* ⁽³⁾, relative à l'absence d'une législation protectrice du statut juridique de l'enfant né hors mariage.

Dans ce cas de figure, le contrôle de la Cour est toujours réduit au contrôle de proportionnalité *stricto sensu*. Bien que le juge européen affirme dans son arrêt *Powell et Rayner c/Royaume-Uni* ⁽⁴⁾ (21 févr. 1990, n°9310/81), systématisant son contrôle sur les obligations positives, que « les principes applicables sont assez voisins », que les ingérences aux droits garantis résultent d'obligations négatives « classiques » (ne pas porter atteinte) ou d'obligations positives (mettre en œuvre), il n'en reste pas moins qu'il délaisse le contrôle de la « nécessité dans une société démocratique » - et, par voie de conséquence, le contrôle entier de proportionnalité dans sa triple dimension, adéquation, nécessité, proportionnalité *stricto-sensu* - pour n'exercer qu'un contrôle restreint à la proportionnalité au sens strict et, selon la formule usuelle, se borne « à avoir égard au juste équilibre à ménager entre les intérêts concurrents de l'individu et de la société dans son ensemble » (§ 41) ⁽⁵⁾. Non sans rappeler que l'État « jouit d'une certaine marge d'appréciation » (§ 41).

L'exigence de « juste équilibre » sera bien souvent assouplie par la notion de « raisonnable ». Par exemple, la Cour note, dans l'affaire *Powell et Rayner* (préc.), où était en cause l'insuffisance de la réglementation des niveaux

sonores des avions et des mesures pratiques prises pour réduire l'exposition des riverains au bruit, qu'« on ne peut raisonnablement prétendre que le gouvernement britannique [...] a outrepassé sa marge d'appréciation ou rompu le juste équilibre à ménager aux fins de l'article 8 » (§ 45) ; à l'inverse, dans l'affaire *Hokkannen c/ Finlande* ⁽⁶⁾, elle constate que les autorités nationales, nonobstant leur marge d'appréciation, n'ont pas adopté les mesures de mise en œuvre du droit de visite d'un père à l'égard de sa fille « que l'on pouvait raisonnablement exiger d'elles en l'occurrence » (§ 58 et 61).

D'une manière générale, le contrôle des obligations positives manque néanmoins de rigueur. La Cour européenne ne reprend pas, le plus souvent, la démarche qui est la sienne pour les ingérences actives- consistant à contrôler si l'ingérence est bien prévue par la loi, si elle poursuit un but légitime et si elle est nécessaire dans une société démocratique- et fait l'impasse sur les deux premières conditions, alors que celles-ci paraissent également pertinentes en matière d'ingérences passives(omissions, décisions de refus, mesures insuffisantes). L'arrêt *Hokkannen* (préc.) est topique de cette manière de faire : examinant à la fois une ingérence passive(absence de mise en œuvre du droit de garde du père) et une ingérence active(transfert ultérieur de la garde de l'enfant aux grands-parents), la Cour contrôle la seconde ingérence au regard des trois conditions énoncées au § 2 de l'article 8, mais non la première.

Par ailleurs, la distinction entre ingérence passive et ingérence active est parfois ténue et le choix opéré par la Cour d'examiner une affaire au titre des obligations positives plutôt que des obligations négatives (ou inversement) paraît singulièrement arbitraire. Prenons quelques exemples. Dans l'affaire *Gnahoré c/ France* ⁽⁷⁾ la Cour analyse ainsi curieusement la suspension du droit de visite d'un père à l'égard de son enfant qui avait fait l'objet d'une mesure de placement non comme une ingérence active dans ses droits parentaux mais sur le seul fondement des obligations positives ; de même, elle se place sur ce terrain pour examiner le refus d'accès à l'insémination artificielle opposé aux détenus - et non sur celui de l'ingérence dans le droit au respect de la vie privée ⁽⁸⁾. Inversement, dans l'affaire *S.H. et a. c/ Autriche* ⁽⁹⁾, la Cour choisit, sans s'en expliquer, de se placer sur le terrain de l'ingérence résultant de l'interdiction faite aux intéressés par la loi de recourir à certaines techniques de procréation assistée et non de l'obligation positive pesant sur l'État d'autoriser lesdites techniques (§ 88).

Le refus de la Cour de choisir si l'ingérence relève de l'action ou de l'abstention de l'État est tout aussi fâcheux. Dans la célèbre affaire *Broniowski* ⁽¹⁰⁾, la Cour ne juge pas utile de déterminer si la conduite de l'Etat polonais doit être examinée sous l'angle des obligations positives comme une abstention d'agir ou sous celui de l'obligation de ne pas porter atteinte au droit au respect de ses biens comme une ingérence active (§ 146), considérant que les principes applicables sont identiques et que, notamment, une atteinte au respect des biens comme une abstention doivent ménager un « juste équilibre » entre les exigences de l'intérêt général et les impératifs de la sauvegarde des droits individuels (§ 150).

L'allègement du contrôle exercé par la Cour s'explique, sans doute, par l'« inversion » du jeu de la proportionnalité en matière d'obligations positives, puisque le rapport de proportionnalité ne consiste pas à vérifier, comme à l'habitude, que les ingérences dans le droit individuel sont excessives eu égard au but d'intérêt général poursuivi, mais que les obligations mises à la charge de l'État ne sont pas trop lourdes au regard de l'intérêt individuel à protéger. De manière topique, la Cour, dans son arrêt de Grande chambre *C. Goodwin c/Royaume-Uni* (préc.), relève qu'« aucun facteur important d'intérêt public n'entr(e) en concurrence » avec l'intérêt d'une transsexuelle à obtenir la reconnaissance juridique de sa conversion sexuelle (§ 93).

Le flottement du contrôle de la Cour s'explique aussi, vraisemblablement, par le souci de concilier avec le respect du principe de subsidiarité une interprétation constructive, qui aboutit à mettre à la charge de l'Etat une obligation nouvelle de « mettre en œuvre ». De fait, la marge nationale d'appréciation - corollaire du principe de subsidiarité - pèse de tout son poids et l'intensité du contrôle qu'exerce la Cour sur le respect des obligations positives est, à l'instar du contrôle sur les ingérences « classiques » de l'Etat, indexé sur la marge d'appréciation reconnue à l'Etat. Il en est particulièrement ainsi lorsque la Cour a à connaître de délicates questions de société. Dans son arrêt de Grande chambre *Lambert c/France* ⁽¹¹⁾, la Cour estime ainsi qu'elle n'a pas à se substituer au législateur national lorsqu'elle est « saisie de questions scientifiques, juridiques et éthiques complexes », telle celle de la fin de la vie (§ 144). Elle affirme en conséquence que le choix par l'État des moyens pour assumer ses obligations positives de protection de la vie découlant de l'article 2 précité relève en principe de sa marge d'appréciation et, se prévalant de surcroît de l'absence de consensus entre les États membres du Conseil de l'Europe quant à l'arrêt d'un traitement maintenant artificiellement la vie, se borne à un contrôle restreint largement inspiré de l'arrêt rendu par la Conseil d'Etat dans cette même affaire ⁽¹²⁾. Contrôle qui débouche sur le constat du respect par l'État de ses obligations positives découlant de l'article 2 de la convention. Elle juge ainsi que loi du 22 avril 2005 constitue un cadre législatif qui, encadrant de façon précise la décision du médecin d'arrêter les traitements, est « propre à assurer la protection de la vie des patient » conformément à l'article 2 de la Convention (§ 160).

2° Dans la seconde hypothèse - celle des relations interindividuelles -, la Cour a à connaître, par le truchement des obligations positives et de l' « effet horizontal indirect » conféré aux droits protégés par la Convention, d'une abstention de l'Etat ayant permis à un tiers, personne privée, de s'immiscer dans le droit garanti ⁽¹³⁾.

La pratique jurisprudentielle de la Cour est incertaine. La cause en est vraisemblablement que le contrôle de proportionnalité, originellement conçu par le juge européen pour contrôler la marge d'appréciation des États dans la mise en œuvre des restrictions aux droits autorisées par la clause d'ordre public de la Convention – et, donc, « construit en fonction des rapports verticaux existant entre l'individu et l'État » ⁽¹⁴⁾-, paraît inadapté quand il s'agit de violations privées imputables à l'État du fait de son abstention et que la Cour recourt à la théorie des obligations positives. En effet, lorsqu'est en cause l'application de la Convention aux relations de particuliers à particuliers, la proportionnalité n'a plus la même signification, car elle vise alors à mettre en balance non pas l'intérêt individuel et l'intérêt général mais deux intérêts particuliers, puisque l'ingérence a été commise par un particulier au nom d'un intérêt privé, et à trancher un conflit de droits.

Le contrôle exercé par la Cour apparaît ainsi fluctuant. Soit que la Cour s'abstienne parfois de pratiquer un contrôle de proportionnalité et sans s'engager dans la voie de la recherche d'un « juste équilibre » se borner à constater que l'Etat a pris, ou n'a pas pris, les « mesures raisonnables et appropriées » attendues ⁽¹⁵⁾.

Soit qu'elle fasse directement jouer le principe de proportionnalité entre deux intérêts privés. Il en va ainsi par exemple dans les affaires *Sorensen et Rasmussen* ⁽¹⁶⁾ et *K.U. c/ Finlande* ⁽¹⁷⁾, où la Cour met en balance, dans un cas (monopole syndical), le droit des requérants au libre choix de leur syndicat et la protection des intérêts de leurs adhérents par les syndicats, et, dans l'autre (pratiques pédophiles sur Internet), liberté d'expression et confidentialité des services Internet et protection du droit au respect de la vie privée. Selon une jurisprudence bien établie ⁽¹⁸⁾, la Cour martèle le principe, posé dès son arrêt *Chassagnou c/France* ⁽¹⁹⁾, que « la marge d'appréciation est de façon générale également ample lorsque l'État doit ménager un équilibre entre des intérêts privés et publics concurrents ou différents droits protégés » ⁽²⁰⁾ et n'exerce qu'un contrôle restreint à la proportionnalité au sens strict. La Cour contrôle en conséquence que le juge national a bien procédé à « une mise en balance effective des intérêts en jeu à l'aune du principe de proportionnalité » ⁽²¹⁾, n'hésitant pas, pour ce faire, à définir une grille de critères à l'usage du juge interne ⁽²²⁾.

Par exemple, s'agissant du conflit liberté de la presse / droit au respect de la vie privée, la Cour subordonne le respect par l'État de ses obligations positives de garantir à toute personne, même connue du grand public, « une « espérance légitime » de protection et de respect de sa vie privée » contre les pratiques de la presse à sensation à la condition que les juridictions nationales aient procédé à une mise en balance circonstanciée des intérêts en présence, conformément à une grille de six critères qu'elle définit ⁽²³⁾.

Soit, fréquemment, que le juge européen, combinant l'effet horizontal (notamment de l'article 8) et le principe de proportionnalité, paraisse, paradoxalement, vérifier si l'ingérence d'un particulier dans le droit d'un autre particulier était nécessaire dans une société démocratique pour atteindre un but d'intérêt général. Significativement, la Cour, dans son arrêt *Hatton c/Royaume-Uni* ⁽²⁴⁾, met en balance les intérêts des requérants et « les intérêts concurrents d'autrui et de la société dans son ensemble » (à savoir les intérêts de l'industrie aérienne et les intérêts économiques du pays, § 129), jugeant *in fine* que la réglementation adoptée pour protéger les riverains de l'aéroport d'Heathrow des nuisances sonores causées par les vols de nuit est « globalement raisonnable » ⁽²⁵⁾. Topique est le cas du conflit entre vie privée et liberté de la presse, où le juge européen confronte non la vie privée de tel ou tel et l'intérêt individuel du journaliste mais le droit au respect de la vie privée et l'intérêt du public à recevoir les informations, le droit à l'image et la contribution de la publication incriminée au débat d'intérêt général ; dans l'arrêt *Von Hannover c/ Allemagne*, la Cour juge ainsi que « la publication des photos et des articles litigieux [...] ne saurait passer pour contribuer à un quelconque débat d'intérêt général pour la société, malgré la notoriété de la requérante » (§ 65).

Ajoutons, qu'afin de résoudre le conflit de droits la tendance actuelle du juge européen, dans le but d'échapper au dilemme de devoir trancher entre deux intérêts privés difficilement conciliables, semble être non de pratiquer (ou rarement), comme il l'annonce ⁽²⁶⁾, une « mise en balance des intérêts » individuels au cas par cas mais, par le jeu des obligations positives, de privilégier une mise en balance de l'intérêt individuel et de la norme générale, choisissant de situer le « juste équilibre » dans le cadre d'une évaluation globale des normes (*categorical balancing*). Ainsi, dans les affaires *Odièvre* (prec.) et *Evans* (prec.), où sont en conflit, d'une part, le droit à la connaissance de ses origines et le droit de préserver le secret de son accouchement, et, d'autre part, le droit pour la femme de devenir mère et le droit pour l'homme de ne pas être père, la Cour a égard à « l'intérêt général » d'une législation protégeant la santé de la mère et de l'enfant lors de la grossesse et de l'accouchement et visant à éviter les avortements clandestins (*Odièvre*) ou établissant un cadre juridique en matière de fécondation *in vitro* (*Evans*).

Au bout du compte, il apparaît que lorsqu'elle se situe sur le terrain des obligations positives, que soit ou

nonmobilisé mobilisé le jeu de l'effet horizontal, la Cour exerce un contrôle identique, formellement restreint à la proportionnalité au sens strict. Si l'on ajoute à ce bref survol des modalités du contrôle exercé par la Cour EDH sur le respect des obligations positives que la mise au jour même des obligations positives est à l'entière discrétion du juge européen qui, pour ce faire, mobilise commodément la technique aléatoire du « consensus » européen, on conviendra que le contrôle de la Cour européenne, sur les obligations positives est assez rudimentaire.

⁽¹⁾CEDH, 9 déc. 1994, n° 16798/90, *Lopez Ostra c/Espagne*, § 51.

⁽²⁾CE, 17 déc. 2008, n° 305594, *Section française de l'Observatoire international des prisons*.

⁽³⁾CEDH, 13 juin 1979, n° 6833/74, *Markx c/Belgique*.

⁽⁴⁾CEDH, 21 févr. 1990, n° 9310/81, *Powell et Rayner c/Royaume-Uni*.

⁽⁵⁾CEDH, GC, 11 juil. 2002, *C. Goodwin c/Royaume-Uni*, § 72 ; CEDH, GC, 16 déc. 2010, *A.B.C. c/Irlande*, n° 25579/05, § 247.

⁽⁶⁾CEDH, 23 sept. 1994, n° 19823/92, *Hokkannen c/ Finlande*.

⁽⁷⁾CEDH, 19 sept. 2000, n° 40031/98, *Gnahoré c/France*.

⁽⁸⁾CEDH, GC, 4 dec. 2007, n° 44362/04, *Dickson c/ Royaume-Uni*.

⁽⁹⁾CEDH, GC, 3 nov. 2011, n° 57813/00, *S.H. c/Autriche*.

⁽¹⁰⁾CEDH, GC, 22 juin 2004, n° 31443/96, *Broniowski c/Pologne* : est en cause l'indemnisation des personnes « rapatriées » des territoires situés au-delà de la nouvelle frontière définie après la seconde guerre mondiale entre la Pologne orientale et l'ex-URSS.

⁽¹¹⁾CEDH, GC, 5 juin 2015, n° 46043/14, *Lambert c/France*, *JCP G* 2015, note 805, F. Sudre.

⁽¹²⁾CE, Ass., 24 juin 2014, n° 375081.

⁽¹³⁾CEDH, 21 juin 1988, n° 10126/82, *Plattform « Ärzte für das Leben » c/Autriche*, § 34.

⁽¹⁴⁾J. Mouly et J.-P. Marguénaud, note sous CEDH, déc. 9 mars 2004, n° 46210/99, *Wretlund c/Suède*, *D.* 2005, 36.

⁽¹⁵⁾Par ex., CEDH, 21 juin 1988, n° 10126/82, *Plattform « Ärzte für das leben » c/Autriche*, § 39..

⁽¹⁶⁾CEDH, 11 janv. 2006, n° 52562/99 et n° 52620/99, *Sorensen et Rasmussen c/Danemark*

⁽¹⁷⁾CEDH, 2 déc. 2008, n° 2872/02, *K.U. c/ Finlande*.

⁽¹⁸⁾*Plattform « Ärzte für das Leben » c/Autriche*, prec, § 34 ; voir, parmi d'autres : CEDH, 9 déc. 1994, n° 16798/90, *Lopez Ostra c/Espagne*, § 58 ; CEDH, 25 avr. 1996, n° 1557389, *Gustafsson c/Suède*, § 45 ; CEDH, 24 juin 2004, n° 59320/00, *Von Hannover c/Allemagne*, § 58.

⁽¹⁹⁾CEDH, GC, 29 avr. 1999, n° 25088/94, 28331/95 et 28443/95, *Chassagnou c/France*, § 113 ; aussi, CEDH, GC, 13 févr. 2003, n° 42326/98, *Odièvre c/France*, § 49.

⁽²⁰⁾CEDH, GC, 10 avr. 2007, n° 6339/05, *Evans c/ Royaume-Uni*, § 77 ; CEDH, 4 déc. 2007, n° 44362/04, *Dickson c/Royaume-Uni*, § 78.

⁽²¹⁾CEDH, 23 sept. 2010, n° 1620/03, *Schüth c/ Allemagne*, § 69 ; aussi, CEDH, 12 juin 2003, n° 35968/97, *Van Kuck c/Allemagne*.

⁽²²⁾Voir, pour le conflit liberté de la presse / droit au respect de la vie privée, CEDH, GC, 7 févr. 2012, n° 40660/08 et 60641/08, *Von Hannover c/Allemagne* (n° 2).

⁽²³⁾A savoir : la contribution à un débat d'intérêt général ; la notoriété de personne privée et l'objet du reportage (distinction entre personnes privées et personnalités politiques ou personnes publiques) ; le comportement antérieur de la personne concernée (a-telle ou non coopéré avec la presse ?) ; le contenu, la forme et les répercussions de la publication ; les circonstances de la prise des photos (consentement ou non de la personne concernée, nature et gravité de l'intrusion) ou le mode d'obtention des informations et leur véracité (respect de la

déontologie journalistique) ; la gravité de la sanction imposée à l'organe de presse.

⁽²⁴⁾ CEDH, GC, 8 juillet 2003, n°3602297, *Hatton c/Royaume-Uni*.

⁽²⁵⁾ Voir aussi, CEDH, 29 févr. 2000, n°39293/98, *Fuentes Bobo c/Espagne*, où dans une affaire relative à un conflit du travail, le raisonnement tenu par la Cour semble placer l'employeur dans la situation de l'autorité publique.

⁽²⁶⁾ *Chassagnou c/France*, prec., § 113.

Les techniques - Le contrôle des obligations positives par la CJUE

H. Surell

Professeure de droit public
Sciences Po Lyon

Privilégiant la recherche de l'effectivité des droits conventionnels, la Cour européenne des droits de l'homme affirme, dans l'arrêt *Airey c/ Irlande* du 9 octobre 1979, qu'il s'agit de « protéger des droits non pas théoriques ou illusoire, mais concrets et effectifs »⁽¹⁾. Aussi recourt-elle largement à la théorie - prétorienne - des obligations positives, considérant que le respect effectif des droits implique dans certains cas l'adoption de mesures positives par les Etats parties. Les obligations positives sont, dès lors, conçues comme inhérentes aux droits concernés⁽²⁾.

Bien sûr, la question de l'éventuelle mobilisation de cette technique ne peut se poser de la même façon dans l'Union européenne que dans un Etat, ne serait-ce que parce que l'Union est une organisation supranationale qui a seulement une compétence d'attribution et ne dispose pas, notamment, d'une compétence générale en matière de protection des droits fondamentaux. Dans cette perspective, la protection de ces droits ne peut conduire à imposer à ses institutions une obligation positive qui excéderait ses compétences. Et, on le sait, les Etats ont toujours été très soucieux d'éviter une extension des compétences de l'Union *via* la protection des droits fondamentaux, ce dont attestent certaines dispositions du traité sur l'Union européenne et de la Charte⁽³⁾.

Cette vigilance est d'ailleurs relayée par la Cour de justice, qui, rappelons-le, n'est pas un juge spécialisé dans le domaine des droits de l'homme, lorsqu'il lui faut délimiter le champ d'application du droit de l'Union ou la notion de mise en œuvre de ce droit au sens de l'article 51 § 1 de la Charte⁽⁴⁾. Les Etats membres ne sont, en effet, tenus de respecter la Charte des droits fondamentaux que lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union.

Dans le cadre de l'Union, la question de la protection des droits fondamentaux paraît donc essentiellement envisagée sous l'angle du contrôle des ingérences dans l'exercice de ces droits plutôt que sous l'angle d'obligations positives à la charge des institutions européennes ou des Etats membres.

La notion d' « obligation positive » n'est, cependant, pas inconnue du droit de l'Union européenne. Dès la création des Communautés européennes, les traités constitutifs prévoient des obligations d'agir à la charge des Etats membres ou des institutions communautaires. Et la Cour de justice consacre bien, en lien avec l'obligation de coopération loyale, l'existence de telles obligations à la charge des Etats comme, par exemple, à propos de la violation du principe de la libre circulation des marchandises dans l'affaire dite « des fraises » (arrêt *Commission c/ France*). Elle y vérifie, en effet, si la France a pris des mesures propres à assurer l'effectivité de la liberté de circulation des marchandises et sanctionne son inaction, cette dernière s'étant abstenue de prendre les mesures nécessaires pour faire cesser les actes de vandalisme, perpétrés par des personnes privées, entravant la libre circulation⁽⁵⁾.

Appelée, par ailleurs, à interpréter le règlement (CEE) n° 404/93 du Conseil, du 13 février 1993, portant organisation commune des marchés dans le secteur de la banane, dans l'arrêt *T. Port GmbH Co. KG et a*, la Cour affirme, dans un *obiter dictum*, qu'une intervention des institutions communautaires s'impose « si le passage à l'organisation commune des marchés porte atteinte aux droits fondamentaux protégés par le droit communautaire de certains opérateurs économiques, tels que le droit de propriété et le droit au libre exercice des activités professionnelles »⁽⁶⁾.

Enfin, nombreuses sont les obligations d'agir consacrées par des actes de droit dérivé, y compris en matière de protection des droits fondamentaux, le législateur de l'Union « réceptionnant » d'ailleurs certaines obligations précédemment identifiées par la Cour européenne des droits de l'homme.

Jusqu'alors, l'étude de la consécration par la Cour de justice d'obligations positives en matière de droits fondamentaux a été très peu explorée, sans doute au regard de l'étroitesse de la matière. Analysant spécifiquement la question, Malu Beijer retient une approche, à notre sens, assez extensive de la notion d'obligation positive, tout du moins au regard de la jurisprudence de la Cour européenne, puisqu'elle conduit à l'assimiler à une obligation de faire. Ainsi en est-il, par exemple, lorsqu'elle considère que la Cour de justice consacre une obligation positive lorsqu'elle estime que la clause 2, point 1, de l'accord-cadre sur le congé parental, conclu le 14 décembre 1995, lue à la lumière du principe d'égalité de traitement, « impose au législateur national de mettre en place un régime de congé parental qui, en fonction de la situation existante dans l'Etat membre concerné, assure aux parents de jumeaux un traitement qui tienne dûment compte de leurs besoins particuliers ». De notre point de vue, c'est, ici, la « situation singulière » des parents de jumeaux qui commande un traitement

différent ⁽⁷⁾. En application d'une jurisprudence bien établie, le principe de non-discrimination ne requiert-il pas, en effet, un traitement différencié de situations différentes ?

Pour notre part, nous choisissons de retenir la conception des obligations positives développée par la Cour de Strasbourg c'est-à-dire une construction qui conduit à ajouter une obligation positive à l'obligation négative qui pèse sur les Etats parties. En d'autres termes, nous n'assimilerons pas obligation de faire et obligation positive. Or, dans cette perspective, il ressort d'un examen de la jurisprudence de la CJUE que l'usage de cette technique au sens de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme demeure, à ce stade, très limité. Peu d'obligations positives, substantielles ou de nature procédurale, ont été consacrées en réceptionnant la jurisprudence de la Cour européenne, que ce soit *via* les principes généraux du droit ou, après l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne le 1^{er} décembre 2009, au regard du mécanisme des droits dits « correspondants » au sens de l'article 52 § 3 de la Charte. Ce sont, en outre, des obligations s'imposant aux seuls Etats lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'UE et qui, contrairement à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, concernent uniquement des litiges verticaux. Dans cette perspective, il n'est pas question, ici, d'« effet horizontal » indirect.

On observe donc une réception limitée de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg s'agissant tant des obligations positives substantielles que des obligations procédurales.

I - La consécration d'obligations positives substantielles

Sans toujours se référer à la jurisprudence de la Cour de Strasbourg, la Cour de justice a, dans un premier temps, consacré des obligations positives substantielles, précédemment identifiées par la Cour européenne au regard de l'article 8 de la CEDH, terrain de prédilection du recours à la technique des obligations positives. Plus récemment, elle a également « réceptionné » l'obligation de garantir des conditions de détention respectueuses de la dignité humaine.

Les premiers arrêts concernent des obligations positives inhérentes au droit au respect de la vie familiale et au droit au respect de la vie privée

L'arrêt *Parlement européen c/ Conseil* du 27 juin 2006 fournit une première illustration intéressant le droit au respect de la vie familiale ⁽⁸⁾.

La Cour de justice s'était déjà fondée auparavant sur l'article 8 de la CEDH pour garantir le droit au respect de la vie familiale dans des affaires intéressant la question du regroupement familial ⁽⁹⁾. Saisie, ici, d'un recours en annulation du Parlement européen à l'encontre de la directive 2003/86/CE, du 22 septembre 2003, relative au droit au regroupement familial, elle affirme que le droit au respect de la vie familiale, au sens de l'article 8 de la Convention, qui implique le droit de vivre avec ses parents proches, met à la charge des Etats des obligations négatives - comme celle de ne pas expulser une personne - mais aussi des obligations positives comme l'obligation de laisser une personne entrer et résider sur leur territoire ⁽¹⁰⁾.

Reconnaissant donc l'existence d'obligations positives inhérentes au droit au respect effectif de la vie familiale, le juge de Luxembourg considère que, dans la mesure où la directive consacre un droit au regroupement familial, lorsque les Etats font application du critère d'intégration, prévu à l'article 4, § 1, de la directive, avant d'autoriser l'entrée et le séjour d'un enfant de plus de douze ans arrivant indépendamment du reste de sa famille, ces derniers jouissent d'une marge de manœuvre limitée au regard des obligations positives qui pèsent sur eux. Mais, dans cet arrêt, il se réfère à la fois aux obligations positives identifiées par la Cour de Strasbourg et aux « obligations positives précises » résultant, pour les Etats, de la directive ⁽¹¹⁾.

Postérieurement à l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, la CJUE rappelle, dans l'arrêt *Chakroun*, que les mesures concernant le regroupement familial doivent être adoptées en conformité avec l'obligation de protection de la famille et de respect de la vie familiale, notamment garantie par l'article 8 de la CEDH et l'article 7 de la Charte ⁽¹²⁾. Désormais, la théorie des obligations positives est donc, comme ici, susceptible d'être réceptionnée *via* les « droits correspondants » au sens de l'article 52 § 3 de la CDFUE.

Par ailleurs, dans l'arrêt *K. B.* du 7 janvier 2004, la Cour de justice paraît réceptionner l'obligation positive de procéder à la reconnaissance juridique de la nouvelle identité sexuelle d'une personne transsexuelle dégagée par

la Cour de Strasbourg dans l'arrêt *Christine Goodwin c/ Royaume-Uni*, dans lequel elle avait constaté à la fois une violation de l'article 8 de la Convention du fait du refus de la reconnaissance juridique du changement de sexe d'une personne et une violation de l'article 12 en raison de l'impossibilité pour une personne transsexuelle de se marier avec une personne du sexe auquel elle appartenait auparavant ⁽¹³⁾.

Se trouvait en cause, ici, le refus d'attribution d'une pension de réversion au partenaire transsexuel d'une personne. K. B., une infirmière employée par le service national de santé et affiliée à son régime de retraite partageait sa vie avec une personne - R. - née de sexe féminin et qui était devenue un homme à la suite d'une opération de changement de sexe. R. n'ayant pu obtenir la modification de son acte de naissance, K. B. et lui n'avaient pas pu se marier. Dès lors, dans l'hypothèse où K. B. décéderait la première, R. ne pourrait pas percevoir une pension de veuf, le bénéfice d'une telle prestation étant réservé au seul époux survivant.

La CJCE estime que la différence de traitement litigieuse, pour ne pas mettre en cause « directement le bénéfice d'un droit protégé par le droit communautaire, affecte l'une de ses conditions d'octroi » à savoir la capacité de se marier. En effet, en considérant que tout mariage entre des personnes qui ne sont pas de sexe opposé est nul et en excluant toute modification du registre de l'acte de naissance en vue de la reconnaissance de la nouvelle identité sexuelle d'un individu à la suite d'un changement de sexe, la réglementation britannique interdit à K. B. et R. de remplir une telle condition. Et, s'il est vrai que la détermination des conditions de la reconnaissance juridique du changement de sexe des individus relève de la compétence des Etats, cette législation a, cependant, été jugée contraire à la CEDH par la Cour de Strasbourg. Et la Cour de justice de conclure, dès lors, que le principe de l'égalité des rémunérations entre les travailleurs masculins et les travailleurs féminins « s'oppose, en principe, à une législation qui, en violation de la CEDH, empêche un couple tel que K. B. et R. de remplir la condition de mariage nécessaire pour que l'un d'entre eux puisse bénéficier d'un élément de la rémunération de l'autre » ⁽¹⁴⁾.

Ce raisonnement est, par la suite, repris dans l'arrêt *Richards* relatif à une inégalité de traitement en matière d'octroi d'une pension de retraite trouvant son origine dans la conversion sexuelle de la personne concernée ⁽¹⁵⁾.

Plus récemment, la CJUE fait application de la jurisprudence de la Cour européenne relative aux conditions de détention au regard de l'article 3 de la Convention. Dans l'arrêt *Kudla c/ Pologne*, cette dernière a, en effet, mis au jour, de manière implicite, l'obligation positive à la charge des Etats parties de « s'assurer que tout prisonnier est détenu dans des conditions qui sont compatibles avec le respect de la dignité humaine, que les modalités d'exécution de la mesure ne soumettent pas l'intéressé à une détresse ou à une épreuve d'une intensité qui excède le niveau inévitable de souffrance inhérent à la détention et que, eu égard aux exigences pratiques de l'emprisonnement, la santé et le bien-être du prisonnier sont assurés de manière adéquate, notamment par l'administration des soins médicaux requis » ⁽¹⁶⁾.

Dans l'arrêt *Aranyosi et Căldăraru*, la Cour de justice réceptionne cette obligation positive d'assurer des conditions de détention respectueuses de la dignité humaine ⁽¹⁷⁾.

Elle était appelée, ici, à interpréter la décision-cadre 2002/584/JAI du Conseil, du 13 juin 2002, relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre Etats membres, les juridictions de renvoi considérant - notamment au regard de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg sur la surpopulation carcérale dans les Etats concernés - que les intéressés risquaient de subir des conditions de détention contraires à l'article 3 de la CEDH en cas de remise aux autorités judiciaires hongroise et roumaine ⁽¹⁸⁾.

La CJUE affirme que la nécessité de garantir que la personne concernée ne soit pas soumise, en cas de remise à l'Etat membre d'émission, à un traitement inhumain ou dégradant justifie, à titre exceptionnel, d'apporter une limitation aux principes de confiance et de reconnaissance mutuelles. Si l'autorité judiciaire d'exécution dispose d'« éléments objectifs, fiables, précis et dûment actualisés » révélant des défaillances quant aux conditions de détention dans l'Etat membre d'émission, le respect de l'article 4 de la Charte implique, en effet, qu'elle vérifie « si, dans les circonstances de l'espèce, il existe des motifs sérieux et avérés de croire que, à la suite de sa remise à l'Etat membre d'émission, cette personne courra un risque réel d'être soumise dans cet Etat membre à un traitement inhumain ou dégradant, au sens de cet article ». Si tel est le cas, l'exécution de ce mandat doit, dès lors, être reportée ⁽¹⁹⁾.

Faisant application de cette jurisprudence dans l'arrêt *Generalstaatsanwaltschaft*, la Cour de justice précise, en s'appuyant sur l'arrêt de la Cour européenne *Mursic c/ Croatie* (20 octobre 2016), que, « compte tenu de l'importance attachée au facteur spatial dans l'appréciation globale des conditions de détention, le fait que l'espace personnel dont dispose un détenu est inférieur à 3 m² dans une cellule collective fait naître une forte présomption de violation de l'article 3 de la CEDH » et estime que lorsque l'assurance que la personne concernée ne sera pas soumise à un traitement contraire à l'article 4 de la Charte n'émane pas d'une autorité judiciaire, la garantie qu'elle représente « doit être déterminée en procédant à une appréciation globale de l'ensemble des éléments à la

disposition de l'autorité judiciaire d'exécution » ⁽²⁰⁾. Plus récemment, elle précise, dans l'arrêt *Dumitru-Tudor Dorobantu*, l'intensité du contrôle qui doit être opéré par l'autorité judiciaire d'exécution, considérant notamment qu'il ne saurait être « limité aux seules insuffisances manifestes » au regard du caractère absolu du droit garanti par l'article 4 de la Charte. De même, l'existence de motifs sérieux et avérés de croire que la personne concernée risque de subir un traitement inhumain ou dégradant « ne saurait être mise en balance, aux fins de décider d'une telle remise, avec des considérations liées à l'efficacité de la coopération judiciaire en matière pénale ainsi qu'aux principes de confiance et de reconnaissance mutuelles ».

Par ailleurs, prenant appui sur la jurisprudence européenne, la Cour fournit des indications quant aux exigences minimales en termes d'espace personnel par détenu dans une cellule collective, considérant que l'espace occupé par les infrastructures sanitaires ne doit pas être pris en compte pour le calcul de l'espace disponible à la différence de celui occupé par les meubles, les détenus devant en tout état de cause conserver la possibilité de se mouvoir normalement dans la cellule ⁽²¹⁾.

Si ces arrêts relatifs aux conditions de détention attestent bien d'une remarquable réception de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg par la CJUE, la réception expresse d'obligations positives substantielles concerne en définitive assez peu d'affaires. Ce constat vaut également pour les obligations positives procédurales.

II – La mise au jour d'obligations positives procédurales

L'examen de la réception d'obligations positives procédurales par la CJUE nécessite préalablement de préciser ce que l'on entend par là, c'est-à-dire de faire le départ entre ces obligations *stricto sensu* et les autres techniques utilisées dans le cadre du mouvement global de *procéduralisation* des droits fondamentaux.

Comme la Cour européenne, la Cour de justice considère, en effet, que certaines garanties procédurales sont inhérentes à des droits substantiels et s'appuie en la matière, dans certains cas, sur la jurisprudence strasbourgeoise, comme cela a été évoqué à propos du contrôle de la nécessité d'une atteinte à l'exercice d'un droit fondamental ⁽²²⁾. Topique, à cet égard, est l'arrêt *Kadi et a.* du 3 septembre 2008 relatif à l'inscription de M. Kadi sur la liste contenue à l'annexe I du règlement (CE) n° 881/2002, du Conseil, du 27 mai 2002. Faisant application du principe général du droit consacrant le droit de propriété, la CJCE y fait une application explicite de la jurisprudence de la Cour européenne *Jokela c/ Finlande* aux termes de laquelle l'exigence d'un processus décisionnel équitable est inhérente à l'article 1 du Protocole 1 qui garantit le droit au respect des biens ⁽²³⁾. Mais, en la matière, la Cour européenne se place sur le terrain des ingérences et non des obligations positives.

La procédure qui conduit à une atteinte à l'exercice du droit de propriété doit ainsi être équitable et offrir, dès lors, à l'intéressé une occasion adéquate d'exposer sa cause afin de contester la mesure litigieuse, ce qui n'avait pas été le cas en l'espèce. Le règlement du Conseil avait, en effet, été adopté sans fournir aucune garantie au requérant « lui permettant d'exposer sa cause aux autorités compétentes, et ce dans une situation dans laquelle la restriction de ses droits de propriété doit être qualifiée de considérable », ce qui emporte une violation du droit de propriété dans son volet procédural ⁽²⁴⁾.

Par ailleurs, il faut aussi rappeler le contexte particulier dans lequel s'insère la question des garanties procédurales dans le cadre de l'Union européenne. Au-delà de la protection des droits fondamentaux, la consécration de droits procéduraux est évidemment souvent intimement liée à la primauté de la norme européenne et à son application effective. Les règles nationales de procédure doivent, en effet, fournir au particulier une protection effective des droits que ce dernier tire du droit de l'UE ⁽²⁵⁾. Et, avant d'être consacré par l'article 47 de la Charte, le principe de protection juridictionnelle effective est mis en œuvre en tant que principe général du droit communautaire, qui découle des traditions constitutionnelles communes aux États membres et des articles 6 - droit à un procès équitable - et 13 - droit à un recours effectif - de la CEDH ⁽²⁶⁾.

Outre ces différentes garanties, la CJUE a, à deux reprises, « réceptionné » des obligations positives procédurales consacrées par la Cour de Strasbourg *via* la mobilisation d'un « droit correspondant » au sens de la Charte. A notre connaissance, ce fut le cas à propos de l'aide juridictionnelle et du transfert de demandeurs d'asile gravement malades.

Dans l'affaire *DEB*, la Cour de justice devait déterminer si le principe d'effectivité imposait d'accorder une aide judiciaire à des personnes morales ⁽²⁷⁾.

Était en cause le refus opposé à une société de lui octroyer une aide judiciaire pour tenter une action en

responsabilité contre la Bundesrepublik Deutschland, le droit national subordonnant l'exercice d'une telle action au paiement d'une avance sur les frais et prévoyant qu'une aide judiciaire ne pouvait pas être accordée à une personne morale qui n'était pas à même de faire cette avance. Ainsi appelée à examiner la portée du « droit d'une personne morale à un accès effectif à la justice », la Cour relève tout d'abord que l'article 47, § 3, de la Charte « prévoit spécifiquement qu'une aide juridictionnelle est accordée à ceux qui ne disposent pas de ressources suffisantes, dans la mesure où cette aide serait nécessaire pour assurer l'effectivité de l'accès à la justice ». En outre, les *Explications* relatives à l'article 47 renvoient à l'arrêt précité *Airey c/ Irlande*, « selon lequel une aide juridictionnelle doit être accordée lorsque l'absence d'une telle aide rendrait inefficace la garantie d'un recours effectif », la Cour européenne ne précisant pas, toutefois, si pareille aide doit être accordée à une personne morale et la nature des frais qu'elle recouvre ⁽²⁸⁾.

A ce stade, la CJUE entend donc interpréter l'article 47 « dans son contexte, à la lumière des autres textes du droit de l'Union, du droit des États membres et de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme » ⁽²⁹⁾. Dès lors, il s'agit bien de la réception de la théorie des obligations positives.

Rappelant que pour la Cour de Strasbourg, « le droit d'accès à un tribunal constitue un élément inhérent au droit à un procès équitable qu'énonce l'article 6, paragraphe 1, de la CEDH » et qu'un plaideur doit se voir offrir la possibilité de défendre utilement sa cause, la CJUE se livre à une analyse de la jurisprudence pertinente de la Cour européenne, dont il ressort non seulement que « l'aide judiciaire peut couvrir tant l'assistance d'un avocat que la dispense de payer les frais de procédure », mais aussi que l'instauration d'une sélection des affaires aux fins de l'octroi d'une aide judiciaire est possible à condition, toutefois, de pas être mise en œuvre de manière arbitraire ⁽³⁰⁾. Et de conclure que « l'octroi de l'aide juridictionnelle à des personnes morales n'est pas en principe exclu, mais (...) doit être apprécié au regard des règles applicables et de la situation de la société concernée ». Dès lors, la CJUE renvoie-t-elle à la juridiction nationale le fait de vérifier si les conditions d'octroi de l'aide judiciaire en cause constituent une limitation du droit d'accès aux tribunaux portant atteinte à ce droit dans sa substance même ou revêtant un caractère disproportionné. Plus précisément, elle vise l'existence d' « un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé », donc un contrôle d'une intensité limitée, comme cela est généralement le cas devant la Cour de Strasbourg lorsqu'elle se place sur le terrain des obligations positives ⁽³¹⁾. A cette fin, la CJUE indique à la juridiction de renvoi quels critères appliquer. Ce faisant, son approche présente, ici, de réelles affinités avec celle de la Cour de Strasbourg qui vérifie, dans l'arrêt précité *Airey*, si les conditions matérielles nécessaires à l'exercice effectif du droit de la requérante sont remplies. Le juge de Luxembourg évoque ainsi, la prise en compte, aux fins du contrôle de proportionnalité, de l'importance des frais de procédure devant être avancés ou du « caractère insurmontable ou non de l'obstacle » que constituent les frais de procédure pour l'accès à la justice ⁽³²⁾.

En prenant également appui sur la jurisprudence de la Cour européenne, la Cour de justice a, par ailleurs, imposé aux États membres le respect d'une obligation procédurale à l'égard des demandeurs d'asile gravement malades.

Dans l'arrêt *Paposhvili c/ Belgique*, le juge de Strasbourg, après avoir rappelé « qu'il est essentiel que la Convention soit interprétée et appliquée d'une manière qui rende les garanties qu'elle contient concrètes et effectives et non pas théoriques et illusoire », étend le champ d'application des « cas très exceptionnels » de violation de l'article 3 de la Convention en raison de l'éloignement d'un étranger gravement malade à « l'absence de traitements adéquats dans le pays de destination ou du défaut d'accès à ceux-ci » faisant courir à la personne concernée « un risque réel d'être exposée à un déclin grave, rapide et irréversible de son état de santé entraînant des souffrances intenses ou à une réduction significative de son espérance de vie », affirmant, dès lors, l'existence d'une nouvelle obligation procédurale à la charge des États : celle d'évaluer les conséquences du renvoi d'une personne gravement malade « en comparant son état de santé avant l'éloignement avec celui qui serait le sien dans l'État de destination après y avoir été envoyé(e) » ⁽³³⁾.

Se référant à cette jurisprudence dans l'arrêt *C. K. et a. c/ Slovaquie* la CJUE fait également peser sur les autorités nationales l'obligation de vérifier si l'état de santé d'un demandeur d'asile gravement malade « pourra être sauvegardé de manière appropriée et suffisante » en cas de transfert dans un autre État membre en application du règlement dit « Dublin III » ⁽³⁴⁾.

Dès lors que l'intéressé produit, dans le cadre du recours effectif garanti par l'article 27 du règlement, « des éléments objectifs », « de nature à démontrer la gravité particulière de son état de santé et les conséquences significatives et irrémédiables que pourrait entraîner un transfert sur celui-ci, les autorités de l'État membre concerné, y compris ses juridictions, ne sauraient ignorer ces éléments. Elles sont, au contraire, tenues d'apprécier le risque que de telles conséquences se réalisent lorsqu'elles décident du transfert de l'intéressé ou, s'agissant d'une juridiction, de la légalité d'une décision de transfert, dès lors que l'exécution de cette décision pourrait conduire à un traitement inhumain ou dégradant de celui-ci » ⁽³⁵⁾.

Alors que l'arrêt *Paposhvili* concernait un étranger atteint d'une grave maladie physique, la CJUE étend ici le champ de cette obligation procédurale à l'hypothèse d'une maladie mentale, ce que fera également ensuite la Cour européenne ⁽³⁶⁾.

On le voit, l'analyse de la jurisprudence de la Cour de justice permet de relever un recours peu fréquent à la technique des obligations positives, au sens de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, mobilisation limitée qui paraît tenir à la singularité du cadre dans lequel s'inscrit la protection des droits fondamentaux au sein de l'Union européenne.

⁽¹⁾ § 26.

⁽²⁾ Voy la communication de Frédéric Sudre.

⁽³⁾ Aux termes de l'article 6, § 1, du TUE, « Les dispositions de la Charte n'étendent en aucune manière les compétences de l'Union telles que définies dans les traités ». Dans le même sens, voy. le préambule de la Charte et l'article 51, § 2.

⁽⁴⁾ CJCE, 17 février 1998, *Grant*, aff. C-249/96, point 45 : les droits fondamentaux « ne peuvent en eux-mêmes avoir pour effet d'élargir le champ d'application des dispositions du traité au-delà des compétences de la Communauté ». Dans certains cas, la Cour retient, toutefois, une approche particulièrement extensive du champ d'application du droit de l'Union européenne (par exemple, CJUE, gr. ch., 26 février 2013, *Fransson*, aff. C-617/10).

⁽⁵⁾ CJCE, 9 décembre 1997, aff. C-265/95, notamment points 32-35.

⁽⁶⁾ CJCE, 26 novembre 1996, aff. C-68/95, point 40.

⁽⁷⁾ CJUE, 16 septembre 2010, *Chatzi*, aff. C-149/10, points 75 et 68. M. Beijer, *The Limits of Fundamental Rights Protection by the EU – The Scope for the Development of Positive Obligations*, Intersentia, Cambridge, Antwerp, Portland, 2017, p. 278 et s..

⁽⁸⁾ CJCE, gr. ch., aff. C-540/03.

⁽⁹⁾ CJCE, 11 juillet 2002, *Carpenter*, aff. C-60/00, point 4 ou CJCE, 23 septembre 2003, *Akrich*, aff. C-109/01, points 58-60.

⁽¹⁰⁾ Arrêt précité, point 52.

⁽¹¹⁾ Point 62.

⁽¹²⁾ CJUE, 4 mars 2010, aff. C-578/08, point 44. Dans le même sens, CJUE, 6 décembre 2012, *O. et S.*, aff. C-356/11 et C-357/11, notamment point 76.

⁽¹³⁾ CJCE, aff. C-117/01. Cour EDH, gr. ch., 11 juillet 2002.

⁽¹⁴⁾ Points 30 et 36.

⁽¹⁵⁾ CJCE, 27 avril 2006, aff. C-423/04, point 31.

⁽¹⁶⁾ Cour EDH, Gr. ch., 26 octobre 2000, § 94.

⁽¹⁷⁾ CJUE, Gr. ch., 5 avril 2016, aff. C-404/15 et C-659/15 PPU.

⁽¹⁸⁾ Points 42-43 et 59-60.

⁽¹⁹⁾ Points 89, 94 et 98.

⁽²⁰⁾ CJUE, 25 juillet 2018, aff. C-220/18 PPU, points 92 et 114.

⁽²¹⁾ CJUE, Gr. ch., 15 octobre 2019, aff. C-128/18, points 62, 84 et 77.

⁽²²⁾ Voy. notre texte sur le contrôle à propos de l'existence de garanties procédurales contre les risques d'abus

inhérentes au droit au respect de la vie privée (CJUE, gr. ch., 8 avril 2014, *Digital Rights Ireland Ltd et a.*, aff. C-293/12 et C-294/12).

⁽²³⁾ CJCE, gr. ch., *Kadi et a.*, aff. C-402/05 P et C-415/05 P, point 368 et Cour EDH, 21 mai 2002, *Jokela*, § 45 et § 55.

⁽²⁴⁾ Point 369.

⁽²⁵⁾ CJCE, 16 décembre 1976, *Rewe*, aff. 33/76, point 5.

⁽²⁶⁾ CJCE, 15 mai 1986, *Johnston*, aff. 222/84, point 18.

⁽²⁷⁾ CJUE, 22 décembre 2010, aff. C-279/09.

⁽²⁸⁾ Points 29 et 36.

⁽²⁹⁾ Point 37.

⁽³⁰⁾ Points 45 et 48. La Cour se réfère expressément à la jurisprudence européenne (points 45 à 47 et 49 de l'arrêt).

⁽³¹⁾ Point 60.

⁽³²⁾ Point 61.

⁽³³⁾ Cour EDH, gr. ch., 13 décembre 2016, §§ 182-183 et § 188.

⁽³⁴⁾ Règlement (UE) n° 604/2013 du Parlement européen et du Conseil, du 26 juin 2013, établissant les critères et mécanismes de détermination de l'Etat membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale introduite dans l'un des Etats membres par un ressortissant de pays tiers ou un apatride.

⁽³⁵⁾ CJUE, 16 février 2017, aff. C-578/16 PPU, points 77 et 75.

Dans l'arrêt *Abdida*, la Cour avait consacré le droit à un recours ayant un effet suspensif contre une décision de retour d'une personne dans son Etat d'origine, dont l'exécution est susceptible d'exposer un ressortissant d'un Etat tiers à un risque sérieux de détérioration grave et irréversible de son état de santé, en se référant à l'arrêt de la Cour EDH *Gebremedhin c/ France* du 26 avril 2007, et avait considéré que l'Etat en cause était, dès lors, tenu de prendre en charge « dans la mesure du possible » les besoins de base de l'intéressé afin de garantir que des soins médicaux d'urgence et un traitement lui soient effectivement prodigués durant la période de report de l'exécution de la décision d'éloignement (CJUE, gr. ch., 18 décembre 2014, aff. C-562/13, points 48-53 et points 54-62).

⁽³⁶⁾ Cour EDH, 1^{er} octobre 2019, *Savran c/ Danemark*.

Les techniques - Le contrôle du respect des obligations positives par le Conseil constitutionnel

V. Goesel-Le Bihan

Professeure de droit public
Université Lumière Lyon 2

On le sait, la jurisprudence du Conseil n'a consacré aucun effet-cliquet. Les garanties d'exercice des différents droits et libertés prévues par une loi peuvent être diminuées ou supprimées par une loi ultérieure. Le seul contrôle qu'exerce le Conseil consiste alors à vérifier que les lois ou les dispositions législatives qui lui sont déférées ne privent pas de garanties légales des exigences constitutionnelles, le législateur ayant, si tel est le cas, méconnu l'étendue de la compétence qu'il tire de l'article 34 de la Constitution de fixer les "garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques" ⁽¹⁾.

Via l'exercice d'un tel contrôle, le Conseil a ainsi imposé au législateur une obligation générale de protection des droits et libertés, que complètent des obligations spécifiques.

Commençons par l'obligation générale : dans la jurisprudence du Conseil, tout droit ou liberté de valeur constitutionnelle, qu'il s'agisse d'un droit-faculté d'agir ou d'un droit-créance, est considéré comme fondant une "exigence" de valeur constitutionnelle corrélative qui impose au législateur d'en assurer la protection. Quelles garanties sont ainsi protégées ? Tentons une systématisation inédite. Dès le départ, deux types de garanties légales me semblent observables dans la jurisprudence :

- Les premières sont individualisées par le juge et directement attachées à l'exigence constitutionnelle en cause. Plutôt rares, elles ont d'abord concerné le droit d'asile - mais avec un camouflet cinglant sous la forme d'une révision de la Constitution en 1993 pour échapper à l'une d'elles (l'admission au séjour jusqu'à ce qu'il ait été statué sur la demande d'asile) et permettre le jeu des conventions de Dublin et de Schengen ⁽²⁾- puis certains droits sociaux (droit au respect d'une vie familiale normale, principe de participation des travailleurs, droit au repos). Leur reconnaissance en tant que garantie légale était-elle indispensable ? Ne pouvait-elle avantageusement être remplacée par la consécration d'une obligation - de valeur constitutionnelle donc - que "comporte", qu'"implique" - ou qui "résulte de" - l'exigence concernée ⁽³⁾? on le croit. En témoignent les oscillations qui ont affecté le droit au regroupement familial, consacré en tant que garantie légale du droit au respect d'une vie familiale normale dans une décision de 2005 ⁽⁴⁾ avant de réincorporer son statut antérieur d'obligation résultant de ce droit dans la jurisprudence ultérieure ⁽⁵⁾. En témoigne également la qualification tronquée de garantie, donc sans la précision de son caractère "légal", pour le principe d'un repos hebdomadaire ⁽⁶⁾, qu'accompagne la reconnaissance explicite de sa valeur constitutionnelle dans le commentaire autorisé ⁽⁷⁾. Très contraignantes pour le législateur, elles ne pouvaient toutefois se développer dans la jurisprudence qu'au prix du caractère restrictif de leur champ d'application (seul le principe du repos hebdomadaire, et non du repos dominical, est ainsi consacré) et/ou de la reconnaissance de leur caractère substituable (la détermination d'un statut protecteur pour les personnes conduites à conclure des accords collectifs ⁽⁸⁾, garantie légale du droit syndical et du principe de participation des travailleurs, permet la reconnaissance de garanties "au moins équivalentes" à la procédure administrative de licenciement prévue par la loi ⁽⁹⁾). Avec de telles caractéristiques, elles se sont maintenues dans la jurisprudence récente et ont connu quelques utilisations remarquables que j'ai déjà décrites dans un article publié à la RFDA ⁽¹⁰⁾. Elles ont en effet permis de réceptionner des obligations positives consacrées par la Cour EDH, mettant ainsi en lumière la parenté fonctionnelle des deux techniques. On en veut pour preuve la décision QPC de 2011 *Motivation des arrêts d'assises*. Y était contestée l'absence de motivation des arrêts de la Cour d'assises qui résulte d'une interprétation constante des dispositions y relatives du Code de procédure pénale. Elle interprète les articles 7, 8 et 9 de la Déclaration de 1789 comme imposant "au législateur, dans l'exercice de sa compétence, de fixer des règles de droit pénal et de procédure pénale de nature à exclure l'arbitraire dans la recherche des auteurs d'infractions, le jugement des personnes poursuivies ainsi que dans le prononcé et l'exécution des peines". À cette "exigence constitutionnelle" est ensuite attachée par le Conseil "l'obligation de motiver les jugements et arrêts de condamnation" qui en constitue "une garantie légale" ⁽¹¹⁾. Le caractère substituable de cette obligation apparaît dans la phrase suivante qui prévoit que "si la Constitution ne confère pas à cette obligation un caractère général et absolu, l'absence de motivation en la forme ne peut trouver de justification qu'à la condition que soient instituées par la loi des garanties propres à exclure l'arbitraire". Aux exigences du procès équitable et "aux garanties suffisantes" dont la Cour EDH venait d'imposer la reconnaissance aux États, en particulier via l'adoption de règles procédurales propres à écarter tout risque d'arbitraire ⁽¹²⁾, a donc correspondu l'érection d'une exigence constitutionnelle et de garanties légales équivalentes. Le droit au recours en cas de restriction apportée à un droit ou une liberté, autre obligation positive importée de la jurisprudence européenne, fera également une entrée du même type dans la jurisprudence du Conseil - en tant que garantie légale du droit concerné - tout en trouvant un

second fondement - direct cette fois - dans l'article 16 de la Déclaration de 1789⁽¹³⁾, et permettra de protéger les droits au respect de la vie privée, de mener une vie familiale normale et de propriété. Ajoutons simplement que l'ambivalence du statut de ces garanties a récemment éclaté au grand jour. Dans la décision du 2 mars 2018 *Motivation de la peine dans les arrêts de cour d'assises*⁽¹⁴⁾, le Conseil a en effet opéré un revirement de jurisprudence : après avoir ajouté le principe d'individualisation des peines aux normes de référence utilisées, il a en effet considéré que "ces exigences constitutionnelles imposent la motivation des jugements et arrêts de condamnation, pour la culpabilité comme pour la peine", conférant ainsi une valeur constitutionnelle générale - pour la culpabilité et la peine - à cette obligation tout en mettant ainsi fin - pour la culpabilité - à son caractère substituable⁽¹⁵⁾.

- Les secondes garanties, davantage en lien avec le dispositif législatif en cause et ne retirant donc leurs caractéristiques intrinsèques que du type de mise en oeuvre ou de mise en cause de l'exigence concernée, sont au contraire relatives. Elles ne peuvent donc être présentées ici, et seule une analyse globale et circonstanciée de la suffisance de la protection qu'elles assurent à l'exigence concernée permet au juge de déclarer la conformité ou la non-conformité du dispositif qu'elles accompagnent. Même si elle ne correspond plus à l'état du droit positif, la décision *Motivation des arrêts d'assises* de 2011 précitée le montre bien qui, ayant pris acte de l'absence de motivation des arrêts d'assises, examine dans cinq paragraphes successifs⁽¹⁶⁾ les garanties qui tiennent lieu de motivation, en particulier le fait que la cour d'assises doit impérativement statuer sur une liste de questions "claires, précises et individualisées", pour conclure "qu'il résulte de l'ensemble de ces garanties relatives aux débats devant la cour d'assises et aux modalités de sa délibération, que le grief tiré de ce que les dispositions critiquées laisseraient à cette juridiction un pouvoir arbitraire pour décider de la culpabilité d'un accusé doit être écarté"⁽¹⁷⁾. Indiquons simplement que l'inconstitutionnalité peut, dans ce cas, résulter non seulement de leur insuffisance⁽¹⁸⁾, mais également de leur omission totale⁽¹⁹⁾ ou de leur imprécision⁽²⁰⁾. En général, le juge ne précise pas la nature des garanties à introduire, laissant au législateur toute liberté sur ce point. Où s'arrête d'ailleurs cette obligation générale de protection, qui permet de protéger les personnes tant contre l'Etat que contre les tiers⁽²¹⁾, et donc le jeu de la technique qui la met en oeuvre ? c'est ce que l'on ne peut dire de façon générale, cette technique étant, de ce fait, susceptible de provoquer bien des déceptions, comme l'a montré à l'envi la décision QPC de 2015 *Acte d'engagement des personnes détenues participant aux activités professionnelles dans les établissements pénitentiaires*⁽²²⁾. Contrôle ou "apparence de contrôle" selon P. Wachsmann⁽²³⁾, il reste que le Conseil n'a pas voulu obliger le législateur à préciser les règles permettant de mettre en oeuvre les différents droits sociaux prévus par les alinéas 5 à 8 du Préambule de 1946, dont le droit à l'emploi, laissant ainsi aux chefs d'établissement pénitentiaires, sous le contrôle du juge administratif, le soin de les fixer dans un acte d'engagement signé par le détenu.

Cette obligation générale est doublée d'obligations spécifiques de protection. Certaines ont une origine ancienne et accompagnent de façon implicite des principes de valeur constitutionnelle. Le principe de laïcité oblige ainsi l'Etat à assurer le libre exercice du culte. La loi de 2017 renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme, qui autorise la fermeture de certains lieux de culte, a ainsi été interprétée par le Conseil comme signifiant "qu'il appartient au préfet de tenir compte des conséquences d'une telle mesure pour les personnes fréquentant habituellement le lieu de culte et de la possibilité qui leur est offerte ou non de pratiquer leur culte en un autre lieu"⁽²⁴⁾. D'autres sont plus récentes, soit qu'elles découlent de nouveaux droits consacrés par la Charte de l'environnement - on pense en particulier au principe de précaution⁽²⁵⁾, au droit à l'information et à la participation en matière environnementale⁽²⁶⁾ - soit qu'elles aient été directement importées de la jurisprudence de la Cour EDH et permis de consacrer une norme de valeur constitutionnelle explicite, comme le droit à un recours juridictionnel effectif⁽²⁷⁾ ou l'objectif de valeur constitutionnelle de préservation du pluralisme, dont l'une des fonctions est justement de permettre à la liberté de communication de s'exercer de façon effective⁽²⁸⁾.

Seules certaines de ces obligations spécifiques sont sans doute susceptibles, à côté des droits-créances, d'être à l'origine de droits à prestations - et donc d'obligations corrélatives pour l'Etat : l'effectivité n'y est alors plus assurée par de simples dispositions normatives, mais par la prise en compte des difficultés réelles - en l'occurrence financières - d'exercice des droits concernés. Le droit à l'aide juridictionnelle, même s'il n'a pas valeur constitutionnelle, a ainsi été considéré comme l'une des garanties permettant le respect du droit au recours⁽²⁹⁾ tandis que les aides à la presse sont sans doute une garantie du respect du pluralisme⁽³⁰⁾, et que la question reste ouverte pour la liberté de l'enseignement et les aides allouées aux écoles privées⁽³¹⁾. A préciser, enfin, que de telles obligations de protection ne doivent pas être confondues avec les simples facultés de protection que certaines révisions de la Constitution ont pu introduire (je pense en particulier à l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives, ainsi qu'aux responsabilités professionnelles et sociales que la loi "favorise" en vertu de l'article 1er de la Constitution qui, bien que qualifié d'"objectif" de parité par le Conseil, n'est interprété que comme "permett[ant]" au législateur d'instaurer tout dispositif "tendant à rendre effectif l'égal accès des femmes et des hommes"⁽³²⁾).

Quel grief d'inconstitutionnalité est alors mobilisé pour imposer le respect de ces obligations de protection ? En dehors des hypothèses où l'exigence d'effectivité est inscrite dans la formulation même du droit - la privation de la

ou des garantie(s) lui porte alors directement atteinte - et de celles, particulièrement nombreuses depuis la mise en oeuvre de l'état d'urgence, où l'exigence de conciliation emporte l'exercice d'un contrôle de proportionnalité ⁽³³⁾, elles sont sanctionnées en tant que leur violation est constitutive d'une forme particulière d'incompétence négative. Cette dernière présente en effet la particularité d'être le fruit d'une double violation de la Constitution, article 34 ou autre article fondant la compétence du législateur d'un côté, et droit ou liberté fondant l'exigence constitutionnelle en cause de l'autre, cette dernière violation expliquant qu'elle soit invocable en QPC lorsqu'elle affecte "par elle-même" le droit ou la liberté concerné ⁽³⁴⁾. Ce recours à un moyen importé du droit administratif pour sanctionner le trop peu de protection accordé au droit ou à la liberté en cause présente l'avantage de permettre d'imposer au législateur le respect d'obligations positives, pour l'essentiel normatives, en l'obligeant à ne pas méconnaître sa propre compétence par l'adoption de lois lacunaires ou par lesquelles, sauf pour édicter les modalités de leur mise en oeuvre, il se défausserait sur d'autres autorités inférieures. Il présente toutefois l'inconvénient de lier la compétence et le fond, c'est-à-dire la compétence du législateur et le respect du droit ou la liberté concernée, avec un effet délétère que le Conseil évitera sans doute : il s'agit de l'hypothèse de la loi adoptée avant l'entrée en vigueur de la Constitution pour laquelle - mais ne l'a-t-il pas déjà fait ? - il devra délier l'incompétence, insusceptible d'être sanctionnée en QPC, de la violation du droit concerné ⁽³⁵⁾. En effet, si la jurisprudence européenne est indifférente à la compétence, celle constitutionnelle ne saurait l'être à la protection des droits et libertés.

En dehors de cette particularité, la parenté des techniques européenne et constitutionnelle de protection est donc patente. En effet, si les obligations positives sont "inhérentes" aux droits garantis par la Convention, les "exigences constitutionnelles" ne sont-elles pas pour l'essentiel la « face positive » des droits et libertés garantis par la Constitution dont l'effectivité est ainsi assurée ?

⁽¹⁾Décision n° 86-217 DC du 18 septembre 1986 *Loi relative à la liberté de communication*, § 4 ("Considérant qu'il est à tout moment loisible au législateur, statuant dans le domaine qui lui est réservé par l'article 34 de la Constitution, de modifier des textes antérieurs ou d'abroger ceux-ci en leur substituant, le cas échéant, d'autres dispositions ; qu'il ne lui est pas moins loisible d'adopter, pour la réalisation ou la conciliation d'objectifs de nature constitutionnelle, des modalités nouvelles dont il lui appartient d'apprécier l'opportunité et qui peuvent comporter la modification ou la suppression de dispositions législatives qu'il estime inutiles ; que, cependant, l'exercice de ce pouvoir ne saurait aboutir à priver de garanties légales des exigences de caractère constitutionnel").

⁽²⁾Une révision de la Constitution est adoptée le 25 novembre 1993 afin de contrer le non-respect par la loi de l'une des garanties légales du droit d'asile sanctionné par le Conseil dans sa décision n° 93-325 DC du 13 août 1993 *Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France* ("que si certaines garanties attachées à ce droit ont été prévues par des conventions internationales introduites en droit interne, il incombe au législateur d'assurer en toutes circonstances l'ensemble des garanties légales que comporte cette exigence constitutionnelle. [...] Considérant que le respect du droit d'asile, principe de valeur constitutionnelle, implique d'une manière générale que l'étranger qui se réclame de ce droit soit autorisé à demeurer provisoirement sur le territoire jusqu'à ce qu'il ait été statué sur sa demande ; que sous réserve de la conciliation de cette exigence avec la sauvegarde de l'ordre public, l'admission au séjour qui lui est ainsi nécessairement consentie doit lui permettre d'exercer effectivement les droits de la défense qui constituent pour toutes les personnes, qu'elles soient de nationalité française, de nationalité étrangère ou apatrides, un droit fondamental à caractère constitutionnel" ; Article 53-1 nouveau de la Constitution : « La République peut conclure avec les États européens qui sont liés par des engagements identiques aux siens en matière d'asile et de protection des Droits de l'homme et des libertés fondamentales, des accords déterminant leurs compétences respectives pour l'examen des demandes d'asile qui leur sont présentées »").

⁽³⁾Ces formules figurent dans les décisions dont les extraits sont cités dans les notes qui précèdent cette note ou lui succèdent.

⁽⁴⁾Décision n° 2005-528 DC du 15 décembre 2005 *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2006* § 15. " Considérant, en premier lieu, que la procédure de regroupement familial établie par le livre IV du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile est une garantie légale du droit des étrangers établis de manière stable et régulière en France à y mener une vie familiale normale".

⁽⁵⁾Décision n° 93-325 DC du 13 août 1993 *Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France*, § 69 et 70 ("Considérant que le dixième alinéa du préambule de la Constitution de 1946 dispose que : "La Nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement" ; Considérant qu'il résulte de cette disposition que les étrangers dont la résidence en France est stable et régulière ont, comme les nationaux, le droit de mener une vie familiale normale ; que ce droit comporte en particulier la faculté pour ces étrangers de faire venir auprès d'eux leurs conjoints et leurs enfants mineurs [...]") ; Décision n° 2006-539 DC du 20 juillet 2006 *Loi relative à l'immigration et à l'intégration*, § 13 ("Considérant que le

dixième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 dispose que : " La Nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement " ; qu'il résulte de cette disposition que les étrangers dont la résidence en France est stable et régulière ont, comme les nationaux, le droit de mener une vie familiale normale. [...] Considérant, en l'espèce, que le législateur n'a pas remis en cause le droit des étrangers établis de manière stable et régulière en France de faire venir auprès d'eux leur conjoint et leurs enfants mineurs;").

⁽⁶⁾Décision n° 2009-588 DC du 6 août 2009 *Loi réaffirmant le principe du repos dominical et visant à adapter les dérogations à ce principe dans les communes et zones touristiques et thermales ainsi que dans certaines grandes agglomérations pour les salariés volontaires*, § 2 ("Considérant, en premier lieu, qu'aux termes du onzième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946, la Nation " garantit à tous... la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs " ; que le principe d'un repos hebdomadaire est l'une des garanties du droit au repos ainsi reconnu aux salariés"). Pour la confidentialité des éléments d'information détenus par l'office français de protection des réfugiés et des apatrides relatifs à la personne sollicitant en France la qualité de réfugié, qualifiée de garantie légale "essentielle" du droit d'asile, v. la décision n° 97-389 DC du 22 avril 1997 *Loi portant diverses dispositions relatives à l'immigration*, § 25 et 26 : "Considérant en second lieu qu'aux termes du quatrième alinéa du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 : " Tout homme persécuté en raison de son action en faveur de la liberté a droit d'asile sur les territoires de la République. " ; qu'il incombe au législateur d'assurer en toutes circonstances l'ensemble des garanties légales que comporte cette exigence constitutionnelle ; Considérant que la confidentialité des éléments d'information détenus par l'office français de protection des réfugiés et des apatrides relatifs à la personne sollicitant en France la qualité de réfugié est une garantie essentielle du droit d'asile, principe de valeur constitutionnelle qui implique notamment que les demandeurs du statut de réfugié bénéficient d'une protection particulière").

⁽⁷⁾P. 8 et 9 : "Comme son intitulé l'indique, c'est en ce qu'elle impose un repos hebdomadaire que la loi du 13 juillet 1906 reconnaît un principe fondamental (principe dont la portée constitutionnelle trouve désormais son fondement dans le dixième alinéa du Préambule de 1946".

⁽⁸⁾Décision n° 96-383 DC du 6 novembre 1996 *Loi relative à l'information et à la consultation des salariés dans les entreprises et les groupes d'entreprises de dimension communautaire, ainsi qu'au développement de la négociation collective*, § 16("Considérant qu'il découle par ailleurs de l'article 34 de la Constitution que relève du domaine de la loi la détermination des principes fondamentaux du droit du travail et du droit syndical ; que c'est au législateur qu'il revient de déterminer dans le respect des dispositions à valeur constitutionnelle ci-dessus rappelées, les conditions et garanties de la mise en oeuvre de ces dernières ; qu'il lui est loisible, dans le domaine de compétence qui est le sien, de compléter ou d'abroger des dispositions antérieures sous réserve de ne pas priver de garanties légales des principes constitutionnels ; que relève de ces garanties la détermination d'un statut de nature à permettre aux personnes conduites à conclure des accords collectifs l'exercice normal de leurs fonctions en toute indépendance par rapport à leur employeur").

⁽⁹⁾19. "Considérant que le second alinéa du III de l'article 6 renvoie aux accords de branche la fixation des modalités de protection des salariés expressément mandatés par les organisations syndicales représentatives pour une négociation déterminée, et précise que ces accords pourront prévoir que le licenciement de ces salariés ainsi que, pendant un délai qu'ils fixeront, le licenciement de ceux dont le mandat a expiré seront soumis à la procédure d'autorisation administrative de licenciement prévue à l'article L. 412-18 du code du travail ; [...] Considérant qu'aux termes de l'article 34 de la Constitution, la loi détermine les principes fondamentaux du droit du travail et du droit syndical ; que s'il appartient au législateur de fixer les conditions et garanties de la mise en oeuvre des dispositions à valeur constitutionnelle, la détermination des modalités concrètes de cette mise en oeuvre peut cependant faire l'objet d'une concertation appropriée entre les employeurs et les salariés ou leurs organisations représentatives ; Considérant que si le législateur a conféré compétence aux partenaires sociaux, dans le cadre de la négociation de branche, pour définir une protection conventionnelle particulière des salariés mandatés par les organisations syndicales représentatives, il ressort des travaux préparatoires de la loi qu'en faisant référence à la procédure prévue par l'article L. 412-18 du code du travail, il a entendu que la protection à instituer assure, sous le contrôle du juge, des garanties au moins équivalentes à la garantie légale tenant à la mise en oeuvre de cette dernière disposition ; que sous cette stricte réserve d'interprétation, le second alinéa du III de l'article 6 ne méconnaît ni l'article 34 de la Constitution ni le huitième alinéa du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946".

⁽¹⁰⁾V. Goesel-Le Bihan, "Les griefs d'inconstitutionnalité dans la jurisprudence récente du Conseil constitutionnel : entre objectivation, rationalisation et européanisation", *RFDA* 2016, p. 1251-1263.

⁽¹¹⁾Déc. n° 2011-113/115 du 01 avril 2011.

⁽¹²⁾Cour EDH, Gr. Ch., 16 novembre 2010, *Taxquet contre Belgique*, n° 926/05.

⁽¹³⁾En ce sens, v. les décisions n° 2013-357 QPC du 29 novembre 2013 *Visite des navires par les agents des*

douanes, n° 2015-494 du 16 octobre 2015 *Procédure de restitution, au cours de l'information judiciaire, des objets placés sous main de justice*, n° 2015-500 du 27 novembre 2015 *Contestation et prise en charge des frais d'une expertise décidée par le comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail* n° 2016-543 du 24 mai 2016 *Permis de visite et autorisation de téléphoner durant la détention provisoire* ; Pour une analyse "européenne" de ces décisions, v. également V. Goesel-Le Bihan, *op. cit.*, p. ?.

⁽¹⁴⁾Déc. n° 2017-694 QPC.

⁽¹⁵⁾"Il ressort des articles 7, 8 et 9 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 qu'il appartient au législateur, dans l'exercice de sa compétence, de fixer des règles de droit pénal et de procédure pénale de nature à exclure l'arbitraire dans la recherche des auteurs d'infractions, le jugement des personnes poursuivies ainsi que dans le prononcé et l'exécution des peines. Le principe d'individualisation des peines, qui découle de l'article 8 de cette déclaration, implique qu'une sanction pénale ne puisse être appliquée que si le juge l'a expressément prononcée, en tenant compte des circonstances propres à chaque espèce. Ces exigences constitutionnelles imposent la motivation des jugements et arrêts de condamnation, pour la culpabilité comme pour la peine".

⁽¹⁶⁾Décision précitée, § 12 à 16.

⁽¹⁷⁾*Idem*, § 17.

⁽¹⁸⁾Dans ce sens, v. les décisions n° 92-316 DC du 20 janvier 1993 *Loi relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques*, § 57 ("Considérant qu'aux termes de l'article 72 de la Constitution les collectivités territoriales "s'administrent librement par des conseils élus et dans les conditions prévues par la loi" ; que les dispositions du II ci-dessus analysées ont pour effet de permettre au représentant de l'État de provoquer à tout moment, jusqu'à ce que le juge administratif ait statué définitivement sur le recours en annulation, la suspension, pendant un délai de trois mois, des actes des collectivités locales dans des domaines importants relevant de leurs compétences en interrompant, le cas échéant, leur mise en oeuvre ; qu'elles privent ainsi de garanties suffisantes l'exercice de la libre administration des collectivités locales prévu par l'article 72 de la Constitution") et n° 93-329 DC du 13 janvier 1994 *Loi relative aux conditions de l'aide aux investissements des établissements d'enseignement privés par les collectivités territoriales*, § 27 ("Considérant par ailleurs que les dispositions de l'article 2 ne comportent pas non plus de garanties suffisantes pour éviter que des établissements d'enseignement privés puissent se trouver placés dans une situation plus favorable que celle des établissements d'enseignement public, compte tenu des charges et des obligations de ces derniers").

⁽¹⁹⁾Décision n° 2010-45 QPC du 6 octobre 2010, *Noms de domaine Internet*, § 6 ("que, si le législateur a ainsi préservé les droits de la propriété intellectuelle, il a entièrement délégué le pouvoir d'encadrer les conditions dans lesquelles les noms de domaine sont attribués ou peuvent être renouvelés, refusés ou retirés ; qu'aucune autre disposition législative n'institue les garanties permettant qu'il ne soit pas porté atteinte à la liberté d'entreprendre ainsi qu'à l'article 11 de la Déclaration de 1789 ; que, par suite, le législateur a méconnu l'étendue de sa compétence"). Dans le même sens, v. déjà les décisions n° 93-322 DC du 28 juillet 1993 *Loi relative aux établissements publics à caractère scientifique, culturel et professionnel*, § 12 ("Considérant qu'en autorisant ainsi le pouvoir réglementaire ou les établissements publics concernés à déroger aux règles constitutives qu'il a fixées et l'autorité ministérielle à s'opposer à de telles dérogations ou à y mettre fin, le législateur [...] n'a pas assorti de garanties légales les principes de caractère constitutionnel que constituent la liberté et l'indépendance des enseignants-chercheurs ; que, dès lors, les dispositions ci-dessus analysées ne sont pas conformes à la Constitution").

⁽²⁰⁾Décision n° 2013-336 du 1 août 2013, *Participation des salariés aux résultats de l'entreprise dans les entreprises publiques*, § 18 et 19 ("Considérant qu'en adoptant les dispositions contestées, le législateur a soustrait les « entreprises publiques » à l'obligation d'instituer un dispositif de participation des salariés aux résultats de l'entreprise ; qu'il n'a pas fixé la liste des « entreprises publiques » auxquelles, par dérogation à cette règle, cette obligation s'applique ; qu'il s'est borné à renvoyer au décret le soin de désigner celles des entreprises publiques qui y seraient néanmoins soumises ; que le législateur s'est ainsi abstenue de définir le critère en fonction duquel les entreprises publiques sont soumises à cette obligation en ne se référant pas, par exemple, à un critère fondé sur l'origine du capital ou la nature de l'activité ; qu'il n'a pas encadré le renvoi au décret et a conféré au pouvoir réglementaire la compétence pour modifier le champ d'application de la loi ; qu'en reportant ainsi sur des autorités administratives ou juridictionnelles le soin de fixer des règles dont la détermination n'a été confiée par la Constitution qu'à la loi, il a méconnu l'étendue de sa compétence ; Considérant que la liberté d'entreprendre résulte de l'article 4 de la Déclaration de 1789 ; que la méconnaissance par le législateur de l'étendue de sa compétence dans la détermination du champ d'application de l'obligation faite aux entreprises d'instituer un dispositif de participation des salariés à leurs résultats affecte par elle-même l'exercice de la liberté d'entreprendre").

⁽²¹⁾En ce sens, v., entre autres, la décision n° 2017-637 QPC du 16 juin 2017 *Refus d'accès à une enceinte*

sportive et fichier d'exclusion, § 11 à 14 (Le troisième alinéa de l'article L. 332-1 du code du sport permet aux organisateurs de manifestations sportives à but lucratif d'établir un traitement automatisé de données à caractère personnel recensant les personnes qui ont contrevenu ou contreviennent aux dispositions des conditions générales de vente ou du règlement intérieur relatives à la sécurité de ces manifestations. [...] Il ressort du texte adopté et des débats parlementaires que, par ces dispositions, le législateur n'a pas entendu déroger aux garanties apportées par la loi du 6 janvier 1978 mentionnée ci-dessus relatives notamment aux pouvoirs de la Commission nationale de l'informatique et des libertés, qui s'appliquent aux traitements en cause. Le fichier prévu par les dispositions contestées ne peut être établi que par les organisateurs de manifestations sportives à but lucratif. Il ne peut recenser que les personnes qui ont contrevenu ou contreviennent aux dispositions des conditions générales de vente ou du règlement intérieur relatives à la sécurité de ces manifestations. Il ne peut être employé à d'autres fins que l'identification desdites personnes en vue de leur refuser l'accès à des manifestations sportives à but lucratif. Il en résulte que le traitement de données prévu par les dispositions contestées est mis en œuvre de manière adéquate et proportionnée à l'objectif d'intérêt général poursuivi").

⁽²²⁾Décision n° 2015-485 QPC du 25 septembre 2015 *Acte d'engagement des personnes détenues participant aux activités professionnelles dans les établissements pénitentiaires*, § 11 ("Considérant qu'il est loisible au législateur de modifier les dispositions relatives au travail des personnes incarcérées afin de renforcer la protection de leurs droits ; que, toutefois, en subordonnant à un acte d'engagement signé par le chef d'établissement et la personne détenue la participation de cette dernière aux activités professionnelles organisées dans les établissements pénitentiaires et en renvoyant à cet acte d'engagement le soin d'énoncer les droits et obligations professionnels du détenu, dans des conditions qui respectent les dispositions de l'article 22 de la loi du 24 novembre 2009 et sous le contrôle du juge administratif, les dispositions contestées ne privent pas de garanties légales les droits et libertés énoncés par les cinquième à huitième alinéas du Préambule de la Constitution de 1946 dont sont susceptibles de bénéficier les détenus dans les limites inhérentes à la détention ; que par suite, le grief tiré de ce que le législateur aurait méconnu l'étendue de sa compétence dans des conditions affectant par elles-mêmes les droits et libertés qui découlent des cinquième à huitième alinéas du Préambule de la Constitution de 1946 doit être écarté").

⁽²³⁾Préface in V. Goesel-Le Bihan, *Contentieux constitutionnel*, Ellipses, 2ème édit., 2016, p. ??

⁽²⁴⁾Décision n° 2017-695 QPC du 29 mars 2018 *Mesures administratives de lutte contre le terrorisme*, § 41.

⁽²⁵⁾Décision n° 2008-564 DC du 19 juin 2008 *Loi relative aux organismes génétiquement modifiés*, § 38 ("Considérant qu'aux termes de l'article 5 de la Charte de l'environnement : « 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 l'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 » ; que ces dispositions, comme l'ensemble des droits et devoirs définis dans la Charte de l'environnement, ont valeur constitutionnelle ; qu'elles s'imposent aux pouvoirs publics et aux autorités administratives dans leur domaine de compétence respectif ; que, dès lors, il incombe au Conseil constitutionnel, saisi en application de l'article 61 de la Constitution, de s'assurer que le législateur n'a pas méconnu le principe de précaution et a pris des mesures propres à garantir son respect par les autres autorités publiques").

⁽²⁶⁾V., entre autres, la décision n° 2011-183/184QPC du 14 octobre 2011 *Installations classées*, § 8 ("Considérant que les dispositions contestées prévoient que les projets de décrets de nomenclature ainsi que les projets de prescriptions générales applicables aux installations enregistrées font l'objet d'une publication, éventuellement par voie électronique ; que, toutefois, dans sa rédaction soumise au Conseil constitutionnel, le second alinéa de l'article L. 511-2 ne prévoit pas la publication du projet de décret de nomenclature pour les installations autorisées ou déclarées ; qu'en outre, ni les dispositions contestées ni aucune autre disposition législative n'assurent la mise en œuvre du principe de participation du public à l'élaboration des décisions publiques en cause ; que, par suite, en adoptant les dispositions contestées sans prévoir la participation du public, le législateur a méconnu l'étendue de sa compétence").

⁽²⁷⁾En ce sens, v. les décisions n° 99-416 DC du 23 juillet 1999 *Loi portant création d'une CMU*, § 38 et du 27 juillet 2006 *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information* § 11.

⁽²⁸⁾Décision n° 86-217 DC du 18 septembre 1986 *Loi relative à la liberté de communication*, § 11 : "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".

⁽²⁹⁾En ce sens, v. la décision n° 2011-631 DC du 9 juin 2011 *Loi relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité*, § 88 ("Considérant que l'aide juridictionnelle peut être sollicitée par tout étranger déposant une première demande d'asile ; qu'elle peut également l'être dans le cadre d'un réexamen de sa demande dès lors qu'il n'a pas bénéficié de cette aide pour le dépôt de sa première demande ; que les dispositions contestées, qui donnent ainsi à l'étranger la garantie qu'il sera entendu une fois par la Cour nationale du droit d'asile avec l'assistance d'un avocat, ne méconnaissent pas le droit au recours effectif devant une juridiction") ; V. également le commentaire autorisé de la décision n° 2013-347 QPC du 11 octobre 2013 *Élection de domicile des étrangers en situation irrégulière sans domicile stable*, p.6 ("Le Conseil constitutionnel juge de manière constante qu'il résulte de l'article 16 de la Déclaration de 1789, « qu'il ne doit pas être porté d'atteintes substantielles au droit des personnes intéressées d'exercer un recours effectif devant une juridiction ». Le droit à l'aide juridictionnelle n'a pas valeur constitutionnelle en tant que tel. Le Conseil constitutionnel a toutefois implicitement reconnu un lien entre la faculté de bénéficier d'une aide juridictionnelle et l'absence d'atteinte substantielle aux droits des personnes à un recours effectif. L'aide juridictionnelle est l'une des garanties à l'aune desquelles le respect du droit à un recours peut être apprécié").

⁽³⁰⁾En ce sens, v. la décision n° 2001-456 DC du 27 décembre 2001 *Loi de finances pour 2002*, § 37 ("Considérant qu'il était loisible au législateur de créer une aide de l'Etat dans le but de compenser des surcoûts spécifiques de diffusion des quotidiens nationaux d'information politique et générale [...] ; qu'elle participe de la volonté de préserver le pluralisme des quotidiens d'information politique et générale, dont le maintien et le développement sont nécessaires à l'exercice effectif de la liberté proclamée par l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 ; que, dès lors, les griefs dirigés contre l'article 62 doivent être rejetés").

⁽³¹⁾Statuant en faveur de la simple faculté pour l'Etat d'allouer une telle aide, v. en particulier la décision n° 99-414 DC du 8 juillet 1999 *Loi d'orientation agricole* § 6 et 8 ("Considérant, en second lieu, qu'il est loisible au législateur de subordonner l'aide apportée par l'État aux établissements d'enseignement privés à la nature et à l'importance de leur contribution à l'accomplissement de missions d'enseignement ; que, sous réserve de fonder son appréciation sur des critères objectifs et rationnels, il lui appartient, en particulier, de déterminer celles des formations dispensées par ces établissements qui sont susceptibles de bénéficier d'une telle aide").

⁽³²⁾V., entre autres, la déc. n° 2015-465 QPC du 24 avril 2015 *Composition de la formation restreinte du conseil académique*, § 13.

⁽³³⁾En ce sens, v., entre autres, la décision n° 2017-684 QPC du 11 janvier 2018 *Zones de protection ou de sécurité dans le cadre de l'état d'urgence*, § 5 et 6 ("Les associations requérantes et intervenantes reprochent à ces dispositions de permettre aux préfets d'instituer des zones de protection ou de sécurité, dans lesquelles les déplacements des personnes et des véhicules peuvent être limités ou interdits, sans que la création de ces zones soit subordonnée à des circonstances ou à des menaces particulières ni que les mesures de réglementation du séjour dans ces zones soient définies et encadrées. Il en résulterait une violation de la liberté d'aller et de venir, du droit au respect de la vie privée, du droit de mener une vie familiale normale, du droit de propriété et de la liberté d'entreprendre, ainsi qu'une méconnaissance par le législateur de sa compétence de nature à affecter ces droits et libertés. [...] Toutefois, d'une part, le législateur n'a soumis la création d'une zone de protection ou de sécurité à aucune autre condition. D'autre part, il n'a pas défini la nature des mesures susceptibles d'être prises par le préfet pour réglementer le séjour des personnes à l'intérieur d'une telle zone et n'a encadré leur mise en œuvre d'aucune garantie. Dès lors, le législateur n'a pas assuré une conciliation équilibrée entre, d'une part, l'objectif de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public et, d'autre part, la liberté d'aller et de venir. Par conséquent et sans qu'il soit besoin d'examiner les autres griefs, le 2° de l'article 5 de la loi du 3 avril 1955 doit être déclaré contraire à la Constitution"). Pour l'exercice d'un contrôle de proportionnalité aboutissant à une déclaration d'inconstitutionnalité pour incompétence négative, v. en revanche la décision n° 2010-604 DC du 25 février 2010 *Loi renforçant la lutte contre les violences de groupes et la protection des personnes chargées d'une mission de service public*, § 32 et 33 ("Considérant, en second lieu, 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 ; qu'il doit, en particulier, assurer la conciliation entre le respect de la vie privée et d'autres exigences constitutionnelles, telles que la recherche des auteurs d'infractions et la prévention d'atteintes à l'ordre public, nécessaires, l'une et l'autre, à la sauvegarde de droits et principes de valeur constitutionnelle ; "Considérant que le législateur a permis la transmission aux services de police et de gendarmerie nationales ainsi qu'à la police municipale d'images captées par des systèmes de vidéosurveillance dans des parties non ouvertes au public d'immeubles d'habitation sans prévoir les garanties nécessaires à la protection de la vie privée des personnes qui

résident ou se rendent dans ces immeubles ; qu'à l'égard de cette situation, qui n'entre pas dans le champ d'application de l'article 10 de la loi du 21 janvier 1995 susvisée, il a omis d'opérer entre les exigences constitutionnelles précitées la conciliation qui lui incombe ; que, dès lors, il a méconnu l'étendue de sa compétence ; qu'en conséquence, l'article 5 de la loi déferée doit être déclaré contraire à la Constitution").

⁽³⁴⁾ Sur cette restriction, v. V. GOESEL-LE BIHAN, *op. cit.*, n° 152-4.

⁽³⁵⁾ Contra, v. la décision n° 2010-28 QPC du 17 septembre 2010 *Taxe sur les salaires*, § 9 ("Considérant, en outre, que, si la méconnaissance par le législateur de sa propre compétence peut être invoquée à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité dans le cas où est affecté un droit ou une liberté que la Constitution garantit, elle ne saurait l'être à l'encontre d'une disposition législative antérieure à la Constitution du 4 octobre 1958"). En ce sens, v. la décision n° 2010-73 QPC du 3 décembre 2010 *Paris sur les courses hippiques* et son commentaire autorisé, p. 2 et 3 ("La QPC renvoyée au Conseil constitutionnel reposait sur quatre griefs : la méconnaissance du principe de légalité des délits et des peines, la méconnaissance du principe d'égalité devant la loi et du droit à un recours effectif et, enfin, la méconnaissance du principe de respect des libertés économiques. Ces quatre griefs se rejoignaient pour contester une incompétence négative du législateur. Il était cependant également possible de les examiner en tant que tels").

Les techniques - Le contrôle du respect des obligations positives par le Conseil d'Etat

C. Roux

Professeur de droit public
Université Lumière Lyon 2

Un peu comme au sujet du « but », la question du contrôle des obligations positives plonge l'administrativiste dans un état d'incertitude, d'embarras, voire de scepticisme. Si la notion est bien connue des spécialistes du droit européen des droits de l'Homme ⁽¹⁾, elle demeure à ce stade largement absente des prétoires, administratifs comme - du reste - judiciaires ⁽²⁾. Effectuée par acquis de conscience, une recherche sur le site Légifrance démontre à cet égard que, depuis 2010, la notion ne figure que dans une petite vingtaine de décisions recensées, dont seulement sept du Conseil d'État. Dans le détail, le subreptice espoir éprouvé s'évanouit d'ailleurs bien vite puisque, dans la totalité des hypothèses, la formule est reprise des prétentions émises par les requérants, sans que le juge administratif ne se la réapproprie. La plupart du temps, c'est de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme qu'entendent se réclamer les requérants ⁽³⁾, les « obligations positives » relayées relevant, pour l'essentiel ⁽⁴⁾, des articles 2, 3 et 8 de la Convention, leur mobilisation s'effectuant par ailleurs essentiellement dans le cadre du droit des étrangers et des détenus ⁽⁵⁾.

Vaine à première vue, cette recherche a-t-elle, au moins, l'avantage de confirmer une première impression : le juge administratif, s'il n'ignore pas l'existence des « obligations positives » européennes, n'en connaîtrait pas régulièrement et « directement » au contentieux. Le constat vient par ailleurs valider une autre sensation : le contentieux administratif des libertés serait bien davantage porté vers le contrôle des mesures « positives » liberticides, là où les abstentions (parfois dénommées mesures « négatives ») de l'Administration feraient l'objet d'une moindre attention, ceci conformément au prisme libéral selon lequel, s'agissant des libertés dites « de première génération », l'Administration aurait vocation à s'abstenir. Nul n'ignore, toutefois, combien cette présentation « générationnelle » des libertés a été battue en brèche. Les droits et libertés sont aujourd'hui présentés comme formant un ensemble indivisible ⁽⁶⁾, dans lequel les fonctions traditionnelles – et manichéennes – de l'État – *lato sensu* – (action positive / négative) quant à la protection de ces droits et libertés, ont du mal à se fondre. Afin de rendre les droits et libertés « concrets et effectifs » ⁽⁷⁾, l'Administration ne saurait dès lors se murer dans la passivité. Fort heureusement, le droit de l'Administration autant que le juge « naturel » de son application, ne se sont pas tenus à l'écart de cette évolution. Une fois retraduite en « langage administratif », l'obligation positive semble en fait se dévoiler dans des champs plus connus : cela fait depuis longtemps que le juge administratif engage en effet la responsabilité de l'Administration à raison, non seulement de ses actions ou actes « positifs », mais également de ses carences. Du côté de la police administrative enfin, l'obligation positive trouve un écho naturel dans la question de « l'obligation d'agir », consacrée par l'arrêt *Doublet* ⁽⁸⁾.

S'il en était besoin, il convient dès lors de rassurer les organisateurs dudit colloque : les obligations positives existent dans le contentieux administratif et le juge administratif en assure également la protection. La nature de ces obligations positives reste cependant particulière (I), à tel point qu'une phase d'identification préalable est nécessaire, d'autant plus qu'elle influe, à notre sens, sur la portée et l'intensité du contrôle qu'en opère par suite le juge administratif (II).

I- L'identification des obligations positives

Le principal particularisme des obligations positives « administratives » réside dans le fait qu'elles sont textualisées et, ce faisant, internalisées par l'ordre juridique interne, et ceci quand bien même leur origine européenne serait patente (A). Cette internalisation se conjugue toutefois avec une certaine autonomisation des obligations positives (B).

A) Très régulièrement, le juge administratif connaît des obligations positives pesant sur l'Administration. Toutefois, au lieu de se référer à celles que la Cour européenne a pu dégager, il se tourne naturellement vers les dispositions du droit interne. Quelques exemples suffisent à s'en convaincre.

Le plus évident, sans doute, a trait au respect de la dignité humaine. Nul n'ignore probablement l'article 22 de la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009, selon lequel « l'administration pénitentiaire garantit à toute personne détenue le respect de sa dignité et de ses droits ». C'est en effet sur ce fondement que le Conseil d'État a été saisi de nombreux contentieux, mettant en exergue l'état désastreux des prisons françaises, qu'il s'agisse de celle des Baumettes ⁽⁹⁾, de Nîmes ⁽¹⁰⁾ ou, plus récemment, de Fresnes ⁽¹¹⁾. Lors de chacune de ces décisions, c'est ce faisant

au regard de cette disposition que le juge administratif a pu reconnaître la carence fautive de l'État quant au nécessaire respect de la dignité humaine, enjoignant à l'Administration de prendre des mesures radicales - comme la dératisation immédiate, par exemple, dans la première espèce -.

L'effectivité de la liberté d'expression - entendue *lato sensu* comme recouvrant également la liberté d'opinion, de réunion et de manifestation - est également assurée par divers textes, parmi lesquels on pourra relayer, d'une part, le dispositif - contenu au sein de la loi du 23 octobre 1984 ⁽¹²⁾- visant à éviter les concentrations dans le domaine des médias et, d'autre part, l'article L. 2144-3 CGCT autorisant la mise à disposition de locaux communaux en faveur des associations ou partis politiques. Quant à la protection concrète du droit au respect de la vie privée, elle peut également se réclamer de fondements textuels. Ainsi, l'article 60 de la loi du 11 janvier 1984 ⁽¹³⁾ relative à la fonction publique d'État énonce-t-il que « (...) dans toute la mesure compatible avec le bon fonctionnement du service, les affectations prononcées doivent tenir compte des demandes formulées par les intéressés et de leur situation de famille (...) ». De même, et toujours sur le volet matériel des obligations positives, le juge administratif prend soin d'assurer le respect de l'article D. 402 du Code de procédure pénale, selon lequel « en vue de faciliter le reclassement familial des détenus à leur libération, il doit être particulièrement veillé au maintien et à l'amélioration de leurs relations avec leurs proches ». Ce faisant, et sur cette base, il n'hésitera pas à censurer toute méconnaissance de l'obligation positive d'assurer le maintien « des liens des détenus avec leur environnement extérieur » ⁽¹⁴⁾, ce qu'on pourra juger proche de la formulation européenne selon laquelle l'État doit « agir de manière à permettre aux intéressés de mener une vie familiale normale » ⁽¹⁵⁾. On pourra enfin, sur un volet mi-substantiel, mi-procédural, évoquer l'obligation d'information du patient, préalable nécessaire à l'obtention de son consentement personnel et éclairé ⁽¹⁶⁾.

De ce bref aperçu, plusieurs conclusions peuvent être dressées. En premier lieu, si, à première vue, la « théorie » des obligations positives ⁽¹⁷⁾ n'est pas reçue auprès du juge administratif, ce dernier connaît toutefois d'obligations semblables. Logique si l'on veut bien concéder que nombre d'entre elles possèdent, de près ou de loin, une ascendance européenne. Indubitablement, l'article 22 de la loi pénitentiaire de 2009 précitée en est une illustration, au regard des multiples condamnations dont a fait l'objet la France sur ce terrain. En second lieu, une fois celles-ci textualisées, ces obligations n'ont sans doute pas la même fonction qu'en doit européen dans la mesure où, par delà les considérations d'effectivité, les obligations positives possèdent un dessein fonctionnel, consistant à étendre la portée de l'appareillage normatif de la Convention ; elles forment ce faisant un volet à part entière de son dynamisme interprétatif. On pourra encore s'interroger sur la différence de nature et de portée des obligations positives textualisées par rapport à leurs homologues européennes. Les premières ont, de fait, une visée plus sectorielle que conceptuelle ou transversale, comme pour les secondes ; par ailleurs, la norme interne devenant référence, c'est à son aune que le juge en contrôlera le respect : or, par définition, l'obligation posée peut-être plus ou moins lâche ⁽¹⁸⁾.

B) Si les obligations positives - pour autant, donc, qu'on puisse les appeler comme telles - sont essentiellement relayées par des textes en droit interne, le juge administratif procède parfois à leur autonomisation, ceci par plusieurs biais.

Le premier est d'ordre procédural : dans le cadre du référé-liberté, nombre de ces obligations positives ont en effet été consacrées comme libertés fondamentales au sens de l'article L. 521-2 CJA. Tel est le cas, par exemple, du caractère nécessairement « pluraliste de l'expression des courants de pensée et d'expression » ⁽¹⁹⁾. De même, si le droit à la santé ne constitue pas une telle liberté fondamentale, il en va en revanche différemment du droit, pour le patient, de donner son consentement libre et éclairé aux soins médicaux qui lui sont prodigués ⁽²⁰⁾. C'est enfin le droit à la vie qui a fait l'objet d'une consécration remarquable dans ce cadre ⁽²¹⁾ : quoique neutre dans son expression, cette reconnaissance implique davantage une obligation « positive » de protéger la vie, qu'une obligation - traditionnelle - « négative » de ne pas donner la mort. C'est du reste de la première dimension que, dans la décision inaugurale, le requérant entendait se prévaloir. Cette consécration procédurale n'est, en tout état de cause, pas neutre. D'une part, elle tend à renforcer le poids de ces obligations positives, lesquelles apparaissent comme des droits indépendants, émancipés du droit ou de la liberté de premier rang auxquels ils sont traditionnellement liés. D'autre part, elle autorise le juge administratif à pratiquer un authentique contrôle de proportionnalité quant à leur méconnaissance, là où, s'ils étaient présentés sous la forme (traditionnelle, là encore) d'une carence, un tel contrôle serait malaisé à exercer (*v. infra*).

La seconde voie d'autonomisation réside dans une technique propre au juge administratif. En effet, c'est dans une certaine mesure à la consécration d'obligations positives *ad hoc* que le juge administratif aboutit, lorsqu'il retient l'obligation d'agir des autorités de police. Assez confidentielle autrefois, l'obligation d'agir en matière de police a tendance à être plus régulièrement retenue par les juridictions administratives, ce que l'on doit à deux évolutions.

La première est intrinsèque à l'obligation d'agir. Initialement, une telle reconnaissance restait subordonnée à la présence de conditions restrictives, le juge retenant la nécessité que la mesure sollicitée soit indispensable pour

faire cesser un péril grave résultant d'une situation particulièrement dangereuse pour l'ordre public ⁽²²⁾. Depuis lors, et quoiqu'elle reprenne parfois ces critères, la jurisprudence semble résolument plus souple, qu'elle taise les critères en question ou qu'elle s'en évade plus largement. De fait, c'est davantage une carence « caractérisée » (eu égard à sa gravité) ou « répétée » dans le temps qui semble aujourd'hui avoir les faveurs du juge administratif pour en reconnaître l'existence ⁽²³⁾. S'agissant de la seconde évolution, extrinsèque celle-ci, l'extension de l'ordre public général à la protection de la dignité humaine a, conformément aux prédictions de la doctrine « mécaniquement (...) » entraîné « (...) l'extension des hypothèses d'application potentielle de l'obligation » ⁽²⁴⁾. À cela, il faut ajouter – ce que l'arrêt *Doublet* reflète de manière aussi imparfaite que biaisée – la multiplication des obligations d'agir spécifiques retenues en matière de polices administratives spéciales ⁽²⁵⁾: or, celles-ci ne répondent généralement pas aux critères jurisprudentiels rigides précités. Pour terminer, l'ouverture du référé-liberté a autorisé le juge administratif à connaître plus souvent de cette carence, là encore dans un contexte renouvelé, celle-ci étant appréciée au regard de sa gravité et de son illégalité manifeste. La parenté avec les obligations positives » européennes est d'autant plus manifeste que le juge des référés n'hésite pas à enjoindre à l'Administration de prendre de mesures concrètes assurant l'exercice effectif des droits et libertés.

Ces explications opérées, l'obligation d'agir a, en tout cas, connu un destin luxuriant en matière de protection des libertés et droits fondamentaux. En s'évadant de la jurisprudence *Doublet*, c'est dans le cadre du référé-liberté que le juge administratif a rendu les décisions les plus significatives. La première qui vient à l'esprit est celle relative à la « jungle de Calais » ⁽²⁶⁾, par laquelle le Conseil d'État a ordonné, après avoir constaté l'insalubrité des lieux et l'atteinte subséquente à la dignité humaine, que l'Administration crée des points d'eau et des latrines supplémentaires, qu'elle mette en œuvre un système de collecte des ordures et, enfin, qu'elle procède au nettoyage global du site ⁽²⁷⁾. De même, et toujours sous couvert de la protection de l'ordre public, c'est indirectement une obligation positive de promotion de la liberté religieuse qui a été mise en œuvre dans l'arrêt *Association des musulmans de Mantes-Sud* ⁽²⁸⁾ ; ici, le juge administratif d'exiger la mise à disposition d'une salle communale pour une association musulmane en vue de fêter l'Aïd-el-Kebir, afin, précisément, d'éviter des troubles à l'ordre public liés à d'éventuelles attroupements et prières « de rue ». C'est enfin dans le cadre du droit à la vie (et sa protection « positive ») ⁽²⁹⁾ que le juge des référés a pu soumettre l'Administration à une obligation d'information des populations ⁽³⁰⁾, quant au risque lié à la baignade suite à plusieurs attaques de requins à La Réunion ⁽³¹⁾.

Promise à un bel avenir, l'obligation d'agir en matière de police administrative pourrait constituer, à n'en pas douter, un berceau accueillant pour que les obligations positives d'origine européenne s'épanouissent – en dehors de tout texte - dans le contentieux administratif. C'est du reste en faisant référence à la jurisprudence *Doublet* que, voilà un peu plus de dix ans – à une époque où la loi pénitentiaire n'était pas encore intervenue –, le rapporteur public Mattias Guyomar avait, dans ses conclusions, invité le Conseil d'État à retenir (sur le principe) l'obligation positive de l'autorité réglementaire d'adopter des mesures protégeant le droit à la vie des détenus (les requérant se prévalant ici de l'article 2 de la Convention pour entendre obliger l'Administration à acheter de nouveaux matelas revêtus d'une housse ignifugée inamovible) ⁽³²⁾.

II- La protection juridictionnelle des obligations positives

L'identification opérée dans un premier temps constituait un préalable nécessaire pour analyser au mieux, dans un second temps, la protection juridictionnelle dont font l'objet les obligations positives. De fait, cette protection est conditionnée à la fois par leur méthode d'identification (textuelle, jurisprudentielle), leur contextualisation contentieuse (contentieux au fond ; de l'urgence) et, au plan substantiel, par le degré d'emprise qu'elles font peser sur l'Administration en charge d'en assurer l'effectivité (obligations « de moyens » ; « de résultat »). Au regard de ces trois variables, le contrôle juridictionnel reste tout à la fois particulier et plus limité que s'agissant des mesures « positives » adoptées par l'Administration. Si le contrôle de proportionnalité semble désormais mobilisé dans ce cadre (A), il reste tempéré par la reconnaissance d'une obligation « de moyens » (B) ; l'office particulier du juge dans le cadre du référé-liberté tend encore à amoindrir, en pratique, l'effectivité de ces obligations positives (C).

A) Depuis la décision *Advocnar* ⁽³³⁾ de 2007, la cause serait entendue : dans le cadre de l'obligation d'agir des autorités de police, la carence de l'Administration – et ce faisant la méconnaissance de leur obligation « positive » d'agir – serait appréciée aux termes d'un contrôle de proportionnalité, lequel se serait substitué au contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation. Dans le fond, la mutation peut se réclamer de certaines évolutions sur lesquelles Frédéric Lénica, rapporteur public dans cette affaire, avait pu s'appuyer. En premier lieu les exigences issues du droit européen, lequel mobilise(ra)it exactement la même intensité de contrôle en la matière ⁽³⁴⁾ ; en second lieu, les évolutions liées au contentieux de la responsabilité, la faute simple se substituant (progressivement... ⁽³⁵⁾) à la faute lourde ⁽³⁶⁾, ceci autorisant à maximiser l'intensité du contrôle opéré ; en dernier lieu, la désuétude *ψ. supra*) des critères issus de la jurisprudence *Doublet* ⁽³⁷⁾, lesquels se prêtaient à un contrôle beaucoup plus lâche. La jurisprudence postérieure confirme cette orientation, l'intensité du contrôle des mesures de police administrative – y

compris « spéciale » – mobilisée par le juge étant semblable, qu'il s'agisse du contentieux de la légalité ou de la responsabilité ⁽³⁸⁾. C'est en effet à un tel contrôle que s'est livré le juge administratif dans le cadre du contentieux lié à l'obligation d'équiper les prisons de matelas revêtus d'une housse ignifugée inamovible ⁽³⁹⁾ : après avoir soupesé les avantages et bénéfices liés à ces produits de substitution, puis confrontés les intérêts en jeu (les moyens dont disposent l'Administration d'un côté ; son obligation de protéger la vie de l'autre), le juge administratif a finalement pu retenir l'absence d'atteintes au droit à la vie.

Il faut admettre également que c'est à un tel contrôle que le juge administratif s'en remet, lorsqu'il est amené soit à concilier une obligation positive d'une part et un droit « substantiel » de l'autre, soit à arbitrer entre deux obligations positives. Les affaires *Lambert* ⁽⁴⁰⁾ en fournissent une illustration, puisqu'il s'agissait, entre autres, de confronter l'éventuelle méconnaissance de l'obligation de protéger la vie d'un côté (*via* l'arrêt de traitements) et le respect de la volonté des patients (ou de leurs familles), manifestation de leur liberté personnelle et de leur capacité d'autodétermination. On notera d'ailleurs que, aux termes de ce contrôle, le juge administratif a régulièrement privilégié l'obligation positive de protéger la vie par rapport aux autres droits et libertés en présence. C'est, entre les lignes, un tel motif (prévention du suicide) qui justifierait la surveillance étroite dont fait l'objet Salah Abdeslam en prison ⁽⁴¹⁾ ; c'est encore une telle obligation qui prévaut en cas d'urgence médicale, les considérations religieuses des patients étant alors écartées - au moins temporairement- ⁽⁴²⁾.

Il s'en faudrait de beaucoup toutefois – mais probablement pas davantage que s'agissant des mesures « positives » - pour considérer que le contrôle de proportionnalité est généralisé en la matière. Ainsi, c'est par exemple de manière très sommaire que le juge administratif a pu écarter la méconnaissance de l'obligation positive de « protéger la vie », invoquée par une association souhaitant remettre en cause les vaccinations obligatoires (eu égard aux risques de contracter certaines maladies graves, telle que la sclérose en plaques). Outre la méconnaissance du droit à la vie, l'association requérante fondait également ses prétentions sur la méconnaissance du principe de précaution et du principe d'égalité. Le juge, laconique, de retenir au final que « à l'évidence, aucun de ces moyens n'est de nature à faire naître un doute sérieux sur la légalité de l'arrêté litigieux » ⁽⁴³⁾. À l'évidence en effet, l'argument de l'association était réversible, la vaccination obligatoire ayant précisément aussi... pour finalité de protéger la vie. Peut-être aurait-il fallu le dire et, aux termes d'un authentique contrôle de proportionnalité, retenir que les avantages - par rapport à la protection de la vie - liés à une telle vaccination obligatoire sont, de manière incommensurable, supérieurs aux inconvénients en présence.

Pour terminer, le contrôle de proportionnalité développe certains particularismes, au moins dans le cadre de l'obligation d'agir des autorités de police. Ainsi, la « nécessité » de la mesure de police (et donc la carence de l'autorité à l'adopter) par exemple, n'est plus appréhendée dans ce cadre au regard d'une probabilité de troubles à l'ordre public ; elle est plutôt révélée par l'existence *a posteriori* – et bien réelle - de troubles ! C'est du reste ce que confirme l'idée selon laquelle c'est la carence répétée et itérative de l'autorité de police qui fonderait désormais la méconnaissance de son obligation d'agir.

B) Le contrôle des obligations positives est encore particulier au regard du standard de protection sur lequel elles s'appuient ; c'est ici que leur « textualisation » en droit interne développe des effets notables. Ainsi, l'article 60 de la loi du 11 janvier 1984 précité entérine le droit au respect de la vie privée des fonctionnaires en cas de mutation... mais « dans toute la mesure compatible avec le fonctionnement du service ». Ce faisant, l'impératif de protection est immédiatement dilué par d'autres considérations qui seront mises en balance par le juge administratif. De même, l'article 26 de la loi pénitentiaire de 2009 retient-il que les personnes détenues ont droit à la liberté d'opinion, de conscience et de religion et qu'elles peuvent exercer leurs cultes... mais ceci toutefois « selon les conditions adaptées à l'organisation des lieux, sans autres limites que celles imposées par la sécurité et le bon ordre de l'établissement » ⁽⁴⁴⁾. L'obligation positive consacrée est donc régulièrement - et immédiatement - bornée par des considérations tirées des difficultés de la « vie administrative », qu'il soit fait écho au bon fonctionnement du service, à des considérations d'ordre public, voire aux moyens financiers dont l'Administration dispose. C'est dès lors non pas à une obligation positive « de résultat » qu'est astreinte l'Administration, mais à une obligation « de moyens ». Le juge administratif, ce faisant, développe logiquement un contrôle plus souple de la méconnaissance des obligations positives. Ainsi, au regard de l'article 26 de la loi de 2009 précitée, il a pu considérer que l'administration pénitentiaire devait proposer des menus confessionnels aux détenus, mais ceci « dans toute la mesure du possible » ⁽⁴⁵⁾. De même, dans le cadre de la protection du droit à la vie ou, encore, du droit à l'hébergement d'urgence ⁽⁴⁶⁾, c'est uniquement en cas de défaillance administrative caractérisée que la méconnaissance sera retenue. Dans la première hypothèse où il s'agissait de reconnaître la responsabilité de l'Administration suite au suicide d'un détenu, le juge de décider ainsi qu'« une telle faute ne peut toutefois être retenue qu'à la condition qu'il résulte de l'instruction que l'administration n'a pas pris, compte tenu des informations dont elle disposait, en particulier sur les antécédents de l'intéressé, son comportement et son état de santé, les mesures que l'on pouvait raisonnablement attendre de sa part pour prévenir le suicide » ⁽⁴⁷⁾. Pour le dire autrement, le caractère manifestement illégal de l'atteinte sera apprécié « compte tenu non seulement des moyens dont dispose l'Administration mais aussi des mesures déjà mises en œuvre par celle-ci » ⁽⁴⁸⁾.

C) Restera enfin à pointer un défaut connu, inhérent à l'office du juge administratif lorsque l'action est portée en référé. En effet - et même s'il s'autorise parfois à s'affranchir du principe selon lequel il ne peut ordonner que des mesures provisoires -, il n'appartient pas au juge du référé-liberté d'ordonner des changements « structurels » permettant d'assurer l'effectivité des droits et libertés en cause. Il en va ainsi, par exemple, de l'installation de dispositifs anti-requins ⁽⁴⁹⁾, de la création d'un centre de distribution alimentaire pour migrants⁽⁵⁰⁾, de la création d'une place supplémentaire en institut médico-éducatif pour l'accueil d'un enfant autiste ⁽⁵¹⁾, ou de la mise en œuvre de travaux lourds au sein d'un établissement pénitentiaire ⁽⁵²⁾. À la suite d'Olivier Le Bot ⁽⁵³⁾, on relèvera pour terminer une dernière limite : le juge du référé-liberté ne peut opérer un suivi juridictionnel de la mise en œuvre des mesures prononcées à l'encontre de l'Administration. En effet, eu égard aux moyens alternatifs dont disposent les requérants (injonction, astreinte, procédure de contrainte, procédure de réexamen), le Conseil d'État a considéré « *qu'il n'appartient pas au juge des référés de prononcer, de son propre mouvement, de telles mesures* » ⁽⁵⁴⁾.

Au final, si le « raisonnable » - régulièrement convoqué dans les décisions juridictionnelles en la matière - peut être conçu comme une traduction du « juste » et, par voie de conséquence, comme une manifestation du contrôle de proportionnalité, il semble toutefois que le standard de protection des obligations positives reste inférieur à celui dont bénéficient les droits et libertés méconnus par une mesure administrative « positive ». Sous l'angle européen, il n'y a toutefois probablement pas lieu de s'en émouvoir outre mesure, la Cour européenne des droits de l'Homme admettant que les obligations positives ne doivent « *imposer aux autorités un fardeau insupportable ou excessif* », les « *choix opérationnels à faire en matière de priorités et de ressources* » ⁽⁵⁵⁾ étant, de son aveu même, souvent délicats à opérer.

⁽¹⁾V. tout particulièrement Madelaine COLOMBINE, *La technique des obligations positives en droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèse, 2014, vol. 133 ; Frédéric SUDRE, Les "obligations positives" dans la jurisprudence européenne des Droits de l'Homme, *RTDH*, 1995, p. 363.

⁽²⁾V. Frédéric SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'Homme*, PUF, 11e éd., 2012, § 164.

⁽³⁾Les requérants parfois de s'appuyer également sur les obligations positives tirées du droit de l'Union européenne et notamment le respect du principe de précaution contenu au sein du TFUE (CAA Lyon, 10 avr. 2012, n° 11LY01845, *SCI LF*, inédit).

⁽⁴⁾La protection des courants minoritaires d'expression a également été visée dans la décision CE réf., 7 mars 2011, n° 347171, *ENS* ; *AJDA*, 2011, p. 481 ; *D.*, 2011, p. 1195, note O. Le Bot.

⁽⁵⁾V. par exemple CE, 23 déc. 2016, n° 405788, *Section française de l'OIP*, inédit ; CE, 30 déc. 2015, n° 383294, *Section française de l'OIP*, inédit. Sur le contentieux de l'article 2 de la Convention européenne dans la jurisprudence administrative, v. Mustapha AFROUKH, L'article 2 de la Convention européenne des droits de l'homme dans la jurisprudence administrative, *RFDA*, 2011, p. 1153 ; Bruno BACHINI, Les articles 2 et 3 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans la jurisprudence du Conseil d'État, 2018, consultable sur www.conseil-etat.fr.

⁽⁶⁾V. Xavier BIOY, *Droits fondamentaux et libertés publiques*, LGDJ, 5e éd., 2018, § 58 et s.

⁽⁷⁾CEDH, 9 oct. 1979, *Airey c/ Irlande*, série A, n° 32 ; *JDI*, 1982, p. 187, chron. P. Rolland ; *AFDI*, 1980, p. 323, chron. R. Pelloux ; *GACEDH*, PUF, Thémis, 8e éd., 2017, n° 2.

⁽⁸⁾CE, 23 oct. 1959, *Doublet*, *Leb.* 540 ; *RDP*, 1959, p. 1235, concl. A. Bernard ; *RDP*, 1960, p. 902, note M. Waline. On a pu démontrer efficacement que, comme souvent, la consécration de cette obligation fut en, réalité antérieure. V. Fabrice MELLERAY, L'obligation de prendre des mesures de police administrative initiale, *AJDA*, 2005, p. 71.

⁽⁹⁾Le juge enjoignant notamment des mesures de dératification : CE, 22 déc. 2012, n° 364584, *Section française de l'OIP*, *Leb.* 496 ; *JCP A*, 2013, n° 2017, note G. Koubi ; *JCP G*, 2013, n° 87, note O. Le Bot ; *RFDA*, 2013, p. 214, note Ph. Terneyre ; *D.*, 2013, p. 1304, note J.-P. Céré, M. Herzog-Evans et E. Péchillon ; *AJ pénal*, 2013, p. 232, note É. Péchillon.

⁽¹⁰⁾Au sujet des risques d'incendie : CE ord., 30 juill. 2015, n° 392043, *Section française de l'OIP* ; *AJDA*, 2015, p. 2216, note O. Le Bot ; *JCP A*, 2015, act. 721, note É. Langellier.

⁽¹¹⁾CE, 28 juill. 2017, *Section française de l'OIP*, n° 410677 ; *AJDP*, 2017, p. 456, note J.-P. Céré ; *Gaz. Pal.*, 17 oct. 2017, n° 35, p. 26, note É. Senna ; *AJDA*, 2018, p. 2540, note O. Le Bot.

⁽¹²⁾Loi n° 84-937 du 23 octobre 1984 visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse, *JO*, 24 oct. 1984, p. 2331.

⁽¹³⁾Loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'État, *JO*, 12 janv. 1984, p. 241.

⁽¹⁴⁾Pour une illustration, v. CE, 26 nov. 2010, n° 329564, *Garde des Sceaux c/ Bompard* ; *AJDA*, 2011, p. 678, note M. Poujol ; *Gaz. Pal.*, 20 févr. 2011, n° 51-53, p. 13, note B. Seiller. V. sur ce thème, Jean-Pierre CÉRÉ, Le droit à une vie familiale pour les détenus, in J.-J. Lemouland et M. Luby (dir.), *Le droit à une vie familiale*, Dalloz, 2007, p. 17 ; Protection des droits fondamentaux des détenus : la source conventionnelle des obligations positives, in *Le droit européen des droits de l'homme* Cycle de conférence du Conseil d'État, La Documentation française, 2011, spéc. p. 208 et s.

⁽¹⁵⁾CEDH, 13 juin 1979, *Marckx*, Série A, n° 31 ; *JTDE*, 1979, p. 513, note F. Rigaux ; *AFDI*, 1980, p. 317, note R. Pelloux ; *JDI*, 1982, p. 183, note P. Rolland.

⁽¹⁶⁾V. l'article L. 1111-2 du Code de la santé publique.

⁽¹⁷⁾V. Frédéric SUDRE, Jean-Pierre MARGUÉNAUD, Joël ANDRIANTSIMBAZOVINA, Adeline GOUTTENOIRE, Laure MILANO, Hélène SURREL, *Les Grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme (GACEDH)* PUF, Thémis, 8^e éd., 2017, n° 2.

⁽¹⁸⁾V. *infra*.

⁽¹⁹⁾CE, ord., 24 févr. 2001, n° 230611, *Tiberi*, *Leb.* 85 ; *RFDA*, 2001, p. 629, note Maligner ; *Dr. adm.* 2001, comm. 102 ; *D.*, 2001., p. 1748, note R. Ghévantian.

⁽²⁰⁾CE, ord., 16 août 2002, n° 249552, *Mme Feuillatey* ; *D.*, 2004, Somm. p. 602, obs. J. Penneau ; *RTD civ.*, 2002, p. 781, obs. J. Hauser ; *LPA*, 2003, n° 61, p. 4, note C. Clément.

⁽²¹⁾CE sect., 16 nov. 2011, n° 353172, *Ville de Paris* ; *RDLF*, 2013, chron. 12, note X. Dupré de Boulois ; *RFDA*, 2012, p. 269 et *BJCL*, 2012, p. 60, concl. D. Botteghi ; *AJCT*, 2012, p. 156, note L. Moreau ; *JCP G*, 2012, n° 24, note O. Le Bot.

⁽²²⁾CE, 23 oct. 1959, *Doublet*, *Leb.* 540, préc.

⁽²³⁾V. par exemple CE, 27 juillet 2015, n° 367484, *M. A.*, spéc. § 3.

⁽²⁴⁾Fabrice MELLERAY, L'obligation de prendre des mesures de police administrative initiale, *AJDA*, 2005, p. 71.

⁽²⁵⁾Ainsi, par exemple de l'article L. 541-2 du Code de l'environnement selon lequel « Toute personne qui produit ou détient des déchets dans des conditions de nature à produire des effets nocifs sur le sol, la flore et la faune, à dégrader les sites ou les paysages, à polluer l'air ou les eaux, à engendrer des bruits et des odeurs et, d'une façon générale, à porter atteinte à la santé de l'homme et à l'environnement, est tenue d'en assurer ou d'en faire assurer l'élimination conformément aux dispositions du présent chapitre, dans des conditions propres à éviter lesdits effets ». V. pour un contentieux sur le sujet, CE, 13 octobre 2017, n° 397031, *Cne Six-fours-les-Plages* ; *Dr. adm.*, 2018, comm. 4, note A. Jully ; *JCP A*, 2018, n° 2045, concl. L. Marion.

⁽²⁶⁾V. Hélène PAULIAT, Calais, terre d'élection du juge du référé-liberté, *JCP A*, 2017, act. 260.

⁽²⁷⁾CE, 23 nov. 2015, n° 394568, *Min. de l'Intérieur et Cne de Calais* *Leb.* 401 ; *AJDA*, 2016, p. 556, note J. Schmitz ; *RDSS*, 2016, n° 1, p. 90 note S. Slama et D. Roman ; *D.*, 2016, p. 336, chron. O. Boskovic, S. Corneloup, F. Jault-Seseke, N. Joubert et K. Parrot. Condamnation itérative dans CE, 31 juill. 2017, n° 412171, *Commune de Calais*, *Leb.* 296 ; *AJDA*, 2017, p. 1594 ; *D.*, 2018, p. 313, chron. O. Boskovic, S. Corneloup, F. Jault-Seseke, N. Joubert et K. Parrot ; *AJCT*, 2018, p. 51, obs. É. Péchillon.

⁽²⁸⁾CE ord., 3 sept. 2015, n° 393639, *Association des musulmans de Mantes Sud* ; *AJDA*, 2016, p. 108, note J.-B. Chevalier ; *AJCT*, 2016, p. 107, obs. P. Rouquet ; *Procédures*, 2015, comm. 343, S. Deygas.

⁽²⁹⁾V. sur ce point Carole BILLET, Le droit à la vie dans le cadre du référé-liberté, *Dr. adm.*, 2015, étude 5.

⁽³⁰⁾Laquelle est rangée plutôt comme une obligation positive « substantielle » dans ce cadre. V. Frédéric SUDRE, Le droit à la protection de la vie ou la version light du droit à la vie, in M. Lévinet (dir.), *Le droit au respect de la vie au sens de la Convention européenne des droits de l'Homme*, Droit et justice, n° 93, Bruylant, 2010, p. 277.

⁽³¹⁾TA Saint-Denis ord., n° 1300885, 19 juill. 2013, *Cne Saint-Leu* ; *AJDA*, 2013, p. 2104, note O. Le Bot.

- (32) Mattias GUYOMAR, concl. sur CE, 17 déc. 2008, n° 305594, *Section française de l'OIP* ; *Gaz. Pal.*, 24 févr. 2009, n° 55, p. 26.
- (33) CE, 26 oct. 2007, *Advocnar*, n° 297301 ; *AJDA*, 2008, p. 95, concl. F. Lénica.
- (34) Le rapporteur public d'expressément se référer à l'arrêt CEDH, 8 juill. 2003, *Hatton et a. c/ Royaume-Uni* n° 36022/97.
- (35) V. en dernier lieu, sur cette question Patrick WACHSMANN, À quoi sert la faute lourde en matière de police administrative ?, *AJDA*, 2018, p. 1801.
- (36) CE, 28 nov. 2003, *Commune de Moissy-Cramayel*, n° 238349, *Leb.* 464 ; *AJDA*, 2004, p. 988, note C. Deffigier.
- (37) CE, 23 oct. 1959, *Doublet*, *Leb.* 540, préc.
- (38) CE, 13 oct. 2017, n° 397031, *Commune de Six-Fours-les-Plages*, préc.
- (39) CE, 17 déc. 2008, n° 305594, *Section française de l'OIP* ; *Gaz. Pal.*, 24 févr. 2009, n° 55, p. 26, concl. M. Guyomar ; *AJ pénal*, 2009, p. 86, obs. É. Péchillon.
- (40) CE Ass., 14 févr. 2014, n° 375081, *Lambert* ; *AJDA*, 2014, p. 1484, chron. A. Bretonneau et J. Lessi, note D. Truchet ; *D.*, 2014, p. 1856, note D. Vigneau ; *D.*, 2014, p. 2021, obs. A. Laude ; *D.*, 2015, p. 755, obs. J.-C. Galloux et H. Gaumont-Prat ; *AJ fam.*, 2014, p. 396, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; *RFDA*, 2014, p. 657, concl. R. Keller ; *RFDA*, 2014, p. 702, note P. Delvolvé ; *RDSS*, 2014, p. 1101, note D. Thouvenin ; *JCP G*, 2014, n° 825, note F. Violla.
- (41) CE ord., 28 juill. 2016, *M. Abdeslam*, n° 401800 ; *AJDA*, 2016, p. 2052, note M. Sztulman ; *AJDP*, 2016, p. 549, note M. Herzog-Evans ; *D.*, 2016, p. 1808, note E. Péchillon.
- (42) CE, ass., 26 oct. 2001, *Mme Senanayake* ; *RFDA*, 2002, p. 156, note D. de Béchillon, et p. 146, concl. D. Chauvaux ; *AJDA*, 2002, p. 259, note M. Deguergue ; *RTD civ.*, 2002, p. 484, obs. J. Hauser.
- (43) CE, 18 janv. 2010, n° 335359, *Association coordination de la recherche et des informations pour la vie* inédit ; *Constitutions*, 2010, p. 304, obs. X. Bioy.
- (44) V. également les dispositions de l'article 60 de la loi du 11 janvier 1984, précité.
- (45) CE, 10 févr. 2016, *Khadar*, n° 385929, *Leb.* 27 ; *AJDA*, 2016, p. 1127, note X. Bioy ; *Gaz. Pal.*, 15 mars 2016, n° 11, p. 35, note M. Guyomar.
- (46) V. CE, 10 févr. 2012, n° 356456, *Fofana* ; *AJDA*, 2012, p. 716, note A. Duranthon ; *JCP A*, 2012, n° 2059, note O. Le Bot ; *D.*, 2012, p. 555 ; CE, sect., 13 juill. 2016, n° 400074, *Min. Affaires sociales et de la Santé* ; *AJDA*, 2016, p. 2162, note Rihal.
- (47) CE, 28 déc. 2017, n° 400560, *M. A. B.* ; *AJDA*, 2018, p. 16, obs. C. Biget
- (48) CE, 10 févr. 2012, n° 356456, *Fofana*, préc. V. également CE 15 déc. 2010, n° 344729 *Min. Éducation de nationale de la jeunesse et de la vie associative c/ Peyrilhe (Epx)* ; *AJDA*, 2011, p. 858, note P.-H. Prélôt ; *D.*, 2011, p. 1126, note Y. Dagorne-Labbe ; *RDSS*, 2011, p. 176, obs. R. Fontier.
- (49) TA Saint-Denis ord., n° 1300885, 19 juill. 2013, *Cne Saint-Leu*, préc.
- (50) CE, 31 juill. 2017, n° 412171, *Commune de Calais*, préc.
- (51) CE ord., 27 nov. 2013, n° 373300, *Charle* ; *AJDA*, 2014, p. 574, note F.-X. Fort ; *D.*, 2013, p. 2855, note P. Véron ; *RFDA*, 2014, p. 531, étude L. Fermaud.
- (52) CE, 28 juill. 2017, n° 410677, *Section française de l'OIP*, préc.
- (53) Olivier LE BOT, Référé-liberté à la maison d'arrêt de Fresnes : les limites de l'article L. 521-2 *AJDA*, 2017, p. 2540.
- (54) CE, 28 juill. 2017, n° 410677, *Section française de l'OIP*, préc. (pt. 16).
- (55) CEDH, 1^{er} juin 2006, n° 39922/03, *Taïs c/ France* ; *AJ pénal*, 2006. 403, obs. Saas ; *JDI*, 2007, chron. 5.

Techniques de contrôle et démocratie

J. Arlettaz

Professeure de droit public
Université de Montpellier

Etudier les techniques de contrôle sous le prisme démocratique ou confronter la démocratie aux techniques de contrôle du juge est un exercice hautement périlleux, comme l'est toute tentative de mise en perspective de ces techniques de contrôle plurielles, hétérogènes, fuyantes et souvent instrumentalisées, au regard de cette notion difficilement saisissable en droit qu'est la démocratie. L'exercice est périlleux ; il devient épineux lorsqu'il s'applique dans le champ singulier des droits et libertés puisque c'est en ce domaine que l'office du juge subit les contestations doctrinales les plus virulentes, au nom de la démocratie ⁽¹⁾.

Un exercice périlleux et épineux, qui conduit donc à quelques difficultés. La première de ces difficultés est d'ordre analytique. Les techniques de contrôle sont en effet une porte d'entrée dans le contentieux constitutionnel ⁽²⁾ qui exigent de lire entre les lignes tant elles se dissimulent dans le raisonnement du juge et supposent alors un travail doctrinal de reconstruction jurisprudentielle. Les techniques de contrôle peuvent également être manipulées, notamment lorsque le juge prétend faire ce qu'il ne réalise nullement ; le Conseil constitutionnel, certes converti au contrôle de proportionnalité ⁽³⁾, sait aussi user du lexique de la proportionnalité ⁽⁴⁾ sans l'exercer, appréciant la conciliation « *non manifestement déséquilibrée* » d'un législateur dont il se contente parfois de reprendre les intentions comme les dispositions. Le régime démocratique exige pourtant d'offrir aux justiciables les moyens de connaître – motivation – puis de comprendre – rationalisation – les jurisprudences relatives aux droits et libertés. La deuxième difficulté est plus théorique et vise à saisir ce que recouvre la catégorie « techniques de contrôle ». Sans doute, celles-ci renvoient aux modalités singulières par lesquelles un juge construit son raisonnement et motive la décision, à l'heure d'activer son contrôle. Pourtant, appliquées aux droits et libertés, les techniques de contrôle se confondent souvent avec l'interprétation des droits tant les normes à leur fondement se caractérisent par leur abstraction comme par leur irréductible imprécision ⁽⁵⁾. Les jurisprudences relatives à l'impossible dénaturation d'un droit ou celles interdisant d'affecter le contenu essentiel d'une liberté illustrent combien ces techniques de contrôle font nécessairement corps avec le travail herméneutique tendant à préciser la signification et le contour des droits et libertés inscrits dans la Constitution. Le gardien des droits et libertés définit donc nécessairement et dans un même élan, à la fois la nature de sa garde – techniques de contrôle – et celle de l'objet gardé – droits et libertés. La troisième difficulté est d'ordre pratique. Devant l'immensité des jurisprudences pertinentes sur la question des techniques de contrôle appliquées aux droits et libertés et l'ampleur de la tâche à l'heure de les penser sous le prisme démocratique, il semble plus modestement réalisable de proposer une systématisation des techniques de contrôle que de tenter une rationalisation de ces jurisprudences.

La systématisation des techniques de contrôle nécessite cependant quelques remarques préalables. Si les techniques de contrôle informent d'abord sur l'office du juge, avant de nous questionner sur la notion de démocratie, il faut néanmoins relever que lorsque sont allégués des droits ou des libertés, rares sont les décisions dans lesquelles le juge considère que la question qui lui est soumise ne relève pas de son office. Pour le dire plus simplement, les jurisprudences dites des *political question*, qui voient le juge affirmer que la requête présentée relève du champ politique et non juridictionnel, ne se déploient pas lorsque sont en jeu les droits et libertés. Leur garantie est, il est vrai, par nature juridictionnelle et condamne dès lors le juge à juger. Sans doute il est possible de noter quelques poches de *political questions* dans le champ des droits et libertés ; il en va ainsi en matière pénale en raison notamment du principe de légalité des délits et des peines qui, en préservant la réserve parlementaire, sous-tend en réalité une réserve jurisprudentielle ⁽⁶⁾. En France, le *self-restraint* du Conseil constitutionnel, qui s'étend bien au-delà du champ pénal et dépasse par ailleurs la sphère des droits et libertés, se mesure à l'affirmation selon laquelle le Conseil ne dispose pas « *d'un pouvoir d'appréciation de même nature que le Parlement* » ⁽⁷⁾. Sorte de *political question* à la française, le Conseil, ce faisant, entend en effet dissocier le champ de la conformité normative de celui de l'opportunité politique, écartant tout à la fois techniques de contrôle et interprétation des droits au nom de la discrétionnalité parlementaire.

La deuxième remarque lie techniques de contrôle et Constitution. Le juge est-il encadré, dans ses modalités de contrôle, par le texte constitutionnel ? De fait, la Constitution de 1958 est totalement silencieuse en la matière ⁽⁸⁾ mais il n'en va pas de même pour d'autres Constitutions qui consacrent explicitement différentes techniques de contrôle, ces dernières s'imposant dès lors au juge. Les Constitutions suisse et canadienne reconnaissent le contrôle de proportionnalité ⁽⁹⁾, une révision constitutionnelle de 2011 a fait entrer le principe de l'interprétation conforme dans la Constitution mexicaine ⁽¹⁰⁾, la Constitution de Bolivie renvoie l'interprète à la volonté du constituant ⁽¹¹⁾, les Constitutions allemande et espagnole ⁽¹²⁾ – comme bien d'autres ⁽¹³⁾ – imposent aux pouvoirs publics de préserver le contenu essentiel des droits et libertés. Or, la première des démocraties consistant, pour un juge, à se soumettre à la volonté du constituant, le lien entre techniques de contrôle et démocratie sera nécessairement fonction de la capacité d'une Constitution à contraindre le travail juridictionnel et

le raisonnement juridique dans le champ des droits et libertés.

La Constitution est donc bien entendue la source première de réflexion sur les techniques de contrôle. Quelle peut être celle impulsée par la notion de démocratie ? Celle-ci joue en réalité sur deux niveaux : elle peut d'abord permettre d'« évaluer » les techniques de contrôle en fonction de leur capacité, plus ou moins forte, à s'immiscer dans le travail parlementaire voire à réécrire la loi. Approche assurément statique, ce premier niveau conduit à se demander si et en quoi le principe démocratique, inscrit dans la Constitution, conditionne les techniques de contrôle utilisées par le juge (I). Mais il est aussi possible d'appréhender la problématique de manière plus dynamique consistant alors à s'interroger sur la question de savoir si une démocratie peut se dessiner à la lumière des techniques de contrôle utilisées par le juge. La problématique est alors différente et réside dans l'hypothèse de voir émerger, à travers l'étude des techniques de contrôle, une conception juridictionnelle de la démocratie (II).

I. La démocratie guidant le juge

Une gradation des techniques de contrôle à l'aune du principe démocratique – L'étude des différentes techniques de contrôle déployées par le juge révèle que celui-ci n'est pas indifférent au principe démocratique à l'heure de sélectionner puis d'appliquer une technique de contrôle déterminée. Le juge peut d'abord invoquer explicitement le principe démocratique qui, dans ce cas, va essentiellement servir à définir son office et à justifier une retenue juridictionnelle que le juge avoue s'imposer en raison de la nature singulière de la loi, expression démocratique de la volonté générale. Lorsqu'il est invoqué par le juge, le principe démocratique est donc en réalité un argument démocratique.

Il en va ainsi d'une technique spécifique de contrôle que représente la *présomption de constitutionnalité*. Celle-ci consiste en une déférence du juge à l'égard de la loi au nom du respect de l'œuvre parlementaire ; la loi est présumée constitutionnelle parce qu'elle est le produit d'un régime démocratique en action. La présomption de constitutionnalité est donc avant tout une posture juridictionnelle qui, s'alimentant également du principe de séparation des pouvoirs, se déploie sans surprise dans la jurisprudence de Cours suprêmes – Etats-Unis, Canada, Royaume-Uni. La filiation évidente entre la présomption de constitutionnalité et le principe démocratique s'affirme régulièrement au cœur des décisions de la Cour suprême américaine pour qui, comme le relève E. ZOLLER, « *l'idée fondamentale du principe de présomption de constitutionnalité des lois est que, pour retirer les lois (car c'est à cela qu'aboutit le contrôle de constitutionnalité), avant le prétoire, il y a les urnes et le bulletin de vote, et que, dans une démocratie, c'est en changeant de majorité qu'on change les lois ou qu'on retire celles qui sont injustes. Ce n'est pas le rôle des juges de redresser les mauvais choix qu'une majorité peut faire ; c'est à la minorité de la faire quand elle deviendra à son tour majoritaire* »⁽¹⁴⁾. La présomption de constitutionnalité n'est cependant pas inconnue des Cours constitutionnelles qui, en Espagne comme en Amérique latine, en font un usage régulier⁽¹⁵⁾. La présomption de constitutionnalité est ainsi, devant l'une comme devant l'autre, la marque d'un respect de la loi mais elle sous-tend également l'idée que, en adoptant la loi, le Parlement n'a pas entendu violer la Constitution. A la présomption de constitutionnalité, *posture juridictionnelle*, peut donc sans difficulté être associée l'interprétation conforme, *posture herméneutique* cherchant à sauver la loi en l'expulsant de toute potentialité d'inconstitutionnalité⁽¹⁶⁾. Une fois formulée une interprétation conforme, la loi cesse d'être présumée constitutionnelle pour le devenir pleinement et peut alors entrer ou demeurer dans l'ordre juridique sans que ne puisse intervenir une nouvelle contestation de la loi⁽¹⁷⁾. La loi est sauvée, au nom du principe démocratique.

La révérence du juge à l'égard du principe démocratique se devine également à chaque fois que celui-ci entend préserver, garantir ou renforcer les compétences du Parlement en matière de droits et libertés. Le lien entre techniques de contrôle et démocratie est ici indirect parce qu'induit, le juge s'appuyant plus explicitement sur le texte de la Constitution que sur le principe démocratique lui-même. Il en va ainsi de la réserve de loi dont peut découler la censure d'une omission législative, d'une incompétence négative⁽¹⁸⁾ ou encore d'une privation des garanties légales qu'impose l'effectivité de tel ou tel droit ou liberté⁽¹⁹⁾. Cet ensemble hétérogène de techniques remplit une même fonction qui est celle de rappeler et donc de protéger le Parlement dans sa mission de chef d'orchestre des droits et libertés constitutionnels ; si le chef d'orchestre faillit dans sa fonction, c'est généralement en application de ces techniques de contrôle qu'il sera sanctionné.

Enfin, le Parlement peut faillir non par son absence mais par son action. C'est alors à un contrôle classique de normes à normes que s'engageront les juges constitutionnels, éloignant le raisonnement juridictionnel du principe démocratique. Les juges usent à cette fin de techniques de contrôle propres au champ des droits et libertés dont notamment le contrôle du respect du contenu essentiel d'un droit ou d'une liberté ou celui de la proportionnalité d'une atteinte à ces droits ou libertés⁽²⁰⁾. Ces techniques ont en partage de poser une limite à l'encadrement législatif des libertés. Se trouve dès lors dans ces deux types de contrôle, une même obligation de rationalité et de pondération dans la limitation⁽²¹⁾, qui va de la préservation de la substance d'un droit à la conciliation équilibrée d'une atteinte à l'exercice de ce droit. Le recours à ces deux techniques de contrôle, pourtant irriguées par une même philosophie juridictionnelle, semble avoir néanmoins subi une évolution récente. En 2017, furent en effet

publiés les résultats d'un projet de recherche comparative constitutionnelle, CONREASON⁽²²⁾, portant sur le raisonnement juridictionnel dans 18 Etats différents ; la lecture des rapports étatiques permet alors de constater que le contrôle du respect du contenu essentiel d'un droit ou d'une liberté, très fréquent dans les années 70, a été délaissé pour faire place, depuis les années 90, au contrôle de proportionnalité des atteintes aux droits et libertés. Or le passage du respect du contenu essentiel des droits à celui de la proportionnalité est celui menant de la substance à l'équilibre, du contrôle des limitations à celui de la justification. Ce glissement dans l'usage des techniques de contrôle serait donc la marque d'un constitutionnalisme modernisé qui associerait juge et législateur, raison et décision, droit et politique, dans une même mission de préservation des droits et libertés. La diffusion ou généralisation du contrôle de proportionnalité⁽²³⁾ viendrait dès lors exprimer un mouvement de juridictionnalisation des droits et libertés, faisant entrer la rationalité dans la garantie des droits et libertés⁽²⁴⁾.

Il est dès lors aisé de systématiser les techniques de contrôle en fonction de leur degré d'atteinte au principe démocratique : de fait, certaines de ces techniques conduisent à un contrôle minimal de la loi quand d'autres constituent un contrôle poussé de celle-ci, permettant ainsi de construire une échelle qui débiterait par la présomption de constitutionnalité pour atteindre le contrôle de proportionnalité, chaque marche de l'une vers l'autre exprimant un approfondissement du contrôle juridictionnel.

La signification de la gradation des techniques de contrôle – Cette gradation dessinant une échelle des contrôles enseigne que, plus les techniques de contrôle s'approfondissent, moins le principe démocratique est directement ou indirectement invoqué, les juges s'appuyant plus précisément sur une disposition constitutionnelle. Tout élargissement du contrôle s'accompagne donc, sur un plan argumentatif, d'un éloignement du critère démocratique pour privilégier un fondement normatif. Fort logiquement, l'échelle des techniques mène donc de la préservation des pouvoirs du Parlement au nom du principe démocratique à la protection de l'exercice des droits au nom de la Constitution. Cette échelle informe également sur les techniques de contrôle elles-mêmes lorsqu'elles s'appliquent en matière de droits et libertés. De fait, plus le contrôle s'intensifie, plus les techniques utilisées par le juge sont spécifiques aux droits et libertés. La réserve de loi, comme la présomption de constitutionnalité (premières marches de l'échelle), ne sont en effet nullement des techniques de contrôle spécifiques à la protection des droits et libertés alors que le contrôle de proportionnalité est presque exclusivement mis en œuvre lorsque sont invoquées des droits et libertés (dernières marches de l'échelle). La constitutionnalisation des droits et libertés a ainsi conduit à inventer de nouveaux modèles de contrôle qui s'enrichissent de l'émergence de contentieux spécifiques aux droits et libertés – QPC, recours d'*amparo*, recours particulier. La justice constitutionnelle se singularise donc lorsque les normes de référence s'apparentent à des déclarations de droits. Enfin, l'étude de cette échelle de gradation du contrôle révèle que les techniques de contrôle les moins attentatoires au jeu démocratique, comme la présomption de constitutionnalité ou la réserve de loi, se voient redéfinies lorsqu'elles sont utilisées dans le champ des droits et libertés. Ainsi par exemple, la présomption de constitutionnalité est dite inversée lorsque sont en jeu des libertés jugées comme particulièrement fondamentales : en Argentine et sous inspiration étatsunienne, la Cour suprême inverse en effet la charge de la preuve dans le domaine de la non-discrimination ou de la liberté d'expression où la présomption de constitutionnalité se fait présomption d'inconstitutionnalité ou présomption de liberté⁽²⁵⁾.

Les techniques de contrôle employées par le juge lorsque sont en jeu les droits et libertés, semblent d'éloigner, d'un point de vue strictement positiviste et lorsqu'elles se renforcent, de la problématique démocratique. Les Cours instaurent donc une hiérarchie entre le principe constitutionnel de démocratie et les normes relatives aux droits et libertés appelant, en ce domaine, un effort de reconstruction doctrinale qui nécessite une inversion de perspective.

II. Le juge guidant la démocratie

La réserve de loi et la présomption de constitutionnalité comme soubassement de la démocratie représentative – Il s'agit ici, par un renversement de perspective, de réfléchir à la démocratie qui se construit à travers les techniques de contrôle employées par les juges. Sans conteste, c'est d'abord à la *démocratie représentative*, formelle et classique, que renvoient toutes les techniques de contrôle exprimant une révérence ou, plus modestement, une protection de la compétence du Parlement, qu'il s'agisse de la présomption de constitutionnalité, de la réserve de loi, de l'incompétence négative ou de la non substitution au pouvoir d'appréciation du Parlement par le juge. La loi y est *a priori* protégée mais elle est aussi valorisée : la démocratie représentative s'associe ici à une approche institutionnelle des droits et libertés qui voit dans la loi « *la condition de possibilité et de réalisation* » des libertés⁽²⁶⁾. Ainsi peut alors se comprendre le contrôle des garanties légales comme soubassement nécessaire de l'effectivité d'une exigence constitutionnelle.

Mais la démocratie représentative ne se révèle pas seulement à travers ces techniques de contrôle. Le juge peut en effet ne pas se contenter de protéger la démocratie représentative : il peut la susciter, la renforcer, en d'autres termes, la revitaliser. Le juge britannique, par exemple, confère au principe de présomption de constitutionnalité de la loi, un sens favorable à la dynamique démocratique. La loi est en effet présumée ne pas violer les droits et

libertés garantis par le Common law, à moins que le Parlement ne stipule expressément vouloir déroger aux droits et libertés ⁽²⁷⁾. La présomption n'est donc pas équivalente à une immunité de la loi mais, en cas de conflit normatif, à une préservation des droits et libertés. Une telle conception de la présomption n'est pas anodine ; en exigeant du Parlement qu'il prévoit une atteinte explicite aux droits et libertés pour en payer éventuellement le « coût politique », cette conception tend à donner du sens au processus démocratique en confrontant réellement le Parlement à sa responsabilité politique de représentant du peuple. L'expression de « coût politique » a une signification forte et fait du juge, par son contrôle, non un agent destructeur des fondements de la démocratie mais un acteur essentiel aux fins d'efficacité du jeu démocratique. De même la Cour suprême des Etats-Unis fait varier l'intensité de son contrôle et peut alors se révéler « active » à l'égard de lois dites d'oppression des minorités ou lorsqu'est en jeu la liberté d'expression, jugée indispensable à une future alternance politique ⁽²⁸⁾. Ces jurisprudences, qui procèdent à des changements dans le choix des techniques de contrôle employées, se font alors l'écho d'une approche non plus institutionnelle des droits et libertés mais bien d'une approche démocratique de celles-ci : la démocratie n'est plus seulement cette démocratie représentative dans un sens essentiellement formel. Elle est fonctionnelle en ce que la démocratie devient la raison d'être, la fonction, le but, de la préservation par le juge des droits et libertés.

Le respect du contenu essentiel des droits comme soubassement de la démocratie libérale – Plus le degré de contrainte que le juge fait peser sur le Parlement s'accroît, en raison notamment de l'usage de techniques de contrôle plus intrusives, plus cette démocratie représentative se trouve encadrée par les exigences du libéralisme. La démocratie représentative est donc aussi *libérale*, ce que vient plus spécifiquement exprimer le contrôle du contenu essentiel des droits et libertés. Cette technique est la marque d'une démocratie libérale en ce qu'en posant au Parlement une limite aux limitations, elle entend préserver la « substance » des droits, substance se situant, *a priori*, hors de la compétence de l'Etat ⁽²⁹⁾. Cette interdiction de dénaturation des droits et libertés est objective : elle préserve le texte constitutionnel d'une révision qui ne dirait pas son nom dès lors que vider la substance d'un droit ou d'une liberté n'est pas autre chose que vider la normativité de la disposition constitutionnelle consacrant le droit ou la liberté. C'est donc à ce constitutionnalisme libéral que la démocratie représentative doit s'acclimater, sous le contrôle du juge.

La proportionnalité comme soubassement de l'Etat libéral – Est-ce à dire que plus le juge pousse son contrôle de la loi en vue de garantir l'effectivité des droits et libertés, plus il participe à concilier démocratie et constitutionnalisme libéral ? La conclusion est trop hâtive. D'abord parce que cette lecture de l'usage des techniques de contrôle contourne la question controversée de savoir jusqu'à quel point l'approfondissement du constitutionnalisme libéral par le seul juge ne devient pas empêchement du jeu démocratique, notamment lorsque le juge impose une décision en lieu et place de toute délibération de la communauté politique ; le débat est connu et évoque sans difficulté le spectre du gouvernement des juges. Ensuite parce que réduire les techniques de contrôle à leur seule fonction de préservation de la démocratie libérale est très largement insuffisant. S'il s'agit en effet d'apprécier, au regard de l'intensité progressive du contrôle de la loi, la capacité de préservation d'une société libérale par le juge, le principe de proportionnalité représenterait sans nul doute l'outil juridictionnel le plus efficace en matière de libéralisme. Le contrôle de proportionnalité, parce qu'il est un contrôle entier de la loi au nom des droits et libertés, participe certes à construire un Etat libéral au sens d'un Etat garant des droits et libertés individuels. Mais il fait peut-être plus, enseignant sur l'existence d'un autre mouvement à l'œuvre dans la détermination des techniques de contrôle par le juge.

Le contrôle de proportionnalité représente en effet une rationalisation du contrôle juridictionnel, le juge devant raisonner par étape – légitimité, adéquation, nécessité, proportionnalité stricte. Or si la loi, objet du contrôle, est appréhendée non plus seulement comme le produit indirect du peuple et donc comme une règle issue du processus démocratique, mais comme la norme d'action de l'Etat au nom d'intérêts collectifs, la rationalisation du discours juridictionnel à travers le test de proportionnalité a une tout autre signification, notamment s'il est comparé au principe de présomption de constitutionnalité, si révérencieux à l'égard du Parlement. Dans la posture juridictionnelle qu'est la présomption de constitutionnalité en effet, la présomption de conformité ne pourra être levée que si est démontrée, par l'individu, une atteinte à l'un de ses droits ou libertés ⁽³⁰⁾. Le contrôle de proportionnalité porte au contraire en lui une autre posture juridictionnelle qui est celle de la présomption d'inconstitutionnalité des atteintes aux droits et libertés ; lorsque le contrôle de proportionnalité s'exerce en effet, c'est à l'Etat qu'est transférée la charge de démontrer qu'une atteinte aux droits est non seulement justifiée mais nécessaire et proportionnée. Dans la configuration rationnelle de la proportionnalité, l'Etat doit justifier son action qui apparaît, *a priori*, constitutionnellement suspecte. L'observation mérite néanmoins une précision qui conduit à dissocier le contrôle de proportionnalité *in concreto* du contrôle de proportionnalité *in abstracto*. Le premier vise en effet à s'assurer qu'en décidant au nom de l'intérêt général de la collectivité, l'Etat ne fasse pas payer un coût trop élevé aux individualités qui se voient alors rétablis dans leur droit, sans pour autant conduire à l'abrogation de la loi. Le contrôle *in abstracto* s'éloigne d'une telle logique réparatrice pour s'approcher d'une logique défensive qui censure l'action de l'Etat au-delà de toute individualité. L'intervention de l'Etat est sanctionnée pour avoir rompu le règne du libéralisme. Le fondement textuel du test de proportionnalité peut d'ailleurs conforter l'hypothèse ; au Canada comme au sein de la Convention européenne des droits de l'Homme ⁽³¹⁾, le contrôle conduit à vérifier la proportionnalité de justification des limitations aux droits dans le cadre d'une « société » démocratique. Les droits

et libertés viennent ainsi désormais caractériser une société ou une collectivité humaine, non un régime politique étatique.

Né originellement dans le cadre d'une protection des citoyens contre le pouvoir exécutif qui fut jugé un temps comme le pouvoir le plus à même de porter atteinte aux droits et libertés ⁽³²⁾, le test de proportionnalité se généralise et devient alors la marque d'une expansion de la suspicion à l'ensemble des autorités étatiques. Ici réside sans doute l'influence la plus importante de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme ; cette dernière n'a en effet nullement inventé la proportionnalité mais, saisie de contentieux irrigués par la logique internationaliste, elle l'a étendu au sujet de droit international qu'est l'Etat. La traduction de cette extension dans le champ interne prend la forme de l'application généralisée du test de proportionnalité par les Cours constitutionnelles englobant désormais le législateur. Le contrôle de proportionnalité enseigne donc plus sur l'Etat que sur la démocratie : il porte en lui non seulement une logique de défense de l'Etat libéral mais, plus fondamentalement, une logique de promotion d'un Etat minimal. L'expression de cette double logique est particulièrement prégnante en matière de droits économiques et sociaux ; c'est en effet en ce domaine que le test de proportionnalité demeure le plus timide pour ne pas dire inexistant. Il est vrai que la défense d'un Etat minimal s'allie mal avec la garantie des droits économiques et sociaux.

⁽¹⁾Cf. R. HIRSCHL, *Towards Juristocracy. The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Harvard University Press, 2007. Pour une analyse des critiques doctrinales : L. GARLICKI, « La légitimité du contrôle de constitutionnalité : problèmes anciens c/ développements récents », *RFDC* 2009/2, n° 78, p. 227 ; Pour une réponse aux critiques doctrinales : A. BARAK, « Les juges comme gardiens de la Constitution sur l'acte de juger », *Cités* 2017/1, n° 69, p. 19.

⁽²⁾J. BONNET, P.-Y. GAHDOUN, D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, LGDJ, 2016 ; M. FROMONT, *La justice constitutionnelle comparée*, Dalloz, 2013. V. GOESEL-LE BIHAN, « Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel », *Les cahiers du Conseil constitutionnel*, 2007, n° 22.

⁽³⁾Conseil constitutionnel, décision n° 2008-562 DC du 21 février 2008 relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental ; Conseil constitutionnel, Décision n° 2016-611 QPC du 10 février 2017, M. David P. [Délit de consultation habituelle de sites internet terroristes]. Cf. V. GOESEL-LE BIHAN, « Une grande décision : la décision n° 2016-611 QPC », *AJDA*, 6 mars 2017, n° 8, p. 433.

⁽⁴⁾Voir par exemple Conseil constitutionnel, Décision n° 2017-695 QPC du 29 mars 2018, M. Rouchdi B. et autre [Mesures administratives de lutte contre le terrorisme] et notamment les considérants 37 et s. où le Conseil décide que le législateur a opéré une « conciliation qui n'est pas manifestement déséquilibrée » après s'être essentiellement limité à réciter les principales dispositions de la loi. Cf. V. SIZAIRE, « Une question d'équilibre ? À propos de la décision du Conseil constitutionnel n° 2017-695 QPC du 29 mars 2018 », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], *Actualités Droits-Libertés*, mis en ligne le 23 mai 2018.

⁽⁵⁾Voir sur cette question, le débat canadien particulièrement riche, tant en doctrine qu'en jurisprudence, et visant à distinguer l'étape d'interprétation de la norme de celle de sa sanction. Cf. D. PINARD, « Les sanctions d'une règle de droit législative incompatible avec la Charte canadienne des droits et libertés ; le reading in, le reading down, l'interprétation large, l'interprétation atténuée, etc.! », *La Revue du Barreau*, 2003, p. 421. Voir également : M. CARBONELL (sous la dir.), *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, 2008.

⁽⁶⁾La Cour constitutionnelle italienne a systématisé une telle retenue en matière pénale à travers la théorie du rime obbligate : applicable également lorsque sont en jeu des droits et libertés, cette théorie impose que l'élaboration par voie prétorienne d'une norme omise par le Parlement ne puisse découler du seul constat d'inconstitutionnalité mais doit s'imposer au juge au regard de la logique du système constitutionnel. S. DONDI, « L'interprétation "créatrice" de la loi selon l'expérience de la Cour constitutionnelle italienne », *Sant'Anna Legal Studies*, n. 18/2008.

⁽⁷⁾Conseil constitutionnel, décision n° 74-54 DC du 15 janvier 1975, IVG 1. Cf. O. DORD, « La QPC et le Parlement : une bienveillance réciproque », *NCC* n° 38, janvier 2013.

⁽⁸⁾Le Conseil constitutionnel s'appuie néanmoins sur les articles 61 et 61-1 de la Constitution pour déclarer, a minima, qu'il « ne dispose pas d'un pouvoir général d'appréciation de même nature que le Parlement ». Cf par exemple Conseil constitutionnel, Décision n° 2018-761 QPC du 1er février 2019, Association Médecins du monde et autres [Pénalisation des clients de personnes se livrant à la prostitution].

⁽⁹⁾Article 36-3 de la Constitution suisse : « Toute restriction d'un droit fondamental doit être proportionnée au but visé » ; Article 1 de la Charte canadienne des droits et libertés : « La Charte canadienne des droits et libertés garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des

limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique ». Cet article a fondé la pratique du test de proportionnalité au sein de la jurisprudence de la Cour suprême canadienne dans l'arrêt *R c Oakes*, [1986] 1 RCS 103, conduisant à la qualification par la doctrine canadienne du test de proportionnalité de « test de Oakes ». Cf. L. B. TREMBLAY, « Le principe de proportionnalité dans une société démocratique égalitaire, pluraliste et multiculturelle », *McGill Law Journal*, 2012, 57(3), 429–471.

⁽¹⁰⁾Article 1 alinéa 2 de la Constitution mexicaine de 1917 issu de la révision constitutionnelle du 10 juin 2011 : « Les normes relatives aux droits de l'homme seront interprétées en conformité avec cette Constitution et les Traités internationaux de manière à assurer la protection la plus ample à toute personne, en tout temps ».

⁽¹¹⁾Article 196-II de la Constitution bolivienne de 2009 : « Dans sa fonction interprétative, le Tribunal Constitutionnel Plurinational appliquera comme critère d'interprétation, de préférence, la volonté du constituant [...] ».

⁽¹²⁾Article 19-2 de la Loi fondamentale allemande : « Il ne doit en aucun cas être porté atteinte à la substance d'un droit fondamental » ; article 53 de la Constitution espagnole : « Seule une loi qui, dans tous les cas, devra respecter leur contenu essentiel, pourra réglementer l'exercice de ces droits et de ces libertés ».

⁽¹³⁾Sans exhaustivité : article 18-3 de la Constitution portugaise, article 36-4 de la Constitution suisse, article 13-4 de la Constitution slovaque, article 4-4 de la Charte tchèque des droits et libertés fondamentaux.

⁽¹⁴⁾E. ZOLLER, « Considérations sur les causes de la puissance de la Cour suprême des États-Unis et de sa retenue », *NCC* n° 33, octobre 2011.

⁽¹⁵⁾R. SÁNCHEZ GIL, « La presunción de constitucionalidad », *Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio*, juridicas.unam.mx

⁽¹⁶⁾Cf. Cour constitutionnelle italienne, sentence n° 356 rendue le 14 octobre 1996 : Cf. CC italienne : « les lois ne sont pas déclarées constitutionnellement illégitimes parce qu'il est possible d'en donner des interprétations inconstitutionnelles mais parce qu'il est impossible d'en donner des interprétations constitutionnelles ».

⁽¹⁷⁾A. VIALA, « De la puissance à l'acte : la QPC et les nouveaux horizons de l'interprétation conforme » *RDP* 2011-4, p. 965.

⁽¹⁸⁾J. ARLETTAZ, « L'incompétence négative à l'étranger », *NCC* n° 46, 2015/1.

⁽¹⁹⁾A. VIDAL-NAQUET, *Les "garanties légales des exigences constitutionnelles" dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Panthéon-Assas Paris II, 2007 ; G. MOLLION, « Les garanties légales des exigences constitutionnelles », *RFDC* 2005/2, p. 257.

⁽²⁰⁾X. PHILIPPE, « Le contrôle de proportionnalité exercé par les juridictions étrangères : l'exemple du contentieux constitutionnel : Les figures du contrôle de proportionnalité », *Les Petites Affiches*, 2009, p. 6.

⁽²¹⁾Pour R. ALEXY, le contenu essentiel d'un droit ne peut être préétabli mais doit être déterminé au moyen de la pondération (R. ALEXY, *A theory of constitutional rights*, 2010, Oxford). C'est également l'approche qu'emprunte le Tribunal constitutionnel espagnol qui apprécie les atteintes au « contenu essentiel » des droits par le biais de la pondération (Tribunal constitutionnel espagnol, sentence 11/ 1981 du 8 avril 1981). F. BALAGUER CALLEJÓN, « Capacidad creativa y límites del legislador en relación a los derechos fundamentales. La garantía del contenido esencial de los derechos » in *Derechos Constitucionales y formas políticas. Actas del congreso sobre derechos constitucionales y estado autonómico, Estudios constitucionales y políticos*, M. Á. Aparicio (Coord.), (Barcelona, Cedecs, 2001). Voir également J. U. SALAZAR LAYNES, « El contenido esencial de los derechos constitucionalmente protegidos », *Foro Juridico* n° 8.

⁽²²⁾A. JAKAB, A. DYEVE, G. ITZCOVICH, *Comparative constitutional reasoning*, Cambridge press, 2017.

⁽²³⁾Au sein de ce courant jurisprudentiel général, la Cour constitutionnelle italienne semble se démarquer légèrement en appliquant plus fréquemment le contrôle de « raisonabilité », proche bien que non équivalent au test de proportionnalité. Cf. S. BAGNI, « Le principe de proportionnalité dans l'ordre juridique italien : un cadre général », *Revue générale du droit* (www.revuegeneraledudroit.eu), Etudes et réflexions 2018 ; G. PINO, « Proporzionalità, diritti, democrazia », *DeS* 2014, n° 3, p. 597.

⁽²⁴⁾M. KOSKAS, « Le dynamisme de la proportionnalité : enjeux de la fragmentation tripartite du principe dans le processus juridictionnel », *La revue des droits de l'Homme*, 2019 / 15 ; S. TSAKYRAKIS, « Proportionality : an assault on human rights ? », *I.CON* vol. 7, n° 3, p. 468.

⁽²⁵⁾M. J. GARCÍA-MANSILLA, « ¿Presunción de constitucionalidad o presunción de libertad ? Un análisis desde el artículo 33 de la Constitución nacional », *Anales de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas* Pablo Casamajor Ediciones, 2015.

⁽²⁶⁾E.W. BÖCKENFÖRDE, *Le droit, l'Etat et la Constitution démocratique, Essais de théorie juridique, politique et constitutionnelle* réunis et présentés par O. JOUANJAN, Bruylant, 2000, p. 262.

⁽²⁷⁾Cour suprême du Royaume-Uni, [2000] 2 AC 115, 130. Voir notamment : A. SATHANAPALLY, *Beyond disagreement. Open remedies in Human rights adjudication*, Oxford, 2012.

⁽²⁸⁾E. ZOLLER, « Considérations sur les causes de la puissance de la Cour suprême des États-Unis et de sa retenue », *NCC* n° 33, octobre 2011.

⁽²⁹⁾E.W. BÖCKENFÖRDE, *Le droit, l'Etat et la Constitution démocratique, Essais de théorie juridique, politique et constitutionnelle* réunis et présentés par O. JOUANJAN, Bruylant, 2000, p. 257.

⁽³⁰⁾Cf. Le juge Marshall, dans l'arrêt de la Cour suprême des Etats-Unis, *Brown v. Maryland*, 25 U.S. 419 (1827) : « la présomption est en faveur de tout acte législatif et[...] tout le fardeau de la preuve incombe à celui qui nie sa constitutionnalité ».

⁽³¹⁾Cf. Article 1 de la Charte canadienne des droits et libertés précité ainsi que les paragraphes 2 des articles 8 à 11 de la Convention européenne des droits de l'Homme.

⁽³²⁾Le test de proportionnalité est en effet apparu en Allemagne dans le cadre des mesures de police. Il en va de même en France avec le célèbre arrêt Benjamin du Conseil d'Etat.

Techniques de contrôle et répartition des compétences entre les ordres de juridictions : le cas des atteintes à la liberté individuelle et des atteintes à la liberté personnelle

R. Fraisse

Conseiller d'Etat
Président de la CAA de Lyon

Je participe pour la troisième fois et avec toujours autant de plaisir aux Transversales organisées par Valérie Le Bihan désormais accompagné par Jeremy Heymann. Qu'ils en soient remerciés ! Cela me donne aussi l'occasion de revoir avec toujours autant de plaisir le premier président Guy Canivet – J'ai beaucoup apprécié de travailler à ses côtés de 2007 à 2011 au Conseil constitutionnel – et le président Michel Pinault, qui m'a accueilli au Conseil d'Etat il y a 29 ans, avant l'arrêt Nicolo ! Il était un jeune secrétaire général. J'étais un jeune conseiller de tribunal administratif.

Il nous revient, avec le premier président de la cour d'appel de Lyon, de dialoguer... En ce moment, nous dialoguons beaucoup et j'en suis très heureux... très heureux de dialoguer aujourd'hui sur les techniques de contrôle et la répartition des compétences entre les ordres de juridictions : le cas des atteintes à la liberté individuelle et des atteintes à la liberté personnelle.

I. – Le fondement de l'intervention du juge administratif

Sur la répartition des compétences entre les deux ordres de juridiction, la situation me paraît très claire.

Le juge judiciaire est compétent pour connaître des atteintes à la liberté individuelle, que ces atteintes émanent de personnes privées ou de personnes publiques. Lorsque j'utilise l'expression « personnes publiques », c'est bien entendu au sens de la décision du Conseil constitutionnel n° 86-224 DC du 23 janvier 1987 sur la loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence, c'est-à-dire « *les autorités exerçant le pouvoir exécutif, leurs agents, les collectivités territoriales de la République ou les organismes publics placés sous leur autorité ou leur contrôle* » lorsqu'ils prennent des décisions dans le cadre des prérogatives de puissance publique qui leur sont confiées.

Le juge judiciaire est également compétent pour connaître des atteintes à la liberté personnelle provenant de personnes privées.

Quant au juge administratif, il n'est compétent que pour connaître des atteintes à la liberté personnelle lorsqu'elles émanent de personnes publiques. La plupart du temps, lorsqu'une personne publique porte atteinte à la liberté personnelle, c'est dans le cadre de la police administrative, qu'elle soit générale ou spéciale.

La question est bien sûr de savoir ce que recouvrent les notions de liberté personnelle, à distinguer de la liberté individuelle, et de police administrative, à distinguer de la police judiciaire.

A. La notion de liberté personnelle

Aujourd'hui, la jurisprudence du Conseil constitutionnel est très claire pour faire la différence entre la liberté individuelle et la liberté personnelle. Mais cela n'a pas toujours été le cas. Cette jurisprudence est parfois contestée, mais comme le dit le premier président Canivet dans un article à la fois très critique et très riche, intitulé : « *Pathologie de la garantie de la liberté individuelle (1) : le syndrome de confusion. Examen de la jurisprudence du Conseil relative à l'interprétation de l'article 66 de la Constitution* » : « *Il n'y a de vérité d'un texte juridique que celle dite par son interprète authentique* ».

Le juge judiciaire est traditionnellement considéré comme le gardien de la liberté individuelle, depuis au moins 1808 en matière pénale (2) et depuis au moins 1933 en matière civile (3).

Mais il ne s'agissait que d'une attribution de compétence de valeur législative qui a régulièrement donné lieu à un dialogue entre les deux ordres de juridiction à l'intérieur du Tribunal de conflits. Deux arrêts méritent d'être cités :

Tribunal des conflits, 18 décembre 1947, Sieur Hilaire et Dame Cortesi, p. 515⁽⁴⁾ :

« *La sauvegarde de la liberté individuelle et la protection de la propriété privée rentrent essentiellement dans les attributions de l'autorité judiciaire* ».

Tribunal des conflits, 27 mars 1952, Dame de la Murette qui avait été arrêtée et internée en 1944⁽⁵⁾ :

« *Considérant, à la vérité, qu'il appartient à l'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, de statuer sur les conséquences de tous ordres des atteintes arbitraires à cette liberté, celles-ci ayant, par elles-mêmes, le caractère d'une voie de fait ; mais que cette règle reçoit exception dans le cas où des circonstances exceptionnelles empêchent de reconnaître ce caractère aux atteintes dont s'agit* ».

Lorsqu'on se reporte aux conclusions des commissaires du gouvernement du Conseil d'Etat⁽⁶⁾, on apprend qu'il existait deux conceptions de la liberté individuelle :

« *L'une était extensive. Elle consistait à considérer que la liberté individuelle recouvrait non seulement ce qu'il est convenu d'appeler la sûreté, c'est dire la protection contre les arrestations et détentions, mais encore l'ensemble des droits protecteurs de l'individu, qu'il s'agisse de son intégrité corporelle, du respect de sa personne ou des garanties de sa vie privée.*

« *Dans un autre système, la liberté individuelle au sens de l'article 136 devait au contraire être strictement entendue. Elle ne recouvrait alors que la notion de sûreté personnelle et celle d'inviolabilité du domicile qui en est le corollaire.*

« *Entre ces deux conceptions, vous avez choisi la seconde et l'avez même interprétée restrictivement. (...)* ».

C'est cette dernière interprétation que l'on trouve dans l'article 60 de la Constitution de l'an XII qui crée une « *commission sénatoriale de la liberté individuelle* » chargée de statuer sur la situation des personnes détenues, qui apparaît distincte de la « *liberté politique et civile* » dont il est fait mention à l'article 53. On la retrouve également à l'article 4 de la charte de 1814 qui disposait : « *La liberté individuelle est garantie, personne ne pouvant être poursuivi ni arrêté que dans les cas prévus par la loi et dans les formes qu'elle prescrit* », ainsi qu'à l'article 4 de la charte de 1830.

On voit donc que, s'il existe, le « *syndrome de la confusion* » n'est pas une pathologie récente.

La Constitution de 1958 a repris ce principe en lui donnant valeur constitutionnelle dans son article 66 :

« *Nul ne peut être arbitrairement détenu.*

« *L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, assure le respect de ce principe dans les conditions prévues par la loi.* » mais sans toujours définir cette notion de « *liberté individuelle* ».

Etant difficile de savoir ce que le peuple français a voulu décider par-là, il est possible de se reporter aux travaux préparatoires.

Le premier président Louvel a rappelé les termes de la loi constitutionnelle du 3 juin 1958⁽⁷⁾ : « *Le pouvoir judiciaire doit demeurer indépendant des autres pouvoirs pour être à même d'assurer le respect des libertés essentielles telles qu'elles sont définies par le préambule de la Constitution de 1946 et par la déclaration des droits de l'homme à laquelle elle se réfère* ».

Mais il est difficile de tirer de ce texte un monopole de gardien de l'ensemble des libertés qui serait confié au pouvoir judiciaire. Ce que dit ce texte c'est qu'il doit être indépendant pour assurer le respect des libertés essentielles.

En revanche, lorsqu'on consulte les travaux préparatoires de la Constitution, on s'aperçoit qu'ils sont sans ambiguïté sur le sens de l'article 66 de la Constitution. L'intervention du professeur François Luchaire, qui sera plus tard membre du Conseil constitutionnel⁽⁸⁾, est déterminante. Dans ses « *Observations sur l'avant-projet de Constitution du 29 juillet 1958* », il indique : « *Il serait utile d'insérer dans la Constitution une formule d'Habeas corpus qui permettrait à n'importe quel magistrat du siège d'exiger la présentation devant lui de toute personne arrêtée.* »⁽⁹⁾

Toute la discussion porte ensuite sur la place où sera inscrit l'*Habeas corpus* et sur les termes qui seront utilisés. Le conseil interministériel du 19 août 1958 arrêta la rédaction de l'article 66 : « *Nul ne peut être arbitrairement détenu. La loi détermine les conditions qui permettent à l'autorité judiciaire d'assurer le respect de cette règle.* » La réserve des pouvoirs spéciaux est donc maintenue.

Le Conseil d'État proposera, le 28 août 1958, de placer en tête de l'article la phrase suivante : « *L'autorité judiciaire est gardienne de la liberté individuelle.* » mais cette rédaction ne sera pas retenue puisque c'est le conseil des ministres du 3 septembre qui rédigera l'article 66 dans la forme adoptée par le peuple français et non modifiée depuis.

Une jurisprudence fluctuante du Conseil constitutionnel

Dans un premier temps, en 1977, la liberté individuelle fut considérée comme découlant d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République. Je cite les deux premiers considérants de la décision 76-75 DC du 12 janvier 1977 sur la fouille des véhicules :

1. *Considérant que la liberté individuelle constitue l'un des principes fondamentaux garantis par les lois de la République, et proclamés par le Préambule de la Constitution de 1946, confirmé par le Préambule de la Constitution de 1958 ;*

2. *Considérant que l'article 66 de la Constitution, en réaffirmant ce principe, en confie la garde à l'autorité judiciaire ;*

A cette époque, les fouilles de véhicule, assimilables aux perquisitions, relevaient donc de ce principe fondamental, rappelé par l'article 66 de la Constitution.

C'était l'époque où le Conseil privilégiait ces principes fondamentaux. Ce n'est plus le cas depuis 1984 où il essaie, dans la mesure du possible, de rattacher un principe à une norme précise du bloc de constitutionnalité, ce qui fait qu'à ce jour il y a moins de principes fondamentaux reconnus par les lois de la République qu'il y a vingt ans. Ont vu ainsi leur fondement revisité les droits de la défense, la liberté de conscience...

On relève ensuite trois périodes.

On voit apparaître la notion de liberté personnelle dans les années 1988 à 1992. Elle va s'appliquer, dans un premier temps au monde du travail ⁽¹⁰⁾ puis au respect de la vie privée à propos de données personnelles recueillies dans le cadre de l'accord de Schengen ⁽¹¹⁾. Dans la quatrième décision de cette période, n° 92-316 DC du 20 janvier 1993, le champ des deux libertés, individuelle et personnelle, est expressément distingué à propos du service central de prévention de la corruption.

Puis, de 1993 à 1997, le Conseil constitutionnel abandonne cette distinction liberté personnelle/liberté individuelle pour retenir une interprétation de la liberté individuelle englobant la liberté personnelle. Le changement intervient avec deux décisions du mois d'août 1993, la première sur les contrôles d'identité ⁽¹²⁾ et la seconde, surtout, sur la loi relative à la maîtrise de l'immigration ⁽¹³⁾.

Bruno Genevois a noté ce revirement de jurisprudence dans son commentaire paru à la RFDA ⁽¹⁴⁾ : « *La décision du 13 août 1993 conduit au contraire à donner un contenu accru à la liberté individuelle en y incluant la liberté d'aller et venir, la protection de l'individu contre les données informatiques et surtout la liberté du mariage.* »

Ce revirement est en contradiction avec le principe fondamental dégagé quelques années auparavant sur la compétence du juge administratif et à la décision 89-261 DC qui déclare contraire à la Constitution le transfert au juge judiciaire du contentieux touchant à la liberté d'aller et venir des étrangers en France. Il est, en outre, déconcertant, car le Conseil constitutionnel ne va pas jusqu'au bout de son raisonnement : il aurait dû censurer toutes les dispositions de cette loi qui donnaient compétence au juge administratif pour traiter le contentieux des mesures portant atteinte à la liberté d'aller et venir des étrangers en France.

Plusieurs autres décisions vont retenir une conception extensive de la liberté individuelle ⁽¹⁵⁾.

A partir de 1997, le Conseil constitutionnel remet en vigueur la distinction entre la liberté individuelle et les autres libertés, notamment la liberté personnelle et les libertés publiques.

S'inspirant des travaux préparatoires de la Constitution, il interprète la liberté individuelle au sens de *habeas corpus* de 1679, de l'article 7 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, de l'article 5 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et de l'article 6 de la Charte des droits fondamentaux.

Ainsi, la décision de 1999 sur la « couverture maladie universelle », à propos de la « carte Vitale » ⁽¹⁶⁾, distingue le respect de la vie privée de la liberté individuelle.

La même année, à propos de la sécurité routière, la liberté d'aller et venir est différenciée de la liberté individuelle ⁽¹⁷⁾.

Aujourd'hui relèvent de la liberté personnelle, protégée par les articles 2 et 4 de la Déclaration de 1789 :

- la liberté d'aller et venir ⁽¹⁸⁾ ;
- la liberté du mariage (« *liberté pour chacun de se marier (...) liberté de mettre fin aux liens du mariage, composantes de la liberté personnelle* ») ⁽¹⁹⁾ ;
- sans oublier la liberté de l'employeur et des salariés de l'entreprise ⁽²⁰⁾.

Mais n'en font pas expressément partie les droits et libertés qu'il est possible de catégoriser tels que :

- le respect de la vie privée ⁽²¹⁾ ;
- la liberté d'entreprendre...

B. La notion de police administrative

La mesure de police administrative diffère de la police judiciaire.

C'est la finalité de l'action qui les distingue.

La police administrative a pour but de prévenir une menace à l'ordre public ou de rétablir l'ordre public. Sa raison d'être est d'éviter ou de faire cesser un trouble, fût-il constitutif d'infraction.

Elle s'exerce « *tant que l'agent exerce une mission de contrôle ou de surveillance générale, tant que son enquête n'est pas orientée sur une infraction correctionnelle ou criminelle précise* » ⁽²²⁾.

De plus, contrairement à la police judiciaire, elle peut s'exercer sans texte.

La police judiciaire a pour objet, selon l'article 14 du code de procédure pénale, « *de constater les infractions à la loi pénale, d'en rassembler les preuves et d'en rechercher les auteurs tant qu'une information n'est pas ouverte* ».

Le critère finaliste peut toutefois présenter des inconvénients en cas d'opérations mixte (perquisition administrative) ou lorsque l'opération administrative se transforme en une opération judiciaire... mais ces cas sont rares et la jurisprudence du Tribunal des conflits permet de s'y retrouver assez facilement.

Par exemple, le Conseil constitutionnel a jugé que le recueil de renseignement au moyen d'écoutes téléphoniques par les services de renseignement pour l'exercice de leurs missions respectives relève de la seule police administrative. Il ne peut donc avoir d'autre but que de « *préserver l'ordre public et de prévenir les infractions* » et ne peut être mis en œuvre pour constater des infractions à la loi pénale, en rassembler les preuves ou en rechercher les auteurs ⁽²³⁾.

La mesure de police administrative se distingue aussi de la sanction administrative.

C'est au doyen Georges Vedel que l'on doit d'avoir, il y a plus de trente-cinq ans, introduit dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel la notion de « *sanction ayant le caractère de punition* » à propos d'une disposition d'une loi de finances validant l'impôt sur le revenu perçu en Nouvelle-Calédonie ⁽²⁴⁾. Le procès-verbal du délibéré, aujourd'hui public, est clair : il s'agit d'appliquer les principes de droit pénal aux sanctions administratives sans pour autant l'appliquer aux mesures qui, édictées par l'administration, ne peuvent être assimilées à des peines.

Il est donc primordial de savoir si une mesure décidée par l'administration entre ou non dans cette catégorie. Il n'est donc pas étonnant que les QPC portant sur cette question aient été nombreuses.

Ainsi, l'interdiction de retour qui est parfois décidée à la suite d'une obligation de quitter le territoire n'est pas une « *sanction ayant le caractère d'une punition* », mais une mesure de police ⁽²⁵⁾.

La Cour européenne des droits de l'homme partage également cette définition finaliste de la sanction administrative ⁽²⁶⁾.

II. – Les techniques de contrôle utilisées par le juge administratif

Le juge administratif contrôle les actes de police administrative en sa qualité de juge de l'excès de pouvoir et non comme juge de plein contentieux. Son contrôle peut porter sur des moyens de légalité externe (incompétence, vice de forme et de procédure) et des moyens de légalité interne (erreur de fait, qualification juridique des faits, illégalité en raison des motifs de l'acte ou en raison de son but, détournement de pouvoir...).

J'insisterai ici sur le contrôle de proportionnalité que le juge administratif exerce depuis plusieurs lustres en cette matière. L'arrêt qui en est le symbole est l'arrêt Benjamin du 19 mai 1933, que tous les étudiants en droit et juristes connaissent puisqu'il figure dans le GAJA depuis 72 ans. On était dans les années trente, à une époque où les libertés publiques commençaient à reculer en face d'un ordre public de plus en plus menacé.

Cet arrêt porte sur la liberté de réunion mais il a vocation à s'étendre à toute mesure de police administrative générale.

Certes, on ne voit pas dans cet arrêt le triple contrôle de proportionnalité... mais les éléments de ce contrôle y sont.

Ainsi, le juge vérifie s'il existait dans les circonstances de l'espèce une menace de trouble à l'ordre public susceptible de justifier une mesure de police.

Ensuite, il vérifie si cette mesure était appropriée par sa nature et sa gravité à l'importance de la menace.

Puis il juge que « *l'éventualité de troubles, alléguée par le maire de Nevers, ne présentait pas un degré de gravité tel qu'il n'ait pu, sans interdire la conférence, maintenir l'ordre en édictant les mesures de police qu'il lui appartenait de prendre* ».

Comme pour le Conseil constitutionnel ⁽²⁷⁾, le triple contrôle n'est apparu de façon expresse que récemment dans sa jurisprudence. C'est l'arrêt d'assemblée du 26 octobre 2011, *Association pour la promotion de l'image et autres*, n° 317827, qui juge, je cite l'analyse mentionnée au Lebon, que « *lorsqu'il examine, dans le cadre du contrôle de proportionnalité, la légalité d'une mesure portant atteinte aux droits fondamentaux des personnes, le juge de l'excès de pouvoir examine successivement si la mesure en cause est adaptée, nécessaire et proportionnée à la finalité qu'elle poursuit*. » Cet arrêt concernait le passeport biométrique et le respect de la vie privée mais il a une portée beaucoup plus large.

On ne peut pas dire que le juge administratif applique ce contrôle de proportionnalité dans toutes les affaires mettant en jeu la liberté personnelle. Le plus souvent, il va se borner à vérifier si l'autorité de police a opéré une conciliation appropriée entre l'ordre public et les libertés mais il s'agit toujours d'un contrôle entier et non restreint sur l'adéquation de la mesure de police à la gravité de la situation.

Pour illustrer mon propos, je vais maintenant prendre des exemples où ce contrôle de proportionnalité a été exercé en matière de police administrative générale et en matière de police spéciale contre le terrorisme que ce soit dans le cadre de l'état d'urgence ou en dehors de ce cadre.

A. Les mesures de police administrative générale

Le premier exemple est tiré de deux ordonnances du juge des référés du Conseil d'Etat relatives au burkini⁽²⁸⁾, ce maillot de bain utilisé par des femmes musulmanes qui veulent profiter de la plage ou de la baignade dans une tenue en conformité avec leurs croyances.

Dans ces affaires qui ont été médiatisées (Cagnes-sur-Mer et Villeneuve-Loubet), le juge des référés a appliqué la jurisprudence *Association pour la promotion de l'image et autres* Il a jugé que les mesures de police que le maire d'une commune du littoral édicte en vue de réglementer l'accès à la plage et la pratique de la baignade doivent être adaptées, nécessaires et proportionnées au regard des seules nécessités de l'ordre public, telles qu'elles découlent des circonstances de temps et de lieu, et compte tenu des exigences qu'impliquent le bon accès au rivage, la sécurité de la baignade ainsi que l'hygiène et la décence sur la plage. Le maire ne peut donc pas se fonder sur d'autres considérations et les restrictions qu'il apporte aux libertés doivent être justifiées par des risques avérés d'atteinte à l'ordre public.

Il a ensuite jugé que le maire ne pouvait, sans excéder ses pouvoirs de police, interdire l'accès à la plage et la baignade aux personnes qui portent une telle tenue (manifestant de manière ostensible une appartenance religieuse) alors qu'elles ne reposent ni sur des risques avérés de troubles à l'ordre public ni sur des motifs d'hygiène ou de décence. Il a donc suspendu l'exécution des deux arrêtés.

B. Les mesures de police administrative spéciale pour lutter contre le terrorisme

1. Dans le cadre de l'état d'urgence

L'évolution du contrôle du juge administratif est intéressante en cette matière.

Lors de la première application de l'état d'urgence en Algérie (1955-1961), le contrôle était quasiment nul puisqu'il

ne portait que sur le détournement de pouvoir ⁽²⁹⁾.

Lors de la deuxième application, en Nouvelle-Calédonie, le contrôle a été étendu à l'erreur manifeste d'appréciation ⁽³⁰⁾.

Lors de la troisième application (émeutes dans les banlieues de 2005), le juge administratif procède à un contrôle normal de l'adéquation. Il vérifie que les mesures prévues par le décret portant application de l'état d'urgence sont légalement justifiées par les troubles à l'ordre public constatés ⁽³¹⁾. Mais le contrôle reste restreint pour les mesures individuelles d'application.

Lors de la quatrième application (menace terroriste 2015-2017), le contrôle devient « entier » dans un premier temps.

Je ne prendrais comme illustration que les assignations à résidence qui portent atteinte à la liberté d'aller et venir ⁽³²⁾. A leur sujet, le Conseil d'Etat juge ceci : *«Il appartient au juge des référés de s'assurer, en l'état de l'instruction devant lui, que l'autorité administrative, opérant la conciliation nécessaire entre le respect des libertés et la sauvegarde de l'ordre public, n'a pas porté d'atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale, que ce soit dans son appréciation de la menace que constitue le comportement de l'intéressé, compte tenu de la situation ayant conduit à la déclaration de l'état d'urgence, ou dans la détermination des modalités de l'assignation à résidence »* ⁽³³⁾.

Le même arrêt renvoie une QPC au Conseil constitutionnel. Celui-ci, par sa décision 2015-527 QPC du 22 décembre 2015 juge, par une réserve d'interprétation, *« que tant la mesure d'assignation à résidence que sa durée, ses conditions d'application et les obligations complémentaires dont elle peut être assortie doivent être justifiées et proportionnées aux raisons ayant motivé la mesure dans les circonstances particulières ayant conduit à la déclaration de l'état d'urgence ; que le juge administratif est chargé de s'assurer que cette mesure est adaptée, nécessaire et proportionnée à la finalité qu'elle poursuit »*.

Il demande donc au juge administratif d'effectuer le triple contrôle de proportionnalité, ce que le juge administratif va immédiatement faire.

Le même scénario va se dérouler pour les perquisitions administratives.

2. En dehors de l'état d'urgence

C'est la loi du 30 octobre 2017 renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme qui va illustrer mon propos.

Cette loi a été adoptée pour sortir de l'état d'urgence tout en transposant dans le droit commun les principaux dispositifs de l'état d'urgence, avec toutefois des limites (le dispositif est applicable jusqu'au 31 décembre 2020) et des garanties supplémentaires (en particulier, le contrôle du Parlement).

Elle institue quatre prérogatives de police administrative :

- 1°) la création de périmètres de protection autour de lieux exposés à des risques d'actes terroristes ;
- 2°) la fermeture temporaire de lieux de culte ;
- 3°) l'édiction de mesures individuelles de restriction de circulation et de contrôle géographique (ce qui correspond aux assignations à résidence) ;
- 4°) la visite de lieux et la saisie de documents, objets ou données (ce qui correspond aux perquisitions).

Ces mesures ne peuvent être décidées que dans le but de prévenir la commission d'actes de terrorisme.

**Mesures de police administrative prises dans le cadre des articles 1er à 4 de la loi n° 2017-1510 du 30 octobre 2017
renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme**

(Source : Ministère de l'intérieur)

au 19 octobre 2018

| | TOTAL | Périmètres de protection | Fermetures de lieux de culte | Mesures individuelles de contrôle administratif et de surveillance | Visites et saisies | |
|---------------------------------|-------|--------------------------------|------------------------------------|---|--------------------|---------|
| | | | | | Visites | Saisies |
| CUMUL depuis le 1/11/2017 | 356 | 175 | 5 | 70 | 67 | 39 |

L'institution de périmètres de protection n'a donné lieu à aucun contentieux devant le juge administratif. Il en est de même des visites et saisies qui relèvent du juge des libertés et de la détention.

Des référés libertés, en revanche, ont été introduits contre des mesures de contrôle et de surveillance et contre des fermetures de lieux de culte.

S'agissant des lieux de culte, leur fermeture est prononcée par le préfet, par arrêté motivé, à l'issue d'une procédure contradictoire. Elle peut intervenir lorsque les propos qui sont tenus, les idées ou théories qui sont diffusées ou les activités qui s'y déroulent provoquent à la violence, à la haine ou à la discrimination, provoquent à la commission d'actes de terrorisme ou font l'apologie de tels actes. Elle « *doit être proportionnée aux circonstances qui l'ont motivée* ». Sa durée ne peut excéder six mois.

L'arrêté de fermeture est assorti d'un délai d'exécution qui ne peut être inférieur à quarante-huit heures, à l'expiration duquel la mesure peut faire l'objet d'une exécution d'office. Ce délai permet de saisir le juge des référés.

Cette mesure de police a donné lieu également à un dialogue entre le Conseil d'Etat et le Conseil constitutionnel. Le Conseil d'Etat a renvoyé une QPC sur plusieurs dispositions de la loi du 30 octobre 2017, dont celle sur l'article L. 227-1 du code de la sécurité intérieure permettant la fermeture des lieux de culte ⁽³⁴⁾.

Le Conseil constitutionnel a déclaré cet article conforme à la Constitution après avoir indiqué que « *le juge administratif est chargé de s'assurer que cette mesure est adaptée, nécessaire et proportionnée à la finalité qu'elle poursuit* » ⁽³⁵⁾.

Peu de fermetures ont été décidées. On relève toutefois trois ordonnances du juge du référé-liberté du Conseil d'Etat ⁽³⁶⁾. Je signale que, dans ce type de contentieux, le juge des référés statue de façon collégiale avec trois juges en application de l'article L. 511-2 du code de justice administrative : « *Lorsque la nature de l'affaire le justifie, le président du tribunal administratif ou de la cour administrative d'appel ou, au Conseil d'Etat, le président de la section du contentieux peut décider qu'elle sera jugée, dans les conditions prévues au présent livre, par une formation composée de trois juges des référés, sans préjudice du renvoi de l'affaire à une autre formation de jugement dans les conditions de droit commun.* »

La lecture des ordonnances montrent que, dans ces affaires, le contrôle de la matérialité des faits est important et que le juge ne procède pas de façon expresse au triple contrôle de proportionnalité comme le lui demande le Conseil constitutionnel. Cela peut s'expliquer par le fait qu'il se prononce dans le cadre du référé-liberté prévu par l'article L. 521-1 du code de justice administrative : « *Saisi d'une demande en ce sens justifiée par l'urgence, le juge des référés peut ordonner toutes mesures nécessaires à la sauvegarde d'une liberté fondamentale à laquelle une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public aurait porté, dans l'exercice d'un de ses pouvoirs, une atteinte grave et manifestement illégale. Le juge des référés se prononce dans un délai de quarante-huit heures.* »

⁽¹⁾Mélanges en l'honneur de Geneviève Giudicelli-Delage, Dalloz, 2016, p. 323.

⁽²⁾Articles 104 et suivants.

⁽³⁾Article 112 du code de l'instruction criminelle, tel que modifié par l'article 2 de la loi du 7 février 1933 qui interdisait d'élever le conflit d'attributions et déclarait les tribunaux judiciaires « toujours exclusivement compétents dans toute instance fondée sur des faits qui seraient constitutifs » – pour résumer – d'atteintes à la liberté individuelle. Cf. également l'article 136 du code de procédure pénale aux termes duquel « *les tribunaux de l'ordre judiciaire sont toujours exclusivement compétents (...) dans tous les cas d'atteinte à la liberté individuelle* ».

⁽⁴⁾Cité par Paul-Maxence Murgue-Varochier dans sa thèse « Le critère organique en droit administratif français », LGDJ, Coll. Thèses, p. 323.

⁽⁵⁾Arrêt qui a disparu du GAJA mais qui vise les lois des 16-24 août 1790, 16 fructidor an et 7 février 1933.

⁽⁶⁾Section, 11 février 1972, n° 80321-80322, Société d'agglomérés et de moulages et sieur Orfila, écartant la compétence du juge administratif pour les conséquences dommageables d'une perquisition sans qu'il soit besoin de se demander si celle-ci relevait de la police administrative ou de la police judiciaire.

⁽⁷⁾Bertrand Louvel, L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle ou des libertés individuelles ? (02.02.16), Réflexion à l'occasion de la rencontre annuelle des premiers présidents de cour d'appel et de la Cour de cassation (sur le site de la Cour de cassation).

⁽⁸⁾Membre du Conseil constitutionnel de 1965 à 1974, donc à l'époque de la décision Liberté d'association du 16 juillet 1971.

⁽⁹⁾François Luchaire, *Observations sur l'avant-projet de Constitution du 29 juillet 1958* in Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958, Paris, La documentation française, 1987, vol. I, p. 537 (cité par Rémi Keller dans son intervention consacrée à « La mission constitutionnelle de l'autorité judiciaire » lors du colloque organisé au Sénat le 26 mai 2016.

⁽¹⁰⁾Décision n° 88-244 DC du 21 juillet 1988 sur la loi portant amnistie où il est jugé qu'une disposition prévoyant la réintégration des « dix de Renault » est contraire à « *la liberté personnelle de l'employeur et des salariés de l'entreprise en leur imposant la fréquentation, sur les lieux de travail, des auteurs d'actes dont ils ont été victimes* ».

⁽¹¹⁾ Décision n° 91-294 DC du 25 juillet 1991, cons. 49.

⁽¹²⁾Décision n° 93-323 DC du 5 août 1993, Loi relative aux contrôles et vérifications d'identité. Cf. aussi la décision n° 89-257 DC du 25 juillet 1989 sur la prévention du licenciement économique, qui juge que « *les modalités de mise en œuvre des prérogatives reconnues aux organisations syndicales doivent respecter la liberté personnelle du salarié qui, comme la liberté syndicale, a valeur constitutionnelle* ».

⁽¹³⁾Décision n° 93-325 DC du 13 août 1993, Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France.

⁽¹⁴⁾Bruno Genevois, Un statut constitutionnel pour les étrangers, A propos de la décision du Conseil constitutionnel n° 93-325 DC du 13 août 1993, RFDA 1993 p. 871.

⁽¹⁵⁾Décisions n° 94-352 DC du 18 janvier 1995, cons. 3 ; n° 94-352 DC du 18 janvier 1995, cons. 3 à propos du droit au respect de la vie privée ; n° 97-389 DC cons. 5 à propos des fichiers.

⁽¹⁶⁾n° 99-416 DC du 23 juillet 1999, cons. 45, Rec. p. 100.

⁽¹⁷⁾N° 99-411 DC du 16 juin 1999, cons. 2 et 20, Rec. p. 75

⁽¹⁸⁾Décision n° 2018-770 DC du 6 septembre 2018, Loi pour une immigration maîtrisée, un droit d'asile effectif et une intégration réussie, § 87.

⁽¹⁹⁾Décision n° 2016-557 QPC du 29 juillet 2016, M. Bruno B. [Prononcé du divorce subordonné à la constitution d'une garantie par l'époux débiteur d'une prestation compensatoire en capital], § 5.

⁽²⁰⁾Décision n° 88-244 DC du 20 juillet 1988, Loi portant amnistie, cons. 22.

⁽²¹⁾Décision n° 2018-770 DC du 6 septembre 2018, § 87.

⁽²²⁾Concl. Delvolvé sur CE, sect., 11 mai 1951, Cts Baud.

⁽²³⁾Décision, n° 2015-713 DC du 23 juillet 2015, Loi relative au renseignement, cons. 9.

⁽²⁴⁾Décision n° 82-155 DC, cons. 33.

⁽²⁵⁾Décision n° 2011-631 DC du 9 juin 2011, cons...

⁽²⁶⁾Arrêt du 21 février 1984, Oztürk c/ Allemagne.

⁽²⁷⁾Décision 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 : « *les atteintes portées à l'exercice de ces libertés doivent être adaptées, nécessaires et proportionnées à l'objectif de prévention poursuivi* ».

⁽²⁸⁾Juge des référés, 26 août 2016, n° 402742 402777, Ligue des droits de l'homme et autres ; 26 septembre 2016, n° 403578, Association de défense des droits de l'homme - Collectif contre l'islamophobie en France.

⁽²⁹⁾CE, assemblée, 16 décembre 1955, Bourokba, p. 590.

⁽³⁰⁾CE, 25 juillet 1985, Dagostini, p. 226.

⁽³¹⁾CE, assemblée, 24 mars 2006, n° 286834 278218, Rolin et Boisvert.

⁽³²⁾Le Conseil constitutionnel juge qu'elles sont des atteintes à la liberté individuelle au-delà de 12 heures par jour en s'inspirant de la jurisprudence de la CEDH (CEDH, 6 novembre 1980, n° 76367/76, Guzzardi c/ Italie ; 20 avril 2010, n° 19675/06, Villa c/ Italie).

⁽³³⁾CE, section, 11 décembre 2015, n° 395009, M. Cédric Domenjoud.

⁽³⁴⁾CE, 28 décembre 2017, n° 415434, M. Ben Fredj.

⁽³⁵⁾Décision n° 2017-695 QPC du 29 mars 2018, M. Rouchdi B. et autre [Mesures administratives de lutte contre le terrorisme], § 41.

⁽³⁶⁾Ordonnance du 31 janvier 2018, n° 417332, Association des musulmans du boulevard National ; ordonnance du 11 janvier 2018, n° 416398, Association « Communauté musulmane de la cité des Indes » ; ordonnance du 22 novembre 2018, n° 416398, Association « Centre Zahra France ».

Techniques de contrôle et frontières : aspects de Droit international privé (à paraître)

J. Heymann

*Professeur de droit privé
Université Lumière Lyon 2*

Techniques de contrôle et questions de société

J.-P. Marguénaud

Professeur de droit privé

Université de Limoges

Membre de l'Institut de droit européen des droits de l'homme (IDEDH)

Université de Montpellier

Après avoir tiré les conclusions générales des deux premières éditions des Transversales de Lyon II, j'avais répondu à l'invitation de Valérie Goesel-Le Bihan et de Jeremy Heymann avec tellement d'enthousiasme que je me suis exposé au désagrément et à l'inélégance de parler avant dernier après n'avoir entendu personne, cette fois. Mes remerciements d'avoir été à nouveau convié sont donc entrecoupés d'excuses envers les organisateurs, les collègues qui ont dû partir avant que je ne puisse arriver et le rapporteur final Jean-Sylvestre Bergé qui aura appris au tout dernier moment ce que j'avais à dire.

Les conditions un peu acrobatiques de mon intervention ont, en effet, conduit à en modifier un peu le sujet pour limiter les redondances avec les interventions que je savais ne pas pouvoir entendre et réduire le risque de faire rire à mes dépens en répétant ce que d'autres venaient de dire ou en contredisant lourdement ce qu'ils venaient d'affirmer avec raffinement. S'engager après Frédéric Sudre sur le terrain de la CEDH qui est celui où je pouvais évoluer est, d'ailleurs, déjà très périlleux: le faire immédiatement après lui sans l'avoir entendu eût été suicidaire. Heureusement, grâce à une amicale complicité de 25 ans, il a eu l'amabilité de m'adresser avec assez d'avance son intervention qui elle, était déjà prête à être publiée un mois avant la date du colloque. J'ai donc pu m'adapter et choisir avec l'accord de Valérie Goesel-Le Bihan et le secours des travaux de l'un de ses anciens doctorants, Luc Gidon, le thème des questions de société et des questions équivalentes aux questions de société. Je dois donc de chaleureux remerciements à ces trois éclaireurs.

Dans un colloque qui s'interroge sur la garantie des libertés et les techniques de contrôle par le juge, les questions de société et les questions équivalentes aux questions de société sont passionnantes car elles semblent prédestinées à déterminer jusqu'à quel point les techniques de contrôle des atteintes aux droits fondamentaux ne peuvent pas aller trop loin. En cas de dépassement de ce point, on voit se profiler la sanction implacable qui plane et qui peut le transformer en point de non-retour : le rejet par le pouvoir politique et par le peuple dont il procède des techniques de contrôle sinon des droits fondamentaux eux-mêmes. Cette menace n'est pas virtuelle : tel un astéroïde que ni les astronomes ni les astrologues n'avaient vu venir, elle s'est dangereusement rapprochée de Lyon le 25 novembre 2018. Ce jour-là, s'est en effet déroulé à une ou deux centaines de kilomètres de la ville des lumières, en Suisse, un événement majeur dont la communauté des juristes français spécialistes des droits fondamentaux s'est à peine tenue informée : la votation n° 624, provoquée par l'Union Démocratique du Centre (UDC), parti très à droite malgré sa dénomination, sur « l'initiative pour l'autodétermination » dite aussi « le droit suisse au lieu des juges étrangers » qui visait à consacrer la primauté du droit national sur les décisions des juges européens ; lesquels ne pouvaient guère être que ceux de Strasbourg puisque la Suisse n'est pas membre de l'Union européenne. Le résultat définitif est catégorique : le non l'a emporté dans tous les cantons à la majorité de 66,2 % avec un taux de participation de 47,7 % (résultats publiés sur le site de la Chancellerie fédérale le 26 novembre 2018). Dans le contexte pré-insurrectionnel qui embrasait déjà la France à la date de cette votation, son résultat est passé à peu près inaperçu et, le jour du colloque de Lyon 15 jours plus tard, rares, très rares étaient les participants qui en avaient entendu parler. Il n'y a évidemment aucun risque à prendre le pari rétrospectif que si au même moment la réponse à cette même question avait été oui à 51% avec une participation de 30%, l'information aurait eu un écho assourdissant qui aurait probablement servi de fil rouge aux communications transversales.

Ce résultat inspire deux rapides commentaires préliminaires.

Le premier est à l'intention de celles et ceux qui critiquent systématiquement les arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme au nom de la souveraineté nationale et populaire : ils ne sont pas à l'abri de cinquantaines de désillusions lorsque le peuple lui-même, dont ils se proclament les lucides interprètes sans en avoir reçu le moindre mandat, se prononce vraiment et directement sur la pertinence d'un contrôle international garantissant les libertés et les droits fondamentaux.

Bien entendu, la réponse particulièrement étonnante qui s'est dégagée de la votation suisse du 25 novembre 2018 ne permet absolument pas d'augurer qu'un referendum d'initiative éventuellement citoyenne organisé en France sur le même sujet se conclurait de la même façon. Il n'en reste pas moins qu'elle aura contribué à balayer brutalement de fausses évidences.

Le second est en rapport direct avec le thème de la présente contribution. Quoique l'on en dise, la Cour de Strasbourg sait se tenir suffisamment à distance des questions de société et des questions équivalentes pour éviter de braquer le peuple contre elle. Qui pourra jamais savoir si le résultat de la votation du 25 novembre 2018 n'aurait

pas été inversé si d'aventure, elle n'avait pas, pour des raisons procédurales assez emberlificotées, déclarées irrecevables les requêtes dirigées contre l'interdiction de la construction de nouveaux minarets approuvée à 57 % par la votation du 29 novembre 2009 (Cf. les décisions Ouardi et Ligue des Musulmans de Suisse et autres c/ Suisse du 8 juillet 2011 déniaient la qualité de victimes des requérants dans deux affaires portant respectivement les numéros 65840/09 et 66274/09) qui est sans doute la question de société la plus épineuse débattue en Suisse au cours des 30 dernières années. En tout cas la France a bénéficié, comme la Suisse et beaucoup d'autres États membres du Conseil de l'Europe, d'une prudente réserve strasbourgeoise à l'égard des questions de société (I). Salubre pour les uns, scandaleux pour les autres, ce traitement, on le remarque depuis quelques mois, est cependant en passe d'être ponctuellement abandonné à cause pour les uns, grâce pour les autres, à une nouvelle approche (II).

I. L'approche traditionnellement réservée des questions de société et des questions équivalentes aux questions de société

Cette réserve ne se manifeste pas seulement du point de vue du contrôle de conventionnalité que je devrais privilégier par la force des choses et la faiblesse des compétences transversales (B) : d'autres l'ont déjà signalée sur le terrain du contrôle de constitutionnalité (A).

A. L'approche réservée du Conseil constitutionnel

Je renverrai ici à l'excellent travail de Luc Gidon sur « les droits fondamentaux et les questions de société dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel » ⁽¹⁾ que je remercie Valérie Goesel-Le Bihan de m'avoir fait connaître.

Le jeune et prometteur doctorant a relevé que l'expression « question de société » a été utilisée dans une dizaine de commentaires autorisés de décisions du Conseil constitutionnel à propos de l'avortement, de la bioéthique, de l'égalité en droit de la famille, de l'identification par des empreintes génétiques, du prélèvement et de la conservation des cellules. Il estime aussi que le Conseil aurait pu ou dû l'employer aussi à propos du préjudice de vie à l'occasion de l'examen de la loi dite « anti-Perruche » par sa décision n° 2010-2 QPC du 11 juin 2010 ou de la dissimulation du visage dans l'espace public dans sa décision n° 2010-613 DC du 7 octobre 2010.

Il a surtout noté que les techniques de contrôle du Conseil sur les questions de société sont révélatrices d'une posture. Une posture traduisant une approche réservée ne se manifestant pas, comme cela arrive en certains domaines tels que celui des lois référendaires, par un refus de contrôler les textes soumis à son examen mais par la reconnaissance « d'un îlot réservé à la seule appréciation du législateur » suivant une formule empruntée à Valérie Goesel-Le Bihan. Le Conseil constitutionnel n'est pas le seul à observer une telle prudence.

B. L'approche réservée de la Cour européenne des droits de l'homme

Ici, des éléments de la communication de Frédéric Sudre seront mobilisés aux côtés de données fournies par le juge à la Cour européenne des droits de l'homme Paulo Pinto de Albuquerque. Dans une de ses longues opinions séparées dont il a le secret, celle jointe à l'arrêt de Grande chambre Correia de Matos c/ Portugal du 4 avril 2018 (req. n° 56402/12), le juge portugais identifie dans la jurisprudence de la Cour une série de « questions morales ou éthiques délicates » ou de « questions de société » sur lesquelles de profondes divergences d'opinion peuvent raisonnablement régner dans un État démocratique : obscénité, blasphème, adoption par les homosexuels, langue nationale, port du voile ou des symboles religieux dans les lieux publics, mariage, chasse, avortement, procréation assistée et inceste. Cette liste, recoupant celle du Conseil constitutionnel en y ajoutant quelques items un peu surprenants, devrait sûrement comprendre d'autres questions suscitant aussi de fortes divergences d'opinions comme la fin de vie qui a donné lieu aux célèbres arrêts Pretty et Lambert. Le plus important c'est qu'elles donnent également lieu à une approche réservée de la Cour de Strasbourg. Elle les soumet, en effet, à ce que le juge Pinto de Albuquerque nomme « l'argument de l'autorité la mieux placée » qui est le signe de la reconnaissance d'une large marge d'appréciation appelant un rôle privilégié du décideur national qui est souvent le législateur déjà constitutionnellement bénéficiaire en France d'un « îlot de non-contrôle ».

Il reste à découvrir comment se traduit ce relâchement du contrôle européen des atteintes aux droits et libertés fondamentales que le traitement de ces questions de société peut entraîner. Ce qui frappe c'est que le repli n'est pas toujours organisé avec méthode. Deux arrêts, tellement connus qu'ils peuvent presque passer pour les deux arrêts emblématiques de l'approche réservée de la Cour de Strasbourg quand elle est confrontée aux questions de société, en témoignent :

Le premier est l'arrêt de Grande chambre A, B et C c/ Irlande du 16 décembre 2010 (n°25579/05). Chacun sait que, à la confortable majorité de 11 voix contre 6, la Cour a estimé que deux des trois requérantes qui l'avaient

saisie n'avaient pas été victimes d'une violation de leur droit au respect de la vie privée parce que l'interdiction de pratiquer l'IVG sur le territoire irlandais les avaient forcées à entreprendre, au grand péril de complications post-chirurgicales, un voyage éclair en Angleterre. Beaucoup ont relevé que, pour neutraliser le consensus européen quasi unanime en faveur de la légalisation de l'avortement même en l'absence de raisons médicales, la Cour qui a accordé une grande importance au fait qu'il n'était plus interdit aux femmes enceintes d'Irlande d'aller subir l'IVG à l'étranger, s'est également appuyée avec force sur « les idées morales profondes du peuple irlandais concernant la nature de la vie et la protection à accorder en conséquence au droit à la vie de l'enfant à naître ». Ce qui a peut-être été moins remarqué, en revanche, c'est que la Cour fait aussi état de ce que la disposition constitutionnelle à l'origine de l'ingérence dans la vie privée des femmes irlandaises souhaitant avorter avait été adoptée par référendum à une forte majorité en 1983. On voit donc se préciser une idée extrêmement troublante déjà entrevue à travers la votation de 2009 sur la construction de minarets en Suisse : lorsque le peuple souverain s'est directement exprimé sur une question de société, il n'y a plus de contrôle par le juge des atteintes aux libertés et aux droits fondamentaux qui tiennent et il n'y a plus à s'interroger sur les techniques de contrôle qu'il utilise ou qu'il pourrait utiliser.

Le second est l'arrêt de Grande chambre S.A.S c/ France du 1er juillet 2014 (n° 43835/11). Accueilli avec un vif soulagement par les promoteurs de la loi du 11 octobre 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public, il a pourtant dénoncé avec une particulière sévérité le manque de légitimité de la plupart des motifs qu'ils avaient invoqués pour la justifier et notamment la sûreté et la sécurité publiques. On sait que la Cour a réussi le sauvetage conventionnel de la loi de 2010 en rattachant la préservation des conditions du nébuleux « vivre ensemble » à l'objectif légitime de protection des droits et libertés d'autrui. Cependant, comme elle ne croyait peut-être pas elle-même à la rigueur de sa démonstration, la Cour a pris soin de relever que « la question de l'acceptation ou non du port du voile intégral dans l'espace public constitue un choix de société » face auquel elle se doit de faire preuve de réserve (nous soulignons) dans l'exercice du contrôle de conventionnalité dès lors qu'il la conduit à évaluer un arbitrage effectué selon des modalités démocratiques au sein de la société en cause ». Ces deux exemples tendraient à accréditer l'idée suivant laquelle, en matière de questions de société, l'élargissement de la marge nationale d'appréciation est si considérable que, en définitive, les législateurs nationaux, parce qu'ils sont « les mieux placés », ont carte blanche et peuvent procéder, sans contrôle féérique, à toute restriction des libertés et des droits fondamentaux que leur dictent les éléments les plus radicaux de l'électorat. Selon le juge Pinto de Albuquerque, tel ne serait pas tout à fait le cas, même si le minimalisme que la Cour observe en ces matières sociétales lui semble faire courir un grave danger d'agnosticisme sur le plan des principes et des valeurs et d'abandon de toute responsabilité judiciaire. Il est vrai que la Cour vérifie encore si l'autorité nationale la mieux placée a fait bon usage du principe de proportionnalité pour résoudre la question de société dont elle s'est emparée. Il arrive cependant que ce contrôle de proportionnalité soit complètement mis de côté pour laisser les coudées plus franches au décideur national. L'arrêt de Grande chambre Evans c/ Royaume-Uni du 10 avril 2007 (n° 6339/05) validant la soumission du sort des embryons in vitro à la volonté intransigeante de l'un des deux partenaires de ne pas les conserver et, en matière de mariage, l'arrêt, également évoqué par Frédéric Sudre, Delecqle c/ France du 25 octobre 2018 (n° 37646/13) admettant que la loi puisse subordonner le mariage du curatelaire à l'autorisation du curateur ou du juge des tutelles constituent deux illustrations de ce cas de figure original. S'agissant, d'une manière plus générale des questions de société qui relèvent du domaine de la bioéthique, on sait aussi que le consensus européen dont l'existence est censée réduire la marge d'appréciation et le rôle du décideur national est neutralisé parce que, comme l'a notamment relevé l'arrêt de Grande chambre S.H c/ Autriche du 3 novembre 2011 (n° 57813/00) relatif à la procréation médicalement assistée avec tiers donneur, il tient davantage à un stade d'évolution d'une branche du droit particulièrement dynamique qu'à des principes juridiques établis de longue date dans les ordres juridiques des États membres. Autrement dit, lorsque les questions évoluent sous l'influence de la recherche scientifique et médicale, le consensus européen ne peut pas être suffisamment « vintage » pour pouvoir brider le décideur national.

En revanche, la liberté des États membres de résoudre des questions de société sans se soucier des atteintes qu'ils portent aux droits fondamentaux a vocation à se réduire face à l'intérêt supérieur de l'enfant comme ont permis de s'en rendre compte *ad nauseam* les arrêts Mennesson (n° 65192/11) et Labassée (n° 65941/11) du 26 juin 2014 relatifs à la transcription en France de l'acte de naissance d'enfants nés à l'étranger par le relais de gestations pour autrui. Le principe de non-discrimination affirmé par l'article 14 de la CEDH peut aussi, par combinaison avec l'article 8, redonner quelque vigueur au contrôle exercé par la Cour de Strasbourg sur la solution apportée par les États à des questions de société relevant du droit de la famille. Tel est particulièrement le cas de l'adoption par les homosexuels comme en atteste l'arrêt de Grande chambre E.B. c/ France du 22 janvier 2008 (n° 43546/02). Il faut cependant tenir compte de ce que, particulièrement en matière familiale, le principe de non-discrimination peut lui-même être contrecarré lorsque les situations traitées de manière différente ne sont pas jugées comparables : les nouvelles conjugalités qui, dans la mesure où elles ne concernent pas que deux personnes de sexe opposé, peuvent être considérées comme des réponses à une question de société sont particulièrement propices à l'observation de ce phénomène (cf. l'arrêt de Grande chambre Burden c/ Royaume-Uni du 28 avril 2008 - n° 13378/05 - justifiant le refus de laisser deux sœurs conclure un partenariat civil).

Comme on le voit, l'approche traditionnelle des questions de société conduit donc la Cour européenne des droits de l'homme, sauf lorsque l'intérêt de l'enfant et dans une certaine mesure le principe de non-discrimination sont en jeu, à laisser les États les résoudre comme ils l'entendent en fonction du contexte politique, économique, culturel et social qu'ils connaissent mieux qu'elle. Peut-être cependant les temps sont-ils en train de changer, en tous cas aux yeux de la Cour de Strasbourg.

II. La nouvelle approche des questions de société et des questions équivalentes aux questions de société

Deux événements récents amplifiant l'un et l'autre le dialogue des juges permettent d'entrevoir une nouvelle approche des questions de société : l'entrée en vigueur du Protocole n° 16 (A) et les liens inédits établis par la Cour européenne des droits de l'homme entre le principe de subsidiarité et le principe de proportionnalité (B).

A. L'entrée en vigueur du Protocole additionnel

Signé à Strasbourg le 2 octobre 2013, le Protocole n° 16 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, permettant aux plus hautes juridictions d'un État soumis à la juridiction de la Cour européenne des droits de l'Homme de lui adresser, dans le cadre d'une affaire pendante, des demandes d'avis consultatifs sur des questions de principe relatives à l'interprétation ou l'application des droits et libertés définis par la Convention ou ses Protocoles, est entré en vigueur le 1er août 2018 grâce à la 10ème ratification nécessaire pour enclencher le compte à rebours de mise en œuvre que la France a eu à cœur d'apporter le 12 avril 2018. Il est déjà d'une brûlante actualité puisque, dès le 5 octobre 2018, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation, appelée à se prononcer dans l'affaire *Menesson* (précitée) au titre de la nouvelle procédure de réexamen en matière d'état civil instituée par la loi du 18 novembre 2018 sur la modernisation de la justice au XXIème siècle, a adressé à la Cour européenne des droits de l'homme une première demande d'avis consultatif que le collège de 5 juges de la Grande chambre s'est empressé de déclarer recevable le 3 décembre 2018 à l'avant-veille du Colloque de Valérie Goesel-Le Bihan et Jeremy Heyman pour mieux souligner leur perspicacité. La demande porte sur la plus épineuse des questions auxquelles la société française se trouve confrontée puisqu'elle concerne les points de savoir si, en fonction des constats de violation de l'article 8 de la CEDH dressés par l'arrêt du 26 juin 2014 précité, la transcription des actes de naissance des jumelles nées en Californie à la suite d'une GPA devait valoir aussi à l'égard de la mère d'intention et, dans l'affirmative, si l'adoption de l'enfant du conjoint, à la fois père d'intention et père biologique suffirait.

Il est déjà très intéressant de constater que cette procédure destinée à renforcer l'interaction entre la Cour européenne et les autorités nationales a très vite rencontré, du moins du côté du Quai de l'Horloge, un écho favorable. Il est passionnant du point de vue de l'émergence d'une nouvelle approche des questions de société de découvrir dans le rapport de Mme la Conseillère Agnès Martinel, l'esprit dans lequel la Cour de cassation semble vouloir se servir du nouvel outil. Il est essentiel de la citer : « La procédure du protocole n° 16 ne pourrait-elle pas ainsi donner l'occasion de créer les conditions d'une réflexion mutuelle et interactive entre la Cour de cassation et la Cour européenne des droits de l'homme sur un sujet sensible à résonance éthique très forte dans un contexte d'une évolution sociétale qui nous échappe et qui porte en elle des exigences de plus en plus délicates ? ». Une autre perspective d'établissement, grâce à l'intensification de l'interaction du juge européen et du juge national, d'un contrôle des atteintes aux droits de l'Homme que les réponses aux questions de société pourraient provoquer, vient de se dévoiler.

B. L'articulation de la subsidiarité et du contrôle de proportionnalité

Une autre question de société d'une passionnelle actualité a aussi contribué à dessiner les perspectives d'une nouvelle approche : c'est celle de l'accès à la procréation médicalement assistée des couples d'homosexuelles mariées. Elle l'a fait par le relais de la décision *Charron et Merle-Montet c/ France* du 16 janvier 2018 (n° 22612/15) qui a déclaré irrecevables pour une raison inattendue et stimulante les requêtes de deux épouses se disant victimes d'une violation du droit au respect de leur vie privée et d'une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle parce que le CHU de Toulouse leur avait refusé une procréation médicalement assistée par insémination de l'une d'entre elles ou fécondation in vitro.

Ce refus était fondé sur la loi dite bioéthique du 7 juillet 2011 qui n'accorde l'accès à la procréation médicalement assistée qu'à « la femme et l'homme formant le couple ». Comme une décision du Conseil constitutionnel 2013-669 DC du 17 mai 2013 avait déjà jugé que ni le principe d'égalité ni l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi n'imposaient la modification de la loi bioéthique pour accorder le droit d'accès à la PMA aux couples de personnes de même sexe à qui la loi de ce même 17 mai 2013 allait reconnaître

le droit de se marier et de fonder une famille adoptive, les épouses s'étaient dit que les jeux étaient déjà faits et elles avaient directement saisi la Cour de Strasbourg. Or, celle-ci, au lieu de se réfugier derrière la marge d'appréciation particulièrement étendue reconnue au décideur national pour trancher les questions de société et juger sur le fond qu'aucun constat de violation de la Convention ne pouvait être dressé, a déclaré les requêtes irrecevables pour non épuisement des voies de recours internes. La justification de cette solution, nimbée de transversalité, est la suivante: « ...une mesure prise en application d'une loi dont la conformité aux dispositions constitutionnelles protectrices des droits fondamentaux est établie peut-être jugée incompatible avec ces mêmes droits tels qu'ils se trouvent garantis par la Convention à raison par exemple de son caractère disproportionné dans les circonstances de la cause », si bien que le recours en annulation pour excès de pouvoir de la décision du CHU de Toulouse que les requérantes avaient négligé d'introduire ne pouvait pas être considéré comme étant « de toute évidence voué à l'échec ». Se référant à une autre décision Dagregorio et Mosconi c/ France du 30 mai 2017 (n°65714/11) dans laquelle elle venait de s'appuyer sur une décision du Conseil constitutionnel n° 2010-25 QPC du 16 septembre 2010 qui avait formulé une réserve d'interprétation des articles 706-54 à 706-56 du Code de procédure pénale obligeant à contrôler la proportionnalité de l'appréciation de la durée de la conversation des données personnelles, les juges européens ont fait mine de croire qu'une réserve de cette nature est sous-entendue dans toute décision du juge constitutionnel français pour mieux imposer au juge national un contrôle de proportionnalité *in concreto* que mettent plus ou moins tranquillement en place, dans le tumulte que l'on sait, la Cour de cassation depuis l'arrêt de sa première chambre civile puis le Conseil d'État par son arrêt Gonzalez Gomez du 31 mai 2016 rendus dans des affaires relatives à des questions de société, le mariage incestueux pour l'une, la procréation *post mortem* pour l'autre. Il faut souligner que cette irruption de la Cour de Strasbourg au cœur d'une controverse épique a été réalisée « eu égard à l'importance du principe de subsidiarité ». On voit dès lors sur quelles bases est censé se développer et s'intensifier le dialogue des juges : la Cour européenne des droits de l'homme, au nom du principe de subsidiarité, laisse le décideur national trancher les questions de société à condition qu'il réserve la mise en œuvre par le juge du contrôle de proportionnalité qu'elle a elle-même initié. Il s'agit bien là d'un élément supplémentaire d'une nouvelle approche qui, par une interaction renforcée entre le juge européen et le juge national - entité transversale comprenant toutes les hautes juridictions nationales, constitutionnelle et ordinaires - qui renforcerait ce que l'on pourrait nommer la justiciabilité des questions de société.

Quand on confronte l'approche traditionnelle marquée par le souci de plus en plus perceptible de ne jamais contredire le peuple souverain s'il venait à trancher directement des questions de société, et la nouvelle approche qui permettrait aux juges de mieux les affronter en conjuguant autrement leurs efforts, on se dit, par les temps qui courent, que le contrôle par le juge des atteintes aux libertés et aux droits fondamentaux va entrer dans une zone de fortes turbulences....

(1) Communication présentée à la Journée doctorale Droit-Philosophie *Les droits fondamentaux*, organisée par les facultés de droit et de philosophie de l'Université Lyon 3, 5 juin 2015, Non publié.

Rapport final

J.-S. Bergé

Professeur de droit privé - Nice-universités
Membre de l'Institut universitaire de France

Messieurs les conseillers, membres du Conseil constitutionnel,
Monsieur le premier président honoraire de la Cour de cassation,
Monsieur le premier président de Cour d'appel de Lyon,
Monsieur le président de Cour administrative d'appel de Lyon,
Monsieur l'avocat aux conseils (et collègue),
Mes chers collègues,
Mesdames, Messieurs,

Comme une minorité des intervenants à cette journée, je suis privatiste. Je dois également confesser que je n'ai jamais commenté une décision de justice, ni écrit de manière plus générale sur le thème qui nous réunit aujourd'hui *des techniques de contrôle utilisées par le juge en matière d'ingérences ou de restrictions apportées à des droits et libertés fondamentaux*.

Si j'ai été fort aimablement invité par les organisateurs de cette journée, les professeurs V. Goesel-Le Bihan et J. Heymann que je remercie, c'est sans doute en raison de mes travaux sur l'application du droit dans un contexte global. Et il est vrai que cette journée a été placée notamment sous le prisme de la comparaison entre les jurisprudences européennes et nationales. Mais disons-le d'emblée : l'examen des ressemblances et différences entre ces pratiques régionales et nationales du droit a été le plus souvent mené de manière incidente et l'essentiel du propos a effectivement porté sur la question des techniques de contrôle employées par le juge.

En tout état de cause, je vous promets de faire de mon mieux pour essayer de dégager les lignes forces de cette journée. Cela ne devrait pas poser *a priori* de difficultés particulières. Vos présentations rendent parfaitement compte de ce travail du juriste orfèvre qui s'attache à fabriquer *un monde sur mesure* ⁽¹⁾ s'agissant, en l'occurrence, de cas de violation d'un droit ou d'une liberté fondamentale(e).

Pour essayer d'en rendre compte, je présenterai successivement, selon une démarche progressive, quatre axes :

- *les maux* : *i. e.* les atteintes susceptibles d'être portées aux droits et libertés fondamentaux ;
- *les mots* : *i. e.* le vocabulaire utilisé pour contrôler ces atteintes ;
- *les points de jonction* : *i. e.* les différentes situations dans lesquelles le contrôle des atteintes aux droits et liberté s'opère ;
- *les points de fuite* : *i. e.* les faces cachées de ce contrôle qui, bien que parfaitement identifiables, sont rarement placées au centre de l'analyse juridique.

Les deux premières entrées sont communes à la plupart des interventions. Aussi, je ne chercherai pas à désigner tel ou tel orateur. Les deux dernières entrées portent sur des objets plus spécifiques, ce qui me permettra d'établir un lien avec les différentes interventions.

Les maux

Le thème de cette journée ne portait pas sur les atteintes aux droits et libertés fondamentaux mais sur les techniques de contrôle utilisées par le juge. Il est donc normal que les présentations n'aient pas cherché à déployer l'ensemble des possibilités et se soient attardées sur certaines d'entre elles seulement.

Quatre remarques permettent d'illustrer ce propos.

Tout d'abord, on observe que l'on a principalement parlé des ingérences publiques. 95% des cas envisagés aujourd'hui avaient pour origine une restriction par l'autorité publique des droits et libertés. Les ingérences privées, notamment dans les rapports horizontaux, ont été parfois évoquées mais de façon simplement marginale ou pour marquer leur spécificité par rapport aux atteintes publiques.

En revanche, la distinction classique entre les ingérences qui interviennent par des mesures négatives, c'est-à-

dire par des cas de violation pure et simple, et celles qui sont la conséquence du défaut de mesures positives, a été faite à de nombreuses reprises.

Par ailleurs, l'hypothèse des conflits entre les droits et libertés a été assez peu envisagée alors qu'il aurait pu être décidé, par exemple, d'en faire un point - sans doute spécifique - d'approche des techniques de contrôle.

Enfin, le spectre de la guerre des juges a été largement évacué. Plusieurs d'entre vous ont même cherché à dresser une généalogie entre les solutions européennes (CEDH pour l'essentiel) et nationales (allemande et française pour l'essentiel).

En somme, sur les maux, on a beaucoup parlé d'ingérence publique, à la fois dans son versant négatif et dans son versant positif, assez peu des conflits de droits et assez peu des conflits de juges.

Les mots

Le deuxième point de restitution porte sur le vocabulaire employé pour décrire les techniques de contrôle utilisées par les juges à propos des atteintes aux droits et libertés fondamentaux. Ce vocabulaire a trait, de manière encore un peu antécédente, aux droits et libertés et à leurs réserves. Il désigne, plus directement, les techniques de contrôle elles-mêmes. On les examinera tout à tour.

Il existe toute une série de distinctions à propos des droits et libertés et des réserves avec cette idée qu'une typologie en ces domaines est de nature à graduer l'intensité du contrôle exercé en cas de violation des droits. Les oppositions, parfaitement connues, entre les droits intangibles et ceux qui ne le sont pas, entre les droits de premier rang, de second rang et de rang intermédiaire ont été fréquemment mobilisées par les intervenants. De même, on a parlé des droits soumis à réserve et ceux qui ne le sont pas, et dans les droits soumis à réserve, on a distingué le régime de droit commun et le régime d'exception. Toutes ces distinctions ne sont pas centrales pour le thème de ce colloque. L'idée aujourd'hui n'était pas de partir des droits ou des réserves, mais bien des techniques de contrôle en cas de violation. Mais l'on comprend bien que leur nature ait une incidence directe sur le contrôle exercé par les juges.

Plus près des éléments de langage des techniques de contrôle proprement dits, on peut dire que l'approche savante de la pratique juridique que vous avez décryptée et présentée les uns les autres s'est organisée autour de trois principales entrées.

Une première entrée porte sur *le contrôle du but poursuivi* et, plus accessoirement sur *le détournement de pouvoir*. J'ai compris que l'on était ici en présence d'une analyse de type macro où l'objet du contrôle porte principalement sur les énoncés des ingérences et restrictions. Plusieurs orateurs ont souligné la rareté des hypothèses dans lesquels les juges constatent effectivement un défaut d'adéquation au but poursuivi ou un détournement de pouvoir. La principale explication de cet état des choses tient, me semble-t-il, au fort niveau d'éducation des acteurs. Pour restreindre un droit ou une liberté, on s'autorisait par le passé des formulations que l'on s'interdit aujourd'hui. Par exemple, on a pu écrire par le passé que, dans telle ou telle situation, le recours au juge n'était pas possible. Aujourd'hui, même si l'on cherche par différents moyens à compliquer l'accès au juge, on évite de recourir à pareille formulation.

La deuxième entrée, qui a été la plus travaillée, porte sur *le contrôle de proportionnalité et de l'atteinte à la substance des droits*. Là, j'ai compris que l'on était dans une approche du type micro avec une double recherche : les justes motifs et les bons équilibres. Les développements ont été particulièrement nourris. Les trois étapes du test ont été décortiquées : l'atteinte doit être adaptée, nécessaire, proportionnée. L'ordre des étapes a été discuté. Et la question importante a été soulevée de savoir si le contrôle de proportionnalité ne gagnerait pas en lisibilité à s'inscrire dans une recherche systématique sur l'existence ou non d'une atteinte à la substance des droits.

Est intervenue alors une troisième entrée, celle des *obligations positives*. Sur ce dernier point, j'ai compris qu'étaient en jeu l'effectivité des droits et leurs caractères suffisamment concrets. Les intervenants, bien rodés à l'exercice, puisque c'était leur troisième intervention, ont développé le point de manière particulièrement synthétique.

Sur tous ces aspects du contrôle exercé par le juge et s'agissant toujours des questions de vocabulaire, je voudrais conclure de manière quelque peu impressionniste, pointilliste devrais-je dire, sur différents éléments de langage qui se sont superposés aux trois entrées sus-décrites. Pêle-mêle, on trouve : la distinction entre la forme et le fond, l'approche nommée ou innommée, explicite ou implicite, concrète, abstraite ou structurelle, substantielle, procédurale ou globale, le contrôle approfondi, restreint ou allégé, etc.

Voilà pour ce qui est des mots.

Les points de jonction

Troisième temps, je voudrais en venir aux points de jonction, c'est-à-dire à l'ensemble des lieux ou des situations où la rencontre se fait entre les droits et libertés fondamentaux susceptibles d'avoir été violés et les techniques de contrôle exercé par le juge. Pour cela, je propose de décliner deux critères : le premier géographique et le second géométrique.

Commençons par la géographie qui nous permet d'observer que la question des techniques de contrôle se pose, le plus souvent, niveau par niveau et, plus exceptionnellement, dans une approche inter niveaux.

Pour l'approche niveau par niveau, on peut distinguer :

- l'approche dans différents Etats, principalement l'Allemagne (C. Grewe et T. Hochmann) et bien sûr la France (F. Melleray et C. Roux pour le juge administratif, V. Goesel-L Bihan pour le Conseil constitutionnel, D. Fenouillet et A. Bénabent pour le juge judiciaire) ;
- l'approche au niveau de l'Union européenne (H. Surrel) qui fonctionne comme un système auto référencé qui développe ses propres techniques de contrôle en cas d'atteintes portées par les institutions européennes aux droits et libertés.

Cette approche niveau par niveau a parfois été comprise de manière dynamique :

- l'approche française des rapports entre les différents ordres de juridictions sur cette question de l'exercice du contrôle des atteintes aux droits et libertés (R. Fraisse, L. Perdrix et R. Vanhasbrouck) ;
- l'approche très spécifique en droit international privé des rapports entre les différents juges et droits nationaux (J. Heymann).

L'approche inter niveaux a également été envisagée :

- l'exercice par le juge européen d'un contrôle des atteintes portées par les Etats parties aux droits et libertés fondamentaux ; la CrEDH occupe ici une place de premier plan (F. Sudre) et la CJUE joue un rôle qui lui est propre dans le domaine d'application du droit de l'UE (H. Surrel) ;
- de manière plus singulière, en droit international privé, pour ce que l'on a appelé les « conflits diagonaux », quand la logique du droit européen vient s'immiscer dans les rapports entre droits et juges nationaux (J. Heymann).

Côté géométrie, on peut rapidement relever que la plupart des interventions ont porté sur des rapports verticaux entre l'autorité publique et les administrés soumis à cette autorité. Des situations horizontales entre individus ont également été envisagées par différents orateurs (A. Bénabent, D. Fenouillet, J. Heymann, J.-P. Marguénaud, F. Sudre) mais dans une proportion moindre. Il faut bien le reconnaître, le sujet avait aujourd'hui principalement une dimension de droit public.

Sur tous ces aspects, on ne peut qu'être frappé par le fort impact exercé par le contexte de travail du juge sur la teneur des techniques de contrôle. Un contrôle *ex post* n'est pas un contrôle *ex ante* et réciproquement. Un contrôle exercé dans un contentieux objectif est évidemment différent de celui exercé dans un contentieux subjectif. Un contrôle à un seul niveau ou dans une relation inter niveaux n'a pas la même signification. Un contrôle mené dans un rapport vertical est différent de celui exercé dans un rapport horizontal. En dépit des efforts de systématisation des solutions et notamment du travail sur le vocabulaire que nous avons envisagé au point précédent, c'est une idée de pluralisme juridique qui domine. Ce pluralisme est conduit par une approche contextuelle des situations. Dans un environnement global, ce qui compte, ce n'est pas tant que le droit que l'on applique que le lieu où on l'applique !

Les points de fuite

Comme chacun sait, l'expression « points de fuite » désigne une technique de dessin qui permet de placer des points imaginaires dans le cadre et hors du cadre, de manière à permettre au dessinateur de tracer une perspective. Une fois l'opération faite, les points sont amenés à disparaître. Ils sont cachés.

Comment l'idée m'est-elle venue d'introduire ce quatrième axe ?

En vous écoutant ou en lisant vos pré-rapports, j'ai été tout de même très frappé par l'état assez important d'incertitude dans lequel baigne le contrôle par le juge des atteintes portées aux droits et libertés fondamentaux. Alors que le sujet est de la plus haute importance, que le niveau d'élaboration des constructions pour l'appréhender est extrêmement élevé, le constat a été fait par la plupart d'entre vous à un moment ou un autre que l'état de l'art ne livrait pas toujours des solutions claires ou satisfaisantes.

Voici quelques-unes des expressions que vous avez utilisées tout au long de la journée : « manque de rigueur »,

« fuyant », « flou », « pas de modélisation possible », « implicite », « non-dit intégral », « fluctuant », « incertain », « procède par le doute », « difficile à cerner », etc.

Face à cette série de constats, quelle attitude doit-on adopter ? J'en vois deux. La première consiste à mener une lutte acharnée contre toutes ces zones d'ombre avec l'ambition à terme de les faire disparaître toutes, une à une. Je crois que cette ambition est en partie vaine. Tous les espaces de discussion conquis seront nécessairement concurrencés par de nouveaux espaces. Des acteurs stratégiques s'évertueront toujours à déconstruire les certitudes et à laisser le doute se réinstaller ici ou là.

La seconde attitude, que je privilégierai dans ce dernier point de conclusion, consiste à accepter que la situation puisse nous échapper en partie. Il ne s'agit pas de faire des zones d'ombre un état général et satisfaisant de la situation. Mais il s'agit plutôt d'admettre que l'incertitude est consubstantielle à l'objet ici étudié : les techniques de contrôle des restrictions et ingérences apportées aux droits et libertés fondamentaux.

Partant de cette approche, je vous propose, après vous avoir écoutés, de retenir cinq points de fuite.

Le premier, sans doute le plus important, c'est la casuistique. Cela a été dit par de nombreux intervenants, il y a dans ce contrôle des limites apportées aux libertés, des situations qui échappent à toute modélisation abstraite et qui relèvent d'un traitement au cas par cas. Comme vous le savez, la casuistique est une école de pensées qui peut bien sûr nourrir une dogmatique. Mais une attention toujours très grande doit être portée à l'ensemble de ces éléments, que les juristes appellent souvent de manière sans doute un peu rapide des éléments de faits, qui sont à l'origine des solutions retenues alors même qu'ils n'ont pas fait l'objet d'un travail visible et assumé de qualification, catégorisation ou, plus généralement entendu, d'un traitement.

Le deuxième point de fuite fait écho à une communication (E. Picard) sur l'existence ou non de règles qui viendraient contrôler les règles qui encadrent les limites apportées aux libertés. Il a été montré que des monuments tel que le contrôle de constitutionnalité s'étaient construits hors de toute prévision et de tout cadre normatif et que ce n'était que dans un second temps qu'une organisation hiérarchisée et normée était venue les recevoir. La situation a un temps échappé au modèle et, même si elle a été rattrapée par ce dernier, il faut bien admettre l'état incertain des règles qui encadrent les règles sur les techniques de contrôle des droits et libertés.

Pour le troisième point de fuite, je ferai référence à la notion de « démocratie incertaine » qui a été présentée dans l'une des interventions (J. Arlettaz). On nous a expliqué en effet que plus le contrôle des limites apportées aux libertés était élevé, plus le juge se faisait juge de la liberté protégée spécialement à travers le prisme de son opportunité. Chemin faisant, c'est le modèle même de démocratie libérale qui sous-tend la liberté qui peut être remis en cause par une opération de contrôle des atteintes portées aux libertés. L'analyse est intéressante car elle traduit l'état profond d'incertitude dans lequel baigne l'exercice de contrôle et c'est important de l'avoir présent à l'esprit si l'on veut essayer d'éviter certaines dérives.

Le quatrième point de fuite fait écho à une présentation (J.-P. Marguénaud) sur la manière dont la CrEDH doit tenir à bonne distance les questions de société portées par certaines affaires, souvent les plus emblématiques, qui lui sont présentées. Mettre à distance ces choix de société, c'est rendre compte de l'état de profonde incertitude dans lequel baignent les constructions du droit à leur égard. Il vaut donc mieux éviter le piège de s'y laisser entraîner...

Le cinquième point de fuite, je reviens à mes origines, c'est le droit privé (contributions de D. Fenouillet et A. Bénabent). N'oublions pas que le droit civil est un droit général et qu'il peut offrir, notamment dans sa dimension historique, des ressources juridiques intéressantes, y compris pour des situations verticales qui relèvent principalement du droit public. Je ne donnerai qu'un exemple et non des moindres : la proportionnalité !

Je vous remercie.

⁽¹⁾P. Thévenin qui ouvre l'introduction de son travail de recherche (*Le monde sur mesure – Une archéologie juridique des faits*, éd. Garnier, 2017) sur cette observation : « ce livre voudrait faire comprendre la capacité du droit (...) à supporter la violation épisodique, par l'Etat, des droits fondamentaux des individus » (préc., p. 11).