

Fondée par
Marcel Waline
Professeur honoraire
à l'Université de droit,
d'économie et de sciences
sociales de Paris,
membre de l'Institut

BIBLIOTHÈQUE
DE DROIT
PUBLIC
TOME 179

Dirigée par
Georges Vedel
Doyen honoraire
de la Faculté de droit
et des sciences économiques
de Paris

LE CONTRÔLE DE PROPORTIONNALITÉ DANS LE CONTENTIEUX DE LA CONSTITUTIONNALITÉ ET DE LA LÉGALITÉ

EN FRANCE, ALLEMAGNE ET ANGLETERRE

Georges Xynopoulos

Préface de
Yves Gaudemet

Ouvrage honoré de la bourse d'études
«Aguirre Basualdo»
attribuée par la Chancellerie des Universités de Paris
d'une bourse d'études de la Fondation
«Alexandre S. Onassis»
d'une bourse d'études attribuée par le
Conseil de l'Europe

LE CONTRÔLE DE
PROPORTIONNALITÉ
DANS LE CONTENTIEUX
DE LA CONSTITUTIONNALITÉ
ET DE LA LÉGALITÉ

EN FRANCE, ALLEMAGNE ET ANGLETERRE

Fondée par
Marcel Waline
Professeur honoraire
à l'Université de droit,
d'économie et de sciences
sociales de Paris,
membre de l'Institut

BIBLIOTHÈQUE
DE DROIT
PUBLIC
TOME 179

Dirigée par
Georges Vedel
Doyen honoraire
de la Faculté de droit
et des sciences économiques
de Paris

LE CONTRÔLE DE PROPORTIONNALITÉ DANS LE CONTENTIEUX DE LA CONSTITUTIONNALITÉ ET DE LA LÉGALITÉ

EN FRANCE, ALLEMAGNE ET ANGLETERRE

Georges Xynopoulos

Docteur en droit

Préface de
Yves Gaudemet

Professeur à l'Université de Paris II (Panthéon-Assas)

Ouvrage honoré de la bourse d'études
«Aguirre Basualdo»
attribuée par la Chancellerie des Universités de Paris
d'une bourse d'études de la Fondation
«Alexandre S. Onassis»
d'une bourse d'études attribuée par le
Conseil de l'Europe

OUVRAGES PARUS DANS LA MEME COLLECTION

- Tome 1. Robert (J.) : *Les violations de la liberté individuelle commises par l'administration* (le problème des responsabilités). Épuisé.
- Tome 2. Durand (C.) : *Les rapports entre les juridictions administrative et judiciaire*. Épuisé.
- Tome 3. Ardant (Ph.) : *La responsabilité de l'État du fait de la fonction juridictionnelle*. Épuisé.
- Tome 4. Ducos-Ader (R.) : *Le droit de réquisition* (théorie générale et régime juridique). Épuisé.
- Tome 5. Levy (D.) : *La responsabilité de la puissance publique et de ses agents en Angleterre*. Épuisé.
- Tome 6. Fourrier (Ch.) : *La liberté d'opinion du fonctionnaire* (Essai de droit public comparé : France, Grande-Bretagne, États-Unis, URSS, Allemagne, Suisse, Belgique, etc.). Épuisé.
- Tome 7. Moreau (J.) : *L'influence de la situation et du comportement de la victime sur la responsabilité administrative*. Épuisé.
- Tome 8. Chapus (R.) : *Responsabilité publique et responsabilité privée*. (Les influences réciproques des jurisprudences administrative et judiciaire). Épuisé.
- Tome 9. Grohens (J.-C.) : *Les institutions et le régime juridique des cultes protestants*. Épuisé.
- Tome 10. Tourdias (M.) : *Le sursis à exécution des décisions administratives*. Épuisé.
- Tome 11. Bourdoncle (R.) : *Liberté d'opinion et fonction publique en droit positif français*. Épuisé.
- Tome 12. Koechlin (H.-F.) : *La responsabilité de l'État en dehors des contrats de l'an VIII à 1873* (Étude de jurisprudence). 1957.
- Tome 13. Jacquemart (D.) : *Le Conseil d'État Juge de Cassation*. Épuisé.
- Tome 14. Dubisson (M.) : *La distinction entre la légalité et l'opportunité dans la théorie du recours pour excès de pouvoir*. Épuisé.
- Tome 15. Borella (F.) : *L'évolution politique et juridique de l'Union Française depuis 1946*. Épuisé.
- Tome 16. Drevet (P.) : *La procédure de révision de la Constitution du 27 octobre 1946*. 1958.
- Tome 17. Venezia (J.-C.) : *Le pouvoir discrétionnaire*. Épuisé.
- Tome 18. Connois (R.) : *La notion d'établissement public en droit administratif français*. Épuisé.
- Tome 19. Spiliotopoulos (Ep.) : *La distinction des institutions publiques et des institutions privées en droit français*. Épuisé.
- Tome 20. Garreau (R.) : *Le « Local Government » en Grande-Bretagne*. Épuisé.

- Tome 21. Kornprobst (B.) : *La notion de partie et le recours pour excès de pouvoir*. Épuisé.
- Tome 22. Bardonnnet (D.) : *Le tribunal des conflits, juge du fond*. Épuisé.
- Tome 23. Lescuyer (G.) : *Le contrôle de l'État sur les entreprises nationalisées*. Épuisé.
- Tome 24. Peureux (G.) : *Le Haut Conseil de l'Union Française et le Conseil exécutif de la Communauté*. Épuisé.
- Tome 25. Lamarque (J.) : *Recherches sur l'application du droit privé aux Services publics administratifs*. Épuisé.
- Tome 26. Gour (C.-G.) : *Le contentieux des services judiciaires et le juge administratif*. 1960.
- Tome 27. Ruzie (D.) : *Les agents des personnes publiques et les salariés en droit français*. 1960.
- Tome 28. Lesage (M.) : *Les interventions du législateur dans le fonctionnement de la justice*. Épuisé.
- Tome 29. Demichel (A.) : *Le contrôle de l'État sur les organismes privés*. 2 volumes. Épuisé.
- Tome 30. Wolff (G.) : *La trésorerie britannique*. 1960.
- Tome 31. Rousseau (G.) : *L'agent judiciaire du Trésor public*. 1961.
- Tome 32. Trotabas (J.-B.) : *La notion de laïcité dans le droit de l'Église catholique et de l'État républicain*. Épuisé.
- Tome 33. Fromont (M.) : *La répartition des compétences entre les tribunaux civils et administratifs en droit allemand*. 1960.
- Tome 34. Di Malta (P.) : *Essai sur la notion de pouvoir hiérarchique*. Épuisé.
- Tome 35. Lefebvre (M.) : *Le pouvoir d'action unilatérale de l'administration en droit anglais et français*. Épuisé.
- Tome 36. Azar (A.-A.) : *Genèse de la constitution du 4 octobre 1958*. Épuisé.
- Tome 37. Philip (L.) : *Le contentieux des élections aux assemblées politiques françaises*. 1961.
- Tome 38. Debbasch (C.) : *Procédure administrative contentieuse et procédure civile*. Épuisé.
- Tome 39. Desforges (C.) : *La compétence juridictionnelle du Conseil d'État et des tribunaux administratifs*. Épuisé.
- Tome 40. Nizard (L.) : *Les circonstances exceptionnelles dans la jurisprudence administrative et la légalité*. Épuisé.
- Tome 41. Olle-Laprune (J.) : *La stabilité des ministres sous la III^e République*. 1962.
- Tome 42. Bernard (P.) : *La notion d'ordre public en droit administratif*. Épuisé.
- Tome 43. Douc-Rasy : *Les frontières de la faute personnelle et de la faute de service en droit administratif français*. Épuisé.
- Tome 44. Gilli (J.-P.) : *La cause juridique de la demande en justice*. 1962.
- Tome 45. Dubouis (L.) : *La théorie de l'abus de droit et la jurisprudence administrative*. Épuisé.
- Tome 46. Cotteret (J.-M.) : *Le pouvoir législatif en France*. Épuisé.
- Tome 47. Mazères (J.A.) : *Véhicules administratifs et responsabilité publique*. Épuisé.

- Tome 48. Arne (S.) : *Le Président du conseil des ministres sous la IV^e République*. Épuisé.
- Tome 49. Landon (P.) : *Histoire abrégée du recours pour excès de pouvoir des origines à 1954, 1962*.
- Tome 50. Maestre (J.-C.) : *La responsabilité pécuniaire des agents publics en droit français*. 1962.
- Tome 51. Charnay (J.-C.) : *Le contrôle de la régularité des élections parlementaires*. 1964.
- Tome 52. Daumard (J.) : *Les marchés industriels des départements de la Défense nationale*. 1963.
- Tome 53. Danan (Y.-M.) : *La vie politique à Alger de 1940 à 1944*. Épuisé.
- Tome 54. Timsit (G.) : *La nature et le rôle de la notion de fonction administrative en droit administratif français*. Épuisé.
- Tome 55. SÉNÉchal (M.) : *Droits politiques et liberté d'expression des officiers des forces armées*. 1964.
- Tome 56. Sandevor (P.) : *Études sur le recours de pleine juridiction*. Épuisé.
- Tome 57. Castagne (J.) : *Le contrôle juridictionnel de la légalité des actes de police administrative*. Épuisé.
- Tome 58. Bretton (Ph.) : *L'autorité judiciaire gardienne des libertés essentielles de la propriété privée*. Épuisé.
- Tome 59. Di Qual : *La compétence liée*. Épuisé.
- Tome 60. Renard-Payen (O.) : *L'expérience marocaine d'unité de juridiction et de séparation des contentieux*. 1964.
- Tome 61. Favoreu (L.) : *Du déni de justice en droit public français*. 1964.
- Tome 62. Montagnier (G.) : *Le Trésorier-Payeur général*. Épuisé.
- Tome 63. Martin-Pannetier (Andrée) : *Éléments d'analyse comparative des établissements publics en droit français et en droit anglais*. 1966.
- Tome 64. Baroud (Antoine) : *La situation juridique des journalistes au Liban*. 1965.
- Tome 65. Lachaume (Jean-François) : *La hiérarchie des actes administratifs exécutoires en droit public français*. Épuisé.
- Tome 66. Emeri (Claude) : *De la responsabilité de l'Administration à l'égard de ses collaborateurs*. Épuisé.
- Tome 67. Cathala (Thierry) : *Le contrôle de la légalité administrative par les tribunaux judiciaires*. Épuisé.
- Tome 68. Batailler (F.) : *Le Conseil d'État, juge constitutionnel*. Épuisé.
- Tome 69. Sabourin (Paul) : *Recherches sur la notion d'autorité administrative en droit français*. 1966.
- Tome 70. Vincent (F.) : *Le pouvoir de décision unilatérale des autorités administratives*. Épuisé.
- Tome 71. Sfez (Lucien) : *Essai sur la contribution du doyen Hauriou au droit administratif français*. 1966.
- Tome 72. Klein (Claude) : *La police du domaine public*. 1966.
- Tome 73. Rainaud (Jean-Marie) : *La distinction de l'acte réglementaire et de l'acte individuel*. Épuisé.

- Tome 74. Chaudet (J.-P.) : *Les principes généraux de la procédure administrative contentieuse*. Épuisé.
- Tome 75. Mourgeon (Jacques) : *La répression administrative*. Épuisé.
- Tome 76. Braud (Philippe) : *La notion de liberté publique et ses implications en droit français*. Épuisé.
- Tome 77. Basso (Jacques) : *Les élections législatives dans le département des Alpes-Maritimes de 1860 à 1939*. 1968.
- Tome 78. Lang (Jack) : *L'État et le théâtre*. Épuisé.
- Tome 79. Isaac (Guy) : *La procédure administrative non contentieuse*. Épuisé.
- Tome 80. Charles (Hubert) : *Actes rattachables et actes détachables en droit administratif français*. 1967.
- Tome 81. Douence (Jean-Claude) : *Recherches sur le pouvoir réglementaire de l'Administration*. Épuisé.
- Tome 82. Weber (Yves) : *L'Administration consultative*. Épuisé.
- Tome 83. Landon (Pierre) : *Le recours pour excès de pouvoir depuis 1954*. 1968.
- Tome 84. Rongère (Pierrette) : *Le procédé de l'Acte-type*. 1968.
- Tome 85. Delpêrre (Francis) : *L'élaboration du droit disciplinaire de la fonction publique*. 1969.
- Tome 86. Mesnard (A.-H.) : *L'action culturelle des pouvoirs publics*. 1969.
- Tome 87. Salon (Serge) : *Délinquance et répression disciplinaires dans la fonction publique*. Épuisé.
- Tome 88. Delvolvé (Pierre) : *Le principe d'égalité devant les charges publiques*. Épuisé.
- Tome 89. Amaury (Philippe) : *De l'information et de la propagande d'État. Les deux premières expériences d'un « Ministère de l'Information » en France*. 1969.
- Tome 90. Grosdidier de Matons (J.) : *Le régime administratif et financier des ports maritimes*. 1969.
- Tome 91. Becet (Jean-Marie) : *La responsabilité de l'État pour les dommages causés par l'Armée aux particuliers*. 1969.
- Tome 92. Denoyer (Jean-François) : *L'exploitation du domaine public*. 1969.
- Tome 93. Schwartzberg (Roger-Gérard) : *L'autorité de chose décidée*. 1969.
- Tome 94. Tagand (Roger) : *Le régime juridique de la société d'économie mixte*. Épuisé.
- Tome 95. Valter (Gérard) : *Le régime de l'organisation professionnelle de la cinématographie*. 1969.
- Tome 96. Lalignant (Marcel) : *L'intervention de l'État dans le secteur agricole*. 1970.
- Tome 97. Chevallier (Jacques) : *L'élaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active*. 1970.
- Tome 98. Wiener (Céline) : *Recherches sur le pouvoir réglementaire des ministres*. 1970.
- Tome 99. Garrigou-Lagrange (Jean-Marie) : *Recherches sur les rapports des associations avec les pouvoirs publics*. Épuisé.
- Tome 100. Etzion (David) : *Le contrôle juridictionnel de l'administration en Israël*. 1970.

- Tome 101. Colson (Jean-Philippe) : *L'Office du Juge et la preuve dans le contentieux administratif*. 1970.
- Tome 102. Negrin (Jean-Paul) : *L'intervention des personnes morales de droit privé dans l'action administrative*. 1971.
- Tome 103. Madiot (Yves) : *Aux frontières du contrat et de l'acte administratif unilatéral : recherches sur la notion d'acte-mixte en droit public français*. 1971.
- Tome 104. Escarras (Jean-Claude) : *L'unité de juridiction en droit comparé (expériences belge et italienne)*. 1972.
- Tome 105. Heymann (Arlette) : *Les libertés publiques et la guerre d'Algérie*. 1972.
- Tome 106. Pierot (Robert) : *Le statut de l'instituteur public*. 1972.
- Tome 107. Loschak (Danièle) : *Le rôle politique du juge administratif français*. Épuisé.
- Tome 108. Gaudemet (Y.) : *Les méthodes du juge administratif*. 2^e tirage. 1972.
- Tome 109. Bern (P.) : *La nature juridique du contentieux de l'imposition*. 1972.
- Tome 110. Jacquot (Henri) : *Le statut juridique des plans français*. Épuisé.
- Tome 111. Bayle (Gabriel) : *L'enrichissement sans cause en droit administratif*. Épuisé.
- Tome 112. Brechon-Moulènes (Christine) : *Les régimes législatifs de responsabilité publique*. Épuisé.
- Tome 113. Blumann (Claude) : *La renonciation en droit administratif français*. 1974.
- Tome 114. Franck (Claude) : *Les fonctions juridictionnelles du Conseil Constitutionnel et du Conseil d'État dans l'ordre constitutionnel*. Épuisé.
- Tome 115. du Bois de Gaudusson (Jean) : *L'usager du service public administratif*. 1974.
- Tome 116. Mestre (Achille) : *Le Conseil d'État protecteur des prérogatives de l'administration*. 1974.
- Tome 117. Livet (P.) : *L'autorisation administrative préalable et les libertés publiques*. 1975.
- Tome 118. Lavalley (Ch.) : *L'évolution de la conception de la décision exécutoire en droit administratif français*. 1974.
- Tome 119. Hostiou (R.) : *Procédure et formes de l'acte administratif unilatéral en droit français*. 1975.
- Tome 120. Girod (P.) : *La réparation du dommage écologique*. Épuisé.
- Tome 121. Mestre (J.-L.) : *Un droit administratif à la fin de l'Ancien Régime : le contentieux des Communautés de Provence*. 1976.
- Tome 122. Delcros (B.) : *L'unité de la personnalité juridique de l'État*. 1976.
- Tome 123. Théron (J.-P.) : *Recherche sur la notion d'établissement public*. Épuisé.
- Tome 124. Py (P.) : *Le rôle de la volonté dans les actes administratifs unilatéraux*. 1976.
- Tome 125. Truchet (D.) : *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'État*. 1977.
- Tome 126. Hecquart-Théron (Maryvonne) : *Essai sur la notion de réglementation*. 1977.
- Tome 127. Pontier (Jean-Marie) : *L'État et les collectivités locales, la répartition des compétences*. 1978.

- Tome 128. Pavlopoulos (Procopios) : *La directive en droit administratif*. 1978.
- Tome 129. Ne paraîtra pas.
- Tome 130. Di Stefano (Alain) : *La participation des fonctionnaires civils à la vie politique*. 1979.
- Tome 131. Nguyen Quoc (Vinh) : *Les entreprises publiques face au droit des sociétés commerciales*. 1979 avec mise à jour 1980.
- Tome 132. Tercinet (Marcel-René) : *L'acte conservatoire en droit administratif*. 1979.
- Tome 133. Flogaitis (Spyridon) : *La notion de décentralisation en France, en Allemagne et en Italie*. 1979.
- Tome 134. Carbajo (Joël) : *L'application dans le temps des décisions administratives exécutoires*. 1980.
- Tome 135. Rials (Stéphane) : *Le juge administratif français et la technique du standard*. 1980.
- Tome 136. Paillet (Michel) : *La faute du service public en droit administratif français*. 1980.
- Tome 137. Bourdon (Jacques) : *Administration et monde rural*. 1980.
- Tome 138. Israel (Jean-Jacques) : *La régularisation en droit administratif français*. 1981.
- Tome 139. Llorens (François) : *Contrat d'entreprise et marché de travaux publics*. Épuisé.
- Tome 140. Caballero (Francis) : *Essai sur la notion juridique de nuisance*. 1981.
- Tome 141. Nemery (Jean-Claude) : *De la liberté des communes dans l'aménagement du territoire*. 1981.
- Tome 142. Regourd (Serge) : *L'acte de tutelle en droit administratif français*. 1982.
- Tome 143. Dubois (Jean-Pierre) : *Le contrôle administratif sur les établissements publics*. 1982.
- Tome 144. Rapp (Lucien) : *Les filiales des entreprises publiques*. Épuisé.
- Tome 145. Calogeropoulos (André) : *Le contrôle de la légalité externe des actes administratifs unilatéraux*. 1983.
- Tome 146. Picard (Étienne) : *La notion de police administrative*, 2 vol. 1984.
- Tome 147. Mockle (Daniel) : *Recherches sur les pratiques administratives pararéglementaires*. 1984.
- Tome 148. Lanza (Albert) : *L'expression constitutionnelle de l'Administration française*. Épuisé.
- Tome 149. Llorens-Fraysse (Françoise) : *La présomption de faute dans le contentieux administratif de la responsabilité*. 1985.
- Tome 150. Frier (Pierre-Laurent) : *L'urgence*. 1987.
- Tome 151. Gohin (Olivier) : *La contradiction dans la procédure administrative contentieuse*. 1988.
- Tome 152. Fortsakis (Théodore) : *Conceptualisme et empirisme en droit administratif français*. 1987.
- Tome 153. Teboul (G.) : *Usages et coutume dans la jurisprudence administrative*. 1989.
- Tome 154. PrÉlot (P.H.) : *Les établissements privés d'enseignement supérieur*, 1989.

- Tome 155. Tsiklitis (S.) : *La protection effective des libertés publiques en droit français*, 1990.
- Tome 156. Simon (Gérald) : *Puissance sportive et ordre juridique étatique*. 1990.
- Tome 157. Guglielmi (G.J.) : *La notion d'administration publique dans la théorie juridique française*. 1991.
- Tome 158. Pouyaud (Dominique) : *La nullité des contrats administratifs*. 1991.
- Tome 159. Blaizot-Hazard (Catherine) : *Les droits de propriété intellectuelle des personnes publiques en droit français*. 1991.
- Tome 160. Meng (Sheng) : *Le contrôle des actes administratifs en droit chinois et sans réforme*. 1991.
- Tome 161. Crucis (Michel-Henry) : *Les combinaisons de normes dans la jurisprudence administrative française*. 1991.
- Tome 162. Kústaki (Stavroula) : *L'évolution du contrôle juridictionnel des motifs de l'acte administratif*. 1991.
- Tome 163. De Gastines (Louis) : *Les présomptions en droit administratif*. 1991.
- Tome 164. MorÉno (Dominique) : *Le juge judiciaire et le droit de l'urbanisme*. 1991.
- Tome 165. Rossini (Éric) : *Les établissements de santé privés à but non lucratif*. 1992.
- Tome 166. Monnier (Mireille) : *Les décisions implicites d'acceptation de l'administration*. 1992.
- Tome 167. Papadopoulou (Olga) : *Les garanties du fonctionnaire dans la Constitution hellénique*. 1993.
- Tome 168. Kondylis (Vassilios) : *Le principe de neutralité dans la fonction publique* (à paraître).
- Tome 169. Theodoratos (Ilias) : *La rationalité et la légalité de l'action administrative* (à paraître).
- Tome 170. Borgetto (Michel) : *La notion de fraternité en droit public français*. 1993.
- Tome 171. Deguerge (Maryse) : *Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit de la responsabilité administrative*. 1993.
- Tome 172. Delaunay (Bénédicte) : *L'amélioration des rapports entre l'administration et les administrés*. 1993.
- Tome 173. Trova (Hélène) : *Le statut juridique de l'action culturelle et linguistique de la France à l'étranger*. 1994.
- Tome 174. Sousse (Marcel) : *La notion de réparation de dommages en droit administratif français*. 1994.
- Tome 175. GARBAR (Christian) : *Le droit applicable au personnel des entreprises publiques*. 1995.
- Tome 176. LINDITCH (Florian) : *Recherche sur la personnalité morale en droit administratif* (à paraître).
- Tome 177. DUROY (Stéphane) : *Contribution à l'étude d'un service public local: la distribution d'eau potable* (à paraître).
- Tome 178. DE BERRANGER (Thibaut) : *Construction communautaire et constitutions nationales*, 1995.

A mon épouse, qui a su me stimuler - et me supporter pendant l'élaboration de cette étude.

Sans son aide précieuse celle-ci n'aurait peut être pas été entamée; elle n'aurait sans doute pas été terminée.

LISTE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS

AC	Appeal Cases (House of Lords and Privy Council)
AIJC	Annuaire international de justice constitutionnelle
AJDA	Actualité juridique de droit administratif
AllER	All England Reports, England and Wales
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
Arch. Phil. Droit	Archives de philosophie du droit
Ass	assemblée
BayVBl	Bayerische Verwaltungsblätter
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Bundesgerichtshof (section civile)
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Bundesverfassungsgerichtsentscheidungen
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Bundesverwaltungsgerichtsentscheidungen
CA	Court of Appeal, England and Wales
CECA	Communauté européenne du charbon et de l'acier
C.E.D.H.	Cour européenne des droits de l'homme
C.E.E. ou CEE	Communauté Economique Européenne
Ch	Chancery Division, High Court, England and Wales
ch.	chapitre
chr.	chronique
C.J.C.E.	Cour de justice des Communautés européennes
CJEG	Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz
CLJ	Cambridge Law Journal
com.	commentaire
contra	en sens contraire
D.	Recueil Dalloz
DA	Droit administratif (Bulletin mensuel du JCP)
DöV	Die öffentliche Verwaltung
DVBl	Deutsches Verwaltungsblatt
éd.	édition
EDCE	Etudes et documents du Conseil d'Etat
Dr. Soc.	Droit social
G.A.J.A.	Les grands arrêts de la jurisprudence administrative
G.A.C.J.C.E.	Grands arrêts de la Cour de justice des Communautés européennes
G.D.C.C.	Les grandes décisions du Conseil constitutionnel
GG	Grundgesetz
Gaz. Pal.	La Gazette du Palais
HC	The High Court of Justice, England and Wales
ibid	ibidem
IFSA	Institut français des sciences administratives
JCP	La semaine juridique - Jurisclasseur périodique
JO	Journal Officiel
JZ	Juristenzeitung
KB	King's Bench Division of the High Court
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence

LGR	Local Government Reports
LPA	Les petites affiches
LQR	Law Quarterly Review
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
obs.	observations
OVGE	Oberverwaltungsgerichtsentscheidungen
PA	Public Administration
PL	Public Law
PrOVG	Preußisches Oberverwaltungsgericht
PUF	Presses Universitaires de France
QB	Queen's Bench Division, High Court, England and Wales
R.	Recueil; <i>aussi</i> Rex (the King) ou Regina (the Queen)
RA	Revue administrative
RDP	Revue de droit public
req.	Requête
R.F.A.	République fédérale d'Allemagne
RFAP	Revue française d'administration publique
RFDA	Revue française de droit administratif
RIDC	Revue internationale de droit comparé
R.T.D.E.	Revue trimestrielle de droit européen
s.	suivante
S.	Recueil Sirey
Se	section
sp.	spécialement
WLR	Weekly Law Reports
ZSR	Zeitschrift für schweizerisches Recht

PREFACE

"Ubris", La démesure; c'était, nous disaient nos professeurs de grec, le péché capital, le manquement à l'ordre des choses. L'homme est la mesure du monde; c'est par rapport à lui que la démesure se révèle et se condamne, dans l'ordre normatif et politique, comme dans celui de l'esthétique et du moral.

On n'aurait pas à chercher très loin pour relier ce qu'il est convenu d'appeler aujourd'hui le contrôle de proportionnalité à cette philosophie antique de la mesure, rajeunie à la Renaissance. Et cela explique qu'au-delà des mots, des catégories, des systématisations et des habitudes nationales, l'exigence de la proportionnalité de la règle de droit partout s'exprime, développe ses références et mobilise le contrôle du juge.

*
* *

C'est la thèse dont Monsieur Georges Xynopoulos nous convainc. Et il fallait pour cela d'immenses qualités. Car si l'intuition, au niveau de généralité qu'on vient de dire, est plausible, que de difficultés à surmonter pour identifier dans chaque cas la proportionnalité, démêler ce qui est dit, proclamé ou dénié, de ce qui se fait, retrouver sous la diversité des systèmes nationaux l'unité du concept, comprendre les relations dialectiques qu'il établit entre le fait et le droit. Voilà, nous dit l'auteur, pour l'Angleterre une proportionnalité "refusée" mais pratiquée de façon "souterraine", proclamée comme un principe constitutionnel en Allemagne mais "mis en cause" par les juridictions administratives, de moins en moins "implicite" pour la France et reprise à sa façon pour le conseil constitutionnel...

Le parti comparatiste retenu tout à coup inquiète. Serait-ce que la comparaison, intelligence et culture du droit, butterait ici sur l'écueil connu de tous ceux qui s'y sont essayés, la singularité irréductible des termes mis en parallèle? Monsieur Xynopoulos a vécu cette angoisse et il s'en explique très honnêtement dans une belle introduction, instructive aussi sur le plan de la méthode. De la comparaison dont il maîtrise toutes les armes, de la connaissance des langues à celle des systèmes, activée encore par plusieurs séjours de travail en Allemagne et en Angleterre pour la préparation de sa thèse, il a mesuré les difficultés...

Et il les a brillamment surmontées: car c'est bien - il nous le fait comprendre - la même notion de proportionnalité qu'il a rencontrée dans les trois pays dont il a parcouru les institutions et la jurisprudence. La proportionnalité existe; elle est identifiée et caractérisée.

Ce qui change, ce sont les rapports des systèmes nationaux, et principalement des juridictions, avec la proportionnalité; la façon dont elle est exprimée, reconnue, pratiquée; les rapports qu'entretiennent avec elle, d'un côté l'administration ou le pouvoir normatif, et de l'autre le juge.

Car c'est finalement le juge qui, dans les trois systèmes étudiés, détient, si l'on peut dire, la clé de la proportionnalité, en cela qu'il lui fait la place et la publicité qu'il juge bon. Unité de concept; pluralité (et mobilité) des pratiques, et singulièrement des pratiques juridictionnelles.

*
* *

Du même coup, la réflexion s'élargit légitimement au "traitement" de la proportionnalité par tous les ordres de juridiction susceptibles de contrôler l'acte normatif: justices constitutionnelles, administratives, économiques là où elles existent, justice communautaire et européenne aussi, qui font un large maniement du principe de proportionnalité où l'auteur discerne les influences combinées des démarches allemande et française. Le contrôle de proportionnalité est un instrument, un outil du juge, dont celui-ci fixe lui-même l'usage et les canons et dont il se sert autant pour compléter la loi (voire la "rectifier" pour le juge constitutionnel) que pour vérifier la pertinence d'un nombre toujours croissant d'actes d'administrations publiques.

Cette utilisation de la proportionnalité par le juge explique le caractère polymorphe de celle-ci: notion unique ou unitaire, elle est multiple dans ses manifestations où, pour être plus exact, dans les façons dont elle opère.

Le contrôle de proportionnalité met en cause tous les éléments de l'acte, objet, but et motifs et s'exprime par un arbitrage, sur le terrain de la norme et de sa légalité, qui procède lui-même de la pondération des faits.

On confine parfois à l'équité - l'auteur l'observe avec finesse - dès lors qu'on part des faits et de leur prise en compte, de leurs poids respectifs, pour en tirer les conséquences sur la légalité, compléter celle-ci, voire la rectifier. Ce n'est d'ailleurs pas le seul domaine, pour s'en tenir au juge administratif français, où les circonstances de fait sont directement intégrées au droit pour définir une nouvelle légalité; le rapprochement a depuis longtemps été fait entre le pouvoir discrétionnaire, terrain d'élection de la proportionnalité, et par exemple la construction jurisprudentielle des circonstances exceptionnelles. C'est le même phénomène dont rendait compte André de Laubadère lorsqu'il distinguait à côté de la compétence liée par la loi des compétences liées par le juge.

*
* *

A ce sujet, pour en maîtriser l'ampleur, en distinguer et ordonner les composantes, en exposer les thèmes, il fallait un chercheur - puisqu'aujourd'hui chercheur il y a - d'une exceptionnelle qualité. On se doutait que Monsieur Xynopoulos serait celui-là; on en est convaincu aujourd'hui. Et son mérite est grand: quelles que soient en effet les générosités d'une tête bien faite et d'une éducation riche des choses de l'esprit, le chemin était rude et les obstacles nombreux, au niveau élevé auquel l'auteur voulait situer la réflexion, élargie d'autre part aux dimensions de trois systèmes juridiques.

En relisant, près de deux ans après une soutenance particulièrement réussie, le travail de Monsieur Xynopoulos, je mesure à nouveau la réussite de cette conjonction des qualités et de l'effort et salue, une fois de plus, le beau métier de directeur de thèse, le privilège de comprendre et d'apprendre par la science d'autrui que l'on provoque et stimule.

Yves Gaudemet

*Professeur à l'Université de Paris II
(Panthéon - Assas)*

INTRODUCTION GENERALE

Il y a, dans l'œuvre d'Aristote(1), deux "justices": celle qui relève de la sphère publique et celle qui concerne la sphère privée. Dans sa première acception, le "juste" est, pour le Stagirite, "un milieu entre deux extrêmes, qui sans cela ne seraient plus en proportion; car la proportion est un milieu, et le juste une proportion"(2). Dans son autre version, "le juste sous sa forme de réciprocité est ce qui assure la cohésion des hommes entre eux, réciprocité toutefois basée sur une proportion et non sur une stricte égalité"(3).

Ainsi donc l'équilibre entre les divers groupes sociaux est chez Aristote le garant de l'unité de la Cité - Etat. Cet équilibre est assuré par une certaine logique de proportionnalité, notion qui tient à la fois de la philosophie et du droit.

Le recours à l'idée de proportionnalité se perpétue chez les philosophes et juristes grecs puis romains au moins jusqu'à la fin de l'antiquité de sorte que, pour les jurisconsultes du Code Justinien, la justice se définit comme "une volonté constante et perpétuelle d'attribuer à chacun son dû"(4).

On voit ainsi la notion de proportionnalité être, dès l'antiquité, au cœur de la philosophie et de la doctrine juridique occidentales, même si elle reste proche d'une conception "jusnaturaliste" du droit(5).

(1) Cf. plus particulièrement l'*Ethique à Nicomaque*, chapitre 5 (Librairie philosophique J. Vrin, Paris 1990).

(2) En grec: "Το ἐν διανομῇ δίκαιον ἐστὶ, καὶ μέσον τοῦ δίκαιον τούτῳ ἐστὶ τοῦ παρὰ τοῦ ἀναλόγου. τὸ γὰρ ἀνάλογον μέσον, τὸ δὲ δίκαιον ἀνάλογον": *Ethique à Nicomaque*, ch. 5, 1131B, 10s. (ouvrage précité, p.230). Le philosophe continue en affirmant que "le juste en question est ainsi la proportion, et l'injuste ce qui est en dehors de la proportion. L'injuste peut donc être soit le trop, soit le trop peu, et c'est bien là ce qui se produit effectivement, puisque celui qui commet une injustice a plus que sa part du bien distribué, et celui qui la subit moins que sa part" (ouvrage précité, p.231); et encore: "La [vertu de] justice est à son tour une sorte de médiété, non pas de la même façon que les autres vertus, mais en ce sens qu'elle relève du juste milieu, tandis que l'injustice relève des extrêmes" (ouvrage précité, p.246): il s'agit de la justice "distributive".

(3) Ouvrage précité, p.239 (1132B, 30s.). Aristote se réfère ici à la notion de la justice "réparatrice".

(4) "Justitia est constans et perpetua voluntas jus suum cuique tribuens": *Institutes de Justinien*, I, I, I.

(5) Cf. Aristote, *Ethique à Nicomaque*, ouvrage précité, p.250 (1134B, 17s.): "La justice politique elle-même est de deux espèces, l'une naturelle et l'autre légale. Est naturelle celle qui a partout la même force et ne dépend pas de telle ou telle opinion; légale, celle qui à l'origine peut être indifféremment ceci ou cela, mais qui une fois établie, s'impose". Certes, on ne prétend pas assimiler la réflexion des auteurs grecs et romains au "droit naturel" du siècle des lumières. Sans vouloir entrer dans les détails, il convient de souligner qu'il s'agit d'un droit naturel plus empirique que rationaliste: pour les antiques, une règle de droit est "naturelle" parce qu'observée chez un grand nombre de peuples, sinon chez tous; c'est parce que l'observation la révèle de

Cette présence séculaire d'une idée juridique de proportionnalité rend déjà tentante pour le comparatiste l'interrogation sur les rapports qu'entretiennent le concept de proportionnalité et le contrôle juridictionnel dans le cadre contentieux de l'héritage occidental gréco-romain.

Aussi en examinant le contrôle de la proportionnalité dans le contentieux de la constitutionnalité et de la légalité en France, en Allemagne et en Angleterre, l'investigation est orientée vers les trois tenants les plus représentatifs des différentes "familles" de cet héritage au sein du droit occidental: latine, germanique et anglo-saxonne.

Mais en même temps, cette démarche nous amène à étudier un concept juridique contentieux dont la présence s'affirme, depuis plus d'une trentaine d'années, au niveau européen, autre cadre de choix pour toute recherche de droit comparé, et dont les trois pays sélectionnés constituent également autant de pôles de référence représentatifs. D'ailleurs, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et celle de la Cour de justice des Communautés européennes, exercent une influence directe non négligeable quant à la prise en compte du contrôle de proportionnalité par les contentieux nationaux.

Certes, le débat sur le contrôle de proportionnalité est aussi très présent, en France comme à l'étranger, et cette "actualité" entraîne la multiplication d'ouvrages consacrés à ce sujet(6). Toujours est-il que les perspectives laissées à explorer, surtout sous l'angle du droit comparé, rendent une telle étude potentiellement utile et en tout état de cause intéressante à entreprendre.

Cela dit, la présence du contrôle de proportionnalité au sein des pays sélectionnés semble être, de prime abord, bien inégale: ainsi, l'Allemagne a érigé ce contrôle en principe de rang constitutionnel pratiquement en même temps qu'elle a adopté, avec la Loi fondamentale de 1949, le contrôle de la constitutionnalité de l'activité de la puissance publique.

L'Angleterre quant à elle ignore, en principe, la notion contentieuse même de la "proportionnalité"(7); et en France, c'est à une [re]découverte du contrôle de proportionnalité par le juge administratif que l'on a cru assister depuis le début des années soixante-dix(8).

Doit-on dès lors conclure que le contrôle juridictionnel de proportionnalité est nécessairement lié à un certain déclin du positivisme, comme pourrait l'indiquer, en Allemagne, la rédaction de la Constitution de 1949 et l'interprétation qui en a été donnée par la Cour constitutionnelle fédérale(9)?

façon générale que cette "loi" ne peut que prendre sa source dans la nature, être l'expression d'un juste naturel.

(6) Cf. notamment, pour la France, les deux thèses récentes entièrement consacrées au contrôle de proportionnalité: X. PHILIPPE, Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative françaises, thèse Aix-Marseille 3, Aix en Provence 1989 et J. MEKHANTAR, Le contrôle juridictionnel de la proportionnalité dans l'action unilatérale de l'administration, thèse Paris II, Paris 1990.

(7) Cf. partie I, titre 3.

(8) Cf. partie I, titre 1, chapitre 1, section 2.

(9) Notamment par la soumission quasi illimitée de la puissance publique non seulement "à la loi", mais aussi "au droit" et donc au juge et la place accordée aux droits fondamentaux: cf. partie I, titre 2, chapitre 1, sp. section 1, §1, A.

Bien qu'une telle thèse ait pu être défendue, ce n'est pas à cet aspect du contrôle de proportionnalité qu'on a voulu se consacrer. C'est donc dans le cadre du droit positif des pays examinés qu'on a pris le parti de rechercher, d'identifier, de présenter et d'expliquer le mécanisme du contrôle de proportionnalité.

Pour ce faire, il convient d'abord de s'entendre avec le plus de clarté possible sur les termes même du sujet, c'est-à-dire essentiellement sur la notion de "contrôle de proportionnalité".

Dans le langage courant, l'action de "proportionner" consiste à "garder la proportion convenable, établir un juste rapport entre une chose et une autre"(10). De même, le terme "proportion" désigne un "rapport des parties entre elles et avec le tout"(11), étant encore donné que ce "rapport" est entendu comme rapport "convenable"(12).

Ceci étant, "l'existence d'un rapport de corrélation, quel que soit son degré" est trop large pour constituer notre point de départ, comme cela a été le cas de l'une des études les plus récentes consacrées en France au contrôle de proportionnalité(13). En effet, notre sujet se réfère au contrôle juridictionnel de la proportionnalité, notion juridique, qui doit comporter une certaine spécificité afin de ne pas se confondre avec le contrôle juridictionnel en général.

De même, la définition qui correspond au principe constitutionnel allemand de *Verhältnismäßigkeit*(14) est de son côté trop étroite, puisqu'elle laisserait en dehors de notre champ d'investigation une grande partie de ce qui est unanimement considéré comme du contrôle de proportionnalité en France, notamment dans divers domaines de l'urbanisme(15).

On est dès lors conduit à opter pour une définition préalable intermédiaire, en identifiant le contrôle de proportionnalité comme étant l'arbitrage juridictionnel entre intérêts juridiquement protégés mais antinomiques, effectué à la suite d'une décision a priori licite de la puissance publique.

Cette définition(16) nous semble être à la fois suffisamment large pour constituer un point de départ n'excluant d'office aucune des facettes du contrôle de proportionnalité et suffisamment étroite pour conserver une nature propre à ce contrôle. Elle comporte un certain nombre d'éléments constitutifs permettant de circonscrire le contrôle de proportionnalité examiné par la suite, et notamment:

- le fait que le "déclencheur" du processus aboutissant au contrôle de proportionnalité soit une action de la puissance publique, dans le sens où le litige en question appartient, en principe, à la sphère du droit public(17);

(10) Dictionnaire Littré, Monte Carlo 1968, tome 3.

(11) Ibid, sous "proportion".

(12) Ibid, sous "proportionner"; "Petit Larousse illustré", Paris 1987, p.814.

(13) X. PHILIPPE, Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative françaises, thèse précitée, p.8s.

(14) Cf. partie I, titre 2, sp. chapitre 1, section 2.

(15) Il s'agit notamment du contrôle juridictionnel en France qui s'exerce par le biais de la technique du "bilan coûts-avantages": cf. partie I, chapitre 2, section 1, sous-section 2, §3.

(16) Cf. M. Ch. JAKOBS, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, Mit einer exemplarischen Darstellung seiner Geltung im Atomrecht, thèse, Köln 1985, p.22.

(17) Ce faisant, on ne nie pas l'existence d'un contrôle de proportionnalité en droit civil, ou en encore en droit pénal: ces aspects sont simplement en dehors du champ de notre étude, et ne seront donc pas examinés, sauf en cas de nécessité.

- le caractère a priori licite de cette action: soit parce qu'elle relève a priori du domaine du pouvoir discrétionnaire, soit parce qu'elle poursuit un but d'intérêt général en soi légitime, soit les deux;
- l'atteinte à d'autres droits ou intérêts juridiquement protégés, provoquée par l'action examinée de la puissance publique;
- enfin la prise en compte de ces intérêts antinomiques par le juge, qui devient ainsi l'"arbitre" du litige et définit la in fine licéité dans le cas d'espèce.

De plus, il nous paraît important de ne pas cantonner l'étude à l'examen des occurrences explicites des termes même de "proportionnalité", "proportion" ou "proportionné", mais d'englober, dans la mesure du possible, toute notion juridique ou toute technique juridictionnelle susceptible de véhiculer ce même mécanisme. En revanche, la recherche sera limitée en ce qui concerne les contentieux sélectionnés.

Tout d'abord, en ce qui concerne l'examen du "contentieux de la constitutionnalité", il faut admettre que son étendue par pays est en partie inégale. Ainsi, l'Angleterre ne dispose ni d'une Constitution écrite, ni d'un contentieux constitutionnel distinct: c'est donc au domaine du "droit public" - déjà passablement difficile à identifier - que se consacrera la partie de notre étude relative à l'Angleterre.

A l'opposé, l'Allemagne dispose d'un contrôle de constitutionnalité explicite et distinct, qui concerne non seulement des questions de droit public proprement dites, mais également certaines questions relevant à la fois du droit privé et de la protection constitutionnelle des droits fondamentaux - par exemple, la protection par le juge constitutionnel du respect de la personnalité - et qui peuvent donc être relatées, de façon sporadique, dans notre étude.

De toute façon en dépit de ces problèmes de concordance, le choix de traiter à la fois du contentieux de la constitutionnalité et de celui de la légalité demeure nécessaire pour mettre en évidence la cohérence d'ensemble du contrôle de proportionnalité en droit public(18).

Ensuite l'appréhension du contentieux de la légalité n'est pas non plus exempte de difficultés.

Elles sont d'abord inhérentes à la nature comparatiste de l'étude. Ainsi, l'examen du "contentieux de droit administratif" anglais comporte nécessairement des options qui peuvent paraître arbitraires, d'autant plus qu'il excède le seul contrôle de la procédure de Judicial Review, reconnue comme ayant des traits propres à un "droit administratif". Or ce parti pris est indispensable pour conserver une certaine analogie avec les matières examinées en France et en Allemagne.

Les difficultés concernent ensuite certains domaines du droit, principalement français, qui se trouvent exclus de notre champ d'investigation alors que l'on pourrait y détecter des rapports de proportionnalité proches de la définition donnée, comme par exemple le domaine de la voie de fait(19) et, en

(18) Cf. X. PHILIPPE, Le contrôle de proportionnalité..., thèse précitée, p.11.

(19) Non pas pour la détermination de la in fine licéité de la voie de fait, question qui ne se pose évidemment pas, mais pour la détermination de l'existence ou non d'une voie de fait: cela peut être le cas quand, par exemple, le juge détecte des moyens totalement inconcevables pour la poursuite d'un but pourtant a priori légal (Conseil d'Etat 28 février 1952, De Kernier, R.p.620: réquisition militaire autorisée par la loi,

partie, celui de la responsabilité sans faute(20). Les raisons de cette exclusion partent d'un double souci: celui de la cohérence, de l'équilibre de l'étude consacrée aux trois pays examinés et celui d'éviter autant que faire ce peu les longueurs excessives ne contribuant pas à une meilleure compréhension du mécanisme du contrôle de proportionnalité.

C'est cette même préoccupation de cohérence et de - relative - concision qui nous a d'ailleurs conduit à écarter au moins deux catégories de contentieux qui relèvent, pourtant, du domaine de la légalité au sens large: le contentieux public contractuel(21) et le contentieux fiscal(22).

L'objet de l'étude et son champ d'investigation ayant été ainsi précisés, s'impose le choix d'une méthode.

Il est clair, en premier lieu, qu'il s'agit d'une étude essentiellement contentieuse, nécessitant de scruter au près les décisions juridictionnelles. En effet, en matière de contrôle de proportionnalité encore plus qu'ailleurs, il faut

mais ne possédant en l'espèce "manifestement aucun rapport avec les nécessités militaires"), ou encore lorsque le degré de gravité de l'atteinte à une liberté a été jugé suffisamment important pour devenir constitutif d'une voie de fait (Tribunal des Conflits 22 avril 1910, Préfet de la Côte d'Or et 4 juin 1910, Préfet de l'Aisne, S. 1910, III, p.29 note HAURIOU: décision d'un maire d'ordonner une sonnerie de cloches pour un enterrement civil et Tribunal des Conflits 8 avril 1935, Société du Journal de l'Action française, R.p.1226 conclusions JOSSE; M. LONG - P. WEIL - G. BRAIBANT - P. DELVOLLE - B. GENEVOIS, Grands arrêts de la jurisprudence administrative (G.A.J.A.), 9e édition, Sirey 1990, n° 54; S. 1935, III, p.46 conclusions JOSSE; D. 1935, III, p.25 conclusions JOSSE, note WALINE; RDP 1935, p.309, conclusions JOSSE, note JEZE: saisie préventive et généralisée d'un journal dans l'ensemble d'un département).

(20) Quand par exemple le juge administratif français explique que le dommage "excède les troubles normaux du voisinage" (Conseil d'Etat Se 9 janvier 1969, Dlle Skarda, RDP 1970, p.466) ou "les inconvénients normaux du voisinage d'un ouvrage public" (Conseil d'Etat 20 mars 1968, Scalia, R.p.1136) pour reconnaître un droit à indemnité. En revanche, l'évaluation du préjudice ne relève pas du contrôle de proportionnalité tel qu'il vient d'être défini: elle ne concerne plus la relation avantages - inconvénients mais le rapport "arithmétique" entre l'évaluation du préjudice et celle de l'indemnité.

(21) On se réfère ici à des théories juridictionnelles comme celle du fait du prince, de l'imprévision ou, surtout, de l'équilibre financier du contrat: cf. Conseil d'Etat 30 mars 1916, Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux, S. 1916, III, p.17 conclusions CHARDENET, note HAURIOU; RDP 1916, p.206 et 388, conclusions CHARDENET, note JEZE. Notons néanmoins que c'est seulement dans le droit français que le contentieux contractuel comme d'ailleurs le contentieux de la responsabilité de la puissance publique peuvent relever du droit public: tant en Angleterre qu'en Allemagne il s'agit là de questions de droit privé, au moins dans l'immense majorité des cas (pour la responsabilité "de droit public" - mais toujours devant le juge civil! - en Allemagne, ainsi que pour les quelques cas de "contrats de droit public" connus du droit allemand, voir M. FROMONT, La répartition des compétences entre les tribunaux civils et administratifs en droit allemand, thèse, LGDJ, Paris 1960).

(22) Pourtant dans ce domaine le recours au contrôle de proportionnalité est à la fois courant et pratiquement indispensable: cf. Conseil d'Etat 21 novembre 1958, Syndicat national des transporteurs aériens, R.p.572; D. 1959, J, p.475 conclusions CHARDEAU, note TROTABAS. Mais ce contentieux est à la fois spécial, trop volumineux et ne relève de la compétence du juge administratif qu'en France.

toujours être conscient qu'il est virtuellement question, pour paraphraser G. Braibant²³, d'un contrôle que le juge "exerce sans le dire, et même sans le savoir"⁽²⁴⁾.

Ensuite concernant les supports de l'étude, un compromis a été nécessaire entre ce qui relève de manière indiscutable de la matière étudiée et le besoin de réduire au possible le volume de toute façon fort considérable des documents susceptibles d'attirer notre attention. Par conséquent si, en Angleterre, on a été obligé de porter notre regard sur les diverses Cours de justice presque sans "discrimination"⁽²⁵⁾, en France on s'est essentiellement consacré à l'étude de la jurisprudence du Conseil constitutionnel et du Conseil d'Etat, et en Allemagne à celle de la Cour constitutionnelle et de la Cour administrative fédérales⁽²⁶⁾.

En tout état de cause, la recherche effectuée ne prétend pas à l'exhaustivité dans le sens où elle comporterait un "inventaire" complet des décisions juridictionnelles pertinentes. Tel n'a pas été - et ne pouvait être - notre but qui a plutôt consisté à mettre en évidence le mécanisme utilisé, à en dégager la logique d'ensemble.

A cet égard, une attention particulière a été apportée à la lecture de la doctrine relative à la question examinée: indispensable, elle s'est également révélée fructueuse et on ne manquera pas de souligner à quel point on est redevable à plusieurs ouvrages cités tout le long de cette étude⁽²⁷⁾.

La mise en pratique de cette méthode a fait très rapidement apparaître une discordance prononcée entre les solutions apparemment adoptées par chacun des pays examinés.

En effet, aux questions de l'acceptation ou du refus du contrôle de proportionnalité, ainsi qu'à celle de sa forme - à le supposer accepté - les juges

(23) Le principe de proportionnalité, Mélanges offerts à Marcel Waline, Le juge et le droit public, LGDJ, Paris 1974, p.297.

(24) Du moins tel est le cas, comme on le verra, du juge anglais.

(25) Ceci est inévitable étant donnée la nature "secrète" du contrôle de proportionnalité en Angleterre, pour réunir le plus grand nombre d'informations. Il est aussi bien plus aisé qu'ailleurs, étant donné le petit nombre de litiges juridiques qui opposent les administrés à la puissance publique et compte tenu de l'exclusion que l'on a opérée de notre champ de recherche de tout le domaine "parajuridictionnel", notamment de la "jurisprudence" des administratifs tribunaux qui constituent le mode essentiel de solution des différends d'ordre administratif: cf. partie I, titre 3, sp. chapitre 1, section 2, §1, A.

(26) Malgré les inconvénients que peut présenter la nature de cette dernière Cour comme juge de cassation des décisions des Cours inférieures.

(27) Pour la France, outre les travaux capitaux des grands maîtres du droit public comme M. HAURIOU, Ch. EISENMANN, M. WALINE ou encore G. VEDEL, ont été d'une grande utilité les travaux plus récents de P. DELVOLLE, Y. GAUDEMET, S. RIALS, D. ROUSSEAU ou, plus en rapport avec notre sujet, X. PHILIPPE. Pour l'Allemagne, l'une des références principales a été évidemment le travail abondant et indispensable de M. FROMONT, mais aussi, quant à la réflexion relative à la nature du contrôle de proportionnalité, celui effectué par R. ALEXY. Pour l'Angleterre, on a largement utilisé, en dehors des ouvrages "classiques" du droit administratif anglais de S.A. DE SMITH ou de H.W.R. WADE, l'intéressant travail de comparaison entre le droit français et anglais du professeur FLOGAÏTIS, retraçant parfaitement l'évolution de ce droit vers une séparation entre droit "privé" et "public", ainsi que plusieurs articles écrits par les professeurs J. BELL, J. JOWELL et A. LESTER.

nationaux apportent des réponses variées qui semblent a priori couvrir la plus large "palette" possible.

Cette divergence s'explique largement par des raisons historiques. Ainsi, la France a eu très tôt un pouvoir central fort rendant le contrôle juridictionnel délicat, et son administration s'est trouvée, surtout depuis les lois des 16 - 24 août 1790, presque entièrement à l'abri du contrôle du juge. Or cette situation d'origine n'a jamais été brutalement et définitivement remise en cause: le contrôle juridictionnel qui s'est développé progressivement, pour intense qu'il puisse être, est toujours dominé par le binôme "pouvoir discrétionnaire" - "compétence liée", ou plutôt "opportunité" - "légalité". Dès lors, il est normal que le contrôle de proportionnalité apparaisse, dans un premier temps, comme un moyen privilégié de déplacement de la "frontière" entre ceux-ci.

En Allemagne en revanche, ou plutôt en République Fédérale d'Allemagne, il y a bien eu rupture depuis le temps des origines du droit administratif du second Reich; une première fois dans le sens de l'affranchissement complet et arbitraire de la puissance publique du droit, pendant la période hitlérienne. Puis, cet intermède ayant définitivement compromis la confiance en une évolution progressive de la surveillance juridictionnelle de la puissance publique, les formes de contrôle implicites et respectueuses des apparences ont été rejetées et c'est la manière nette d'asseoir une légalité rigoureuse qui a été choisie. C'est un partage des pouvoirs en faveur du judiciaire qui en a donné les moyens au juge. A alors été institué un contrôle intense de la constitutionnalité de l'activité des autres pouvoirs institués et notamment de l'exécutif, essentiellement à travers un système de droits fondamentaux reconnus explicitement et protégés directement: c'est dans le cadre de leur protection que le principe de proportionnalité vient exercer sa fonction modératrice, en tant que garantie supplémentaire à la protection des libertés, là où le souci de l'efficacité étatique risquerait d'aboutir à des effets intolérables.

Quant à l'Angleterre, plus encore qu'en France, la continuité n'a jamais été rompue. Mais elle est de nature différente. Ici c'est le juge qui a été historiquement l'instrument du pouvoir central, et cette circonstance l'a protégé de la méfiance que ce dernier aurait pu avoir à son égard. Le juge ordinaire a donc conservé à la fois sa légitimité "légiférante" et un champ de compétence concernant tout autant l'administration que tout autre justiciable. Toutefois, comme tout juge de droit commun, le juge anglais se sent mal à l'aise face à des situations qui sont, par nature, exorbitantes du droit commun. Il se trouve alors toujours dans l'obligation de fonder son contrôle, quand il confine à l'opportunité, sur l'évidence et le "bon sens"; il en résulte que si ce contrôle n'est pas toujours "évident", il est globalement moins poussé que sur le Continent. Dans ce contexte, le contrôle de proportionnalité est refusé, justement parce que trop poussé; mais il est également, d'une certaine manière, envié, en raison de l'énorme potentiel de légitimation qu'il pourrait conférer à une emprise sur l'administration encore trop incertaine. Son introduction est donc envisagée, mais essentiellement de façon explicite, afin de remplir le plus possible cette fonction légitimante. Et comme l'environnement institutionnel juridique anglais se rapproche de la France plus que de l'Allemagne, le choix de n'envisager qu'un principe affiché de proportionnalité ne fait que retarder sa reconnaissance.

Toutefois, en dépit de cette apparente variété, un premier rapprochement entre les concepts nationaux du contrôle de proportionnalité, français, allemand et

anglais, existe au niveau des juridictions européenne et communautaire. En effet, une rapide étude de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et de celle de la Cour de justice des Communautés européennes, permet de percevoir que l'une et l'autre utilisent ouvertement le contrôle de proportionnalité. Il en résulte une certaine synthèse entre les concepts nationaux, qui s'impose à son tour, par le jeu des combinaisons entre les ordres juridiques nationaux et internationaux, au sein des juridictions nationales. Cet échange favorise la pénétration croissante de ce contrôle, surtout là où les juges nationaux se montrent encore réticents.

Si bien que des pays récalcitrants, comme l'Angleterre, ou d'autres timorés dans certains secteurs, se trouvent ainsi amenés à exercer, dans les limites d'influence de ces juridictions supra-étatiques, un contrôle affiché de proportionnalité.

Pourtant ce rapprochement n'est pas le seul car on constate, en poussant plus loin l'analyse, qu'à des degrés divers, et sous des formes diverses, le contrôle de proportionnalité existe en fait dans les trois systèmes nationaux étudiés, même si ce n'est qu'à l'insu du juge national lui-même.

Ceci peut étonner, mais s'explique par la nécessité de faire face à des problèmes et à des besoins similaires. En effet, les juges de ces trois pays et leur ordre juridique en général sont confrontés, en tant que membres d'une même famille juridique, politique et culturelle à des défis identiques qui ont fatalement entraîné des réponses voisines en dehors même de toute influence supra-étatique directe.

Peut-on dire pour autant que ces visions "nationales" du contrôle de proportionnalité viendraient se fondre voire se confondre au point de dessiner les esquisses d'une théorie générale du contrôle de proportionnalité? Autrement dit, s'il y a un mécanisme européen et communautaire du contrôle de proportionnalité, y a-t-il une véritable communauté du mécanisme de proportionnalité?

Si on se réfère à la problématique des relations entre contrôle juridictionnel et pouvoir discrétionnaire, on se rend compte que chacun des systèmes juridiques examinés l'entend de façon spécifique, pour ne pas dire opposée.

Il existe néanmoins un autre élément potentiellement "fédérateur", indispensable à tout Etat moderne, qui est la nécessité d'une protection efficace des libertés individuelles face aux empiétements que peut provoquer la poursuite d'objectifs d'intérêt général par la puissance publique. Les trois pays en question se trouvent justement de plus en plus confrontés à l'incontournable question de la conciliation entre la liberté, élément central du système de valeurs occidental, et l'intérêt général, dont la recherche constitue le but même de l'existence de toute structure étatique. De ce point de vue, le contrôle de proportionnalité, tel qu'il a été préalablement défini, se révèle être un instrument idéal à la disposition du juge dans la conduite de la pondération entre intérêts privés et publics.

Mais les conflits d'intérêts, sur lesquels repose notre définition préalable du contrôle de proportionnalité, ne se ramènent pas toujours à une opposition stricte entre éléments privés d'un côté et publics de l'autre. L'idée donc d'un mécanisme commun de résolution des conflits entre libertés individuelles et intérêt général, pour explicative qu'elle puisse être, n'est pas suffisante.

La réponse à la fois explicative et globale à la question de l'essence commune du contrôle de proportionnalité réside dans un glissement du plan factuel - opposition entre intérêts - vers le plan normatif. C'est ce conflit entre normes qui, de par sa nature, exige l'intervention du contrôle de proportionnalité, seul à pouvoir fournir la solution juridictionnelle la mieux adaptée, faisant ainsi office de véritable balance entre normes.

Pour le démontrer, les développements qui vont suivre tenteront d'abord de décrire les solutions adoptées par chacun des trois pays analysés lorsqu'ils sont confrontés aux problèmes posés par le contrôle de proportionnalité (partie I).

Ce n'est qu'ensuite qu'il sera possible de dégager la convergence entre les acceptions "nationales" du contrôle de proportionnalité, s'expliquant en réalité par son essence commune (partie II).

PREMIERE PARTIE

DECRIRE LES DIVERGENCES DU CONTROLE DE PROPORTIONNALITE

Les modes nationaux d'appréhension du contrôle de proportionnalité sont a priori diamétralement opposés. En effet, alors que ce contrôle est explicitement consacré par le droit constitutionnel allemand comme étant l'un des piliers de l'"Etat de droit", on s'accorde à le considérer plus récent en France, révélé surtout pendant les années soixante-dix par la jurisprudence administrative relative à l'expropriation pour cause d'utilité publique. Finalement, il reste toujours largement inconnu et même ouvertement refusé en Angleterre.

Mais pour décrire ces différents concepts nationaux, un choix préalable est nécessaire: il consiste à désigner le contentieux "de référence", à partir duquel la recherche sera conduite. Il est certes courant en droit comparé de procéder d'abord à l'examen de son propre système; or en l'occurrence, on aurait pu observer qu'étant donné le caractère plus "flou" du contrôle de proportionnalité français comparé à l'allemand, il eût été plus opportun d'axer toute l'étude autour du contrôle de proportionnalité tel qu'il est reconnu Outre-Rhin.

Pour séduisant qu'il soit, cet argument ne nous a pas convaincu parce que le droit allemand sembler rester, pour un grand nombre de juristes français, terra incognita; or c'est une thèse adressée avant tout au lecteur français qui a, bien évidemment, été entreprise: ceci nécessite tout naturellement des "points d'ancrage" et des références familières.

Mais aussi et surtout parce que ce qui est reconnu, en Allemagne, comme étant le principe de proportionnalité (Verhältnismäßigkeitsgrundsatz) ne se révèle être, finalement, que l'un des aspects de ce contrôle dans ce pays: exercé autour des principes dégagés dans le cadre du droit constitutionnel, il n'englobe pas la totalité du contrôle de proportionnalité tel que l'utilise notamment le juge administratif allemand. Or le contrôle effectué par le juge administratif reste toujours, en France du moins, l'essentiel du contentieux juridictionnel de droit public. En outre, l'Angleterre ignore même tout contentieux spécifiquement constitutionnel. Procéder à partir du contentieux administratif français nous a paru donc comme étant une nécessité, et c'est ce qui nous a déterminé à articuler cette étude à partir et autour des principes dégagés par le juge administratif de notre pays.

Vue sous cet angle, la présentation du contrôle de proportionnalité dans les trois pays examinés tel qu'il apparaît de prime abord, met en évidence l'utilisation de ce contrôle, implicite mais certaine, par le juge administratif français (titre 1). L'acceptation explicite de ce contrôle par le système juridique

allemand est perceptible au plus haut rang normatif, en tant que principe de droit à valeur constitutionnelle (titre 2)(1). Seule l'Angleterre refuse encore son introduction en dépit d'une interrogation croissante sur l'opportunité de son acceptation future (titre 3).

(1) Le choix ainsi opéré de présenter, dans un premier temps, la seule jurisprudence administrative française et la seule jurisprudence constitutionnelle allemande peut apparaître à la fois artificiel et cédant à la facilité: cela ne peut, en effet, qu'accentuer l'impression de divergence qui se dégage. Il nous paraît néanmoins inévitable si l'on veut prendre en considération les aspects les plus représentatifs et symptomatiques de chacun des systèmes. On peut difficilement nier que le contrôle de proportionnalité est d'abord conçu, en France, comme une technique intervenant dans le domaine du droit administratif et qu'en Allemagne le terme même de "proportionnalité" évoque avant tout - et peut-être seulement! - un principe de droit constitutionnel. Cela dit, soulignons d'ores et déjà que cette impression de divergence, accentuée de façon partiellement artificielle, se modérera par la suite: voir infra, sp. partie II, titre 3.

TITRE PREMIER

LA PROPORTIONNALITE IMPLICITE: FRANCE

Un double constat s'impose à l'observateur du contrôle de proportionnalité au sein du contentieux administratif français: ce contrôle, bien que non ouvertement reconnu, existe, du moins ponctuellement; ensuite, il apparaît étroitement lié à l'opposition - à la "frontière" - que l'on s'accorde généralement à voir entre pouvoir discrétionnaire de l'administration et contrôle juridictionnel.

Cette dernière remarque semble naturelle, si l'on songe à la position centrale qu'occupe le pouvoir discrétionnaire dans la conception française de l'action administrative. En effet, si l'évolution du contrôle juridictionnel de la puissance publique a été particulièrement considérable depuis sa création, la dichotomie conceptuelle entre ce dernier et le pouvoir discrétionnaire de l'administration existe toujours et occupe une place suffisamment centrale, pour que tout moyen de contrôle portant sur le fond de l'appréciation administrative lui soit a priori lié.

C'est donc à travers le binôme du pouvoir discrétionnaire et du contrôle juridictionnel que le contrôle de proportionnalité apparaît comme un instrument privilégié, bien que non avoué, au service du juge: il lui permet d'étendre son "droit de regard" sur l'appréciation de l'administration sans les contraintes inhérentes à l'exercice d'un "pouvoir normatif" affiché et rigide.

On verra pourtant que si la grande majorité de la doctrine a retenu surtout cet aspect du contrôle de proportionnalité, cette acceptation, bien que non erronée, est trop restrictive. En fait, la seule conclusion qui s'imposera avec clarté, dans un premier temps, est celle de la maîtrise quasi complète du juge administratif sur l'étendue et la nature du contrôle de proportionnalité (chapitre 1).

Pour ce faire, il faudra examiner en détail la jurisprudence pour affiner ces premières conclusions. A travers l'examen de la mise en œuvre du contrôle de proportionnalité (chapitre 2) on pourra alors percevoir, si non le mécanisme juridique de ce contrôle, demeurant pour l'instant assez flou, du moins son rôle, toujours lié à la surveillance de l'appréciation administrative.

CHAPITRE PREMIER

LE CONTROLE DE PROPORTIONNALITE, MOYEN D'ETENDRE LE CONTROLE JURIDICTIONNEL SUR LE POUVOIR DISCRETIONNAIRE DE L'ADMINISTRATION

Pour comprendre les raisons pour lesquelles le contrôle de proportionnalité a pu en France être presque unanimement conçu par référence au pouvoir discrétionnaire de l'administration, il est nécessaire d'examiner d'abord les rapports que ce pouvoir - élément "originaire" de l'action de la puissance publique - entretient dans notre pays avec le contrôle juridictionnel.

Cette présentation des relations entre pouvoir discrétionnaire et contrôle juridictionnel ne vise pas à construire une nouvelle théorie du pouvoir discrétionnaire, ambition déjà abondamment servie par des plumes plus autorisées que la nôtre. Elle servira toutefois à mettre en évidence le contexte dans lequel le contrôle de proportionnalité s'exerce inévitablement, et surtout à montrer en quoi la compréhension du pouvoir discrétionnaire conditionne celle du contrôle de proportionnalité, même si cette compréhension se révèle finalement insuffisante.

Nous examinerons ainsi les rapports de principe qu'entretiennent le pouvoir discrétionnaire de l'administration et le juge administratif (section 1), ce qui devrait nous permettre de situer le contrôle de proportionnalité au sein du contentieux administratif de notre pays (section 2).

Section 1

Le pouvoir discrétionnaire et le juge administratif: rappel

Les origines du système français de contrôle juridictionnel de l'action administrative remontent au moins à l'époque de la Révolution. Avait alors prévalu, concrétisée par la loi des 16-24 août 1790, une certaine conception de la séparation des pouvoirs, excluant l'administration du contrôle du juge judiciaire(1).

Intenable, cet "état des choses" a vite évolué, le juge administratif ayant su occuper une place qui n'était pas prévue initialement; il demeure néanmoins aujourd'hui encore lourd de conséquences.

D'un côté en effet, la "discretionnalité" étant la situation "première" de la puissance publique en France, elle reste conçue comme sa situation

(1) C'est-à-dire, à l'époque, du pouvoir judiciaire tout entier.

"ordinaire", le juge administratif devant, en théorie, se borner à l'examen de la légalité de la décision soumise à son contrôle, telle que celle-ci résulte de la seule norme écrite (sous-section 1).

D'un autre côté, même si la portée du contrôle juridictionnel est de facto tout autre, ses relations avec l'action administrative sont toujours comprises en termes d'opposition conceptuelle: le pouvoir discrétionnaire reste défini de manière négative, comme le domaine du "non contrôle" juridictionnel (sous-section 2).

Sous-section 1. La séparation des fonctions aux dépens du pouvoir judiciaire

L'examen de l'histoire juridique de la fin du XVIII^{ème} siècle démontre clairement le rôle prépondérant accordé en France au pouvoir discrétionnaire de l'administration et la méfiance envers le juge en général, méfiance qui trouve son origine dans l'époque pré-révolutionnaire et sa première affirmation dans les dires et œuvres des premiers constituants, notamment dans la forme de séparation des pouvoirs qu'ils ont mis sur pied(2) (§1). Ce rôle de premier plan se perçoit toujours aujourd'hui lorsqu'on examine le pouvoir discrétionnaire dans sa nature et ses relations de principe avec le contrôle juridictionnel (§2).

§1. Une certaine idée de la séparation des pouvoirs

Tout comme le pouvoir discrétionnaire, il n'est pas question ici de faire une présentation exhaustive de la théorie de la séparation des pouvoirs. On tient cependant à souligner que cette théorie, bien plus que le problème de sa valeur intrinsèque, a historiquement posé celui de sa mise en œuvre, et cela de manière fort différente de ce qu'on ne le pense généralement aujourd'hui (A). C'est la conception traditionnellement retenue en France de cette mise en œuvre qui a largement conditionnée le contentieux administratif de notre pays (B).

A. LOI ET SEPARATION DES POUVOIRS

Pris dans toute sa rigueur, le principe de la séparation des pouvoirs implique aujourd'hui (du moins en théorie) que les trois autorités législative, exécutive et judiciaire soient à la fois indépendantes l'une de l'autre, et spécialisées chacune dans sa fonction respective, de manière à assurer un équilibre entre elles, propre à garantir la liberté des citoyens.

Cela dit, à la fin du XVIII^{ème} siècle, époque de la conception du système juridique français moderne, ce problème se posait en tout autres termes.

Il concernait en effet essentiellement le partage entre les seuls pouvoirs législatif et exécutif(3). Or si on admet aujourd'hui qu'une autorité spécialisée dans la fonction exécutive est susceptible de s'opposer à une autorité spécialisée

(2) Forme qui est loin d'être l'unique concevable, comme on le verra plus en détail lors de nos développements sur les autres pays examinés.

(3) Pour le pouvoir judiciaire, voir même paragraphe, sous B.

dans la fonction législative, c'est qu'au fil des années cette première autorité a acquis un pouvoir politique important. L'autorité "exécutive" ainsi comprise, exerçant non seulement sa fonction proprement dite, mais disposant également de divers moyens d'influence politique sur les titulaires de l'autorité législative(4), peut alors, et alors seulement, être considérée comme susceptible de détenir un pouvoir ultime analogue, et même supérieur, à cette dernière.

Il apparaît ainsi clairement que cette manière de comprendre la puissance exécutive "met sur le même plan deux fonctions dont l'une est une fonction juridique, l'autre une fonction politique" et prend ainsi "pour une partie de la souveraineté ce qui n'est qu'une émanation"(5).

Mais il est évident que cette conception, juridiquement non défendable, est surtout totalement inconcevable au XVIII^{ème} siècle, où justement ces conditions politiques de la puissance de l'exécutif n'existent pas.

C'est par conséquent tout naturellement que ce principe de séparation des pouvoirs (partage équilibré de la puissance suprême parce que effectué entre autorités indépendantes et spécialisées) n'a été exprimé par aucun des grands écrivains de l'époque des lumières, ni par les constitutions du fin du XVIII^{ème} siècle qui en sont inspirées. Car ni la constitution des Etats-Unis, ni les constitutions de la France de 1791, 1793 et de l'an III n'instituent un régime dans lequel les autorités se feraient équilibre parce qu'elles seraient à la fois spécialisées et indépendantes.

En outre, le but du principe de la séparation des pouvoirs a été (et l'est encore aujourd'hui) d'assurer la liberté politique, mais cette liberté politique, pour tous les auteurs, a été entendue à l'époque comme l'obéissance aux lois(6). Si donc l'idée de la séparation des pouvoirs a été unanimement acceptée, c'est en tant que garantie d'organisation étatique dans laquelle l'obéissance au pouvoir ne sera jamais qu'une obéissance à la loi. La loi est ainsi l'expression essentielle de la souveraineté étatique et, en toute logique, une fois les différents pouvoirs distribués, il reste un souverain: le pouvoir législatif, créateur de la loi(7).

En définitive, pour tous les commentateurs politiques de cette période de création de notre droit moderne, il existe une hiérarchie intrinsèque entre les fonctions étatiques. Le principal problème est celui de l'autorité législative; il s'agit de mettre en œuvre le principe de la séparation des pouvoirs de manière à ce qu'il ne soit jamais possible au pouvoir législatif de cumuler l'exercice de toutes les fonctions, dans un but ultime: que les lois qui en émaneront présentent toujours les caractères qui en feraient le fondement d'une définition de la liberté.

C'est sur ce point - comment exercer au mieux la fonction législative - que l'accord cesse d'être général, les avis se divisant clairement en deux groupes,

(4) Qui lui permettent d'élaborer une politique, d'animer une majorité, bref de gouverner.

(5) M. TROPER, La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française, LGDJ, Paris 1980, p.208.

(6) Car la loi est d'abord une règle fixe, et elle se distingue ainsi du caprice d'un despote, et ensuite le citoyen peut, au moins indirectement, participer à son élaboration par son libre arbitre.

(7) Ainsi pour J. LOCKE, Essai sur le pouvoir civil, Paris 1953, chapitre XIII, "Il ne peut y avoir qu'un seul pouvoir suprême: le pouvoir législatif, auquel tous les autres pouvoirs sont et doivent être subordonnés" (citation reprise de l'ouvrage de M. TROPER, La séparation..., ouvrage précité).

les partisans de la balance des pouvoirs et les adeptes de la spécialisation des autorités.

a. Balance des pouvoirs

Contrairement à ce qu'on aurait pu penser, la doctrine de la balance des pouvoirs est toute entière fondée sur la reconnaissance de la suprématie intrinsèque de la fonction législative. C'est à partir de cette constatation qu'elle s'efforce d'instaurer et de maintenir un équilibre entre les autorités législative et exécutive (et plus tard judiciaire). Dans ce but, elle préconise le partage du pouvoir législatif entre plusieurs organes qui se feront mutuellement contrepoids(8).

L'exemple le plus probant qui peut être tiré du droit positif est la constitution américaine. Pour les "pères fondateurs" en effet, l'équilibre n'est concevable qu'entre détenteurs de la fonction législative: ils ont donc entendu à faire participer l'autorité exécutive dans la fonction législative en accordant au président le droit de veto ainsi que la possibilité, par ses "executive orders", d'édicter des règles de droit(9).

D'ailleurs, de très nombreux auteurs analysent la Constitution anglaise comme un gouvernement dans lequel le pouvoir législatif est le pouvoir suprême, partagé entre le peuple, les nobles et le roi, qui se font ainsi contrepoids.

On peut raisonnablement attribuer la même opinion en faveur de la balance des pouvoirs à Montesquieu(10). Ainsi pour le professeur Paul Gaudemet, "l'idée fondamentale de l'auteur de l'"Esprit des lois" repose sur ces deux phrases: "Tout homme qui a du pouvoir est porté à en abuser" et "il faut que le pouvoir arrête le pouvoir". Dès lors, "pour éviter les abus du pouvoir et sauvegarder la liberté, il faut éviter de concentrer le pouvoir aux mains d'un seul organe, il faut au contraire le répartir entre diverses autorités qui s'équilibrent les uns les autres"(11).

(8) La théorie de la balance des pouvoirs ne prétend donc nullement, comme l'a cru une partie de la doctrine classique du droit public, instaurer un équilibre entre trois autorités spécialisées. Bien au contraire, elle est entièrement fondée sur la reconnaissance d'une hiérarchie entre les fonctions étatiques, et par conséquent entre leurs détenteurs, si ceux-ci étaient spécialisés: c'est la raison pour laquelle la théorie de la balance des pouvoirs rejette la spécialisation des autorités.

(9) La Constitution américaine vise ainsi a priori un équilibre entre les autorités législative et exécutive uniquement; mais dès lors qu'on accepte la possibilité d'un partage de la fonction législative, le système contient les germes d'un équilibre plus général: depuis l'arrêt Marbury / Madison en effet, l'instauration d'un contrôle de la constitutionnalité des lois a définitivement donné au système constitutionnel américain le caractère d'un équilibre général entre les trois institutions.

(10) Cette théorie peut d'ailleurs puiser ses sources jusqu'à Aristote: pour le Stagiritte en effet, s'il y a séparation des organes, qui se servent mutuellement de contrepoids, les pouvoirs sont confondus, puisque chaque partie du gouvernement cumule plus ou moins les trois missions. Voir, à titre indicatif, R. WEIL, Politique d'Aristote, Paris 1968, p.128.

(11) P. GAUDEMET, La séparation des pouvoirs: mythe et réalité, Dalloz 1961, chr., p.121.

b. Spécialisation des autorités

Tel ne fut pas l'avis de la plupart des contemporains français de Montesquieu, partisans de la spécialisation des organes, ou, comme on désignait cette doctrine à l'époque, de la "séparation absolue ou rigoureuse des pouvoirs".

Selon cette doctrine, exprimée dans les Constitutions de l'époque révolutionnaire(12), les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire, sont chacun un organe de l'Etat, destiné à être cantonné dans une fonction particulière: la fonction de faire des lois, la fonction de les exécuter, la fonction de régler les litiges susceptibles de naître au cours de leur application(13). Elle met ainsi en premier plan la spécialisation, à la place, et même aux dépens de l'équilibre. Car entre des organes spécialisés, il ne peut exister aucun équilibre, mais seulement un rapport de domination(14).

Cette éventualité est comprise, et même acceptée: Pour Robespierre, l'équilibre des pouvoirs "ne peut être qu'une chimère ou un fléau, qui supposerait la nullité absolue du gouvernement s'il n'amenait nécessairement une ligue de pouvoirs rivaux contre le peuple; car on sent aisément qu'ils aiment beaucoup mieux s'accorder que d'appeler le souverain [le peuple exerçant lui-même le pouvoir législatif] pour juger sa propre cause. Témoin l'Angleterre, où l'or et le pouvoir du monarque font constamment pencher la balance du même côté"(15).

Quant à la garantie de la liberté, celle-ci se trouverait justement dans l'exercice de la fonction de la souveraineté par le peuple, à travers la création des lois(16). Il s'agit en réalité là d'une idée de Rousseau: "un peuple libre obéit aux Lois, mais il n'obéit qu'aux Lois". La loi ne saurait être oppressive si elle est l'expression de la volonté générale, car nul ne souhaite nuire à soi-même; il est

(12) A l'exception possible de la Constitution de 1790, qui recherche une certaine balance des pouvoirs législatif et exécutif: Cf. M. TROPER, *La séparation...*, ouvrage précité, p.159s.

(13) Les premiers constituants étaient ainsi persuadés de mettre en œuvre le plus rigoureusement possible la théorie de Montesquieu quand celui-ci disait qu'"il y a, dans chaque Etat, trois sortes de pouvoir: le pouvoir législatif, le pouvoir exécutif, le pouvoir judiciaire, des choses qui dépendent du droit des gens, et la puissance exécutrice de celles qui dépendent du pouvoir civil". Mais ils ne tenaient pas compte de l'essentiel: "il faut que le pouvoir arrête le pouvoir". L'auteur avait d'ailleurs peut-être pressenti ce malentendu: "je serai plus lu que compris" disait-il.

(14) Cf. R. CARRE DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, réédition CNRS, Paris 1962.

(15) Cité par M. TROPER, *La séparation...*, ouvrage précité. Cette confiance dans les vertus intrinsèques du pouvoir législatif exercé par les représentants du peuple était par ailleurs très répandue: LIVINGSTON ayant affirmé dans son livre "Examen du gouvernement d'Angleterre comparé aux Constitutions des Etats-Unis" qu'il fallait confier au pouvoir exécutif (par le veto) et au pouvoir judiciaire (par l'interprétation des lois) un frein sur la puissance législative, le commentateur de l'édition française notait: "Pourquoi vouloir élever des remparts contre ce qu'on appelle le pouvoir du peuple au plutôt de ses représentants?".

(16) Soulignons toutefois que le rejet de la balance des pouvoirs n'impliquait nullement, pour les constituants, une préférence pour un régime de confusion des pouvoirs au profit d'une Assemblée. Même Robespierre voyait "dans cette confusion de tous les pouvoirs que le plus insupportable de tous les despotismes" et affirmait ne connaître "rien d'aussi effrayant que l'idée d'un pouvoir illimité remis à une Assemblée nombreuse qui est au-dessus des lois, fut-elle une Assemblée des sages".

inconcevable que les citoyens, comme auteurs de la loi, puissent s'opprimer eux-mêmes, comme sujets.

En définitive donc, bien plus que la crainte d'un pouvoir absolu du législatif, c'est la méfiance envers tout ce qui n'est pas loi - expression de la volonté populaire qui l'emporte dans la pensée des premiers constituants français. Ceci ne pouvait être sans conséquences sur la compréhension du rôle du pouvoir judiciaire.

B. SEPARATION DES POUVOIRS ET JUGE

Montesquieu déjà estimait que "des trois puissances dont nous avons parlé, celle de juger est en quelque façon nulle", signalant de surcroît que "si les tribunaux ne doivent pas être fixes, les jugements doivent l'être à un tel point qu'ils ne soient jamais qu'un texte précis de la loi"(17). De même, pour les premiers constituants, le pouvoir judiciaire a été conçu comme le simple exécutant de la loi, ne disposant d'aucune volonté propre. Dès lors, le problème qui s'est posé a été de savoir comment, en accord avec l'idée de la prédominance de la loi, trouver une forme d'organisation étatique où la loi ne pourrait pas être violée par les tribunaux.

S'agissant du contentieux administratif, la solution donnée par les constituants révolutionnaires a été sans ambiguïté: l'article 13 de la loi des 16-24 août 1790, repris depuis, interdisait aux juges de "troubler, de quelque manière que ce soit, les opérations des corps administratifs ni citer devant eux les administrateurs à raison de leurs fonctions".

De cette interdiction faite au juge de connaître des litiges administratifs, diverses explications ont été données par la suite:

- Selon la position traditionnellement dominante, les hommes de la Constituante ont voulu ainsi éviter la soumission de l'administration aux tribunaux, déjà constatée sous l'Ancien Régime(18). Au nom du principe de l'indépendance de l'administration exécutrice de la loi, et pour en assurer l'efficacité, les législateurs de 1790 auraient donc interdit aux juges de connaître du contentieux administratif; puis, comme les litiges administratifs devaient, malgré tout, être jugés, ils en auraient confié la connaissance à l'administration active, par un certain nombre de lois postérieures à celle des 16-24 août 1790.

- Duguit est allé plus loin. Pour lui, la loi des 16-24 août serait la conséquence directe, l'expression même de la conception française de la spécialisation des pouvoirs, appliquée aux fonctions administrative et juridictionnelle. Car au fond la nature même de la fonction juridictionnelle permettrait à celui qui en est le titulaire de contrôler le justiciable: permettre au juge de juger l'administration, serait donc lui permettre d'administrer, ce qui est incompatible avec le principe de la spécialisation stricte des autorités(19).

(17) *Esprit des Lois*, éd. de la Pléiade, Paris 1958, p.399. Voir toutefois Didier GUEVEL, *Séparation des pouvoirs: mythe ou Mythe?*, L.P.A., 1990, n°116, p.5.

(18) Voir par exemple J. LAFERRIERE, *Raisons de la proclamation de la règle de la séparation des autorités administrative et juridictionnelle par l'Assemblée constituante*, Mélanges Negulesco, Paris 1935.

(19) Voir *Traité de Droit constitutionnel*, 2e éd., t.II, p. 527s.

- Ces théories ont été critiquées par Michel Troper. Selon cet auteur, "la formule "juger l'administration, c'est aussi administrer, (...) n'est admissible que si elle exprime un jugement a posteriori"(20), l'essentiel se trouvant dans le fait que les assemblées révolutionnaires ont conçu la fonction juridictionnelle comme une fonction d'application mécanique de la loi. En effet, souligne M. Troper, si le jugement est un syllogisme dont la majeure est la loi, dont le fait est la mineure, et la décision la conséquence, il n'est concevable qu'à la base d'une norme textuelle. Or à l'époque l'activité administrative n'était pas régie par des textes législatifs en nombre suffisant; si on confiait la solution des litiges administratifs à un juge, il serait ainsi privé de moyens de juger et son contrôle eut été singulièrement inefficace. Ce n'est donc pas, selon l'auteur, pour protéger l'administration qu'on l'a dispensé du contrôle du juge judiciaire (du juge, dirait-on à l'époque), mais parce que ce contrôle aurait été de toute façon inutile on s'est plutôt reposé sur le contrôle hiérarchique, qui a par la suite généré la juridiction administrative.

Ce qu'on remarque ici, c'est que toutes ces interprétations de la conception initiale française de la séparation des pouvoirs conservent un dénominateur commun: la faiblesse, qu'elle soit voulue ou simplement constatée, du juge dans le système d'organisation étatique française. Au delà donc du débat sur les modalités précises de la mise en œuvre par les premiers constituants de la séparation rigide des fonctions, ce qui ne semble poser de doute, c'est leur volonté commune de restreindre le rôle du juge, judiciaire ou non(21).

Conclusion du paragraphe: Les caractéristiques de la conception française de la séparation des pouvoirs sont donc la séparation "absolue" des fonctions et la reconnaissance de la primauté naturelle du pouvoir législatif; le résultat de ce culte de la loi - expression de la volonté générale est, en ce qui nous concerne ici, la liberté absolue de l'exécutif par rapport au judiciaire cantonné dans la logique du jugement - syllogisme: le "parent pauvre" du système est le pouvoir judiciaire et la réalité "originaire" de l'exécutif est le pouvoir discrétionnaire.

§2. Une certaine conception des rapports entre l'administration et son juge

Elle se reflète à la fois en ce qui concerne la manière traditionnelle de comprendre le pouvoir discrétionnaire (A) et le rôle dans lequel est en principe confiné le contrôle juridictionnel (B).

(20) La séparation... ouvrage précité, p.176.

(21) Il est en effet clair que la limitation de ses pouvoirs visait le juge judiciaire en tant que juge et non pas en tant que juge des litiges privés, au profit d'un juge des litiges publics: la nécessité de la création du juge administratif est le fruit, et non l'inspiration de la méfiance envers le juge judiciaire.

A. LA COMPREHENSION FRANÇAISE DU POUVOIR DISCRETIONNAIRE

La donnée première du système juridique français est donc l'absence de règles sanctionnées par un juge, régissant l'action administrative dès lors qu'une loi pénale n'est pas en cause. La plupart des actes de l'administration sont ainsi au départ des actes discrétionnaires, non soumises à des conditions légales. A partir de cette situation une légalité administrative s'est certes développée, au fil d'une évolution bien connue qu'il est inutile de rappeler ici(22). Déjà au début du siècle le doyen Hauriou pouvait ainsi affirmer qu'"il n'y a pas d'actes discrétionnaires, il y a un certain pouvoir discrétionnaire de l'administration qui se trouve plus ou moins dans tous les actes et qui est essentiellement le pouvoir d'apprécier l'opportunité des mesures administratives"(23). Pourtant, malgré les rapports "de force" que la norme juridique a développé avec le pouvoir discrétionnaire (a), l'essence juridique de ce dernier reste tributaire de la situation historique de départ (b).

a. Pouvoir discrétionnaire et norme juridique

Selon Charles Eisenmann, "discrétion évoque possibilité de vouloir, de décider librement, d'agir selon sa volonté pleinement, parfaitement libre de son parti, de son choix, selon son gré, sa guise"(24). Evidemment, en droit administratif il ne saurait être question que d'une liberté relative, d'un certain degré de liberté. Et il serait naturel, dans un système de droit continental comme le nôtre, de comprendre cette liberté par rapport à la norme de droit écrit, impérative et préalable, que le juge est censé appliquer pour donner la solution concrète d'un litige.

Conformément donc à cette conception, c'est au législateur de déterminer les hypothèses de compétence liée et celles de compétence discrétionnaire; il est le "répartiteur du pouvoir discrétionnaire"(25). Et c'est à la norme légale qu'il faut chercher à la fois l'indice et la source du pouvoir discrétionnaire: ainsi, il y aurait pouvoir discrétionnaire pour l'administration dans le cas où le norme légale elle-même l'indique expressément, par des formules telles que "l'autorité x pourra (...)" ou autres semblables.

Ce serait aussi le cas "toutes les fois qu'une autorité [administrative] agit librement sans que la conduite à tenir lui soit dictée à l'avance par une règle de droit"(26).

En bref, tout autant qu'une absence complète de conditions légales, l'indétermination de la norme légale serait aussi une source de "discrétionnalité". Pour Ch. Eisenmann encore, "la source de la discrétionnalité, c'est l'absence de détermination rigoureusement impérative, stricte, de l'action (...) c'est l'incomplète, l'imparfaite détermination, l'indétermination de la réglementation

(22) Cf. néanmoins sous-section 2, §1.

(23) Note sous Conseil d'Etat 31 janvier 1902, Grazziotti, S. 1903, III, p.113.

(24) Cours de droit administratif, LGDJ, Paris 1983, t.II, p.657.

(25) J.C. VENEZIA, Le pouvoir discrétionnaire, thèse, LGDJ 1959, p.134.

(26) L. MICHOU, Etude sur le pouvoir discrétionnaire de l'administration, Revue générale administrative, 1914, p.5; 1915, p.5.

juridique (...)"(27). Tout au plus pourrait-on concevoir un dégradé de précision de la règle, qui conduira à un dégradé équivalent de discrétionnalité: le pouvoir discrétionnaire limitera ainsi l'exigence de la légalité, exigence il est vrai jamais totalement absente.

Cette démarche a le mérite de la clarté et de la parfaite cohérence avec le rôle traditionnellement confié au juge, notamment le juge civil. Elle est aussi conforme aux opinions communément admises par les autres droits continentaux: la doctrine administrativiste allemande s'accorde ainsi à déduire l'existence du "pouvoir discrétionnaire" des formules de la loi, lorsque celles-ci consacrent, même indirectement, la liberté de choix de l'administrateur(28).

Elle se situe somme toute dans la lignée de la pensée de Kelsen, puisque pour le maître de l'école de Vienne le pouvoir discrétionnaire de l'administration consiste justement en la marge de liberté dont une autorité administrative dispose éventuellement pour concrétiser la règle de droit dont elle assure l'exécution(29).

Pourtant cette approche quelque peu idyllique est en contradiction avec la réalité historique du droit administratif français. Si en effet l'existence du pouvoir discrétionnaire peut se manifester par la norme de droit écrit(30), cette dernière ne constitue pas pour autant son point d'origine, sa source.

b. La manifestation du pouvoir discrétionnaire n'est pas à confondre avec son origine

Contrairement à la thèse "normativiste", A. Hauriou a soutenu qu'en France les règles de droit ont été plutôt conçues uniquement comme des bornes, des restrictions apportées à la liberté qui constitue l'état originaire de l'administration(31). Autrement dit, si l'indétermination de la norme peut fonder la constatation de l'existence du pouvoir discrétionnaire, elle ne comporte aucune valeur explicative à propos de cette existence.

(27) Ouvrage précité, p.661. S. RIALS parle lui d'"indéterminabilité" de la règle, entendant par là le cas où la norme juridique ne permet pas au juge, dans le cadre d'une démarche syllogistique, de dégager une solution précise: cf. Le juge administratif français et la technique du standard, essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité, thèse, LGDJ, Paris 1980.

(28) Signalons toutefois qu'à partir de cette analyse la tendance de la jurisprudence est de ne reconnaître qu'exceptionnellement l'existence d'une telle liberté d'action pour l'administration sur la base d'une norme vague. Voir M. FROMONT et A. RIEG, Introduction au droit allemand, Cujas 1984, p.150s. (cf. infra, titre 2, chapitre 1, section 1, §1, A.).

(29) Ce n'est évidemment pas l'objet de cette étude de discuter du bien ou du mal fondé de cette théorie: à ce sujet voir, à titre indicatif, R. BONNARD, la théorie de la formation du droit par degrés dans l'œuvre d'Alfred MERKL, RDP 1928, p.668 et aussi les articles récents de P. AMSELEK "réflexions critiques autour de la conception kelsenienne de l'ordre juridique" RDP 1978 p.5 et M. TROPER "La pyramide est toujours debout" RDP 1978 p.1523.

(30) Et encore, sous le contrôle du juge administratif, dont le rôle s'étend en réalité à bien d'autre chose qu'à une simple application de la norme écrite; voir infra, sous section 2.

(31) Voir A. HAURIOU, Le pouvoir discrétionnaire et sa justification, Mélanges Carré de Malberg, Sirey, Paris 1933, p.233s.

En effet, la réalité du pouvoir discrétionnaire est plutôt à rechercher dans l'histoire du contentieux administratif en France. A cet égard, l'exclusion initiale du contrôle juridictionnel de l'action administrative a créé un "vide" juridique, et le développement ultérieur du "tissu" normatif s'y est superposé pour aboutir à une compréhension de la condition normative comme borne, plutôt que comme source du pouvoir discrétionnaire. En d'autres termes, comme le souligne le professeur Y. Gaudemet, "la situation de l'administration discrétionnaire n'y est pas un "construit", un produit de la loi; elle est le fait d'une tradition historique ancienne, jamais vraiment interrompue, et la promotion d'une légalité administrative s'est faite dans le respect de cette tradition qui a marqué notamment les sources de la légalité administrative"(32). Loin donc de s'analyser en une concrétisation - exécution des règles de droit, le pouvoir discrétionnaire correspond, au contraire, à l'exercice d'une volonté libre dans le cadre de ces règles.

M. Venezia reproche à cette conception de procéder "d'une confusion entre le point de vue historique et le point de vue normatif"(33). Pour cet auteur, "l'explication du caractère originaire du pouvoir discrétionnaire (...) résulte notamment de la façon dont sont agencées les relations du législateur et de l'autorité exécutive (...) [étant] la contrepartie de la responsabilité que l'autorité exécutive assume"(34). Or cette critique ne modifie pas le point essentiel qui nous concerne ici: il reste que le pouvoir discrétionnaire ne puise pas son existence de la norme, mais à une nécessité inhérente à la fonction administrative. Le pouvoir discrétionnaire est le moyen indispensable qui permet l'adaptation de l'action des instances politiques aux besoins et aux transformations du milieu social; car la réduction de l'administration au rôle d'un simple exécutant provoquerait la rupture du pont principal qui assure la communication entre gouvernants et gouvernés.

Cette manière de comprendre le pouvoir discrétionnaire comme une nécessité essentielle de l'action administrative démontre en tout état de cause l'importance capitale que revêt cette notion dans le contentieux administratif français. Et en pratique tout le contrôle juridictionnel de l'administration se conçoit par référence à cette dernière. Elle explique aussi la circonspection de principe que démontre le juge à son égard.

B. LA POSITION DE PRINCIPE DU RÔLE DU JUGE ADMINISTRATIF: LE BUTOIR THEORIQUE DE L'OPPORTUNITÉ

C'est la conception même du rôle du juge comme "exécutant" mécanique de la loi qui a conditionné la naissance de la fonction contentieuse du Conseil d'Etat.

Pour les premiers constituants en effet, il a paru plus simple de confier à l'autorité supérieure administrative le soin d'annuler les actes contraires aux

(32) Y. GAUDEMET, Le pouvoir discrétionnaire de l'administration moderne, in *Verwaltungsermessen im modernen Staat*, Nomos Verlagsgesellschaft, Tübingen 1986, p.123.

(33) Le pouvoir discrétionnaire, thèse précitée, p.154.

(34) Ibid., p.154-155.

lois; cette solution semblait même garantir mieux la conformité de l'action administrative aux lois(35).

Certes le juge administratif est aujourd'hui accepté comme un juge à part entière, mais la situation d'"immunité juridictionnelle" de départ influence toujours le contrôle juridictionnel qu'il exerce.

Ainsi peut-on affirmer, encore aujourd'hui, que "l'existence même d'un droit administratif relève en quelque sorte du miracle"(36): de telles citations démontrent un état de fait dont la jurisprudence administrative est toujours consciente; ce fut d'ailleurs pendant longtemps beaucoup plus qu'une conscience.

Il est à cet égard à peine nécessaire de rappeler que le juge administratif est né de la volonté du pouvoir politique, et qu'il a opéré pendant presque un siècle dans le cadre d'une justice retenue qui faisait en droit du Chef de l'Etat le véritable juge suprême de l'administration. Après même que le Conseil d'Etat ait reçu enfin de la loi du 24 mai 1872 le pouvoir de justice "déléguée" lui permettant de prendre des décisions en son propre nom, le juge de droit commun est demeuré le ministre, tandis que le Conseil d'Etat n'avait compétence que dans les cas expressément prévus par la loi. Et il a fallu attendre l'arrêt du 13 décembre 1889, Cadot(37), pour qu'enfin soit accepté le principe que "partout où il existe une autorité ayant un pouvoir de décision propre, pouvant rendre des décisions administratives exécutoires, un débat contentieux peut naître et le Conseil d'Etat peut être directement saisi (...)"(38).

Il faut d'ailleurs ajouter à ceci la double nature persistante du Conseil d'Etat, à la fois aujourd'hui juge suprême du contentieux administratif et conseiller de l'exécutif, nature illustrée par la fréquente participation aux activités de l'exécutif de ses membres et par une précarité statutaire, même théorique, persistante.

Tout cela incite à la retenue. C'est par conséquent tout naturel si le juge entend toujours affirmer qu'il n'est que juge de la légalité, que son contrôle ne peut que buter sur l'appréciation de l'opportunité de l'acte.

Le contrôle juridictionnel de l'action administrative apparaît donc comme un débat de frontières, et la distinction entre légalité et opportunité se révèle à première vue d'une importance capitale. Et ce d'autant plus qu'elle paraît intellectuellement simple à effectuer.

En effet, la légalité étant un rapport de conformité au droit, aux normes juridiques qui s'imposent à l'administration pour une action donnée, et l'opportunité étant un rapport d'adaptation de l'action aux circonstances qui l'ont entourée(39), le juge pourra a priori les distinguer facilement, afin de se limiter à l'examen de l'une à l'exclusion de l'autre.

(35) Voir M. TROPER, La séparation..., ouvrage précité, p.174.

(36) P. WEIL, Le droit administratif, PUF, collection Que sais-je?, p.3.

(37) S. 1892, 3, p.17 note HAURIOU; D.1891, 3, p.41 conclusions JAGERSCHMIDT; "Droits" n°9, 1989, p.78 com. J. CHEVALLIER; G.A.J.A. n° 5.

(38) Conclusions du commissaire JAGERSCHMIDT précitées.

(39) Cf. D. TRUCHET, Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'Etat, thèse, LGDJ, Paris 1977, p.318.

Or l'examen juridictionnel d'un rapport de conformité se conçoit avant tout par rapport à une règle juridique impérative et préexistante, qui pose des conditions légales à l'exercice de l'action administrative. La tâche principale du juge sera ainsi de rapporter le comportement concret à une norme juridique préexistante, au moyen notamment de l'erreur de droit et de la qualification juridique des faits.

Ainsi il conclura en une erreur de droit quand la norme de référence est inapplicable, illégale ou, le plus souvent, applicable et régulière, mais inexactement interprétée par l'auteur de l'acte, ce dernier s'étant trompé sur ce qu'elle permet ou ordonne de faire. C'est le cas par exemple de l'arrêt Dame Saïd, où le ministre de l'éducation nationale a cru, à tort, que le principe de l'indépendance des universités lui interdisait de décider la réintégration d'un membre du corps enseignant en l'absence de proposition en ce sens des instances universitaires compétentes(40). On le voit, la démarche du juge a ici comme point de départ la norme, à partir de laquelle il déduit des conditions légales plus précises pour voir si elles sont susceptibles de s'appliquer au cas d'espèce.

C'est une démarche plus complexe qui sera adoptée pour l'opération de qualification juridique des faits(41). La qualification met en présence le droit et le fait, au terme d'"un cheminement à double direction: le juge tire en effet, dans une première étape, d'un texte abstrait une règle pratique (autrement dit, un "concept qualificateur") mais, parallèlement, soumet le fait à l'abstraction, "l'élève à la généralité de la loi"(42); dans une seconde étape enfin, le juge peut rechercher l'identité entre les deux termes de sa démarche, du général au particulier, du particulier au général: il s'interrogera alors si le "concept qualificateur" dégagé de la norme recouvre bien le cas d'espèce.

Mme Pasbeck(43) cite à ce propos l'exemple de la déchéance de nationalité, pouvant être réalisée pour comportement entraînant la perte de la qualité de Français. Une telle déchéance avait été prononcée, en 1964, pour la participation d'un naturalisé à des œuvres sportives et à des associations constituées en vue d'encourager les relations entre la France et son pays d'origine(44). Suivant la démarche déjà décrite, le juge s'est d'abord appliqué à concrétiser le droit existant, en déduisant des "comportements pouvant entraîner la déchéance de la nationalité" le "concept qualificateur" des "activités tendant à maintenir le particularisme des immigrés en France". Il a ensuite relevé à l'abstraction les faits en cause: ce qui était visé par l'action administrative de déchéance était en fait la participation à des associations ayant des liens avec les

(40) Conseil d'Etat Ass 11 juillet 1975, R.p.424 conclusions DENOIX DE SAINT MARC, AJDA 1976, p.432 note S.S.

(41) Encore que les considérations de fait ne soient jamais absentes, même en cas d'erreur de droit; cf. Conseil d'Etat Ass 28 mai 1954, Barel, R.p.308 conclusions LETOURNEUR; G.A.J.A. n° 90; S.1954, 3, p.97 note MATHIOT; D.1954, p.594 note G. MORANGE; RDP 1954, p.509 conclusions LETOURNEUR, note M. WALINE; AJDA 1954, II, p.396 note LONG; RA 1954, p.393 conclusions LETOURNEUR, note LIET-VEAUX.

(42) J.C. VENEZIA, Le pouvoir discrétionnaire, thèse précitée, p.27.

(43) Chantal PASBECQ, De la frontière entre la légalité et l'opportunité dans la jurisprudence du juge de l'excès de pouvoir, RDP 1980, p.803.

(44) Conseil d'Etat 20 mars 1964, Sieur et Dame Konarkowski, R.p.197.

pays d'origine du naturalisé. Finalement, le juge a comparé le résultat de ces deux opérations, en ne reconnaissant pas, en l'espèce, de rapport d'identité. L'auteur met en évidence le fait que le juge n'est pas parti de son appréciation des faits pour donner une solution en droit. Car "il doit exister une norme préalable qui s'impose au juge et dont il partira pour trancher le point de droit qui se pose à lui"(45).

D'une manière ou d'une autre, le juge semble donc entièrement cantonné dans un contrôle "mécanique" de mise en œuvre, d'"exécution" de la norme écrite.

Conclusion du paragraphe et de la sous-section: Tradition historique oblige, la pouvoir exécutif en France a dès le début été conçu autrement que comme le simple... exécutant de la norme législative. Le pouvoir discrétionnaire continue ainsi aujourd'hui d'être considéré autrement que par rapport à la norme: si la norme peut le limiter, son existence ne lui est pas due; il ne s'identifie pas avec la marge de liberté laissée dans le cadre de l'exécution de la norme, il lui est antérieur et indépendant. Il est dès lors normal que le juge administratif maintienne, par rapport à ce pouvoir "originaire", une attitude de principe réservée, faisant état d'un contrôle qui se limite à appliquer, et non à créer la norme. Mais en réalité, le juge a su faire évoluer son contrôle pour aboutir, avec "tact et mesure"(46), à une situation sensiblement différente.

Sous-section 2. La réalité du contrôle juridictionnel

On a jusqu'ici ignoré volontairement le problème du pouvoir normatif de la jurisprudence, pour mettre en évidence un état des choses qui aurait dû être entièrement conforme à la réalité. Mais on sait que la réalité du contrôle juridictionnel administratif est toute autre. Réservé, le juge administratif l'est, ce qui est normal au vu de son origine historique. Mais cette origine ne conditionne pas que sa retenue: elle génère aussi de l'audace.

C'est cette audace qui l'a largement emportée, pour aboutir à la création quasi prétorienne d'un système de contrôle largement jurisprudentiel de la puissance publique (§1). D'ailleurs les traces de cette création d'un contrôle juridictionnel juridiquement conflictuel avec le pouvoir discrétionnaire de l'administration originairement entier se reflètent toujours dans la compréhension actuelle de leurs relations, autrement dit dans la définition négative du pouvoir discrétionnaire (§2).

(45) De la frontière..., article précité, p.817.

(46) G. BRAIBANT, conclusions sous Conseil d'Etat Ass 28 mai 1971, Ministre de l'équipement et du logement / Fédération de défense des personnes concernées par le projet actuellement dénommé "Ville nouvelle Est", R. p.409 conclusions BRAIBANT; G.A.J.A. n° 107; D.1972 p.194 note LEMASURIER; RDP 1972, p.454 note WALINE; AJDA 1971 p.404 et 463, chr. LABETOULLE et CABANES et conclusions BRAIBANT; RA 1971 p.422 conclusions BRAIBANT; JCP 1971, II, 16873, note HOMONT; CJEG 1972, J, p.38 note VIROLE.

§1. Le rôle effectif de la jurisprudence

Depuis sa création, le Conseil d'Etat a été appelé à combler un vide juridique presque complet. Il ne pouvait le faire qu'en "créant du droit". Maurice Hauriou détecte très tôt ce caractère "prétorien" de la jurisprudence administrative, allant même jusqu'à affirmer que "si dans un pays, le juge ordinaire n'a pas de pouvoir prétorien on ne pourra pas lui confier la juridiction administrative car elle est essentiellement prétorienne"(47). Le pouvoir normatif jurisprudentiel existe donc indéniablement, initialement porté par cette même tradition ayant placé l'administration hors de la portée du juge judiciaire (A). Mais il n'existe pas uniquement à travers une création jurisprudentielle destinée à combler un vide juridique; il se manifeste tout autant à travers les relations qu'entretient de facto le juge administratif avec le droit écrit (B).

A. LE ROLE PRETORIEN DU CONSEIL D'ETAT

Suite à la loi des 16-24 août 1790, on se trouvait en France dans une situation où l'administration était déjà très forte, très centralisée, alors que les tribunaux n'avaient aucun "droit de regard" sur son activité. Cet état de fait présentait de graves inconvénients: il risquait de mener très rapidement à un despotisme administratif, avec une administration à la fois puissante et non contrôlée. De plus, cela s'accommodait mal avec le respect des droits de l'homme et avec les exigences d'un Etat moderne.

Bref, l'administration était puissante, elle avait besoin d'être contrôlée, et ne pouvait l'être, on l'a vu, par les tribunaux judiciaires; il était donc logique de créer une juridiction spéciale chargée de ce contrôle.

C'est pour ces motifs que le "vide" a été en quelque sorte comblé sous un régime pourtant plutôt autoritaire, dirigé par Napoléon, par la création d'une juridiction spéciale de contrôle de l'administration. On dit bien "en quelque sorte", car la comparaison avec les juridictions ordinaires est bien difficile. Aussi donc, c'est au moment où se créent les bases du droit privé moderne avec le Code civil, le Code de commerce, les autres grands codes et la nouvelle organisation judiciaire couronnée par la Cour de cassation, que la juridiction administrative apparaît, sans code, sans grand texte, sans statut: elle allait assumer la tâche d'élaborer, au fur et à mesure, un droit spécial applicable à l'administration.

Il était donc naturel qu'avec deux systèmes de départ aussi différents - droit écrit d'un côté, jurisprudence de l'autre - on aboutisse à des droits profondément différents: le juge de l'administration a été, par la force des choses, obligé de créer le droit qu'il allait par la suite appliquer.

C'est ainsi qu'après 1870 et jusqu'à la première guerre mondiale les "grands arrêts" se succèdent. Le juge administratif a d'abord étendu son contrôle de la légalité par le développement du recours pour excès de pouvoir: il a réduit la liste des actes de gouvernement, non soumis au préalable au juge(48); il a accru

(47) Précis de droit administratif, 1e éd., Sirey, Paris 1893, p.684.

(48) Conseil d'Etat 19 février 1875, Prince Napoléon, R.p.155 conclusions DAVID; G.A.J.A. n° 3; D. 1875, 3, p.18 conclusions DAVID.

le champ de l'intérêt à agir(49); soumis à son contrôle les actes les plus élevés dans la hiérarchie, comme ceux émanant du gouvernement et ceux signés par le président de la République(50); il a aussi étendu son contrôle au détournement de pouvoir(51), à l'existence matérielle des faits(52), à leur qualification juridique(53). Il a en même temps affirmé le principe de la responsabilité de la puissance publique(54) et même la responsabilité sans faute(55).

Tous ces arrêts témoignent du pouvoir normatif du juge; le Conseil d'Etat a ainsi réussi "à suppléer l'absence, l'insuffisance ou la carence des textes en jetant de façon prétorienne les bases d'un régime de droit public profondément original par rapport au droit commun"(56).

B. LE DETACHEMENT DU JUGE ADMINISTRATIF DE LA NORME ECRITE

Il serait toutefois inexact de dire que le législateur avait pendant ce temps abandonné l'administration à sa propre régulation et à celle de son juge; bien au contraire, le législateur n'a pas renoncé à statuer en matière administrative et le début de la troisième République en particulier est marqué par de grandes lois administratives, dont beaucoup s'appliquent encore et sont même considérées, pour certaines de leurs dispositions, comme ayant aujourd'hui une valeur constitutionnelle.

Ces interventions du législateur ont pourtant souvent été tenues en échec, par les positions d'autonomie adoptées par le juge administratif. Un exemple parmi les plus connus est sans doute l'arrêt du Tribunal des conflits Pelletier(57). L'administration tenait en effet, en abrogeant l'article 75 de la Constitution de l'An VIII, à soumettre la responsabilité des agents publics au régime de droit commun. Or le Tribunal des conflits, en évoquant la loi de 1790

(49) Conseil d'Etat 29 mars 1901, Casanova, R.p.333; G.A.J.A. n° 8; S.1901, 3, p.73 note HAURIOU.

(50) Conseil d'Etat 6 décembre 1907, Compagnie des chemins de fer de l'est et autres, R.p.913 conclusions TARDIEU; G.A.J.A. n° 19; S.1908, 3, p.1 note HAURIOU, conclusions TARDIEU; D.1909, 3, p.57 conclusions TARDIEU; RDP 1908, p.38 note JEZE.

(51) Conseil d'Etat 26 novembre 1875, Pariset, R.p.934; G.A.J.A. n° 4.

(52) Conseil d'Etat 14 janvier 1919, Camino, R.p.15; G.A.J.A. n° 33; S.1922, 3, p.10 conclusions CORNEILLE; RDP 1917, p.463 conclusions CORNEILLE, note JEZE.

(53) Conseil d'Etat 4 avril 1914, Gomel, R.p.488; G.A.J.A. n° 32; S. 1971, 3, p.25 note HAURIOU.

(54) Tribunal des Conflits 8 février 1873, Blanco, R.1er sup. p.61 conclusions DAVID; G.A.J.A. n° 1; D. 1873, 3, p.17 conclusions DAVID; S.1873, 3, p.153 conclusions DAVID; Conseil d'Etat 10 février 1905, Tomaso Grecco, R.p.139 conclusions ROMIEU; G.A.J.A. n° 15; S.1905, 3, p.113 note HAURIOU; D.1906, p.381 conclusions ROMIEU.

(55) Conseil d'Etat 28 mars 1919, Regnault-Desroziers, R.D.P. 1919, p.239, conclusions CORNEILLE; S. 1919, 3, p.25, note M. HAURIOU.

(56) J. MASSOT et J. MARIMBERT, Le Conseil d'Etat, Documentation française, 1988, n°4869-4870, p.192.

(57) Tribunal des Conflits 30 juillet 1873, Pelletier, R.1er sup. p.117 conclusions DAVID; G.A.J.A. n° 2; D.1874, 3, p.5 conclusions DAVID.

qui protège l'administration contre d'éventuels empiètements des tribunaux judiciaires, a considéré que la connaissance du fait délictueux d'un fonctionnaire constituerait un tel empiètement, a totalement privé de sens le décret de 1870 et écarté le régime de droit commun.

Cet exemple probant n'est pas isolé: récemment encore, on a pu assister à une évolution analogue, puisque des textes législatifs importants en matière non contentieuse ont vu leur portée réduite par l'interprétation restrictive du juge administratif(58).

C'est que le juge ne devient pas créateur de normes juridiques seulement pour éviter le déni de justice, conformément aux articles 4 et 5 du code civil(59): il a en plus sa propre conception du droit administratif. Les textes sont certes un appui utile, souvent nécessaire. Mais quand les solutions qui paraissent en découler ne sont pas conformes à sa conception, le juge sait "jongler" avec les textes, trouver d'autres appuis, évoquer les "principes généraux du droit". C'est aussi cette conception propre du juge administratif qui explique son détachement de la norme écrite(60).

Conclusion du paragraphe: La réalité de la jurisprudence "normative" s'est toujours mal accordée avec la logique cartésienne du droit continental qui est le nôtre; pourtant elle existe. Le juge créera la norme quand cela est nécessaire, plus encore, il pourra la façonner à sa guise quand elle le gêne. Il serait dès lors étonnant que le respect affiché de la liberté d'appréciation en opportunité de l'administration soit aussi strict que le juge semble vouloir l'affirmer.

§2. La délimitation du pouvoir discrétionnaire par le juge administratif

Dès lors qu'on s'accorde à reconnaître au juge administratif une fonction normative, et ce non seulement pour combler un réel vide juridique, mais aussi pour "déceler" de nouvelles "conditions légales" dans des domaines déjà réglementés, il est évident qu'on lui reconnaît également la possibilité de la réduction du pouvoir discrétionnaire de l'administration: le juge procédera à cette limitation en exerçant sa fonction jurisprudentielle, "quasi législative"(61) (A).

(58) C'est le cas, par exemple, de la législation relative à l'accès aux documents administratifs: cf. Conseil d'Etat 26 juillet 1985, Robert Amadou, R.p.243, RFDA 1986, p.179; Conseil d'Etat 9 février 1983, Bertin, R.p.53, AJDA 1983, p.431, D. 1983, p.68 note LAVEISSIERE; Conseil d'Etat 27 juin 1986, Association S.O.S. défense, RFDA 1987, p.465 note AUBY (voir, à propos du droit d'accès aux documents administratifs, R. LETTERON, L'administré et le droit à l'information, thèse Paris X, Nanterre 1987).

(59) D'ailleurs il n'est pas du tout évident que l'on puisse trouver dans ces dispositions le fondement du pouvoir normatif du juge administratif. Voir à ce propos l'article de Jacques HARDY, Le statut doctrinal de la jurisprudence en droit administratif français, RDP 1990, p.453s.

(60) Plusieurs auteurs évoquent à cet égard le fait que le juge administratif demeure, par sa formation, par son recrutement, par son statut, par ses autres fonctions enfin, proche de l'administrateur actif.

(61) Cf. Y. GAUDEMET, Les méthodes du juge administratif, thèse, LGDJ, Paris 1972, p.13s., avec la distinction entre fonction jurisprudentielle et juridictionnelle

Peut-on aller plus loin et reconnaître au juge la faculté d'exercer un contrôle proprement dit du pouvoir discrétionnaire, contrôle qui n'entraînerait pas sa limitation (B).

A. LE JUGE PEUT REDUIRE LE POUVOIR DISCRETIONNAIRE

Il est indéniable que le domaine de la légalité, entendue comme le rapport de conformité aux normes juridiques qui s'imposent à l'administration pour une action donnée, peut varier avec l'évolution du contrôle juridictionnel. Les exemples où le juge énonce de nouvelles conditions légales qui conditionnent pour l'avenir l'exercice d'une compétence administrative sont en effet innombrables. Conditions nouvelles, qui peuvent certes être "découvertes" dans une norme écrite: le juge entend bien prendre ses précautions. Mais conditions qui n'aboutissent pas moins à une modification objective du contenu du droit positif, dans le sens où un aspect donné de la décision de l'administration en cause n'était pas antérieurement contrôlé, mais le sera par la suite. Dans ce cas de figure, le juge se comporte pour ainsi dire "en législateur"(62).

"Etendre" le nombre des "concepts qualificateurs" résultant d'une norme écrite préexistante est la méthode la plus couramment utilisée par le juge pour réduire le domaine du pouvoir discrétionnaire. Ainsi dans l'arrêt Gomel(63), en faisant porter son examen sur la question de savoir si la construction est de nature à porter atteinte au concept qualificateur de "perspective monumentale", le juge a nié à l'administration active une compétence préalablement discrétionnaire, celle de refuser le permis de construire à sa guise. L'opération de qualification juridique peut donc servir de "couvert" à une réduction du pouvoir discrétionnaire: "En disant qu'une mesure n'est légale que si les faits qui en sont le fondement présentent certaines caractéristiques et en examinant celles-ci, le juge fait entrer dans la légalité des considérations qui auraient pu ne relever que de l'opportunité"(64).

Mais la Haute juridiction peut également choisir d'affirmer de manière plus "solennelle" l'extension de son contrôle, en évoquant un "principe général du droit", sans d'ailleurs se préoccuper outre mesure de sa réelle "généralité". C'est ainsi qu'un principe général du droit des étrangers "résidant régulièrement en France" de "mener une vie familiale normale" a pu servir de fondement juridique à l'annulation d'un décret déterminant "les motifs pour lesquels l'accès au territoire français ou l'octroi d'un titre de séjour pouvait être refusé au conjoint et aux enfants de moins de 18 ans d'un ressortissant étranger bénéficiant d'un titre de séjour"(65).

du juge administratif; J.C. VENEZIA, Le pouvoir discrétionnaire, thèse précitée, p.166s.

(62) Y. GAUDEMET, Les méthodes..., thèse précitée, p.13.

(63) Conseil d'Etat 4 avril 1914, R.p.488; G.A.J.A. n° 170; S. 1917, 3, p.25 note HAURIOU.

(64) G.A.J.A. n° 170, p.175.

(65) Conseil d'Etat Ass 8 décembre 1978, Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés et autres, (G.I.S.T.I.), CFDT et CGT, R.p.493, G.A n° 110; AJDA 1979, 3, p.38 chr. DUTHEILLET DE LAMOTHE et ROBINAU; D.1979, p.661

Pour résumer, on peut donc affirmer avec le professeur P. Delvolvé que "le juge exerce le contrôle qu'il veut, en faisant des textes ce qu'il veut, et même en établissant les normes qu'il veut"(66).

Dès lors, la tentation est grande de délimiter négativement le pouvoir discrétionnaire par l'étendue du contrôle juridictionnel, autrement dit d'assimiler pouvoir discrétionnaire et "non contrôle"; et la grande majorité de la doctrine a depuis longtemps franchi le pas.

Ainsi Ch. Eisenmann affirme que "les pouvoirs de l'administration ne sont discrétionnaires que dans la mesure où ni des règles légales ni des règles jurisprudentielles ne la lient"(67).

J. Kahn est encore plus explicite: selon lui, "c'est dans le contrôle exercé par le juge (...) que se situe très précisément aujourd'hui la distinction entre le pouvoir discrétionnaire et le pouvoir non discrétionnaire, le pouvoir est discrétionnaire si l'appréciation des faits n'est pas contrôlée par le juge; il cesse de l'être si le juge exerce ce contrôle"(68). Autrement dit, en exerçant son contrôle sur une matière donnée, le juge administratif pourra déplacer la frontière entre légalité et opportunité à volonté.

Ce serait d'ailleurs la raison pour laquelle le juge ne saurait jamais "contrôler" l'opportunité: comme l'indique le professeur Chapus, il ne faudrait pas "croire que la conséquence du changement de l'état du droit est que désormais le juge exerce son contrôle sur des questions d'opportunité. Il n'y a pas de définition a priori de l'opportunité. Cette dernière et la liberté de choix qui lui est liée sont ce qui reste hors contrôle et dont l'étendue dépend de l'évolution de la législation et de la jurisprudence"(69).

note HAMON; D.1979, IR, p.94 obs. DELVOLVÉ; Dr. soc. 1979, p.57 conclusions DONDOUX.

(66) P. DELVOLVÉ, Existe-t-il un contrôle de l'opportunité ?, Rapport du Colloque des 21-22 janvier 1988, Conseil constitutionnel et Conseil d'Etat, LGDJ - Montchrestien, Paris 1988, p.269).

(67) Ch. EISENMANN, Cours de droit administratif, ouvrage précité, tome II, p.665. L'"affiliation" de Ch. EISENMANN au courant doctrinal considérant que le juge administratif contrôle la seule légalité ne doit pas étonner, bien que celui-ci ait pu souvent distinguer entre "contrôle de la légalité" et "contrôle de la jurisprudentielité" (voir à ce titre sa préface à la thèse de M. DUBISSON, La distinction entre la légalité et l'opportunité dans la théorie du recours pour excès de pouvoir, thèse, LGDJ, Paris 1958, p.4: "le contrôle des actes administratifs par le contentieux de l'excès de pouvoir ne peut pas être défini comme un contrôle de légalité et exclusivement de légalité; il est - et dans quelles proportions et sur des points de quelle importance - il est aussi, il est au moins autant un contrôle de jurisprudentielité..."). En effet, cela tient au fait que Ch. EISENMANN, de même que M. DUBISSON qui s'en inspire, réservent le terme "légalité" aux seuls "textes de loi votés par le Parlement selon la procédure législative réglementée par la Constitution" (M. DUBISSON, thèse précitée, p.52), employant par ailleurs le terme "jurisprudentielité" ou "réglementation juridique", pour indiquer l'ensemble des règles légales, non écrites, jurisprudentielles etc. auxquelles l'administration est soumise lors d'un contrôle juridictionnel.

(68) J. KAHN, Rapport à l'occasion du Colloque de l'I.F.S.A. du 5 mars 1977 in Le pouvoir discrétionnaire et le juge administratif, cahier n°16, Cujas, Paris 1978, p.11.

(69) Droit administratif général, 6e éd., Montchrestien, Paris 1992, tome I, p.775.

Cette manière de présenter le contrôle juridictionnel a le mérite de la clarté, accompagné d'une tentative apparemment réussie de concilier intellectuellement la prise en compte de la réalité de ce contrôle, avec le principe(70) selon lequel le juge ne saurait jamais contrôler l'opportunité du choix de l'administration. Ainsi "dès lors, au fur et à mesure que s'accroît le contrôle du juge, l'opportunité s'échappe. Le contrôle le plus fort, portant sur le contenu même des actes, n'appréhende que la légalité, la normalité"(71). En dépit de cela, un nombre important de problèmes demeure.

La première question qui peut se poser tient à la remarque qu'un comportement non censuré n'est pas forcément "approuvé" par la réglementation juridique: ainsi quand la responsabilité de l'administration est recherchée seulement dans l'hypothèse d'une faute lourde, peut-on conclure pour autant que son activité "simplement" fautive, non sanctionnée par le juge, relève du pouvoir discrétionnaire? Et il en va de même quand, notamment dans le cas des "questions techniques", le juge administratif limite à l'évidence lui-même l'intensité de son contrôle en deçà de ce que la norme écrite elle-même permet(72).

Cette critique peut être esquivée à l'aide de la distinction pertinente opérée par le professeur P. Delvolvé entre contrôle de l'opportunité et opportunité du contrôle(73). En effet, dans les limites de sa compétence, le juge administratif a tout loisir de moduler l'intensité de l'examen de la légalité qu'il entend effectuer, même si cela entraîne l'"attribution" d'une compétence apparemment discrétionnaire à l'administration: le juge pourra toujours, s'il l'estime nécessaire, "déplacer" de nouveau la frontière de la "légalité - contrôle" pour pallier à tout effet indésirable du "retrait" préalablement consenti.

Cela dit, un autre problème est celui de la définition des limites juridiques d'un contrôle juridictionnel ainsi défini: comment cantonner l'exercice d'un contrôle dont la justification principale tient à son existence même?

Effectivement, les tentatives de circonscrire de manière intellectuellement rigoureuse les limites du contrôle juridictionnel se révèlent dans ce contexte relativement vaines(74). Or là encore on peut répondre, de

(70) Voir supra, sous-section 1, §2, B.

(71) P. DELVOLVÉ, Existe-t-il un contrôle de l'opportunité?, rapport précité, p.295. Pour une autre formule heureuse pour désigner le processus d'extension du domaine de la légalité au dépens de celui de l'opportunité, cf. G. VEDEL - P. DELVOLVÉ, Droit administratif, 11e édition, PUF, Paris 1990, tome 1, p.531: "au point de vue du droit fait, il n'y a jamais contrôle de l'opportunité et du pouvoir discrétionnaire; au point de vue du droit qui se fait, le juge s'assure le contrôle de certains éléments d'opportunité et de pouvoir discrétionnaire en forgeant des règles de droit qui étendent le domaine de la compétence liée et de la légalité".

(72) Ce sont notamment de telles hypothèses que donnent à S. RIALS l'occasion d'affirmer que "l'erreur de la doctrine est d'assimiler "non-contrôle" et pouvoir discrétionnaire. La jurisprudence semble ici plutôt démontrer qu'il y a des compétences liées que le juge pour des raisons particulières ne souhaite pas contrôler" (Le juge administratif français et la technique du standard..., thèse précitée, p.238).

(73) P. DELVOLVÉ, Existe-t-il un contrôle de l'opportunité?, rapport précité.

(74) Cf. Marcel WALINE (Le pouvoir discrétionnaire de l'administration et sa limitation par le contrôle juridictionnel, RDP 1930, p.197) qui croit pouvoir fonder l'incompétence du juge pour connaître de l'opportunité des actes qui lui sont déférés: sur sa méconnaissance de la vie administrative concrète ("le juge est trop loin du lieu où se sont passés les faits, il statue trop tard et il n'a pas l'habitude des situations

manière certes assez peu satisfaisante, que le propos de la théorie examinée n'est justement pas de présenter le contrôle juridictionnel tel qu'il aurait dû logiquement être, mais seulement de "prendre acte" d'un état de choses indéniable. Et par ailleurs, n'est-il pas finalement au juge d'apprécier la suffisance ou non de la réglementation juridique?

Reste la valeur explicative particulièrement faible de la théorie examinée. Celle-ci repose en effet sur une définition instable(75), et pour tout dire tautologique de la notion d'"opportunité": l'opportunité n'est pas contrôlée, car est opportunité ce que le juge ne contrôle pas. Si en revanche on persiste à définir, à l'instar de M. Truchet(76), l'opportunité comme le rapport d'adaptation de l'action aux circonstances qui l'ont entourée, on est obligé de constater avec lui que "même contrôlée, même incorporée à la légalité, l'opportunité reste... l'opportunité"(77).

Il est alors tentant d'examiner l'éventualité de l'existence d'un contrôle de l'opportunité sans réduction du pouvoir discrétionnaire, autrement dit, de l'éventualité d'un contrôle proprement dit de ce dernier par le juge.

B. LE JUGE PEUT-IL "CONTROLLER" LE POUVOIR DISCRETIONNAIRE?

Poser une telle question amène à s'interroger sur la pertinence de l'affirmation selon laquelle "là où il y a place pour un contrôle de régularité, il n'y a pas pouvoir discrétionnaire, là où l'on admet le contrôle on nie la discrétionnalité"(78), du moins dans ce qu'elle semble comporter de plus absolu.

Il semble certes pertinent d'affirmer que "là où un juge intervient pour exercer un contrôle de régularité, c'est-à-dire pour vérifier la conformité à une règle obligatoire, impérative, il n'y a pas de pouvoir discrétionnaire"(79). Pourtant, à partir surtout des années soixante dix, on a pu se demander s'il n'existait pas une autre forme d'intervention juridictionnelle, moins affichée, plus souple, et qui permettrait au juge d'exercer un certain contrôle, sans laisser de trace "indélébile" à la réglementation juridique, de sorte à pouvoir examiner une décision "discrétionnaire" de l'administration sans justement lui enlever, pour l'avenir, ce caractère "discrétionnaire".

auxquelles il s'agit de parer"). Voir encore J.C. VENEZIA (Le pouvoir discrétionnaire, thèse précitée, p.161), qui discerne ses limites "à la marge de liberté qui est indispensable à l'autorité exécutive pour rendre effective la responsabilité dont elle est investie".

(75) Ce qui était considéré comme relevant de l'opportunité avant l'intervention du juge, peut parfaitement ne plus l'être après puisque, comme l'avoue le professeur CHAPUS, "il n'y a pas de définition a priori de l'opportunité" (Droit administratif..., ouvrage précité, p. 775).

(76) Les fonctions de la notion d'intérêt général..., thèse précitée, p.318. Voir supra, section 1, §2, B.

(77) Les fonctions de la notion d'intérêt général..., thèse précitée, p.341.

(78) Ch. EISENMANN, Cours de droit administratif, ouvrage précité, p.663.

(79) J.C. VENEZIA, Le pouvoir discrétionnaire, thèse précitée, p.99 (c'est nous qui soulignons).

Cette interrogation a été surtout motivée par l'apparition à cette époque de nouvelles techniques juridictionnelles, notamment celle du "bilan" et, encore plus, celle de l'erreur manifeste d'appréciation. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle ces techniques, perçues comme portant sur ce que M. Kahn a appelé le régime même du pouvoir discrétionnaire, n'ont pas manqué de provoquer l'inquiétude d'une partie de la doctrine qui, tout en y voyant un contrôle de l'opportunité(80), se demandait si celui-ci était bien souhaitable, et même compatible avec la nécessité de conserver la sécurité et la prévisibilité du droit(81).

Ainsi les professeurs Auby et Drago ont pu soutenir, à propos de la jurisprudence du "bilan", que "quoi qu'on puisse dire, il s'agit là d'un contrôle quasi exclusif de l'opportunité et, au moins dans ce domaine, le juge est en train d'adopter une attitude qui le conduirait à substituer ses appréciations subjectives à celles de l'administration. Le danger d'une telle évolution est qu'elle confère une incertitude complète à la solution des litiges portés devant le juge administratif, les justiciables ne pouvant jamais savoir ce que sera la solution dès lors qu'elle dépend d'appréciations qui peuvent varier selon les affaires et composition de la juridiction. Un développement de cette jurisprudence conduirait à mettre en cause jusqu'au fondements de la juridiction administrative..."(82).

D'autres auteurs, sans porter de jugement de valeur aussi catégorique, ont néanmoins constaté, de manière analogue, l'existence dans les faits d'un certain contrôle du pouvoir discrétionnaire, en faisant valoir qu'il arrive que "le juge, sans marchander l'existence d'une compétence discrétionnaire ni limiter le champ de celle-ci, fasse porter son contrôle réduit il est vrai, sur la façon dont l'auteur de l'acte a perçu les données de fait dont la considération devait déterminer son appréciation discrétionnaire"(83).

Il est évident que de telles prises de position supposent, ne serait-ce qu'implicitement, une autre définition de l'opportunité, indépendante de l'étendue réelle du contrôle juridictionnel: en ce sens, comme l'indique A. de Laubadère, "il y aura contrôle de l'opportunité lorsque le juge estimera, à la suite de sa propre ré-appréciation des circonstances de l'affaire, que la mesure critiquée convenait ou non"(84).

(80) Cf. par exemple A. DE LAUBADERE, *Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire dans la jurisprudence récente du Conseil d'Etat*, Mélanges Waline, Paris 1974, p.531s.; également J.M. AUBY et R. DRAGO, *Traité de contentieux administratif*, tome 2, LGDJ, Paris 1984, p. 408 - 409: les auteurs y signalent l'existence des cas où "le juge contrôle effectivement et, peut-on dire, ouvertement l'opportunité des décisions administratives" (p.409).

(81) Cf. également A. DE LAUBADERE, *Le contrôle juridictionnel...*, article précité: l'auteur y exprime sa méfiance notamment envers la technique de l'erreur manifeste d'appréciation. Dans une occasion ultérieure (Colloque de l'IFSA de 1977 sur le pouvoir discrétionnaire précité), ce même auteur plaide avec vigueur pour que le Conseil d'Etat développe sa fonction normative en matière des sanctions disciplinaires dans la fonction publique par la "découverte d'une nouvelle compétence liée". Or on sait que c'est dans le cadre de la technique de l'erreur manifeste que la Haute juridiction a reconnu un tel contrôle...

(82) J.M. AUBY et R. DRAGO, *Traité de contentieux administratif*, ouvrage précité, p.411.

(83) Y. GAUDEMET, *Pouvoir discrétionnaire...*, article précité, p.129.

(84) *Le contrôle juridictionnel...*, article précité, p.533.

L'auteur qui a suivi le plus explicitement, et le plus loin, cette voie est sans doute D. Rousseau. L'auteur procède, en effet, dans sa thèse, à une critique très ouverte de la définition "négative" du pouvoir discrétionnaire(85), pour soutenir que contrôle juridictionnel et réduction du pouvoir discrétionnaire ne doivent pas du tout être considérés comme synonymes. Pour qu'il en soit ainsi, nous dit D. Rousseau, il faudrait "que les conditions créées par le juge suppriment la liberté pour l'administration d'apprécier quelle mesure peut être prise eu égard aux circonstances de l'affaire; or sauf une forte dose de volontarisme contraire à une démarche positiviste, aucune des conditions créées par le juge ne peut s'analyser comme une suppression de la liberté d'appréciation administrative"(86).

Bref pour l'auteur, si "contrôler l'opportunité n'est pas une opération miracle qui supprimerait, pour une matière donnée, le caractère discrétionnaire des appréciations passées et à venir", en revanche, le contrôle de l'opportunité "apparaît d'abord comme l'expression d'une logique inscrite dans le contrôle juridictionnel. Ainsi les différents instruments de contrôle, exactitude matérielle des faits, erreur manifeste, bilan coûts-avantages, ont tous en commun de permettre au juge une ré-appréciation des motifs, de la situation générateurs de la décision contestée; or la logique de cette ré-appréciation conduit nécessairement, implicitement au moins, à dire si la mesure litigieuse convenait ou non (...) à pouvoir discuter l'à propos, l'opportunité d'une décision"(87).

Partant d'une définition diamétralement opposée de la notion d'opportunité, cette prise de position est, tout aussi que son opposée, conforme à ses propres prémices de base: elle est la conséquence directe de la définition qu'elle donne à la notion de l'opportunité. Par ailleurs, cette dernière définition à la mérite d'être stable, puisqu'indépendante de l'évolution du contrôle juridictionnel.

Mais le problème de légitimité juridique de l'intervention du juge, posé déjà dans le cadre de la définition négative du pouvoir discrétionnaire, se trouve singulièrement accentué.

En effet, l'explication juridique des raisons de l'existence d'un tel "contrôle de l'opportunité" fournie par D. Rousseau est largement limitée à la constatation du "phénomène": selon lui, "le Conseil d'Etat n'agit jamais par esprit de système mais de manière foncièrement empirique; lorsque le sens de la décision ne lui paraît pas convenir à la situation en cause, il annule; sa sentence ne vaut que pour ce cas particulier: elle n'engage ni l'administration ni d'ailleurs

(85) Pour D. ROUSSEAU en effet, la doctrine soutenant cette définition du pouvoir discrétionnaire par rapport au seul contrôle juridictionnel "ne nie plus que le juge ait à connaître des questions de fait et d'opportunité; mais elle considère qu'en les examinant le juge les intègre à la légalité, crée des hypothèses de compétence liée de sorte qu'en définitive le contrôle juridictionnel reste celui de la légalité. Avant l'opportunité était considérée exclue du domaine juridictionnel; aujourd'hui elle y entre, mais comme il est de tradition qu'une jeune fille entre en mariage, c'est-à-dire en perdant son nom pour prendre celui de légalité. On saisit mal la différence s'il s'agit d'admettre dans un premier temps le contrôle de l'opportunité pour affirmer ensuite que ce contrôle transforme en réalité l'opportunité en élément de légalité!" (*Le contrôle de l'opportunité de l'action administrative par le juge administratif*, thèse Paris II, Paris 1979, p.598).

(86) *Le contrôle de l'opportunité...*, thèse précitée, p.543.

(87) *Ibid*, p.562s.

les juges dans leurs décisions ultérieures. C'est pourquoi le contrôle de l'opportunité, parce qu'il est nécessairement un contrôle singulier, et bien qu'il porte sur l'élément discrétionnaire du processus décisionnel, ne peut être synonyme de recul progressif et disparition complète du pouvoir discrétionnaire; il est simplement le contrôle, décision par décision, du caractère "raisonnable" d'appréciations qui demeurent discrétionnaires"(88).

Or si le contrôle de l'opportunité n'est pas la conséquence d'une norme impérative, mais celle d'un "sentiment empirique de justice" du juge, on se trouve non seulement devant un contrôle juridictionnel "hors réglementation juridique préalable", mais aussi devant un "contrôle sans norme". Mais une telle éventualité, ainsi que le souligne S. Rials(89), ne peut être admise, car elle aboutirait à accepter l'existence d'un contrôle juridictionnel sans aucune légitimité juridique(90). Et de fait, le problème de la légitimité du contrôle juridictionnel s'en trouverait singulièrement aggravé(91): si le juge n'exerce pas son contrôle en vertu d'une norme, même émanant de son propre pouvoir normatif, en vertu de quoi son contrôle reste-t-il juridique et lui... juge?

La thèse de la limitation du pouvoir discrétionnaire par l'activité normative du juge doit donc être pour l'instant maintenue, malgré ses faiblesses.

Reste que cette théorie doit absolument tenir compte d'un autre impératif, non juridique, mais d'une grande importance: celui de la légitimité et des limites politiques du pouvoir judiciaire.

En effet si, en acceptant le pouvoir normatif du juge, on accepte du coup que les limites proprement juridiques de son contrôle n'existent pratiquement pas(92), il est en revanche indéniable que "la question du contrôle de l'opportunité se pose et se résout autant en termes de rapports de force que de rapports de droit"(93). Autrement dit, ainsi que le souligne le professeur Y. Gaudemet, "on n'insistera jamais trop sur l'existence de ce "seuil de tolérance" du droit positif aux interventions modificatrices du juge, au-delà duquel se situe le gouffre de l'inefficacité de la règle nouvelle. Si ce seuil, de par la nature des choses, ne peut être saisi que par l'intuition, il reste qu'à notre avis il est constamment présent à l'attention du juge administratif. C'est le lieu ici de rappeler la réponse bien connue de Romieu à qui lui démontrait l'opportunité d'une nouvelle solution jurisprudentielle: "Sans doute, vous avez raison..., Mais pas encore maintenant!..."(94).

(88) Le contrôle de l'opportunité..., thèse précitée, p.560.

(89) Cf. son article Sur une distinction contestable et un trop réel déclin, AJDA 1981, p.115.

(90) D. ROUSSEAU admet d'ailleurs que l'existence d'un contrôle de l'opportunité tel qu'il vient d'être présenté procède d'une "constatation empirique (...) peut être regrettable et peu conforme à l'idée de l'Etat de droit (...)" (Le contrôle de l'opportunité..., thèse précitée, p.550).

(91) On dit bien "aggravé" et non "créé" car, d'un point de vue strictement théorique, il est vrai que la reconnaissance de la fonction "quasi législative" du juge est également "choquante": cf. S. RIALS, Le juge administratif français..., thèse précitée, p.198.

(92) Cf. supra, même paragraphe, A.

(93) P. DELVOLLE, Existe-t-il un contrôle de l'opportunité?, rapport précité, p.312.

(94) Les méthodes du juge administratif, thèse précitée, p.219. Il est peut-être utile de citer un exemple, révélé par l'adoption par la Haute juridiction administrative de la célèbre théorie de la "loi écran". En effet, les raisons profondes de ce choix ont

C'est peut-être à cause de ce besoin d'exercer le contrôle qu'il estime nécessaire en heurtant le moins possible de front la puissance publique(95), qu'il arrive au juge administratif de mettre en œuvre un contrôle de type "particulier". Dans ces cas en effet le juge évite la création ouverte de nouveaux "concepts qualificateurs", tout en allant visiblement au-delà de l'opération de la qualification juridique stricto sensu: il donne ainsi l'impression ne pas réduire une compétence administrative discrétionnaire, tout en surveillant l'appréciation effectuée par l'administration active.

Cette réalité, peu conforme à l'orthodoxie théorique, a pourtant été soulignée par une doctrine quasi unanime. Ainsi, commentant la lignée de jurisprudence bien connue Benjamin(96), les professeurs Vedel et Delvolvé relèvent que l'examen du juge en la matière comprend "non seulement la matérialité des faits (l'existence de troubles) et leur qualification (les dangers pour l'ordre public) mais aussi l'adaptation de la décision par rapport aux faits existants, correctement qualifiés"(97). Et de la même manière, J.M. Auby et R. Drago soulignent à propos de la technique de l'erreur manifeste, que "le fait même que [le juge] emploie l'expression "erreur manifeste d'appréciation" montre, dans cette hypothèse, qu'il a tendance à dépasser le strict contrôle objectif de la qualification juridique des faits pour faire prévaloir une interprétation subjective".

De fait, s'il semble quelque peu insolite de reconnaître l'existence d'un contrôle juridictionnel sur des faits correctement qualifiés, il s'agit là d'une vérité indiscutable, conforme d'ailleurs à la remarque bien connue de R. Odent soulignant qu'en matière de contentieux administratif "il n'y a pas de solution de continuité, on passe insensiblement de l'une à l'autre par toute une gamme

été mises en évidence par l'analyse percutante de CH. EISENMANN: "Qui niera que, fondées ou non en droit, heureuses ou regrettables, les idées qui prévalent en France ne sont pas favorables à un contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des dispositions législatives, tout au moins que ce contrôle se heurte, sinon au droit public, du moins à l'esprit public (...) Il est dès lors vrai qu'à heurter de front ces idées reçues, on risquerait le pire sous prétexte d'obtenir le mieux (...) Blâmera-t-on le juge de tenir compte, en ces délicates matières, de semblables considérations (...) En dépit de la logique juridique, nous avouons n'en avoir pas le courage. Et, personnellement, nous approuverions donc au fond, du point de vue politique, ou de l'opportunité [du contrôle], la décision à laquelle nous ne pouvons reconnaître en droit une pleine nécessité..." (D. 1938, III, p.6, note sous Conseil d'Etat Se 6 novembre 1936, Arrighi, Dame Coudert).

(95) Car les rares fois où cela se produit, le pouvoir politique peut faire échec à l'effort juridictionnel, comme cela a été le cas à propos de la célèbre affaire Conseil d'Etat Ass 19 octobre 1962, Canal, Robin et Godot, R.p.552; G.A.J.A. n° 101; AJDA 1962, p.612 chr. DE LAUBADERE; RA 1962, p.623 note LIET-VEAUX; JCP 1963 II, 13068 note DEBBASCH. Cf. également O. DUPEYROUX, L'indépendance du Conseil d'Etat statuant au contentieux, RDP 1983, p.565.

(96) Conseil d'Etat 19 mai 1933, Benjamin, R.p.541; G.A.J.A. n° 52; S. 1934, 3, p.1 conclusions MICHEL, note MESTRE; D. 1933, 3, p.354 conclusions MICHEL.

(97) Droit administratif, ouvrage précité, tome 2, p.312.

subtile et nuancée de contrôles adaptés aux possibilités du juge et à ce que lui paraissent être les besoins du moment"(98).

Or, comme on le verra, c'est justement ce rôle de contrôle souple "après qualification" que la doctrine assigne en règle générale au contrôle de proportionnalité.

Conclusion du paragraphe, de la sous-section et de la section: Le juge administratif a su remplir, en exerçant son contrôle, un rôle créateur sous une apparence timorée. Conciliant les impératifs de la retenue et de l'audace, il privilégie le non-dit, pour exercer un contrôle d'intensité réelle, dès lors qu'il est politiquement acceptable. Autrement dit - pour reprendre l'expression de Ch. Eisenmann, le juge administratif a su acquérir un rôle crucial de "répartiteur" du pouvoir discrétionnaire, bien que la situation de départ de répartition des pouvoirs ne préjugeait nullement d'une telle évolution.

Mais, comme l'indique Y. Gaudemet, la singularité du système français tient aussi au fait que "les données caractéristiques de cette situation d'origine n'ont jamais été brutalement et définitivement remises en cause. Une évolution certes s'est produite, mais pas de rupture: tout le droit administratif moderne s'est construit sur ces données historiques et à partir d'elles (...)"(99). La "frontière" entre légalité et opportunité et la définition négative du pouvoir discrétionnaire qui en résulte font partie de cette continuité d'évolution. Pour montrer son adhésion à cette définition et de ne pas "bousculer" les conventions traditionnelles du droit administratif, le juge administratif entend user de son "droit de regard" sur le pouvoir discrétionnaire de l'administration avec le plus de "tact" possible. Dès lors qu'il entend exercer un contrôle qui "confine" au pouvoir discrétionnaire, il est donc amené à utiliser des moyens de contrôle souples, affichant une certaine objectivité et éloignant le danger (juridique et politique) d'arbitraire. La proportionnalité pourrait être l'un de ces moyens.

Section 2

L'intervention du rapport de proportionnalité dans le contrôle juridictionnel de l'administration

Depuis le début des années soixante-dix(100), il a beaucoup été question du contrôle juridictionnel de proportionnalité. Aujourd'hui tous les manuels de droit administratif(101) en font état, au moins à propos de certains contentieux,

(98) R. ODEnt, contentieux administratif, Les cours de droit, Paris 1970-1, Fasc. VI, p.1503.

(99) Y. GAUDEMET, Pouvoir discrétionnaire de l'administration moderne..., article précité, p.120.

(100) Depuis notamment l'arrêt précité Conseil d'Etat Ass 28 mai 1971, "Ville nouvelle Est".

(101) Le contrôle de la proportionnalité n'est pas pour autant inconnu du juge constitutionnel, même s'il est encore moins explicite. Il sera examiné en deuxième partie.

notamment celui de l'expropriation pour cause d'utilité publique. Il a également suscité bon nombre d'études doctrinales dont, récemment, deux thèses qui lui ont été spécifiquement consacrées(102).

Si l'intérêt suscité par la notion de proportionnalité dans le cadre du contentieux administratif est relativement récent, cela est dû, à notre avis, essentiellement à deux facteurs: Il est d'abord vrai que le recours à cette notion comme moyen de contrôle par le juge est plus fréquent, mais surtout il se fait d'une manière beaucoup plus explicite, autonome et difficile à dissimuler. Par ailleurs, son utilisation récente par le juge a largement contribué à remettre davantage en cause les clivages doctrinaux traditionnels entre légalité et opportunité, compétence liée et pouvoir discrétionnaire.

Ceci étant, l'idée de proportionnalité n'est pas récente dans le contrôle juridictionnel en droit administratif français. C'est en effet déjà dans le célèbre arrêt Blanco que l'on discerne une certaine idée de proportionnalité, inhérente pour ainsi dire à la mission du juge administratif(103). Et ce contrôle a depuis été constamment effectué par le juge administratif, "sans le savoir, ou, plus exactement, sans le dire"(104) et, qui plus est, non seulement à la place, mais aussi à travers des techniques de contrôle plus traditionnelles.

Pourtant ce contrôle à visages multiples, a été généralement présenté par la doctrine comme ayant trait au seul contrôle du pouvoir discrétionnaire de l'administration. C'est la raison pour laquelle il convient de présenter brièvement les différentes tentatives déjà déployées par la doctrine pour le décrire (sous-section 1), avant de s'engager dans un essai d'identification personnelle (sous-section 2).

Sous-section 1. Proportionnalité et doctrine

La majorité de la doctrine s'est attachée à recenser le contrôle de la proportionnalité à travers les différents contentieux où son application a été constatée, contentieux décrits de manière isolée et pratiquement toujours dans le cadre des relations entre pouvoir discrétionnaire de l'administration et contrôle juridictionnel (§1). Parallèlement cependant, une deuxième tendance s'est dégagée, envisageant ce contrôle de manière globale, au delà de ses manifestations isolées et ponctuelles (§2).

(102) X. PHILIPPE, Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative françaises, thèse précitée; J. MEKHANTAR, Le contrôle juridictionnel de la proportionnalité dans l'action unilatérale de l'administration, thèse précitée.

(103) Arrêt précité, Tribunal des Conflits 8 février 1873, Blanco: "cette responsabilité n'est ni générale ni absolue; elle a ses règles spéciales qui varient suivant les besoins du service et la nécessité de concilier les droits de l'Etat avec les droits privés (...)"

(104) G. BRAIBANT, Le principe de proportionnalité, article précité, p.299.

§1. La vision traditionnelle du contrôle de proportionnalité

Identifier le contrôle de proportionnalité à partir de certaines de ses manifestations plus ou moins généralement reconnues, c'est naturellement la démarche adoptée dans la presque totalité des ouvrages généraux de contentieux administratif. Cela a l'avantage d'intégrer le contrôle de proportionnalité dans des classifications contentieuses matérielles préexistantes. Ce courant est d'ailleurs rejoint par la majeure partie des contributions doctrinales des membres de nos juridictions contentieuses, ainsi que par une partie de la doctrine universitaire. Didactique, cette manière d'appréhender le contrôle de proportionnalité ne favorise pourtant pas sa compréhension globale. Une présentation sommaire des tenants de cette conception (A) permettra d'en dégager les traits principaux communs. On pourra alors s'interroger sur ses éventuels défauts (B).

A. LES REPRESENTANTS DE CETTE POSITION DOCTRINALE

Seront examinées successivement les conceptions sur le contrôle de proportionnalité développées par R. Latournerie (a), G. Braibant (b), M. Guibal (c), A. Bockel (d), J.P. Costa (e), J. Mekhantar (f) et celles développées dans les manuels de droit administratifs de R. Chapus, A. de Laubadère, J.C. Venezia et Y. Gaudemet et de G. Vedel et P. Delvolvé (g).

Parmi les conceptions doctrinales s'attachant plus ou moins directement à la proportionnalité, il convient d'abord d'évoquer celle de R. Latournerie qui, sans en parler explicitement, a été néanmoins le premier à le mettre en évidence en analysant l'acte administratif dans son ensemble.

a. La conception de R. Latournerie

Il est en effet le premier à révéler, dès 1929, les motifs qui conduisent le juge à effectuer un contrôle de proportionnalité: "les droits les plus discrétionnaires et les plus absolus en apparence, portent leur limitation en eux-mêmes (...) dans le fait qu'ils ne sont concédés qu'en vue d'atteindre un but précis et qu'ils ne s'exercent légitimement que dans le cas et dans la mesure où leur titulaire se propose d'atteindre ce but. Or, si le législateur n'a pas fixé, en l'espèce le nombre de visites, il n'a évidemment eu en vue que les visites nécessaires, les visites utiles (...) "(105).

Plus encore, dans son étude capitale sur les méthodes juridictionnelles du Conseil d'Etat(106), il distingue deux principes qui "constituent l'ossature inapparente du droit dont l'importance est fondamentale: la finalité et la nécessité"(107), principes impliquant que l'étendue des pouvoirs dont une autorité publique est investie s'apprécie, dans chaque cas, "suivant la nature tant de l'activité dont il s'agit que des droits qui sont en rapport avec elle"(108).

(105) Conclusions sous Conseil d'Etat 5 juillet 1929, Ministre du travail, RDP 1931, p.319.

(106) Essai sur les méthodes juridictionnelles du Conseil d'Etat, Livre jubilaire du conseil d'état, Sirey, Paris 1952.

(107) Ibid, p.245.

(108) Ibid.

R. Latournerie souligne ainsi déjà le rapport moyens - but qui est généralement entendu comme étant la fonction principale du principe de proportionnalité, dans le cadre de la surveillance juridictionnelle d'une appréciation administrative apparemment discrétionnaire(109). Néanmoins, il ne définit pas la nature et le contenu du contrôle qui en découle; il envisage le principe de proportionnalité "comme le résultat général du raisonnement, non comme son mécanisme"(110).

b. La conception de G. Braibant

A M. Braibant revient le mérite d'avoir pour la première fois évoqué le contrôle de proportionnalité en le désignant par son nom de "principe innommé du droit administratif"(111). Sa contribution se présente comme un bilan des solutions jurisprudentielles. L'auteur distingue différents degrés du contrôle du "principe de proportionnalité": il met ainsi en évidence la souplesse qui peut caractériser sa mise en œuvre. Sur un plan plus conceptuel, il ajoute aux éléments de "moyen" et de "but" un troisième: la "situation de fait"(112). Mais il ne pousse pas plus loin son investigation. Pour lui la proportionnalité "n'est que l'application à l'administration d'une règle de bon sens"(113) dont il s'agit d'étendre l'application. Son étude a toutefois la qualité de reconnaître que "la fonction de ce principe est partiellement remplie, en France, par des notions telles que l'erreur manifeste, le détournement de pouvoir ou la voie de fait, ainsi que par un contrôle étendu de la qualification juridique des faits". Il subodore ainsi, mais sans plus, la faculté du juge de mettre en œuvre le contrôle de proportionnalité à travers un nombre de techniques juridictionnelles variées, dont l'interprétation des conditions légales législatives ou jurisprudentielles qui s'imposent à l'administration.

(109) C. EISENMANN évoque aussi la relation entre l'objet et le but dans l'exécution de la norme législative et développe une théorie qui permet de situer le contrôle de proportionnalité au sein du contrôle du "but objectif". Sans parler directement de proportionnalité, il fait appel à la notion d'"excessivité", qui démontre qu'une mesure "n'est pas permise vue les circonstances" (Cours de droit administratif, ouvrage précité, p.637).

(110) J.J. BIENVENU, L'interprétation juridictionnelle des actes administratifs et des lois, sa nature et sa fonction dans l'élaboration du droit administratif, thèse Paris II, Paris 1979, tome 2, p.72.

(111) Mlle J. LEMAZURIER a abordé, dans le même ouvrage collectif, la proportionnalité sous l'angle du bilan "coûts-avantages": Vers un nouveau principe général du droit? Le principe du bilan coûts-avantages, Mélanges Marcel Waline, tome 2, p.550. Mais sa démarche entraîne deux critiques importantes: on ne peut, en premier lieu, ramener une forme du contrôle de la proportionnalité à l'ensemble de ce contrôle, la technique du "bilan" n'étant qu'une des formes possibles du contrôle de proportionnalité; on est ensuite amené à constater, quelque vingt ans après, que l'hypothèse de la consécration d'un principe général du "bilan", telle au moins qu'elle a été formulée par l'auteur, ne s'est pas réalisée.

(112) Le principe de proportionnalité, article précité, p.298.

(113) Ibid.

c. La conception de M. Guibal

M. Guibal(114) a, quant à lui, opté pour une autre démarche intéressante: il a situé la proportionnalité par rapport à des concepts voisins(115) et a porté son examen à la fois sur l'action de l'administration et sur le contrôle du juge. A propos du contrôle du juge, il désigne trois degrés d'intensité intellectuellement concevables: celui de l'illégalité pour disproportion manifeste, celui de l'illégalité pour absence de proportion raisonnable, celui de l'illégalité pour absence de stricte proportion ou, finalement, pour absence de proportion véritable. Pour l'auteur, seul ce dernier cas constitue un contrôle effectif de la proportionnalité, les deux autres ne représentant que de "faux contrôles" de proportionnalité. La proportion véritable est, quant à elle, comprise en tant qu'adéquation "mathématiquement" stricte (et non pas "non excessive") entre avantages et inconvénients. L'examen de ce genre de "proportion" n'étant pas effectué par le juge, M. Guibal définit donc finalement la proportionnalité contentieuse comme une forme "non consacrée" de contrôle de proportionnalité.

M. Guibal est, à notre connaissance le premier auteur français à avoir tenté de cerner logiquement le contrôle de proportionnalité. Mais, à l'évidence, on ne peut adhérer à sa conclusion sur la non-existence d'un réel contrôle de proportionnalité par le juge administratif. Ce que l'auteur appelle de "faux contrôles de proportionnalité" n'en sont que des formes atténuées: l'obligation de proportionnalité ne peut être étrangère à l'interdiction de l'excès. On peut même se demander si un contrôle "mathématique"(116) de la proportionnalité est réellement concevable. Mais son étude est méritoire à divers autres titres. Il met notamment en évidence les rapports confus que la proportionnalité peut avoir avec l'opportunité: "dans une perspective de proportionnalité, légalité et opportunité ne se distinguent pas nettement, en tout cas ne s'opposent pas. La mise en œuvre de la proportionnalité suppose d'abord l'adaptation des moyens aux fins, ce qui est un aspect essentiellement matériel de la décision et donc un aspect d'opportunité"(117). Et il démontre ce que peut être, en partie l'utilité cachée de ce contrôle: "la proportionnalité est ce qui fait admettre la décision administrative par les administrés, ce qui la justifie: elle serait aux institutions administratives ce que la légitimité est aux institutions politiques"(118).

d. La conception d'A. Bockel

M. Bockel a abordé la question du contrôle de proportionnalité dans une étude originale consacrée au pouvoir discrétionnaire de l'administration(119). L'un des mérites de son étude est d'avoir détecté la communauté que peuvent

(114) De la proportionnalité, AJDA 1978, p.477.

(115) Tels que la nécessité, la rationalité, l'efficacité. Pour notre part, étant donné que le contentieux français de proportionnalité n'est que rarement un contrôle eo nomine, on tient toute référence juridictionnelle à un concept apparemment voisin, telle l'interdiction de l'excès, comme une manifestation potentielle du contrôle de proportionnalité.

(116) De la proportionnalité, article précité, p.486.

(117) Ibid, p.479.

(118) Ibid, p.479.

(119) A. BOCKEL, Contribution à l'étude du pouvoir discrétionnaire de l'administration, AJDA 1978, p.355.

présenter les techniques jurisprudentielles du "bilan" et de l'erreur manifeste d'appréciation en tant que moyens de censure des "décisions discrétionnaires déraisonnables". Mais la réelle originalité de sa démarche tient à l'effort de distinguer les techniques d'intervention du contrôle de proportionnalité selon leur place au sein des éléments de l'acte contrôlé.

L'auteur estime ainsi que le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation et celui du "bilan" ne sauraient être interchangeables, puisque la première technique concernerait la seule "opportunité de l'action" de l'administration, et la seconde "le choix du contenu de la décision" les rapports donc entre contenu et but de l'acte(120).

La distinction proposée est séduisante et serait d'une grande valeur explicative si elle se révélait exacte; or l'étude de la jurisprudence contredit la construction théorique de M. Bockel. Il suffit à ce titre d'observer la jurisprudence Lebon(121), concernant le contrôle de l'erreur manifeste dans le choix d'une sanction disciplinaire dans la fonction publique. Il est évident que l'examen juridictionnel porte, à cette occasion, sur le choix du contenu de l'acte (choix de la sanction concrète) et non pas l'opportunité du choix d'une sanction. La distinction entre motifs et contenu de l'acte ne peut donc servir de critère de distinction entre erreur manifeste et bilan.

e. La conception de J.P. Costa

Pour M. Costa, auteur de l'une des plus récentes études consacrées sur le contrôle de la proportionnalité(122), il s'agit de l'"un de ces concepts transversaux qui imprègnent, de façon implicite, toute l'action de l'administration, et recoupent largement le contrôle exercé sur elle par le juge administratif"(123). Malheureusement, après cette remarque prometteuse, l'auteur fait porter son étude sur la seule "partie du contentieux de l'annulation dans laquelle le principe de proportionnalité est utilement invoqué" c'est-à-dire au contrôle des mesures de police et de l'utilisation par le juge des théories du bilan et de l'erreur manifeste d'appréciation.

Un peu trop "classique" dans son ensemble, la description du contrôle de proportionnalité par M. Costa met toutefois en évidence "la souplesse de cette technique", qui laisse au juge "une latitude, une marge d'appréciation qui s'accommodent de situations très diverses" et lui permet "de contourner de façon ingénieuse une difficulté qu'il s'était lui-même imposée, et qui reste un pilier du droit du contentieux administratif français, à savoir que le juge, gardien de la légalité, ne contrôle pas l'opportunité des décisions de l'administration"(124).

(120) Ibid, p.367s.

(121) Arrêt de principe: Conseil d'Etat Se 9 juin 1978, Lebon, R.p.245; AJDA 1978 p.573 conclusions GENEVOIS, note S.S.; RDP 1979, p.227 note AUBY; D.1978, IR, p.485; JCP 1980, n°19265, note THOUROUDE.

(122) J.P. COSTA, Le principe de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil d'Etat, AJDA 1988, p.434. Il s'agit d'une reproduction d'une communication présentée au cours de la rencontre au Palais-Royal des 14-15 juin 1988 entre le Conseil d'Etat, le Conseil constitutionnel et la Cour européenne des droits de l'homme.

(123) Ibid p.434.

(124) Ibid p.436; c'est nous qui soulignons.

f. La conception de J. Mekhantar

L'étude la plus complète dans cette lignée de pensée est naturellement une thèse, en l'occurrence celle de M. Mekhantar⁽¹²⁵⁾. L'auteur constate en premier lieu l'existence du contrôle de proportionnalité, et le situe au sein des rapports entre les éléments de l'acte (motifs - objet - but). Il observe ensuite qu'il s'agit d'une "règle constructive", s'exerçant à travers les techniques telles que l'erreur manifeste d'appréciation, l'interdiction d'excès ou le bilan.

Cependant, toutes ces "manifestations" du contrôle de proportionnalité se réfèrent au contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire de l'administration. C'est là, pour M. Mekhantar, la fonction essentielle de ce contrôle: modifier "la conception classique du pouvoir discrétionnaire, qui ne pourra plus ni se définir, ni s'exercer comme avant"⁽¹²⁶⁾.

Par cette remarque, l'auteur laisse espérer une présentation novatrice des rapports entre pouvoir discrétionnaire et contrôle juridictionnel, à la lumière du contrôle de proportionnalité. Mais sous ce point de vue son analyse promet peut être plus qu'elle ne révèle. En fin de compte sa compréhension du contrôle de proportionnalité se situe dans une lignée bien classique: limitation du pouvoir discrétionnaire par le juge, dans le sens de l'exigence de son exercice "raisonnable" telle que le juge la comprend.

En effet, si M. Mekhantar soutient que "le pouvoir lié jurisprudentiel n'existe pas", car "ce qui lie l'administration ce n'est pas le juge, mais c'est le droit que ce dernier ne fait que constater ou découvrir lorsque la loi est muette"⁽¹²⁷⁾, c'est pourtant vers le juge qu'il se tourne pour plaider la reconnaissance d'un contrôle de proportionnalité au rang du principe général du droit.

Ce plaidoyer constitue d'ailleurs le point central de sa thèse, car une telle reconnaissance aboutirait, aux dires de l'auteur, à la "rationalisation" et l'"objectivisation" du contrôle juridictionnel, plus peut-être que du pouvoir discrétionnaire. C'est qu'il estime, de façon par ailleurs assez curieuse, qu'"en s'inscrivant dans la continuité de l'édifice jurisprudentiel du Conseil d'Etat comme un principe général du droit qui s'impose toujours à l'action administrative, la proportionnalité marquera la victoire du droit sur le juge au bénéfice commun des justiciables et de l'autorité publique grâce à la mise au jour d'un pouvoir discrétionnaire dans le sens de la raison"⁽¹²⁸⁾.

Pour notre part, à supposer même que limiter la latitude d'action "excessive" que l'auteur reconnaît au juge eût été souhaitable, on voit mal comment un principe général du droit, création somme toute jurisprudentielle, que le juge applique seul de façon juridiquement souveraine, pourrait entraîner sa soumission plus grande "au droit".

g. Les conceptions dégagées des manuels

Les conceptions relatives au contrôle de proportionnalité développées dans les manuels de droit administratif ne peuvent certainement pas être toutes

(125) J. MEKHANTAR, Le contrôle juridictionnel de la proportionnalité..., thèse précitée.

(126) Le contrôle juridictionnel de la proportionnalité..., thèse*précitée, p.655.

(127) Ibid, p.655.

(128) Ibid, p.659.

citées ici. Toutefois, certaines d'entre elles méritent d'être évoquées à ce stade, car elles permettent de constater les tendances générales que se dégagent.

La thèse de R. Chapus: Au fil des rééditions successives de son manuel de droit administratif, le professeur Chapus consacre des développements de plus en plus importants au contrôle de proportionnalité.

L'un des points les plus intéressants évoqués par l'auteur concerne sa façon de situer ce contrôle au sein de l'examen juridictionnel. Pour R. Chapus en effet, le contrôle de proportionnalité semble se situer toujours au sein du processus de la qualification juridique des faits, et même être le moyen principal de distinguer entre les divers degrés d'intensité de l'opération de qualification, et donc entre contrôle restreint, normal ou "maximum".

En effet, quant aux deux premiers "degrés" de contrôle, l'auteur souligne: "Actuellement, la question est de savoir comment la qualification juridique des faits est contrôlée (...) Ou bien elle l'est pleinement, et toute erreur continue à être censurée (contrôle normal). Ou bien, elle ne l'est que dans une certaine mesure et seules sont censurées les erreurs manifestes d'appréciation (nouveau contrôle restreint). Quant à la signification de la jurisprudence en cause, elle est qu'il ne doit pas y avoir de disproportion excessive, ou déraisonnable, entre une décision et les faits qui l'ont provoquée. En cas de contrôle normal, la décision doit être en rapport exact avec les faits, qui doivent être exactement de nature à la justifier juridiquement. En cas de contrôle restreint, il suffit qu'il n'y ait pas disproportion manifeste. C'est important: la liberté d'appréciation de l'administration subsiste, mais elle doit en user de façon raisonnable. L'importance du contrôle de proportionnalité ainsi assuré ne doit pas dissimuler le fait que ce contrôle porte sur la qualification juridique. Ce n'est pas un contrôle d'un type nouveau. C'est un contrôle limité à la qualification juridique des faits"⁽¹²⁹⁾.

De même, un "contrôle maximum" (terme pourtant non employé) est décelé sous la forme d'un "plein contrôle de proportionnalité", qui "correspond à des cas d'approfondissement du contrôle normal, se traduisant par la mise en œuvre d'une méthode exigeante d'appréciation de la qualification des faits. (...) C'est dire que la décision ne sera légale que si elle est adéquatement proportionnée au faits. C'est dire, par là même, que le caractère excessif (et non pas seulement "manifestement" excessif) de la décision emporte son illégalité"⁽¹³⁰⁾.

R. Chapus situe ainsi le contrôle de proportionnalité au sein de la relation juridique entre les motifs et le contenu de l'acte examiné, de façon à laisser entendre que ce contrôle se confond avec celui de la qualification juridique. On se trouverait, dans ce cas, devant la définition la plus large de contrôle rencontrée jusqu'à ce stade, et de même devant une définition quelque peu "diluée" et sans caractère juridictionnel propre.

Mais une telle conclusion serait excessive. En effet, si l'on examine de plus près les exemples jurisprudentiels apportés par l'auteur au sujet des diverses formes de contrôle de proportionnalité ainsi évoquées, on retrouve les

(129) R. CHAPUS, Droit administratif général, 6e édition, Montchrestien, Paris 1992, tome I, p.782.

(130) Ibid, p.788. On est pour notre part quelque peu réservé sur la distinction entre contrôle "de l'excessif" et "du manifestement excessif". Le contrôle de l'excès n'est-il pas, par définition, celui de la disproportion excessive par rapport à une proportion stricte?

contentieux "classiques" du contrôle des mesures de police, du "bilan" d'une opération d'utilité publique, enfin des mesures disciplinaires par le biais de l'erreur manifeste(131). Le contrôle de proportionnalité retrouve ainsi, de manière bien plus traditionnelle, à la fois les domaines qui lui sont généralement attribués et ses rapports de prédilection avec l'extension du contrôle juridictionnel sur le domaine du pouvoir discrétionnaire de l'administration.

Car en définitive, pour R. Chapus, le contrôle de la qualification juridique des faits se situe par rapport au pouvoir discrétionnaire, domaine qu'il contribue à restreindre: "le contrôle de la qualification juridique des faits est plus ou moins approfondi: il est normal ou bien il est restreint. Et l'on peut dire qu'il est restreint dans l'hypothèse où la décision dont il s'agit d'apprécier la légalité a été prise dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire, c'est-à-dire quand doit être appréciée la légalité de la décision de l'administration a choisie comme la plus opportune"(132). Même si le contrôle de proportionnalité est situé dans le cadre de ce contrôle, sa fonction reste donc celle du renforcement, en rendant la qualification juridique plus "exigeante", de l'emprise du juge sur le pouvoir discrétionnaire(133).

La thèse d'A. de Laubadère, J.C. Venezia et Y. Gaudemet: Ce même rapport du contrôle de proportionnalité avec l'extension du contrôle juridictionnel sur l'opportunité du choix de l'autorité administrative se retrouve, de façon ouverte, dans le manuel d'André de Laubadère(134), perpétué par MM. Venezia et Gaudemet.

Pour ces auteurs en effet, "si jusqu'à une époque récente, on pouvait soutenir que l'exercice même du pouvoir discrétionnaire échappe toujours au contrôle juridictionnel, cette affirmation ne paraît plus aujourd'hui totalement exacte", car "deux jurisprudences, celle de l'erreur manifeste et celle du contrôle de proportionnalité, la remettent en cause"(135). De même, à propos du contrôle des mesures de police municipale, MM. Venezia et Gaudemet affirment explicitement: "le juge administratif est alors juge de l'opportunité? On l'a parfois nié, en faisant valoir qu'en matière de police l'adaptation de la mesure à la

(131) Voir, pour les deux premiers cas de "plein contrôle de proportionnalité", p.788 s., notamment p.792: "il n'est pas douteux que l'appréciation de la nécessité de ces mesures [de police] passe par celle de leur rapport avec les faits dont elles procèdent: elles sont nécessaires dans la mesure où elles ne sont pas excessives, c'est-à-dire disproportionnées. Pour le reste, on constate que la théorie du bilan (expression commode et adéquate pour désigner, en toutes matières, le plein contrôle de proportionnalité) est une théorie en expansion".

(132) Ibid, p.777.

(133) Pouvoir qui reste par ailleurs toujours réel, quoique réduit: "quelque poussé qu'il puisse être, le contrôle de légalité exercé en application de la théorie du bilan ne va pas jusqu'à exclure toute possibilité d'appréciation libre, en opportunité, de l'autorité administrative" (Droit administratif, ouvrage précité, tome I, p.790).

(134) A. DE LAUBADERE est par ailleurs l'auteur de l'article fort intéressant sur "Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire dans la jurisprudence récente du Conseil d'Etat français", précité, dans lequel il évoque le danger de contrôle de l'opportunité administrative par les techniques juridictionnelles du bilan et de l'erreur manifeste d'appréciation. Le contrôle des mesures de police municipale était déjà, pour A. de LAUBADERE un cas de "compétence liée jurisprudentielle".

(135) Traité de droit administratif, 12e édition, LGDJ, Paris 1992, tome 1, p.578.

gravité des faits constitue un élément de la légalité, mais sans préjudice du fait que l'on voit mal sur quoi se fonde cette affirmation, il n'y a rien de choquant dans l'idée d'un contrôle juridictionnel de l'opportunité. Simplement, le juge crée la règle de droit dans le moment même où il l'applique"(136). Et les auteurs de continuer, à l'adresse principalement de R. Chapus: "On soutient parfois également que le juge administratif contrôle la nécessité de la mesure de police et non son opportunité mais les auteurs qui soutiennent ce point de vue, expliquent eux mêmes que la mesure de police nécessaire est celle adaptée et proportionnée aux risques et troubles à l'ordre public (...)"(137).

Bref on retrouve ici, sous l'angle opposé de l'existence d'un contrôle de l'opportunité, les "domaines de prédilection" du contrôle de proportionnalité et son effet limitateur du pouvoir discrétionnaire.

La thèse de G. Vedel et P. Delvolvé: Le traité des professeurs Vedel et Delvolvé se situe, en règle générale, sur le même plan: contrôle de proportionnalité dans le domaine de la police, du contrôle de l'utilité publique, de l'erreur manifeste d'appréciation, ayant comme résultat la réduction du pouvoir discrétionnaire de l'administration. Pour ces auteurs en effet, "la légalité(138) comporterait (...) un "principe de proportionnalité" selon lequel une décision ne peut être légale que si ses conséquences sont en rapport avec l'objectif poursuivi, et qui fonderait le contrôle que le juge exerce sur les avantages et les inconvénients de l'acte"(139).

On y retrouve cependant également deux idées plus originales, ou du moins affirmées plus clairement:

- D'abord, une mise en perspective constitutionnelle; les auteurs font à cet égard remarquer qu'"aujourd'hui, (...) la loi comportant telle ou telle mesure de police est soumise à un contrôle [de proportionnalité] très semblable quant au fond à celui que le décret comportant une mesure identique eût subi de la part du Conseil d'Etat"(140).

- Ensuite, l'évocation explicite de l'idée d'arbitrage entre intérêts juridiquement protégés qu'implique le contrôle de proportionnalité. Les professeurs Vedel et Delvolvé voient en effet, dans la jurisprudence du "bilan", le prolongement sur le terrain juridique de l'idée que, "dans son essence, l'intérêt général est un arbitrage entre des intérêts et non une valeur abstraite"(141).

(136) Ibid, p.719.

(137) Ibid.

(138) La référence à la légalité ne saurait étonner, puisque le terme "légalité" est ici le synonyme du "contrôle juridictionnel" et celui de l'"opportunité" le synonyme du "non contrôle" (voir supra, section 1, sous section 2, §2). D'ailleurs les auteurs affirment aussi, à propos du contrôle de proportionnalité des mesures de police municipale, qu'il "faut pourtant reconnaître qu'en pratique on n'est pas très loin de l'opportunité" (Droit administratif, ouvrage précité, tome 1, p.529).

(139) Ibid, tome 2, p.317.

(140) Ibid, tome 2, p.691. Rappelons que le contrôle de proportionnalité effectué par le Conseil constitutionnel est examiné en détail en deuxième partie, titre III, chapitre 1.

(141) Ibid, tome 1, p.515. Pour la conception allemande de l'intérêt général voir infra, titre 2, chapitre 1, section 1. Pour la logique de l'arbitrage entre intérêts, voir surtout partie II, titres 2 et 3.

B. LES POINTS ESSENTIELS DE LA CONCEPTION TRADITIONNELLE DU CONTRÔLE DE PROPORTIONNALITÉ: UNE AMORCE DE CRITIQUE

Chacune des descriptions du contrôle de proportionnalité que nous avons retracé a sa spécificité. Mais il apparaît, sans tomber dans les travers d'une schématisation excessive(142), que des traits communs se dessinent. Ils concernent le domaine d'intervention (a), les formes (b) et enfin le mécanisme, la logique du contrôle de proportionnalité (c)(143).

a. Quant au domaine d'intervention du contrôle de proportionnalité

D'une manière générale, l'intervention du contrôle de proportionnalité est perçue dans le domaine des mesures de la police municipale, de l'urbanisme (notamment de l'expropriation pour cause d'utilité publique par le biais de la technique du "bilan") et des sanctions disciplinaires, d'une part celles des salariés protégés, de l'autre celles des fonctionnaires (par l'emploi, dans ce dernier cas, de la technique de l'erreur manifeste d'appréciation).

Cette démarche inductive est certes justifiable et explicable. Justifiable parce qu'elle part d'un souci d'objectivité, cherchant à privilégier l'étude de l'état réel du droit positif, au delà de toute ambition propre à un "faiseur de système". Explicable aussi car il est bien difficile de constater la parenté logique d'un contrôle que le juge lui-même s'attache à présenter de manière éparse sans lien apparent.

Pourtant, pour logique qu'elle puisse apparaître, cette démarche "fracturée"(144) d'examen du contentieux de la proportionnalité aboutit inévitablement à l'exclusion d'un grand nombre de cas de figure où le contrôle de proportionnalité est tout de même effectif, ainsi qu'on aura l'occasion de le constater ultérieurement(145).

(142) On dit bien excessive, car il s'agit tout de même d'une schématisation. On peut en effet remarquer que la démarche de M. GUIBAL, par exemple, est d'une certaine façon beaucoup plus générale; mais d'un autre côté cet auteur ne reconnaît finalement aucun contrôle effectif de proportionnalité. De même M. COSTA ou M. CHAPUS partent d'une affirmation d'existence de contrôle beaucoup plus générale avant d'aboutir, tout de même, aux domaines traditionnels. On pourrait multiplier la discussion à l'infini; on se bornera donc à dire qu'il s'agit bien évidemment d'un choix de présentation, dont la justification se dégagera davantage par la suite.

(143) La question de la nature juridique du contrôle de proportionnalité ne pourra être abordée utilement qu'après l'examen détaillé de la jurisprudence. Il s'agit en effet beaucoup plus d'une conclusion à propos des solutions jurisprudentielles constatées que d'un cadre de recherche nécessaire pour les dégager.

(144) Il convient néanmoins de remarquer que cet examen "fracturé" de l'intervention du contrôle de proportionnalité est beaucoup plus logique pour les manuels que pour les études spécifiques; à vrai dire, il nous paraît le seul concevable en l'état d'une jurisprudence qui se refuse toujours de "lever le voile" sur le lien qui unit les divers contentieux où l'on détecte généralement le contrôle de proportionnalité. Ce qui n'empêche d'ailleurs souvent pas leurs auteurs de "voir", en grande partie, la logique commune de ce contrôle.

(145) Voir notamment chapitre 2.

b. Quant aux moyens d'intervention du contrôle de proportionnalité

Cette même remarque concerne les formes que peut revêtir le contrôle de proportionnalité, autrement dit les techniques juridictionnelles que sont utilisées par le juge administratif pour le mettre en œuvre.

Les études déjà examinées mettent certes en évidence, d'une manière générale, l'utilisation du contrôle de la "nécessité" (police municipale), du "bilan" et, dans une certaine mesure, de l'erreur manifeste d'appréciation, en tant que "vecteurs" possibles du contrôle de proportionnalité. Cette constatation traduit bien une réalité du contentieux administratif, mais n'est pas suffisante: comme on le verra, le contrôle de proportionnalité est aussi susceptible d'être mis en œuvre à travers d'autres formes de l'examen effectué par le juge administratif(146).

c. Quant au mécanisme du contrôle de proportionnalité

Ce dernier point est relatif à la nature du mécanisme de contrôle que le juge entend exercer à travers les diverses techniques juridictionnelles qui mettent en œuvre la proportionnalité. Autrement dit, il s'agit ici du rapport de proportionnalité sanctionné par le juge.

D'une manière générale, les commentateurs mettent en valeur la relation moyens - but de l'acte a priori discrétionnaire. Ainsi M. Braibant par exemple parle d' "exigence d'un rapport, d'une adéquation, entre les moyens employés par l'Administration et le but qu'elle vise"(147). Or en l'occurrence, les moyens employés ne sont pas autre chose que le contenu de l'acte. Ainsi l'utilisation de la proportionnalité commanderait l'existence d'un rapport entre le contenu et le but de l'acte discrétionnaire, que l'auteur qualifie à juste titre de "règle de bon sens"(148). Or le besoin d'une telle relation est inhérent à toute action administrative, son action ne saurait être conçue autrement que conduite à des fins d'intérêt général: tout cela n'est pas nouveau. N'y a-t-il une autre valeur explicative à rattacher à l'emploi du contrôle de proportionnalité?

Certes M. Braibant et d'autres auteurs évoquent aussi une relation triangulaire illustrant la nécessité d'un rapport entre la situation, la finalité et la décision: "c'est donc à l'ensemble situation - décision - finalité que s'applique le principe de proportionnalité"(149). Là, c'est l'ensemble des éléments de l'acte qui est visé. La proportionnalité impliquerait ainsi un rapport "convenable" entre les motifs, le contenu et le but de l'acte a priori discrétionnaire. Mais cette compréhension du contrôle de proportionnalité aussi nous laisse également sur notre faim: n'y a-t-il pas de spécificité du contrôle de proportionnalité autre qu'un besoin quasi tautologique de cohérence de l'action administrative sanctionné par le juge?

Finalement la doctrine met en évidence l'existence d'un processus de comparaison "des avantages et des inconvénients de l'acte" par le juge et s'interroge en général sur les incidences d'un tel contrôle sur l'opportunité de l'action administrative. Là encore, l'affirmation est bien correcte, mais

(146) Ibid.

(147) Le principe de proportionnalité, article précité, p.298.

(148) Ibid, p.298.

(149) Ibid, p.298.

insuffisante. Le rapport de proportionnalité, quelle que soit sa nature, peut certes aboutir à un contrôle du pouvoir discrétionnaire tel que celui-ci résulte de la norme écrite. Mais justement, quelle est sa nature? Et, d'autre part, est-ce là le seul cas de figure? Concernant notamment la question du rapport entre le contrôle de proportionnalité et le travail d'interprétation effectué par le juge, les études déjà citées présentent des lacunes. La question mérite pourtant le détour.

Conclusion du paragraphe: On a, à ce stade de la recherche, choisi de regrouper un certain nombre de visions doctrinales du contrôle de proportionnalité qu'on a résumé en "vision traditionnelle". Ce faisant, on n'entendait pas sacrifier aux "faisceaux de systèmes". Ces conceptions nous paraissent en effet se réunir autour d'un dénominateur commun, qui nous semble être une conception restrictive du degré d'intervention réelle du concept de proportionnalité dans le contrôle exercé par le juge administratif(150). D'autres auteurs on pris le parti inverse.

§2. La vision "large" du contrôle de proportionnalité

Il est un aspect potentiel du contrôle de proportionnalité que les auteurs précités n'ont pas suffisamment examiné, à savoir les rapports que celui-ci peut entretenir avec l'interprétation de la règle applicable, qu'elle soit de nature légale ou jurisprudentielle. M. Bienvenu est à notre connaissance le premier à s'y être consacré en profondeur (A). Or bien entendu, une fois ce "seuil" d'examen franchi, la tentation est grande d'aller plus loin, quitte à "voir" le contrôle de proportionnalité imprégner la presque totalité du contentieux administratif; c'est, semble-t-il, l'opinion de M. Philippe (B).

A. LA CONCEPTION DE J.J. BIENVENU

Dans une étude fort riche consacrée à l'interprétation des actes administratifs et des lois(151), M. Bienvenu met en évidence la relation qui peut exister entre contrôle de proportionnalité et interprétation juridictionnelle, ne cantonnant pas ce contrôle à tel ou tel domaine.

En effet, pour l'auteur, le "principe de proportionnalité" concerne principalement les rapports entre le contenu et le but de l'acte: "sa nature dépend en premier lieu de la nature du but législatif; lorsque celui-ci est parfaitement exprimé et suffisamment complet, le juge peut établir un rapport logique entre la mesure et le but (...)"(152). Mais il peut se situer également dans le lien entre les motifs et le contenu de l'acte, dans la mesure où il existe "des cas où les motifs de fait des actes révèlent le but de la mesure, c'est-à-dire pratiquement la jurisprudence sur les pouvoirs de police. Dans ces cas, en effet, l'appréciation des

(150) D'ailleurs, on le reconnaît volontiers, certains des auteurs examinés moins que d'autres: c'est par exemple le cas de M. GUIBAL et des MM VEDEL et DELVOLLE.

(151) J.J. BIENVENU, l'interprétation juridictionnelle des actes administratifs et des lois, sa nature et sa fonction dans l'élaboration du droit administratif, thèse précitée.

(152) L'interprétation juridictionnelle..., tome 2, 77.

motifs est substituée à la définition du but"(153). Or dans l'un ou l'autre de ces cas, il s'agit d'établir un lien entre le but et les moyens, lien qui s'intègre au contrôle normal d'interprétation du juge indépendamment de la nature "discrétionnaire" ou non de la compétence. Est ainsi mise en évidence l'existence d'un lien potentiel entre le contrôle de proportionnalité en dehors de la limitation juridictionnelle du pouvoir discrétionnaire.

Mais ce dernier aspect n'est pas non plus négligé. M. Bienvenu prend en effet soin de souligner la maîtrise du juge sur le processus de mise en œuvre du contrôle de proportionnalité. En affirmant, ainsi, que "le juge peut introduire sa propre conception du fonctionnement normal de l'institution et l'imposer comme expression de la proportionnalité des moyens au but"(154), ou encore que l'utilisation du contrôle de proportionnalité "garantira une apparence de solidité aux raisonnements les plus audacieux", permettant "de justifier une gamme pratiquement indéfinie de solutions(155), M. Bienvenu met en évidence à la fois la fonction "légitimante" du contrôle de proportionnalité et l'aptitude qu'il confère au juge dans son effort de surveillance de l'appréciation a priori discrétionnaire de l'administration.

En définitive pour M. Bienvenu, "il n'y a pas une conception unitaire du principe de proportionnalité. Il serait plus exact d'affirmer que la réalité jurisprudentielle révèle l'existence d'une échelle de proportionnalité"(156).

Ce qu'on peut néanmoins reprocher à cette conception du contrôle de proportionnalité, c'est son rattachement excessif à l'interprétation juridictionnelle à partir d'une norme applicable qui est supposée unique. L'auteur néglige ainsi l'aspect d'arbitrage entre plusieurs intérêts juridiquement protégés que met en œuvre, et que suppose même ce contrôle. C'est pour cette raison que M. Bienvenu conçoit la latitude d'action du juge par rapport à la mise en œuvre du contrôle de proportionnalité comme un facteur potentiel d'échec de ce contrôle: le rapport de proportionnalité devant résulter, pour lui, de la simple relation "mécanique" entre motifs, objet et but de l'acte au vu de la seule norme applicable. La confrontation potentielle avec une autre norme est comprise comme une entorse à l'"orthodoxie" de ce rapport, alors qu'elle fait partie de son essence même(157). Mais il est vrai que le contrôle de proportionnalité n'était pas le sujet de cette remarquable étude.

B. LA CONCEPTION DE X. PHILIPPE

Aux dires même de M. Philippe, "la découverte principale" de son étude "restera l'étendue insoupçonnée du contrôle de proportionnalité"(158). Cette observation résume parfaitement sa thèse. D'une grande richesse, elle cerne toutes les manifestations potentielles du contrôle de proportionnalité par le juge

(153) Ibid, p.86.

(154) Ibid, p.77.

(155) Ibid, p.248.

(156) Ibid, p.116.

(157) Cf. notamment pp. 114s., où sous le titre "les conceptions du juge comme facteurs d'indétermination du principe de proportionnalité", sont en fait examinés: divers cas d'arbitrage juridictionnel inhérents à ce contrôle.

(158) X. PHILIPPE, Le contrôle de proportionnalité..., thèse précitée, p.423.

administratif français, de sorte qu'il est presque impossible de la résumer dans ce bref exposé(159).

L'auteur donne une définition du contrôle de proportionnalité extrêmement large: elle est caractérisée par l'existence d'un rapport de corrélation, quel que soit son degré et "s'établit autour de deux éléments: un élément fixe constitué par le rapport entre deux ou plusieurs paramètres; un élément variable représenté par le degré du lien qui les unit"(160). Plus révélateur encore, "Le contrôle de proportionnalité dépasse (...) l'analyse du concept pris en tant que règle. Il y inclut les situations où il est utilisé comme élément de la démarche ou du raisonnement de l'autorité de contrôle"(161).

Ainsi défini, le contrôle de proportionnalité imprègne la totalité du contentieux administratif et constitutionnel; le contentieux électoral, celui de l'excès de pouvoir et celui de la pleine juridiction; il trouve sa source dans les sciences sociales(162), les jurisprudences étrangères(163), la doctrine. Plus directement, il peut être "inclus"(164) dans la norme, ou "imposé"(165) par elle; il est également "imposé" ou "inclus" par certains principes généraux du droit, tel "le principe selon lequel la liberté est la règle et la restriction l'exception"(166).

Il peut être exercé, d'une part, par des "instruments privilégiés" tels que le contrôle de l'exactitude matérielle des faits, de l'erreur manifeste d'appréciation, du bilan, de la nécessité de l'acte ou de la qualification juridique des faits et, d'autre part, par des "instruments incidents" tels l'examen des vices de forme et de procédure, le détournement de pouvoir et l'erreur de droit.

Si le contrôle de proportionnalité peut servir de "limite normative du pouvoir discrétionnaire", ce n'est pas là sa seule fonction. Il sert aussi dans le contentieux électoral (l'ensemble des irrégularités sont-elles suffisantes pour entraîner l'annulation ou la modification du scrutin?(167), la définition de la compétence juridictionnelle, l'instruction des recours(168) et, bien évidemment, les contentieux de la pleine juridiction, comme la responsabilité(169) et le contentieux contractuel(170).

La liste est bien plus longue puisque le contrôle de proportionnalité trouve même sa "manifestation jurisprudentielle" dans les méthodes du faisceau d'indices ou de l'examen de la pluralité des motifs. Selon M. Philippe, "confronté au problème juridique, le juge va classer les différents indices qu'il a recensé et

(159) Elle sera bien évidemment commentée également au fur et à mesure de cette étude.

(160) Le contrôle de proportionnalité..., thèse précitée, p.8.

(161) Ibid, p.9.

(162) Ibid, p.16s.

(163) Ibid, p.29.

(164) Ibid, p.70.

(165) Ibid, p.71.

(166) Ibid, p.95.

(167) Ibid, p.261.

(168) Ibid, p.227.

(169) Ibid, p.282, à propos de la responsabilité sans faute: "Le contrôle de proportionnalité se retrouve dans les limites visant à garantir que seul le préjudice certain sera indemnisé".

(170) Ibid, p.241: "Que ce soit dans son fondement ou ses conditions d'application, la disproportion permet au juge de recourir à la théorie des sujétions imprévues en la modulant en fonction du contrat et de la situation rencontrée".

dégager la solution à partir de la proportion dominante qui se présenterait (...) ce contrôle devient un élément au service de la méthode du juge et non plus au service direct de la solution du litige"(171).

Au terme de ces développements exhaustifs, qu'on ne saurait reprendre ici dans leur totalité, l'auteur, tirant un bilan largement positif de l'état actuel du contrôle de proportionnalité, plaide tout de même pour une reconnaissance explicite, mais non contraignante: "le contrôle de proportionnalité mériterait d'être appelé par son nom"(172).

Pour M. Philippe, si le contrôle de proportionnalité a pu acquérir une telle place, c'est parce qu'il est inhérent à la mission du juge. Ce dernier l'utilise comme un instrument de régulation de sa jurisprudence, une soupape de sûreté contre les excès, qu'ils soient le fait d'une rigidité trop forte de la norme ou qu'ils découlent d'un exercice indiscipliné du pouvoir discrétionnaire"(173).

On ne saurait être plus d'accord sur cette dernière affirmation. D'ailleurs, s'il y a une critique que l'on ne saurait opposer à M. Philippe, c'est bien d'avoir occulté un des aspects du contrôle de proportionnalité; l'inverse n'est pas vrai. A force de voir de la proportionnalité partout, la notion finit par ne signifier plus grand chose...

En effet, ainsi que cela a pu apparaître lors de notre introduction, pour nous l'examen du contrôle de proportionnalité doit bien englober tous les cas où ce concept sert de moyen de contrôle pour le choix entre deux solutions a priori licites. En revanche, il n'est plus utile de parler de contrôle de proportionnalité toutes les fois où le juge hésite avant de déterminer son choix. C'est pourtant ce que fait M. Philippe pour lequel, finalement, le contrôle de proportionnalité sert au juge "à discipliner le pouvoir dont il dispose"(174).

Ainsi, à propos du célèbre arrêt Barel(175), quand l'administration, à la suite d'une demande du Conseil d'Etat de fournir les motifs de sa décision, s'est borné à indiquer qu'il appartenait au Conseil d'Etat de rechercher parmi les pièces versées au dossier celles qui lui permettraient de dégager les motifs des décisions prises, M. Philippe note que le Conseil d'Etat a, par sa réaction, effectué un contrôle de proportionnalité. Pour l'auteur en effet, "le juge n'a pas admis qu'une telle réponse (discourtoise) constitue l'élément de preuve qu'il attendait de l'administration. Il en a déduit logiquement qu'il existait une disproportion entre la décision prise et la justification fournie (...) la démarche du juge est fondée sur l'enchaînement logique des allégations fournies de part et d'autre. Dès qu'une disproportion fera naître un doute dans son esprit, il cherchera d'autres éléments qui infirmeront ou confirmeront ce doute en utilisant ses pouvoirs d'instruction"(176). On le voit, à force d'imprégner tout, le concept de proportionnalité se dilue lui-même.

(171) Ibid, p.181, à propos de la méthode du faisceau d'indices.

(172) Ibid, p.413.

(173) Ibid, p.413.

(174) Ibid, p.406.

(175) Conseil d'Etat Ass 28 mai 1954, R. p.308 conclusions M. LETOURNEUR; G.A.J.A. n° 90; S. 1954, 3, p.97 note MATHIOT; D. 1954, p.594, note G. MORANGE; RDP 1954, p.509 conclusions LETOURNEUR, note M. WALINE; RA 1954, p.393 conclusions LETOURNEUR, note LIET-VEAUX.

(176) Le contrôle de proportionnalité..., thèse précitée, p.227.

Reste que M. Philippe est parfaitement conforme à sa démarche, puisque il a adopté le parti d'examiner tout "rapport de corrélation, quel que soit son degré". C'est cette démarche, et non ses observations de détail, souvent pertinentes, qui ne peut recueillir notre adhésion.

Conclusion du paragraphe et de la sous-section: M. Bienvenu a correctement constaté que, dans un contrôle juridictionnel pragmatique, plus empirique que conceptuel(177), la différence n'est pas nette entre les cas où la proportionnalité est utilisée comme moyen de contrôle plus ou moins expressément, et les autres, où elle est un moyen au service d'autres concepts qualificateurs. M. Philippe est allé, quant à lui, beaucoup plus loin, en assimilant, à tort nous semble-t-il, proportionnalité et "rapport de corrélation". Ceci étant, tous deux sont représentatifs d'une vision plus large du contrôle de proportionnalité, qui identifie et inclue les cas où le concept de proportionnalité sert davantage en tant que un instrument d'interprétation que comme un moyen "autonome" de contrôle. C'est sur cette distinction qu'il convient de se pencher maintenant.

Sous-section 2. Une notion à visages multiples

Pour ne pas présenter nos conclusions finales sur le contrôle de proportionnalité avant même de l'avoir examiné, notre démarche consistera ici uniquement à décrire les lignes générales du cadre et des formes d'intervention que ce contrôle peut revêtir, autrement dit, à forger les outils avec lesquels son examen pourra être effectué. Evidemment, il y a une certaine interactivité entre le cadre et l'objet même de ce cadre; mais on considère que la nature du contrôle de proportionnalité ainsi que ses formes son potentiellement si variées qu'il serait vain de les présenter sans un cadre de référence, sans une "grille de lecture".

On examinera donc la proportionnalité d'abord en tant que moyen autonome, immédiat, de contrôle (§1), ensuite en tant que moyen d'interprétation (§2). Pourront être ainsi dégagés nos premiers enseignements sur la nature commune du rapport de proportionnalité, du moins tel qu'il est généralement compris par la doctrine française (§3).

§1. Proportionnalité - appréciation et pouvoir discrétionnaire: la proportionnalité moyen "autonome" de contrôle

Il est acquis, dans le cadre de la conception française du contrôle juridictionnel, que le "contrôle normal" s'arrête en principe à l'opération de la qualification juridique des faits. Par qualification juridique, on entend, avec Y. Gaudemet, "la traduction en termes juridiques des données concrètes de l'espèce"(178). Néanmoins, il est banal d'affirmer aujourd'hui, que si l'on entend la qualification juridique de cette manière cohérente et stricte, il est des cas largement reconnus dans lesquels le juge ne s'arrête pas là.

(177) Sur cette distinction, voir T. FORTSAKIS, Conceptualisme et empirisme en droit administratif français, thèse, LGDJ, Paris 1987.

(178) Les méthodes du juge administratif, thèse précitée, p.25.

Prenons l'exemple de l'arrêt Benjamin(179), qui a l'avantage d'être extrêmement connu et de susciter un accord unanime.

Dans cette affaire, le maire de Nevers avait pris un arrêté interdisant la conférence de René Benjamin, pour cause de menace à l'ordre public, sur la base de l'article 97 de la loi du 5 avril 1884, qui lui conférerait effectivement ce pouvoir. L'examen du Conseil d'Etat, s'il devait se borner au seul examen de la qualification juridique, aurait dû vérifier si la réunion projetée par M. Benjamin était effectivement constitutive d'un "fait de nature à troubler l'ordre public". Il n'en a rien été. Comme le remarquent à juste titre les professeurs Vedel et Delvolvé, le contrôle du juge s'est dans cette affaire étendu, "non seulement à l'existence matérielle des faits et à leur qualification, mais à la relation entre le contenu même de la décision prise et les faits qui étaient invoqués par l'Administration"(180). Car le juge ne fonda pas son annulation sur la non-existence d'un danger de trouble de l'ordre public, mais argua que "l'éventualité de troubles, alléguée par le maire de Nevers, ne présentait pas un degré de gravité tel qu'il ait pu, sans interdire la conférence, maintenir l'ordre en édictant les mesures de police qu'il lui appartenait de prendre"(181). Ainsi une qualification juridique correcte n'a pas suffi pour entraîner la confirmation de la légalité de la décision(182).

La Haute juridiction prit certes, à son accoutumée, la précaution de masquer ce contrôle d'une appréciation a priori discrétionnaire derrière un processus d'interprétation des dispositions législatives applicables: elle déclara 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 la réunion garantie par les lois du 30 juin 1881 et du 20 mars 1907"(183).

Elle s'exprimait ainsi d'une manière apparemment conforme à la thèse du "conflit des lois", développée par Marcel Waline(184). Or, pour démonstrative qu'elle soit de la volonté du juge de confronter deux intérêts à la fois dignes de protection et antinomiques (ici, liberté de réunion et nécessité de protection de l'ordre public), la thèse du "conflit des lois" ne résiste pas, en tant que telle, à une analyse poussée. M. Waline ne nous dit pas en effet pourquoi, en face d'un conflit de textes tel qu'il le présente, c'est-à-dire face à plusieurs "majeures de qualification" potentiellement applicables, le juge ne peut (et ne doit) choisir celui qui, seul, déterminera la in fine solution du litige, en suivant les critères à la fois généralement connus et objectifs (loi spéciale, loi postérieure etc.)(185). Et en l'occurrence on pourrait parfaitement soutenir que les pouvoirs du maire en

(179) Conseil d'Etat 19 mai 1933, arrêt Benjamin précité.

(180) Ouvrage précité, tome 2, p.312.

(181) Arrêt Benjamin précité.

(182) VEDEL - DELVOLVÉ, Droit administratif, ouvrage précité, tome 2, p.312.

(183) Arrêt Benjamin précité.

(184) Marcel WALINE, Le pouvoir discrétionnaire de l'administration et sa limitation par le contrôle juridictionnel, RDP 1930, p.197; cf. M. WALINE, Etendue et limites du contrôle du juge administratif sur les actes de l'administration, EDCE 1956, p.25s. Voir aussi J.C. VENEZIA, Le pouvoir discrétionnaire, thèse précitée, p.94s.

(185) Le conflit entre textes occulte ainsi le conflit, réel, entre normes et cette thèse pourtant riche d'enseignements perd de sa valeur explicative; mais voir partie II, titre 3, notamment chapitre 3, section 2, §2.

cas de menace à l'ordre public portaient exception à la liberté de la réunion, si les conditions légales du seul article 97 de la loi du 5 avril 1884 étaient réunies.

On peut par conséquent penser qu'en se livrant au contrôle qui a suivi, c'est précisément le pouvoir discrétionnaire de l'administration que la Haute juridiction contrôlait.

Or le moyen de contrôle ainsi employé est, sous les termes encore timides de "degré de gravité suffisant" et de "nécessité de conciliation", la proportionnalité, ou plutôt la censure de la disproportion excessive: si l'administration conserve a priori la possibilité de prendre de manière discrétionnaire la décision adéquate au degré de danger existant pour l'ordre public, le juge surveille l'exercice de ce pouvoir, et en censure les excès, par l'application autonome(186) du contrôle de proportionnalité. Il compare en effet, après la confirmation de l'opération de qualification juridique stricto sensu effectuée par l'administration, l'importance du danger pour l'ordre public reconnu existant et la gravité de la mesure restrictive de la liberté qui en résulte; et sa conclusion (le danger était-il suffisamment important pour justifier une mesure aussi grave?) conditionnera seule(187) la conclusion sur la légalité de la décision administrative.

Conclusion du paragraphe: L'arrêt Benjamin fut le premier cas généralement reconnu dans lequel le juge, en utilisant le concept de proportionnalité, a pu contrôler l'appréciation discrétionnaire de l'administration, au delà de la seule opération de qualification juridique. Ce ne fut pas le seul(188). Toutefois, la démarche ainsi employée, consistant à utiliser le contrôle de proportionnalité comme moyen autonome de contrôle du choix, par l'administration, de l'adéquation du contenu de son acte aux motifs correctement qualifiés, n'est pas la seule concevable.

§2. Proportionnalité - interprétation et contrôle normal: la proportionnalité moyen de qualification

Comme on a déjà eu l'occasion de le constater, la qualification juridique stricto sensu "a pour but de faire rentrer une situation de fait dans le cadre d'une

(186) M. PHILIPPE affirme (Le contrôle de proportionnalité..., thèse précitée, p.100) qu'il n'est pas possible "de détecter un contrôle de proportionnalité "autonome", en revanche le contrôle juridictionnel intégrera sous des aspects diversifiés des rapports de proportionnalité (...)" . Mais il entend par là qu'il n'existe pas de reconnaissance explicite d'un principe de proportionnalité et que, par ailleurs, le contrôle de proportionnalité n'est pas effectué eo nomine. En revanche, pour nous le contrôle "autonome" est l'examen juridictionnel qui n'est pas au service d'une autre opération, à savoir celle de la qualification juridique. Dans le cas examiné, la conclusion sur le caractère excessif ou non de la mesure de police conditionne directement la conclusion sur la légalité de la mesure administrative et non, comme elle aurait pu, l'opération de qualification sur l'existence ou non d'un "danger" pour l'ordre public. Voir même sous-section, §§ 2 et 3.

(187) Seule, mais pas dénuée d'objectivité; voir infra, surtout chapitre 2, section 2, sous-section 2.

(188) Ni même le premier chronologiquement; voir notamment chapitre 2, section 2, sous-section 1, §1.

notion juridique"(189). Même s'il ne s'agit pas d'une opération aussi "raisonnée" que celle décrite préalablement(190), il y a donc lieu d'effectuer le lien entre un fait réel et le motif légal d'un acte, pour vérifier si les deux correspondent, pour voir si la situation de fait peut s'identifier avec une condition légale, un concept qualificateur, mis à l'exercice d'une compétence.

Cela dit, non seulement le juge n'est pas lié par les concepts qualificateurs existant dans la norme, ainsi qu'on a déjà eu l'occasion de le voir, mais il n'est pas lié non plus quant à la démarche à suivre pour qualifier un fait.

A cet égard L. Goldenberg notait que "la qualification juridique d'un fait dépend non seulement de sa matérialité même, mais encore de son ambiance, des circonstances où il est survenu, des détails secondaires, accessoires qui seuls lui donnent sa signification véritable, permettent seuls souvent de dire à quelle catégorie légale il répond"(191). Et dans leurs commentaires sur l'arrêt Gomel(192) les auteurs des "Grands arrêts de la jurisprudence administrative" affirment, faisant référence à R. Odent, que "le contrôle de la qualification juridique des faits est sans doute le meilleur exemple d'une politique jurisprudentielle cherchant des solutions adaptées aux possibilités du juge et à ce que lui paraissent être les besoins du moment"(193).

C'est justement l'arrêt Gomel qu'on utilisera ici comme exemple pour illustrer le fait que la proportionnalité peut être un moyen déterminant utilisé par le juge lors de sa démarche relative à l'opération de qualification.

Dans cette affaire, le texte applicable pour le candidat à l'obtention d'un permis de construire était le décret du 26 mars 1852, qui prévoyait dans son article 4 que ledit candidat "devra pareillement adresser à l'administration un plan et des coupes cotées des constructions qu'il projette, et se soumettre aux prescriptions qui lui seront faites dans l'intérêt de la sûreté publique, de la salubrité ainsi que de la conservation des perspectives monumentales et des sites (...)". De ce texte général le Conseil d'Etat a déduit que le préfet aurait le droit de ne pas accorder le permis de construire, "au cas où le projet présenté porterait atteinte à une perspective monumentale" mais qu'il appartenait à la Haute juridiction "de vérifier si l'emplacement de la construction projetée est compris dans une perspective monumentale et, dans le cas de l'affirmative, si cette construction, telle qu'elle est proposée, serait de nature à y porter atteinte".

Le juge administratif avait, dans ces conditions, à examiner l'opération de qualification juridique au vu de deux "concepts qualificateurs": celui de l'existence d'une perspective monumentale, et celui de l'atteinte à cette perspective, supposée existante(194).

(189) J.C. VENEZIA, Le pouvoir discrétionnaire, thèse précitée, p.25.

(190) Voir section 1, Sous-section 1, §2.

(191) L. GOLDENBERG, Le Conseil d'Etat, juge du fait, Etude sur l'administration des juges, Paris 1932, p.107.

(192) Conseil d'Etat 4 avril 1914, Gomel, arrêt précité. Cette décision fait partie des "grands arrêts de la jurisprudence administrative", car ce fut le premier cas dans lequel le juge a examiné la qualification juridique effectuée par l'autorité administrative. Ce n'est pas notre sujet, mais il est tout de même intéressant de constater que la logique de proportionnalité était déjà présente...

(193) G.A.J.A., ouvrage précité, p.177.

(194) Il convient de noter que si le juge administratif avait accepté de contrôler ouvertement la conciliation effectuée entre l'atteinte à la perspective monumentale,

En l'occurrence, la Haute juridiction décida que "la place Beauvau ne saurait être regardée dans son ensemble comme formant une perspective monumentale"; elle annula donc la décision du préfet de la Seine. Or quelle a été la démarche du juge pour nier l'existence d'une perspective monumentale? Pour ce dernier, la loi n'avait pas subordonné l'exercice du pouvoir du préfet "à un classement préalable des perspectives monumentales". Dès lors, son existence dépendait, selon la Haute juridiction, de la "nécessité de concilier la conservation des dites perspectives avec le respect dû au droit de propriété". Il s'agit là d'une obligation de conciliation, de maintien d'équilibre entre droits juridiquement protégés qui s'opposent, bref, d'une exigence de proportionnalité.

Quelle est la différence notionnelle entre cette proportionnalité, qu'on appellera proportionnalité - interprétation, et la proportionnalité - appréciation du paragraphe précédent?

On aura noté que la proportionnalité - appréciation est, au stade de son intervention (après le contrôle de la qualification juridique), un moyen autonome d'examen pour le juge: l'on pourrait dire qu'elle constitue alors l'objet même de son contrôle. Par contre, la proportionnalité - interprétation est un moyen de mise en œuvre d'un "concept qualificateur", un instrument de contrôle médiate et non pas immédiat.

Ainsi dans l'arrêt Gomel, l'examen par le juge du besoin de "concilier la conservation des perspectives avec le respect dû au droit de la propriété" est pour lui un moyen de se prononcer sur l'existence ou l'absence d'une "perspective monumentale", ou d'une "atteinte à une perspective monumentale"; si celles-ci existent (et le contrôle de proportionnalité n'est qu'un moyen pour y répondre) l'administration aura légalement limité le droit de la propriété.

Le but donc de l'examen porté par le juge sur la manière dont l'administration a opéré la conciliation des intérêts antinomiques en cause est ici de se prononcer sur la qualification des faits à propos de l'existence de la perspective ou, à la limite, de l'atteinte portée à celle-ci: si la conciliation entre perspectives monumentales (intérêt général) et droit de propriété (intérêt privé) a été conduite de manière convenable, la qualification opérée par l'administration sera légale (l'atteinte existera) et le juge n'aura pas à vérifier si cette atteinte est ou n'est pas suffisamment importante pour justifier un refus d'autorisation de construire.

En revanche, dans le cas de l'arrêt Benjamin étudié précédemment, l'atteinte à l'ordre public(195), une fois acquise pour le juge, ne légitime pas pour autant en soi la limitation de la liberté en cause. Cette limitation ne sera reconnue légale que si elle n'est pas excessive, disproportionnée: la proportionnalité n'est pas ici un moyen de qualification pour se prononcer sur l'existence de l'atteinte, mais l'objet même du contrôle pour se prononcer sur la légalité de l'atteinte existante.

Conclusion du paragraphe: On est ainsi amené à distinguer, concernant l'intervention du contrôle de proportionnalité, entre proportionnalité -

supposée réelle, et le droit de propriété, conciliation qu'il affirmait ressortir de la seule compétence de l'autorité administrative, on se trouverait devant un cas de proportionnalité - appréciation.

(195) L'équivalent de l'atteinte à une perspective monumentale, c'est à dire la cause "légitimante" de la limitation de la liberté individuelle en cause: voir paragraphe précédent.

appréciation et proportionnalité - qualification, selon que l'intervention du concept se situe au delà ou en deçà de l'opération de qualification juridique des faits, de même que M. Lagasse distinguait entre erreur manifeste d'appréciation et erreur manifeste de qualification(196). Ce rapide tour d'horizon nous permet de présenter nos premières conclusions sur ce mécanisme juridictionnel.

§3. Premières conclusions sur le contrôle de proportionnalité: un moyen de contrôle potentiellement étendu, à la maîtrise du juge

On ne peut évidemment, à ce stade de la recherche, tirer des conclusions bien précises quant à la nature du lien de proportionnalité ni, a fortiori, tenter de construire une théorie du contrôle de proportionnalité. On dispose toutefois de suffisamment d'éléments pour effectuer quelques remarques d'ordre général nécessaires pour la poursuite de nos investigations.

Le premier point qui a déjà pu être dégagé est sans doute la constatation de l'étendue potentielle de l'utilisation du contrôle de proportionnalité au delà, mais aussi en deçà de l'opération de qualification juridique stricto sensu.

On perçoit donc que le rattachement du contrôle de proportionnalité au seul pouvoir discrétionnaire, apparent ou réel, traditionnellement affiché par la doctrine, ne peut donner une image complète de la réalité jurisprudentielle.

Ceci ne veut pas dire pour autant que ce contrôle est imposé de façon directe par la norme écrite. Certes, on peut penser, à l'instar de M. Philippe, que "la norme constitue au départ la traduction juridique d'une volonté humaine. Elle peut prescrire une interdiction ou une autorisation, mais également imposer une obligation de corrélation entre la prescription et son application. Dans cette hypothèse, le concept de proportionnalité devient un élément de la norme"(197). Mais force est alors de constater, avec l'auteur(198), que sous cette forme de norme consacrée en tant que telle, le droit écrit ne dit en général rien sur le contrôle de proportionnalité.

Mais cela n'exclut pas que la norme de droit écrit puisse prévoir explicitement une obligation de proportionnalité comme condition à l'exercice d'une compétence. C'est ainsi par exemple que le législateur, avec la loi du 4 août 1982, a repris à son compte la jurisprudence du Conseil d'Etat Société "Peintures Corona"(199), en prévoyant que le règlement intérieur d'une entreprise "ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives des restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à

(196) D. LAGASSE, L'erreur manifeste d'appréciation en droit administratif, essai sur les limites du pouvoir discrétionnaire de l'administration, thèse, Bruylant, Bruxelles 1986, p.348. Voir aussi RIALS, Le juge administratif et la technique du standard..., thèse précitée, p.244s.

(197) Le contrôle de proportionnalité..., thèse précitée, p.69.

(198) Ibid, p.57s.

(199) Conseil d'Etat Se 1 février 1980, Ministre du travail / Société "Peintures Corona", R.p.59; Dr. Soc. 1980, p.310 conclusions BACQUET; AJDA 1980, p.407 chr. ROBINEAU et FEFFER.

accomplir ni proportionnées au but recherché". On pourra alors parler de "proportionnalité textuelle".

Néanmoins même dans ce cas, qui est loin d'être généralisé, c'est la norme écrite qui a "suivi" le juge: si donc elle a pu servir de fondement direct au contrôle de proportionnalité, on peut se demander si elle en a été pour autant sa source(200).

Dès lors, et c'est le deuxième point, le contrôle de proportionnalité apparaît, à ce stade de l'analyse, comme relevant de la maîtrise complète du juge: pouvant constituer une partie intégrante de l'opération de qualification juridique (et même d'ailleurs au vue d'un "concept qualificateur" lui-même d'origine jurisprudentielle), il peut aussi intervenir de manière plus "autonome", après cette opération proprement dite, de sorte à dépendre de la seule volonté du juge.

Et ce d'autant plus que, comme on le verra, le juge conserve la possibilité d'opter, pour l'une ou l'autre "formule" de proportionnalité - appréciation ou de proportionnalité - interprétation, tout en effectuant le même contrôle de proportionnalité quant à ses résultats.

Un exemple probant de cet état de fait peut être tiré du contentieux des sanctions disciplinaires dans la fonction publique.

Il est en effet constant que devant cette compétence a priori discrétionnaire que constitue l'établissement du rapport entre la faute commise par le fonctionnaire et le choix de la sanction choisie par l'administration, le juge se bornait traditionnellement à un examen de la qualification juridique des faits complet (a-t-il eu faute?) mais refusait, faute de référence normative expresse, d'effectuer un contrôle quelconque quant aux choix de la sanction (la sanction était-elle proportionnée à la faute commise?)(201). Autrement dit, il y avait un contrôle complet des motifs de l'acte (la faute), mais pas du contenu (la sanction).

Depuis l'arrêt du 9 juin 1978, Lebon(202), ce n'est plus le cas. En déclarant que "les faits, dont la matérialité est établie par les pièces du dossier, étaient de nature à justifier une sanction disciplinaire", tout en poursuivant son investigation pour vérifier si le choix de la sanction n'était pas, malgré tout, entaché d'une erreur manifeste d'appréciation, le Conseil d'Etat a en effet inauguré en la matière le contrôle de la proportionnalité de la sanction par rapport à la faute(203).

Cela dit, cet arrêt est susceptible de diverses "lectures". Ainsi, dans une remarquable note de jurisprudence, M. Auby(204) s'interroge sur la nature du contrôle que la Haute juridiction a entendu exercer dans cette affaire, pour constater que deux interprétations sont en effet possibles:

(200) Une toute autre question est constituée par le fait que le contrôle de proportionnalité découle indirectement, comme on le verra, de la nature juridique de normes qui peuvent être elles mêmes extérieures au juge: sur ce sujet, voir infra, partie II, notamment titre 3, chapitre 2.

(201) Par exemple, Conseil d'Etat 15 février 1963, Dame Leray, R. p.57.

(202) Arrêt précité.

(203) Plus précisément pour cette intervention du contrôle de proportionnalité à travers la technique de l'erreur manifeste d'appréciation voir infra, chapitre 2, section 1, sous-section 2, §1.

(204) Note sous arrêt Lebon précité, RDP 1979, p.227s.

- Selon la plus "traditionnelle", il s'agirait toujours d'un contrôle des motifs, relatif donc à une opération de qualification juridique(205). Dans ce cas, le concept qualificateur ne serait pas la notion de la "faute de nature à justifier une sanction", mais celle d'une "faute de nature à justifier la sanction effectivement choisie". Le contrôle effectué par le juge se situerait en deçà du contrôle normal, sur la base, il est vrai, d'une nouvelle condition d'origine jurisprudentielle, celle de sanction proportionnée par rapport à la faute.

- La formulation de l'arrêt par contre, qui reconnaît explicitement que les "gestes indécents sur des fillettes de sa classe" étaient des faits "de nature à justifier une sanction disciplinaire" avant de procéder au contrôle de l'erreur manifeste, incite à voir les choses autrement; et le professeur Auby d'écrire: "Le contrôle de l'erreur manifeste n'est-il pas appliqué ici, non à l'appréciation des motifs pris en eux-mêmes, mais, ce qui est différent, à l'appréciation du contenu de la décision au regard de ces motifs. N'y a-t-il pas dès lors au lieu d'un simple prolongement de la jurisprudence antérieure l'introduction d'un nouveau domaine de l'erreur manifeste concernant non plus (ou non plus uniquement) le motif mais le dispositif de l'acte?"(206).

Il va de soit qu'il s'agirait ainsi d'un contrôle souple du pouvoir discrétionnaire laissé en principe intact, ce qui peut d'ailleurs paraître naturel au sujet de la technique de l'erreur manifeste d'appréciation(207).

Il est donc, comme le remarque M. Auby, "souvent extrêmement facile de présenter en termes classiques de contrôle des motifs un contrôle portant en réalité sur le dispositif. Il suffit que le juge contrôle non seulement les motifs du dispositif "intermédiaire" mais également les motifs du dispositif "final" (...) "(208).

Bref, on constate que par le seul jeu de la formulation d'une même décision, on bascule du contrôle des motifs au contrôle du contenu, du contrôle en deçà du contrôle normal au contrôle du pouvoir discrétionnaire et, somme toute, du contrôle de l'erreur manifeste de qualification mettant en œuvre la

(205) Même si, étant donné la technique juridictionnelle employée, ce ne serait qu'une qualification juridique "minimum", en attendant le passage au contrôle normal. Voir AUBY - DRAGO, Traité de contentieux administratif, ouvrage précité, tome 2, p.401.

(206) Note précitée, p.235.

(207) Comme le note M. DONDOUX, "juridiquement, on peut y voir un substitut à une qualification juridique des faits, qu'on se refuse à contrôler. Mais en réalité, il me paraît assez net qu'en de nombreux cas, on dépasse le cadre de cette recherche du caractère gravement erroné du motif pour aboutir à un contrôle du sens même de la décision, c'est-à-dire de son caractère déraisonnable" (rapport lors du Colloque de l'IFSA sur le pouvoir discrétionnaire et le juge administratif précité, p.63).

(208) Note précitée, p.236. Telle a été d'ailleurs la démarche adoptée par le Conseil d'Etat dans l'arrêt Vinolay du 26 juillet 1978 (R.p.315, AJDA 1978, p.576) qui est, de surcroît, la première annulation dans la lignée de la jurisprudence Lebon. Dans cet arrêt en effet le juge indique que "si le manquement aux règles d'une bonne administration qui lui sont ainsi imputées étaient de nature à justifier une sanction disciplinaire, ils ne pouvaient légalement fonder sans erreur manifeste d'appréciation une mesure de révocation".

proportionnalité - interprétation, à une application de la proportionnalité - appréciation, portant sur un pouvoir toujours reconnu discrétionnaire(209).

Le même phénomène peut se produire à propos de la jurisprudence Benjamin, exemple type, en principe, de la proportionnalité - appréciation. Car dans ce cas aussi le juge peut présenter les choses différemment, tout en exerçant un contrôle similaire: il suffirait, au lieu de vérifier si la limitation de la liberté de réunion a été excessive au vu l'atteinte éventuelle à l'ordre public, de mettre l'accent sur le contrôle de la gravité de cette atteinte(210). L'accent étant ainsi mis à la qualification de l'atteinte au lieu de l'appréciation de la mesure prise pour parer à cette atteinte, le contrôle se présenterait comme un contrôle normal (qualification juridique des faits) et non pas "maximum" (contrôle de l'appréciation discrétionnaire à propos de la mesure appropriée). Mais la conclusion sur la légalité de la mesure serait la même: une interdiction annulée parce que disproportionnée eu égard la menace à l'ordre public" peut aussi l'être parce que la menace n'était pas suffisamment grave pour "être de nature à justifier" l'interdiction décidée(211).

Conclusion du paragraphe, de la sous-section, de la section et du chapitre: Fidèle à la tradition prétorienne qu'il s'est forgé, le juge administratif français a construit le contrôle de proportionnalité de manière à ce qu'il en conserve la pleine maîtrise, et qu'il puisse, si cela lui semble nécessaire, lier l'administration tout en se "liant" le moins possible lui-même. Issu de l'administration active, il s'est en effet vite affranchi, tout en gardant une mentalité d'administrateur.

Son contrôle de proportionnalité en témoigne, par ses buts et par ses moyens: à ce stade, ce contrôle apparaît bien comme un moyen privilégié pour lui d'étendre son emprise sur le pouvoir discrétionnaire de l'administration de manière souple et sans enrichissement ouvert de l'ordonnement juridique.

Mais, on l'a vu, ce contrôle à facettes multiples peut s'exercer également à travers l'opération de qualification juridique des faits, toujours à la discrétion du juge.

N'y a-t-il pas désormais de danger pour "qu'à l'arbitraire de l'administration succède l'arbitraire du juge"(212)? A l'évidence, la réponse à cette question, comme d'ailleurs à celle qui concerne les conclusions plus détaillées tant sur la nature que sur les résultats d'application du mécanisme de proportionnalité ne peut être apportée sans l'examen plus en détail de la jurisprudence.

(209) Voir chapitre 2, à propos de l'utilisation de la technique de l'erreur manifeste pour la mise en œuvre du contrôle de proportionnalité.

(210) Si cette atteinte est suffisamment grave, elle constituerait alors un "motif de nature à justifier" l'interdiction de la réunion.

(211) Ce phénomène s'est effectivement produit: pendant la période suivant l'arrêt Bucard (Conseil d'Etat Ass 23 décembre 1936, R.p.1151) et avant l'arrêt Damazière et autres, (Conseil d'Etat 29 juillet 1953, R.p.264) le Conseil d'Etat a effectivement présenté son contrôle, en fin de compte identique, sous la forme de la seule qualification juridique des faits (notons néanmoins que pendant la seconde guerre mondiale cette modification du contrôle juridictionnel en la matière a correspondu à une réelle diminution de son intensité).

(212) M. DONDOUX, Colloque sur le pouvoir discrétionnaire et le juge administratif précité, p.63.

CHAPITRE SECOND

LA MISE EN OEUVRE DU CONTROLE DE PROPORTIONNALITE

Dépourvu de consécration textuelle ou jurisprudentielle solennelle et même d'application eo nomine, le contrôle de proportionnalité ne peut qu'utiliser des "vecteurs" qui ne lui sont pas, a priori, exclusivement destinés. Son intervention doit par conséquent être d'abord "détectée" à travers l'examen des techniques qui sont susceptibles de véhiculer sa mise en œuvre.

Par le biais de ces techniques juridictionnelles, dont certaines se rencontrent finalement à l'occasion de sa seule mise en œuvre, le contrôle de proportionnalité imprègne, à des degrés différents, la quasi totalité du contentieux de la légalité. Mais son intervention se révèle essentielle dans certains domaines, que l'on étudiera plus en profondeur. Ce n'est que par la suite que l'on pourra essayer de tirer des conclusions quant à son étendue et à ses effets généraux.

On examinera donc d'abord les techniques qui rendent possible la mise en œuvre du contrôle de proportionnalité (section 1), avant d'en aborder la portée (section 2).

Section 1

Les techniques juridictionnelles permettant l'intervention du contrôle de proportionnalité

On ne fera pas ici de présentation détaillée et exhaustive de tous les cas possibles de mise en œuvre du contrôle de proportionnalité: la longueur d'un tel travail excéderait les limites d'une étude comparative, et d'ailleurs celui-ci a déjà été effectué(1).

Ceci étant, il est nécessaire de présenter les cas d'intervention du contrôle de proportionnalité, c'est-à-dire les hypothèses où il s'exprime, sous l'angle de la distinction préalablement effectuée entre proportionnalité - interprétation et proportionnalité - appréciation.

On pourra alors percevoir que le contrôle de proportionnalité connaît une double mise en œuvre tantôt médiate, en tant que moyen d'interprétation juridictionnelle (sous-section 1), tantôt immédiate, en tant que moyen autonome de contrôle de l'appréciation administrative (sous-section 2).

(1) Voir à ce titre surtout X. PHILIPPE, Le contrôle de proportionnalité..., thèse précitée, pp. 135-198; également N. MEKHANTAR, Le contrôle juridictionnel de la proportionnalité..., thèse précitée, pp. 119-148.

Sous-section 1. Les techniques d'intervention de la proportionnalité - interprétation

Si, sur le plan général, l'interprétation consiste à donner une certaine signification à des données, sur le plan juridique également, chaque règle, qu'elle soit d'origine textuelle ou jurisprudentielle, est affectée d'un certain degré d'indétermination que le juge doit surmonter.

Dans la mesure où il agit dans le cadre de l'application d'une norme faisant déjà partie de l'ordonnement juridique(2), le juge peut, ainsi qu'il a déjà été démontré, avoir recours à l'idée de proportionnalité comme aide à son travail d'interprétation(3).

Compris de la sorte, le contrôle de proportionnalité intervient, assez rarement il est vrai, à travers le contrôle du détournement de pouvoir (§1). Plus fréquemment il peut exister au sein du contrôle normal de la qualification juridique des faits (§2) et celui de l'erreur manifeste, dans l'hypothèse où cette dernière technique juridictionnelle est effectivement utilisée comme substitut de qualification (§3).

§1. Le détournement de pouvoir

Il peut paraître de prime abord curieux de ranger le détournement de pouvoir parmi les techniques pouvant permettre l'intervention du contrôle de proportionnalité. Ce moyen est censé en effet censurer l'utilisation intentionnelle par une autorité de ses pouvoirs dans un but autre que celui pour lesquels ils lui ont été conférés.

Dans la mesure où il implique une "volonté consciente et délibérée de la part de l'administration d'utiliser ses prérogatives dans un but autre que celui voulu par le législateur"(4), il concerne la légalité du but recherché en soi. Il n'y a donc, en principe, pas de place pour le raisonnement situation - finalité propre au contrôle de proportionnalité.

Néanmoins, comme l'indique M. Philippe, "la difficulté propre à ce moyen réside dans la détection des intentions de l'auteur de l'acte" car, "hormis les cas où l'intention illégale est flagrante, le détournement de pouvoir ne peut s'identifier qu'à travers l'examen des rapports qu'entretiennent la situation, la

(2) Le lecteur s'est déjà rendu compte que le terme d'"interprétation juridictionnelle" est entendu dans le cadre de cette étude dans son sens large, celui de "raisonnement au terme duquel une norme déjà élaborée est recréée par le juge" (J.J. BIENVENU, L'interprétation..., thèse précitée, tome 1, p.XVII). Toutefois, à l'opposé de M. BIENVENU, on n'y intégrera pas le fait même de la création de la règle jurisprudentielle, par l'usage, de la part du juge, de son pouvoir normatif. Le critère essentiel de la distinction entre interprétation et appréciation est ainsi la différence entre l'application de la norme préexistante et le contrôle du pouvoir a priori discrétionnaire.

(3) Voir chapitre 1, section 2, sous-section 2, §2.

(4) AUBY - DRAGO, Traité de contentieux administratif, ouvrage précité, tome 2, p.412.

décision et sa finalité"(5). Disons pour notre part que, en tout état de cause, cela semble avoir été le cas.

- Dans le domaine de l'expropriation pour cause d'utilité publique notamment, le juge ne possédait pas, avant la jurisprudence Ville nouvelle-Est, de moyen autre que le détournement de pouvoir pour entrer dans l'examen concret de l'opération.

Ainsi dans l'affaire Dame Veuve Borderie(6), une commune de 6000 habitants prétendait exproprier certains terrains afin de permettre le développement du sport équestre, et rendre sa pratique accessible aux jeunes de toutes les classes sociales, organiser des manifestations folkloriques et sportives, et préparer les épreuves nationales et internationales, notamment les futurs jeux olympiques. La loi du 30 octobre 1946 lui conférait les plus larges pouvoirs puisqu'elle donnait le droit d'exproprier des terrains en vue de leur acquisition pour la réalisation d'installations nécessaires à l'éducation physique et sportive à toutes les communes "quelque soit le chiffre de leur population".

Le Conseil d'Etat estima pour sa part que "l'unique motif de l'opération a été de permettre l'installation sur le territoire de cette commune du cercle hippique privé dénommé Le centre hippique girondin obligé de quitter les terrains dont il disposait jusqu'alors à Mérignac"; or il est tout à fait permis de penser que ce qui a en réalité conduit le juge à se prononcer en faveur de cette solution était "l'inadéquation entre le but affiché et les moyens pour le réaliser"(7).

Il s'agissait donc pour le juge, de l'avis autorisé de M. Rials, "en soulignant la disproportion, d'établir un détournement de pouvoir"(8), et il est à cet égard intéressant de constater que dans le domaine de l'expropriation pour cause d'utilité publique l'apparition de la technique du bilan a correspondu à un déclin réel du détournement de pouvoir.

- Précurseur des techniques plus "modernes" d'application du contrôle de proportionnalité, le détournement de pouvoir a continué, dans une moindre mesure il est vrai, à constituer une alternative pour le juge après leur apparition.

(5) X. PHILIPPE, Le contrôle de proportionnalité..., thèse précitée, p.172. L'auteur détecte une intervention du contrôle de proportionnalité non seulement à travers le moyen du détournement de pouvoir, mais également à travers le contrôle de la matérialité des faits (thèse précitée, p.136s.). Mais les exemples qu'il cite (Conseil d'Etat 12 octobre 1956, Pujol, R.p.358; AJDA 1957, II, p.39; Conseil d'Etat 11 juillet 1960, Société des Phosphates Tunisiens, R.p.466; AJDA 1961, p.273) sont pour l'essentiel de cas où ce contrôle a été utilisé comme substitut de celui de la qualification juridique des faits. Pour nous, c'est donc sous l'aspect de l'opération de la qualification juridique que de tels cas doivent être examinés.

(6) Conseil d'Etat 4 mars 1964, R.p.157; AJDA 1964, p.624 note P.L.; voir également Dominique ROUSSEAU, Le contrôle de l'opportunité..., thèse précitée, tome 1, p.202s. également Catherine TEITGEN-COLLY, La légalité de l'intérêt financier dans l'action administrative, Economica, Paris 1981, p.94s. et J. MEKHANTAR, Le contrôle juridictionnel..., thèse précitée, p.121s.

(7) C. TEITGEN-COLLY, La légalité de l'intérêt financier..., ouvrage précité, p.94.

(8) S. RIALS, Le juge administratif français..., thèse précitée, p.89, note n°409.

A cet égard, M. Bourgois(9) cite le cas intéressant de l'arrêt Lambert(10). Dans cette affaire en effet, comme le fait remarquer l'auteur, le Conseil d'Etat n'établit pas positivement l'existence du détournement de pouvoir, puisqu'il ne dit pas dans quel but a été détourné le pouvoir que détient le maire d'accorder le permis de construire demandé. Il se fonde uniquement sur les "revirements de l'administration, intervenus en l'absence de tout fait nouveau"(11).

Et pourtant, ainsi que l'indiquait le commissaire du gouvernement M. Braibant, rejetant expressément le détournement de pouvoir, le permis de construire était certainement plus facile à annuler sur la base de l'erreur manifeste. En se prononçant donc, contre l'avis de son commissaire du gouvernement, en faveur du détournement de pouvoir, la Haute Juridiction a peut-être voulu éviter une deuxième annulation, à peu de jours près, au moyen de l'erreur manifeste d'appréciation, moyen lui aussi par nature exceptionnel(12). M. Bourgois indique en effet que les deux moyens paraissent largement pouvoir être intervertis, même s'il précise que l'alternative ne tourne qu'exceptionnellement au bénéfice du détournement de pouvoir(13).

Or à supposer que le détournement de pouvoir ait effectivement été en l'occurrence une alternative à l'erreur manifeste d'appréciation, il a servi à véhiculer le contrôle de proportionnalité comme le fait aussi cette technique de l'erreur manifeste(14).

Conclusion du paragraphe: Bien que de plus en plus rare, le détournement de pouvoir peut servir au juge, en alternance avec des techniques comme celle de l'erreur manifeste ou du bilan, à censurer une décision discrétionnaire de l'administration. Dans ces cas, le contrôle de proportionnalité se montre comme un instrument d'interprétation utile. C'est encore plus le cas en ce qui concerne le contrôle de la qualification juridique.

§2. La qualification juridique des faits

La possibilité d'intégrer le contrôle de proportionnalité dans l'opération de qualification juridique a déjà été évoquée. Le juge utilise ce contrôle à la fois pour l'interprétation, plus ou moins "créative", des normes écrites qu'il est appelé à appliquer (A) et pour celle des normes apparemment entièrement jurisprudentielles, notamment les principes généraux du droit (B).

(9) Jean Pierre BOURGOIS, L'erreur manifeste d'appréciation: la décision administrative, le juge et la force de l'évidence, thèse Lille 1986, L'Espace Juridique, Lille 1988, p.139s.

(10) Conseil d'Etat Se, 13 novembre 1970, Sieur Lambert, R.p.665.

(11) Arrêt précité.

(12) Conseil d'Etat Se 6 novembre 1970, Sieur Guyé, R.p.652.

(13) L'erreur manifeste d'appréciation..., thèse précitée, p.144. Voir également LABETOULLE et CABANES, chronique, AJDA 1971, pp.33-37.

(14) Cf. §3 et sous-section 2, §1.

A. L'INTERPRETATION DES NORMES ECRITES

Le contrôle de proportionnalité peut être intégré dans celui de la qualification juridique des faits au vue d'une norme écrite préexistante, soit en tant que condition prévue, plus ou moins expressément, en tant que telle par le texte lui-même (a), soit pour l'interprétation proprement dite d'un autre concept qualificateur (b).

a. Une condition légale supplémentaire

Dans les cas de moins en moins rares où le contrôle de proportionnalité intervient en application plus ou moins directe d'une disposition de la loi ou du règlement applicable, il s'incorpore au contrôle normal et s'assimile ainsi à l'opération de qualification juridique des faits.

Ainsi par exemple, aux termes de l'article R. 110-21 du code de l'urbanisme "le permis de construire peut être refusé ou n'être accordé que sous réserve de l'observation de prescriptions spéciales si les constructions, par leur situation, leurs dimensions ou l'aspect extérieur des bâtiments ou ouvrages à édifier ou à modifier, sont de nature à porter atteinte au caractère ou à l'intérêt des lieux avoisinants, aux sites, aux paysages naturels ou urbains ainsi qu'à la conservation des perspectives monumentales". Or se prononcer sur l'existence de cette atteinte, pouvant seule entraîner un refus de l'autorisation sollicitée, consiste justement à faire appel au contrôle de proportionnalité, comme par exemple dans un arrêt du 4 mars 1983: "les travaux faisant l'objet de la demande de permis, eu égard à l'importance et à la nature des modifications qu'ils entraînaient dans la toiture de l'immeuble (...) portaient atteinte au caractère ou à l'intérêt des lieux avoisinants (...) "(15).

De même, la loi de 1976 sur la protection de l'environnement(16), en soumettant à autorisation préfectorale les installations qui "présentent de graves dangers ou inconvénients pour les intérêts visés à l'article 1er"(17), implique pour le juge une prise en considération des avantages et des inconvénients de la décision afin de se prononcer sur la gravité des dangers en question(18).

Dans tous ces cas de figure, on assiste en fait à une opération de qualification juridique en vue d'une règle de proportionnalité directement imposée par la norme écrite.

b. Une aide à l'interprétation d'un concept qualificateur

L'intervention du contrôle de proportionnalité a ici lieu d'abord en tant qu'aide à l'interprétation d'un concept qualificateurs textuel.

(15) Conseil d'Etat 4 mars 1983, Ceccon et autre, R.p.96. Soulignons que les dispositions réglementaires en question ne sont qu'une assimilation par la norme écrite d'un contrôle de proportionnalité déjà exercé par le juge en la matière depuis l'arrêt du 14 avril 1914 Gomel, précité.

(16) Loi n°76-663 du 19 juillet 1976, relative aux installations classées pour la protection de l'environnement.

(17) Article 3 de ladite loi.

(18) Voir par exemple l'arrêt du Conseil d'Etat du 29 mai 1985, Ministre de l'environnement / Société S.O.P.A., R.p.161.

Ainsi la loi du 2 mai 1930 dispose dans sa rédaction issue de la loi n°67-1174 du 28 décembre 1967 que "les monuments naturels ou les sites classés ne peuvent ni être détruits ni être modifiés dans leur état ou leur aspect sauf autorisation spéciale du ministre des affaires culturelles" (article 12) et que par ailleurs "le déclassement total ou partiel d'un monument ou d'un site est prononcé (...) par décret en Conseil d'Etat" (article 14). Dans une décision du 5 décembre 1984, la Haute juridiction en déduit qu'"en vertu de ces dispositions, le ministre des affaires culturelles (...) est compétent pour autoriser la modification d'un site classé dans la mesure où cette modification n'a pas des effets équivalents à ceux d'un véritable déclassement (...) "(19).

Le Conseil d'Etat est donc amené à qualifier les travaux envisagés de "modification" ou de "déclassement" virtuel. En estimant que "compte tenu d'une part de la situation et des caractères des parcelles et notamment de la circonstance que ces parcelles qui sont à usage de jardin potager et sont situées à la limite extérieure du parc boisé en bordure d'une zone construite, ne forment pas une unité de paysage avec ce parc, et eu égard d'autre part à la consistance du programme de constructions autorisées, la réalisation de ces constructions n'entraîne pas en l'espèce une dénaturation de la vocation ou de l'aspect du site classé"(20) la Haute juridiction utilise l'idée de proportionnalité pour se prononcer en faveur de l'existence en l'espèce d'une simple modification.

De même en matière d'amnistie, la gravité de la faute du demandeur sert pour la qualifier de manquement à l'honneur (concept qualificateur) qui "ne saurait, par suite, être regardée comme amnistiée"(21).

Finalement, le juge administratif estime que l'emploi d'un étranger ne peut être considéré comme un "emploi salarié" donnant droit à l'obtention d'un titre de séjour(22) si la rémunération correspondante n'est pas suffisante pour couvrir les besoins du demandeur. Ce faisant, il fait dépendre le concept qualificateur d'une considération de proportionnalité des moyens par rapport aux besoins(23).

Par ailleurs, l'intervention du contrôle de proportionnalité dans le cadre du contrôle normal peut toujours aujourd'hui être le fait d'une condition légale supplémentaire dégagée de manière plus ou moins prétorienne par le juge administratif(24).

(19) Conseil d'Etat 5 décembre 1984, Association Comité de quartier Fleury-d'Arthelon, R.p.407.

(20) Ibid, p.409.

(21) Conseil d'Etat 4 mai 1984, Leymarie, R.p. 163, à propos d'un exploitant d'une officine pharmaceutique sanctionné par la suite d'un "manquement à l'honneur" dans le sens de la loi du 4 août 1981 portant amnistie, et qui ne saurait par conséquent être amnistié du fait de cette loi.

(22) En vertu du décret du 23 novembre 1979.

(23) Tribunal Administratif de Lyon, 12 février 1981, Consorts Bassan, R.p.851: "une rémunération de 1001 F. par mois pour des travaux de secrétariat à temps partiel ne permettant pas, compte tenu tant du coût de la vie en 1980 que du montant du S.M.I.C., au demandeur de subvenir à ses besoins, l'emploi dont il se prévaut ne peut être regardé comme un "emploi salarié" au sens de l'article 1er du décret du 23 novembre 1979 (...)".

(24) M. MEKHANTAR (Le contrôle juridictionnel de la proportionnalité..., thèse précitée) parle à ce propos de "qualification juridique à partir d'une catégorie

De cette façon, alors que le texte en vigueur en matière de dissolution des conseils municipaux(25) prévoit qu'un conseil municipal "ne peut être dissous que par décret motivé rendu en conseil des ministres et publié au Journal officiel" sans autre précision, le juge exige que cette décision soit fondée sur l'existence de dissensions graves et persistantes au sein du Conseil municipal entraînant par exemple un péril de la gestion administrative. Bref, pour se prononcer sur l'existence de cette condition légale jurisprudentielle, il fait appel à l'idée de proportionnalité(26).

Il n'est dès lors par surprenant que le contrôle de proportionnalité puisse s'avérer tout aussi utile pour la mise en œuvre de la création jurisprudentielle la plus "prestigieuse" de la Haute juridiction: les principes généraux du droit.

B. L'INTERPRETATION DES PRINCIPES GENERAUX DU DROIT

Les principes généraux du droit sont "à la base de tout le droit jurisprudentiel; ils expriment, plus que de simples règles juridiques, l'attachement du juge à certaines solutions" de sorte que "semblable qualification jurisprudentielle constitue une promotion; la règle s'incorpore alors aux fondements même du droit jurisprudentiel"(27).

Création jurisprudentielle du plus haut niveau, le principe général est pourtant, peut-être même en raison de son niveau normatif, souvent particulièrement imprécis. A telle enseigne qu'on a pu dire que "c'est bien souvent dans l'imprécision même de leur contenu que réside une des causes de la permanence des principes généraux du droit"(28). Leur mise en œuvre accorde donc une large part à l'interprétation, et le contrôle de proportionnalité y joue un rôle important.

a. La mise en œuvre du principe d'égalité

C'est le cas pour le principe d'égalité qui a probablement le champ d'application le plus large parmi tous les principes généraux du droit.

Qu'il s'agisse du principe d'égalité devant les charges publiques, devant la loi ou devant le service public, il ne saurait être appliqué sous une forme absolue. Il doit tolérer des mesures discriminatoires si elles sont justifiées par des différences objectives de situation: pour le juge administratif il n'y a en effet rupture de l'égalité que si des situations comparables font l'objet d'un traitement discriminatoire, sans qu'un tel traitement soit justifié par des considérations d'intérêt général. En revanche, les situations différentes peuvent (doivent même) être traitées d'une manière différente.

juridique construite" par opposition à la qualification "à partir d'une catégorie juridique posée".

(25) Code des communes, article L.121-4.

(26) Voir par exemple Conseil d'Etat 25 juillet 1952, Thibault, R.p.394 conclusions GUIONIN; Conseil d'Etat 22 janvier 1964, Fruteau, R.p.31.

(27) Y. GAUDEMET, Les méthodes du juge administratif..., thèse précitée, p.253.

(28) B. JEANNEAU, Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative, thèse, Poitiers 1953, Sirey, Paris 1954, p.188.

Pourtant, ces précisions ne suffisent pas en pratique, car à partir de quel point le traitement différencié de situations différentes, ou le traitement discriminatoire pour une raison d'intérêt général cessent-ils d'être conformes au principe d'égalité? C'est là que le contrôle de proportionnalité se montre indispensable, comme le confirme la jurisprudence.

Ce fut le cas à propos d'une mesure discriminatoire du préfet de police de Paris relative à la "délivrance aux petits marchands ne tenant pas boutique, des permis de stationnement sur les trottoirs et places publiques"(29). Le Conseil d'Etat a estimé en l'espèce que si le préfet peut "fixer des critères de priorité entre les demandeurs (...) il n'a pu légalement réserver de manière exclusive (...) l'octroi des permis de stationnement aux victimes d'événements de guerre dans le besoin, aux personnes chargées de famille, aux personnes nécessiteuses incapables de se procurer autrement leurs moyens d'existence". Car pour la Haute juridiction "l'intérêt général qui s'attache à la protection sociale des personnes ainsi définies n'était pas suffisamment impérieux pour justifier l'exclusion totale de tous les autres demandeurs"(30).

Autrement dit, le principe d'égalité n'a pas été respecté à cette occasion, parce que la mise en balance concrète entre l'intérêt général qui justifiait la dérogation et les intérêts des autres demandeurs aboutissait en l'espèce en la faveur de ces derniers, ce qui ôte à la décision contraire de l'administration toute sa légitimité.

Par contre, dans une décision du 19 mai 1983, le Conseil d'Etat a estimé qu'"en interdisant de camper ou de bivouaquer sur tout le territoire concerné en dehors des quatre terrains de camping existants et de deux aires de bivouac, le décret attaqué a légalement édicté une mesure de protection de la nature" car "cette mesure ne crée pas entre les différentes formes de camping de discrimination qui ne sont justifiées par les nécessités de cette protection" (31).

On peut même trouver un exemple de cette fonction du contrôle de proportionnalité au cœur d'un des "grands arrêts de la jurisprudence administrative", l'arrêt Barel(32).

On sait que le Conseil d'Etat a eu à se prononcer sur la légalité de l'exclusion des candidatures au concours d'entrée de l'Ecole nationale d'administration du fait de leurs opinions politiques. La question fut tranchée sans ambiguïté: Selon la Haute juridiction, "s'il appartient au secrétaire d'Etat (...) d'apprécier, dans l'intérêt du service, si les candidats présentent les garanties requises pour l'exercice des fonctions auxquelles donnent accès les études poursuivies à l'Ecole nationale d'administration et s'il peut, à cet égard, tenir compte de faits et manifestations contraires à la réserve que doivent observer ce candidats, il ne saurait, sans méconnaître le principe de l'égalité de l'accès de tous les Français aux emplois et fonctions publics, écarter de ladite liste un candidat en se fondant exclusivement sur ses opinions politiques".

(29) Conseil d'Etat 18 décembre 1985, Legendre, R.p.380.

(30) Ibid, p.381.

(31) Conseil d'Etat Ass 19 mai 1983, Club sportif et familial de la Fève et autre, R.p.205.

(32) Conseil d'Etat Ass 28 mai 1954, Barel, arrêt précité.

Or on constate, dans cette décision, que le juge ne nie pas le principe d'une limitation éventuelle de l'accès à l'ENA pour des motifs d'intérêt général, même si elle peut aboutir à des discriminations. Il censure l'exclusion pour le seul motif des opinions politiques, car il estime en l'espèce que ce motif ne suffit pas à justifier une mesure aussi grave(33). C'est donc la disproportion concrète entre le but recherché (protection du fonctionnement de l'appareil étatique) et les moyens employés (exclusion du candidat au seul motif de ces opinions politiques) qui rend la discrimination contraire au principe d'égalité.

b. L'interprétation des autres principes généraux du droit

La mise en œuvre des autres principes généraux du droit peut également donner lieu à l'intervention du contrôle de proportionnalité.

A cet égard, on peut citer l'exemple du célèbre arrêt Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers(34). Dans cette affaire, la création d'une épicerie municipale avait été déclarée illégale à cause de l'atteinte portée à la liberté du commerce et de l'industrie. Le Conseil d'Etat avait pourtant accepté le principe, pour les conseils municipaux, d'ériger des entreprises de caractère commercial en services publics municipaux. Mais cette limitation de l'initiative privée par l'intervention des pouvoirs publics ne pouvait être, selon la Haute juridiction, in fine légale que si, "en raison de circonstances particulières de temps et de lieux" un intérêt public suffisant la justifiait(35).

Dans un arrêt récent du 4 juillet 1984(36), le Conseil d'Etat se montre plus explicite quant aux motifs qui peuvent justifier une telle action de l'administration: "s'il peut appartenir exceptionnellement aux administrations locales d'intervenir pour la satisfaction des besoins essentiels de la collectivité en cas de défaillance ou d'insuffisance manifeste de l'initiative privée, une telle circonstance ne se rencontre pas dans l'espèce (...)".

L'existence d'un "intérêt public" proportionné aux besoins et aux circonstances est ainsi la condition indispensable de la légitimité finale de la dérogation au principe de la liberté d'entreprendre.

Dans le même esprit, dans l'arrêt de principe Dehaene, le juge administratif évoque le besoin pour l'autorité compétente (législateur ou pouvoir réglementaire) d'"opérer la conciliation nécessaire entre la défense des intérêts professionnels dont la grève constitue une modalité et la sauvegarde de l'intérêt

(33) On sait qu'il aurait pu en être autrement. Des pays comme les Etats-Unis, l'Angleterre, la Suisse, la RFA écartent ouvertement les communistes de certaines fonctions publiques. Pour aboutir à une solution comparable, le Conseil d'Etat n'avait d'ailleurs pas besoin de dégager un fondement juridique spécifique (contra: G.A.J.A., ouvrage précité, p.529): des motifs d'intérêt général, rendant l'appartenance au parti communiste incompatible avec l'exercice de la fonction publique, auraient pu être suffisants. Mais il est vrai que la situation en France différait de celle des pays qui viennent d'être cités au moins en opportunité: le parti communiste représentait, à l'époque de la décision, environ 20% des voix...

(34) Conseil d'Etat 30 mai 1930, R.p.583; G.A.J.A. n° 48; RDP 1930, p.530 conclusions P.L. JOSSE; S. 1931, 3, p.73 conclusions JOSSE, note R. ALIBERT.

(35) Ibid.

(36) Département de la Meuse / Poilera, RFDA 1985 p.58 note DOUENCE; RDP 1985, p.199 note DE SOTO.

général auquel elle peut être de nature à porter atteinte"(37). Il considère ainsi que l'obligation de proportionnalité est en quelque sorte une composante inhérente à l'existence même du droit de grève; et en l'absence d'une disposition expresse du législateur opérant cette conciliation, il y procède à sa place. Car pour la Haute juridiction, même en l'absence de cette réglementation, "la reconnaissance du droit de grève ne saurait avoir pour conséquence d'exclure les limitations qui doivent être apportées à ce droit comme à tout autre en vue d'en éviter un usage abusif ou contraire aux nécessités de l'ordre public".

Le contrôle de proportionnalité met donc ici en balance le droit de grève et "les nécessités de l'ordre public" qui peuvent justifier sa limitation. Et si la balance tourne cette fois à l'avantage de l'intérêt général, puisque une grève du service public "aurait pour effet de compromettre dans ses attributions essentielles l'exercice de la fonction préfectorale" et "porterait ainsi "une atteinte grave à l'ordre public"(38), cela est loin d'être acquis: par exemple, le même raisonnement aboutit au résultat inverse, dans une affaire plus récente du 4 février 1981(39). Dans cet arrêt en effet, le Conseil d'Etat rappelle qu'une grève "ne mettrait pas nécessairement en péril, quels qu'en soient les motifs, la date et la durée, soit la conservation des installations et des matériels, soit le fonctionnement d'un service dont la continuité est indispensable à l'action gouvernementale ou à l'ordre public".

La conclusion sur la légalité de la mesure est donc en définitive fonction des circonstances concrètes de l'espèce, et notamment de la gravité de l'atteinte aux intérêts en présence: c'est (aussi) une question de proportion.

Conclusion du paragraphe: De manière plus ou moins perceptible, le contrôle de proportionnalité peut être au cœur de l'opération de la qualification juridique des faits, tant que celle-ci implique la prise en considération d'une ou plusieurs variables opposées. Or ceci n'est pas uniquement valable pour le contrôle normal, mais aussi pour ses substituts.

(37) Conseil d'Etat Ass 7 juillet 1950, Dehaene, R.p.426; G.A.J.A. n° 78; S. 1950, 3, p.109 note J.D.V.; D. 1950, p.538 note GERVAIS; RDP 1950, p.691 conclusions GAZIER, note M. WALINE; JCP 1950, II, n°5681 conclusions GAZIER; RA 1950, p.366 conclusions GAZIER, note LIET-VEAUX; Dr.Soc. 1950, p.317 conclusions GAZIER.

(38) Pour ce faire, le Conseil d'Etat dégage d'ailleurs un principe général de "continuité du service public", susceptible de l'emporter sur le droit de grève. Il suit en cela les conclusions de son commissaire du gouvernement, qui affirmait qu'"admettre sans restriction la grève des fonctionnaires, ce serait ouvrir des parenthèses dans la vie constitutionnelle et, comme on l'a dit, consacrer officiellement la notion d'un Etat à éclipses. Une telle solution est radicalement contraire aux principes les plus fondamentaux de notre droit public (...)".

(39) Conseil d'Etat 4 février 1981, Fédération C.F.T.C. des personnels de l'environnement, de l'équipement et du logement, des transports et du tourisme, R.p.45; AJDA 1981, p.543 note SALON; D. 1981, IR, p.286 observation DELVOLLE; Dr. soc. 1981, p.412 conclusions GENEVOIS.

§3. L'erreur manifeste de qualification

Opérationnelle dans l'énorme majorité des cas où le juge administratif se refuse à opérer un contrôle normal, la technique de l'erreur manifeste aide à assurer le respect minimum de la légalité interne de l'acte administratif.

Cela dit, pourquoi parle-t-on d'erreur manifeste de qualification?

La double fonction de l'erreur manifeste a déjà été démontrée par M. Lagasse(40), qui distingue deux types de contrôle de l'erreur manifeste(41). D'une part, le contrôle de l'erreur manifeste de qualification, lorsque le juge se trouve en face d'une norme écrite qu'il aurait pu appliquer dans le cadre d'un contrôle normal et qu'il opte volontairement pour la technique de l'erreur manifeste. Et l'erreur manifeste d'appréciation, dans les cas où, en l'absence de norme textuelle posant des conditions à l'exercice de la compétence de l'administration, le juge contrôle en réalité un pouvoir discrétionnaire.

M. Rials aussi s'exprime dans le même sens. Sans insister sur le contrôle du pouvoir discrétionnaire par le biais de l'erreur manifeste(42), il démontre l'existence du cas inverse du non-contrôle de la norme écrite: "les standards textuels n'ouvrent pas un pouvoir discrétionnaire à eux seuls mais une compétence liée que, pour des raisons politiques précises, le juge ne contrôle pas dans tous les cas"(43).

Le juge peut donc, par le biais d'un contrôle - recul, procéder au seul contrôle de l'erreur manifeste en présence d'une norme écrite(44) qui aurait permis un contrôle normal: il utilise alors l'erreur manifeste de qualification(45).

(40) L'erreur manifeste d'appréciation..., thèse précitée, p.271s.

(41) Avant lui, d'autres avaient pressenti cette "ambiguïté" de l'erreur manifeste, appelée à fonctionner, selon le cas, soit en tant que contrôle minimum des motifs soit du contenu de la décision administrative: voir à ce propos J.P. HENRY, Une nouvelle fonction pour l'erreur manifeste, AJDA 1979, p.17 et S. RIALS, Le juge administratif..., thèse précitée, p.248s.

(42) L'auteur affirme pourtant que l'attitude fréquente du juge administratif de "laisser l'administrateur réaliser seul le sens de la loi ou du règlement (...) n'exclut pas une autre dont les conséquences sont inverses et qui pousse le juge (...) à cantonner par ses propres normes le pouvoir discrétionnaire". Et après avoir ainsi reconnu le pouvoir normatif du juge, il continue pour dire que l'erreur manifeste "apparaît ainsi comme une forme de compromis historique qui, atténuant les effets les plus insupportables de l'absence de contrôle, a probablement eu pour effet de favoriser le maintien du contrôle minimum dans nombre de secteurs". Or comment l'erreur manifeste peut-elle être une alternative à la réduction du pouvoir discrétionnaire de l'administration par le juge, si elle ne permet elle-même l'exercice du contrôle juridictionnel dans le domaine du pouvoir discrétionnaire? (thèse précitée, p.249).

(43) S. RIALS, Le juge administratif..., thèse précitée, p.250.

(44) Et uniquement, semble-t-il, écrite. Car comme le démontre de manière convaincante M. RIALS, les normes jurisprudentielles ne sont susceptibles que d'un contrôle normal: "si le juge lui-même édicte une prescription formulée à l'aide d'un standard, ce ne peut être que pour lier le pouvoir discrétionnaire de l'administration. On ne voit pas qu'il fasse l'effort de combler les lacunes des textes pour renoncer dans un second temps aux effets de son effort" (Le juge administratif..., thèse précitée, p.237).

(45) Cette distinction entre erreur manifeste de qualification et erreur manifeste d'appréciation a d'ailleurs pleinement sa place dans le cadre de notre étude, basée d'emblée sur l'acceptation de l'existence d'un contrôle souple du pouvoir discrétionnaire au delà de l'opération de qualification juridique des faits stricto sensu.

Or s'agissant des cas où une opération de qualification juridique des faits a fait appel au contrôle de proportionnalité selon le processus déjà présenté(46), la technique de l'erreur manifeste qui la remplace permet elle aussi, de manière plus insidieuse il est vrai, d'aboutir au même résultat. L'intensité du contrôle exercé sera peut-être moindre mais la logique du contrôle de proportionnalité n'en sera pas moins présente.

C'est souvent le cas des "questions techniques", dans lesquelles, sous le prétexte, croit-on, de la technicité(47), le juge se refuse d'exercer un contrôle normal de la qualification des conditions juridiques textuelles, mais se réserve toutefois la possibilité d'une censure par le biais de l'erreur manifeste.

Ainsi, statuant à propos du centre Beaubourg, le Conseil d'Etat estime que le jury n'a pas commis d'erreur manifeste dans l'appréciation des "mérites comparés des projets"(48). De même, dans un arrêt de 1982(49), la Haute juridiction précise que pour refuser l'autorisation d'exercer la pharmacie au motif que l'"intérêt de la santé publique"(50) ne justifiait pas cette autorisation, l'autorité administrative a commis une erreur manifeste. Car la circonstance que "les habitants de L., commune dont les officines de pharmacie les plus proches sont situées à des distances d'au moins 10 kms, dont le territoire est étendu et dont la population, en grande partie âgée, est très disséminée, peuvent supporter des trajets excessivement longs pour se procurer, après s'être rendus chez le médecin, les médicaments prescrits" aurait dû convaincre l'administration de l'opportunité d'accorder l'autorisation sollicitée.

Plusieurs exemples sont finalement fournis par le contentieux du remembrement rural(51), dans lequel le juge a d'ailleurs démontré le caractère dynamique de la technique de l'erreur manifeste, passant souvent par la suite au contrôle normal(52).

Conclusion du paragraphe: Utile comme aide à l'opération de la qualification juridique des faits, le contrôle de proportionnalité est aussi au service du juge

contrôle dont l'erreur manifeste d'appréciation (voir infra) constitue par ailleurs la forme la plus incontestable.

(46) Voir le paragraphe précédent, ainsi que le paragraphe 2, sous-section 2, section 2 du premier chapitre.

(47) Il n'est pas possible de débattre ici du caractère justifié ou, plus encore, forcé de l'abstention du juge d'un contrôle normal en la matière: voir à titre indicatif: contre cette auto-limitation du juge administratif A. MESTRE, Le Conseil d'Etat protecteur des prérogatives de l'administration, thèse, LGDJ, Paris 1974, p.100s.; pour, R. ODET, Contentieux..., ouvrage précité, fascicule VI, p.1563; nuancé mais mettant en évidence la motivation politique de l'autocensure du juge S. RIALS, Le juge administratif..., thèse précitée, p.237s.

(48) Conseil d'Etat 23 janvier 1976, Bergeriaux, AJDA 1976, p.420.

(49) Conseil d'Etat 21 mai 1982, Ministre de la Santé et de la Sécurité sociale / Commune de Lucq-de Béarn et autres, R.p.518.

(50) Sur le fondement de l'article L.594 du code de la santé publique.

(51) Voir par exemple, Conseil d'Etat 13 juillet 1961, Achart, R.p.476.

(52) Conseil d'Etat 6 janvier 1967, Ministre de l'agriculture / Dunand, R.p.2. Par ailleurs, on constate, de manière générale, que les premières applications de la technique de l'erreur manifeste par le Conseil d'Etat ont été des substituts à la qualification juridique des faits tandis que par la suite cette technique a été de plus en plus utilisée pour contrôler le pouvoir apparemment discrétionnaire de l'administration.

administratif dans les cas où celui-ci censure le non respect d'une norme textuelle par le moyen de l'erreur manifeste, dans la mesure où cette technique est utilisée en tant que substitut au contrôle normal.

Conclusion de la sous-section: Cette démonstration des techniques juridictionnelles qui peuvent avoir recours au contrôle de proportionnalité en tant que moyen d'interprétation, ne se veut pas exhaustive(53) mais met en évidence les liens complexes que peut entretenir le contrôle de proportionnalité avec des normes qui lui sont a priori indifférentes. En outre, un acte administratif illicite peut aussi être censuré par l'intervention plus "autonome" du contrôle de proportionnalité.

Sous-section 2. Les techniques d'intervention de la proportionnalité - appréciation

On pourrait dire que la proportionnalité - appréciation se présente à ce stade de l'étude comme le contrôle de proportionnalité stricto sensu, puisqu'elle intervient de manière autonome, pour censurer un acte administratif a priori légal.

Pour procéder à ce contrôle, le juge utilise principalement trois techniques qui viennent toutes sanctionner des cas de disproportion dans la décision: celle déjà évoquée de l'erreur manifeste mais dans la mesure où elle intervient dans le cadre d'un pouvoir discrétionnaire textuel (§1); celle du contrôle de la nécessité de l'acte (§2); celle enfin, plus récente, du bilan (§3).

§1. L'erreur manifeste d'appréciation

La doctrine et la jurisprudence s'accordent à reconnaître dans l'erreur manifeste une technique qui peut s'exercer dans le domaine du pouvoir discrétionnaire en véhiculant un contrôle de proportionnalité.

Ainsi les professeurs Auby et Drago affirment que "la notion d'erreur manifeste vient rejoindre la "théorie du bilan" ou le "principe de proportionnalité". Il s'agit en fait de concepts identiques qui vont dans le sens d'une extension des pouvoirs du juge et de la réduction du pouvoir discrétionnaire"(54).

Les membres de la Haute juridiction de leur côté ont souvent pu hésiter entre l'emploi de la technique de l'erreur manifeste et celle du bilan, moyen de mise en œuvre du contrôle de proportionnalité par excellence. Ainsi on sait

(53) On songe principalement à l'erreur de droit, qui est souvent mal distinguée de l'erreur de fait et peut également être un moyen de mise en œuvre du contrôle de proportionnalité. Voir PHILIPPE, Le contrôle de proportionnalité..., thèse précitée, p.175s., spécialement p.176: "La distinction entre erreur de droit et erreur de fait opérée dans un but de clarification est beaucoup moins tranchée dans les décisions. C'est la raison pour laquelle le contrôle de proportionnalité apparaît au stade de l'erreur de droit".

(54) AUBY et DRAGO, Contentieux administratif, ouvrage précité, tome 2, p.402.

qu'avant de présenter ses conclusions sous l'arrêt Ville nouvelle Est(55) qui ont introduit la jurisprudence du "bilan", M. Braibant s'était placé sur le terrain de l'erreur manifeste(56), tandis que M. Kahn considérait la solution donnée dans ce même arrêt regrettable, car le même résultat pouvait être atteint avec l'emploi de l'erreur manifeste(57).

Le président Heumann va même plus loin puisqu'il affirme que "la théorie du bilan (...) est une tentative qui a été faite par le juge pour définir des critères qui permettent d'appréhender, de cerner [l'erreur manifeste] ou au contraire de constater qu'il n'y a pas d'erreur"(58), tandis que le professeur Weil s'interroge s'il faut voir dans l'erreur manifeste et le contrôle du bilan "deux concepts différents ou, au contraire, deux vocabulaires exprimant à peu près la même réalité juridique"(59).

Or cette même réalité juridique n'est autre que le contrôle de proportionnalité, susceptible d'être appliqué à travers l'une ou l'autre technique.

Concernant la jurisprudence, le contrôle juridictionnel en matière d'urbanisme fournit tout une série d'exemples de contrôle de proportionnalité à travers la technique de l'erreur manifeste d'appréciation. Il nous suffira ici de citer l'arrêt de principe en matière de contrôle de la légalité interne d'un plan d'occupation des sols, Commune de Bouchemaine(60).

Dans cette affaire en effet, la Haute juridiction était appelée, pour la première fois, à se prononcer sur la légalité interne d'un plan d'occupation des sols (P.O.S.); se posait donc le problème de la forme de ce contrôle.

Le commissaire du gouvernement a présenté l'alternative qui s'offrait au juge de manière fort explicite: Selon M. Labetoulle, "il ne saurait s'agir d'un contrôle de qualification juridique. Sans doute les dispositions du code de l'urbanisme relatives aux plans d'occupation des sols s'efforcent-elles de préciser à quoi doivent correspondre les diverses zones distinguées par un P.O.S. (...) mais il s'agit là d'indications, de suggestions et non pas de véritables définitions juridiques en fonction desquelles chaque terrain englobé dans un P.O.S. devrait être rangé dans telle catégorie et non pas dans une autre (...) "(61).

(55) Conseil d'Etat Ass 28 mai 1971, arrêt précité.

(56) Voir colloque de l'IFSA, Le pouvoir discrétionnaire de l'administration, ouvrage précité, p.69.

(57) Ibid, p.76.

(58) Ibid, p.68.

(59) Ibid p.46.

(60) Conseil d'Etat Se 23 mars 1979, R.p.127 conclusions LABETOULLE; AJDA 1979, p.80 chr. DUTHEILLET DE LAMOTHE et ROBINEAU; D. 1979, p.534, note BROUSSOLLE; JCP 1979, II, n°19171 note BOUYSSOU; Grands arrêts de l'urbanisme n°12.

(61) Conclusions précitées. En réalité le texte principalement susceptible d'être appliqué en la matière était l'article 123-1 du code de l'urbanisme, qui prévoyait que "les plans d'occupation des sols fixent, dans le cadre des orientations des schémas directeurs ou des schémas de secteur, s'il en existe, les règles générales et les servitudes d'utilisation des sols, qui peuvent notamment comporter l'interdiction de construire. A cet fin, ils doivent: 1° Délimiter des zones, urbaines ou à urbaniser en prenant notamment en considération la valeur agronomique des sols, les structures agricoles, les terrains produisant des denrées de qualité supérieure, l'existence de risques naturels prévisibles et de risques technologiques, la présence d'équipements spéciaux importants et déterminer des zones d'affectation des sols selon l'usage

Cette question étant élucidée, restait l'hésitation qu'exprimait le commissaire du gouvernement entre "la théorie de l'erreur manifeste et la théorie du bilan". Et si M. Labetoulle a opté pour l'erreur manifeste, c'était parce qu'elle permettait un contrôle plus souple, laissant à l'administration une plus grande marge de liberté: "Nous préférons donc la théorie de l'erreur manifeste qui, sans vains artifices, laisse l'administration maîtresse de ses choix, à condition de ne pas franchir les frontières du raisonnable", ajoutait-il(62).

En face donc d'un pouvoir discrétionnaire "textuel", le juge ne désirant pas exercer son pouvoir normatif dispose d'un choix de diverses techniques lui permettant de mettre en œuvre le contrôle de proportionnalité, dont la technique de l'erreur manifeste d'appréciation(63).

Certes on pourrait contester le caractère d'erreur manifeste d'appréciation au contrôle exercé ici (en présence d'une règle même abstraite, ne peut-on pas parler d'erreur manifeste de qualification?)(64). En tout état de cause, il n'en est pas de même pour l'exemple type de cette forme de contrôle, le contentieux des mesures disciplinaires dans la fonction publique et, plus généralement, de la discipline professionnelle(65).

En la matière, il est constant que si le juge administratif dispose de suffisamment d'éléments textuels pour exercer un contrôle normal sur l'existence d'une faute susceptible de provoquer une sanction, il en va tout autrement en ce qui concerne le choix de la sanction. C'est pour cette raison qu'il s'est refusé de contrôler l'option de l'autorité administrative jusqu'à une époque récente(66) et, quand il a finalement opéré le revirement de jurisprudence tant attendu, il a opté pour la forme souple et "atténuée" de contrôle de proportionnalité que constitue l'erreur manifeste d'appréciation(67). Il a dès lors choisi de mettre en œuvre un contrôle intervenant après l'opération de la qualification juridique des faits stricto sensu, qui vient censurer, ne serait ce que d'une manière atténuée, une éventuelle disproportion dans le choix de la sanction.

D'ailleurs la motivation des décisions de la Haute juridiction, fort discrète initialement, devient de plus en plus explicite, révélant désormais ouvertement le recours au contrôle de proportionnalité. Il suffira de citer comme

principal qui doit en être fait ou la nature des activités dominantes qui peuvent y être exercées; (...) ". Mais aucune précision n'étant apportée par ce texte sur la manière dont les éléments légaux doivent être pris en considération, la présomption d'un pouvoir discrétionnaire étendu de l'administration demeure, à juste titre, forte.

(62) Conclusions précitées, R.p.129.

(63) Notons par ailleurs qu'en l'absence d'une erreur manifeste d'appréciation, il ne saurait utilement être fait référence au principe d'égalité des citoyens devant la loi pour conclure à l'illégalité du zonage: on voit ici encore une fois l'importance du contrôle de proportionnalité dans la détermination du respect des principes généraux du droit (Conseil d'Etat 3 novembre 1982, Mlle Bonnaire et autres, R.p.363; Conseil d'Etat 28 février 1986, Soleillet, DA 1986, n°250).

(64) En ce sens X. PHILIPPE, Le contrôle de proportionnalité..., thèse précitée, p.144.

(65) D'ailleurs, l'intérêt de ce débat est purement théorique, l'essentiel étant, en ce qui nous concerne, la mise en œuvre, d'une manière ou de l'autre, du contrôle de proportionnalité.

(66) Voir infra, section 2, sous-section 1, §3.

(67) Conseil d'Etat Se 9 juin 1978, Lebon, arrêt précité.

exemple un arrêt relativement récent du 16 janvier 1985(68), dans lequel la décision de la Fédération équestre infligeant une amende au propriétaire d'un cheval n'a pas été annulée car le requérant n'a pas su démontrer que la sanction prononcée à son encontre "serait d'une gravité excessive, révélatrice d'une erreur manifeste d'appréciation". Bref, par le biais de cette technique, c'est bien un contrôle de proportionnalité qui a été exercé.

Conclusion du paragraphe: L'erreur manifeste d'appréciation constitue une technique d'intervention du contrôle de la proportionnalité - appréciation et même, peut-être, la forme la plus répandue de ce contrôle. Car elle semble répondre, plus que toute autre, à ce qui est la force principale de ce contrôle dans sa conception française: l'aptitude de surveiller le pouvoir discrétionnaire de l'administration sans le réduire ouvertement, de censurer la mesure "inopportune" sans laisser une trace indélébile à l'ordonnement juridique. Mais il existe d'autres moyens d'intervention du contrôle de proportionnalité, plus explicites, et même beaucoup plus anciennes que celui de l'erreur manifeste.

§2. Le contrôle de la nécessité ou l'interdiction d'excès

Il s'agit sans doute de la forme la plus ancienne, et peut-être la plus pure(69), du contrôle de proportionnalité, s'assurant du "maintien d'un équilibre entre la nécessité pour la puissance publique de mener à bien sa mission d'intérêt général et celle consistant à sauvegarder les libertés des citoyens"(70).

On s'est déjà efforcé de démontrer, à travers l'exemple de l'arrêt qui est reconnu comme le premier en la matière(71), la réalité de l'intervention autonome du contrôle de proportionnalité après l'opération de la qualification juridique proprement dite(72). Il est donc inutile d'y revenir.

Mais au-delà de la question de la place de ce contrôle vis-à-vis du pouvoir discrétionnaire de l'administration, se pose le problème de sa logique: si le juge fait plus qu'appliquer une disposition légale, sans pour autant édicter une condition jurisprudentielle spécifique précise, quelle est la logique à laquelle son contrôle obéit, quelle est la cohérence interne de sa démarche?

L'étude de la jurisprudence se révèle sur ce point instructive. Par exemple, dans une affaire relative à la limite d'âge de 65 ans imposée par le maire de la ville de Clermont-Ferrand aux chauffeurs de taxis(73), le Conseil d'Etat a estimé que "s'il appartient au maire, dans l'exercice de ses pouvoirs de police, de prendre toutes les mesures nécessaires dans l'intérêt de la commodité et de la sécurité de la circulation sur les voies publiques et s'il peut, notamment, à cet

(68) Conseil d'Etat 16 janvier 1985, Bentejac, R.p.11.

(69) Puisqu'elle répond à sa fonction la plus essentielle, la limite à la limitation des libertés individuelles. Voir partie II, notamment titre 3, chapitre 1, section 2.

(70) X. PHILIPPE, Le contrôle de proportionnalité..., thèse précitée, p.154.

(71) Conseil d'Etat 19 mai 1933, arrêt Benjamin précité. Mais on peut déceler des applications du contrôle de proportionnalité antérieurs à cet arrêt: voir infra section 2, sous-section 1, §1.

(72) Voir chapitre premier, section 2, sous-section 2, §1.

(73) Conseil d'Etat 16 juin 1978, Ville de Clermont-Ferrand / Tchernouchenko, R.p.260.

effet, réglementer l'activité des exploitants de taxis, les décisions qu'il arrête ainsi ne doivent pas imposer de sujétions plus rigoureuses que celles qu'exige la sauvegarde de ces intérêts (...)" Que voit-on?

- D'abord, qu'il s'agit d'un acte administratif restrictif de l'exercice d'une liberté, en l'occurrence la liberté d'exercice de la profession;

- ensuite, que cette limitation peut être légitime, et est a priori légale dans la mesure où l'autorité administrative vise la sauvegarde d'un intérêt général qui s'oppose à l'exercice de cette liberté;

- enfin, que ce n'est pas pour autant que l'autorité administrative pourra limiter la liberté en cause au delà de ce qui est nécessaire pour assurer de manière effective l'intérêt général.

Se trouvent donc opposés, dans le cadre de cette jurisprudence, l'intérêt général d'un côté, la liberté(74) de l'autre. Et si la poursuite du premier peut justifier la limitation légale de la seconde, le juge administratif exige qu'en plus, la limitation ne soit pas plus que nécessaire: le moyen mis en œuvre doit être le moins contraignant possible et, de ce point de vue déjà, proportionné aux exigences de l'intérêt général.

Est-ce que cela signifie que l'administration est autorisée à prendre toute mesure nécessaire à la poursuite d'un intérêt général légitime?

L'exemple d'un arrêt du 2 décembre 1983, dans lequel la Haute juridiction a eu à se prononcer sur la légalité de mesures particulièrement contraignantes édictées par le Maire de la ville de Lille à l'encontre de nomades, nous aidera à compléter notre démonstration(75). Dans sa décision, le Conseil d'Etat précise en effet que si les dispositions légales applicables en la matière "autorisent les maires à réglementer les conditions de circulation et de séjour des nomades pour éviter qu'elles ne créent un danger pour la salubrité, la sécurité ou la tranquillité publique, les mesures prises sur le fondement de ces dispositions ne sauraient légalement ni comporter une interdiction totale de stationnement et de séjour, ni aboutir en fait à une impossibilité pour les nomades de stationner pendant le temps minimum qui leur est nécessaire".

Par conséquent, la mesure administrative limitative de la liberté et nécessaire à la poursuite d'un intérêt général, doit encore ne pas être excessive dans ses effets contraignants: L'atteinte portée à la liberté doit être nécessaire pour l'intérêt général et non excessive pour l'intérêt privé qui s'y oppose.

Un dernier exemple illustrera cette double condition de nécessité et de non excessivité imposée par le contrôle de proportionnalité à l'administration.

Dans ses conclusions à propos de cette affaire du 25 janvier 1980(76), le commissaire du gouvernement posait déjà le problème en termes clairs: "Il s'agit seulement aujourd'hui de la dialectique classique en matière de police: le maire de Strasbourg a-t-il pris une mesure proportionnée à la gravité de l'atteinte portée par l'activité des requérants au bon ordre et à la sécurité de la circulation?"

(74) Au sens large, puisque bien évidemment la protection de la liberté individuelle au sens strict ressort de la compétence du juge judiciaire. Cf. à ce titre infra, partie II, titre 3, chapitre 1.

(75) Conseil d'Etat 5 décembre 1983, Ville de Lille, R.p.470.

(76) Conseil d'Etat Se, 25 janvier 1980, Cadiaga et autres, R.p.44 conclusions ROUGEVIN-BAVILLE.

Et la Haute juridiction se posait les deux questions déjà évoquées - l'interdiction était-elle nécessaire et non excessive - avant de répondre par l'affirmative et confirmer ainsi la légalité de la mesure: "il résulte des pièces du dossier que, loin d'être générale, cette interdiction qui portait sur un périmètre beaucoup plus limité que celui visé par les précédentes interdictions jugées illégales, a été adaptée aux circonstances de temps et de lieu, de façon à ne pas soumettre les intéressés à des contraintes autres que celles qu'impose le respect du bon ordre, de la sécurité et la tranquillité des piétons (...) que ce but n'aurait pu être atteint par des mesures moins contraignantes"(77).

Le contrôle de la nécessité s'assure donc, en tout état de cause, de la proportionnalité d'une mesure de police administrative en vérifiant que celle-ci respecte la règle de l'interdiction d'excès.

Mais se pose dès lors la question suivante: censeur des mesures excessives de l'administration, le contrôle de proportionnalité est-il concerné également par les mesures insuffisantes? Autrement dit si, pour reprendre l'expression de W. Jellinek(78), "on ne doit pas tirer sur des moineaux avec un canon", peut-on n'utiliser qu'un pistolet à eau?

M. Mekhantar est ouvertement de cet avis: "ni trop, ni trop peu: c'est là que se situe le seuil raisonnable de l'acte, bien que l'on ait trop souvent tendance à davantage fustiger les excès en oubliant les manques"(79). Pourtant, pour séduisante qu'elle soit, cette thèse de "disproportion par pusillanimité" ne se vérifie pas à l'étude de la jurisprudence. Le fait que le défaut d'application d'une réglementation puisse constituer une faute de nature à engager la responsabilité de l'administration(80), de même que la carence du maire à imposer aux organisateurs de manifestations et spectacles sur la voie publique la réglementation préfectorale relative à la sécurité(81) n'équivaut pas à une obligation de prendre chaque fois la mesure qui s'impose.

Bien au contraire, une action de l'administration est nécessaire pour que le juge puisse effectuer un contrôle de proportionnalité des moyens employés par rapport au but recherché: comment peut-on se demander si un acte répond de manière proportionnée à un but donné si aucun acte n'est intervenu? D'ailleurs, à notre connaissance, jamais une mesure restrictive n'a été annulée parce que trop "faible"(82).

Conclusion du paragraphe: Forme de proportionnalité la plus ancienne, le contrôle de la nécessité est surtout centré autour d'une obligation de modération dans l'usage de la puissance publique. Elle est en cela particulièrement apte à

(77) Ibid.

(78) Cité par G. BRAIBANT, Le principe de proportionnalité, article précité, p.298.

(79) J. MEKHANTAR, Le contrôle juridictionnel..., thèse précitée, p.334.

(80) Conseil d'Etat Se 14 décembre 1962, Doublet, R.p.680; D. 1963 p.117 conclusions COMBARNOUS; AJDA 1963, p.85 note GENTOT et FOURRE.

(81) Conseil d'Etat 17 juin 1959, Demoiselle Victor, R.p.366.

(82) M. COSTA l'affirme expressément, même si ce n'est que pour le regretter: "une décision qui manquerait au principe de proportionnalité, non par excès, mais par défaut, par insuffisance, ne serait pas annulée par le juge; et pourtant elle peut être tout aussi préjudiciable à l'intérêt général qu'un acte disproportionné par son caractère excessif" (Le principe de proportionnalité..., article précité, p.437).

faire face aux atteintes excessives que celle-ci peut porter aux libertés: l'appréciation a priori discrétionnaire de l'administration dans ce domaine ne sera validée que dans la mesure où elle n'apparaît pas excessive au juge.

Mais il est de cas où cette obligation d'éviter les excès ne suffit pas pour servir de moyen d'intervention de la totalité du contrôle de proportionnalité. Le juge fait alors appel à la technique juridictionnelle du bilan.

§3. Le contrôle du bilan "coûts-avantages"

Symptomatique de l'intervention "classique" de la puissance publique (le maintien de l'ordre), la technique de l'interdiction d'excès est d'une utilité bien moindre face à la croissance de son interventionnisme économique. La logique de l'évaluation de l'atteinte excessive d'une liberté en vue d'un but d'intérêt général peut certes y être utilisée, avec un certain "effort" intellectuel; mais en prenant en considération, pour l'opposer à l'intérêt général, le seul intérêt privé - liberté(83), le juge se refuserait la possibilité de porter son regard sur bon nombre des paramètres complexes du contentieux "moderne", notamment celui de l'urbanisme en général et de l'expropriation pour cause d'utilité publique en particulier. C'est pour cette raison qu'il lui arrive d'avoir recours à la technique du bilan.

Plus étendue, non seulement quant à l'intensité du contrôle effectué, mais en ce qui concerne les paramètres pris en considération par le juge, la technique du bilan a donc une logique qui doit être distinguée de celle de l'interdiction d'excès (A), même si les deux techniques peuvent par ailleurs être combinées (B).

A. LA TECHNIQUE DU BILAN

Analysant la notion d'intérêt public dans le cadre de la jurisprudence traditionnelle sur les mesures de police, Michel Fromont le définissait comme "monolithique", dans la mesure où "il ne saurait y avoir conflit entre plusieurs intérêts publics, du moins sur le plan du droit"(84).

Contrairement à cette jurisprudence de l'interdiction d'excès, le contrôle de proportionnalité mis en œuvre par la technique du bilan ne se base pas sur la distinction entre intérêts publics et privés (a); il procède au contraire à une évaluation globale des avantages et des inconvénients de l'opération entreprise par l'administration (b).

a. Absence de séparation entre intérêts publics et intérêts privés

L'arrêt qui a "officiellement" inauguré le contrôle du bilan en France annonce déjà dans une formule maintes fois reprise depuis les lignes générales de l'examen du juge: "une opération ne peut être légalement déclarée d'utilité publique que si les atteintes à la propriété privée, le coût financier et

(83) Sous la forme notamment d'une atteinte excessive au droit de propriété.

(84) M. FROMONT, Le principe de proportionnalité en droit français, Rapport français pour le X^{me} congrès de droit comparé, Budapest 1978, p.5.

éventuellement les inconvénients d'ordre social qu'elle comporte ne sont pas excessifs eu égard à l'intérêt qu'elle présente"(85).

Par ailleurs, le Conseil d'Etat n'a pas tardé à prendre exclusivement en considération d'autres intérêts publics, susceptibles de retirer au projet envisagé son caractère initial d'utilité publique.

Ce fut notamment le cas d'un arrêt du 20 octobre 1972(86), dans lequel la Haute juridiction, ayant à se prononcer sur l'utilité publique de la construction de l'autoroute nord de Nice a mis en balance l'intérêt public rattaché à cette opération et celui concernant l'hôpital psychiatrique Sainte-Marie, établissement privé mais faisant face, pratiquement à lui seul, aux besoins du département en matière de traitement des maladies mentales. Le Conseil d'Etat a suivi son commissaire du gouvernement qui lui demandait de "refuser de reconnaître l'utilité publique d'une opération qui, quel que soit son intérêt, porte une atteinte grave à un autre intérêt public important"(87).

L'évaluation globale des intérêts, publics comme privés en présence est depuis constamment intégrée au contrôle du bilan, pouvant même être réduite à sa formulation la plus abstraite, comme par exemple dans un arrêt de 1976 à propos d'une dérogation d'urbanisme: "une dérogation aux règles prescrites par un règlement d'urbanisme ne peut légalement être autorisée que si les atteintes qu'elle porte à l'intérêt général que les prescriptions du règlement ont pour objet de protéger ne sont pas excessives eu égard à l'intérêt général que présente la dérogation (...)"(88). A cet titre, le professeur Fromont indique même que "le caractère véritablement révolutionnaire" de la jurisprudence du bilan réside justement dans le fait qu'"à la vieille dialectique intérêt général - droits individuels le juge a substitué une appréciation globale des différents intérêts en cause, les intérêts publics étant mis dans une certaine mesure sur le même plan que les intérêts privés (...)"(89).

(85) Conseil d'Etat Ass 28 mai 1971, "Ville nouvelle Est", arrêt précité. Ce manque de séparation tranchée entre intérêts publics et privés apparaît d'ailleurs plus clairement dans les conclusions du commissaire du gouvernement BRAIBANT, demeurées classiques depuis: "il n'y a plus seulement d'un côté la puissance publique et l'intérêt général, et de l'autre la propriété privée; de plus en plus fréquemment divers intérêts publics se trouvent en présence derrière les expropriants et les expropriés; et il peut même arriver que les intérêts privés qui bénéficieront de l'opération pèsent plus lourd dans le processus de décision que les intérêts publics auxquels elle est susceptible de nuire (...)".

(86) Conseil d'Etat Ass 20 octobre 1972, Société civile Sainte-Marie de l'Assomption, R.p. 657 conclusions MORISOT; RDP 1973, p.843 conclusions MORISOT; AJDA 1972, p.576 chr. CABANES et LEGER; JCP 1973, II, n°17470 note ODET; CJEG 1973, J, p.60 note VIROLE.

(87) Conclusions du commissaire du gouvernement MORISOT sous l'arrêt Sainte-Marie de l'Assomption précité. La formule de la Haute juridiction était en l'occurrence la suivante: "malgré l'intérêt pour la circulation routière que présenteraient les deux ouvrages en cause, la Société requérante est fondée à soutenir que les troubles graves qu'entraîneraient leur existence et leur fonctionnement pour le traitement des malades mentaux du département des Alpes-Maritimes porteraient, à l'intérêt général, une atteinte qui a pour effet d'entacher l'illégalité la déclaration d'utilité publique".

(88) Conseil d'Etat 15 décembre 1976, Société Kaufman and Broad, R.p.553; AJDA 1978 p.172, note BALMOND et LUCHAIRE; Droit et Ville 1977, n°3, p.317, note BOUYSSOU.

(89) Le principe de proportionnalité..., rapport précité, p.9.

Mais en quoi consiste, et comment est conduite cette appréciation des intérêts contradictoires?

b. Evaluation des avantages et des inconvénients

Il n'est pas original de dire que le juge administratif examine, pour se prononcer sur sa légalité, les avantages et les inconvénients de l'acte litigieux. Pour ce faire, il fait porter son appréciation sur l'"actif" et le "passif" de ce dernier, sans distinction et hiérarchisation préalable.

Conscient qu'un tel contrôle "confiné", par sa nature même, au contrôle de l'opportunité, le juge a pris soin de présenter de la manière la plus objective et stable possible les éléments pris en considération dans le cadre de l'examen du bilan de la décision administrative.

Sont ainsi examinés, par exemple, le coût financier, mais également le coût social de l'opération(90). Les considérations relatives à l'atteinte aux intérêts privés (propriété, activité économique existante avant l'expropriation, nuisances par le bruit) n'échappent pas à l'examen attentif du juge. Finalement, dans le cadre des divers intérêts publics examinés ne sont pas oubliés les atteintes possibles à l'environnement(91) (forêts, possibilités de perturbation de l'hydrologie, menaces pour la faune et la flore) et sont dans ce cadre particulièrement appréciées les précautions prises pour les éviter, et qui pourront atténuer le poids de tels inconvénients.

Cela dit, le contrôle du bilan reste, comme celui de l'erreur manifeste, basé sur l'appréciation d'une situation donnée: seule la situation concrète permettra de faire pencher la balance d'un côté ou de l'autre.

Ainsi le montant élevé du "coût financier" d'une opération se révélera un bien plus grave inconvénient pour une petite commune que pour une grande ville(92). Il ne sera même pas déterminant pour une opération qui bénéficie de la présomption d'un intérêt public éminent(93).

Reste que parler de "situation concrète" c'est se référer finalement à la seule appréciation ponctuelle du juge: le contrôle du bilan dégage une trop grande impression de subjectivité. En procédant à une évaluation globale et en s'appesantissant des éléments fort divergents, difficilement quantifiables et comparables, le juge administratif ne songe même pas à opérer lui-même une hiérarchisation de valeurs qui pourrait servir de guide à l'administration, car cela aurait comme effet possible de limiter sa propre liberté de décision.

(90) Cf. les conclusions de M. BRAIBANT sous l'arrêt Ville nouvelle Est précité: "L'importance de cette opération doit être mise en balance avec le nombre de logements à détruire; il serait certainement déraisonnable de déloger ces familles pour en reloger cinquante; il est déjà beaucoup plus normal de détruire cent logements dans le cas d'une opération qui doit permettre d'en construire plusieurs milliers".

(91) M. BRAIBANT a même affirmé, lors de la soutenance de thèse de M. MEKHANTAR (en exagérant sans doute un peu...), que la jurisprudence du bilan n'est autre chose qu'un moyen pour le Conseil d'Etat de s'assurer de la protection effective de l'environnement.

(92) Conseil d'Etat Se 26 octobre 1973, Grassin, R.p.598; AJDA 1973 p.586 chr. FRANC et BOYON; AJDA 1974, p.34 conclusions BERNARD, note J.K.

(93) Conseil d'Etat 21 janvier 1977, Peron Magnan et autres, R.p.30.

Bref, s'étant lui-même doté d'un instrument d'aspect politiquement légitime par son apparence "scientifique" et "objective", le juge ne tient pas à se priver de ses possibilités éventuelles. Cela signifie-t-il pour autant qu'il substitue effectivement, à travers ce contrôle, son appréciation à celle de l'administration?

Les membres de la Haute juridiction ont souvent pris la précaution d'affirmer le contraire.

Aussi, conformément à la volonté affichée d'exercer le contrôle de l'administration avec "tact et mesure", le commissaire du gouvernement Gentot admettait en 1974 que "l'autorité compétente n'est nullement tenue de choisir le meilleur tracé possible, et qu'entre plusieurs tracés possibles, dont aucun ne met en cause l'utilité publique de l'ouvrage projeté, elle doit rester libre de son choix"(94).

Il n'empêche qu'il demeure justifié de s'interroger sur la portée réelle de ces affirmations, et ceci d'autant plus que la technique du bilan peut se combiner avec celle de l'interdiction d'excès en augmentant ainsi potentiellement l'emprise du contrôle du juge.

B. COMBINAISON DE L'INTERDICTION D'EXCES ET DU BILAN

Il ressort de l'examen d'un certain nombre d'arrêts que la technique de l'interdiction d'excès et celle du bilan peuvent en réalité se cumuler.

Les exemples les plus fréquents en la matière sont fournis, à notre sens, par la jurisprudence sur le licenciement des salariés protégés; celle-ci sera examinée plus tard(95). Mais ce n'est pas là un cas unique. Le contentieux le plus représentatif de l'interdiction d'excès en effet, celui des mesures de police, peut aussi se prêter à la même conclusion.

Ainsi dans un arrêt du 19 février 1988(96), le Conseil d'Etat a opéré une conciliation entre divers intérêts privés antinomiques: "en autorisant ces activités sportives sur une partie importante du plan d'eau tous les jours (...) le commissaire de la République de la Dordogne n'a suffisamment tenu compte ni de la tranquillité des riverains ni du droit qu'ont les usagers de pratiquer effectivement, et dans des conditions normales de sécurité, les activités autorisées autres que le motonautisme et le ski nautique; qu'en égard à la gravité de l'atteinte ainsi portée à des intérêts dont le décret précité du 21 septembre lui confie la charge il y a lieu d'annuler l'arrêté (...) en tant qu'il autorise la pratique de ces sports pendant une durée excessive". On constate déjà une certaine similitude avec la formulation relative à la comparaison entre avantages et inconvénients d'un acte, propre à la technique du bilan.

(94) Conclusions sous l'arrêt Conseil d'Etat 22 février 1974, Adam et autres, R.p.145; D. 1974, p.430 note GILLI; JCP 1975, II, n°18064 note ODENT; RDP 1975, p.486 conclusions GENTOT; RDP 1974, p.1780 note WALINE; AJDA 1974, p.197 chr. FRANC et BOYON; CJEG 1974, p.211 note VIROLE.

(95) Voir section 2, sous-section 1, §2.

(96) Conseil d'Etat 19 février 1988, Association des propriétaires riverains et plaisanciers du cingle de Tremolat-Cales-Mauzac et autres, AJDA 1988, p.418 note MOREAU.

Et dans un arrêt du 18 octobre 1989 rendu à propos de la réglementation de la circulation des poids lourds(97), le Conseil d'Etat montre qu'il peut aller encore plus loin. Il affirme certes, d'un côté, que "les restrictions apportées par l'arrêté attaqué à la circulation des véhicules poids lourds dans la traversée de l'agglomération d'Aigueperse, sont justifiées par la gêne et le danger que cause le croisement de tels véhicules avec d'autres véhicules dans l'agglomération compte tenu de la densité du trafic et de la largeur de la chaussée", et de l'autre que "ces véhicules disposent d'un autre itinéraire de dégagement et par le tronçon de l'autoroute A7". Mais le juge continue en soulignant que "les inconvénients qui résultent de cette mesure pour les usagers de la RN9, (...) et pour les habitants des communes situées au Nord d'Aigueperse ne présentent pas un caractère excessif".

C'est, à notre connaissance, la première fois que les inconvénients pour les communes voisines sont reconnus comme étant susceptibles de limiter les possibilités d'intervention "de police administrative" d'une autorité municipale. De sorte que des éléments extérieurs à l'acte, à l'instar de la technique du bilan, participent à l'examen de la légalité d'une décision de police municipale, n'ayant pas en principe d'effets au-delà des limites de la commune(98).

Nous constatons donc par là même, le caractère fondamentalement unitaire du contrôle de proportionnalité, en dépit de la diversité des techniques qui peuvent servir comme vecteurs de son intervention.

Conclusion du paragraphe: En imposant la recherche de la comparaison entre l'"actif" et le "passif" d'une décision administrative sans canaliser davantage le contrôle juridictionnel, la technique du bilan permet au juge de pousser très loin son contrôle de l'appréciation administrative. Même s'il n'entend pas utiliser "pleinement" cette possibilité, la technique du bilan lui donne les moyens de substituer son appréciation à celle de l'administration; du moins, lui permet-elle de surveiller efficacement l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, d'autant plus qu'elle reste combinable avec les autres techniques d'intervention autonome du contrôle de proportionnalité.

Conclusion de la sous-section et de la section: Le contrôle de la proportionnalité - appréciation peut être exercé aussi bien dans le cadre du "contrôle minimum" que dans celui du "contrôle maximum", à travers de techniques aussi variées que l'erreur manifeste d'appréciation ou le "bilan".

On voit là les limites des efforts de cohérence de la doctrine, ne pouvant pas toujours refléter un contrôle juridictionnel ayant une gamme infinie de variations d'intensité et une souplesse suffisante pour pouvoir déjouer les efforts des "faiseurs de systèmes". Utilisé par le juge de manière extrêmement souple et

(97) Commune d'Aigueperse, LPA 1990, n°49, p.3 note ABELLA.

(98) Soulignons par ailleurs que la formulation retenue par la décision en première instance du Tribunal administratif de Clermont-Ferrand était pratiquement identique à celle du bilan: "si le maire a compétence pour prendre dans le cadre des dispositions législatives ou réglementaires en vigueur, toute mesure destinée à assurer la sécurité et la tranquillité sur le territoire de sa commune (...) il appartient au juge de l'excès de pouvoir de vérifier si le trouble ou la menace pour l'ordre public était assez grand pour justifier la mesure prise et si, notamment, celle-ci n'entraîne pas sur le territoire de la commune ou même en dehors, des inconvénients supérieurs à ceux auxquels elle prétend pallier" (P. ABELLA, note précitée, p.4).

versatile, le contrôle de proportionnalité peut être mise en œuvre à travers pratiquement toutes les techniques ayant trait au contrôle de fond de l'acte administratif. Ce sont donc des effets que l'on peut supposer variés et étendus qu'il convient maintenant de discuter.

Section 2

La portée du contrôle de proportionnalité

Après avoir évoqué les techniques juridictionnelles de mise en œuvre du contrôle de proportionnalité, on peut se demander à quel type de contrôle a-t-on abouti. Mais avant d'esquisser une réponse (sous-section 2), il se doit d'analyser les champs d'intervention les plus représentatifs de ce contrôle (sous-section 1).

Sous-section 1. Les domaines d'intervention du contrôle de proportionnalité

Il serait illusoire de décrire dans le cadre d'une étude de droit comparé, tous les domaines dans lesquels a cours l'application juridictionnelle d'une idée aussi vaste que celle de la proportionnalité(99). On se bornera donc à relever quelques cas qu'on estime représentatifs, et qui constituent principalement autant des champs d'intervention de la proportionnalité - appréciation qui est, rappelons-le, la forme de contrôle de proportionnalité la plus "pure".

Notre examen portera successivement sur les mesures de police administrative (§1) la protection des "droits du travail" (§2), le contentieux de la fonction publique (§3) et finalement celui de l'urbanisme (§4).

§1. Les mesures de police administrative

On a déjà souligné qu'on situe en général le début du contrôle de proportionnalité dans le contentieux de la police municipale, et en particulier dans l'arrêt célèbre du 19 mai 1933, Benjamin.

Cette affirmation doit pourtant être nuancée, car c'est déjà dans l'arrêt Abbé Olivier de 1909(100) que la Haute juridiction s'est explicitement employée à "concilier les exigences parfois contradictoires de l'ordre et de la liberté, en

(99) Pour de plus amples développements à ce sujet voir X. PHILIPPE, Le contrôle de proportionnalité..., thèse précitée, surtout pp. 219-338 (un vaste panel de toute application éventuelle du contrôle de proportionnalité); également J. MEKHANTAR, Le contrôle juridictionnel..., thèse précitée, pp.35-117 (pour une présentation plus critique et "militante" de ce contrôle).

(100) Conseil d'Etat 19 février 1909, Abbé Olivier, R.p.181; s. 1909.3.34, conclusions CHARDENET; D. 1910.3.121, conclusions CHARDENET; RDP 1910 p.69, note JEZE; G.A.J.A. 1990 n°22.

tenant compte des circonstances de l'espèce, du rapport des forces en présence et du climat politique du moment"(101).

Mais contrairement à l'affaire Benjamin, le Conseil d'Etat a pris le soin ici de ne pas présenter son contrôle de manière détachée du processus d'interprétation d'une disposition légale. C'est ainsi qu'il a affirmé qu'"il appartient au Conseil d'Etat (...) non seulement de rechercher si cet arrêté porte sur un objet compris dans les attributions de l'autorité municipale, mais encore d'apprécier, suivant les circonstances de la cause, si le maire n'a pas, dans l'espèce, fait de ses pouvoirs un usage non autorisé par la loi (...)" et que "l'intention manifeste du législateur a été, spécialement en ce qui concerne les funérailles, de respecter autant que possible les habitudes et les traditions locales et de n'y porter atteinte que dans la mesure strictement nécessaire au maintien de l'ordre". Mais il n'empêche qu'il s'agit là encore d'un choix de présentation qui n'altère en rien le fond d'un contrôle qui n'est en réalité autre que celui de l'interdiction d'excès(102).

La jurisprudence du contrôle de proportionnalité à propos des manifestations extérieures du culte est d'ailleurs constante(103) et a pu, même récemment, conduire à des annulations(104).

Il a souvent été dit, en revanche, que le libéralisme de la jurisprudence Benjamin qui fait que "la liberté est la règle, la restriction de police l'exception"(105) n'a pas été sans retour en arrière(106). Et il est vrai que les exigences de la Haute juridiction commencèrent à s'atténuer dès 1936(107), la tendance s'accroissant nettement durant l'occupation. A un moment le Conseil d'Etat s'est vu même affirmer qu'une interdiction donnée est légale dès que la réunion "risque de troubler sérieusement l'ordre public"(108). Cette régression de l'intensité du contrôle juridictionnel correspond d'ailleurs à une présentation différente, sous la seule forme de la qualification juridique à propos de l'existence d'un danger pour l'ordre public, sans prendre en considération la gravité de la mesure restrictive de la liberté(109).

(101) Commentaire des auteurs des G.A.J.A., ouvrage précité, p.290.

(102) Notons par ailleurs que le commissaire du gouvernement appelait dans ses conclusions le Conseil d'Etat "à jouer un peu le rôle de supérieur hiérarchique des autorités administratives (...)".

(103) A la fois en ce qui concerne les manifestations religieuses traditionnelles (Conseil d'Etat 1 mai 1914, Abbé Didier, R.p.515; Conseil d'Etat 25 janvier 1939, Abbé Marzy, R.p.709) et non traditionnelles (Conseil d'Etat 2 juillet 1947, Guiller, R.p.293).

(104) Conseil d'Etat 14 mai 1982, Association internationale pour la conscience de Krishna, R.p.179; D. 1982, p.516 note BOINOT et DUBOUY.

(105) Conclusions LAGRANGE sous Conseil d'Etat 5 février 1937, Bujadoux, R.p.153; D. 1938, 3, p.19 conclusions LAGRANGE.

(106) Cf. en ce sens G.A.J.A., p.288s; très critique envers les revirements du contrôle du Conseil d'Etat en la matière F. TEITGEN, Le principe de proportionnalité en droit français, in Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in europäischen Rechtsordnungen, Heidelberg 1985, p.53s.

(107) Conseil d'Etat Ass 23 décembre 1936, Bucard, R.p.1151.

(108) Conseil d'Etat 17 avril 1942, Wodel, R.p.122.

(109) Mais, ainsi qu'il a déjà été dit (voir chapitre premier, section 2, sous-section 2, §3), la même formulation du contrôle permet aussi un contrôle plus ou moins poussé: Conseil d'Etat Se 23 janvier 1953, Naud, R.p.32.

Toutefois, cet intermède s'acheva dès 1953(110) et depuis le contrôle est constant concernant la nécessité, tendant même à se muer en contrôle du bilan coûts-avantages(111).

Aujourd'hui ce contrôle s'exerce à la fois sur les mesures de police administrative générale et locale, de même qu'à propos de la plupart des polices spéciales, par exemple la police du cinéma(112) ou la police de la navigation sur des voies d'eau douce(113). M. Philippe remarque en outre à juste titre que si "les troubles à l'ordre public invoqués sur le plan national semblent davantage sensibiliser le juge" c'est parce qu'ils "revêtent généralement un degré de gravité plus élevé"(114). D'ailleurs n'est-ce pas tout naturel que l'examen concret de la situation, propre au contrôle de proportionnalité, aboutisse à des résultats variables selon la valeur propre des intérêts en cause?

Notons qu'une attention particulière est apportée par le juge quand la mesure d'interdiction semble particulièrement contraignante, revêtant le caractère d'une interdiction quasi-générale. La légalité d'une telle mesure n'est certes pas exclue(115), mais la présence d'une interdiction générale préjuge en principe d'une mesure excessive, et accroît les exigences du juge quant à la gravité du danger que l'acte vise à éviter.

Extrêmement étendu par son domaine d'application, le contrôle des mesures de police l'est aussi dans son intensité. L'étude de la jurisprudence corrobore la tendance dominante au sein de la doctrine à le considérer comme le cas de contrôle "maximum" par excellence, comme par exemple pour l'arrêt Sevin et autres, dans lequel le Conseil d'Etat annule la décision en concluant sur l'existence de mesures alternatives moins contraignantes(116).

Conclusion du paragraphe: Le contentieux des mesures de police est le premier domaine d'application du contrôle de proportionnalité mais surtout c'est aussi celui où il s'effectue avec le plus d'intensité. Cela ne saurait nous étonner puisqu'il s'agit là du domaine où la puissance publique se manifeste traditionnellement le plus radicalement. Mais dans la mesure où son intervention s'est étendue de la police à l'économie, le champ d'application du contrôle de proportionnalité s'est trouvé accru de manière analogue.

(110) Conseil d'Etat 29 juillet 1953, Damazière et autres, arrêt précité.

(111) Cf. section 1, sous-section 2, §3.

(112) Conseil d'Etat 24 janvier 1975, Ministre de l'information / Société Rome-Paris films, R.p.57; RDP 1975, p.286 conclusions ROUGEVIN-BAVILLE.

(113) Conseil d'Etat 19 février 1988, Association des propriétaires riverains et plaisanciers du cingle de Tremolat-Cales-Mauzac et autres, arrêt précité.

(114) Le contrôle de proportionnalité..., thèse précitée, p.288. Voir par exemple Conseil d'Etat 26 octobre 1956, Association des combattants de la paix et de la liberté, R.p.391; RDP 1956, p.540 conclusions HEUMANN; AJDA 1956, p.490 chr. FOURNIER et BRAIBANT.

(115) Voir par exemple Conseil d'Etat 14 mars 1973, Almela, R.p.213: légalité de l'interdiction totale de stationnement dans une rue.

(116) Conseil d'Etat 16 novembre 1977, Sevin R.p.436.

§2. Les "droits du travail"

Ce terme générique concerne aussi, d'une certaine façon, la liberté de l'individu: non plus celle de se réunir, mais celle, non moins importante, de s'exprimer librement à travers son travail. Le contrôle de proportionnalité y trouve un grand nombre d'illustrations (A), parmi lesquelles le contentieux relatif au licenciement des salariés "protégés" qui mérite, à notre avis, une attention particulière (B).

A. LE DROIT DE GREVE ET LE CONTROLE DES ENTREPRISES PRIVEES

On a déjà été amené à commenter brièvement l'arrêt Dehaene, rendu à propos du droit de grève dans la fonction publique(117). Or bien avant l'examen du droit de grève dans la fonction publique, le Conseil d'Etat a eu à porter son regard sur le respect des droits des employés par les entreprises privées en appliquant l'idée de proportionnalité.

Ainsi, dès 1906, le commissaire du gouvernement Romieu affirmait, à propos de l'éventualité du travail dominical, que la Haute juridiction aurait "à concilier les intérêts du commerce avec le respect dû au principe du repos collectif le dimanche"(118).

Déjà présent, le contrôle du juge administratif s'est accentué après la seconde guerre mondiale avec l'examen des décisions administratives prises par l'Inspection du travail.

C'est le cas du contrôle du règlement intérieur d'une entreprise. Par exemple, dans une décision relativement récente, le Conseil d'Etat a eu à se prononcer à propos du droit d'accès et d'inspection de l'employeur aux vestiaires du personnel d'une entreprise dont le règlement intérieur prévoyait que "la direction se réserve le droit de faire ouvrir à tout moment (...) afin d'en contrôler l'état et le contenu" les vestiaires ou armoires individuelles mis à la disposition de chaque salarié pour ses vêtements et ses objets personnels. Pour la Haute juridiction "une telle disposition, qui ne prévoit notamment pas l'information préalable des salariés concernés, excède l'étendue des restrictions que l'employeur peut légalement apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles en vue d'assurer l'hygiène et la sécurité dans l'entreprise"(119).

Mais c'est encore plus le cas des mesures concernant les salariés protégés d'une entreprise privée, dont l'étude se révèle particulièrement intéressante.

(117) Conseil d'Etat Ass 7 juillet 1950, arrêt précité: voir section 1, sous-section 1, §2. Cf. Conseil d'Etat 4 février 1981, Fédération C.F.T.C. des personnels de l'environnement, de l'équipement et du logement, des transports et du tourisme, arrêt précité; voir aussi Conseil d'Etat 21 octobre 1970, Syndicat général des fonctionnaires des impôts F.O. et autre, R.p.596; AJDA 1971, p.365 note V.S.

(118) Conseil d'Etat 30 novembre 1906, Jacquin, R.p.862 conclusions ROMIEU.

(119) Conseil d'Etat 12 juin 1987, Société Gantois, req. n°72388, décision citée par Y. GAUDEMET dans son article Le règlement intérieur des entreprises selon la jurisprudence administrative récente, RFDA 1987, p.863.

B. Le contentieux des salariés protégés

Le point de départ de cette jurisprudence fut la question du licenciement de ces salariés (représentants syndicaux, délégués du personnel etc.). La décision de l'inspecteur du travail en la matière a été initialement soumise au contrôle minimum du juge administratif (120) mais a fait, dès 1976 (121), l'objet d'un contrôle de proportionnalité explicite, cumulant la technique de l'interdiction d'excès et celle du bilan.

En effet, dans l'arrêt de principe du 5 mai 1976 (122) le Conseil d'Etat a posé, pour accepter la légalité de l'autorisation administrative du licenciement pour faute du salarié protégé, une condition de proportionnalité - excès stricte: il faudrait que "les faits reprochés au salarié [soient] d'une gravité suffisante pour justifier son licenciement compte tenu de l'ensemble des règles applicables au contrat de travail de l'intéressé et des exigences propres à l'exécution normale du mandat dont il est investi".

Ce considérant présente déjà plus qu'un simple contrôle de qualification, puisque, comme le note M. Venezia, il eut été concevable "que le juge administratif s'assure que les faits reprochés à l'intéressé étaient en eux-mêmes, considérés in abstracto, "de nature à ..." sans aller jusqu'à vérifier que dans les circonstances de l'espèce ils étaient d'une gravité suffisante pour justifier un licenciement" (123).

Mais le contrôle de proportionnalité en la matière est double. Car même si la sanction s'avère effectivement proportionnée à la faute, c'est à dire si la condition de proportionnalité - excès est remplie, le Conseil d'Etat affirme que l'autorité administrative peut toujours, "pour refuser l'autorisation sollicitée, (...) retenir les motifs d'intérêt général relevant de son pouvoir d'appréciation de l'opportunité, sous réserve qu'une atteinte excessive ne soit pas portée à l'un ou l'autre des intérêts en présence".

Autrement dit, dans le cadre de la protection exceptionnelle dont bénéficie cette catégorie des salariés, un refus d'autorisation reste toujours possible, l'inspecteur du travail n'étant pas tenu d'autoriser le licenciement demandé, alors même qu'une faute d'une gravité suffisante est établie, dans la mesure où "des motifs d'intérêt général" militent en ce sens. Mais ce refus est alors soumis à un contrôle de proportionnalité - bilan, visant cette fois à ce que les intérêts de l'entreprise ne soient pas excessivement lésés, eu égard aux intérêts (de paix sociale) justifiant le refus.

(120) Conseil d'Etat 10 juin 1966, Ministre du travail / Bisson, R.p.387. Voir aussi Conseil d'Etat Ass 29 mars 1968, Société manufacture française des pneumatiques Michelin, R.p.214 conclusions VUGHT; AJDA 1968, p.335.

(121) Conseil d'Etat Ass 5 mai 1976, Safer d'Auvergne / Bernette, R.p.232; G.A.J.A. n° 109; D. 1976, p.563 note SINAY; JCP 1976, II, n°18429 note MACHELON; AJDA 1976, p.304 chr. NAUWELAERS et FABIUS; Dr. soc. 1976, p.345 conclusions DONDOUX, note VENEZIA.

(122) Conseil d'Etat Ass 5 mai 1976, Safer d'Auvergne / Bernette, arrêt précité.

(123) Note précitée sous Safer d'Auvergne / Bernette, arrêt précité. Par contre, pour les auteurs des G.A.J.A. il s'agit à ce stade d'un simple contrôle de qualification juridique (ouvrage précité, p.683).

Par conséquent, si l'autorisation de licenciement donnée par l'autorité administrative compétente est soumise au seul contrôle de la proportionnalité - excès, le refus est éventuellement soumis à un double contrôle de proportionnalité, faisant également appel à la technique du bilan (124).

Si dans l'arrêt Safer d'Auvergne / Bernette le Conseil d'Etat n'a pas eu à examiner concrètement cette deuxième condition de proportionnalité (125), l'occasion n'a pas tardé à se présenter. Ainsi dans un arrêt du 8 février 1980 (126), la décision du ministre de refuser une autorisation de licenciement a été annulée, étant donnée l'atteinte excessive qui en résultait pour les intérêts de l'entreprise concernée, tandis que dans une autre affaire le Conseil acceptait la légalité d'un tel refus du ministre (127).

Conçu à propos du licenciement pour faute, ce contrôle de proportionnalité a été étendu aux licenciements des salariés protégés pour motifs économiques, concernant évidemment, en absence de faute, la seule évaluation des intérêts en présence (128). Il a pu concerner également d'autres motifs de licenciement, telle l'incapacité physique d'un salarié (129) ou la survenance de la limite d'âge prévue par une convention collective (130).

On le voit, en l'espace de quelques années le Conseil d'Etat a su bâtir dans le domaine des droits du travail un ensemble complexe de contrôle de

(124) On dit éventuellement, car dans les cas où le refus est motivé par l'absence d'une faute de gravité suffisante (première condition de proportionnalité) et cette circonstance s'avère exacte, le juge n'examinera pas si un motif d'intérêt général ne plaide tout de même en faveur de l'autorisation du licenciement. De tels motifs ne peuvent être évoqués qu'en faveur du salarié qui aurait effectivement commis une faute de gravité suffisante, étant donnée la volonté de lui assurer une protection particulière. Sur cette complexe question, voir aussi J. MEKHANTAR, Le contrôle juridictionnel..., thèse précitée, p.90.

(125) Les faits reprochés à M. Bernette ne présentaient pas "un caractère suffisant de gravité pour justifier la décision du ministre de l'agriculture d'autoriser son licenciement" (arrêt précité). En tout état de cause, on se trouvait ici devant une décision autorisant le licenciement: le "double" contrôle de proportionnalité ne pouvait donc pas s'exercer.

(126) Conseil d'Etat 8 février 1980, Charov, R.p.1980. Cf., dans le cas de trois salariés protégés de la société Citroën qui avaient personnellement commis des voies de fait sur les lieux de travail, Conseil d'Etat 9 octobre 1987, Ghazi, R.p.309; AJDA 1987 chr. AZIBERT et BOISDEFRE.

(127) Conseil d'Etat 19 novembre 1980, Société CIT-Alcatel, R.p.433; cf. également Conseil d'Etat 9 octobre 1987, Ministre du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle / Société Corning France, R.p.308; AJDA 1987, p.729 chr. AZIBERT et BOISDEFRE.

(128) Conseil d'Etat Se 18 février 1977, Abellan, R.p.97; AJDA 1977, p.248 chr. NAUWELAERS et FABIUS; Dr. Soc. 1977, p.166 conclusions DONDOUX; G.P. 1977, 2, p.509 note MODERNE. Le motif économique a d'ailleurs été contrôlé aussi à propos du licenciement d'un salarié ordinaire, mais seulement par le biais de l'erreur manifeste d'appréciation, avant la loi du 30 décembre 1986, ayant supprimé l'autorisation administrative de licenciement.

(129) Conseil d'Etat 11 juillet 1986 Masseguin, R.p.743; Dr. Soc. 1987, p.620 conclusions GUILLAUME.

(130) Conseil d'Etat 6 mars 1987 Deboos, AJDA 1987, p.613 obs. PRETOT.

proportionnalité, que les auteurs des "Grands Arrêts" ont à juste titre salué comme "une excellente illustration de la notion de politique jurisprudentielle"(131).

Conclusion du paragraphe: Après le contentieux de la protection des libertés publiques face aux mesures de police, le contrôle de proportionnalité a été présent dans celui de la protection des droits du travail. Ce qui, de façon naturelle, n'a pas manqué de poser la question de l'utilité de ce contrôle en matière de fonction publique, spécialement concernant les mesures disciplinaires prises à l'encontre des fonctionnaires.

§3. La fonction publique

De même que pour les "droits du travail", le contrôle de proportionnalité est aujourd'hui également exercé dans le contentieux de la fonction publique, principalement à propos des mesures disciplinaires(132). Il est par ailleurs vrai que ce domaine apparaissait "prédestiné pour la mise en œuvre du contrôle de proportionnalité"(133).

Assez curieusement pourtant, ce n'est qu'à partir de 1978 que ce contrôle a été effectivement exercé, et d'ailleurs il ne l'a été que sous la seule forme de l'erreur manifeste d'appréciation(134).

Auparavant le juge administratif se refusait d'exercer un tel contrôle ouvertement, prenant ainsi en considération, il est vrai, le fait indéniable qu'aucune disposition normative textuelle n'indiquait le choix de la sanction à laquelle l'administration devait avoir recours pour sanctionner une faute effectivement commise.

Cela dit, il arrivait au Conseil d'Etat de censurer la disproportion de la sanction par rapport à la faute par le biais de la qualification juridique à propos de la faute "de nature à ..." justifier la sanction finalement prise, et plus particulièrement à travers l'examen de la gravité de la faute. Comme on l'avait précédemment souligné, le juge peut dissimuler un contrôle du contenu de l'acte (la sanction) en présentant un contrôle de ses seuls motifs (la faute).

Ce fut le cas, par exemple, de l'arrêt Canavaggia(135). Dans cette affaire un commissaire de police avait été révoqué pour avoir fait l'objet d'une inculpation d'atteinte à la sûreté de l'Etat, et avoir cherché à nuire à la Résistance et avoir entretenu de bonnes relations avec le Parti Populaire Français. Le Conseil d'Etat, après avoir constaté l'absence de valeur juridique des deux premiers motifs, indique qu'"il ne ressort ni de l'arrêt attaqué, ni des pièces

(131) G.A.J.A., ouvrage précité, p.688.

(132) M. PHILIPPE croit pouvoir déceler ce contrôle dans un certain nombre d'autres hypothèses concernant la fonction publique. Il affirme ainsi à propos de la reconstitution de la carrière d'un fonctionnaire que "l'idée centrale repose sur la notion de normalité, qui implique la prise en compte d'une certaine proportionnalité. La carrière doit être reconstituée par rapport à celle qui aurait dû normalement se poursuivre si aucune irrégularité n'avait été commise, ce qui engendre la conciliation de deux exigences contradictoires" (Le contrôle de proportionnalité..., thèse précitée p.300).

(133) X. PHILIPPE, Le contrôle de proportionnalité..., thèse précitée, p.304.

(134) Conseil d'Etat Se 9 juin 1978, Lebon, arrêt précité.

(135) Conseil d'Etat 14 janvier 1948, Canavaggia, R.p.19.

versées au dossier que le troisième et dernier grief retenu contre le requérant aurait à lui seul entraîné la décision prise contre lui". Or ce faisant, ainsi que l'indique M. Rousseau(136) le Conseil d'Etat semble insinuer que le grief restant, toujours suffisant pour entraîner une sanction à l'encontre de M. Canavaggia, ne l'était plus pour motiver la décision concrète de révocation, qui était la plus sévère. La Haute juridiction aurait ainsi jugé "disproportionnée la sanction retenue, la révocation, par rapport aux faits restants l'ayant motivée"(137).

Quoi qu'il en soit, ce n'est qu'à partir de l'arrêt Lebon que le Conseil d'Etat a accepté d'apprécier ouvertement la gravité non plus de la faute, mais de la sanction(138), en dissociant ainsi le contrôle des motifs et celui du contenu de cette appréciation a priori discrétionnaire(139). Ce fut le début d'une longue et constante jurisprudence, qui ne tarda pas de produire avec l'arrêt Vinolay sa première annulation(140) et qui fut également étendue dans le domaine de la notation des fonctionnaires(141), ainsi qu'au contentieux de la révocation des maires(142).

Certains auteurs reprochent à ce contrôle de n'être concerné que par la "disproportion excessive" et non pas par la "proportionnalité"(143). Il est pourtant acquis aujourd'hui que ce contrôle a permis d'aboutir à plus que la seule censure d'une erreur vraiment manifeste. La meilleure preuve en sont les conclusions non suivies de commissaires du gouvernement(144). C'est bien là le signe d'une censure plus affûtée que celle de la seule erreur manifeste, reconnue par tous. D'ailleurs, le nombre des annulations, s'il est sensiblement inférieur de celui des rejets, ne l'est cependant pas sensiblement plus que celui des décisions

(136) D. ROUSSEAU, Le contrôle de l'opportunité..., thèse précitée.

(137) Ibid, tome I, p.82.

(138) Peu avant en effet, le Conseil d'Etat avait encore affirmé que "le degré de gravité de la sanction, compte tenu des faits reprochés, ne saurait être discuté par la voie contentieuse": Conseil d'Etat 1 octobre 1976, Soucasse, R.p.386.

(139) Dans ses conclusions sous l'arrêt du 22 novembre 1967, Dlle Chevreau, Droit Ouvrier 1968, p.113 conclusions KAHN, le commissaire du gouvernement avait ouvertement invité la Haute assemblée dans la même voie mais n'avait pas été suivi. La doctrine s'est montrée très critique envers cette décision, ce qui ne fut probablement pas sans influence sur le revirement ultérieur du Conseil.

(140) Conseil d'Etat 26 juillet 1978, Vinolay, R.p.315; AJDA 1978, p.576: "si les manquements aux règles d'une bonne administration qui lui sont ainsi imputés étaient de nature à justifier une sanction disciplinaire, ils ne pouvaient légalement fonder, sans erreur manifeste d'appréciation, une mesure de révocation qui constitue la plus sévère des sanctions figurant à l'échelle des peines du statut applicable au requérant (...)".

(141) Conseil d'Etat 26 octobre 1979, Leca, AJDA 1979, p.44 conclusions MASSOT.

(142) Conseil d'Etat 27 mai 1981, Wahnabo, R.p.11; AJDA 1981, p.474 conclusions FRANC; RA 1982, p.1959 note PACTEAU.

(143) J. MEKHANTAR, Le contrôle juridictionnel..., thèse précitée, pp.101-102. Dans le même sens A. DE LAUBADERE qui n'y voit pas un contrôle de proportionnalité proprement dit, et le regrette (contribution au colloque sur le pouvoir discrétionnaire, ouvrage précité, p.50).

(144) Voir par exemple les conclusions de M.FRANC sous l'arrêt précité du 27 mai 1981, Wahnabo. Voir également les observations de M. LLORENS à propos de l'arrêt du Conseil d'Etat du 22 novembre 1985, Doucet, R.p.331; D. 1986, IR, p.144 obs. LLORENS; RFDA 1987, p.88 conclusions ROUX.

utilisant la technique du bilan, généralement affiliés pourtant au contrôle dit maximum(145).

En définitive donc, si des reproches devaient être formulées à l'encontre de la technique de l'erreur manifeste ce n'est pas tant dans son inefficacité que dans son manque de clarté. Mais même en la matière, son cas n'est pas isolé...

Conclusion du paragraphe: Le contentieux des sanctions disciplinaires dans la fonction publique comprend le contrôle de proportionnalité à travers la technique de l'erreur manifeste d'appréciation. C'est aussi souvent le cas du contentieux de l'urbanisme, qui est le domaine de prédilection de la technique du bilan.

§4. Le contentieux de l'urbanisme

Le secteur de l'urbanisme et de l'aménagement du territoire(146) est celui où l'action de l'administration a le plus changé ces dernières décennies. En l'occurrence, l'interventionnisme croissant de l'administration, certes nécessaire, a eu comme résultat de mettre en évidence un certain anachronisme des méthodes du contrôle juridictionnel.

Dans ce contexte, la mise en œuvre d'un "nouveau" contrôle de proportionnalité était plus qu'utile, même s'il est bien banal de répéter que les techniques traditionnelles de la Haute assemblée étaient plus adaptées au contrôle d'un Etat - police que d'un Etat - providence. Il est dès lors naturel que les nouvelles techniques juridictionnelles que sont l'erreur manifeste d'appréciation et le bilan aient eu un grand nombre de leurs premières applications en tant que moyens de mise en œuvre du contrôle de proportionnalité dans ce domaine de l'urbanisme. La plus notable, le bilan, est justement apparue dans l'un des contentieux de l'urbanisme au sens large, critique pour le justiciable: celui de l'expropriation pour cause d'utilité publique(147) (A), et l'a d'ailleurs vite débordé (B). Mais en dépit de cette place de premier plan, le contrôle de proportionnalité est aussi présent dans d'autres décisions d'urbanisme, principalement à travers la technique de l'erreur manifeste d'appréciation (C).

(145) A part l'arrêt précité du 26 juillet 1978, Vinolay, ont par exemple abouti à une annulation les arrêts Conseil d'Etat 1 décembre 1978, Cachelièvre, R.p.483; AJDA 1979, p.42; Conseil d'Etat 7 novembre 1979, Boury-Nauron, R.p.781; RDP 1980, p.1449 note AUBY; Conseil d'Etat 19 mars 1982, Ministre de l'intérieur / Lusset, R.p.657; Conseil d'Etat 22 octobre 1982, Gaubard, RDP 1983, p.1116; Conseil d'Etat 4 mai 1983, Skorski, R.p.174; RDP 1984, p.507; Conseil d'Etat 22 novembre 1985, Doucet, arrêt précité etc.

(146) Au sens large, c'est à dire comprenant à la fois l'urbanisme proprement dit, l'expropriation pour cause d'utilité publique, la protection de l'environnement etc.

(147) Car il touche au "droit fondamental" de la propriété. Est-ce un hasard si ce domaine a fait l'objet d'une percée sensible du contrôle juridictionnel après celui des mesures de police, touchant aux libertés publiques?

A. L'EXPROPRIATION POUR CAUSE D'UTILITE PUBLIQUE

On a déjà examiné le mécanisme du bilan, à travers sa première utilisation reconnue(148). En réalité, comme c'est presque toujours le cas, cette décision est plus le résultat d'une évolution que d'une réelle coupure.

Il est vrai qu'initialement le juge, cherchant à éviter toute tentation d'immixtion plus ou moins ouverte dans un contrôle de l'opportunité pour lequel il se sentait mal armé, s'est retranché derrière une appréciation totalement abstraite de l'utilité publique d'une expropriation litigieuse: il reconnaissait cette utilité publique dès que l'opération entraînait dans la catégorie des expropriations que l'administration pouvait légalement poursuivre, quelle que soit la situation concrète existante(149). Le contrôle de proportionnalité ne pouvait alors intervenir en la matière que de manière indirecte, à travers l'application du détournement de pouvoir(150).

Or dès les années 1960, le juge administratif a commencé à inclure dans son contrôle de l'utilité publique des éléments de fait. C'est ainsi par exemple qu'il a admis la rénovation d'un îlot d'immeubles dans le centre de la ville de Firminy non pas uniquement parce que la rénovation urbaine constituait une opération d'utilité publique in abstracto, mais parce que cette rénovation "est susceptible, notamment par la création d'espaces et d'emplacements réservés au stationnement qui font actuellement défaut, de permettre une meilleure utilisation du centre de la ville"(151).

Il n'empêche que ce n'est qu'à partir de l'arrêt Ville nouvelle Est que le juge situe son contrôle ouvertement après la qualification juridique proprement dite à propos de la notion d'utilité publique. Car il accepte désormais de se demander si une opération qui présente en soi un caractère d'utilité publique, ne se voit pas retirer ce caractère à cause de ses inconvénients excessifs, ainsi que le montre par exemple clairement un arrêt récent du 31 mars 1989: "L'élargissement de la voie dite de Bas-Devez sur le territoire de la commune de Seriers (Cantal) a pour objet de faciliter la circulation dans les rues étroites du bourg et de permettre l'accès direct des troupeaux et des engins agricoles à plusieurs exploitations; une telle opération est d'utilité publique. Ni l'atteinte à la propriété privée, limitée au prélèvement d'une bande de terrain (...) ni d'autres inconvénients pour le requérant, ni le coût financier de l'opération ne sont excessifs et ne retirent au projet son caractère d'utilité publique"(152).

Cet examen d'une situation appréciée auparavant par l'administration de manière discrétionnaire se base sur un examen minutieux de la part du juge de la situation concrète et des circonstances particulières de l'affaire.

(148) Conseil d'Etat Ass 28 mai 1971, "Ville nouvelle Est", arrêt précité.

(149) Voir par exemple Conseil d'Etat Ass 30 juin 1961, Groupement de défense des riverains de la route de l'intérieur, R.p.452; AJDA 1961, p.646 conclusions J. KAHN; D. 1961, III, p.663 note JOSSE, sur la création d'une autoroute; également Conseil d'Etat 13 mai 1964, Malby et Bedouet, AJDA 1965, p.35 note LAPORTE, à propos de la construction d'un aérodrome.

(150) Voir supra, section 1, sous-section 1, §1.

(151) Conseil d'Etat 27 mai 1964, Groupement de défense de l'îlot de Firminy-centre, R.p.299; AJDA 1964, p.432 conclusions RIGAUD; RDP 1965, p.264 note WALINE.

(152) Conseil d'Etat 31 mars 1989, Tourette, Req. n°62-666, L.P.A. 1991, n°4, p.10.

C'est ainsi que le juge a été amené à annuler un nombre considérable de projets d'expropriation.

Par exemple, un projet d'aménagement de chemin communal qui, pour désenclaver deux parcelles, aboutissait à couper celle de voisins au ras des maisons, a été considéré comme provoquant une gêne hors de proportion avec l'intérêt du désenclavement et par conséquent dépourvu d'utilité publique(153); le projet de transfert des services municipaux d'une commune n'a pas été regardé comme étant d'utilité publique eu égard les inconvénients d'ordre social qu'il provoquerait par la suppression d'une colonie de vacances(154); l'expropriation d'un hôtel particulier pour héberger à titre provisoire l'Ecole nationale des ponts et chaussées a été estimée présenter un coût financier excessif(155); a été encore annulée la déclaration d'utilité publique d'un lotissement communal qui aurait porté une atteinte excessive à l'environnement eu égard à l'intérêt de l'opération(156), comme aussi celle de la construction de logements sociaux empêchant l'extension d'un hôtel présentant un intérêt économique et touristique important pour la commune(157).

Il faut reconnaître que les annulations ont pratiquement toujours frappé des opérations de portée limitée, tandis que celles concernant de grands projets d'intérêt national sont pratiquement introuvables.

Mais même pour des opérations d'ampleur locale, une question déjà évoquée mérite le détour: l'intensité, voire le sens de la jurisprudence du bilan dépend-il du seul "tact" du juge administratif ou au contraire ce contrôle comporte-t-il des limites proprement juridiques?

Plusieurs commissaires du gouvernement ont entendu répondre à cette question et ont essayé de donner une forme cohérente à une démarche juridictionnelle souvent trop imprécise. Les conclusions de M. Labetoulle sous l'arrêt Epoux Thony et époux Hartmann-Six nous semblent à cet égard particulièrement intéressantes.

Selon M. Labetoulle en effet, "pour apprécier l'utilité publique d'un projet impliquant expropriation, trois approches sont concevables:

- la première consiste à rechercher si une opération présente par elle même une utilité publique, indépendamment de ses inconvénients (...)
- la seconde (...) consiste à comparer les avantages et les inconvénients de l'opération;
- la troisième enfin consisterait en quelque sorte à comparer deux comparaisons, c'est-à-dire à rechercher si le surcroît des avantages sur les

(153) Conseil d'Etat 4 octobre 1974, Grimaldi, R.p.465; AJDA 1975, p.128 chr. FRANC et BOYON.

(154) Conseil d'Etat 18 mai 1977, Comité central d'entreprise de la Banque Nationale de France, R.p.228. Pour un coût social excessif cf. également Conseil d'Etat Ass 20 octobre 1972, Société civile immobilière Sainte-Marie de l'Assomption, arrêt précité.

(155) Conseil d'Etat 27 juillet 1979, Dlle Drexel-Dahlgren, R.p.349; AJDA 1980, p.198 obs. AUBY.

(156) Conseil d'Etat 9 décembre 1977, Ministre de l'équipement / Weber, R.p.497; Revue Juridique de l'Environnement 1978, p.181 note FLAUSS. Voir aussi Conseil d'Etat 26 mars 1980, Premier ministre / Veuve Beau de Loménie, R.p.171.

(157) Conseil d'Etat 20 février 1987, Commune de Lozanne / Epoux Fischnaller, R.p.67; D. 1989, p.126 note SEFANSKI; RFDA 1987, p.533 note PACTEAU.

inconvenients ne serait pas plus important pour telle opération réalisée à tel endroit que pour la même opération réalisée à tel autre endroit"(158).

De ces trois étapes, le juge contrôlerait les deux premiers, mais pas le troisième.

Cette démonstration est vérifiée par plusieurs arrêts, même récents, comme celui du 28 juin 1989, aux termes duquel "Le projet de réaménagement de la R.N. 122, qui s'inscrit dans le cadre d'un programme de désenclavement du Massif Central, est d'utilité publique; ni le coût du projet ni les atteintes limitées portées aux exploitations agricoles ne lui retirent pas son utilité publique; le comité requérant ne peut contester l'opportunité du choix fait par l'administration en faveur du tracé mis à l'enquête"(159).

Il est pourtant arrivé au Conseil d'Etat d'affirmer que "les inconvénients du tracé retenu ne sont pas excessifs eu égard à l'intérêt de l'opération"(160), c'est à dire de contrôler le choix de l'emplacement d'un projet(161). On est donc obligés de constater l'inexistence d'une limite juridique précise(162) de l'intensité du contrôle du bilan. Ou plutôt d'en rester à la constatation des limites politiques(163)...

B. L'EXPANSION DU CONTROLE DU BILAN

Une jurisprudence aussi importante que celle du bilan avait naturellement vocation à se propager. Il en fut ainsi, par exemple, pour les servitudes d'utilité publique nécessaires à l'établissement de lignes ou de conduites(164).

De même, en matière de protection de l'environnement, le juge administratif utilisa la technique du bilan s'agissant de l'institution d'une zone de protection autour d'un site classé(165), bien que le classement même du site ne s'est pas vu appliquer ce contrôle(166).

(158) Conclusions sous Conseil d'Etat 20 novembre 1974, Epoux Thony et époux Hartmann-Six, RA 1975, p.374.

(159) Conseil d'Etat 28 juin 1989, Comité de défense de Quezac, n°74-512, L.P.A. 1991, n°4, p.11.

(160) Conseil d'Etat 22 février 1974, Adam et autres, arrêt précité. Le commissaire du gouvernement GENTOT affirmait en l'espèce que "ce n'est donc point affaire d'opportunité pour l'administration que de choisir un tracé; la décision qu'elle prend à ce égard constitue un élément de la légalité de l'opération".

(161) Voir aussi Conseil d'Etat 19 janvier 1979, Leclert, R.p. 759; D. 1979, IR, p.323 observation BON.

(162) Car, à vrai dire, la grande majorité des décisions du Conseil d'Etat refusent le contrôle des avantages comparatifs des projets autres que le projet retenu par l'administration: sur ce point, voir aussi partie II, titre 3, chapitre 1, section 2, §2.

(163) Cf. chapitre 1, section 1, sous-section 2, §2.

(164) Conseil d'Etat Ass 24 janvier 1975, Gorlier et Bonifay, R.p.54; AJDA 1975, p.128 chr. FRANC et BOYON; CJEG 1975, p.191 conclusions ROUGEVIN-BAVILLE, note CARRON, à propos de servitudes nécessaires à l'établissement d'une ligne électrique.

(165) Conseil d'Etat Se 8 juillet 1977, Dame Rié et autres; AJDA 1977, p.620, chr. NAUWELAERS et DUTHEILET DE LAMOTHE.

(166) Conseil d'Etat Ass 12 mai 1975, Dame Ebri et autres, R.p.281; AJDA 1975, p.314 conclusions GUILLAUME.

Une des extensions les plus remarquables de la théorie du bilan fut celle qui concerne le contrôle des dérogations aux plans d'urbanisme, inaugurée par l'arrêt Ville des Limoges(167). Au termes de cet arrêt en effet, "une dérogation aux règles prescrites par un règlement d'urbanisme ne peut être légalement autorisée que si les atteintes qu'elle porte à l'intérêt général que les prescriptions du règlement ont pour objet de protéger ne sont pas excessives eu égard à l'intérêt général que présente la dérogation".

Cette jurisprudence est fondamentale, car elle ne constitue pas un simple transfert de la technique du bilan telle qu'elle a été appliquée par l'arrêt Ville nouvelle Est.

D'un côté, le juge affirme d'emblée que ce sont deux "intérêts généraux" qui s'opposent, et la conclusion sur la légalité de la dérogation ne dépendra que de lui, puisqu'il ne fournit aucune autre précision sur la manière par laquelle il entend exercer son contrôle.

Et cela d'autant plus qu'aucune disposition textuelle, à l'instar de la notion d'"utilité publique" de la jurisprudence Ville nouvelle Est ne sert de référence à la jurisprudence Ville des Limoges: ainsi que l'affirme M. Labetoulle, "de ces deux jurisprudences, c'est assurément la seconde qui est la plus audacieuse: le Conseil d'Etat ne se borne pas comme pour la première de tirer du texte - l'expropriation pour cause "d'utilité publique" - une idée qu'il n'y avait pas jusqu'alors trouvée, mais qui s'en laisse assez commodément déduire; il pose une condition, sans texte, ex nihilo"(168). On serait tenté d'ajouter, d'autant plus que cette "disposition jurisprudentielle" en est à peine une: prétendre que le juge appréciera la concrétisation qu'a fait l'administration de l'intérêt général, lorsqu'on sait que l'intérêt général n'est rien de plus précis que l'obligation à laquelle est soumis tout pouvoir administratif, même discrétionnaire, signifie en fait que le juge entend contrôler presque ouvertement l'opportunité du choix administratif.

Audacieuse dans son principe, la jurisprudence sur les dérogations d'urbanisme a eu d'ailleurs suffisamment d'applications concrètes(169) pour que le législateur en tire les conséquences, soumettant l'administration à des conditions textuelles encore plus strictes(170).

Mais le contentieux de l'urbanisme est extrêmement étendu, et le contrôle de proportionnalité a bien d'autres occasions d'intervenir, notamment par la technique de l'erreur manifeste d'appréciation.

(167) Conseil d'Etat Ass 18 juillet 1973, Ville de Limoges, R.p.530; RDP 1974, p.559 conclusions ROUGEVIN-BAVILLE, p.259 note WALINE; D. 1975, III, p.49 note COLLIGNON; JCP 1973, II, n°15575 note LIET-VEAUX.

(168) Contribution au colloque sur le pouvoir discrétionnaire, ouvrage précité, p.32.

(169) La dérogation pouvait par exemple être motivée par la déficience de l'équipement hôtelier d'une ville (Conseil d'Etat 8 décembre 1976, Ministre de l'équipement / Epoux Guihur, R.p.538; Droit et Ville n°3, 1977, p.315 note BOUYSSOU); ou par le besoin de reconstruire une usine sinistrée (Conseil d'Etat 27 juillet 1979, Société Confiserie azurée, R.p.355; RDP 1980, p.255); mais non par un mobile financier (Conseil d'Etat 15 décembre 1976, Société Kaufman and Broad, arrêt précité).

(170) Par la loi du 31 décembre 1976 ayant supprimé les dérogations d'urbanisme pour ne plus permettre que les adaptations mineures.

C. LES AUTRES DOMAINES DE L'URBANISME

Le droit de l'urbanisme est un droit essentiellement prospectif et évolutif. Les normes écrites qu'il comporte sont extrêmement changeantes et vagues. La nécessité de la matière fait du pouvoir souverain d'appréciation de l'administration la règle, de la soumission stricte au contrôle du juge l'exception.

Cela ne signifie pas que le contrôle de proportionnalité soit absent. Bien au contraire, la souplesse qu'implique le rapport de proportionnalité est particulièrement adaptée au contentieux de l'urbanisme; seulement, c'est justement cette caractéristique de souplesse qui y est spécialement privilégié, ce qui fait que la technique d'intervention du contrôle de proportionnalité choisie est souvent celle qui en permet le plus: celle de l'erreur manifeste d'appréciation.

Indépendamment de la technique juridictionnelle utilisée, l'obligation de respecter un certain rapport de proportionnalité est par ailleurs omniprésente dans le domaine de l'urbanisme, à commencer par les normes écrites elles-mêmes:

C'est par exemple le cas de l'article L.123-4 du code d'urbanisme, relatif à la révision d'un plan d'occupation des sols, aux termes duquel "(...) le plan d'occupation des sols approuvé peut également être modifié par délibération du conseil municipal après enquête publique à la condition qu'il ne soit pas porté atteinte à son économie générale et que la modification ne concerne pas les espaces boisés classés ou ne comporte pas de graves risques de nuisance (...)". De sorte que la légalité de la révision du plan d'occupation des sols dépend d'un rapport du proportionnalité.

De même, l'article R. 111-21 qui, ayant pris le relais de la jurisprudence Gomel(171), conditionne le refus à une demande de permis de construire, dispose que le refus ne peut intervenir que "sous réserve de l'observation de prescriptions spéciales si les constructions, par leur situation, leur architecture, leurs dimensions ou l'aspect extérieur des bâtiments ou ouvrages à édifier ou à modifier, sont de nature à porter atteinte au caractère ou à l'intérêt des lieux avoisinants, aux sites, aux paysages naturels ou urbains ainsi qu'à la conservation des perspectives monumentales".

Dans ces conditions, le contrôle de proportionnalité par le biais de l'erreur manifeste est quasiment omniprésent, et on ne peut que se borner à donner quelques exemples:

Ainsi, concernant la légalité du contenu d'un Schéma Directeur d'Aménagement et d'Urbanisme (S.D.A.U.), le Conseil d'Etat décide que les auteurs du schéma n'ont pas fait "une appréciation manifestement erronée des éléments qu'il leur appartenait de prendre en compte et, notamment, de l'équilibre à préserver entre la ville de Nice et les régions avoisinantes"(172).

(171) Conseil d'Etat 4 avril 1914, Gomel, arrêt précité.

(172) Conseil d'Etat 29 janvier 1982, Commune de Contes, R.p.46. De même, dans un arrêt antérieur Conseil d'Etat 24 juillet 1981, Association de défense du site de Sonchamp et autres, R.p.323, il est décidé qu'"il ne ressort pas des pièces du dossier qu'en prévoyant la création d'un aéroport de tourisme sur le territoire de la commune de Ponthervard les auteurs du schéma directeur auraient commis dans l'appréciation des besoins ou des nécessités de la protection de l'environnement un erreur manifeste d'appréciation" tandis qu'"il n'appartient pas au juge de l'excès de pouvoir d'apprécier

De même, dans le cadre du riche contentieux du permis de construire, la Haute juridiction estime, dans un arrêt du 19 avril 1985 rendu à propos de l'octroi du permis pour la construction d'un ensemble touristique(173), que si le projet devra se situer sur des terres agricoles et dans une zone non bâtie, il ressort toutefois des pièces du dossier que "compte tenu tant de la vocation d'accueil touristique de cette commune située dans la zone périphérique du parc national des Cévennes que du faible impact des constructions envisagées sur l'économie agricole du secteur" le maire n'a pas commis d'erreur manifeste.

Le Conseil estime par contre, dans une autre décision, que "la construction, dans le site inscrit de Juan-les-Pins et à proximité du site classé du cap d'Antibes, d'un immeuble de plus de 20000 m² (...) et l'arasement d'une butte naturelle à laquelle devraient se substituer les constructions projetées contribuerait de manière notable à la détérioration d'un paysage protégé" et qu'ainsi le permis repose sur une erreur manifeste "dans l'appréciation de l'atteinte qui serait portée au caractère et à l'intérêt des lieux avoisinants"(174).

Mais c'est le contentieux du contrôle du contenu d'un plan d'occupation des sols qui se prête le plus par nature au contrôle de proportionnalité.

Il convient à ce propos de rappeler que dans ses conclusions sous l'arrêt de principe en la matière Commune de Bouchemaine(175), le commissaire du gouvernement M. Labetoulle avait évoqué l'éventualité d'une application de la technique du bilan, même si ce n'était que pour l'écarter.

Tel quel, le contrôle de l'erreur manifeste véhicule tout de même l'idée de proportionnalité, ainsi qu'on le voit dans un arrêt du 3 novembre 1982(176): "si le plan attaqué privilégie la construction sur les parcelles proches du "bourg" de Bréhat et la rend plus difficile ou l'interdit complètement dans les autres secteurs de la commune, adoptant ainsi un parti d'aménagement contraire aux tendances à la construction dispersée qui avaient prévalu jusqu'alors, cette option n'apparaît pas entachée d'erreur manifeste, compte tenu des particularités de cette commune insulaire inscrite à l'inventaire des monuments naturels et de l'intérêt de la protection de ses sites, qu'une telle erreur n'apparaît pas davantage ni dans le souci de protéger les activités agricoles, alors même que celles-ci auraient été en déclin prononcé, ni dans la disposition qui permet la reconstruction de certains bâtiments en ruine sans modifier leur volume ni leur architecture, ni enfin dans

l'opportunité du choix de l'emplacement retenu": des termes qui rappellent la technique du bilan...

(173) Conseil d'Etat 19 avril 1985, Association des paysans et des amis pour la sauvegarde des terres agricoles de la Haute-Vallée de l'Hérault, R.p.112.

(174) Conseil d'Etat 21 juillet 1989, Fédération des associations du sud-est pour l'environnement, syndicat de défense du Cap d'Antibes et autres, req. n°95755, DA 1989, n°497. Il va de soi que si le contrôle de proportionnalité peut intervenir en matière d'octroi du permis de construire par le biais de l'erreur manifeste, il le peut d'autant plus dans le cas du refus du permis, par le biais du contrôle normal. Cf. chapitre 1, section 2, sous-section 2, §2.

(175) Conseil d'Etat Se 23 mars 1979, R.p.127 conclusions LABETOULLE: le commissaire soulignait que "s'offre le choix entre la théorie de l'erreur manifeste d'appréciation et la théorie du bilan (...) La théorie du bilan ne nous paraît applicable que dans les cas où, sans trop d'artifice l'on peut mettre en balance et exprimer en données comparables les avantages et les inconvénients d'une solution (...) nous préférons donc la théorie de l'erreur manifeste (...)".

(176) Conseil d'Etat 3 novembre 1982, Mlle Bonnaire et autres précitée.

celle qui autorise les installations hôtelières dans les zones à protéger (...)". Cette longue citation illustre le fait que l'utilisation de la technique du bilan n'aurait rien comporté de plus, si ce n'est l'intensité plus grande du contrôle(177)...

D'ailleurs, il existe des signes d'une évolution, qui conduira peut-être à l'abandon de la jurisprudence Commune de Bouchemaine: il s'est illustré par deux jugements du Tribunal Administratif de Nice, qui semblent adopter ouvertement en la matière le contrôle du bilan(178).

Conclusion du paragraphe: Le contentieux de l'urbanisme est un domaine où le contrôle juridictionnel est en plein développement. Le contrôle de proportionnalité y participe activement, que se soit sous la forme de l'erreur manifeste d'appréciation ou du bilan qui, contrairement à ce qu'ont pu prétendre certains auteurs, ne semble d'ailleurs nullement être en passe d'être remplacé par la technique de l'erreur manifeste(179).

Conclusion de la sous-section: Le contrôle de proportionnalité est particulièrement présent dans les domaines ayant un lien direct avec la protection des libertés publiques et les droits les plus fondamentaux des administrés. Son action modératrice des mesures restrictives de la liberté édictées dans un but d'intérêt général est indispensable. On le retrouve aussi dans les contentieux nouveaux relatifs à l'action planificatrice de l'administration, où ses qualités de souplesse et d'adaptation sont particulièrement appréciées.

Ces secteurs ne sont pas, à l'évidence, les seuls où le contrôle de proportionnalité est présent. Se pose donc maintenant le problème des effets de son application sur le contentieux de la légalité en général.

(177) Même quand l'obligation de conformité est remplacée par celle de compatibilité, le contrôle de proportionnalité reste un moyen efficace pour permettre l'évaluation de ce rapport, par nature souple, entre deux normes données: voir M.H. SAVINAS-HUBERTY, La notion de compatibilité et le droit de l'urbanisme, L.P.A. 1991, N°22, p.2[p.13]; cf. Conseil d'Etat 3 avril 1987, Ministre de l'Urbanisme et du Logement / Association pour la protection de l'environnement des habitants de Châteauneuf-de-Grasse et autres, AJDA 1987, p.696 obs. AUBY.

(178) Tribunal administratif de Nice, 17 décembre 1987, Mouvement niçois pour la défense des sites et du patrimoine et autres, RFDA 1990, p.247 conclusions CALDERARO; 23 décembre 1987, M. René Delbos et Association G.A.D.S.E.C.A., RFDA 1990, p.253 note QUINETTE: "la réalisation du projet d'aménagement présenterait par son importance une densification trop grande et continue de construction dans l'espace limité concerné, malgré la qualité du parti architectural retenu et serait ainsi de nature à porter à cette partie du site exceptionnel de la commune de Théoule une atteinte excessive que les autres intérêts généraux que le règlement a pour mission de protéger, ne suffisent pas à justifier (...)".

(179) J.P. BOURGOIS, thèse précitée, p.166s. Il est vrai que le sujet de cette thèse est l'erreur manifeste...

Sous-section 2. Les effets de l'application du contrôle de proportionnalité

Après la description fragmentaire des applications du contrôle de proportionnalité qui a été effectuée, il convient surtout de dégager sa logique globale. A cet effet, il faut d'abord élucider les questions relatives à sa généralité et son objectivité (§1), avant de présenter nos conclusions(180) quant au rôle assigné par notre juge administratif à ce contrôle (§2).

§1. Un contrôle ponctuel et empirique

La question de l'application généralisée ou non du contrôle de proportionnalité (A), nous amènera à celle de son caractère "arbitraire", du moins en apparence (B).

A. UN CONTROLE GENERALISE?

La conclusion sur l'existence ou non d'un contrôle de proportionnalité dans tous les cas de figure(181) dépend directement de la définition qu'on entend donner à ce contrôle.

- Si on le définit simplement en tant que rapport entre deux variables(182), il existe en principe partout là où il y a contrôle juridictionnel, à deux exceptions près:

Le premier cas d'absence du contrôle de proportionnalité sera celui de l'absence totale de contrôle juridictionnel sur la légalité interne, que ce soit le fait de la norme écrite ou du juge(183).

(180) Forcément partielles et, en partie, seulement temporaires: pour une présentation plus complète de notre "théorie générale" sur le contrôle de proportionnalité voir infra, partie II, notamment titres 2 et 3.

(181) Rappelons qu'il s'agit ici de traiter des cas d'absence du contrôle de proportionnalité et non pas des lacunes de l'efficacité éventuelle de son intervention, et encore moins de l'inefficacité du contentieux administratif en général: on ne saurait donc voir des "butoirs" du contrôle de proportionnalité dans les cas d'espèces non déferées au juge, des délais trop longs, des lacunes dans les moyens d'investigation, comme semble l'indiquer M. COSTA quand il dit que "parmi les lacunes et les zones d'ombre [du contrôle de proportionnalité] remarquons, en premier lieu, que certaines décisions manifestement disproportionnées ne sont pas censurées, tout simplement parce qu'elles ne sont pas déferées au juge(...)" (Le principe de proportionnalité..., article précité, p.437).

(182) Telle est la conception de M. PHILIPPE (Le contrôle de proportionnalité... thèse précitée), présentée supra, chapitre 1, section 2, sous-section 1, §2, B.

(183) Cf. X. PHILIPPE, Le contrôle de proportionnalité..., thèse précitée, p.387: "Cette situation est concrétisée par l'hypothèse où le pouvoir du législateur ou de l'administration sont totalement inconditionnées, c'est à dire le cas où l'autorité dispose d'une habilitation à prendre des décisions sans être liée d'aucune sorte".

La seconde éventualité d'absence de contrôle de proportionnalité sera le cas inverse, c'est-à-dire l'existence d'une compétence entièrement liée, qui ne laisse donc à l'administration et au juge aucune latitude de choix(184).

Il est donc évident qu'avec une telle définition du contrôle de proportionnalité on aboutit à la constatation inévitable de son omniprésence, quitte à constater avec son absence, celle de tout contrôle juridictionnel...

- Si en revanche on définit, comme on l'a initialement fait(185), le contrôle de proportionnalité comme un arbitrage effectué par le juge entre les intérêts - principalement publics - motivant un acte a priori légal et les intérêts juridiquement protégés qui s'y opposent, alors les cas de non intervention du contrôle de proportionnalité seront bien plus nombreux, et dépendront de l'étude détaillée de chaque contentieux: en tout état de cause, il n'est plus question de mise en œuvre générale de ce contrôle, ne serait-ce qu'en égard à la réalité jurisprudentielle.

Certes, même ainsi, chaque cas de non intervention du contrôle de proportionnalité ne pourra pas pour autant être qualifié de "butoir" légal ou jurisprudentiel à son application.

On pourra en effet se trouver devant un acte insusceptible d'être soumis à un tel contrôle, parce qu'il n'implique tout simplement aucun rapport sur lequel le contrôle de proportionnalité puisse être exercé.

Par exemple, la question de la toxicité d'un produit est une vraie question technique: que le juge y refuse ou non d'exercer le contrôle de la qualification juridique des faits, la question posée resterait étrangère au contrôle de proportionnalité(186).

De la même manière, l'appréciation à laquelle se livre l'administration lorsqu'elle dispose que le corps obtenu par l'effet d'une cristallisation ou d'une recristallisation due à l'action humaine ne peut prendre la dénomination de la pierre précieuse à laquelle ce corps correspond n'est pas susceptible d'être soumise à un contrôle de proportionnalité; ici aussi donc, le fait que le Conseil d'Etat se refuse d'appliquer dans ce cas la technique de l'erreur manifeste ne constitue pas non plus un "butoir" pour le contrôle de proportionnalité(187).

Ainsi donc, pour que l'on puisse conclure à l'absence d'une intervention généralisée du contrôle de proportionnalité au sein du contentieux administratif français, il faudrait citer des cas de figure pour lesquels ce contrôle serait

(184) M. PHILIPPE (pour lequel, le fait que, normalement, l'indemnisation est proportionnelle au préjudice subi est une application typique du contrôle de proportionnalité) cite à cet égard l'exemple de la règle du "forfait de pension", consistant à attribuer aux agents publics une indemnisation forfaitaire quelle que soit la gravité du dommage subi (cf. Conseil d'Etat 12 janvier 1906, Paillotin, R.p.26; ils s'agit pourtant d'une règle progressivement remise en question: cf. Conseil d'Etat Se 27 juillet 1990, Consorts Bridet et autres, R.p.230 conclusions FORNACCARI; AJDA 1990, p.897 obs. DARCY; D. 1991, S, p.288 obs. BON et TERNEYRE; RFDA 1991, p.141 note BON; également Cour administrative d'appel de Lyon 17 octobre 1990, Stephani, R.p.964).

(185) Voir l'introduction de la thèse.

(186) Conseil d'Etat 27 avril 1951, Société Toni, R.p.236.

(187) Conseil d'Etat 19 novembre 1971, S.A. Pierre Gilson, R.p.691.

susceptible d'être exercé, mais reste néanmoins absent, ne serait-ce que dans sa forme la plus atténuée, c'est-à-dire à travers la technique de l'erreur manifeste d'appréciation.

La question étant ainsi posée, la réponse quant à l'omniprésence du contrôle de proportionnalité reste négative: ce dernier comporte encore des zones d'ombre, le plus souvent détectables au sein des domaines dans lesquels existe un large pouvoir de l'administration a priori discrétionnaire.

C'est par exemple le cas de la décision du gouvernement de ne pas modifier les limites d'une région, ou encore des la décision présidentielle d'accorder ou non une amnistie: de telles décisions portent nécessairement atteinte à des intérêts et comportent certainement des avantages et des inconvénients. En refusant de les examiner, même par le biais de l'erreur manifeste, le juge de l'excès de pouvoir refuse clairement la mise en œuvre du contrôle de proportionnalité(188).

Il en va de même, de manière encore plus claire, de la disproportion de la sanction par rapport à la faute, censurée dans le contentieux de la fonction publique, mais non quand elle est infligée par un ordre professionnel(189).

Finalement, nombre des exemples les plus probants se trouvent dans le domaine de l'interventionnisme économique de la puissance publique. On peut à cet égard citer un arrêt du 20 octobre 1967(190), commenté par le professeur J. L. de Corail(191). Dans cette affaire le juge a eu à se prononcer, par la voie de l'exception d'illégalité, sur la légalité d'un décret du 30 décembre 1954 permettant à des coindivisaires représentant les deux tiers de la valeur d'un immeuble de constituer un groupement forestier pour faire cesser l'indivision même si les autres coindivisaires ne sont pas d'accord. La loi du 14 août 1954 n'autorisant le gouvernement à intervenir par décret qu'à la condition de ne pas porter atteinte "à

(188) Cf. pour la première question, Conseil d'Etat 9 novembre 1984, Association Bretagne-Europe, R.p.354: "Considérant que la demande de l'association ne pouvait avoir d'autre portée que d'inviter le gouvernement de prendre l'initiative d'une modification des limites de la région Bretagne suivant la procédure du texte précité; qu'en s'abstenant de prendre cette initiative le gouvernement s'est livré à une appréciation d'opportunité qui n'est pas susceptible d'être discutée au contentieux (...)" Pour la deuxième question cf. Conseil d'Etat 24 novembre 1961, Electricité de Strasbourg, R.p.66 ainsi que, en ce sens, J.P. COSTA, Le principe de proportionnalité..., article précité, p.437. Cf. également la question relative au refus d'une demande de nomination dans la légion d'honneur: Conseil d'Etat 10 décembre 1986, Loredon, AJDA 1986, p.132 et p.92 chr. AZIBERT et DE BOISDEFFRE.

(189) Conseil d'Etat 29 avril 1988, Cuaz / Conseil national de l'ordre des médecins, AJDA 1988, p.400 conclusions DAEL. Le commissaire du gouvernement DAEL plaideait pourtant dans ses conclusions en faveur de l'introduction du contrôle de la proportionnalité de la sanction par le juge de cassation en matière disciplinaire, en affirmant que "tout excès atteignant une certaine ampleur constitue dans un état de droit un illégalité (...) juge de droit, le juge de cassation est nécessairement le juge de la démesure (...) il lui faudra seulement rechercher en outre si la faute telle qu'elle a été ainsi retenue par les juges du fond a pu se voir appliquer sans disproportion excessive de la sanction choisie".

(190) Epoux Dommée, AJDA 1967, p.673; AJDA 1968, p.18 conclusions RIGAUD.

(191) J. L. DE CORAIL, La notion d'activité dans le domaine de l'administration économique; sa définition et son utilisation par le juge administratif, Mélanges Paul Cousinet, Toulouse 1974, p.117.

la protection des biens et des libertés publiques", les requérants estimaient que le décret du 30 décembre 1954 était contraire à celle-ci.

Or le Conseil d'Etat rejeta le recours, estimant que, bien que ce décret portait effectivement atteinte à la protection des biens, le gouvernement pouvait prendre "pour les fins envisagées, des mesures modifiant la législation applicable en la matière, cette autorisation spéciale ne pouvant atteindre son plein effet sans comporter dérogation à l'interdiction générale ci-dessus rappelée". Ainsi le conflit entre "l'intérêt général" et "les libertés" a été tranché en faveur du premier grâce à la notion de "dérogation". Selon M. de Corail, le juge a vérifié ici si l'activité administrative ne portait à la liberté en question qu'une "atteinte strictement exigée par l'objectif économique voulu par le législateur"(192).

Si tel avait été effectivement le cas, on se trouverait devant une application-type du contrôle de proportionnalité. Mais en fait le juge n'effectua pas ici une conciliation des buts contradictoires, chacun représentatif de divers intérêts juridiquement protégés, mais un choix inconditionnel en faveur d'un de ces deux buts, refusant de porter plus loin examen et écartant ainsi toute considération de proportionnalité.

Il existe donc nombre de cas où le contrôle de proportionnalité, tout en étant "éligible", n'est pourtant pas utilisé par le juge administratif français. Or on constate également, et ceci est important, que tous ces cas de refus de mise en œuvre du contrôle de proportionnalité sont d'autant d'"abdications" de la part du juge administratif de son "droit de regard" sur le choix de fond effectué par l'administration: refusant d'utiliser le contrôle de proportionnalité, ce dernier laisse l'administration vraiment libre d'effectuer son choix, tout choix, en opportunité.

Est-ce que cela signifie pour autant que lorsque le juge utilise le contrôle de proportionnalité, il substitue son choix, tout aussi subjectif, à celui de l'administration active?

B. UN CONTROLE ARBITRAIRE?

Il est indéniable que la mise en œuvre juridictionnelle du contrôle de proportionnalité se caractérise par une imprévisibilité prononcée des résultats de son application, qui peut facilement être assimilée à une appréciation arbitraire du juge.

Cette constatation est bien sûr avant tout évidente en ce qui concerne la technique de l'erreur manifeste d'appréciation: le juge administratif ne fournit ici, dans le corpus de ses décisions, pratiquement aucun motif à l'appui de sa décision. On est donc réduits à l'étude des conclusions des commissaires du gouvernement, dépourvus de valeur juridique autonome. D'ailleurs, l'étude des conclusions ne fait souvent qu'aggraver l'impression du "flou juridique" qui entoure le contrôle de proportionnalité, quand on observe que souvent, même en matière de l'erreur dite manifeste, il arrive que le commissaire du gouvernement ne soit pas suivi(193).

(192) La notion d'activité..., article précité, p.145.

(193) Cf. supra, section 2, sous-section 1, §3.

De plus, l'imprévisibilité de la mise en œuvre du contrôle de proportionnalité est aussi présente s'agissant d'autres techniques, même celles qui se présentent a priori sous la forme la plus élaborée, comme c'est le cas du "bilan".

A cet égard, on a pu certes discerner, comme l'a fait M. Philippe(194), plusieurs "sous-catégories" de contentieux du bilan durant la vingtaine d'années de son application. Ainsi les solutions concrètes dans le contentieux des tracés de voies et de lignes(195), celui des camps militaires(196), celui des centrales nucléaires(197) ou celui de la construction de lignes de transport(198) dépendraient du bilan propre à chaque sous-catégorie, où "tel ou tel inconvénient possède un poids accru en fonction de l'objectif poursuivi"(199). Ainsi, il n'existerait pas un, mais plusieurs contrôles du bilan, de sorte que ce soient "toujours les mêmes avantages et inconvénients qui sont visés mais [que] leur signification évolue dans le temps et dans l'espace (...)"(200).

Cette remarque n'est pas dénuée de pertinence. Il est par exemple indéniable qu'en tant qu'inconvénient susceptible de retirer d'une opération son caractère d'utilité publique, le coût financier est loin d'avoir, objectivement, le même poids selon qu'il s'agisse d'une petite commune désirant la création d'un aéroport d'importance locale(201), ou d'un projet de TGV d'importance nationale(202).

Mais des solutions divergentes peuvent néanmoins être données à de tels "sous-contentieux" similaires: ainsi l'intérêt touristique l'emporte sur la préservation d'un site pittoresque dans un arrêt du 7 octobre 1977(203), mais pas dans une affaire semblable, jugée le 29 octobre 1975(204).

Bref, si on peut distinguer des contentieux plus spécifiques, il est néanmoins vain de chercher à attribuer une objectivité et une prévisibilité parfaites au contrôle de proportionnalité. En dépit de la non-reconnaissance d'un

(194) Le contrôle de proportionnalité..., thèse précitée, p.321s.

(195) Conseil d'Etat Ass 24 janvier 1975, Gorlier et Bonifay, arrêt précité.

(196) Conseil d'Etat Ass 5 mars 1976, Tarlier, R.p.130; JCP 1977, II, n°18650 note TRUCHET; AJDA 1976, p.253 note COLSON; Conseil d'Etat 1 juin 1973, Abraham, R.p.394.

(197) Conseil d'Etat 11 janvier 1980, Société civile GFA des falaises de Flamanville, R.p.7; Conseil d'Etat 7 juin 1985, Commune de Chooz, RDP 1986, p.285.

(198) Conseil d'Etat 21 janvier 1977, Peron-Magnan, R.p.30; RA 1979, p.502 note LEMASURIER; Conseil d'Etat 23 janvier 1985, Comité de défense opposé à toutes les lignes nouvelles de TGV, R.p.16; CJEG 1985, p.304 conclusions LATOURNERIE.

(199) X. PHILIPPE, Le contrôle de proportionnalité..., thèse précitée, p.321.

(200) Ibid, p.321.

(201) Conseil d'Etat Se 26 octobre 1973, Grassin, arrêt précité.

(202) Conseil d'Etat 21 janvier 1977, Peron-Magnan, arrêt précité.

(203) Conseil d'Etat Se 7 octobre 1977, Syndicat des Paludiers, R.p.380.

(204) Conseil d'Etat 26 mars 1980, Premier ministre / Veuve Beau de Loménie, arrêt précité. On a vu de même que des questions comme celle du choix de l'emplacement d'un projet a pu souvent donner lieu à des solutions divergentes; voir supra, sous-section 1, §4.

principe général de proportionnalité, les pouvoirs que la mise en œuvre de ce contrôle confère au juge pourrait s'avérer insupportable pour l'administration, soucieuse de son indépendance.

Par conséquent, ce n'est pas la nature même de ce contrôle qui empêche de le caractériser d'"arbitraire"; mais une telle conclusion doit tout de même être rejetée, en raison, comme on le verra, de l'usage que le juge administratif français veille toujours à en faire (et surtout à ne pas en faire).

Conclusion du paragraphe: Plus encore que la description des domaines d'intervention, celle des domaines de non-intervention du contrôle de proportionnalité ne peut être exhaustive. Il est tout de même certain que ces cas, bien que marginaux, existent. C'est en réalité inévitable, en raison du caractère profond de la version "française" du contrôle de proportionnalité: créé par le juge et dépendant pratiquement du seul juge, ce contrôle est absent quant ce dernier se refuse de l'appliquer. Car finalement le juge subordonne l'utilisation du contrôle de proportionnalité au but qu'il entend poursuivre en le mettant en œuvre.

§2. Une surveillance discrète de l'appréciation administrative

Le contrôle de proportionnalité tel que le juge entend l'exercer se caractérise avant tout par une application qui vise à répondre au plus près aux exigences du cas concret (A), sans être pour autant dénué de certains traits d'ensemble (B).

A. UN CONTRÔLE ADAPTE AU CAS CONCRET

L'adaptation de la décision juridictionnelle aux circonstances particulières de l'affaire est bien évidemment inhérente à la fonction de "rendre la justice", elle constitue même son élément essentiel.

Cela dit, elle est particulièrement marquée s'agissant du contrôle de proportionnalité, contrôle à la fois d'une nature fuyante et difficilement saisissable, et aux techniques juridictionnelles - vecteurs de sa mise en œuvre variées et divergentes. Il n'est pas à cet égard fortuit que les plus récentes de ces techniques, l'erreur manifeste d'appréciation et le bilan, aient toutes deux été perçues par la doctrine comme scandant un tournant du juge administratif vers le contrôle au "cas par cas", comme favorisant le règlement du cas d'espèce sans se préoccuper outre mesure du développement des grands principes, enfin comme signalant le passage d'un contrôle in abstracto à un contrôle in concreto, qui viserait, dans la mesure du possible, à régler le litige particulier sans laisser de trace particulièrement marquée dans l'ordonnement juridique(205).

En effet, le contrôle de proportionnalité tel que le juge français entend l'exercer est représentatif de cette démarche: donner une solution concrète, en censurant les excès éventuellement commis par l'administration dans le cadre d'une compétence pourtant discrétionnaire, mais sans lier outre mesure ce

(205) Voir à cet égard l'article de D. LINOTTE, Déclin du pouvoir jurisprudentiel et ascension du pouvoir juridictionnel en droit administratif, AJDA 1980, p.632 (contra S. RIALS, Sur une distinction contestable et un trop réel déclin, AJDA 1981, p.115).

pouvoir d'appréciation de l'administration pour l'avenir par l'édiction de conditions normatives précises.

Par cette démarche souple et empirique le juge entend préserver le pouvoir discrétionnaire de l'administration ainsi que les fragiles équilibres sur lesquels repose la légitimité politique de son contrôle, en réservant en même temps son propre pouvoir d'intervention là où il le juge nécessaire.

Cela est absolument évident concernant la censure éventuelle d'une décision discrétionnaire par le biais de l'erreur manifeste: bien plus que le caractère manifestement erroné (c'est à dire même de l'avis d'un non-spécialiste) de la solution retenue par l'administration, ce sera l'appréciation ponctuelle du juge qui le conduira à estimer que, par exemple, la révocation de ses fonctions du directeur d'une Chambre d'agriculture pour défaut de diligence et de rigueur dans la gestion constitue une sanction disproportionnée(206), tandis que la tenue de propos injurieux adressés au président d'une fédération départementale de chasseurs peut, sans erreur manifeste d'appréciation, entraîner la révocation d'un garde-chasse(207).

Mais les autres décisions relatives au contrôle de proportionnalité, comme celles intervenues en matière de police administrative, n'échappent pas à cette règle, étant notamment susceptibles de degrés d'intensité de contrôle de proportionnalité différents, selon qu'il s'agisse de mesures de police municipale, générale ou spéciale. Il est ainsi constant que, par exemple, une décision d'un maire restrictive de la liberté sera soumise à un contrôle très poussé, comprenant même la recherche de l'existence d'une mesure moins contraignante(208), tandis que ce n'est que depuis 1973 que l'interdiction de la circulation, distribution ou mise en vente de journaux ou écrits de provenance étrangère est soumise au seul contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation(209).

Finalement, c'est là encore le contentieux du bilan qui nous fournit certains des exemples les plus probants, mais aussi un débat doctrinal particulièrement fécond.

En effet, le caractère concret de l'examen des avantages et des inconvénients d'une opération d'expropriation pour cause d'utilité publique a pu être contesté par S. Rials, auteur d'une remarquable thèse sur la technique du standard(210).

Pour appuyer sa thèse arguant d'une appréciation abstraite de l'utilité publique "depuis Ville nouvelle Est comme auparavant", M. Rials cite l'exemple

(206) Conseil d'Etat 26 juillet 1978, Vinolay, arrêt précité.

(207) Conseil d'Etat 4 décembre 1981, Office national de la chasse, R.p.462.

(208) Voir par exemple Conseil d'Etat 17 mars 1978, Gaillard et Figini, R.p.139.

(209) Conseil d'Etat Ass 2 novembre 1973, Société anonyme "Librairie François Maspero", R.p.611; G.A.J.A. n° 108; JCP 1974, II, n°17642 conclusions BRAIBANT, note DRAGO; D. 1974, p.432 note PELLET; Gaz. Pal. 1974, p.100 note PACTEAU; AJDA 1973, p.577 chr. FRANC et BOYON.

(210) Le juge administratif français..., thèse précitée, p.322s.

des arrêts Abraham(211) et Tarlier(212), dans lesquels le Conseil d'Etat a estimé que l'extension d'un champ de manœuvre militaire est d'un intérêt supérieur à celui de la préservation de plusieurs hectares de bois et de cultures. Selon l'auteur "il peut apparaître légitime (...) de faire prévaloir un intérêt national sur un intérêt particulier et local, les impératifs de la défense nationale sur ceux de l'écologie et de la survie d'une population traditionnelle: mais il y a là une hiérarchisation parfaitement abstraite et a priori des valeurs"(213).

Or M. Rials procède sur ce point à une assimilation injustifiée entre contrôle in abstracto et hiérarchisation de valeurs. Car en réalité cette "hiérarchisation parfaitement abstraite et a priori des valeurs" n'est pas incompatible avec l'appréciation in concreto; elle lui est complémentaire.

Ainsi le "choix de société" du juge confère un a priori favorable, une présomption de prééminence à l'intérêt national sur l'intérêt régional. Mais en la matière le contrôle de proportionnalité consistera justement à veiller à ce que des limites de proportion ne soient pas excédées, auquel cas l'intérêt a priori supérieur se devrait tout de même de céder le pas: comment M. Rials pourrait-il assurer qu'un petit camp militaire ne serait pas considéré comme moins important qu'un parc naturel unique au monde?

En réalité donc, le contrôle de proportionnalité n'exclut nullement, et comporte même une hiérarchisation des valeurs ou, si l'on préfère, la prise en considération de l'importance en soi des intérêts conflictuels(214). Mais il la dépasse, en fonction d'autres éléments. Ainsi, le fait que, dans l'affaire Sainte Marie de l'Assomption(215), l'hôpital psychiatrique en cause était le seul de la région a pesé de tout son poids pour faire pencher la balance en faveur de sa protection et donc de la protection (in concreto!) de la santé publique.

M. Rials ajoute certes que "sans doute l'instrument mis en œuvre est-il intéressant: si l'armée demandait un département entier pour ses essais le juge estimerait qu'il y a disproportion". Mais là aussi, pour l'auteur, "le choix serait toujours aussi abstrait: c'est arbitrairement que le juge considère que tant d'unités de bien-être pour les touristes valent tant d'unités de recul de la nature, ou que tant d'unités de progrès militaire valent tant d'unités de satisfactions individuelles refoulées"(216). Mais là aussi il y a, nous semble-t-il, confusion; car que le juge puisse être taxé d'arbitraire est une chose; et il est une autre que d'assimiler, comme le fait ici l'auteur, contrôle in abstracto et contrôle subjectif.

De toute façon, même à ce stade de l'étude, le contrôle de proportionnalité ne nous paraît pas dénué de lignes directrices autres que la seule adaptation empirique au cas concret.

(211) Conseil d'Etat 1 juin 1973, Abraham, arrêt précité; voir aussi sur la même affaire Conseil d'Etat Ass 7 mars 1975, Association des amis de l'abbaye de Fontevraud, R. p.179; AJDA 1976, p.208 note HOSTIOU.

(212) Conseil d'Etat Ass 5 mars 1976, Tarlier, arrêt précité.

(213) Le juge administratif français..., thèse précitée, p.323.

(214) Cf. la deuxième partie de notre étude, notamment les titres 2 et 3.

(215) Conseil d'Etat Ass 20 octobre 1972, Société civile immobilière Sainte-Marie de l'Assomption, arrêt précité.

(216) S. RIALS, Le juge administratif français..., thèse précitée, p.324.

B. UNE LOGIQUE D'ENSEMBLE: UN CONTRÔLE SOUPLE DU POUVOIR DISCRETIONNAIRE

On l'a déjà dit, le trait commun essentiel du contrôle de proportionnalité effectué par le juge administratif français semble se situer dans l'utilisation qu'il entend en faire: possesseur d'un "outil" sophistiqué mais délicat, le juge n'entend en effet pas en abuser.

En premier lieu, par le degré d'intensité de son contrôle: celui-ci, pour être effectivement variable, ne dépasse jamais certaines limites qui risqueraient d'amener le juge à "se substituer" effectivement à l'administration active.

Si notionnellement le rapport de proportionnalité peut varier de la disproportion manifeste à la stricte proportion, cette dernière, qui aboutirait au contrôle entier de l'opportunité, n'est jamais exigée par le juge (217). Celui-ci ne manque d'ailleurs pas de l'affirmer à chaque fois, même lorsqu'il étend l'emprise de son contrôle sur les divers aspects de l'opportunité. Ainsi pratiquement au moment même où elle fait porter son contrôle sur l'atteinte à d'autres intérêts publics (218), la Haute juridiction et son commissaire affirment de ne pas pouvoir examiner l'opportunité du choix d'un tracé autoroutier (219).

Que ce soit par le biais de la technique du contrôle de la nécessité, ou par celui du bilan, le juge administratif veille donc, en définitive, à ne jamais censurer plus que le seul excès de l'appréciation administrative.

La communauté du contrôle de proportionnalité effectué par le juge administratif français s'étend, en deuxième lieu, à la logique de son examen. On constate toujours en effet, que ce contrôle obéit à une démarche rationnelle d'arbitrage entre intérêts juridiquement protégés contradictoires: ceci est vrai qu'il s'agisse d'une pondération entre intérêts publics et privés nettement séparés, comme dans le domaine des mesures de police; entre intérêts publics et privés placés indifféremment de "chaque côté de la balance", comme c'est le cas de la technique du bilan; ou qu'il s'agisse, finalement, d'une évaluation d'intérêts non avouée explicitement, comme c'est le cas de la technique de l'erreur manifeste d'appréciation.

En troisième lieu, cette évaluation n'est jamais entièrement subjective: le juge administratif veille toujours à ce que son contrôle soit le plus objectif possible, ou du moins qu'il apparaisse comme tel.

- En ce qui concerne plus le fond que l'apparence, le juge prend ainsi en compte:

- l'importance en soi des intérêts en question: ce n'est pas par hasard si la liberté de réunion, qui constitue un véritable droit fondamental essentiel pour la démocratie, a pu bénéficier ouvertement d'une protection à la fois ancienne et poussée par le biais du contrôle de proportionnalité;

- l'importance de l'atteinte portée au droit juridiquement protégé: tant par sa gravité en soi (les interdictions générales ont toute chance d'être censurées), que par sa durée dans le temps.

(217) Voir M. GUIBAL, De la proportionnalité, article précité.

(218) Conseil d'Etat Ass 20 octobre 1972, Société civile immobilière Sainte-Marie de l'Assomption, arrêt précité.

(219) Conseil d'Etat 22 février 1974, Adam et autres, arrêt précité.

- Pour ce qui relève, peut-être, plus de l'apparence que du fond, le juge administratif songe fréquemment à rattacher les solutions effectives qu'il entend imposer à nombre de critères "objectivisants":

- il procède ainsi quand, par exemple, il évoque le caractère manifestement erroné ou excessif de l'acte censuré; ce faisant, il crédite sa propre solution d'une présomption d'objectivité;

- de même quand, en adoptant une motivation de ses décisions ayant une apparence "scientifique", comme il le fait avec la technique du bilan, le juge entend les rendre du coup difficilement taxées de "subjectivisme";

- enfin quand, en effectuant un contrôle analogue quant à son intensité et de toute façon quand à sa logique profonde, il fait varier sa "présentation juridictionnelle" de sorte que ce contrôle apparaisse, selon les besoins, comme partie intégrante de l'opération de qualification juridique ou s'effectuant au delà de celle-ci.

Ce qui nous ramène, finalement, à notre présomption de départ quant à la logique profonde du contrôle administratif français de proportionnalité: il s'agit bien, avant tout, de surveiller l'appréciation a priori discrétionnaire de l'administration. Car en effet, dans la mesure où l'on accepte que le pouvoir discrétionnaire peut se situer et exister non seulement en l'absence de toute réglementation juridique, mais également en présence d'une réglementation suffisamment vague et imprécise pour qu'une certaine latitude d'action par rapport au tissu normatif subsiste, c'est le même contrôle souple et modéré du pouvoir discrétionnaire que le contrôle de proportionnalité effectuera, que cela soit par le biais de la "proportionnalité - interprétation" ou par celui de la "proportionnalité - appréciation".

Le juge administratif français veille ainsi, de fait, à maintenir toujours une certaine faculté de contrôler l'opportunité du choix effectué par l'administration, sans jamais excéder les limites de l'acceptable (juridique et politique). C'est à cet égard que M. Philippe affirme, à juste titre, que "l'opportunité consiste à rechercher ce qui convient le mieux alors que la proportionnalité juridique est destinée à empêcher l'inadmissible" (220).

Conclusion du paragraphe, de la sous-section et de la section: Le contrôle de proportionnalité se révèle ainsi extrêmement audacieux dans son principe, mais est somme toute peu intense. Ne risque-t-il pas du coup d'être à la fois complexe et inefficace, faisant la joie des commentateurs mais ne servant en réalité que d'un prétexte de légitimation du pouvoir discrétionnaire?

Ce serait oublier l'aspect dissuasif du contrôle juridictionnel. La seule éventualité d'une censure, qui pour être rare n'en est pas pour autant théorique, suffit à faire remplir au contrôle de proportionnalité son rôle principal qui est celui de surveiller, efficacement mais discrètement, l'activité administrative sans que cette dernière cesse d'être fondamentalement discrétionnaire.

C'est en vain, en effet, que l'on recherchera une forme normative commune à l'intervention du contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence française. Le choix de la Haute juridiction semble sur ce point clair: si elle a la

(220) Le contrôle de proportionnalité..., thèse précitée, p.129.

possibilité de consacrer un principe général de proportionnalité, elle ne l'estime pas opportun(221).

Le juge administratif français préfère exercer au contraire un contrôle de proportionnalité souple et adaptable(222), allant de l'absence totale d'examen jusqu'à un examen assez intense, en tout état de cause original et audacieux. Si ce choix comporte des risques importants de se voir substituer son appréciation à celle de l'administration, il veille aussi à ce que son contrôle, parfois difficilement justifiable juridiquement, soit parfaitement supportable politiquement. Bref, en ne censurant que le seul excès et en se fiant à l'efficacité indirecte de son intervention, il entend rester fidèle à la fois à ces traditions et à sa mission.

Conclusion du chapitre et du titre: Le contrôle de proportionnalité en France ne constitue ni un principe général, ni même une technique juridictionnelle reconnue en soi. Il représente beaucoup plus une logique juridictionnelle que le juge utilise, à travers diverses techniques juridictionnelles, mais respectant une cohérence fondamentale, pour surveiller discrètement l'appréciation administrative a priori discrétionnaire.

Pour discrète qu'elle soit, la surveillance qu'effectue ainsi le juge administratif sur l'appréciation de l'administration active est réelle. Plus encore, son potentiel d'évolution est bien plus grand que sa réalité actuelle. Mais, comme l'indique M. Auby, "ceux qui connaissent et admirent l'œuvre du Conseil d'Etat ne craignent pas qu'il abuse des pouvoirs qu'il est en train de s'attribuer. En écho de la contestation croissante de l'arbitraire administratif, le juge étend nettement son contrôle mais il le fait d'une manière prudente et progressive, sans entamer par trop la nécessaire indépendance de l'administration"(223).

On retourne ainsi à l'idée d'un contrôle de proportionnalité souple, effectué sinon sur le pouvoir discrétionnaire, du moins sur l'appréciation du choix effectuée par l'administration de façon a priori discrétionnaire, dans l'intérêt à la fois des justiciables et de la puissance publique elle-même. A ce stade le contrôle de proportionnalité continue donc d'apparaître comme un moyen privilégié à la disposition du juge pour étendre son emprise sur un pouvoir discrétionnaire traditionnellement originaire et toujours nécessaire.

Or une telle fonction, si elle justifie largement le caractère non affiché du contrôle de proportionnalité français, ne peut être intellectuellement entièrement satisfaisante. C'est donc, peut être, à travers les ressources procurées par le droit comparé que l'on pourra affiner davantage nos constatations pour l'instant provisoires. Et ce d'autant plus que la manière de concevoir le contrôle de proportionnalité qui est apparemment celle du juge administratif français n'est pas la seule, ainsi qu'on aura l'occasion de s'en apercevoir en nous tournant Outre-Rhin.

(221) Rappelons que si l'on peut soutenir qu'il n'y a pas de contrôle de l'opportunité en droit administratif français, il y a toutefois indiscutablement une opportunité du contrôle (cf. P. DELVOLLE, Existe-t-il..., rapport précité).

(222) Cf. en ce sens L. CHENKIER, Le Conseil d'Etat et la déréglementation: l'exemple du contrôle de la réglementation des prix, rapport d'étude de D.E.A. sous la direction du professeur R. DRAGO, Paris II, Paris 1988.

(223) J.M. AUBY, note précitée, RDP 1979, p.237.

TITRE SECOND

LA PROPORTIONNALITE PRINCIPE CONSTITUTIONNEL AFFICHE: ALLEMAGNE

Contrairement au juge français qui a pu, jusqu'à une date récente, utiliser le contrôle de proportionnalité "sans le savoir ou plutôt sans le dire"(1), le juge allemand a, dès les premières années de l'existence du nouvel Etat(2), introduit un "principe de proportionnalité" (Verhältnismäßigkeitsgrundsatz) de la façon la plus explicite et au niveau le plus élevé du contrôle juridictionnel: celui de la constitutionnalité des lois.

C'est en effet déjà dans ses premières décisions que la Cour constitutionnelle fédérale a pris le soin d'affirmer qu'il ne suffisait pas que l'action du législateur soit effectivement motivée par la poursuite de l'intérêt général, encore fallait-il qu'il veille à ce que l'intérêt général poursuivi justifie réellement la mesure adoptée(3), et qu'il respecte notamment le "principe fondamental de la proportionnalité des moyens au but"(4).

Certes, avant cette période le contrôle de proportionnalité n'était pas totalement absent du contrôle juridictionnel de la puissance publique; en cela d'ailleurs l'Allemagne se rapproche de la France. C'est ainsi que la nécessité de faire appel à la notion de "proportionnalité", notamment en matière de police administrative, a été ressentie très tôt(5) et c'est dès le début du siècle que, sous l'influence de juristes tels qu'Otto Mayer(6), la Cour administrative supérieure de Prusse a déclaré que "l'autorité policière peut seulement employer les moyens strictement nécessaires à la réussite de ses buts"(7).

Il n'en demeure pas moins que la consécration solennelle du contrôle de proportionnalité par le juge constitutionnel lui a accordé une place à part au sein des ordres juridiques européens(8), tout en représentant une donne nouvelle de grande importance pour le système juridique allemand lui-même.

(1) Cf. G. BRAIBANT, Le principe de proportionnalité, article précité.

(2) Bien évidemment, il est ici question du "nouvel" Etat Ouest-allemand issu de la guerre, non de l'Etat issu de la récente réunification.

(3) BVerfGE 8, 71[80].

(4) BVerfGE 8, 274[310].

(5) Le terme "proportionnalité" (Verhältnismäßigkeit) au sujet d'une mesure de police semble être utilisé pour la première fois par Günther Heinrich VON BERG dans son Handbuch des Deutschen Polizeirechts, 2ème édition, Hannover 1802.

(6) Selon lequel la police devait veiller à ne pas "arracher le blé avec les mauvaises herbes" (in Deutsches Verwaltungsrecht, 3e édition 1924 réédition 1969, p.223).

(7) ProVGE 44, 342(343).

(8) A l'exception toutefois de la Suisse, possédant également un contrôle constitutionnel affiché de la proportionnalité. Ce contrôle a d'ailleurs été développé de façon inverse à celle de la R.F.A., au plan du contrôle de la constitutionnalité avant de s'étendre au contentieux administratif. Voir à cet égard H. HUBER, Über den

Cette consécration constitutionnelle est assez facile à comprendre: elle tient directement du particularisme du système juridique allemand dans son ensemble et même, pourrait-on dire, de l'Etat allemand tel qu'il a été [re]défini après la seconde guerre mondiale. En effet, il n'est pas inutile de se rappeler que l'Allemagne (R.F.A.) n'a pas été, pendant longtemps, un Etat comme les autres.

L'idée d'"unité nationale" d'abord, ne pouvait avoir la même signification qu'ailleurs: comme le disait le professeur Fromont, "ce qui unit les Allemands de l'Ouest, ce n'est pas une nation commune, car celle-ci n'existe plus, mais la volonté de vivre dans une démocratie libérale, à côté d'une autre Allemagne soumise à un régime communiste très rigoureux et entourée de barbelés et de miradors"(9). Si aujourd'hui la situation politique n'est pas la même, l'héritage d'un Etat créé avant tout autour de valeurs politico-juridiques n'est pas pour autant moins réel.

Ensuite, il est indéniable que l'expérience nazi a accentué auprès des allemands la conscience que les menaces envers les libertés peuvent tout autant, sinon plus, provenir du pouvoir "majoritaire" et de son incarnation politique la plus naturelle: le Législateur. Ce dernier ne saurait donc être affranchi de l'obligation, assortie des sanctions efficaces, de respecter un certain nombre de principes de valeur supra-législative et peut-être même supra-positive. Ainsi, si en France, après le renversement de la Monarchie, la logique du gouvernement représentatif - expression de la volonté nationale a abouti à transférer l'idée de la souveraineté de la Nation à ses seuls représentants et la hiérarchie des normes a été interprétée comme l'expression de la simple prééminence de la Loi, en Allemagne la méfiance envers ce même pouvoir législatif a fait prévaloir le "constitutionnalisme" sur le "légitimisme"(10).

Enfin il ne faut pas négliger le rôle de la tradition de la pensée juridique. La compréhension du droit, entendu comme une hiérarchie de normes, est très répandue en Allemagne, et la théorie même de l'Etat de droit(11) est

Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Verwaltungsrecht, Zeitschrift für Schweizerisches Recht (ZSR) 1977, p.4]. Sur le contrôle de proportionnalité en Suisse voir aussi A. GRISEL, Droit administratif suisse, Neuchâtel 1972; U. ZIMMERLI, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im öffentlichen Recht, ZSR 1978, p.1; P. MULLER, Le principe de la proportionnalité, ZSR 1978, p.197.

(9) M. FROMONT, R.F.A.: Les événements survenus en 1975, RDP 1977, p.352.

(10) Bien évidemment la France a fait, surtout depuis la création du Conseil constitutionnel, de grands pas en cette direction; et la volonté nationale est tout de même exprimée dans les deux pays avant tout par la loi. Il reste néanmoins qu'en Allemagne la souveraineté étatique n'a jamais été confondue avec le seul pouvoir législatif, comme elle a pu l'être en France, et que cette donnée historique explique, au moins partiellement, la facilité d'acceptation d'un contrôle intense de la constitutionnalité des lois.

(11) Lorsque les juristes français utilisent l'expression de l'"Etat de droit" au début du siècle, ils renvoient invariablement à la doctrine allemande et lui préfèrent généralement celle de "principe de légalité" qui traduit mieux la conception alors dominante en France (R. von GNEIST, Der Rechtsstaat und die Verwaltungsgerichte in Deutschland, 2^e éd., Berlin 1879, p.158, parle même de "négarion de l'Etat de droit en France"). CARRE DE MALBERG cite, quant à lui, comme fondateurs de la théorie les juristes allemands MOHL, STAHL et GNEIST, même s'il considère que "c'est en France et par l'Assemblée Nationale de 1789 qu'ont été dégagées les idées maîtresses et, en

incontestablement d'origine germanique (même si le référent qu'elle évoque est issu de la Révolution française).

Bref, à la fois pour des raisons historiques, politiques et doctrinales l'Allemagne (à l'époque, de l'Ouest) a confié la première place dans le jeu de ses institutions au pouvoir judiciaire, couronné lui-même par le juge constitutionnel. Il était dès lors naturel que ce dernier ressente à la fois le besoin et le pouvoir de se doter de manière explicite et sans équivoque d'instruments de contrôle juridictionnel indispensables à son nouveau rôle.

Dans ce contexte, nul ne peut douter du potentiel énorme du contrôle de proportionnalité, potentiel "politiquement" dangereux, qui fait d'ailleurs que le juge français ou anglais hésitent encore à l'utiliser de manière explicite. Se sentant capable de l'imposer, le juge constitutionnel allemand a donc affirmé son rang constitutionnel, le fondant directement sur l'idée même de l'Etat de droit(12).

Ainsi expliquée, la reconnaissance constitutionnelle du contrôle de proportionnalité a entraîné une conséquence capitale: le juge constitutionnel, déjà doté (de jure et de facto) du rôle de "superviseur" de la puissance étatique en général et de la fonction judiciaire en particulier, s'est approprié en plus la direction du contrôle de proportionnalité, la détermination de sa fonction, de son contenu et de son intensité. Quelle qu'est pu être son histoire antérieure, il apparaît désormais avant tout comme un instrument du contrôle de la constitutionnalité.

Par conséquent, si les autres organes juridictionnels peuvent, et sont même tenus de l'utiliser, c'est désormais uniquement en vertu de la Constitution, c'est à dire en concrétisant les normes constitutionnelles.

Ceci est particulièrement valable pour le juge administratif. Même si ce dernier a été, comme en France, à l'origine du contrôle de proportionnalité, la soumission directe du pouvoir exécutif à la Loi fondamentale(13) et plus particulièrement son obligation de respecter les droits fondamentaux(14), obligation directement énoncée par la Constitution de 1949(15), a fait du droit administratif plus que jamais "la concrétisation du droit constitutionnel"(16). Dès lors, le contrôle de proportionnalité opéré par le juge administratif devient le

partie, les institutions sur lesquelles repose le système de l'Etat de droit" (Contribution à la théorie générale de l'Etat, Sirey, Paris 1920, réédition CNRS 1962, pp. 488-489).

(12) Cf. BVerfGE 20, 45[49]: "die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und des Übermaßverbotes (...) als übergreifende Leitregeln allen staatlichen Handelns zwingend aus dem Rechtsstaatsprinzip ergeben und deshalb Verfassungsrang haben".

(13) Découlant de son article 20 aux termes duquel "le pouvoir exécutif est lié par la loi et le droit" (et donc a fortiori à la Constitution).

(14) Que le contrôle de proportionnalité sert, ainsi que nous le verrons, à protéger: voir chapitre 1, section 2.

(15) Article 1, alinéa 3 GG: "Les droits fondamentaux (...) lient les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire à titre de droit directement applicable".

(16) F. WERNER, ancien président de la Cour administrative fédérale et juge à la Cour constitutionnelle fédérale, cité par FROMONT - RIEG, Introduction au droit allemand/tome 1, Paris 1978, p.160).

"relais" de celui créé par le juge constitutionnel. Pour paraphraser le doyen Vedel, il y bien là une "base constitutionnelle" explicite du droit administratif(17).

Ainsi lorsque le juge administratif appliquera le contrôle de Verhältnismäßigkeit, principe constitutionnel, il le fera avant tout parce qu'une disposition constitutionnelle est en cause: instrument constitutionnel, le contrôle de proportionnalité aura le rôle que le juge constitutionnel voudra lui assigner (chapitre 1), et sa portée sera elle aussi déterminée en fonction de la jurisprudence de la Cour de Karlsruhe (chapitre 2).

CHAPITRE PREMIER

LE CONTROLE DE PROPORTIONNALITE, INSTRUMENT D'EQUILIBRE ENTRE INTERETS PRIVES ET INTERET GENERAL DANS LE CADRE DU CONTROLE DE LA CONSTITUTIONNALITE

Etat de droit par excellence, le nouvel Etat allemand se devait d'en respecter tous les objectifs. Or depuis Carré de Malberg il est communément admis d'entendre par "Etat de droit" un Etat qui, dans ses rapports avec ses sujets, se soumet lui-même à un régime de droit, en enchaînant son action par des règles, dont les unes déterminent les droits réservés aux citoyens et les autres fixent par avance les voies et moyens qui pourront être employés en vue de réaliser les buts étatiques(1). Ainsi la finalité première, qui se trouve au cœur même de l'idée de l'Etat de droit, c'est la protection de la liberté des individus(2): "L'Etat de droit repose en fin de compte sur l'affirmation de la primauté de l'individu dans l'organisation sociale et politique, ce qu'entraîne à la fois l'instrumentalisation de l'Etat, dont le but est de servir les libertés, et la subjectivisation du droit, qui dote chacun d'un statut, lui attribue un pouvoir d'exigibilité et lui confère un capacité d'action"(3).

Les membres du Conseil parlementaire qui élaborèrent la Loi fondamentale de 1949 ont donc tenu, de la façon la plus claire, à se conformer à cet objectif, en faisant de la sauvegarde des libertés individuelles, sous forme de droits publics subjectifs reconnus par la Constitution, leur priorité.

Mais les "droits réservés aux citoyens", devenus directement opposables en vertu de la Constitution, ne sont pas toujours compatibles avec les "buts étatiques". Comme aucun système étatique ne saurait faire abstraction de la nécessité de l'efficacité de l'action de la puissance publique, le système allemand met donc inévitablement et de façon aigüe, en opposition les soucis a priori antinomiques de la protection des droits subjectifs et de l'efficacité étatique, à travers un découpage symbolique de l'espace social en deux sphères soigneusement cloisonnées: l'"Etat" d'une part et la "société civile" d'autre part, le "public" et le "privé", l'intérêt général et le droit subjectif (section 1).

Dans ce contexte, la proportionnalité apparaît comme l'instrument idéal de leur conciliation. Sous son égide, les limitations éventuelles apportées aux

(17) Cf. G. VEDEL, Les bases constitutionnelles du droit administratif, EDCE 1954, p.21.

(1) Notons que pour CARRE DE MALBERG la France n'appliquerait pas en fait le régime de l'Etat de droit mais "le système de l'Etat légal": alors que le l'Etat de droit est établi simplement et uniquement dans l'intérêt et pour la sauvegarde des citoyens, dont il place les droits au-dessus de toute atteinte, même du législateur, l'Etat légal se rattache à une conception politique ayant trait à l'organisation fondamentale des pouvoirs et tend purement à assurer la suprématie du corps législatif (Cf. CARRE DE MALBERG, Contribution à la théorie générale de l'Etat, ouvrage précité).

(2) Alors que l'"Etat légal" "ne se caractérise pas par le but et l'objet de l'action de l'Etat, mais par la manière de les réaliser" (J. STAHL, Die Philosophie des Rechts, 1856, tome 2, p.137).

(3) J. CHEVALLIER, L'Etat de droit, RDP 1988, p.366.

droits subjectifs, en vue de satisfaire aux buts légitimés par les priorités d'intérêt général seront minutieusement soupesées par le juge, qui portera un jugement sur leur aptitude à atteindre le but recherché, sur la nécessité de leur mise en œuvre, enfin sur leur importance relative par rapport à l'intérêt subjectif en cause, afin de se prononcer sur leur licéité. Sous tous ses aspects, la proportionnalité au sens large est donc appelée à jouer le rôle indispensable de soupape de sécurité, de "limite des limites" qui peuvent être apportées aux droits subjectifs reconnus par la Constitution (section 2).

Section 1

Des préoccupations concurrentes: La protection des droits subjectifs et l'efficacité étatique

La notion du droit subjectif est, au sein du droit public allemand, aussi importante qu'elle ne l'est au sein du droit privé, duquel elle découle(4). Elle implique, pour son titulaire, "un pouvoir juridique accordé en vertu du droit public, pour la poursuite de son intérêt personnel, d'exiger de l'Etat un comportement déterminé"(5). Ainsi si, en droit public allemand, les justiciables ne peuvent en principe évoquer une illégalité objective quelconque par le biais d'une *actio popularis*(6), en revanche ils "jouissent de véritables droits subjectifs vis-à-vis des personnes morales de droit public dans lesquelles s'incarne l'administration: lorsque le citoyen demande au juge de contrôler un acte administratif, celui-ci n'a pas à vérifier la conformité de l'acte au droit objectif, mais à se demander si le requérant a été lésé à tort dans l'un de ses droits. Les

(4) Contrairement à ce qui s'est produit en droit administratif français, en Allemagne la doctrine a précédé la jurisprudence. Quand Otto MAYER conçut son "Droit administratif allemand", à la fin du XIX^e siècle, il ne pouvait se fonder sur la jurisprudence encore rudimentaire des Tribunaux administratifs de son pays, créés à peine quelques années auparavant et n'ayant que des compétences limitées. Il ne s'agissait donc pas, comme en France, de systématiser la jurisprudence d'un "Conseil d'Etat", mais de créer un nouveau système doctrinal pratiquement *ex nihilo*. Ce faisant, Otto MAYER a été inspiré non seulement par le droit administratif français (qui a fait, en 1886, l'objet de son premier ouvrage - "Theorie des französischen Verwaltungsrechts"), mais aussi de la doctrine du droit civil. L'emprunt de la notion du droit subjectif était dès lors tout naturel, ainsi que le rôle confié au juge administratif, rôle visant plus la protection des droits subjectifs de l'administré que l'élaboration d'une légalité objective.

(5) H. MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 6^{ème} édition, München 1988.

(6) Cf. H.J. KOCH, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Frankfurt am Main 1984, p.218-219: "(...) nur derjenige die verwaltungsgerichtliche Kontrolle auslösen kann, der geltend machen kann, durch das angegriffene Verwaltungshandeln selbst betroffen zu sein (...) der Einzelne darf sich nicht zum Sachwalter der Allgemeinheit oder betroffener Dritter machen. In diesem Sinne kennt das geltende Verwaltungsprozeßrecht nur die Verletzten- bzw. Interessentenklage, nicht jedoch die Popularklage".

relations entre l'administration et les administrés sont ainsi construites de la même façon que les relations régies par le droit civil: les administrés ont des droits et des obligations présentant un caractère subjectif"(7).

Cette équivalence recherchée avec les relations juridiques du droit civil implique une égalité de situation juridique des différentes parties. Or pour qu'une telle égalité, appliquée aux relations puissance publique - personnes privées ne soit pas pure fiction, le système juridique doit s'appliquer avec un soin tout particulier à la protection de l'individu: le juge sera donc avant tout le protecteur des droits subjectifs des individus (§1), veillant bien évidemment à ce que son action n'entrave pas sérieusement l'efficacité étatique (§2).

§1. Le souci d'une protection efficace des droits subjectifs

La place accordée par le droit public allemand aux droits subjectifs n'est pas nouvelle. Déjà avant la deuxième guerre mondiale, Fritz Fleiner affirmait que "l'introduction de la juridiction administrative en Allemagne est née du désir de protéger les droits subjectifs (privés ou publics) des citoyens (propriété, liberté personnelle, droit de suffrage, etc.) contre les erreurs et les abus des autorités administratives"(8).

Depuis l'introduction de la Loi fondamentale de 1949, et à la lumière de l'expérience historique douloureuse qui l'a précédée, la traduction en pratique de cette conception se manifeste, déjà sur le plan organique, par la primauté accordée au droit, ou plutôt au juge, dans le cadre d'une séparation des pouvoirs au profit du judiciaire. Car l'on estimait que c'est seulement avec un juge puissant que la puissance publique renoncera à la position privilégiée qui est normalement la sienne (A). Elle se manifeste ensuite, sur le plan matériel, par une concrétisation de droits publics subjectifs des personnes privées au niveau constitutionnel, sous la forme de droits fondamentaux directement opposables. Ces droits, appliqués et interprétés par le juge constitutionnel, constituent aujourd'hui, non seulement un corps de règles dont les sanctions juridiques sont définies avec précision, mais aussi un système de valeurs objectif, qui tend à être la base de l'ensemble du droit allemand (B).

A. LA PRIMAUTE DU DROIT ET DU JUGE

Comme l'indique P. Häberle, "la liberté ne peut être une liberté du droit, mais seulement une liberté dans le droit et avec le droit"(9). Dans cette version moderne allemande de l'Etat de droit ce n'est plus la loi, donc le pouvoir législatif, qui est le garant de la liberté, mais le "droit", appliqué par un pouvoir judiciaire souverain. En effet, la séparation des pouvoirs en Allemagne s'effectue aujourd'hui au profit du pouvoir judiciaire: cela est dû tant à un terrain doctrinal

(7) M. FROMONT, Avant propos du traducteur in E. FORSTHOFF, *Traité de droit administratif allemand*, traduction M. FROMONT, Bruxelles 1969, p.XV.

(8) F. FLEINER, *Les principes généraux du droit administratif allemand*, traduction Charles EISENMANN, Paris 1933, p.161.

(9) P. HÄBERLE, *Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 abs.2 Grundgesetz*, 3^e édition, Heidelberg 1983, p.226.

propice à une telle évolution, surtout après l'intervention de la Loi fondamentale (a) qu'à l'interprétation "combattante" qu'a été faite des dispositions constitutionnelles (b).

a. Un terrain doctrinal et normatif favorable au pouvoir judiciaire

Selon la tradition normativiste allemande, l'organe exécutif compétent est d'abord, comme son nom l'indique, un organe d'exécution, de concrétisation d'une norme supérieure, et après seulement un organe créateur de normes; il ne saurait être considéré comme libre de toute régulation juridique.

La conception de W. Jellinek au sujet du pouvoir discrétionnaire est à cet égard particulièrement révélatrice. Le célèbre auteur définit en effet ce dernier comme "le pouvoir de définir pour un cas particulier le contenu de la notion indéterminée en respectant les limites extrêmes de cette notion, notamment le pouvoir d'apprécier le mérite intrinsèque d'une mesure prise en vertu de la règle de droit"(10). On le voit, le pouvoir discrétionnaire est ici regardé comme la part de liberté d'appréciation laissée à l'administration active dans le cadre de l'exécution de la norme juridique. Or cette conception laisse au juge, compétent pour vérifier l'application correcte de la norme, l'entière liberté de contrôler, s'il estime nécessaire, son exercice. C'est d'ailleurs le même auteur qui incite le juge à "transformer les notions indéterminées en notions précises, en les interprétant selon le but de la règle de droit en cause, selon l'usage et, à la rigueur, selon le principe in dubio pro reo"(11). Aujourd'hui, les notions juridiques indéterminées ne sont pas considérées comme laissant un pouvoir discrétionnaire à l'administration, de l'avis presque unanime de la doctrine(12) et de la jurisprudence(13).

Même si l'on considère la liberté d'appréciation laissée expressément par la norme à l'auteur d'un acte (Ermessen)(14), il n'y aurait pas là l'équivalent exact du pouvoir discrétionnaire "français". L'"ermessen" allemand est en effet toujours appréhendé par rapport à la norme qui est censée l'autoriser, et considéré comme étant en tout état de cause soumis à une "obligation de but" exercée sous le contrôle du juge ("pflichtgebunden"). Or on aurait tort de voir dans ce "contrôle du but" la simple réplique du contrôle du détournement de pouvoir français, car il y a là une différence conceptuelle: pour le publiciste allemand, le droit est à l'administration "non seulement une limite, mais aussi le principe même de son activité"(15). Par exemple, pour le professeur Koch l'existence d'un pouvoir d'appréciation tient à ce que l'administration ne soit pas tenue de tirer d'une

(10) W. JELLINEK, *Verwaltungsrecht*, 3e édition, p.30, cité par E. FORSTHOFF, *Traité de droit administratif allemand*, ouvrage précité, p.149.

(11) W. JELLINEK, *Verwaltungsrecht*, ouvrage précité, p.31.

(12) Cf. H.J. KOCH, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, ouvrage précité, p.132; N. ACHTERBERG, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Heidelberg 1988, p.85.

(13) cf. BVerwGE 40, 359[361]; BVerwGE 42, 20[22]; BVerwGE 45, 309[323s.]; BVerwGE 59, 1[2].

(14) On préfère le terme "pouvoir d'appréciation" plutôt que "pouvoir discrétionnaire", cf. M. FROMONT, avant propos du traducteur in FORSTHOFF, *Traité...*, ouvrage précité, p.XII].

(15) E. FORSTHOFF, *Traité...*, ouvrage précité, p.165.

situation de fait donnée une conséquence juridique déterminée(16) sans que cela signifie qu'elle soit libre de tirer la conséquence juridique de son choix: sa "liberté" demeure toujours tributaire de la norme qui l'autorise(17).

Quand la norme juridique en question "ne précise pas clairement le but que l'administration doit poursuivre en exerçant son pouvoir discrétionnaire et les limites de ce pouvoir, il faut examiner minutieusement la norme en question, en tenant compte notamment de son contexte, pour rechercher dans quel sens et dans quelle mesure le législateur a autorisé l'administration à faire usage de cette habilitation"(18).

Bref le "pouvoir discrétionnaire" n'est pas conçu comme une liberté qui préexisterait à la norme juridique, la norme juridique ne vient pas la limiter, mais comme la marge de liberté qui découle de la norme. Cette marge de liberté est susceptible d'être à tout moment interprétée et limitée en vertu de cette norme. Autrement dit, le "pouvoir discrétionnaire" est dans la pensée juridique allemande toujours, par définition, soumis au contrôle du juge sans qu'une antinomie quelconque existe entre ces deux idées(19).

Avec l'introduction de la Loi fondamentale en 1949, le contrôle juridictionnel étroit tant de l'administration que du législateur, c'est-à-dire du pouvoir politique en général, a trouvé une assise normative d'une toute nouvelle ampleur.

Tout d'abord, dans son article 20 al.2, la nouvelle constitution affirme: "Tout pouvoir d'Etat émane du peuple. Le peuple l'exerce au moyen d'élections et de votes et par des organes spéciaux investis des pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire". Cette disposition semble imposer une séparation stricte des pouvoirs,

(16) KOCH, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, ouvrage précité, p.132.

(17) Ibid, p.133. Aujourd'hui la loi sur la procédure administrative (VwVfG) précise dans son § 40 que "Si l'autorité est autorisée d'agir selon sa libre appréciation, elle doit user de son appréciation selon le but de l'autorisation, et respecter les limites de son pouvoir", tandis que depuis longtemps le § 114 du Code des juridictions administratives (VwGO) prévoit le contrôle juridictionnel des décisions prises en vertu d'un "pouvoir discrétionnaire" (Ermessensentscheidungen): en ses termes, le contrôle des décisions discrétionnaires par le juge est permis si "les limites du pouvoir discrétionnaire ont été franchies ou s'il a été fait de ce pouvoir un usage contraire au but en vue duquel il a été conféré".

(18) A. FISCHER, *Le contrôle juridictionnel de la légalité de l'action administrative en République fédérale d'Allemagne*, in RFAP n°30, 1984, p.9.

(19) Cf. M. BULLINGER, *Le pouvoir discrétionnaire de l'administration en République fédérale d'Allemagne*, traduction P. CHENUT, RFDA 1988, p.439s. (première partie), p.684s. (deuxième partie). L'auteur plaide pour la reconnaissance d'une plus grande marge d'appréciation de l'administration, mais ne remet pas en cause la nature du pouvoir discrétionnaire comme marge de liberté dans la concrétisation d'une norme, ni celui de l'existence d'un contrôle du pouvoir a priori discrétionnaire "Un tribunal peut seulement vérifier, par son contrôle a posteriori, si la décision discrétionnaire prise par l'administration en fonction de considérations tactiques constitue une concrétisation acceptable des directives de la loi. Cette question est indépendante du fait que le pouvoir discrétionnaire est conféré par la loi à l'administration de façon expresse (...) ou, au contraire, qu'il résulte de l'économie générale des dispositions de la loi (...)" (p.685).

puisqu'elle impose clairement la spécialisation (indépendance) des organes, et semble impliquer également celle des fonctions(20).

Ainsi que le soulignait en effet le professeur Forsthoff, "l'Etat de droit libéral repose sur la séparation stricte du législatif et de l'administration. Cette séparation ne signifie pas seulement que ces deux fonctions doivent être remises à des titulaires différents, elle est aussi une séparation matérielle, qui correspond à la distinction entre la loi et les actes de l'administration"(21). Et le professeur Fromont d'affirmer qu' "au sens de la Loi fondamentale, le principe de séparation des pouvoirs exige que les organes de l'Etat soient spécialisés dans l'exercice de l'une des trois fonctions, la fonction législative, la fonction exécutive et la fonction juridictionnelle (...)"(22).

Cela dit, la notion de "spécialisation des autorités" n'a pas ici exactement le même sens que celui qui lui a été donné en France(23). En ce qui concerne la séparation entre le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif, ce dernier est privilégié, ce qui est compréhensible dans un système où les autorités sont à la fois spécialisées et indépendantes(24), et on ne saurait s'en étonner eu égard l'héritage douloureux de la période national-socialiste. Mais la place accordée au pouvoir judiciaire n'est pas du tout la même que dans le cadre de la "spécialisation des autorités" française.

Lors de nos développements relatifs à la France, on a en effet eu l'occasion de démontrer que la condition simultanée de l'indépendance et de la spécialisation des autorités était incompatible avec un réel équilibre entre les pouvoirs(25), car la vraie spécialisation aboutirait juridiquement à une prépondérance du législatif(26). Mais cette affirmation, exacte pour l'époque à laquelle on se référerait, sous-tend une conception traditionnelle du législateur(27): détenteur de la fonction de légiférer, habilité à traduire, de façon souveraine, en termes de normes, les exigences de l'intérêt général. Elle n'intègre donc pas la valeur juridique reconnue, surtout après la seconde guerre mondiale, à la constitution et au contrôle de la constitutionnalité des lois qui est son corollaire. Ce facteur rapproche le rôle institutionnel du législateur de celui de l'administration; les deux peuvent désormais être juridiquement conçus comme

(20) Pour la séparation des pouvoirs en général et plus particulièrement en France, cf. partie I, chapitre 1, section 1, sous-section 1, §1.

(21) E. FORSTHOFF, *Traité...*, ouvrage précité, p.145.

(22) FROMONT - RIEG, *Introduction au droit allemand*, tome 2, Paris 1984, p.21.

(23) Le système constitutionnel allemand n'est d'ailleurs pas dépourvu de tout élément de "balance des pouvoirs". Ainsi, l'administration est considérée comme participant à la législation quand elle édicte de règlements habilités par la loi, et il arrive que le législateur édicte des lois très spéciales; la Cour constitutionnelle fédérale a même admis que le législateur prévoit l'approbation d'un règlement administratif par un organe parlementaire (BVerfGE 9, 268[282]).

(24) Voir première partie, titre 1, chapitre 1, section 1, sous-section 1, §1, A.

(25) Ibid.

(26) Bien que politiquement, c'est-à-dire par le biais du fait majoritaire, le résultat peut être aujourd'hui une prépondérance de facto du pouvoir exécutif.

(27) Et d'ailleurs du juge aussi, ce dernier étant censé appliquer une seule norme "à la fois", sans envisager l'éventualité que cette norme soit contredite par une autre norme du même rang... mais voir partie II, titres 2 et 3.

des exécutants: exécutant de normes constitutionnelles le premier, de normes législatives le second sous le contrôle, l'un comme l'autre, du juge.

L'Allemagne est l'Etat qui se rapproche le plus de ce modèle(28). La disposition constitutionnelle charnière est à cet égard l'alinéa 3 de l'article 20 GG: "le pouvoir législatif est soumis à l'ordre constitutionnel; les pouvoirs exécutif et judiciaire sont soumis à la loi et au droit". De cette disposition résulte à la fois la prépondérance du pouvoir législatif sur l'exécutif, basée sur le principe de la "réserve de la loi" (Gesetzesvorbehalt) et le contrôle du pouvoir législatif par le pouvoir judiciaire. En effet, si sous la République de Weimar la soumission de l'Etat au droit signifiait encore seulement l'obligation pour le juge d'appliquer la loi et pour l'administration celle de la respecter, si le législateur, censé créer lui-même le droit, était largement affranchi de l'obligation de le respecter, la Loi fondamentale de 1949 affirmera solennellement l'obligation du législateur d'agir en exécutant de normes supérieures sur lesquelles il n'a pas prise.

Dès lors, il y a au cœur de la conception allemande de l'Etat de droit le principe selon lequel toute manifestation d'autorité doit être fondée sur un titre juridique. De même que l'administration, dont le "pouvoir discrétionnaire" découle de la norme(29), le législateur est également considéré comme disposant d'une simple liberté d'appréciation (Ermessen) dans le cadre des dispositions constitutionnelles(30). Si les limites que trouve ce pouvoir aux dispositions constitutionnelles sont évidemment beaucoup plus souples que celles qui sont imposées à l'administration par la loi, elles ne sont pas moins réelles. C'est donc aux normes constitutionnelles, sous le contrôle du juge constitutionnel, que le pouvoir législatif doit puiser la légitimité de son action.

Le pouvoir judiciaire est certes lui aussi soumis "à la loi et au droit". Mais ce droit c'est le juge qui, en dernier lieu, l'applique, l'interprète et ce faisant peut même le modifier: c'est le cas notamment du juge constitutionnel, qui "dit" le droit suprême, en interprétant la Loi fondamentale. Quand cette condition "normative"(31) est couplée de la condition d'une suffisante légitimité politique,

(28) Bien que, comme on le verra, la France n'y soit plus aussi éloignée que précédemment.

(29) Ou du moins de sa généralité: cf. G. SCHMIDT-EICHSTAEDT, *Ermessen, Beurteilungsspielraum und eigenverantwortliches Handeln der Verwaltung*, (AÖR 1973, p.195): Pour l'auteur, "le pouvoir discrétionnaire repose sur la nécessité d'abstraction et de généralité de la loi", mais l'interprétation finale de la loi reste toujours le fait du juge; il en résulte que même les dispositions législatives qui comportent de formules comme "l'administration peut" ne garantissent que des "prérogatives d'évaluation", néanmoins contrôlées par le juge.

(30) Voir notamment M. FROMONT, *Introduction au droit allemand*, tome 1, Paris 1978, p.158s.

(31) Le normativisme peut ici servir doublement le juge: c'est lui qui se voit assigner la fonction de garantir le respect de l'ordonnement juridique, et en même temps cette fonction est perçue comme une opération "objective"; le danger pour le juge de se voir accuser de contrôler l'opportunité est largement écarté: "Si un contrôle juridictionnel ne dégénère pas en gouvernement des juges, c'est parce que le travail juridictionnel est censé être de nature purement déductive; le juge ne ferait qu'appliquer le droit, en tirant les conséquences de la hiérarchie des normes; au service exclusif de la norme, il n'exercerait lui-même de pouvoir" (J. CHEVALLIER, "L'Etat de droit...", article précité, p.373).

comme c'est le cas en Allemagne, le pouvoir judiciaire devient l'arbitre incontesté du jeu des institutions.

D'ailleurs, et c'est là une construction jurisprudentielle, le "pouvoir discrétionnaire" du législateur en Allemagne ne trouve pas seulement sa limite dans des dispositions précises de la Loi fondamentale, mais également dans le "système de valeurs" qui en découle⁽³²⁾. Car au delà de la lettre de la Constitution, l'interprétation qui lui est faite par la Cour constitutionnelle fédérale (qui bénéficie d'un large consensus national) aboutit à remettre encore davantage aux mains du pouvoir judiciaire le rôle du garant des institutions.

b. Démocratie combattante et place du pouvoir judiciaire

Noyau dur de l'unité nationale, les dispositions constitutionnelles ne sont pas envisagées en Allemagne de façon statique, mais en fonction des finalités qu'elles véhiculent. Il en va de même pour le principe de la séparation des pouvoirs: "On a en effet tendance à considérer tout le système des compétences étatiques non pas comme une simple expression de la répartition des tâches, mais comme une forme spéciale de la protection des individus, et ainsi comme une émanation du principe de l'Etat de droit"⁽³³⁾.

Cet aspect "militant" du système juridique allemand est d'abord affirmé dans nombre de dispositions constitutionnelles. Ainsi les partis qui sont considérés poursuivre des buts anticonstitutionnels peuvent être interdits par la Cour constitutionnelle fédérale (article 21 GG), de même que les associations ayant les mêmes buts doivent être interdites par la Cour administrative fédérale (article 9 GG). Plus encore, ceux qui abusent des libertés pour combattre la démocratie peuvent en être privés par décision de la Cour constitutionnelle fédérale (article 18 GG). On s'aperçoit aisément de l'ampleur des pouvoirs que de telles dispositions impliquent pour le juge, et du crédit dont il doit bénéficier pour pouvoir les mettre en œuvre.

Mais la tendance à confier au juge le bon fonctionnement des institutions dépasse ce qui est exigé par le droit écrit, par une interprétation fort extensive, mais acceptée, de ce que le droit écrit est censé impliquer. L'exemple de l'interprétation qui a été faite de l'article 19 al.4 GG, ainsi que les conséquences qu'en ont été tirées sont à cet égard révélatrices.

En effet, le texte de cette disposition parle uniquement de l'existence d'un recours juridictionnel pour "quiconque est lésé dans ses droits par la puissance publique". Il en a été déduit le besoin d'une protection juridictionnelle efficace. Or celle-ci suppose que l'action administrative soit la moins discrétionnaire possible; il en résulte une méfiance caractéristique envers le libre pouvoir d'appréciation de l'administration⁽³⁴⁾.

A son tour, cette tendance a entraîné une modification dans l'interprétation de la règle selon laquelle les libertés fondamentales constituent un domaine réservé à la loi (Gesetzesvorbehalt). Il est à noter que ce principe n'est

⁽³²⁾ "Valeurs" fondées notamment sur les droits fondamentaux: cf. BVerfGE 20, 162; BVerfGE 24, 367[369]. Voir plus loin sous B, b.

⁽³³⁾ A. BLECKMANN, L'Etat de droit dans la Constitution de la République fédérale d'Allemagne, Pouvoirs, tome 22, Paris 1982, p.8.

⁽³⁴⁾ Cf. E. FORSTHOFF, Traité..., ouvrage précité, p.141s.

déjà pas prévu par la Loi fondamentale, mais en est seulement déduit⁽³⁵⁾. Car s'il existait sous la République de Weimar, il indiquait simplement que la réglementation des atteintes portées à l'une des libertés fondamentales était réservée au législateur, sans que le contenu de cette réglementation fasse l'objet d'exigences particulières. Depuis l'entrée en vigueur de la Loi fondamentale, une autre interprétation a été adoptée: elle consiste à dire que le législateur est tenu de préciser lui-même de façon claire les conditions et l'étendue des limitations que l'administration est autorisée à apporter aux libertés fondamentales, sans qu'il puisse "renoncer" à son obligation en insérant une clause générale vague qui, en fait, laisserait à l'administration le soin de tracer discrétionnairement des limites précises, autrement dit un trop grand pouvoir d'appréciation⁽³⁶⁾.

Or, ainsi que le soulignait le professeur FORSTHOFF, ce changement d'interprétation, qui implique pour l'administration "une dépendance beaucoup plus grande que ce n'était le cas dans l'Etat de droit d'autrefois (...) n'était pas exigé par la Loi fondamentale. Rien ne se serait opposé à ce que l'on en reste à l'interprétation qui avait été adoptée pour la Constitution de Weimar (...) c'est précisément cela qui est digne d'être remarqué, car cela montre qu'une véritable transformation structurelle s'est produite"⁽³⁷⁾.

Ce qui transparaît derrière cette attitude activiste du juge, et plus spécialement du juge constitutionnel, est un certain rejet du positivisme. "Le positivisme apparaissait comme une théorie valable et tolérable tant qu'un Etat juste correspondait à un ordre social juste"⁽³⁸⁾. Après la seconde guerre mondiale, le nouvel Etat allemand a largement placé le sort de ses institutions aux mains du pouvoir judiciaire et a manifesté la plus grande méfiance envers la liberté d'action non contrôlée des pouvoirs législatif et surtout exécutif⁽³⁹⁾. Il s'agit là d'un réel transfert de compétence, qui est avant tout perceptible par la place accordée par la Constitution et par la jurisprudence du juge constitutionnel aux droits fondamentaux.

⁽³⁵⁾ Notamment de l'article 20 al.3 GG: BVerfGE 40, 237[248]; BVerfGE 49, 89[126].

⁽³⁶⁾ Voir BVerfGE 6, 32[42]; BVerfGE 9, 137.

⁽³⁷⁾ E. FORSTHOFF, Traité..., ouvrage précité, p.142. H.J. KOCH, Allgemeines Verwaltungsrecht, ouvrage précité, p.107, ne dit pas autre chose quant il souligne que "mit 'Vorbehalt des Gesetzes' wird ein verfassungsrechtliches Gebot bezeichnet, das in seinem in Rechtsprechung und Literatur akzeptierten Kerngehalt im Grundgesetz nicht als ausdrückliche Regelung zu finden ist".

⁽³⁸⁾ E. FORSTHOFF, Traité..., ouvrage précité, p.128.

⁽³⁹⁾ Pour E. FORSTHOFF, "Parmi les trois pouvoirs, l'administration est devenue le plus faible" (Traité..., ouvrage précité, p.143). L'auteur sentait les dangers d'une telle responsabilité aux mains du juge, tout en estimant cette situation partiellement inévitable: "Der Anspruch auf Staatlichkeit, den die Bundesrepublik erhebt und auch erheben muß, schließt die Legalität ein, und man muß erhoffen und erwarten, daß sich diese Legalität im gegebenen Falle bewährt, um so mehr, als keine andere Alternative erkennen läßt": Der introvertierte Rechtsstaat und sein Verortung, in Rechtsstaat im Wandel, Verfassungsrechtliche Abhandlungen 1950-1964, Stuttgart 1964, p.213.

B. LES DROITS FONDAMENTAUX, LIMITE DE L'ACTION ÉTATIQUE

Une des dispositions les plus importantes de la Loi fondamentale, véritable clé de voûte de la protection accordée aux droits subjectifs, est son article 1 alinéa 3, aux termes duquel "Les droits fondamentaux énoncés ci-après lient les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire à titre de droit directement applicable".

Sur la base de ce texte, la Cour constitutionnelle fédérale a bâti une construction jurisprudentielle limitant l'intervention de la puissance publique dans la sphère de liberté des citoyens par deux biais: d'un côté, en mettant en œuvre l'opposabilité directe des droits fondamentaux en tant que principaux droits subjectifs des individus devant l'intervention étatique (a); d'un autre côté, et de façon plus indirecte, en déduisant de ce pouvoir explicitement voulu par le constituant des droits fondamentaux dérivés du texte constitutionnel, mais surtout en construisant un "système de valeurs", tendant à garantir un véritable ordre constitutionnel objectif (b).

a. Les droits fondamentaux, garantis par la Constitution: des droits publics subjectifs directement opposables

Toute la première partie de la Constitution de 1949 est explicitement consacrée aux droits fondamentaux. C'est le cas des articles 1 à 19 GG, qui garantissent notamment la protection de la dignité de l'homme (article 1), la liberté de la personne (article 2), l'égalité devant la loi (article 3), la liberté de croyance et de conscience (article 4), la liberté d'expression, de l'art et de la science (article 5), la protection du mariage et de la famille, l'égalité de condition des enfants nés hors mariage et des enfants légitimes (article 6), la liberté de réunion (article 8), la liberté d'association (article 9), le secret de la correspondance, de la poste et des télécommunications (article 10), la liberté de circulation (article 11), le libre choix de la profession (article 12), le refus du service armé en temps de guerre fondé sur l'objection de conscience (article 12a en combinaison avec l'article 4), l'inviolabilité du domicile (article 13), la protection de la propriété (article 14), l'extradition et le droit d'asile (article 16), enfin le droit de pétition (article 17).

Il s'agit là des droits fondamentaux au sens formel, puisqu'ils sont tous contenus dans une partie de la Loi fondamentale qui leur est explicitement réservée(40). Ils sont néanmoins tous caractérisés par un dénominateur commun: la garantie qu'apporte chacun d'entre eux à une des différentes libertés individuelles constitutionnellement reconnues. Au critère formel est ainsi opposé un critère matériel et structurel, qui retient comme droits fondamentaux les "droits qui appartiennent au fondement de l'Etat et sont reconnus en tant que telles par la Constitution"(41), étant entendu par là qu'au fondement d'un Etat de droit libéral appartiennent seuls les droits subjectifs garantissant des "libertés individuelles"(42).

(40) Cf. R. ALEX, *Theorie der Grundrechte*, Baden-Baden 1985, p.56.

(41) C. SCHMITT, *Grundrechte und Grundpflichten* (écrit en 1932), in *Verfassungsrechtliche Aufsätze*, 2 édition, Berlin 1973, p.190.

(42) *Ibid.*, p.206.

L'objet de chaque disposition constitutionnelle considérée est en effet déterminant. Si les dispositions relatives aux droits fondamentaux se trouvent en majorité dans les articles 1 à 19 GG, toutes ces dispositions ne garantissent pas des droits distincts. Ainsi l'article 18 traite du cas de la déchéance des droits fondamentaux d'une personne qui en abuse, l'article 19 GG est relatif aux restrictions pouvant affecter les droits fondamentaux en général en vertu d'une loi, tandis qu'une disposition comme l'article 7 alinéa 1 concerne non pas un droit subjectif à l'enseignement mais un pouvoir et un devoir de l'Etat sur celui-ci. En revanche, d'autres articles de la Loi fondamentale garantissent des droits publics subjectifs qui méritent amplement d'être considérés des droits fondamentaux. Il en va ainsi notamment du droit de la résistance pour la sauvegarde de l'ordre constitutionnel (article 20 alinéa 4 GG), de la garantie du juge légal (article 101), du droit à être entendu devant les tribunaux selon une procédure légale, de la règle "nulla poena sine lege" et de l'interdiction de la pluralité des peines pour une même infraction (article 103), de l'interdiction de toute privation de liberté autrement qu'en vertu d'une loi formelle et par décision d'un juge (article 104), de l'égalité civique de tous les Allemands (article 33), de l'égalité et du caractère universel des suffrages dans les élections (articles 38 et 28).

On est ainsi amenés à distinguer, avec R. Alexy(43), entre dispositions relatives aux droits fondamentaux, et normes garantissant des droits fondamentaux spécifiques(44). Il n'en reste pas moins que les droits fondamentaux sont avant tout "détectés" par leur contenu, correspondant à un droit subjectif - liberté.

Le système juridictionnel déployé pour la mise en œuvre de la protection accordée aux droits fondamentaux est imposant. Ces derniers peuvent en effet faire l'objet d'une décision de justice de tout tribunal allemand.

Il est vrai que la protection des juridictions spécialisées(45), et notamment administratives, ne s'étend a priori pas au contentieux constitutionnel(46). Ainsi les "tribunaux spécialisés" doivent, s'ils estiment

(43) R. ALEX, *Theorie...*, ouvrage précité, p.54s.

(44) "Grundrechtsbestimmungen sind die in Art. 1 bis 19 GG formulierten Sätze und die in Art. 20 Abs. 4, 33, 38, 101, 103 und 104 GG enthaltenen individuelle Rechte gewährenden Sätze. Grundrechtsnormen sind die durch diese Sätze unmittelbar ausgedrückten Normen".

(45) Sont ainsi désignés par le juge constitutionnel allemand les tribunaux spécialisés dans une branche de juridiction, à savoir les tribunaux ordinaires (civils et pénaux), les tribunaux administratifs, les tribunaux en matière fiscale, les tribunaux du travail et les tribunaux sociaux, avec une Cour de justice suprême en dernière instance pour chaque branche: Cour fédérale de justice (Bundesgerichtshof), Cour administrative fédérale (Bundesverwaltungsgericht), Cour fédérale des comptes (Bundesfinanzhof), Cour fédérale du travail (Bundesarbeitsgericht) et Cour fédérale d'arbitrage social (Bundessozialgericht).

(46) Par exemple, de façon assez similaire à la France, les règles relatives aux élections parlementaires de la Bundestag appartiennent au droit constitutionnel; ce sont les tribunaux constitutionnels, et non les tribunaux administratifs, qui sont compétents en cas de litige (BVerwGE 1, 15; aussi BVerwGE 1, 208), tandis que les élections municipales sont au contraire considérées comme des événements intérieurs

qu'une loi dont la validité affecte la décision litigieuse est inconstitutionnelle, "suspendre la procédure et soumettre la question à la Cour constitutionnelle fédérale" (article 100 alinéa 1 GG). En effet, les juridictions administratives n'ont pas de compétence subsidiaire en matière de droit constitutionnel, bien que celle de la Cour constitutionnelle fédérale soit énoncée dans la Loi fondamentale de façon énumérative.

Toutefois, les droits fondamentaux constituant du droit directement applicable (article 1 alinéa 3 GG), les particuliers peuvent toujours les invoquer devant le juge "ordinaire". Se développe ainsi une certaine jurisprudence, en tout cas un contrôle des tribunaux spécialisés sur les droits fondamentaux, d'autant plus que les particuliers ne disposent du droit de saisine de la Cour de Karlsruhe que s'ils ont au préalable épuisé toutes les autres voies de recours devant les juridictions de droit commun⁽⁴⁷⁾.

Il reste que la protection des droits fondamentaux des particuliers⁽⁴⁸⁾ est avant tout confiée au juge constitutionnel. Il s'agit d'ailleurs là de l'une des ses tâches les plus importantes. Les compétences de la Cour constitutionnelle fédérale⁽⁴⁹⁾ ne concernent certes pas que les droits fondamentaux⁽⁵⁰⁾, mais c'est surtout par le biais du recours constitutionnel (Verfassungsbeschwerde) ouvert à toute personne qui prétend être lésée par un acte de l'Etat dans l'un de ses droits

à l'administration: les tribunaux administratifs sont ainsi compétents pour connaître de la violation du droit électoral communal.

(47) Un des droits fondamentaux dérivés de la Constitution, aujourd'hui reconnu par la Cour constitutionnelle fédérale, a été affirmé pour la première fois par la Cour fédérale de justice, juridiction suprême pour les affaires de droit privé (BGHZ 13, 334). Voir la traduction française de cet arrêt in FROMONT - RIEG, Introduction..., ouvrage précité, tome 1, p.223.

(48) Parmi les titulaires de droits fondamentaux figurent aussi les personnes morales, "lorsque par leur objet ils sont susceptibles [les droits fondamentaux] de leur être appliqués" (article 19 alinéa 3 GG). Ainsi, parmi les personnes morales de droit public seules les collectivités locales, les églises reconnues et les universités peuvent invoquer la violation de tels droits -notamment le droit à l'auto administration (articles 28 et 140 GG) les deux premières et la liberté de la science (article 5 GG) les dernières.

(49) Composée par seize juges repartis en deux chambres distinctes, la Cour de Karlsruhe bénéficie de solides garanties d'indépendance: ses membres notamment sont élus pour un seul mandat, pour chaque moitié par le Bundestag (assemblée parlementaire élue au suffrage universel) et le Bundesrat (assemblée composée de représentants des gouvernements des Länder) à la majorité qualifiée de deux tiers; la Cour jouit de l'autonomie administrative et financière comme une assemblée parlementaire; son personnel n'est pas rattaché à un ministère et son budget est distinct de ceux du Gouvernement et du Parlement. Notons tout de même que la Cour constitutionnelle fédérale est en principe compétente pour la violation du seul droit constitutionnel fédéral, la violation du droit constitutionnel d'un Land étant du ressort de la juridiction constitutionnelle de ce dernier, quant une telle juridiction existe.

(50) Bien que seulement définies par voie d'énumération (dans les articles 18, 21, 41, 61, 93, 99, 100 et 126 GG) la compétence de la Cour constitutionnelle fédérale est très étendue. Ses diverses attributions sont présentées par FROMONT - RIEG, Introduction..., ouvrage précité, tome 1, p.98s., en trois groupes: litiges relatifs au fonctionnement des pouvoirs publics, contrôle de la constitutionnalité et de la qualité des normes, recours des particuliers tendant à la défense de leurs droits fondamentaux.

fondamentaux que la Cour de Karlsruhe remplit l'essentiel de sa fonction de garant de l'Etat de droit libéral.

Le recours constitutionnel peut être dirigé contre une loi, un acte administratif ou un jugement, pourvu que le requérant soit directement lésé⁽⁵¹⁾; mais cette condition exclut de fait la plupart des recours dirigés contre les lois, puisque celles-ci ne lésent généralement les individus qu'à l'occasion de leur application, par une décision administrative. Par ailleurs, cette circonstance, combinée avec la nécessité de l'épuisement des autres voies de recours avant de tenter un recours constitutionnel, font que la majorité des recours constitutionnels sont dirigés contre des jugements d'un tribunal "spécialisé" suprême.

Comme le souligne le professeur Fromont, ceci est très important, car il "aboutit à concentrer entre les mains de la Cour tous les problèmes d'interprétation de la Constitution qui sont susceptibles de se poser dans un procès ordinaire. La Cour devient ainsi une sorte de juridiction suprême chargée d'imposer une interprétation uniforme des règles constitutionnelles à l'ensemble des tribunaux supérieurs allemands, ce qui lui permet d'exercer une influence décisive sur l'ensemble du droit allemand (...)"⁽⁵²⁾. Tout au moins peut-on dire sans risque d'être démenti que l'orientation donnée par la jurisprudence aux droits fondamentaux, autrement dit le rôle que ceux-ci sont appelés à jouer est dans une très large mesure le fait de la Cour de Karlsruhe.

Ce rôle est avant tout celui de la défense des individus contre la puissance publique: la fonction première du droit fondamental est de garantir à ses titulaires une "sphère de libre activité"⁽⁵³⁾ vis-à-vis à l'Etat. Ainsi dans une décision du 1er mars 1979⁽⁵⁴⁾ à propos de la loi du 4 mai 1976 relative à la cession des entreprises entre actionnaires et employés, la Cour a précisé que le droit de propriété, la liberté de fonder des sociétés, le libre exercice de la profession et même la liberté de négocier collectivement les conditions de travail, évoqués par les actionnaires, sont essentiellement des droits reconnus à des personnes physiques et morales dans le but de permettre leur épanouissement et non des principes de droit imposant une certaine organisation des rapports sociaux⁽⁵⁵⁾. Et c'est d'ailleurs cette fonction première d'Abwehrrecht qui sert,

(51) A l'échelle du Land, les compétences des juridictions constitutionnelles sont à cet égard analogues à celles de la Cour de Karlsruhe à l'échelle de la constitution fédérale. Notons toutefois que la Bavière a institué une action populaire (Popularklage), permettant à tout individu de demander l'annulation d'une loi ou d'un règlement administratif pour violation d'un droit fondamental quelconque sans qu'il établisse être personnellement lésé dans l'un de ses droits fondamentaux.

(52) FROMONT - RIEG, Introduction..., ouvrage précité, tome 1, p.104.

(53) FROMONT - RIEG, Introduction..., ouvrage précité, tome 2, p.27.

(54) BVerfGE 50, 290.

(55) Voir à cet égard le commentaire de M. FROMONT dans la RDP de 1981, p.364. Il résulte déjà de la célèbre "affaire des pharmacies", rendue par la Cour constitutionnelle fédérale le 11 juin 1958, que la liberté du choix et de l'exercice de la profession est avant tout un droit subjectif: "In A.12 Abs.1 GG wird nicht die Gewerbefreiheit als objektives Prinzip des Gesellschafts- und Wirtschaftsordnung proklamiert, sondern dem Einzelnen das Grundrecht gewährleistet, jede erlaubte Tätigkeit als Beruf zu ergreifen, auch wenn sie nicht einem traditionell oder rechtlich fixierten "Berufsbild entspricht" (BVerfGE 7, 377[377]).

comme cela a été déjà souligné, de critère essentiel pour la définition même de la notion du droit fondamental. Bref, il ne saurait exister de doute sur le fait que la fonction première des droits fondamentaux allemands est de conforter le "status negativus" (56) du citoyen, la protection contre l'intervention de la puissance publique dans sa "sphère de liberté".

Cela dit, la Cour constitutionnelle fédérale exerce à propos des droits fondamentaux une politique jurisprudentielle quasi prétorienne. Dans ce cadre, elle a d'une part enrichi le "catalogue" des droits fondamentaux en ajoutant à ceux explicitement reconnus par la Loi fondamentale ceux qui en sont dérivés; plus encore, la Cour de Karlsruhe a d'autre part estimé que de la totalité des droits fondamentaux se dégage un "système de valeurs", comportant d'implications importantes, non seulement pour la protection des personnes titulaires de droits subjectifs, mais aussi pour l'orientation objective du système constitutionnel et juridique allemand.

b. Extension du nombre et de la signification des droits fondamentaux: un système de valeurs objectives

Dès ses premières décisions, la Cour constitutionnelle fédérale a entendu donner aux dispositions de la Loi fondamentale concernant les droits fondamentaux ce qu'elle estimait être toute leur portée. Ainsi elle a d'abord enrichi les droits fondamentaux figurant explicitement dans le texte constitutionnel par un certain nombre de droits fondamentaux dérivés du texte même de la Constitution.

Une des dispositions constitutionnelles se prêtant à une telle évolution par son caractère notionnellement "ouvert" (57) était l'article 5, alinéa 3 GG, aux termes duquel "L'art et la science, la recherche et l'enseignement sont libres (...)". Il est indéniable que cette phrase de la Loi fondamentale n'est pas strictement descriptive, mais normative. Or elle ne fonde pas de manière immédiate un droit subjectif quelconque. Par conséquent, les droits subjectifs que sont aujourd'hui reconnus sur la base de cette disposition ont été dérivés par le travail d'interprétation de la Cour de Karlsruhe.

Le mécanisme employé par la Cour est décrit clairement par R. Alexy (58). Le juge constitutionnel affirme que par le terme "science" est

(56) Selon l'étude classique de G. JELLINEK, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, 2ème édition, Tübingen 1905, p.86s., il existe quatre rapports théoriquement possibles entre l'individu et la puissance publique, quatre "Statuts": Statut passif, statut négatif, statut positif, statut actif. Dans le premier cas de figure, l'individu doit exécuter des ordres; dans le second, il bénéficie d'un droit de non ingérence de la puissance publique dans une certaine sphère de liberté qui lui est formellement reconnue; dans le troisième l'individu peut exiger une action positive de l'Etat relativement à certaines matières; enfin dans le quatrième, le citoyen participe lui-même à la compétence étatique, par exemple en faisant élire ses dirigeants. Les droits fondamentaux correspondraient par leur fonction essentiellement au statut négatif, autrement appelé "status libertatis". Il convient ici de souligner qu'il s'agit d'une construction purement théorique/formelle, qui ne comporte pas de jugement de valeur entre différents "statuts" correspondant à des degrés de "liberté" (cf. R. ALEXY, *Theorie...*, ouvrage précité, p.243s.).

(57) Cf. R. ALEXY, *Theorie...*, ouvrage précité, p.58.

(58) Ibid., p.58s.

couverte "toute activité qui, par son contenu et sa forme, peut être regardée comme une recherche sérieuse et méthodique pour la découverte de la vérité" (59). Une telle activité doit donc, dans le cadre de la liberté de la science, être soutenue par l'Etat "par de moyens d'organisation, personnelles et financiers" (60). Surtout, pour que pour ce soutien soit vraiment efficace, "chaque personne participant à la science, la recherche où l'enseignement doit (...) bénéficier d'un droit de défense de toute intervention étatique sur le processus de la découverte et la transmission de la connaissance scientifique" (61). Par ce cheminement, la Cour de Karlsruhe déduit d'une disposition constitutionnelle qui aurait pu demeurer une simple affirmation de principe un véritable droit subjectif.

Certes, comme le rappelle l'auteur, un tel raisonnement est nécessaire, si la disposition textuelle de la Constitution en question doit avoir un résultat pratique (62). Or il reste qu'en effectuant ce travail d'interprétation la Cour dispose d'une marge d'autonomie certaine vis-à-vis du texte qu'elle met en œuvre: son rôle est tout sauf mécanique.

D'autres exemples permettent de tirer la même conclusion. Il est ainsi constant, que les personnes privées peuvent en principe être seulement "créancières", et non "débitrices" de droits fondamentaux (63). Or dans un arrêt du 25 mars 1954 la Cour fédérale de justice (64) a admis l'opposabilité du droit "au respect de la personnalité" (*allgemeines Persönlichkeitsrecht*) à une personne privée. Et ce droit, dérivé des articles 1 (protection de la dignité de l'être humain) et 2 (libre développement de la personnalité) de la Constitution, et qui mérite bien le titre de nouveau droit fondamental (65), a été confirmé par la Cour constitutionnelle fédérale (66).

Ne se limitant pas à étendre le catalogue des droits subjectifs protégés par la Loi fondamentale, le juge constitutionnel a ensuite démontré le caractère créateur de sa jurisprudence sur les droits fondamentaux en les utilisant pour dégager un "système de valeurs". Il a procédé ainsi dès un arrêt du 15 janvier 1958, "Lüth", où il affirme que la Loi fondamentale ne fondait pas "un ordre axiologiquement neutre" mais bien "un ordre objectif de valeurs" (67). Depuis, la Cour constitutionnelle fédérale affirme régulièrement (68) l'existence d'un

(59) BVerfGE 35, 79[113]. Voir, au sujet de cette décision capitale les commentaires de M. FROMONT, *La co-gestion des universités et la liberté de la science*, RDP 1975, p.153s et Y. GAUDEMET, *L'indépendance des professeurs d'Université, principe commun des droits constitutionnels européens*, D. 1984, p.125, RFDA 1984, p.100. Pour la décision rendue par la Cour constitutionnelle sur cette même question de l'indépendance des Universités et des professeurs voir infra partie II, titre 3, chapitre 1, §2, A, a.

(60) Ibid., p.114.

(61) Ibid., p.112.

(62) R. ALEXY, *Theorie...*, ouvrage précité, p.59.

(63) Cf. FROMONT - RIEG, *Introduction...*, ouvrage précité, tome 2, p.25s.

(64) BGHZ 13, 334, arrêt précité.

(65) FROMONT - RIEG, *Introduction...*, ouvrage précité, tome 2, p.26.

(66) BVerfGE 34, 269. Voir le commentaire de M. FROMONT, RDP 1975, p.139.

(67) BVerfGE 7, 198[205].

(68) In BVerfGE 50, 290[337] (arrêt précité) la Cour confirme explicitement la dualité des droits fondamentaux, qui sont d'un côté des "droits individuels" et de l'autre

"système de valeurs" constitué par les droits fondamentaux et qui constitue lui-même la base de toute la Loi fondamentale(69).

Ce système fortifie en premier lieu l'unité de la Constitution, formée autour de certaines valeurs essentielles(70), parce que soulignant son idéologie avant tout libérale(71).

Mais la logique jurisprudentielle de la Cour remplit de manière non moins essentielle une "fonction d'interprétation", ainsi que le met en évidence de manière éloquente O. Jouanjan: "Un droit fondamental peut être intégré au raisonnement du juge de deux façons: à titre de norme, parce que le cas concret est directement protégé par ce droit ou à titre de valeur. Dans ce dernier cas, le droit fondamental ne s'applique pas en tant que tel, mais offre une orientation, une direction plus précise à l'application d'une autre norme constitutionnelle qui, elle, s'applique directement au cas concret. En tant que valeur objective, reconnue comme telle par le constituant, un droit fondamental pourra venir concrétiser le contenu d'une autre norme dans le cadre de son application à un cas concret qui, sans porter atteinte directement au droit fondamental, met en cause la valeur générale que celui-ci porte en lui"(72).

La marge de liberté que l'adoption d'un tel raisonnement accorde au juge de la constitutionnalité(73) est évidente: l'"effet de rayonnement" (Ausstrahlungswirkung) des droits fondamentaux lui permettra de censurer une décision quelconque, sans même qu'un droit fondamental soit directement applicable, par exemple dans le cadre des relations entre personnes privées(74).

des "principes objectifs", bien que dans cette affaire de "cogestion" des entreprises le côté subjectif l'emporte.

(69) Voir à cet égard BVerfGE 30, 173[193] - affaire "Mephisto".

(70) Il s'agit notamment de la dignité humaine (cf. BVerfGE 32, 98[108]) et du libre développement de la personnalité (cf. BVerfGE 7, 377[407]). Pour la Cour, la dignité humaine "se trouve à la base de tous les droits fondamentaux" (BVerfGE 30, 173[194]).

(71) Et on ne saurait souligner combien cette volonté d'unité idéologique a été essentielle pour l'Etat Ouest-allemand dans ses débuts (voir nos développements antérieurs).

(72) O. JOUANJAN, Le principe d'égalité devant la loi en droit allemand, *Economica* 1992, p.173.

(73) Et pas uniquement à lui: la Cour administrative fédérale a ainsi jugé que les décisions d'expulsion d'un étranger devaient être prises en tenant compte de ce que l'expulsé est marié à une personne de nationalité allemande, en vertu de l'article 6 GG, relatif à la protection du mariage et de la famille, bien que ce droit fondamental n'était en l'occurrence pas directement mis en cause (BVerwGE 42, 133; voir aussi BVerwGE 56, 58).

(74) Dans l'affaire Lüth précitée, il s'agissait de savoir si le fait pour le chef du service de presse de la ville de Hambourg de dénoncer les activités nazies d'un cinéaste constituait un acte contraire aux bonnes mœurs au sens de l'article 826 du Code civil; la Cour de Karlsruhe déclara que la proclamation de la liberté d'expression par la Loi fondamentale obligeait le juge civil à ne plus voir dans l'expression d'une opinion nuisible à un tiers un acte contraire aux bonnes mœurs dans toutes les hypothèses (cf. FROMONT - RIEG, Introduction..., tome 2, p.34-35).

On se gardera d'entrer, dans le cadre de cette étude(75), dans le détail de la querelle doctrinale qu'a suscitée la "légitimité" de la jurisprudence des valeurs(76), à l'égard de laquelle la critique "progressiste"(77) nous semble toutefois mieux fondée que la critique "traditionaliste"(78). Ce qui importe en revanche de retenir ici, c'est le "renfort" évident que cette jurisprudence apporte à la fonction potentiellement limitative de la marge de liberté de la puissance publique exercée par les droits fondamentaux. Que se soit à l'aide des droits fondamentaux - droits subjectifs ou à l'aide des droits fondamentaux - valeurs objectives, le juge constitutionnel bénéficie d'une grande latitude pour limiter l'activité étatique.

Conclusion du paragraphe: "Bénéficiaire tout trouvé de la disparition des idéologies politiques"(79), le pouvoir judiciaire se voit installé à une place dominante ayant comme devoir premier la protection des libertés individuelles. La consécration constitutionnelle des droits publics subjectifs sous forme de droits fondamentaux est son instrument essentiel dans l'accomplissement de cette tâche. Dans leur forme "traditionnelle" ou plus "jurisprudentielle", les droits fondamentaux servent ainsi de "base" normative essentielle à l'action du juge limitative des prérogatives de la puissance publique(80). Remplissant son obligation de protection des libertés individuelles, le juge doit également veiller à

(75) Notre objectif à ce propos étant avant tout de rendre compte de la réalité jurisprudentielle, dans la mesure où elle est la condition de l'existence et de la nature du contrôle de proportionnalité: voir plus loin, partie II, titre 2, chapitre 2.

(76) Pour un bref aperçu voir O. JOUANJAN, Le principe..., ouvrage précité, p.174s.; FROMONT - RIEG, Introduction..., tome 2, p.35.

(77) Surtout représentée par H. GIERLICH (Vertordnung und Grundgesetz. Kritik einer Argumentationsfigur des Bundesverfassungsgericht, Baden-Baden 1973) et E.W. BÖCKENFÖRDE (Zur Kritik der Wertbegründung des Rechts, in Recht, Staat, Freiheit, Studien zur Rechtsphilosophie, Staatstheorie und Verfassungsgeschichte, Frankfurt 1991, p.67s.), cette critique met en évidence le risque de légitimation de l'immobilisme politique et social. Prenant l'exemple de la décision rendue le 25 février 1975 par la Cour (BVerfGE 39, 1 [41s]), et qui condamna la dé-pénalisation de l'avortement, ces auteurs signalent, à l'instar de l'opinion dissidente présentée par deux juges de la Cour, que la position de la majorité fait état d'un débordement du rôle naturel des droits fondamentaux: car ici ce n'est pas l'intervention, mais la non-intervention du législateur dans la sphère de liberté des citoyens qui est censurée. Ce point de vue ne manque pas de poids, encore qu'il ne faille pas oublier que la protection de la vie est un droit fondamental essentiel, et que dans la mesure où le fœtus est considéré "porteur" de ce droit, ce n'est pas la non-intervention, mais l'intervention du législateur qui est censurée... A propos de la comparaison des jurisprudences allemande, française et américaine sur l'avortement, voir la réflexion fort intéressante d'A. GROSSER, Cours constitutionnelles et valeurs de références. A propos de décisions sur l'avortement, Pouvoirs n°13, Paris 1980, p.125s.

(78) Cf. par exemple FORSTHOFF, Die Umbildung des Verfassungsgesetz, in Rechtsstaat im Wandel, Stuttgart 1964, p.147s. La critique du professeur FORSTHOFF se dirige surtout contre le principe même de l'argumentation axiologique de la Cour; or ce faisant elle reconnaît sa contradiction infranchissable avec la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale.

(79) E. FORSTHOFF, Traité..., ouvrage précité, p.140.

(80) On aura l'occasion de revoir cette fonction essentielle des droits fondamentaux dans la naissance du principe de proportionnalité qui en découle... (voir section 2, §2, B).

ne pas entraver outre mesure la bonne marche de l'appareil étatique, sans quoi son œuvre serait sans objet. Cette deuxième priorité de tout Etat de droit moderne est d'ailleurs également fort présente au sein de la Loi fondamentale.

§2. Le souci de l'efficacité étatique

Consacrées aux plus haut niveau de l'ensemble normatif, les libertés individuelles ne sauraient bien évidemment s'exercer de manière illimitée. Or dans un système normativiste comme celui de la Allemagne, la non-intervention étatique, ainsi que l'action de la puissance publique pouvant porter atteinte aux libertés est censée découler de la norme. Il est donc naturel, dans la mesure où l'action administrative est considérée comme l'exécution de la loi et la loi elle-même comme l'exécution de la Loi fondamentale, que ce soit en premier lieu le texte constitutionnel lui-même qui prévoit les possibilités de limitation des droits fondamentaux.

Par exemple, l'alinéa 1 de l'article 5 GG dispose que "Chacun a le droit d'exprimer et de diffuser librement son opinion par la parole, par écrit et par l'image, et de s'informer librement aux sources généralement accessibles. La liberté de la presse et la liberté de l'information par la radio et par le film sont garanties. Il n'y a pas de censure", alors que l'alinéa 2 de cet article vient tempérer les principes ainsi annoncés en prévoyant que "Ces droits trouvent leurs limites dans les prescriptions des lois générales, dans les dispositions légales sur la protection de la jeunesse et dans le droit au respect de l'honneur personnel". Par ailleurs, plus généralement, il résulte du principe de la réserve de la loi⁽⁸¹⁾ qu'une atteinte à un droit fondamental doit toujours résulter d'une loi, mise en application à son tour à travers l'action administrative.

La conformité de l'action étatique à chaque niveau de concrétisation de la règle supérieure pourra certes être contrôlée par le juge, et en premier lieu le juge constitutionnel, mais pour que cette opération puisse être efficacement effectué, le juge ne pourra se limiter au seul examen des textes constitutionnels, puisque ceux-ci consacrent à la fois le principe de la "liberté" et celui de sa limitation. C'est le but de la loi qui sera ici déterminant. Mais une loi, et plus encore une loi qui limite des droits fondamentaux expressément consacrés en tant que droits subjectifs appartenant à des personnes privées, ne peut logiquement intervenir que pour des motifs d'intérêt général. De ce point de vue, c'est l'importance même accordée aux libertés individuelles par le système normatif qui détermine l'importance accordée à la fonction remplie par l'intérêt général. Elle détermine aussi largement la compréhension qui sera faite de ce dernier, la forme que celui-ci revêtira. C'est donc cette conception de l'intérêt général, motif essentiel de la limitation des libertés individuelles, qu'il convient d'examiner (A), avant de se pencher sur les différentes manières normatives par lesquelles la limitation pourra se concrétiser (B).

(81) Voir §1, A, b.

A. LA CONCEPTION ALLEMANDE DE L'INTERET GENERAL, MOTIF DE LIMITATION DES LIBERTES INDIVIDUELLES

Analysant la notion d'intérêt public⁽⁸²⁾, Le professeur Fromont la considère comme pouvant être abstraite ou concrète, monolithique ou multiforme, enfin absolue ou relative: "C'est une notion abstraite dans la mesure où l'intérêt général est reconnu de façon abstraite à tous les objectifs d'un certain type: il n'est pas nécessaire de prendre en considération les circonstances particulières de l'intervention de l'administration. C'est une notion monolithique dans la mesure où il y a un seul intérêt général: il ne saurait y avoir conflit entre plusieurs intérêts publics, du moins sur le plan du droit. Enfin c'est une notion absolue dans la mesure où l'intérêt général ne saurait céder le pas à des intérêts privés sauf lorsque ceux-ci font l'objet d'une protection juridique particulière et constituent donc des libertés publiques"⁽⁸³⁾. L'application de ce schéma se révèle fort instructive en ce qui concerne la conception allemande de l'intérêt général en tant que motif de limitation des libertés individuelles: il s'agirait d'une notion concrète (a), monolithique (b) et absolue (c).

a. Une notion concrète

Ce point est incontestable: le travail normatif consiste en la concrétisation de la norme du rang supérieur, chaque norme devant impérativement se conformer aux exigences de but que la norme supérieure lui a spécifiquement adressées. L'examen de la jurisprudence montre que la Cour constitutionnelle fédérale prend toujours en considération les circonstances particulières de l'intervention du législateur, dans la concrétisation des impératifs constitutionnels, comme celles de l'administration qui, en exécutant la loi doit à la fois respecter sa lettre et transcrire son esprit de manière conforme à la constitution.

Tel a été par exemple le cas dans une décision du 20 juin 1984⁽⁸⁴⁾, relative au secret de la correspondance, dans laquelle la requérante, une allemande de l'Ouest, contestait la constitutionnalité des mesures de "surveillance

(82) L'emploi alternatif du terme "intérêt public" avec celui d'"intérêt général" ne doit pas nous étonner. En effet, comme l'indique M. TRUCHET dans sa thèse, Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'Etat, LGDJ 1977, p.278, si "le bon sens suggère que l'intérêt général est supérieur et indivisible, l'intérêt public partiel et contingent: on pourrait comparer des intérêts publics entre eux, mais non des intérêts généraux (...)", en réalité les termes sont interchangeables: "les arrêts qui parlent d'intérêts généraux (Conseil d'Etat 19 juin 1964, Société Shell Berre, R.p.344) ou qui confrontent un intérêt général à un autre (Conseil d'Etat 18 juillet 1973, Ville de Limoges, R.p.530) ne sont pas rares". En Allemagne, où il y a bien moins question qu'en France d'examen juridictionnel d'intérêts publics divergents, la confusion des deux termes, pour regrettable qu'elle puisse être d'un point de vue théorique, est encore plus naturelle.

(83) M. FROMONT, Le principe de proportionnalité en droit français, Rapport français pour le X^{me} Congrès de droit comparé, Budapest 1978, p.5. Soulignons que le terme "libertés publiques" est ici synonyme du terme "libertés individuelles" (au pluriel!) au sens où on l'emploie: cf. L. FAVOREU - L. PHILIP, Les grandes décisions du Conseil constitutionnel, 6^e éd., Paris 1991 [G.D.C.C.], p.358.

(84) BVerfGE 67, 157.

stratégique" ordonnées par le ministère fédéral de la poste, qui consistait en des lectures de lettres ou à des écoutes de conversations téléphoniques vers les pays de l'Est, effectuées par sondage. Selon la Cour constitutionnelle fédérale, le but abstrait de la loi, décrit par l'article 10 alinéa 2 GG, ne pouvait concerner que "la défense de l'ordre constitutionnel démocratique et libéral". Le but concret des mesures n'étant pas, comme le prétendait la requérante, la surveillance générale de la communication des particuliers avec les pays de l'Est, but qui serait inconstitutionnel, mais "la collecte des informations disparates et impersonnelles pour parer à un danger extérieur"(85), la requête a été rejetée. En revanche, dans un arrêt du 21 mars 1985, rendu à propos d'une mesure d'expulsion(86), la Cour, après avoir constaté que le but abstrait d'une mesure d'expulsion d'un étrangers pour cause de condamnation pénale n'aurait pu être que "la dissuasion d'autres étrangers" d'un comportement similaire, rappelle que ce but de "prévention générale" étant difficile à remplir, les obligations de l'administration de faire la preuve, dans le cas concret, de l'utilité de la mesure, se trouvent accrues(87). L'administration n'ayant pas rempli ces obligations, la mesure d'expulsion a été annulée.

Dans les deux affaires citées, on voit la Cour constitutionnelle fédérale ne pas se limiter à l'examen des buts abstraits de la norme examinée, mais essayer d'en envisager les conséquences concrètes. Mais face aux intérêts concrets des citoyens c'est un intérêt général qui s'oppose.

b. Une notion monolithique

Il résulte du caractère "monolithique" de l'intérêt général Outre Rhin que, s'il peut y avoir plusieurs motifs pour déceler son existence, il n'y aura qu'un seul intérêt général qui sera finalement opposé aux intérêts privés lésés. Ce point est plus délicat que le précédent et nécessite quelques éclaircissements.

Notre propos n'est pas d'affirmer que l'intérêt général ne peut avoir plusieurs composantes. Au contraire, il est depuis longtemps admis en Allemagne, comme dans tout Etat moderne, que les clauses d'intérêt général peuvent avoir un caractère "pluraliste", exprimant plusieurs intérêts publics, potentiellement d'ailleurs divergents, comme cela a été parfaitement mis en évidence par P. Häberle(88). Mais dans un tel cas, la combinaison, la synthèse entre ces différentes composantes est censée se faire par la puissance publique, en dehors de la portée du juge(89). Ce dernier limitera en principe son examen sur la

(85) Ibid, p.175.

(86) BVerfGE 69, 220.

(87) Ibid, p.230.

(88) Voir Öffentliches Interesse als juristisches Problem, Bad Homburg 1970, p.54s.

(89) Pour P. HÄBERLE justement, la détermination "pluraliste" de l'intérêt général (combinaison de différents intérêts publics) dans la norme, sera un net facteur d'accroissement de la discrétionnalité de l'action de l'administration: "je pluralistischer der Tatbestand ist, d.h., je mehr verschiedene Gesichtspunkte öff. Interessen vom Gesetzgeber normiert sind, desto größer soll die Zurückhaltung des Gerichts sein, desto größer ist auch der Gestaltungsraum für die Gemeinwohlverwaltung. Die öff. Interessen wirken insoweit als Vorbehalt der Verwaltung (...)" (Öffentliches Interesse..., p.59).

comparaison entre le poids des différents intérêts publics combinés et les intérêts privés qui s'y opposent(90).

Ainsi en droit, un mélange entre intérêts publics et privés présentés indifféremment en tant de facteurs "pour" ou "contre" une mesure lors de la présentation d'un jugement n'est pas a priori concevable en Allemagne, alors qu'il attire peu d'objections théoriques en France où la question du contrôle juridictionnel se pose plus, par exemple, en termes de légitimité de la limitation de la marge de liberté de l'administration qu'en termes de motifs de cette limitation(91). C'est d'ailleurs dans cette optique que M. Fromont souligne que par la jurisprudence du bilan "le juge a substitué à la vieille dialectique intérêt général - droits individuels une appréciation globale des différents intérêts en cause, les intérêts publics étant mis, dans une certaine mesure, sur le même plan que les intérêts privés, du moins quand ceux-ci sont collectifs. C'est pourquoi nous pensons qu'une telle mise en balance des intérêts n'a rien de commun avec celle que pratique depuis longtemps le juge allemand (...)"(92).

Sans vouloir aller aussi loin, étant donné notamment que leurs résultats concrets peuvent être assez voisins, force est de constater qu'une différence conceptuelle semble bien exister sur ce point entre les deux pays. Cette différence est d'ailleurs assez naturelle, car la pondération entre intérêts publics opérée par le juge français ressemble bien plus à l'examen d'un supérieur hiérarchique, du moins d'un organe historiquement proche de l'administration active, alors que pour l'Allemagne l'opposition privé - public est beaucoup plus compatible avec la perception subjectiviste du contentieux constitutionnel et administratif: de ce point de vue, le refus de l'actio popularis entraîne le caractère juridiquement monolithique de l'intérêt général. Il entraîne également, dans une large mesure, son caractère "absolu".

c. Une notion absolue

Par intérêt général "absolu" il ne faut bien évidemment pas comprendre "sans limites": en réalité, l'intérêt général "absolu" ne saurait céder le pas à des intérêts privés sauf lorsque ceux-ci sont l'objet d'une protection juridique particulière et constituent donc des libertés publiques. Or justement, le système juridique allemand se caractérise, ainsi que cela a déjà été souligné, par la protection exhaustive accordée expressément par la Constitution aux droits fondamentaux. Plus encore, pratiquement tous les intérêts privés juridiquement

(90) Par exemple, dans une décision du 12 février 1986 (BVerfGE 72, 9), la Cour de Karlsruhe rappelle que "seulement des raisons impératives d'intérêt général (nur schwerwiegende Gründe des Gemeinwohles) peuvent justifier un changement du temps nécessaire pour bénéficier de l'assurance chômage (...)".

(91) Cf. par exemple le cas de l'arrêt précité du Conseil d'Etat du 20 octobre 1972, Société civile Sainte-Marie de l'Assomption, où l'intérêt présenté par la construction d'un échangeur d'autoroute a été jugé par le Conseil d'Etat comme moindre de celui que représentait le maintien au calme d'un hôpital psychiatrique qui, pour être une personne morale de droit privé, ne constituait pas moins un véritable service public (voir aussi la critique de cet arrêt par A. DE LAUBADERE, Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire dans la jurisprudence récente du Conseil d'Etat, article précité, p.531s.).

(92) M. FROMONT, Le principe de proportionnalité..., rapport précité, pp.8-9.

protégés peuvent, d'une manière ou d'une autre, être affiliés à une des ces libertés constitutionnellement garanties.

En revanche, le caractère "absolu" de l'intérêt général évoque la juxtaposition, l'opposition lors de l'examen juridictionnel entre libertés individuelles et intérêt collectif. Comme le dit M. Genz, "darf der Staat die Freiheit seiner Bürger nur im öffentlichen Interesse, im Interesse der Allgemeinheit, nur zugunsten des Gemeinwohls einschränken"(93). De son côté, la Cour constitutionnelle fédérale est également claire: "Le législateur ne peut limiter [le libre exercice de la profession] que dans l'intérêt de la collectivité et seulement pour résoudre des situations qui seraient particulièrement aptes à justifier son intervention et ne contrediraient pas le système de valeurs de la Loi fondamentale. Il doit pouvoir fonder tout atteinte au droit fondamental par des considérations d'intérêt général raisonnables et adaptés, et ne pas abuser son pouvoir normatif en poursuivant des buts étrangers aux circonstances de l'espèce"(94).

C'est donc à travers le binôme intérêt général - liberté(95) que le juge exercera a priori son contrôle. Pour ce faire, il s'appuiera d'ailleurs, comme pour la liberté, sur les dispositions constitutionnelles et législatives prises pour leur exécution.

B. LA LIMITATION DES DROITS RECONNUS PAR LA CONSTITUTION POUR DES MOTIFS D'INTERET GENERAL

Certains droits fondamentaux ne peuvent être restreints pour des motifs d'intérêt général qu'en vertu de normes également de rang constitutionnel(96); d'autres, plus nombreux, peuvent être à la fois limités en vertu de la Loi fondamentale elle-même ou en vertu d'une loi. Mais que ce soit par le biais d'une loi ou pas, la grande majorité des dispositions constitutionnelles consacrant des

(93) M. GENZ, Zur Verhältnismäßigkeit von Grundrechtseingriffen, NJW 1968, p.1601.

(94) BVerfGE 30, 292[316].

(95) P. HÄBERLE envisage aussi, quoique de façon plus exhaustive et nuancée, essentiellement le contrôle juridictionnel de l'intérêt général dans le cadre de son opposition avec les intérêts privés et c'est dans la prise en compte plus détaillée et efficace de ces intérêts privés, sans préférence a priori pour l'intérêt général, qu'il voit l'essentiel de la progression du contrôle juridictionnel (Öffentliches Interesse..., ouvrage précité, p.60s.). L'auteur signale certes que les intérêts privés peuvent être porteurs d'intérêt général mais uniquement pour conclure qu'ils ne peuvent lui être inférieurs que dans le cadre d'une interprétation des dispositions constitutionnelles (ibid, pp.69-70).

(96) Il s'agit notamment de la liberté de croyance et d'opinion (article 4 alinéa 1 GG), de la liberté de l'art et de la science (article 5, alinéa 3 GG), de la liberté de réunion pacifique (article 8 GG), du droit d'asile (article 16 alinéa 2 GG) ainsi que, dans une certaine mesure, du droit d'objection de conscience (article 12a alinéa 2 GG). Mais c'est avant tout le cas de l'article 1 alinéa 1 GG, aux termes duquel "La dignité de l'homme est inviolable. Tout pouvoir public est obligé de la respecter et de la protéger". Cet article, d'une importance toute particulière, est non seulement inviolable par la loi, mais ne peut être limité, en principe, par d'autres dispositions constitutionnelles non plus; Cf. néanmoins section 2, §2, C.

droits fondamentaux prévoient elles-mêmes la possibilité de leur limitation pour des motifs d'intérêt général. Et à côté de la limitation constitutionnelle expresse (a), la limitation par une loi générale reste généralement possible, dans la mesure ou un intérêt général approprié la justifie (b).

a. Les limitations proprement constitutionnelles

Elles peuvent résulter soit des dispositions relatives aux droits fondamentaux qui, tout en consacrant une ou plusieurs libertés individuelles peuvent aussi prévoir des cas de limitation expresse de leur exercice, soit d'autres règles constitutionnelles consacrant expressément des intérêts publics.

Les limitations de la première catégorie auraient pu être déjà le fait d'une description jurisprudentielle restrictive du domaine d'application du droit fondamental concerné. Sur ce point la Cour constitutionnelle fédérale s'est généralement employée à donner aux dispositions textuelles toute leur portée potentielle. Ainsi, par exemple, la liberté syndicale comprend aussi le droit pour chaque syndicaliste de faire de la propagande pour recruter de nouveaux membres pour le compte de son syndicat(97).

Cela dit, souvent les libertés définies par la constitution comportent des limites constitutionnelles expresses. Tel est par exemple le cas de la liberté de s'informer (article 5, alinéa 1 GG), limitée par la disposition qui la consacre "aux sources généralement accessibles". De la même manière, la liberté de se réunir ne s'étend qu'aux réunions pacifiques (article 8, alinéa 1 GG), tandis qu'aux termes de l'article 5 alinéa 3 "(...) la liberté de l'enseignement ne dispense pas de la fidélité à la Constitution"; ces exemples peuvent naturellement être multipliés(98).

Les limites constitutionnelles de la seconde catégorie découlent essentiellement d'autres dispositions de la Loi fondamentale, qui consacrent des intérêts collectifs étrangers au domaine des droits fondamentaux. Tel a été par exemple le cas réglé par une décision du 26 mai 1970(99), relative au droit à l'objection de conscience. Dans cette affaire, la Cour rappelle que ce droit, consacré par l'article 4 alinéa 3 GG et l'article 12a alinéa 2 GG ne peut en principe être limité par le législateur(100). Mais, comme le rappelle la Haute juridiction "les autres principes de rang constitutionnel ainsi que l'ensemble des valeurs que ceux-ci protègent sont, étant donnée l'unité de la constitution,

(97) BVerfGE 28, 295.

(98) Ainsi l'article 6 alinéa 2 GG précise que "les soins à donner aux enfants et l'éducation de ceux-ci constituent un droit naturel des parents et un devoir qui leur incombe en premier lieu. L'accomplissement de ce devoir est surveillé par la communauté nationale", etc.

(99) BVerfGE 28, 243.

(100) Aux termes de l'article 4 alinéa 3 GG "Nul ne doit être astreint, contre sa conscience, au service armé en temps de guerre. Les dispositions de détail feront l'objet d'une loi fédérale", tandis que l'article 12a alinéa 2 précise que "(...) les mesures de détail seront réglées par une loi qui ne devra pas porter atteinte à la liberté de ce décider en conscience et qui devra également prévoir une possibilité de remplacement ne se rattachant en rien aux formations des forces armées ou de la police fédérale des frontières".

susceptibles de limiter les droits fondamentaux, même ceux auxquels le législateur ne peut pas apporter de restrictions (...) (101). En l'occurrence, la Cour relève notamment l'existence de l'article 12a alinéa 1 GG ("Les hommes à partir de l'âge de 18 ans peuvent être obligés de servir dans les forces armées, dans la police fédérale des frontières ou dans un groupe de protection civile."), ainsi que celle de l'article 87a alinéa 1 ("La Fédération met sur pied des forces armées pour sa défense (...)). Elle conclut que le devoir de l'Etat d'assurer la défense du pays, découlant des ces dispositions de la Loi fondamentale, rend licite l'obligation de l'objecteur de conscience de servir à l'armée pendant que sa demande de ne pas porter des armes est instruite: l'intérêt général déduit de la Constitution par la Cour vient ainsi limiter le droit fondamental.

Mais les droits fondamentaux peuvent aussi être limités par d'autres droits fondamentaux dans le cas d'une "collision", que ce soit explicitement prévue par le droit fondamental en cause (102) ou non. Dans ce cas, le juge constitutionnel doit apparemment comparer l'importance respective de chacun des droits fondamentaux opposés, en dehors de toute considération d'intérêt général. Mais comme dans la plupart des cas la différence du poids de chacun des droits en cause ne peut être déterminer in abstracto, l'étude de la jurisprudence montre que dans le cadre de l'examen concret de la situation le juge ne reste pas indifférent, ici non plus, à l'intérêt général.

Ainsi dans l'affaire Lebach (103), où a priori c'étaient les dispositions de l'article 2 GG (respect de la personnalité) et celle de l'article 5 (liberté de la presse), donc deux libertés individuelles, qui se trouvaient en situation de conflit, on constate que la Cour constitutionnelle fédérale a en réalité comparé l'importance relative de l'intérêt de la protection de la personnalité de l'intéressé à l'intérêt de l'opinion publique à être informée, affiliant ainsi la liberté de la presse à un intérêt général (104).

Mais l'intérêt général limite le plus souvent les droits fondamentaux à travers son expression la plus naturelle: la loi.

b. La limite de la loi

L'intervention du législateur pour limiter les droits fondamentaux est prévue expressément par un grand nombre de dispositions constitutionnelles qui les consacrent.

Cette autorisation expresse peut préciser elle-même le type de limitations que le législateur peut apporter au droit fondamental, en fixant le nombre de buts dans lesquels il peut intervenir.

Les exemples sont nombreux: Selon l'article 6 alinéa 3 GG "les enfants ne peuvent être séparés de leur famille contre le gré de ceux qui ont la charge de leur éducation qu'en vertu d'une loi, lorsque ces derniers manquent à leur devoir

(101) Ibid, p.260.

(102) Tel est par exemple le cas de l'article 2 GG: "Chacun a droit au libre développement de sa personnalité, pourvu qu'il ne porte pas atteinte aux droits d'autrui, à l'ordre constitutionnel ou à la loi morale".

(103) BVerfGE 35, 202.

(104) Ibid, p.226s. Voir à ce propos le commentaire de H. G. RUPP, *Objet et portée des droits fondamentaux dans la jurisprudence du tribunal constitutionnel fédéral allemand*, RIDC 1980, p.459.

ou lorsque les enfants risquent d'être laissés à l'abandon pour d'autres motifs". Plus clairement encore, la liberté d'aller et venir ne peut être restreinte, aux termes de l'article 11 alinéa 2 GG, "que par une loi ou en vertu d'une loi et dans les seuls cas où il y aurait absence de base d'existence [moyens] telle qu'entraînerait pour la collectivité des charges particulières, ainsi que dans les cas où cette restriction est nécessaire pour écarter un danger menaçant l'existence ou l'ordre constitutionnel démocratique et libéral de la Fédération ou d'un Land, pour lutter contre les dangers d'épidémie, les catastrophes naturelles ou dans les cas de sinistre particulièrement grave, pour protéger la jeunesse contre l'abandon ou pour la prévention d'infractions pénales". De même, l'inviolabilité du domicile ne peut être limitée "que pour parer à un danger commun ou à un danger menaçant la vie individuelle ainsi que, en vertu d'une loi, pour prévenir des dangers imminents menaçant la sécurité et l'ordre publics, notamment pour remédier à la pénurie de logements, pour lutter contre les épidémies ou pour protéger la jeunesse en danger" (article 13 alinéa 3 GG).

Dans tous ces cas, la Loi fondamentale a veillé à ce que l'intervention du législateur pour la limitation des droits fondamentaux soit cantonnée par des contraintes de but étroites.

En revanche dans d'autres, qui sont d'ailleurs majoritaires, la Loi fondamentale autorise le législateur à apporter des limitations aux droits fondamentaux sans lui donner de directives précises; ici, le législateur disposera donc une liberté accrue dans la détermination des buts d'intérêt général qui déterminent son intervention.

Ainsi la liberté d'opinion trouve ses limites, aux termes de l'article 5 alinéa 2 GG, "dans les prescriptions des lois générales, dans les dispositions légales sur la protection de la jeunesse et dans le droit au respect de l'honneur personnel"; la liberté de la réunion, dont il a déjà été question, "peut être restreinte par la loi ou en vertu d'une loi", sans autre précision (article 8 alinéa 2 GG) et l'interdiction du travail forcé pourra être limitée "pour l'accomplissement d'un service public traditionnel, d'intérêt général et égal pour tous" (article 12 alinéa 2 GG) (105).

On constate que plus les conditions que pose la Constitution au législateur pour qu'il puisse restreindre les droits fondamentaux sont imprécises, plus celui-ci dispose d'un certain pouvoir discrétionnaire pour mettre en œuvre l'intérêt général en question. Il est par ailleurs acquis que si les droits fondamentaux ne peuvent être limités qu'à travers une loi, les intérêts publics qui lui serviront de base ne doivent pas être obligatoirement de rang constitutionnel (106).

La Cour constitutionnelle fédérale s'efforce d'exercer en tout état de cause son contrôle, mais si elle se montre souvent très exigeante en matière de liberté personnelle, elle peut l'être beaucoup moins face à un intérêt général en matière

(105) Entrent également dans cette catégorie de droits fondamentaux limitables par la loi le droit de propriété (article 14, alinéa 1), le droit à la nationalité allemande (article 16, alinéa 1) etc.

(106) Cf. BVerfGE 76, 1[53]: "Das Grundgesetz schließt es nicht aus, den Schutz von Grundrechtsgütern zugunsten anderer nicht verfassungsrangiger Belange in bestimmtem Umfang zurückzustellen".

économique. Ainsi, si le juge constitutionnel estime que la détention provisoire "ne peut être autorisée par la loi que si un intérêt public majeur l'exige"(107), il accepte que la liberté de l'exercice de la profession puisse être limitée "chaque fois que le bien commun le justifie raisonnablement"(108). Cet état de fait est assez naturel, étant donnée la priorité accordée par le juge constitutionnel à la liberté individuelle proprement dite; mais, plus généralement, l'élément privé l'emportera très rarement en importance pure sur l'intérêt public, et ce malgré les limites inhérentes à la notion d'intérêt général(109). L'intérêt général semble avoir le dernier mot.

Conclusion du paragraphe: Une lecture hâtive du texte constitutionnel pourrait donner l'impression que celui-ci affirme à la fois une chose (priorité aux libertés individuelles) et son contraire (intervention du législateur pour la limiter dans la mesure où l'intérêt général l'exige); de sorte que, malgré l'abondance des dispositions textuelles en matière de droits fondamentaux et le soin apporté au détail, le législateur disposerait d'une grande latitude d'action. Peut-on dire pour autant qu'en dépit du rôle cardinal qui est accordé par la Constitution aux droits fondamentaux, ceux-ci se limiteraient à de simples affirmations de principe?

Conclusion de la section: Fruit d'un héritage historique douloureux, la Loi fondamentale allemande érige en une place d'exception les libertés individuelles et veille à ce qu'elles soient consacrées le plus explicitement possible. Elle confère par ailleurs au pouvoir judiciaire une place prééminente, afin qu'il puisse les protéger efficacement face à un pouvoir politique constamment "sous surveillance". Cependant, à côté des affirmations solennelles relatives aux droits fondamentaux, apparaissent clairement les limites que la nécessité de l'efficacité étatique implique, limites également consacrées par le texte constitutionnel lui-même. Souvent dépourvu d'une directive normative précise pour le choix entre intérêts publics et privés, le juge risque de ne pouvoir remplir pleinement le rôle que lui a confié le Constituant. Un instrument normatif de rang constitutionnel, apte à résoudre les situations de conflit potentiel, s'avère dès lors indispensable.

(107) BVerfGE 35, 185[190].

(108) BVerfGE 7, 377[378]: "Die Freiheit der Berufsausübung kann beschränkt werden, soweit vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls es zweckmäßig erscheinen lassen".

(109) Cf. BVerfGE 8, 71[80], arrêt précité: "Auch der Gesetzgeber, der öffentlichrechtliche Eigentumsbeschränkungen statuiert, ist in seinem Handeln nicht völlig frei: Da sie mit dem öffentlichen Interesse motiviert werden, müssen sie auch von daher legitimiert sein".

Section 2

Le contrôle de proportionnalité, limite aux restrictions des libertés reconnues par la Constitution

Face à la situation de conflit qui peut se produire entre les droits fondamentaux, garantissant les libertés individuelles, et l'intérêt général, qui confère à la loi la faculté de les limiter, la Loi fondamentale fournit un premier élément de solution juridique, par son article 16, alinéas 1 et 2:

"Dans la mesure où, d'après la présente Loi fondamentale, un droit fondamental peut être restreint par une loi ou en vertu d'une loi, la loi doit être générale et ne pas viser un cas particulier. En outre, elle doit spécifier le droit fondamental en question et indiquer l'article qui s'y rapporte" (alinéa 1)

"En aucun cas, il ne peut être prévu de limitations telles que la liberté en cause perde toute substance" (alinéa 2).

De ces deux dispositions, celle qui institue une vraie limitation de fond est sans doute la deuxième. Cette exigence d'une "position minimum" (Mindestposition), au-delà de laquelle toute atteinte aux droits fondamentaux ne peut être justifiée(110), empêche effectivement que le contenu d'un droit fondamental soit réduit en pratique à néant. Doit-on alors conclure qu'au-delà de cette protection minimum les atteintes aux droits fondamentaux seraient entièrement suspendues aux circonstances d'intérêt général qui militeraient en leur faveur?

Une telle position serait inacceptable: elle aboutirait à un nivellement absolu des droits fondamentaux, qui ne pourraient être vraiment considérées comme des règles de droit positif que dans la mesure où elles seraient affectées à leur essence; autrement dit, le juge constitutionnel renoncerait à tout "contrôle normal" en matière de droits fondamentaux. Or ce résultat est tout le contraire de ce que le Constituant a voulu imposer(111), à savoir, d'un côté un ensemble normatif dont les effets ne peuvent se limiter à la "périphérie" de l'action de la puissance publique, en tant que bornes extrêmes, mais qui se trouvent au cœur même de l'ordonnement juridique et, de l'autre côté, une protection nettement différenciée entre les différentes libertés consacrées, selon leur valeur propre et les circonstances particulières de l'espèce. Nécessaire, la "limite des limites" des droits fondamentaux instaurée par l'article 19 GG ne saurait donc être considérée comme suffisante.

De même, les moyens procéduraux qui peuvent servir à rendre les atteintes aux droits fondamentaux plus contrôlables ne peuvent pas représenter une solution autonome. Ainsi, si B. Schlink évoque(112) la charge de la preuve en faveur des libertés individuelles face à l'intérêt général, cette exigence ne peut en rien garantir au fond la "non excessivité" de l'atteinte du droit fondamental en cause, face à un intérêt général supposé réel.

En réalité, la consécration par la Loi fondamentale à la fois des intérêts privés (- libertés individuelles) et publics (intérêt général) susceptibles de

(110) Cf. BVerfGE 7, 377[411]: "der Wesensgehalt eines Grundrechts darf nach dem klaren Wortlaut des Art. 19 Abs. 2 GG in keinem Falle angetastet werden".

(111) A ce titre, voir également §2, A.

(112) Abwägung im Verfassungsrecht, Berlin 1976, p. 195.

s'opposer, nécessite un mécanisme de conciliation, également de rang constitutionnel. Etant à la fois directement applicables et potentiellement antinomiques, les normes constitutionnelles en question deviennent des "commandements d'optimisation", dont la mise en œuvre nécessite une pondération.

Ainsi c'est finalement de façon naturelle, et peut-on dire incontournable, que le juge constitutionnel a dégagé, dès ses premières décisions(113), le principe constitutionnel de contrôle de proportionnalité (Verhältnismäßigkeitsgrundsatz).

Imposant une pondération entre la liberté constitutionnellement protégée en question et l'intérêt général, ce principe apparaît avant tout comme un mécanisme de modération (§1), aujourd'hui unanimement reconnu comme nécessaire dans tous les cas de conflit (§2).

§1. Un mécanisme de modération au service des libertés individuelles

Le mécanisme du contrôle de proportionnalité vient corriger les conséquences pratiques d'un postulat de base autrement insoluble. En effet, bien que le Constituant de 1949 ait entendu mettre les libertés individuelles au centre du système juridique, les impératifs de l'action étatique risquaient d'en annuler les effets sur le plan du droit positif. C'est dans la mesure où le contrôle de proportionnalité aide à pallier cette éventualité que l'on peut affirmer qu'il œuvre au service des libertés individuelles, et même qu'il découle de façon inévitable de la nature des droits fondamentaux (A).

En revanche, le mécanisme de ce contrôle n'implique aucune a priori prépondérance du droit fondamental sur l'intérêt général motivant l'intervention étatique: il sert simplement à résoudre une situation conflictuelle imparable, dans laquelle le juge constitutionnel adopte nécessairement le rôle d'arbitre. A l'aide du contrôle de proportionnalité, celui-ci pourra donc opérer une pondération entre les intérêts en présence (B) par le biais d'un contrôle du but objectif de la règle examinée (C).

A. FONDEMENT DU PRINCIPE DE VERHÄLTNISMÄßIGKEIT: LA NATURE MEME DES DROITS FONDAMENTAUX

La plupart des manuels de droit constitutionnel ou de droit administratif allemands font aujourd'hui état de la Verhältnismäßigkeit, principe constitutionnel, en présentant ses trois éléments(114) constitutifs. Une quasi-unanimité se dégage également autour du rôle qui lui est confié. Comme le note le professeur Forsthoff, "même si l'on ne veut ni ne doit empêcher l'Etat de parvenir à ses fins, la Constitution protège avec tellement d'insistance la liberté et le libre épanouissement de la personne que l'on ne peut pas admettre que le

(113) En ce sens déjà BVerfGE 1, 167[178]; BVerfGE 3, 383[399]; BVerfGE 7, 377[407] etc.

(114) Aptitude, nécessité, proportionnalité au sens strict. Pour ces éléments du principe de proportionnalité (au sens large) en droit allemand voir plus loin, chapitre 2, section 1, §2.

législateur et l'administration imposent à la liberté des restrictions qui excéderaient ce qui est nécessaire pour atteindre le but poursuivi"(115).

Le contrôle de proportionnalité est donc consacré à la protection de la liberté, il existe parce que le besoin d'une protection effective l'exige. Cette liberté est protégée à travers les droits fondamentaux. D'où la tendance pratiquement générale des commentaires de jurisprudence à lier l'application du principe de proportionnalité à la protection des droits fondamentaux: pour v. Münch par exemple, son application intervient au sujet des atteintes aux droits fondamentaux par la loi(116); pour Starck(117), ainsi que pour Leibholz - Rinck - Hesselberger(118), son application concerne les atteintes aux droits fondamentaux en général. La "localisation" du contrôle de proportionnalité, sous la forme du principe constitutionnel(119) de Verhältnismäßigkeit, autour des droits fondamentaux se retrouve d'ailleurs en analysant les ouvrages consacrés en tout ou en partie à l'étude du contrôle de proportionnalité.

La plupart de ces auteurs situent dans les droits fondamentaux l'origine même, le fondement normatif du principe de proportionnalité: Celle-ci découlerait "de l'essence même des droits fondamentaux"(120), de telle sorte que "sans le principe de proportionnalité l'application des droits fondamentaux est impensable"(121). Ce point de vue est largement articulé sur la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale, qui a souvent pris soin d'affirmer que le

(115) E. FORSTHOFF, *Traité...*, ouvrage précité, p.130.

(116) I. v. MÜNCH, *Grundgesetz Kommentar*, 3e édition, München 1985, tome 1, articles 1-19, n°55.

(117) in H.v.MANGOLDT - F. KLEIN - Ch. STARCK, *Das Bonner Grundgesetz Kommentar*, 3e édition, München 1985, tome 1, art.1 al.3, n°178, 182.

(118) G. LEIBHOLTZ - H.-J. RINCK - D. HESSELBERGER, *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar an Hand der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, 6e éd., Köln 1989, article 20, 27.

(119) Rappelons que l'application d'un principe "constitutionnel" n'implique pas forcément un contrôle effectué par le seul juge constitutionnel puisque, ainsi qu'il a déjà été souligné, les droits fondamentaux peuvent, en tant que droit directement applicable, être également évoqués devant le juge administratif; voir section 1, §1, B, a. Cf. H.-J. KOCH, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, ouvrage précité, p.148: "Das Gebot der Verhältnismäßigkeit beherrscht das gesamte Recht der eingreifenden Verwaltung, es soll nämlich die (Grundrechts-) Eingriffe mittels der drei genannten Forderungen auf ein Maß des Unvermeidbaren und Zumutbaren reduzieren".

(120) M.Ch. JAKOBS, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit...*, ouvrage précité, p.44. L'expression est extrêmement courante: voir par exemple P. WITTIG, *Zum Standort des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im System des Grundgesetzes*, DÖV 1968, p.818s.; E. GRABITZ, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, AöR 1973, n°98, p.585s.; R. WENDT, *Der Garantiegehalt der Grundrechte und das Übermaßverbot*, AöR 1979, n°415s.; R. ALEX, *Theorie...*, ouvrage précité, p.100s.; R. DECHSLING, *Das Verhältnismäßigkeitsgebot* (thèse), München 1989, p.85s. etc.

(121) R. DECHSLING, *Das Verhältnismäßigkeitsgebot*, ouvrage précité, p.90. En ce sens plusieurs auteurs, par exemple U. LANGHEINEKEN, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts unter besonderer Berücksichtigung der Judikatur zu Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG* (thèse), Freiburg 1972, p.100s.; B. SCHLINK, *Abwägung...*, ouvrage précité, p.192s.; J. SCHWABE, *Probleme der Grundrechtsdogmatik*, Darmstadt 1977, p.321s. etc.

principe de proportionnalité "découle directement de l'essence des droits fondamentaux"(122).

La Cour de Karlsruhe cite certes tout aussi souvent le principe de l'Etat de droit comme étant à l'origine du principe de Verhältnismäßigkeit(123). Cette dernière affirmation n'est nullement incompatible avec la précédente, mais ne peut lui être substituée. Il s'agit là en effet d'une remarque correcte, mais à faible contenu explicatif: pourquoi l'Etat de droit implique-t-il le contrôle de proportionnalité? La réponse ne peut que nous ramener aux droits fondamentaux: c'est parce que la conception allemande de l'Etat de droit les place au cœur de l'édifice normatif, qu'il implique aussi l'adoption du principe de proportionnalité, quitte à ne pas être conforme à lui-même. C'est pour cette raison que le plus souvent la Cour constitutionnelle fédérale cite à la fois les droits fondamentaux et l'Etat de droit comme étant à l'origine du contrôle de proportionnalité, en affirmant que celui-ci "résulte de l'Etat de droit, finalement de l'essence même des droits fondamentaux, qui ne peuvent être limités pour des motifs d'intérêt général, que dans la mesure où ceci apparaîtrait comme absolument indispensable"(124).

La même critique peut être faite aux courants doctrinaux qui fondent le caractère constitutionnel du principe de proportionnalité sur des dispositions spécifiques de la Loi fondamentale(125), ou sur l'idée de justice(126): sans être fondamentalement erronées, ils ne renferment qu'une parcelle de vérité.

Cela dit, la plupart des auteurs observent que ce sont aussi les actes de prestation de la puissance publique et non seulement les atteintes portées aux droits des individus qui sont soumis à ce contrôle(127). Ceci n'est d'ailleurs pas

(122) BVerfGE 65, 1[44].

(123) Cf. BVerfGE 20, 45[49]: "die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und des Übermaßverbotes (...) als übergreifende Leitregeln allen staatlichen Handelns zwingend aus dem Rechtsstaatsprinzip ergeben und deshalb Verfassungsrang haben". Voir aussi, en français, les développements de M. MEKHANTAR dans sa thèse précitée, p.431s.

(124) BVerfGE 19, 342[348]. Voir aussi BVerfGE 23, 127[133]; BVerfGE 76, 1[50].

(125) Pour une présentation sommaire et une critique de ces points de vue, voir M.Ch. JAKOBS, *Der Grundsatz...*, ouvrage précité, p.30s.

(126) Voir par exemple les opinions assez vagues de K. LARENZ, qui affirme que la proportionnalité n'est qu'un "aspect particulier de l'idée de justice" (*Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 2e édition, Berlin 1969, p.467), ou M. GENZ pour lequel la proportionnalité serait "la transposition de l'idée de justice au cas concret" (*Zur Verhältnismäßigkeit von Grundrechtseingriffen*, NJW 1968, p.1600s.). De telles affirmations méritent néanmoins une mention particulière, puisqu'elles posent la question de la relation que peut avoir l'idée de proportionnalité avec une certaine idée du droit naturel, question qui sera abordée en troisième partie.

(127) En ce sens L. HIRSCHBERG, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit* (thèse), Göttingen 1981, p.28s. qui note que "le principe [de proportionnalité] est en partie appliqué également dans le domaine de l'administration prestataire (Leistungsverwaltung), et non seulement quand les mesures en question nécessitent une "atteinte" (par exemple, expulsion d'un élève de l'école) mais également pour une "pure" mesure de prestation, comme par exemple une subvention" (p.28). Ce phénomène est également souligné par M.Ch. JAKOBS, *Der Grundsatz...*, ouvrage précité, pp. 153-163 et des nombreux autres auteurs.

antinomique avec ce qui a été dit auparavant. En effet, comme le démontre R. Dechsling, auteur d'une des études les plus récentes sur le contrôle de proportionnalité, la question de l'existence du contrôle de proportionnalité s'agissant de l'activité "prestataire" et non "ordonnatrice" de la puissance publique, pose en termes de définition de ce contrôle "un faux problème"(128), à partir du moment où l'on constate que "les notions d'atteinte et de prestation ne décrivent le caractère d'une décision étatique que de façon approximative", car "ce qui est pour l'un une atteinte peut être pour un autre une prestation (avantage) et vice versa"(129).

En fait, quelque soit le domaine d'intervention de l'action étatique (domaine des prestations ou activité plus "traditionnelle")(130), le contrôle de proportionnalité sera avant tout axé sur la protection des droits fondamentaux(131) et ce même s'il peut effectivement être envisagé de manière plus large que pour leur seule protection(132). Car en définitive "il n'apparaît, à ce jour, aucune déduction logiquement acceptable du principe de proportionnalité autre que celle qui se base sur les droits fondamentaux"(133).

B. PONDERATION ENTRE LIBERTE ET INTERET GENERAL

Découlant des libertés individuelles, le principe de proportionnalité ne peut-il opérer que en faveur de celles-ci? A cet égard, certains auteurs font valoir que le principe de proportionnalité comporte, au moins en puissance, la faculté d'être utilisé en faveur non pas des libertés individuelles, mais de l'intérêt général qui les limite. C'est par exemple le cas de H.H. Lohmann qui remarque que si "dans la plupart des cas le principe de proportionnalité est utilisé (...) dans un but de protection des droits des individus", en réalité "il n'y a pas de raison pour qu'il ne puisse être également appliqué dans les cas où une interprétation légale entraînerait des inconvénients disproportionnés pour l'administration elle-même"(134).

(128) R. DECHSLING, *Das Verhältnismäßigkeitsgebot*, ouvrage précité, p.156.

(129) Ibid, p.89.

(130) Dans le sens de la relativisation de la distinction entre "atteinte" (Eingriff) et "prestation" (Leistung), pourtant très courante en droit allemand, voir aussi M.Ch. JAKOBS, *Der Grundsatz...*, ouvrage précité, p.159.

(131) Cf. R. DECHSLING, *Das Verhältnismäßigkeitsgebot*, ouvrage précité, p.156: "le principe de proportionnalité est toujours appliqué quand, et dans la mesure où, un droit fondamental est en cause".

(132) Ainsi pour M.Ch. JAKOBS "l'idée de proportionnalité décrit la relation entre tous les intérêts juridiquement protégés qui sont lésés par l'action étatique et ceux qui, à travers cette même action, sont bénéficiaires (...)" (*Der Grundsatz...*, ouvrage précité, p.22). Pour le développement et la justification juridique de cette compréhension "large" du contrôle de proportionnalité, voir partie II, titre 2.

(133) R. DECHSLING, *Das Verhältnismäßigkeitsgebot*, ouvrage précité, p.90. Du même avis d'ailleurs M.Ch. JAKOBS, *Der Grundsatz...*, ouvrage précité, p.58.

(134) H.H. LOHMANN, *Die Praktikabilität des Gesetzesvollzuges als Auslegungstopos im Verwaltungsrecht*, AöR 1975, n°100, p.415s.(431).

Or cette éventualité, par ailleurs largement théorique(135), ne remet pas en cause le postulat de base du contrôle de proportionnalité: elle le conforte. En effet, le mécanisme du contrôle de proportionnalité comporte la pondération du droit fondamental en question avec l'intérêt présenté par l'intervention étatique qui, elle, ne pourra s'effectuer que pour des motifs d'intérêt général. Et accepter la nécessité de la pondération juridique entre libertés individuelles et intérêt général implique d'envisager l'éventualité que ce soit finalement l'une des premières qui doivent céder le pas devant les exigences de ce dernier.

L'idée de la pondération entre libertés et intérêt général et de son but principal apparaît clairement dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale: "Les atteintes à la sphère de liberté sont possibles seulement quand, et dans la mesure où, elles sont absolument nécessaires pour la réalisation de l'intérêt général. La mesure ainsi prise doit être apte et nécessaire(136), en prenant en considération les intérêts publics et privés en question, mais en même temps le poids des inconvénients qu'elle implique pour l'individu doit se situer dans un rapport raisonnable avec les avantages escomptés pour la collectivité"(137).

La proportionnalité vient donc modérer les atteintes aux droits fondamentaux que l'intérêt général pourrait a priori justifier, de sorte qu'elles ne puissent être maintenues que dans la mesure où elles présentent pour la collectivité des avantages d'une plus grande importance(138) que les charges qu'elles entraînent pour les libertés.

Ceci étant, on peut se demander dans quelles conditions, de quelle manière s'effectue cette pondération entre droits fondamentaux et intérêt général.

(135) Voir la critique de cette opinion par L. HIRSCHBERG, *Der Grundsatz...*, ouvrage précité, p.198s. Soulignons que P. HÄBERLE, tout en ayant mis en évidence la multitude des fonctions que peut remplir l'intérêt général, conçoit néanmoins le principe de *Verhältnismäßigkeit* de manière traditionnelle, en tant qu'instrument d'équilibre entre intérêt général et intérêts privés (cf. *Öffentliches Interesse...*, ouvrage précité, p.61s.). Il affirme même que la pondération entre intérêt général et intérêts privés, œuvre du juge, a conduit à une évolution du droit d'une prépondérance absolue du premier, à une situation plus équilibrée, ce dont il se félicite (*ibid.*, p.726).

(136) Il s'agit là de l'"aptitude" et de la "nécessité" que comprend, avec la "proportionnalité au sens strict", le principe de proportionnalité allemand. Pour une analyse de ces différents éléments voir chapitre 2, section 1, §1.

(137) BVerfGE 76, 1[51]. Il s'agit d'une formule constante de la Cour: voir par exemple BVerfGE 35, 382[401] et BVerfGE 38, 281[302]. La même idée exprimait déjà M. OBERLE quand il définissait le contrôle de proportionnalité comme une synthèse entre "liberté et restriction" (*Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit des polizeilichen Eingriffs*, Zürich 1952, p.49).

(138) Dans le même sens, voir également BVerfGE 19, 342[348]; BVerfGE 65, 1[44]: "Grundrechte (...) die als Ausdruck des allgemeinen Freiheitsanspruchs des Bürgers gegenüber dem Staat von der öffentlichen Gewalt jeweils nur soweit beschränkt werden dürfen, als es zum Schutz öffentlicher Interessen unerlässlich ist".

C. MISE EN OUVRE PAR LE JUGE CONSTITUTIONNEL

La compréhension sera plus aisée si l'on prend un exemple concret, comme la décision du 19 juin 1979(139), rendue par la Cour constitutionnelle fédérale à propos de l'aptitude d'un prévenu, accusé des crimes pendant la période nazi, à supporter la poursuite de la procédure pénale sans risques inacceptables pour sa santé. Cette procédure avait commencé en 1961, à une époque où l'accusé avait déjà subi deux attaques cardiaques. Durant la procédure d'enquête, celui-ci a donc fait valoir que la poursuite de la procédure pénale, avec la charge émotionnelle qu'elle représentait pour lui, mettait en danger sa santé et sa vie, autrement dit son droit à la vie et à l'intégrité physique, garanti par l'article 2 alinéa 2 de la Loi fondamentale. Après maintes expertises médicales(140), et un jugement de non lieu prononcé par le Tribunal de première instance de Hambourg, la Cour d'appel se prononça finalement pour la poursuite de la procédure pénale. Dans leur décision du 29 novembre 1978(141), les juges d'appel rappelaient que le prévenu était déjà sous le poids psychologique du procès depuis longtemps (17 ans!), sans que cela entraîne une dégradation notable de sa santé. Par ailleurs, s'ils acceptaient que l'intérêt public à la poursuite de la procédure pénale devait être concilié avec le droit fondamental de l'accusé résultant de l'article 2 alinéa 2 GG, à travers le principe de proportionnalité, ce principe serait respecté, puisqu'en cas de poursuite de la procédure "il ne résulterait pas de façon certaine une nouvelle attaque cardiaque" et le risque pour la santé de l'accusé paraissait donc, eu égard aux circonstances de l'espèce, "raisonnable"(142).

A la suite d'un recours constitutionnel du prévenu, la Cour constitutionnelle fédérale cassa ce jugement. La haute juridiction inaugura sa démonstration, fort utile de notre point de vue, en affirmant que le devoir de l'Etat d'assurer le fonctionnement efficace de la justice pénale répondait à un intérêt général de rang constitutionnel(143). Mais ce devoir n'entraînait pas la poursuite du procès sans considération d'autres principes constitutionnels, éventuellement opposés, comme celui du droit fondamental de l'accusé à ne pas voir sa vie ou sa santé mise en danger(144). "Dans de tels cas", nous dit la Cour, il existe entre les deux principes constitutionnels opposés "une situation de tension (*Spannungsverhältnis*). Aucun des intérêts opposés ne peut avoir de façon absolue la priorité (*schlechthin den Vorrang*) sur l'autre"(145).

(139) BVerfGE 51, 324.

(140) La dernière d'entre elles prévoyait, en cas de poursuite de la procédure pénale, un danger "statistique" d'une nouvelle attaque de 50% et, dans un tel cas, une éventualité que l'attaque soit mortelle de 50% de nouveau: il y avait donc, selon les éléments de "fait", un danger de mort du détenu de 25%, sans qu'aucun des médecins ne s'aventure à un calcul des probabilités d'un accident de santé similaire dans le cas où la procédure ne serait pas poursuivie.

(141) Décrite dans l'arrêt précité de la Cour constitutionnelle fédérale, p.337s.

(142) Arrêt précité, pp.338-341.

(143) Arrêt précité, p.343. Déjà en ce sens BVerfGE 33, 367[383], BVerfGE 46, 214[222s.], BVerfGE 49, 24[54].

(144) Car ce principe constitutionnel n'a pas, nous dit la Cour, moins de poids (ni plus d'ailleurs) que le précédent: "Für das Grundrecht aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG gilt nichts anderes" (BVerfGE 51, 324[346]).

(145) BVerfGE 51, 324[345].

Se trouve ainsi clairement posée la condition d'application du contrôle de proportionnalité: la "situation de tension", de conflit juridique, entre deux principes juridiques, tout aussi licites du point de vue constitutionnel l'un comme l'autre. Toutefois cette licéité n'est qu'une licéité a priori: pour la détermination de la in fine conformité au droit, c'est l'un des principes qui prévaudra, par le biais de l'application par le juge du principe de proportionnalité: "Le conflit ici posé est à résoudre par le biais du principe de proportionnalité (...), à travers la pondération (Abwägung) des intérêts juridiques opposés"(146).

Cette pondération ne peut être conduite qu'en prenant en compte les circonstances particulières de l'espèce, puisqu'au plan normatif général aucune solution ne peut avoir une absolue priorité. En l'occurrence, seront d'une importance capitale la façon, la durée et la gravité des atteintes que la poursuite de la procédure pénale représente pour l'accusé, ainsi que les possibilités d'en atténuer les effets indésirables tout en la maintenant. Néanmoins, si malgré toutes les précautions prises le danger pour la santé du prévenu demeure grave, l'atteinte portée à son droit fondamental sera retenue in fine et entraînera l'annulation de la décision. La Cour prend donc soin de préciser de façon très détaillée, que la seule éventualité d'une aggravation de l'état de santé du prévenu n'est pas suffisante pour entraîner l'arrêt de la procédure pénale, mais qu'en revanche la certitude de cette aggravation n'est pas requise non plus. La solution, "les frontières de la conformité au droit" se trouvent donc entre ces deux cas de figure, et c'est dans cette direction que l'examen du juge devra être dirigé: le danger d'une nouvelle attaque cardiaque est-il concrètement suffisamment grave(147)?

Or c'est justement là la raison de l'annulation de la décision de la Cour d'appel. Celle-ci en effet, afin de se prononcer en faveur de la poursuite de la procédure, a mal dirigé son examen de pondération entre les deux principes, car elle s'est posée la question de savoir si l'aggravation de la santé de l'accusé serait inévitable et non simplement grave(148). Si, au contraire, elle s'était posée la question correcte, le résultat de son examen aurait pu(149) être différent. L'annulation intervient donc uniquement parce que la pondération, exigée par le principe de proportionnalité, a été conduite de façon inappropriée.

Résumons notre propos: dans cette affaire, volontairement choisie dans un domaine politiquement sensible(150), la Cour de Karlsruhe n'a pas hésité à faire une démonstration claire du mécanisme de contrôle qu'elle entend imposer en cas de conflit entre deux principes juridiques opposés, mais tous deux constitutionnellement garantis. Pour elle, l'application du principe de

(146) Arrêt précité, p.346.

(147) Arrêt précité, pp.346-349.

(148) Arrêt précité, pp.348-350.

(149) "Es kann (...) nicht ausgeschlossen werden, daß das Oberlandesgericht bei Anwendung eines verfassungsrechtlichen unbedenklichen Prüfungsmaßstabes die Frage der Verhandlungsfähigkeit des schwerkranken Beschwerdeführers anders beurteilt hätte, als dies in der angegriffenen Entscheidung geschehen ist" (arrêt précité, p.350).

(150) La démonstration claire d'un mécanisme typique prend ainsi encore plus valeur d'exemple; voir aussi, pour une démonstration analogue, BVerfGE 77, 1[33] (décision à propos de l'ouverture d'une enquête parlementaire).

proportionnalité implique avant tout une non a priori prépondérance entre deux principes opposés, dont l'un milite pour et l'autre contre l'acte examiné: la liberté individuelle garantie par la Constitution et l'intérêt général qui légitime l'atteinte de celle-ci se trouvent face-à-face en situation conflictuelle. Dans un tel cas, le juge adopte pratiquement ouvertement le rôle de l'arbitre, qui déterminera la in fine priorité de l'un ou l'autre principe en question par l'examen concret et pondéré des avantages et inconvénients de chaque solution.

Ces remarques mettent en évidence l'objection que l'on peut tout de suite avoir, celle du subjectivisme juridictionnel. La Cour constitutionnelle fédérale annule en effet une décision, uniquement parce que l'"arbitrage" entre deux concepts qualificateurs, conformes à la Constitution l'un comme l'autre, n'aurait pas été conduit de façon correcte; pourtant, on aurait pu penser que la décision de la Cour d'appel n'avait rien d'inacceptable, d'autant plus que la Cour de Karlsruhe elle-même ne se prononce pas clairement sur le résultat de sa "pondération". Or quelle est la légitimité qui reste à un juge qui, finalement, prétend moins interpréter des dispositions qui s'imposent à lui que "choisir" entre elles, même sous certaines conditions extérieures à sa libre appréciation?

Il s'agit certes ici de l'examen d'une décision juridictionnelle, et non pas d'un acte législatif ou administratif. En général, le juge allemand ne manque pas d'affirmer que son propos n'est pas de se substituer à l'autorité compétente en recherchant une décision optimale, mais seulement de s'assurer du respect des limites extrêmes de la liberté d'appréciation de celle-ci, en exerçant donc une forme d'examen de la disproportion manifeste(151). On retrouve là une problématique beaucoup plus familière; ce que le juge mettrait en balance, ce ne serait que les "moyens" et le "but" de la mesure examinée(152).

Qui plus est, le juge constitutionnel s'attache à un certain nombre de "points de repère" constants, qui ont été progressivement dégagés par sa jurisprudence(153) et visent à "objectiviser" son contrôle. Le premier se réfère à l'importance propre du droit fondamental en cause; ainsi la Cour de Karlsruhe affirme que "plus l'atteinte porte sur des formes essentielles de la liberté individuelle, plus importante doit être sa justification"(154). Le second concerne l'importance et l'urgence de l'intérêt général visé par l'intervention de la puissance publique: une intervention fondée sur de tels motifs justifiera des atteintes plus importantes aux droits fondamentaux(155). Enfin le troisième point est

(151) Cf. G. HAVERKATE, *Rechtsfragen des Leistungsstaats, Verhältnismäßigkeitsgebot und Freiheitsschutz im leistenden Staatshandeln*, Tübingen 1983, p.15s.; R. RUBEL, *Planungsermessens, Norm- und Begründungsstruktur*, Frankfurt am Main 1982, p.143s., L. HIRSCHBERG, *Der Grundsatz...*, ouvrage précité, p. 200s. etc.

(152) E. GRABITZ, *Der Grundsatz...*, article précité, p.575: "[Zweck und Mittel sind] in ihrer Bedeutung gegeneinander abzuwägen".

(153) Ibid, p.581.

(154) BVerfGE 17, 306[313]. Voir également sous chapitre 2, section 2, §2, B.

(155) A propos de l'importance de l'intérêt général en cause, voir par exemple BVerfGE 30, 292[324]: "Das hiermit gekennzeichnete Gemeinwohlinteresse an einer geordneten und langfristig gesicherten Energieversorgung wiegt so schwer, daß der durch das Gesetz bewirkte Eingriff in die erwerbswirtschaftliche Tätigkeit der Mineralölimporthändler - auf die es in diesem Zusammenhang allein ankommt - nicht unverhältnismäßig und unzumutbar erscheint". A propos de l'urgence, voir par

l'intensité et la durée de l'atteinte au droit fondamental: comme le répète souvent la Haute juridiction constitutionnelle, plus la gravité de cette atteinte est élevée, plus l'intérêt général motivant la mesure en cause doit être important pour pouvoir la justifier(156).

Il reste que le processus décrit ne semble pas garantir un seul résultat et répondre donc au souci de la sécurité de droit qui doit être une des fonctions essentielles de la décision juridictionnelle. Au contraire, le mécanisme du contrôle de proportionnalité, tel qui se présente ici, semble décrire le "comment" - le processus - mais pas le "pourquoi" - la justification - de la décision. En tant que tel, il provoque un certain malaise(157).

Conclusion du paragraphe: Ayant valeur constitutionnelle, le principe de proportionnalité n'est pas pourtant une norme déterminant la conformité au droit de manière autonome; il est lié aux droits fondamentaux, qu'il est chargé de défendre: "Nul ne peut faire valoir l'atteinte au principe de proportionnalité en tant que tel, mais bien l'atteinte à un de ses droits fondamentaux, ne respectant pas le principe de proportionnalité"(158). Impliquant une pondération entre les libertés individuelles et l'intérêt général, en considérant avant tout les circonstances de l'espèce, le principe de proportionnalité apparaît donc avant tout comme une "guideline", éclairant l'action d'autres normes, les droits fondamentaux(159), mais laissant une grande part à la subjectivité du juge. Est-il pour autant admis et appliqué dans tous les cas de figure? C'est la question qu'il convient de se poser désormais.

exemple BVerfGE 72, 26[31]: "(...) auch muß bei einer Gesamtabwägung zwischen der Schwere des Eingriffs und dem Gewicht und der Dringlichkeit der ihn rechtfertigenden Gründe die Grenze der Zumutbarkeit noch gewahrt sein".

(156) Voir la citation précédente (BVerfGE 30, 292), également en p.316: "Je empfindlicher die Berufsausübenden in ihrer Berufsfreiheit beeinträchtigt werden, desto stärker müssen die Interessen des Gemeinwohls sein, denen diese Regelung zu dienen bestimmt ist". Pour la durée de l'atteinte, voir une décision plus récente du 8 octobre 1985 relative à la réclusion dans un asile psychiatrique (BVerfGE 70, 297[315]): "Plus la réclusion dans un asile psychiatrique dure, plus les conditions pour le respect du principe de proportionnalité par la mesure doivent être strictes".

(157) Mais voir plus loin, Partie II, titre 2, chapitre 2, section 2 et titre 3, chapitre 2, section 2.

(158) T. STEIN, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, Rapport allemand pour le Xme congrès de droit comparé, Budapest 1978, p.278.

(159) Idée que semble également adopter la Cour constitutionnelle fédérale, quand elle déclare par exemple que "Prüfungsmaßstab ist ausschließlich Art. 10 GG (liberté de la correspondance). An dieser Grundrechtsnorm ist unter Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zu prüfen, ob die angegriffenen Maßnahmen des Bundesministers der Verteidigung verfassungsmaßig sind" (BVerfGE 67, 157[171]). Voir également E. GRABITZ, Der Grundsatz..., article précité, p.582.

§2. Un principe constitutionnel incontesté

Lié à une certaine conception de la Loi fondamentale(160), l'emploi du principe de proportionnalité est généralisé et indiscutable, du moins en ce qui concerne le contentieux des droits fondamentaux. C'est ce que démontre l'étude de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale, qu'il s'agisse des droits fondamentaux soumis à l'éventualité d'une limitation légale sans conditions constitutionnelles précises (A), avec des conditions constitutionnelles précises (B) ou même de ceux ne pouvant en principe nullement être limités par l'intervention d'une loi (C).

A. DROITS FONDAMENTAUX SOUMIS A DES LIMITATIONS LEGALES SANS DIRECTIVE CONSTITUTIONNELLE PRECISE

On a déjà souligné que la plupart des droits fondamentaux peuvent être limités par l'intervention d'une loi générale, sans que cette loi soit pour autant soumise à des directives précises par la Loi fondamentale(161). Ces droits fondamentaux, pris textuellement, permettent pratiquement toutes les interventions du législateur, comme l'indique par exemple l'article 2, alinéa 2 GG: "Chacun a droit à la vie et à l'intégrité physique. La liberté de la personne est inviolable. Des restrictions ne peuvent être apportées à ce droit qu'en vertu d'une loi".

Restera bien évidemment la protection de l'"essence" de ce droit qui, comme celle de tout autre droit fondamental, n'est pas susceptible d'être limitée(162). Mais en dehors de son "noyau dur" le droit fondamental deviendra une norme "vide" à l'égard du droit positif. Or une telle situation est d'emblée incompatible avec l'article 1, alinéa 3 de la Loi fondamentale qui érige la totalité des droits fondamentaux, et non certains d'entre eux, ou certains de leurs aspects, au rang constitutionnel "en tant que droit directement applicable".

Pour se conformer à cette disposition impérative, tout en s'attachant à la seule "protection minimum" de l'article 19 alinéa 2 de la Loi fondamentale, certains auteurs ont fait valoir une théorie dite "relative" de cette disposition constitutionnelle. Selon eux(163), il y aurait atteinte à la "protection minimum" d'un droit fondamental chaque fois que l'atteinte serait "disproportionnée à l'égard de l'importance et du poids du droit fondamental en question"(164). Mais de cette

(160) Et notamment des normes juridiques que le contrôle de proportionnalité est appelé à mettre en œuvre: voir infra, sp. partie II, titre 2, chapitre 2, section 2.

(161) Voir section 1, §2, B, b.

(162) Article 19, alinéa 2 GG: "En aucun cas il ne peut être prévu de limitations telles que la liberté en cause perde toute substance". Il s'agit de la protection d'une "position minimum" (Mindestposition) ou de la garantie de l'essence du droit fondamental (Wesensgehaltsgarantie).

(163) Principalement K. HESSE, Grundzüge des verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 14e édition, Heidelberg 1984. Voir également P. HÄBERLE, Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz, Zugleich ein Beitrag zum institutionellen Verständnis der Grundrechte und zur Lehre vom Gesetzesvorbehalt, 3e édition, Heidelberg 1983, p.58s.

(164) K. HESSE, Grundzüge..., ouvrage précité, n°318.

manière c'est la "protection minimum" qui est appliqué à travers un examen de proportionnalité: il y a donc dans ce cas également pondération.

Si on se tient en revanche, de façon plus traditionnelle, à une conception "absolue" de la protection de l'essence des droits fondamentaux, il y aura besoin d'un autre moyen de contrôle de rang constitutionnel, qui examinera la constitutionnalité de toute atteinte se situant au delà de l'essence du droit fondamental, autrement dit du "contrôle normal" du domaine que celui-ci protège. Et ce contrôle ne peut être autre que le contrôle de proportionnalité(165), qui va plus loin que le contrôle de la Mindestposition et donc le recouvre(166).

En tout état de cause, la Cour constitutionnelle fédérale coupe court aux discussions théoriques en imposant la pondération dans tous le cas où il est question d'une atteinte à un droit fondamental de ce type(167).

B. DROITS FONDAMENTAUX SOUMIS A DES LIMITATIONS LEGALES UNIQUEMENT SOUS CERTAINES CONDITIONS CONSTITUTIONNELLES

La réalité peut paraître plus nuancée en ce qui concerne les droits fondamentaux pour lesquels la Loi fondamentale a songé à déterminer par avance les cas où une limitation légale peut avoir lieu. Peut-on parler dans ces cas d'une "abwägungsfreie Subsumtion"(168), autrement dit, ne pourrait-on pas examiner la constitutionnalité des atteintes de tels droits fondamentaux à l'aide des règles traditionnelles de l'herméneutique juridique(169)?

Le fait que tel n'est pas le cas peut être démontré par l'étude de la jurisprudence de la Bundesverfassungsgericht, au sujet, par exemple, de l'article 13 de la Loi fondamentale, relatif à l'inviolabilité du domicile. Les dérogations à ce droit fondamental sont en effet soumises à des conditions strictes par les alinéas 2 et 3 de l'article qui le consacre(170). Pourtant, la Cour veille à ce

(165) Cf. R. ALEXY, *Theorie...*, ouvrage précité, p.113s.

(166) Théoriquement, le contrôle de la "position minimum" offre aux droits fondamentaux une protection d'une autre nature que le principe de proportionnalité. Ainsi, si une atteinte est portée à l'"essence" du droit en question, elle sera considérée inconstitutionnelle, même si elle paraît par ailleurs proportionnée. En réalité il en va pourtant autrement, comme le démontre R. ALEXY: si une atteinte est trop importante, d'un point de vue constitutionnel, elle ne peut en aucun cas être admise; à ce niveau, nul besoin d'un autre mécanisme de protection (*Theorie...*, ouvrage précité, p.267s.[271-272]). La raison se trouve peut-être au fait que le principe de proportionnalité a été une création jurisprudentielle, postérieure donc à la rédaction de la Loi fondamentale; après sa reconnaissance, l'utilité pratique de l'article 19 alinéa 2 s'amoindrit: qui peut le plus peut le moins.

(167) Voir par exemple BVerfGE 19, 330[337]; BVerfGE 21, 150[155]; BVerfGE 27, 211[219].

(168) Terme qui pourrait être traduit approximativement "Qualification juridique sans pondération"; cf. R. ALEXY, *Theorie...*, ouvrage précité, p.114s.

(169) E. FORSTHOFF, *Zur Problematik der Verfassungsauslegung*, Stuttgart 1961, p.34.

(170) Aux termes de l'article 13 GG "Le domicile est inviolable (alinéa 1). Des perquisitions ne peuvent être ordonnées que par le juge ainsi que, s'il y a péril en la demeure, par les autres organismes prévus par les lois; elles ne peuvent être effectuées

qu'une mesure qui respecte ces conditions soit néanmoins soumise au contrôle de proportionnalité: les limites du droit fondamental en question ne pourront ainsi être fixés, souligne la Cour, qu'"en tenant compte de la présomption constitutionnelle en faveur de la liberté et des principes fondamentaux de la proportionnalité et de la rationalité"(171).

Ainsi, même lorsque les conditions de pure qualification juridique d'une exception spécifique d'un droit fondamental donné sont formellement remplies, la pondération n'est pas pour autant absente de l'examen du juge. Le principe de proportionnalité se trouve ici aussi appliqué sans faille.

C. DROITS FONDAMENTAUX NE POUVANT ETRE LIMITEES EN VERTU D'UNE LOI

Dans le cas de droits fondamentaux tels que la liberté des sciences et de l'art, ou la liberté de la croyance et de l'opinion, la loi ne peut en principe intervenir pour apporter de limitations. Il ne saurait donc être en principe question de pondération entre motifs d'intérêt général véhiculés par une loi et liberté constitutionnelle. Mais les limites de ces droits qui sont, comme cela a été déjà dit(172), d'ordre constitutionnel, impliquent là aussi nécessairement une pondération pour la détermination de la in fine conformité au droit.

La décision déjà étudiée portant sur l'objection de conscience(173) peut ici aussi nous servir d'exemple. Dans cette décision en effet, la Cour constitutionnelle fédérale affirme que "les conflits qui résultent" dans de telles cas entre normes de rang constitutionnel "se résolvent en faveur de la règle constitutionnelle qui a, en l'espèce, le plus de poids", norme qui ne doit "reculer que dans la mesure où cela apparaît, logiquement et systématiquement nécessaire, tandis que son essence doit toujours être sauvegardée"(174). Une telle formule met en évidence sans équivoque possible la pondération entre normes

que dans la forme y prescrite (alinéa 2). Des dérogations et des restrictions ne peuvent d'ailleurs être apportées à cette inviolabilité que pour parer à un danger commun ou à un danger menaçant la vie individuelle ainsi que, en vertu d'une loi, pour prévenir des dangers imminents menaçant la sécurité et l'ordre public, notamment pour remédier à la pénurie de logements, pour lutter contre les épidémies ou pour protéger la jeunesse en danger (alinéa 3)".

(171) BVerfGE 32, 54[72]. Il est à noter que dans cette affaire jugée le 13 octobre 1971 ("Schnellreinigungsfall"), la Cour de Karlsruhe devait se prononcer sur la constitutionnalité de mesures d'investigation intervenant à des locaux commerciaux, que la lettre de l'article 13 ne couvre pas. La Cour l'avoue, mais exerce néanmoins son contrôle en vertu de cette disposition. Selon elle, "la lettre de l'article 13 alinéa 1 ne peut être décisive", car le mot "domicile" (Wohnung) doit être compris comme "local à usage privé" (arrêt précité, p.72).

(172) Voir section 1, §2, B, a.

(173) BVerfGE 28, 243. On peut d'ailleurs se référer à une décision plus récente sur le même sujet (24 avril 1985, NJW 1985, p.1519) par laquelle le juge constitutionnel accepte une limitation indirecte, bien que légère, du droit de l'objection de conscience par le législateur, lequel n'aurait pas "excédé les limites de la liberté de décision qui lui revient" (cf. M. FROMONT, *chr.*, RDP 1987, p.1206).

(174) Arrêt précité, pp.260-261.

antinomiques de rang constitutionnel par laquelle le juge constitutionnel tient à résoudre les cas d'espèce(175).

Il existe néanmoins parmi les droits fondamentaux de cette catégorie au moins un pour lequel l'existence et même la possibilité d'existence d'une pondération peut effectivement être contestée: le principe de la dignité humaine laquelle, aux termes de l'article 1 GG "est inviolable. Tout pouvoir public est obligé de la respecter et de la protéger".

Ce droit fondamental(176) constitue, comme le souligne O. Jouanjan, "le trépied sur lequel repose le système global des valeurs de la Constitution"(177) allemande. La Cour constitutionnelle fédérale a tenu souligner son importance exceptionnelle à plusieurs reprises, en affirmant qu'elle "se trouve à la base de tous les droits fondamentaux"(178). Peut alors se poser la question s'il y a toujours lieu à pondération en cas d'atteinte contre ce droit fondamental, ou si celui-ci bénéficie d'une priorité absolue.

Certaines décisions de la Cour de Karlsruhe pourraient a priori laisser penser le contraire. C'est par exemple le cas d'une décision du 31 janvier 1973, par laquelle la haute juridiction affirme que "seul un intérêt général prépondérant ne suffit pas pour justifier une atteinte au noyau dur absolument protégé de l'épanouissement de la personne; une pondération par le biais du principe de proportionnalité ne peut exister sur ce point"(179). Doit-on interpréter cette formule comme impliquant l'inviolabilité de la dignité de l'homme et du libre développement de la personne même dans le cas où l'intérêt général est "prépondérant" d'un point de vue constitutionnel?

A l'évidence, tel ne saurait être le cas. Ce qu'il faut voir dans cette phrase c'est une conception étroite du principe de proportionnalité, en tant que protection supplémentaire, accordée au delà de la "protection minimum" dont il a déjà été question. Mais la protection en deçà du "noyau dur" du droit fondamental est toujours possible, et elle ne peut être acquise qu'à travers le principe de proportionnalité, comme la Cour s'empresse de le rappeler dans ses développements suivants de la même décision: "Néanmoins les articles 2 alinéa 1 et 1 alinéa 1 GG ne protègent pas de façon absolue tout le domaine de l'épanouissement de la personne"; dans la mesure où il en va ainsi des limitations peuvent donc avoir lieu "en faveur d'un intérêt général prépondérant et sous le contrôle le plus strict du principe de proportionnalité"(180).

En réalité, le droit fondamental de la dignité humaine véhicule un principe d'une importance particulière, et peut donc bénéficier d'une présomption

(175) Voir également à titre d'exemple BVerfGE 30, 173[193s.]; BVerfGE 32, 98[108]; BVerfGE 33, 23[29]; BVerfGE 41, 29[50]; BVerfGE 44, 37[50]; BVerfGE 49, 24[56].

(176) Combiné avec l'article 2 alinéa 1 GG garantissant le libre développement de la personnalité. La Cour constitutionnelle fédérale combine souvent ces deux droits pour obtenir la protection optimum de la "sphère du libre développement de la personne privée", cf. par exemple BVerfGE 34, 238.

(177) Le principe..., ouvrage précité, p.170.

(178) BVerfGE 30, 173[194]; voir déjà BVerfGE 6, 32[41]; BVerfGE 6, 389[433].

(179) BVerfGE 34, 238[245].

(180) Arrêt précité, p.246.

de prépondérance(181). Or par là il faut voir une pondération qui débouche dans la plupart des cas en faveur de la liberté en question et non une absence totale de pondération. D'ailleurs, la pondération n'est nullement incompatible en soi avec une importance propre plus ou moins grande du droit protégé(182).

Plus encore, même dans les cas où la Cour constitutionnelle fédérale présente son jugement sur ce droit fondamental sous la forme d'une pure qualification juridique des faits - le droit est-il lésé (verletzt) ou pas - il peut en réalité y avoir une pondération sous-jacente, comme le démontre la formule suivante à propos de la peine de réclusion criminelle à perpétuité: "La dignité de l'homme (...) n'est pas lésée, quand l'exécution de la peine, à cause du danger que continue à représenter le prisonnier se révèle nécessaire et exclut l'éventualité d'accorder une grâce"(183). L'on rencontre ici la proportionnalité-interprétation décelée lors de l'étude du contentieux administratif français(184); et, chose plus importante, on constate que sous une forme ou sous une autre, la pondération des intérêts juridiquement protégés qui s'opposent est toujours présente(185).

Conclusion du paragraphe et de la section: Principe constitutionnel, la Verhältnismäßigkeit allemande implique une pondération entre les droits fondamentaux qu'elle est chargée de défendre, et l'intérêt général qui milite en faveur de leur limitation. Aujourd'hui indiscutable, car généralement appliqué par la Cour constitutionnelle fédérale, le principe de proportionnalité se voit appliqué toutes les fois où des droits fondamentaux sont en cause, le juge constitutionnel ayant affirmé à maintes reprises que dans de tels cas la pondération juridique entre les intérêts en présence est nécessaire.

Conclusion du chapitre: Renaissant après une période historique douloureuse, l'Etat allemand s'est structuré autour de la Loi fondamentale de 1949. Ce texte se présente à la fois comme l'aboutissement d'une longue tradition philosophique et juridique et comme un nouveau départ, confiant largement le sort du nouvel Etat au droit et au pouvoir judiciaire.

Son aspect le plus innovateur est sans doute la position toute particulière accordée à la garantie juridique des droits fondamentaux, concrétisations constitutionnelles des libertés. Or la valeur de droit positif reconnue aux droits fondamentaux entraîne nécessairement une grande quantité de conflits potentiels avec les préoccupations d'intérêt général qu'un Etat moderne ne peut manquer d'avoir. Leur reconnaissance explicite en tant que droits directement applicables (article 1 alinéa 3 GG) confie au pouvoir judiciaire la responsabilité d'arbitrer entre ces préoccupations d'une valeur abstraite, normative, égale. Dès lors la consécration constitutionnelle d'un principe juridictionnel qui, précisément, est chargé d'effectuer cette pondération nécessaire s'avérerait pratiquement inéluctable, et c'est donc à juste titre que, pour le dégager, le juge

(181) Cf. les développements particulièrement intéressants de R. ALEX, *Theorie...*, ouvrage précité, p.94s.

(182) Voir également chapitre 2, section 2, §2, B, b.

(183) BVerfGE 45, 187[242].

(184) Titre 1, chapitre 1, section 2, sous section 2, §2.

(185) Sur la nécessité de la pondération voir aussi R. DECHSLING, *Das Verhältnismäßigkeitsgebot...*, ouvrage précité, p.8s.

constitutionnel a affirmé tirer les conséquences de l'Etat de droit constitué par la Loi fondamentale.

Cela dit, si le principe de proportionnalité impose cette "mise en balance", il ne s'y limite pas. Il s'agit en effet d'un mécanisme élaboré et complexe, dont il convient maintenant d'examiner la portée.

CHAPITRE SECOND

LA PORTEE DU CONTROLE CONSTITUTIONNEL DE PROPORTIONNALITE

Nos développements sur le principe de Verhältnismäßigkeit ont avant tout essayé de mettre en évidence la fonction principale qu'il est appelé à jouer au sein du contentieux constitutionnel, ainsi que l'élément principal de son mécanisme, à savoir la pondération entre normes constitutionnelles antinomiques, mais a priori susceptibles, l'une comme l'autre, d'être appliquées au cas d'espèce. Or à ce stade de l'étude, une précision est nécessaire quant à la définition du principe étudié. En effet, le mot "Verhältnismäßigkeit" - proportionnalité - est employé en Allemagne pour indiquer deux principes juridiques: la "proportionnalité au sens large" ("Verhältnismäßigkeit im weiteren Sinne" ou, le plus souvent, simplement "Verhältnismäßigkeit" dans les ouvrages allemands) et la "proportionnalité au sens strict" (Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne)(1). La "proportionnalité au sens étroit" qui indique précisément la pondération à laquelle il été fait référence, fait partie de la "proportionnalité au sens large". Mais cette dernière comporte d'autres éléments(2) dont les mécanismes particuliers doivent donc être expliqués avant de procéder à la suite de l'étude.

Ainsi le principe de Verhältnismäßigkeit n'est pas seulement un moyen juridictionnel à plusieurs facettes, c'est aussi un contrôle à différents niveaux. Ce contrôle s'applique en effet, de manière indifférente à tout acte de la puissance étatique, fut-il un acte du pouvoir législatif, exécutif ou judiciaire. Or l'examen de la constitutionnalité, plus précisément du respect des droits fondamentaux, d'une mesure administrative peut parfaitement nécessiter l'examen préalable, à l'occasion de cet acte, de la proportionnalité des dispositions législatives en vertu desquelles cet acte a été pris; cet aspect d'un contrôle successif de la proportionnalité fait également partie inhérente de sa mise en œuvre.

Aussi ce n'est qu'après avoir étudié plus en détail l'application du contrôle de proportionnalité (section 1), que l'on pourra se consacrer à l'examen de ses effets, tant positifs que négatifs (section 2).

(1) L'emploi à ce propos du même terme - bien que les termes alternatifs ne manquent pas - n'est pas sans provoquer une certaine confusion notionnelle. Mais cette confusion, largement due à la prolifération des termes employés, et finalement à l'étendue toute particulière du contrôle même de proportionnalité va beaucoup plus loin. Pour un aperçu sur ce sujet voir section 2, §2, A, a.

(2) Et, partiellement au moins, dans les autres pays étudiés, telle la "nécessité", dont le contrôle se confond en France avec celui de la proportionnalité.

Section 1

L'application du contrôle de proportionnalité

Actuellement comme avant l'introduction de la Loi fondamentale, le principe de proportionnalité "prohibe toute atteinte excessive aux droits ou à la situation de l'individu et impose à l'Etat une obligation de modération"(3). Cela dit, actuellement cette définition correspond plus particulièrement à la "proportionnalité au sens large" (désormais: "Verhältnismäßigkeit", ou "proportionnalité"). En effet, dans les années qui ont suivi l'introduction de la Constitution de 1949, le contrôle de proportionnalité, qui se confondait traditionnellement plus ou moins avec celui de la nécessité, s'est à la fois étoffé et structuré de manière plus détaillée et analytique, de sorte qu'il peut inclure aujourd'hui trois principes plus ou moins distincts les uns des autres.

Toutefois la présentation du contenu spécifique de ces principes spécifiques nous permettra de percevoir qu'il s'agit en réalité de différents éléments d'un même ensemble, et que cet ensemble entre dans sa totalité sous la désignation "contrôle de proportionnalité", objet de notre étude (§1). On pourra alors montrer la manière avec laquelle ce contrôle, uni dans sa diversité, s'introduit dans la totalité du contentieux public allemand, dans le domaine du droit constitutionnel, administratif ou pénal, et au niveau de l'acte législatif, administratif ou judiciaire (§2).

§1. Les éléments du principe de Verhältnismäßigkeit

Plusieurs auteurs allemands ont consacré des développements intéressants sur l'évolution du contrôle de proportionnalité depuis son apparition(4) Outre-Rhin. Parmi eux, L. Hirschberg a mis en évidence les étapes relativement récentes du processus qui a abouti à la distinction actuelle de trois principes plus spécifiques. L'auteur souligne en effet que si Otto Mayer utilise déjà le terme "proportionnalité [du moyen de] défense [contre un danger]" pour indiquer le comportement légal d'une autorité de police, en réalité par "proportionnalité" il entend seulement l'actuel principe de "nécessité", puisqu'il n'y a, dans son raisonnement, aucune mise en balance entre intérêts opposés, mais seulement la recherche "du moyen le plus doux"(5). L'actuelle "proportionnalité au sens strict" que véhicule la pondération déjà décrite, ne fait

(3) M. FROMONT, République Fédérale d'Allemagne: l'Etat de droit, RDP 1984, p.1203[1213].

(4) Voir, à titre indicatif: L. HIRSCHBERG, Der Grundsatz..., ouvrage précité, p. 2s.; M.Ch. JAKOBS, Der Grundsatz..., ouvrage précité, p. 2s.

(5) Cf. L. HIRSCHBERG, Der Grundsatz..., ouvrage précité, p. 4.

en revanche une timide apparition que peu avant la deuxième guerre mondiale(6), et ne se confirme qu'après(7).

En fait le contrôle de proportionnalité n'a été cristallisé sous son aspect actuel que depuis le début des années soixante(8), pour rester depuis "épistémologiquement" stable. Depuis lors on peut parler, sans risque d'être démenti, de trois éléments de contrôle distincts qui, appliqués successivement, en déterminent le contenu: l'"aptitude" (Geeignetheit), la "nécessité" (Erforderlichkeit), enfin la "proportionnalité au sens strict" (Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne ou Proportionalität).

A. LE CONTROLE DE L'APTITUDE

L'exigence de l'aptitude (Geeignetheit(9)) proprement dite impose que la mesure considérée puisse effectivement atteindre le but poursuivi, que "le but souhaité puisse être atteint pour l'essentiel par son biais"(10). Ainsi posé, le principe de l'aptitude est doublement limité:

D'abord une mesure n'est pas inapte au seul motif que le but recherché ne saurait être entièrement réalisé grâce à son intervention; une réalisation partielle peut être considérée comme suffisante(11).

Ensuite le juge n'exige pas que le but soit effectivement réalisé au moment de la décision: se plaçant d'un point de vue ex ante, il se contente de constater que la mesure envisagée est a priori susceptible d'atteindre le but recherché(12). Moins clair est à ce propos le cas, assez peu fréquent il est vrai, de

(6) Pour R. von KRAUSS, sa première apparition date de 1937 et a eu lieu dans le règlement policier de la ville de Danzig (Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in seiner Bedeutung für die Notwendigkeit des Mittels im Verwaltungsrecht, Hamburg 1955, p.15).

(7) Parmi les œuvres doctrinales qui ont contribué à fixer l'état du droit positif voir surtout l'étude déjà citée de R. von KRAUSS, et également B. BENDER, Verhältnismäßigkeit und Vermeidbarkeit des Verwaltungshandelns, NJW 1955, p.938s. et P. LERCHE, Übermaß und Verfassungsrecht, Köln 1961, p.20s.

(8) Cf. L. HIRSCHBERG, Der Grundsatz..., ouvrage précité, p. 9. La première décision de la Cour constitutionnelle fédérale qui intègre explicitement la distinction, au début doctrinale, des trois éléments du contrôle de proportionnalité semble être la célèbre "décision des Pharmacies" du 11 juin 1958 (BVerfGE 7, 377). Mais voir déjà BVerfGE 3, 383[399] pour une distinction entre "aptitude" et "proportionnalité entre le moyen et le but".

(9) Sont également utilisés pour exprimer la même idée le terme "[Zweck]tauglichkeit" ou "Zweckmäßigkeit" de la mesure examinée. Voir à ce propos M.Ch. JAKOBS, Der Grundsatz..., ouvrage précité, p. 64s.

(10) BVerfGE 30, 292[316]; BVerfGE 40, 196[222].

(11) Cf. BVerfGE 16, 147[183]. Voir à ce propos E. GRABITZ, article précité, p.572; M. GENTZ, article précité, p.1603; R. RUBEL, Planungsermessens..., ouvrage précité, p.96; L. HIRSCHBERG, Der Grundsatz..., ouvrage précité, p. 51.

(12) Cf. BVerfGE 67, 157[175], où la Cour constitutionnelle fédérale déclare: "Die Geeignetheit des Mittels im Sinne der Möglichkeit, den angestrebten Zweck zu fördern, bedeutet entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin nicht, der Erfolg müsse in jedem Einzelfall auch tatsächlich erreicht werden oder erreichbar sein. Die abstracte Möglichkeit der Zweckerreichung genügt". De même, dans l'affaire Lebach (BVerfGE 35, 202), la Cour accepte que l'éventualité de favoriser la réinsertion dans la

la mesure totalement inapte à atteindre le but recherché au moment de l'examen juridictionnel(13). Il semble pourtant que la Cour constitutionnelle fédérale reconnaisse à la puissance publique le droit à l'erreur, si cette erreur ne s'est révélée qu'en cours d'application de la mesure, à condition toutefois que celle-ci soit corrigée après avoir été constatée(14).

On voit donc que le contrôle de l'aptitude ne pourra aboutir à une annulation concrète de la mesure examinée que dans des cas exceptionnels, ce que la Cour de Karlsruhe admet d'ailleurs expressément(15).

Ce qui est peut être plus intéressant à souligner c'est le fait que le nombre limité d'annulations qui ont été fondées sur ce moyen ne correspondent pas rigoureusement au mécanisme décrit. Ainsi dans une affaire déjà ancienne jugée par la Cour administrative supérieure de Lüneburg(16), l'autorité administrative compétente devait examiner la conformité aux normes de sécurité de certains appareils forains, sorte de balançoires mécaniques comportant deux places. L'autorisation n'a été accordée qu'à condition qu'une seule personne s'y installe à la fois. L'interdiction de fonctionnement dans les meilleures conditions de recettes pour le forain exploitant a été annulée par la Cour, au motif que la mesure litigieuse n'était pas apte à atteindre le seul but envisageable, à savoir l'amélioration de la sécurité des clients - utilisateurs. Le fonctionnement des appareils était certes, selon la Cour, dangereux, mais ce danger n'était pas moindre pour une seule personne plutôt que deux: le client risquait toujours de s'arracher de son siège et de se blesser lui-même et d'autres personnes. Or, ce que le juge censure ici ce n'est pas tellement l'aptitude de la mesure à atteindre, même partiellement, le but légal (le danger dans le cas d'un usage par deux clients, visé par l'acte, est indéniablement écarté), mais une sorte d'"aptitude comparée", entre la mesure censurée et une autre, souhaitable selon la Cour. Il s'agit peut-être d'un contrôle déguisé de proportionnalité au sens strict(17), mais pas d'un contrôle de l'"aptitude au sens strict".

Il en va de même pour une autre affaire jugée par la Cour constitutionnelle fédérale(18). En l'espèce, des moyens de surveillance et de contrôle visant les moyens de transport publics, dans le but d'améliorer la sécurité des usagers ont été estimés inaptes à atteindre le but recherché,

société (Resozialisierung) d'un détenu suffit à interdire une émission de télévision qui la compromettrait. Mais il est vrai que ce cas de figure n'est pas facilement transposable, puisqu'il y avait en l'espèce deux droits fondamentaux opposés (droit de la personnalité du détenu et droit de liberté de la presse pour la chaîne de télévision).

(13) Cf. M.Ch. JAKOBS, *Der Grundsatz...*, ouvrage précité, p. 63.

(14) Cf. BVerfGE 25, 1[12s.]. T. STEIN souligne à propos que "c'est seulement lorsqu'un moyen s'avère, dès l'abord, inapproprié ou qu'il devient évident qu'il ne peut garantir le succès de manière définitive, que continuer à l'employer devient inconstitutionnel" (article précité, p.289).

(15) Ainsi BVerfGE 39, 210[230]: "Bei Anwendung dieser in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts entwickelten Grundsätze wird die Verfassungswidrigkeit einer gestützten Maßnahme aus dem Gesichtspunkt der objektiven Zweckuntauglichkeit nur sehr selten und nur in ganz besonders gelagerten Fällen festgestellt werden können".

(16) DVBl 1957, 275; OVG 11, 360.

(17) Voir L. HIRSCHBERG, *Der Grundsatz...*, ouvrage précité, p. 54, qui voit dans cet exemple une application du principe de l'égalité.

(18) BVerfGE 17, 306.

essentiellement au motif que le passager d'un moyen de transport public ne représentait pas un cas particulier par rapport aux autres passagers. Ici aussi il y avait un contrôle du but de la mesure, mais pas d'aptitude pure.

En réalité, le contrôle de l'aptitude d'une décision augmente ses chances d'aboutir à une censure dans la mesure où il ne se conforme pas à la définition restrictive qui est la sienne, mais se transforme de façon implicite en un contrôle du but objectif(19), pouvant ainsi véhiculer de façon déguisée d'autres éléments du principe de proportionnalité. C'est là un phénomène qu'on a déjà rencontré à propos du détournement de pouvoir en France utilisé par le passé comme vecteur du contrôle de proportionnalité(20). Mais tout comme le juge français, le juge allemand n'a pratiquement pas de raison aujourd'hui de procéder de la sorte. L'essentiel du contrôle de proportionnalité se concentre donc au sein de ses deux autres composantes, pour lesquelles l'aptitude sert d'introduction et d'appui(21).

B. LE CONTROLE DE LA NECESSITE

Une mesure estimée apte doit ensuite être appréciée du point de vue de sa "nécessité" (Erforderlichkeit(22)). Ce moyen de contrôle n'a pas en Allemagne exactement le même sens que le terme de "nécessité" en France: il ne s'agit pas de mettre en cause la relation entre le moyen et le but de l'acte, mais uniquement d'examiner des moyens alternatifs à but stable.

Une mesure étatique est ainsi considérée par le juge comme nécessaire s'il n'y en a pas une autre, permettant d'atteindre le même but en limitant moins les droits fondamentaux en cause(23). L'examen juridictionnel s'effectuera sur le choix entre plusieurs moyens étatiques tout aussi aptes les uns que les autres à entraîner des résultats positifs pour l'intérêt général. Les moyens comparés doivent avoir le même degré d'aptitude et répondre au même but. Il ne pourra par

(19) Pour R. DECHSLING, *Das Verhältnismäßigkeitsgebot*, ouvrage précité, p.75s. [80], le "contrôle préalable du but" est un des éléments qui composent nécessairement l'examen de l'aptitude, surtout quant il s'agit d'examiner un acte de l'administration qui, contrairement au législateur, n'a pas de pouvoir autonome de fixer ces buts car ceux-ci dépendent uniquement de la loi. Voir à ce propos G. HAVERKATE, *Rechtsfragen des Leistungsstaats...*, ouvrage précité, p.133.

(20) Voir titre 1, chapitre 2, section 1, sous section 1, §1.

(21) Voir néanmoins une décision récente du 10 mai 1988 (BVerfGE 78, 179) dans laquelle la Cour constitutionnelle fédérale, pour annuler l'interdiction faite à une ressortissante Suisse d'exercer comme psychothérapeute, affirme que le but de la loi applicable (antérieure à la Loi fondamentale, et qui interdisait l'exercice de la dite profession aux étrangers) ne peut être que la protection de la santé publique, but que l'interdiction d'exercice aux étrangers pour ce seul motif ne sert point (p.198).

(22) Tant la doctrine que la jurisprudence utilisent également, bien que de façon plus rare, le terme "Notwendigkeit" pour exprimer la même idée de la nécessité. L'emploi de ce terme n'est pas pourtant souhaitable car, comme le souligne (M.Ch. JAKOBS, *Der Grundsatz...*, ouvrage précité, p. 79s.), sa signification peut être légèrement différente et par là même source de confusion.

(23) Voir par exemple BVerfGE 30, 292[316]: "Das vom Gesetzgeber eingesetzte Mittel (...) ist erforderlich, wenn der Gesetzgeber nicht ein anderes, gleich wirksames aber das Grundrecht nicht oder doch weniger fühlbar einschränkendes Mittel hätte wählen können". Dans le même sens BVerfGE 19, 330[337]; BVerfGE 25, 1[17s].

conséquent être comparé un moyen moins adéquat (par exemple, atteinte partielle du but) mais moins sévère à un autre moyen qui entraîne un degré de réussite plus élevé mais porte une atteinte plus grave sur les droits privés en question; il n'y a donc pas, à ce stade, d'opposition entre "efficacité" et "liberté", mais recherche de "plus de liberté" avec le même degré d'efficacité.

Sur ce point de la conservation du même but en comparant les moyens alternatifs, il y a une quasi-unanimité de la doctrine(24). L'opinion opposée soutient la possibilité d'une "décision optimale", à travers la recherche de la "concordance"(25) avec la Loi fondamentale où, de façon moins excessive, la recherche d'une "optimisation de la liberté"(26). Mais c'est là un point de vue qui ne peut être accepté. En effet, comparer le moyen et le but tout en considérant la possibilité de la modification, et peut être même de la suppression du but, est un raisonnement qui implique la comparaison des avantages et des inconvénients non pas entre mesures alternatives, mais entre action et inaction. Il y a donc pondération, et en cela cette proposition ne s'apparente plus au contrôle de nécessité, mais à celui de la proportionnalité au sens strict(27). Par ailleurs, même à ce titre la recherche du moyen optimum ne peut être acceptée, car le contrôle de la proportionnalité au sens strict lui-même ne fait que fixer, comme on le verra, la limite du supportable, en imposant un lien non pas optimal mais proportionné, ou plutôt non disproportionné(28). L'exigence de la "concordance" en revanche implique une substitution pure du juge au législateur ou à l'administration, qui ne peut être admise par aucun système juridique(29).

Ainsi défini, l'examen de l'Erforderlichkeit limite tout de même bien plus que celui de l'aptitude la liberté d'appréciation de l'autorité compétente: il y a en effet assez de chances qu'une mesure ne se révèle pas "nécessaire", alors qu'elle était "apte". Appliqués successivement, ces deux instruments à la disposition du juge augmentent déjà considérablement l'intensité du contrôle juridictionnel. Toutefois, il est toujours possible que deux ou plusieurs moyens étatiques satisfassent l'exigence de la "nécessité". Dans ce cas, l'autorité demeure libre

(24) Voir à ce propos à titre indicatif: R. von KRAUSS, *Der Grundsatz...*, ouvrage précité, p.89s.; B. SCHLINK, *Abwägung...*, ouvrage précité, p.189s.; L. HIRSCHBERG, *Der Grundsatz...*, ouvrage précité, p.61s.; M.Ch. JAKOBS, *Der Grundsatz...*, ouvrage précité, p. 66s.; R. DECHSLING, *Das Verhältnismäßigkeitsgebot*, ouvrage précité, p.54s.

(25) Voir notamment K. HESSE, ouvrage précité, n° 71s. et n°317s. L'auteur prend position pour un "Prinzip praktischer Konkordanz" selon lequel deux situations juridiquement protégées qui se trouvent en conflit doivent être conciliées de manière à s'assurer de leur protection optimale.

(26) En ce sens M. GENZ, article précité, p.1604; R. WENDT, article précité, p.466s. Selon cette opinion, la mesure examinée peut être censurée quand une autre, moins apte, est aussi moins "attentatoire" à la liberté individuelle.

(27) Ceci est d'ailleurs clairement affirmé par la Cour constitutionnelle fédérale, quand celle-ci affirme que pour qu'une mesure alternative soit préférée, il faut que "le but puisse être réalisé tout aussi bien par cette autre mesure moins contraignante pour le particulier" (BVerfGE 38, 281[302]).

(28) Comme c'est le cas pour les autres pays examinés et notamment la France. Voir sur ce point M.Ch. JAKOBS, *Der Grundsatz...*, ouvrage précité, p. 84s.

(29) Ibid, p.85. Voir aussi sur ce point R. DECHSLING, *Das Verhältnismäßigkeitsgebot*, ouvrage précité, p.61s.

quant au choix du moyen employé, et peut même employer plusieurs moyens "nécessaires"(30).

Reste à voir comment s'effectue la comparaison de la "nécessité" des moyens alternatifs. Ce sera avant tout la recherche la moins attentatoire aux intérêts privés en cause: de la même manière que le contrôle de l'aptitude se concentre sur la recherche du moyen le plus favorable à l'intérêt général, celui de nécessité a comme fonction principale d'atténuer le poids de la puissance publique et le danger de l'arbitraire. Ce n'est qu'en cas d'une mesure de prestation que l'intérêt public pourra être accessoirement pris en compte à ce stade, tandis que le soin apporté aux intérêts privés demeurera toujours prépondérant(31). Cela dit, l'examen du juge étant ici comme à propos de l'aptitude un contrôle ex ante, la puissance publique ne sera pas tenue d'employer dès le début un moyen qui ne s'est prouvé supérieur qu'a posteriori. L'autorité compétente pourra modifier les moyens employés en cours d'application quand cela paraîtra souhaitable(32).

Une dernière question doit être brièvement évoquée: elle concerne la conduite de la comparaison entre moyens alternatifs quand celle-ci ne s'inscrit pas uniquement dans le cadre de l'opposition entre une partie privée et une partie publique, mais lorsque d'autres intérêts sont concernés de façon connexe. C'est d'ailleurs souvent le cas, puisque l'examen de la nécessité d'une mesure ne peut être conduit qu'in concreto, et dans son cadre tous les effets secondaires susceptibles d'être provoqués doivent être pris en considération par le juge(33). Y aura-t-il dans un tel cas pondération quant aux "buts subsidiaires" qui concernent les "effets secondaires" de l'acte? Cette question, par ailleurs avant tout théorique, appelle une réponse qui n'est pas unanime: négative pour certains auteurs(34), et positive pour d'autres(35). L'opinion favorable nous semble contestable car, tout en empiétant de manière excessive sur le domaine de la libre appréciation de

(30) Cf. BVerfGE 21, 150[157]. Voir à ce propos E. GRABITZ, article précité, p.574; M.Ch. JAKOBS, *Der Grundsatz...*, ouvrage précité, p. 73.

(31) En ce sens M.Ch. JAKOBS, *Der Grundsatz...*, ouvrage précité, p. 67s. De manière étonnante, autrement L. HIRSCHBERG, pour lequel la "sévérité publique" et la "sévérité privée" sont à examiner indépendamment l'une de l'autre sans que rien ne puisse permettre de dire si en cas de doute l'une ou l'autre doivent l'emporter (*Der Grundsatz...*, ouvrage précité, p. 66s.).

(32) Ainsi dans une affaire du 14 mai 1985 la Cour constitutionnelle fédérale reconnaît l'instauration d'une mesure plus contraignante comme conforme à l'exigence de la nécessité, puisqu'une plus grande efficacité est à escompter (BVerfGE 70, 1[26]).

(33) Cf. BVerfGE 13, 231[241].

(34) En ce sens L. HIRSCHBERG, *Der Grundsatz...*, ouvrage précité, p.172s. et B. SCHLINK, *Abwägung...*, ouvrage précité, p.210s. pour lesquels c'est ici une question qui relève du pouvoir discrétionnaire de l'autorité compétente, en tenant compte du principe d'égalité.

(35) Voir M.Ch. JAKOBS, *Der Grundsatz...*, ouvrage précité, p. 71s.; R. DECHSLING, *Das Verhältnismäßigkeitsgebot*, ouvrage précité, p.63s. Ainsi par exemple dans le cas d'une mesure de prestation, le moyen conforme au principe de la nécessité serait celui qui apporterait le plus d'avantages aux intérêts privés et, dans le cas où plusieurs mesures de la sorte existeraient, celui qui apporterait le moins d'inconvénients à l'intérêt général ou aux autres intérêts privés en cause.

l'autorité compétente, elle est aussi susceptible d'entraîner une certaine confusion entre "nécessité" et "proportionnalité au sens strict"(36).

De toute façon, la plupart des annulations engendrées par l'application du contrôle de proportionnalité ne s'effectuent pas au stade de l'examen de la nécessité(37). Ce n'est en effet qu'au dernier stade de l'examen juridictionnel que le juge s'interrogera de façon directe sur le caractère excessif des inconvénients que l'acte examiné entraîne, en comparaison avec les avantages escomptés.

C. LE CONTROLE DE PROPORTIONNALITE AU SENS STRICT

L'examen de la "proportionnalité au sens strict" (Verhältnismäßigkeitsgebot im engeren Sinne(38)) ne nous retiendra pas longuement ici, bien que celle-ci constitue l'essentiel du contrôle de proportionnalité en général: cet examen se résume en effet au mécanisme de pondération déjà présenté(39). Pour cette même raison ne seront pas commentées ici les prises de position doctrinales consistant à mettre en doute l'existence même d'un mécanisme de pondération en son sein comme celle de B. Schlink(40): en dépit de l'intérêt théorique que ces points de vue peuvent présenter, ils ont été démentis par la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale, comme on a pu déjà le souligner(41).

Néanmoins une remarque s'impose: si la proportionnalité au sens strict se distingue par certains égards aux deux autres composantes du contrôle de proportionnalité, il n'en demeure pas moins que le principe de proportionnalité appliqué, créé par le juge constitutionnel allemand conserve son unité.

En premier lieu en effet, ainsi qu'on l'a déjà souligné la pondération, effectuée lors de l'examen de la proportionnalité au sens strict, consiste à mettre en balance d'un côté l'intérêt général motivant la limitation d'une liberté, et de

(36) R. DECHSLING, Das Verhältnismäßigkeitsgebot, ouvrage précité, admet d'ailleurs que le contrôle de la nécessité pourrait dans ce cas comprendre un examen de pondération et que de cette manière il se rapproche quant à sa nature à celui de la proportionnalité au sens strict (p.68).

(37) Sans que cela signifie que le contrôle de la nécessité soit purement théorique: voir par exemple BVerfGE 32, 87[93] et BVerfGE 72, 26[33], où des annulations sont intervenues sur ce chef.

(38) Sont encore employés souvent le terme "Proportionalität", préférable car n'entraînant pas la confusion, et "Zumutbarkeit" (rationalité) qui est, lui, moins souhaitable, bien que fréquemment employé par la Cour constitutionnelle fédérale. En effet, le renvoi à la reasonableness anglo-saxonne, au faible pouvoir explicatif, n'éclaircit pas davantage ce concept que le juge allemand s'est efforcé de rendre aussi analytique et "scientifique" que possible (voir aussi section 2, §2, A, a).

(39) Voir chapitre 1, section 2, §1.

(40) In Abwägung..., ouvrage précité. D'ailleurs B. SCHLINK ne dément pas vraiment l'existence d'une pondération (titre de son livre!) mais essaie de la nier en tant qu'élément constitutif de la proportionnalité au sens strict. Pour une critique de sa théorie, voir par exemple L. HIRSCHBERG, Der Grundsatz..., ouvrage précité, p.172-175 et R. DECHSLING, Das Verhältnismäßigkeitsgebot, ouvrage précité, p.13s.

(41) Cf. chapitre 1, section 2, §2.

l'autre le droit fondamental qui la protège(42). Il s'agit là principalement d'un examen en droit, puisque sont comparées, même si c'est in concreto, les poids respectifs de deux principes juridiques antinomiques. Ainsi quand la Cour examine la constitutionnalité d'une mesure consistant à soumettre, dans certains cas, le droit au regroupement familial à une condition de durée préalable du mariage de trois ans(43), c'est la pondération entre "le principe de protection du mariage et de la famille et l'intérêt général rattaché à la période d'attente" qui donnera la solution du cas d'espèce; et si cette pondération aboutit à l'annulation de la mesure en question, c'est parce que "la conclusion de cette pondération s'avère injuste (excessive) pour les intérêts de la famille protégés par l'article 6 alinéas 1 et 2 de la Loi fondamentale"(44).

Cet aspect "juridique" de l'examen distingue nettement le contrôle de la proportionnalité au sens strict des autres éléments du contrôle de proportionnalité et plus particulièrement du contrôle de la nécessité. Car comme le souligne R. Alexy(45), l'examen de cette dernière est avant tout un examen factuel, qui ne concerne que peu le domaine strictement juridique. Cette distinction entre la recherche des possibilités alternatives pour une moindre atteinte des intérêts lésés (Vorteile von Alternativen) et l'examen des inconvénients éventuels du choix juridique effectué par l'autorité compétente (Nachteile der fraglichen Entscheidung) distingue la proportionnalité au sens strict de la nécessité, mais surtout explique la plus grande réticence du juge français devant ce dernier contrôle, moisi "juridique".

Par ailleurs le contrôle de la proportionnalité au sens strict se focalise sur l'examen de la relation entre le but projeté et les moyens employés, et c'est dans le cadre de cet examen que le juge pourra mettre en cause la légitimité même du but recherché, au vu de ses inconvénients. A l'opposé, tant le contrôle de la nécessité comme celui de l'aptitude se concentrent plutôt sur les seuls moyens envisagés: l'aptitude pour rechercher le moyen le plus efficace; la nécessité pour localiser le moyen le moins "sévère"(46).

Mais, en deuxième lieu, cette distinction effectuée entre les trois éléments du contrôle de proportionnalité ne doit pas pour autant nier tout caractère unitaire au principe de proportionnalité au sens large.

Il est vrai que le juriste français, devant de telles spécificités semblant éloigner les éléments du contrôle de proportionnalité les uns des autres, pourrait

(42) Voir par exemple BVerfGE 11, 30[42s.]; BVerfGE 13, 97[104s.]; BVerfGE 23, 50[56]; BVerfGE 25, 1[22]; BVerfGE 30, 292[316s.]; BVerfGE 69, 220[227].

(43) Décision du 12 mai 1987, BVerfGE 76, 1.

(44) Ibid, p.57s. Rappelons qu'aux termes des dispositions constitutionnelles en question "Le mariage et la famille jouissent de la protection particulière de l'ordre politique; Les soins à donner aux enfants et l'éducation de ceux-ci constituent un droit naturel des parents et un devoir qui leur incombe en premier lieu (...)".

(45) Cf. Theorie..., ouvrage précité, p. 100s.

(46) De façon moins claire, mais non antinomique, L. HIRSCHBERG affirme que la proportionnalité au sens strict "s'insère au sein du schéma moyens / but" en ce qui concerne la comparaison des "valeurs", tandis que la nécessité et l'aptitude "se concentrent plutôt sur la partie empirique (factuel) de ce schéma" (Der Grundsatz..., ouvrage précité, p.45).

être tenté de considérer que ceux-ci constituent des entités distinctes(47). Pourtant aucun de ces éléments ne peut exister sans rapport avec les autres; il s'agit plutôt de l'expression d'une même idée, d'un essai de systématisation de différents aspects du même principe.

Ce point de vue se confirme aisément quand on examine les équivalents allemands de ce qui est considéré comme étant "du" contrôle de proportionnalité en France. On s'aperçoit alors que l'arrêt Benjamin(48) par exemple comporte à la fois une certaine recherche du moyen le plus doux et une pondération entre les impératifs contradictoires de la liberté de réunion et de l'ordre public. Même l'exemple fictif qui illustre l'exigence de proportionnalité comme la nécessité de ne pas "tirer sur les moineaux avec un canon", expression souvent employée en France(49) comme Outre-Rhin(50), est susceptible de deux lectures: la mesure doit être censurée car plus dure que nécessaire pour chasser les moineaux ("nécessité") ou parce que c'est une mesure certes nécessaire pour chasser les moineaux, mais qui comporte trop d'inconvénients au vu des avantages escomptés pour la collectivité ("proportionnalité au sens strict")(51). C'est donc en définitive seule la totalité du principe de Verhältnismäßigkeit que pourrait exprimer l'équivalent allemand de l'objet de notre recherche(52).

Conclusion du paragraphe: Identifié à travers trois éléments de contrôle distincts en ce qu'ils ciblent des points spécifiques de la conformité au droit de la mesure examinée, le contrôle de proportionnalité conserve néanmoins son unité épistémologique. Il s'agira finalement que l'intérêt général motivant l'action étatique ne soit jamais en position d'écraser la liberté de la personne privée. C'est également pour atteindre ce but que le contrôle de proportionnalité doit s'étendre à tous les aspects de l'action de la puissance publique.

§2. Une intervention générale du principe constitutionnel de Verhältnismäßigkeit

Par le biais de ses trois éléments, le principe de Verhältnismäßigkeit imprègne tout l'ordre juridique allemand: "Actes législatifs, qu'ils soient lois ou

(47) X. PHILIPPE (Le contrôle de proportionnalité... ouvrage précité) emploie souvent le terme "principe - relais" pour désigner le contrôle de proportionnalité; cela dit, quand il affirme que le principe de proportionnalité allemand "s'affirme surtout comme un principe-relais, subordonné à la mise en œuvre d'autres règles" (p.38) il veut simplement indiquer que c'est la valeur in concreto d'autres normes, comme par exemple des droits fondamentaux qui est évaluée par le biais du contrôle de proportionnalité; une telle affirmation est bien évidemment correcte.

(48) Conseil d'Etat 19 mai 1933, arrêt précité.

(49) Cf. G. BRAIBANT, Le principe de proportionnalité, article précité.

(50) L'expression semble avoir été utilisée pour la première fois par F. FLEINER dans son ouvrage classique Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts (2e édition 1912; 8e édition, Tübingen 1928; traduction de Ch. EISENMANN, Paris 1933) à propos des mesures de police.

(51) Cf. L. HIRSCHBERG, Der Grundsatz..., ouvrage précité, p. 6.

(52) Cet objet comporte d'ailleurs plus que le seul principe constitutionnel de Verhältnismäßigkeit, comme on le verra par la suite (voir partie II, titre 2, chapitre 2, section 1, §1).

règlements(53), s'y soumettent (...) il en va de même des décisions individuelles des autorités administratives, également soumises au contrôle de ce principe effectué par les tribunaux ordinaires. La totalité de l'ensemble normatif est ainsi affecté. Pas un seul cas juridique (...) ne peut être soustrait de l'examen juridictionnel sous l'angle du principe de proportionnalité". Cette remarque de L. Hirschberg(54) est le strict reflet de la réalité. L'exercice potentiel du contrôle de proportionnalité concerne en effet toutes les formes d'activité normative de la puissance publique (A). Plus encore, son application intervient toujours en tenant compte des circonstances particulières de l'espèce, et peut, par là même, impliquer un examen successif à plusieurs niveaux effectué à l'occasion d'une seule décision (B).

A. INTERVENTION DU CONTRÔLE DE PROPORTIONNALITÉ A TOUS LES NIVEAUX DE L'ACTIVITÉ NORMATIVE

Le contrôle de proportionnalité concerne à la fois le pouvoir législatif, exécutif et judiciaire. On mesure mieux cette étendue en évoquant les différents actes que ces pouvoirs peuvent émettre.

En ce qui concerne les lois, les choses sont claires. La fonction législative vise, comme toute fonction normative, à préciser les prescriptions des normes supérieures, à savoir constitutionnelles. On a déjà évoqué la conception selon laquelle le législateur ne dispose, à l'instar de l'administration, que d'une marge d'appréciation, une sorte de pouvoir discrétionnaire(55). Cette marge est bien sur plus large que celle de l'administration. Il n'en demeure pas moins que le principe de Verhältnismäßigkeit, en tant que norme constitutionnelle, en constitue une des limites.

En effet, dans le cadre de la concrétisation des normes constitutionnelles qu'il est censé réaliser, le législateur doit résoudre des conflits entre intérêts constitutionnellement protégés; ce faisant, il doit effectuer entre eux une pondération, conduite conformément au principe de proportionnalité. Cette mise en balance interviendra in abstracto, puisque la loi est en principe une norme générale et abstraite. Dans la mesure où tel est le cas, le juge constitutionnel ne pourra vérifier que si un cas typiquement déterminé par la loi en question respecte le principe de proportionnalité(56), et ce n'est qu'en cas de réponse contraire à cette question que la loi pourra être en soi déclarée inconstitutionnelle,

(53) Sont ici cités les équivalents allemands des actes réglementaires français (non autonomes): "Verordnungen" (en principe, règlements d'application des lois) et "Satzungen" (règlements édictés par les collectivités publiques décentralisées -voir, à propos de cette distinction, FROMONT-RIEG, Introduction..., tome 1, p.186s.). Ces actes ne sont certes pas, étant donnée la conception subjective du contentieux administratif allemand, directement attaquables devant la justice administrative. Mais ils peuvent être soumis au contrôle de proportionnalité, soit à l'occasion de l'examen d'un acte individuel qui en dépend, soit à l'occasion d'un recours constitutionnel.

(54) L. HIRSCHBERG, Der Grundsatz..., ouvrage précité, p. 36.

(55) Voir supra, chapitre 1, section 1, §1, A, a.

(56) Cf. BVerfGE 13, 21[29].

et non pas si seulement certaines décisions individuelles prises en vertu de cette loi peuvent être disproportionnées(57).

Cela dit, il arrive souvent que les lois ne soient pas aussi générales et abstraites que l'on pourrait le penser, ce qui est d'ailleurs en Allemagne bien plus fréquent qu'en France(58). Tout naturellement, l'obligation "abstraite" du respect de la proportionnalité par celle-ci change alors au fur et à mesure que la loi s'applique à des cas de figure plus précises: le champ d'application de la loi devenant plus étroit, l'application du principe de proportionnalité devient plus "intense"(59).

Par ailleurs, il ne faut pas oublier que le juge constitutionnel allemand, juge aux pouvoirs considérables en droit comme en fait(60), examinera toujours les circonstances particulières de l'espèce. Etant donné le nombre très élevé de litiges constitutionnels provoqués par des recours constitutionnels de citoyens lésés dans leurs droits fondamentaux(61), cela peut toujours conduire à des annulations même en présence d'une norme législative in abstracto conforme à la Loi fondamentale.

En ce qui concerne les actes réglementaires - dont l'importance en Allemagne est bien moindre qu'en France - les remarques déjà effectuées pour les lois sont généralement valables. En effet, tant les Rechtsverordnungen(62) - émanant de la fédération ou des Länder - que les Satzungen(63) sont considérés comme des actes à caractère matériellement "législatif". Cela dit, leur plus haut degré de précision, à cause de leur degré de généralité moindre, ainsi que leur éventuelle soumission tant à la Loi fondamentale (toujours) qu'à une loi spécifique (éventuellement) impliquent en général un contrôle de proportionnalité(64) moins abstrait et plus intense qu'en matière législative.

Pour ce qui est des actes administratifs individuels(65) l'examen de proportionnalité peut revêtir trois aspects:

(57) Cf. BVerfGE 17, 232[245].

(58) Pour plusieurs raisons en effet (non existence d'un "domaine réglementaire" autonome, principe de la réserve de la loi pour toute intervention dans le domaine des droits fondamentaux), le domaine législatif est en Allemagne plus étendu qu'en France. Voir à cet titre FROMONT - RIEG, Introduction au droit allemand/tome 1, p.175-192.

(59) Cf. T. MAUNZ - G. DÜRIG - R. HERZOG, Grundgesetz Kommentar, München (feuilles mobiles) Art. 20 n° 115; E. GRABITZ, article précité, p.600s.; M.Ch. JAKOBS, Der Grundsatz..., ouvrage précité, p. 140.

(60) Voir O. JOUANJAN, Le principe..., ouvrage précité, p.276s.

(61) Voir aussi supra, chapitre 1, section 1, §1, A, a.

(62) Il s'agit des "règlements d'application des lois", cf. FROMONT - RIEG, Introduction au droit allemand/tome 1, p.187s; aussi C. AUTEXIER, République fédérale d'Allemagne, Les ordonnances et les délégations législatives, RFDA 1987, p.748s.

(63) "Règlements édictés par les collectivités publiques décentralisées", cf. FROMONT - RIEG, Introduction au droit allemand/tome 1, p.194s.

(64) Voir par exemple BVerwG, JZ 1974, 131[134](à propos d'un "Verordnung"; BVerfGE 32, 347[364] (à propos d'un "Satzung" communal).

(65) Les "mesures d'ordre intérieur (Verwaltungsvorschriften) peuvent aussi, en dépit des apparences, être soumis à un contrôle de proportionnalité, dans la mesure où

- Il pourra concerner la norme générale qui sert de base légale à l'acte individuel, et qui doit respecter elle-même le principe de proportionnalité;

- Il pourra ensuite concerner l'acte individuel en lui-même dans la mesure où la norme générale qui lui sert de base légale prévoit, explicitement ou implicitement, une obligation spécifique de proportionnalité lors de l'édition de la décision individuelle;

- Enfin, si la norme habilitante ne prévoit pas de contrôle de proportionnalité particulier, le juge pourra examiner s'il n'y a pas lieu à un contrôle de proportionnalité in concreto sur la base du principe constitutionnel de la proportionnalité(66).

Par ailleurs, il va de soi que le contrôle de proportionnalité est toujours appliqué en vertu de la Loi fondamentale si l'acte en question n'est basé sur aucune norme législative particulière.

Il est constant finalement que le pouvoir judiciaire est soumis au contrôle de proportionnalité au même titre que les pouvoirs législatif et exécutif.

Mais il est évident que le juge n'est soumis à l'ordonnement juridique que dans la mesure où il a le devoir de s'y conformer en vérifiant la légalité des actes étatiques. L'obligation de respecter le principe de proportionnalité n'a donc pas pour lui la même signification: pour les pouvoirs législatif et exécutif, la proportionnalité est à la fois une obligation et un guide, un outil fournissant une ligne de conduite. Le juge quant à lui, n'a que l'obligation de vérifier la conformation de l'autorité contrôlée à cette obligation. Autrement dit, la proportionnalité est pour le juge un moyen incontournable pour vérifier la conformité de l'acte examiné au droit et non une technique de contrôle concernant l'acte juridictionnel en soi(67).

Ce bref aperçu de l'ampleur du champ d'application potentiel du contrôle de proportionnalité en Allemagne à travers les actes juridiques qui s'y soumettent(68) demande à être complété par quelques développements sur une

ils sont conçus comme "éléments de l'ordre juridique objectif (BVerfGE 40, 235[237]). Ce contrôle peut être nécessaire pour une protection efficace de l'administré contre le danger de l'arbitraire administratif (cf. M.Ch. JAKOBS, Der Grundsatz..., ouvrage précité, p. 143s).

(66) Voir aussi infra, même paragraphe, sous B.

(67) Cf. M.Ch. JAKOBS, Der Grundsatz..., ouvrage précité, p. 136s. selon lequel il en va autrement pour le juge pénal, pour qui la règle de proportionnalité des délits et des peines s'impose directement et d'une manière autonome, après l'opération de qualification de l'acte jugé. On ne voit pas, pour notre part, une telle particularité, bien que le droit pénal ne fasse pas partie de notre étude.

(68) On a déjà eu l'occasion de souligner que la nature "ordonnatrice" ou "prestataire" de l'acte examiné n'a pas d'influence sur l'applicabilité du contrôle de proportionnalité (cf. chapitre 1, section 2, §1, A). Par ailleurs, la question de savoir si cette applicabilité suit le clivage entre droit privé et droit public déborde le champ de notre étude. Notons néanmoins qu'au sein du droit privé le principe de proportionnalité trouve une limite évidente au principe de l'autonomie de la volonté (voir sur ce sujet, à titre d'exemple M.Ch. JAKOBS, Der Grundsatz..., ouvrage précité, p. 130s., ainsi que l'article de C. W. CANARIS, Verstöße gegen das Übermaßverbot im Recht der Geschäftsfähigkeit und im Schadenersatzrecht, JZ 1987, p.993). Voir finalement E. FORSTHOFF, Traité..., ouvrage précité, p.453, pour une brève

question déjà évoquée, qui concerne plus particulièrement l'examen d'une mesure individuelle: peut-il avoir plusieurs contrôles de proportionnalité au sujet d'un même acte?

B. CONTROLE IN CONCRETO

L'expression "contrôle in concreto" peut en effet avoir, en Allemagne, une double signification: elle peut indiquer d'abord le fait, facile à cerner, d'un examen juridictionnel qui tient toujours compte des circonstances de l'espèce. Ceci est dans la pratique toujours le cas: le juge examine dans le plus grand détail les normes et intérêts antinomiques, et prend le soin de le montrer dans la motivation de ses arrêts. Ainsi les décisions qui dépassent les 50 pages ne sont pas rares⁽⁶⁹⁾ et des développements considérables concernent une succession de faits cruciaux pour l'examen de la proportionnalité de la mesure visée peuvent être reproduits⁽⁷⁰⁾.

Mais cette expression peut également indiquer, et pas seulement en théorie, un autre aspect du contentieux allemand: l'application successive du contrôle de proportionnalité dans une seule décision.

En effet, comme la Cour de Karlsruhe l'affirme souvent, le fait qu'une norme législative respecte, dans sa généralité, le principe de proportionnalité ne signifie pas qu'une mesure individuelle prise sur son fondement et peut être même en conformité avec elle, le respecte nécessairement⁽⁷¹⁾. En réalité c'est là la conséquence normale de l'applicabilité directe de la Loi fondamentale en Allemagne, même s'il s'agit d'une "normalité" qui peut paraître insolite au juriste français: ainsi une norme inférieure, rendue en vertu d'une norme respectant le principe de proportionnalité mais conférant par exemple une compétence "discrétaire" à l'autorité délibérante, peut, sous le contrôle concret du juge, être déclarée disproportionnée⁽⁷²⁾.

évoquant du problème de l'exécution forcée, qui déborde également le cadre de notre étude.

(69) Ainsi la décision du 1er mars 1979 sur la cogestion des entreprises (BVerfGE 50, 290) comporte 91 pages dans le recueil officiel de la Cour constitutionnelle fédérale (la décision de la Cour comportait 123 pages dactylographiés!).

(70) Un exemple probant est à cet égard l'arrêt déjà commenté rendu le 19 juin 1979 par la Cour de Karlsruhe (BVerfGE 51, 324), dans lequel l'essentiel de la discussion tourne autour de la détermination, à travers le commentaire des innombrables expertises rendues, de la gravité du danger que représenterait pour l'accusé la poursuite du procès.

(71) Voir par exemple BVerfGE 32, 54[77]: Ist unter diesen Voraussetzungen das Bertreten der Geschäfts- und Betriebsräume durch Beauftragte vom Behörden im Rahmen ihrer Zuständigkeit nicht als eine Beeinträchtigung des Rechts der Unverletzlichkeit der Wohnung anzusehen, so wird dadurch naturgemäß nicht ausgeschlossen, daß das Verwaltungshandeln, dessen Durchführung es dient, als solches unter anderen verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten beanstandet werden kann".

(72) Voir à cet égard BVerwG, NJW 1983, 638[639]; cf. également L. HIRSCHBERG, Der Grundsatz..., ouvrage précité, p. 193; M.Ch. JAKOBS, Der Grundsatz..., ouvrage précité, p. 145s. Voir aussi BVerfGE 71, 162[174], où la Cour

Ce "double" contrôle de proportionnalité est en principe applicable dans deux cas de figure: le premier est celui d'une loi qui impose elle-même le contrôle de proportionnalité⁽⁷³⁾, l'autre d'une loi qui instaure une compétence discrétionnaire. Par exemple, une disposition en matière d'urbanisme peut imposer une "pondération" des intérêts antinomiques: le juge s'interrogera alors si une pondération pouvait eu égard à la Loi fondamentale avoir lieu en l'espèce, avant de procéder au contrôle de la pondération concrète telle qu'elle a été effectuée par l'administration. De même le statut de la fonction publique peut prévoir le licenciement du fonctionnaire dans le cas d'une atteinte "grave" de ses devoirs. Le juge examinera alors d'abord si une telle sanction pouvait être prévue par la loi et ensuite seulement si la sanction concrète répondait aux exigences de la loi⁽⁷⁴⁾.

Notons toutefois que le double⁽⁷⁵⁾ contrôle de la proportionnalité n'intervient pas toujours quand un acte individuel est à examiner: dans le cas par exemple d'une compétence liée, l'examen de la proportionnalité de la mesure concrète se confond en fait avec celui de la norme en vertu de laquelle elle a été prise: l'autorité n'ayant pas eu le choix, son acte sera proportionné si la norme qui l'a imposé l'était.

Conclusion du paragraphe et de la section: Par le biais de ses trois éléments constitutifs, aptitude, nécessité et proportionnalité au sens strict, le contrôle de proportionnalité intervient pour déterminer la conformité au droit de tous les niveaux de l'activité étatique, que celle-ci soit le fait du législateur, de l'administrateur ou du juge. Les résultats d'un examen à la fois aussi large et profond ne peuvent qu'être considérables.

constitutionnelle fédérale déclare que "nicht die Vorschrift als solche, sondern allenfalls ihre Anwendung im Einzelfall könnte einen Arzt unzumutbar belasten".

(73) Cf. BVerfGE 72, 26[32] à propos d'une sanction disciplinaire contre un avocat: "Auf diese Weise trägt die Bundesrechtsanwaltsordnung dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit hinreichend Rechnung; sie überläßt es der Justizverwaltung, ihre Entscheidung von der Lage des Einzelfalles abhängig zu machen und die Rücknahme der Zulassung auf Fälle zu beschränken, in denen dieser schwerwiegende Eingriff in die Freiheit der Berufswahl zum Schutz besonders wichtiger Gemeinschaftsgüter zwingend erforderlich ist".

(74) Cf. M.Ch. JAKOBS, Der Grundsatz..., ouvrage précité, p. 149, où l'auteur cite de tels exemples.

(75) Certains auteurs discutent de l'éventualité, théoriquement concevable, d'un "triple" contrôle de proportionnalité, au sujet par exemple d'une décision individuelle intervenue en vertu d'un règlement (lui-même dépendant d'une loi!). Voir H. W. RENGELING, Die immissionsschutzrechtliche Vorsorge, Baden-Baden 1982, p. 27; M.Ch. JAKOBS, Der Grundsatz..., ouvrage précité, p. 163s. Voir également BVerfGE 20, 162[213].

Section 2

Les effets: Un contrôle rigoureux

Il serait bien évidemment étonnant qu'un "arsenal" juridictionnel aussi imposant et un mécanisme de contrôle aussi élaboré que ceux qui viennent d'être décrits ne débouchent sur une présence concrète intense du contrôle de proportionnalité. De ce point de vue, les développements ne surprendront pas: l'application du principe de proportionnalité par le juge allemand entraîne des résultats pratiques tout à fait considérables dans la mesure où par "résultats" on entend un contrôle juridictionnel poussé.

Cela dit, notre étude se bornera ici à l'examen de la jurisprudence constitutionnelle concernant les droits fondamentaux, car c'est elle qui détermine finalement le rôle confié au principe de *Verhältnismäßigkeit*. Cette réalité est parfaitement résumée par la Cour constitutionnelle fédérale quand elle rappelle que "le droit fondamental est destiné à protéger la liberté de l'individu, la réserve légale à assurer une protection aux intérêts de la collectivité"(76). En effet, la conciliation des ces deux impératifs est confiée au principe de proportionnalité(77), déterminé par le juge constitutionnel, et ce même si le juge ordinaire, notamment administratif, peut (et doit) l'appliquer aussi(78).

Malheureusement, la présentation de la jurisprudence allemande sur la proportionnalité telle qu'on l'a délimitée ne saurait être exhaustive. Ce sont donc avant tout des exemples de l'application du principe qui permettront de démontrer l'ampleur de ses effets (§1) et plus tard ses limites éventuelles (§2).

§1. L'ampleur des effets de l'application du principe de *Verhältnismäßigkeit* par le juge constitutionnel allemand

Le contrôle de proportionnalité, effectué dans toutes les hypothèses d'une atteinte à un droit fondamental(79) a de prime abord des effets directs (A) mais la généralisation de sa mise en œuvre entraîne également de nombreux effets indirects (B).

A. APPLICATION DIRECTE

Les quelques exemples évoqués ici(80) seront présentés suivant les lignes générales de la classification effectuée par la Loi fondamentale; il sera donc

(76) BVerfGE 7, 377[378].

(77) Ainsi qu'on s'est déjà efforcé à le démontrer: voir chapitre 1, section 2, §1.

(78) Pour la jurisprudence administrative au sujet des droits fondamentaux voir notamment partie II, titre 2, chapitre 1, section 1.

(79) Cf. chapitre 1, section 2, §2.

(80) Pour d'autres exemples du contrôle de proportionnalité effectué par la Cour constitutionnelle fédérale le lecteur français pourra se référer aux chroniques effectuées par le professeur FROMONT dans la RDP à partir de 1969 citées en bibliographie (ainsi que d'autres études plus ponctuelles). Sur le droit suisse, relativement proche du

question d'abord de la liberté générale de la personne (a), puis des autres libertés de la personne (b), enfin des libertés économiques (c); une mention spéciale se devra d'être faite pour les rapports du principe de proportionnalité avec celui de l'égalité (d).

a. La liberté générale de la personne

La dignité humaine et le libre développement de la personnalité, garanties par les articles 1 et 2 de la Loi fondamentale constituent le pilier des droits fondamentaux reconnus par la constitution allemande(81). Il est donc normal que l'exigence du respect du principe de proportionnalité dans le cas d'une limitation des ses droits soit imposée avec une rigueur particulière.

Ceci est confirmé par plusieurs décisions de la Cour constitutionnelle fédérale. Ainsi, dans une affaire célèbre relative à la constitutionnalité de l'emprisonnement à perpétuité(82), la Cour de Karlsruhe a pu examiner la compatibilité de la loi sur l'exécution des peines (*Strafvollzugsgesetz*) avec le principe de la dignité humaine. La question qui se posait était la suivante: l'exécution d'une telle peine conduisait-elle à des lésions de la santé de la personne emprisonnée supérieures à ce que l'intérêt général pourrait justifier sans que le droit fondamental de l'emprisonné à la dignité humaine puisse être considéré comme lésé de manière inacceptable? Si le juge constitutionnel a accepté la constitutionnalité de la peine privative de liberté à vie, ce n'était pas sans procéder à un examen approfondi et surtout sans assortir son jugement de conditions sévères: notamment, la personne emprisonnée doit toujours préserver une chance de retrouver sa liberté.

Le droit au libre développement de la personnalité a donné lieu à plusieurs jugements; dans l'un d'eux(83), la Cour constitutionnelle fédérale a eu à se prononcer sur la constitutionnalité de l'enregistrement des conversations téléphoniques privées d'une personne à son insu, enregistrement dont le contenu pouvait ensuite être utilisé contre l'auteur de la conversation lors d'un procès pénal. Si la Cour a accepté la constitutionnalité in abstracto d'une telle mesure, elle a en revanche annulé la décision du tribunal inférieur qui acceptait la prise en compte de tels enregistrements dans l'affaire litigieuse concrète. Le juge constitutionnel impose en effet en la matière un contrôle poussé de la proportionnalité in concreto: or en l'occurrence, la décision du tribunal inférieur ne permettait pas de conclure "à l'existence d'une illégalité à ce point flagrante, ni à la mise en cause de l'intérêt public dans une mesure telle que comparativement le droit fondamental du requérant (...) dût passer en second plan"(84).

droit allemand en ce qui concerne le contrôle de proportionnalité, voir l'intéressante étude de P. MULLER, *Le principe de proportionnalité*, ZSR 1978, p.197 (en français).

(81) Ils constituent notamment, comme cela a été souligné précédemment, la base de la construction de la théorie des valeurs: voir supra chapitre 1, section 2, §2, C.

(82) BVerfGE 45, 187. En vertu de l'article 2 alinéa 2 GG (chacun a droit à la vie et à l'intégrité corporelle (...)), la peine de mort serait à l'évidence inconstitutionnelle.

(83) BVerfGE 34, 238.

(84) H. G. RUPP, commentaire de la décision en question dans son article *Objet et portée de la protection des droits fondamentaux*, traduction P. CHENUT, RIDC 1980, p.449 [457]. Voir également BVerfGE 36, 264, au sujet de l'inconstitutionnalité de la

L'examen concret poussé se retrouve dans d'autres cas relatifs aux examens médicaux qui peuvent être imposés aux accusés au cours d'une procédure pénale, afin d'en déterminer le degré de responsabilité. Dans l'une de ces décisions(85) la Cour constitutionnelle fédérale a estimé qu'une pneumo-encéphalographie ne pouvait être imposée que si elle était indispensable au égard de la gravité de l'acte reproché et l'importance des soupçons déjà existants. Or en l'occurrence, d'autres méthodes, portant une atteinte moindre à l'intégrité corporelle du sujet, telle la mise en observation dans un établissement spécialisé, demeuraient possibles (nécessité), tandis que par ailleurs la gravité de l'atteinte que présentait cette intervention à la fois douloureuse et dangereuse ne paraissait pas proportionnée à l'importance de l'infraction mise à la charge à l'auteur du recours (proportionnalité au sens strict). Autrement dit, l'atteinte au droit fondamental de l'accusé (article 2 alinéa 2 GG) était excessive et commandait l'annulation de la décision juridictionnelle en question.

Mais le degré d'intensité de l'application du contrôle de proportionnalité basée sur la conception allemande des droits fondamentaux est encore mieux démontré par la décision du 25 février 1975 relative à l'interruption volontaire de grossesse(86). Il n'est pas en effet inutile de rappeler que sur cette affaire, la position adoptée par la Cour de Karlsruhe a été radicalement différente de celle que les autres juridictions constitutionnelles des pays industrialisés ont pu adopté pendant la même période(87). Pour le juge constitutionnel allemand le fœtus jouit, du moins dès quatorze jours après sa conception des mêmes droits fondamentaux que tout autre être humain. Or un droit fondamental de l'ordre de grandeur de la protection de la vie humaine, ce confondant par ailleurs partiellement avec les intérêts de la collectivité, ne peut que l'emporter sur le droit de la femme enceinte de disposer d'elle-même. La loi examinée fut donc déclarée partiellement inconstitutionnelle(88). Néanmoins, l'application du principe de proportionnalité conduit à une nuance prévisible: dans le cas où il y aurait, pour la femme enceinte, un danger de vie ou un risque d'une atteinte grave à sa santé ou de sa dignité, la protection absolue du droit du fœtus à la vie entraînerait pour la femme une charge dépassant les limites de ce qui peut être

prolongation excessive de la détention provisoire sans motif d'intérêt général suffisamment important.

(85) BVerfGE 17, 108; voir aussi BVerfGE 16, 195.

(86) BVerfGE 39, 1.

(87) Il s'agit notamment de la Cour suprême américaine, la Cour constitutionnelle autrichienne, la Cour constitutionnelle italienne et naturellement du Conseil constitutionnel français. La Cour constitutionnelle fédérale était la dernière à statuer sur ce problème, et la seule à n'avoir pas accepté la tolérance de l'avortement pendant les trois premiers mois de la grossesse (cf. L. FAVOREU - L. PHILIP, Les grandes décisions du Conseil constitutionnel, 6e éd., Sirey, Paris 1991 (G.D.C.C.), p.309s.). Certes, A. GROSSER signale dans un remarquable article (Cours constitutionnelles et valeurs de référence..., article précité, p.125) qu'"il eût suffi d'un faible déplacement de voix pour que la majorité de Washington, raisonnant pour l'essentiel comme la minorité de Karlsruhe, rejette ce qu'elle a admis ou que la majorité de Karlsruhe, proche de la minorité de Washington, soit modifiée et laisse passer la loi au lieu d'en déclarer inconstitutionnelles des dispositions essentielles."; il n'empêche que le Tribunal allemand a bien été le seul (d'ailleurs à 6 voix contre 2).

(88) Une autre loi, en date du 18 mai 1976, réglementa par la suite les conditions de l'interruption de grossesse en conformité avec la décision de la Cour de Karlsruhe.

considéré comme supportable. En effet, face à une pondération entre deux principes pratiquement identiques (protection de la vie de la mère ou de l'enfant) la loi ne saurait imposer, par le biais d'une sanction pénale, tel ou tel comportement(89).

Par ailleurs, la fonction jouée par les deux premiers articles de la Loi fondamentale est tout aussi capitale quant il s'agit de suppléer des cas normalement couverts par d'autres dispositions constitutionnelles plus spécifiques.

Ainsi dans une affaire jugée le 10 mai 1988, relative à la possibilité d'une ressortissante Suisse d'exercer son métier en Allemagne(90), la Cour rappelle que l'article 12 de la Loi fondamentale, protégeant la liberté du choix et de l'exercice de la profession, n'est applicable qu'aux seuls ressortissants Allemands(91); mais elle procède en faisant droit à la demande de l'auteur du recours, sur la base de l'article 2 de la Constitution, garantissant un "droit subsidiaire de liberté générale"(92). Ce droit n'a certes pas comme fonction de garantir à toutes les personnes les libertés plus spéciales auxquelles elles n'ont pas droit; mais il assure la protection de quiconque contre les atteintes qui sont à la fois inacceptables et non spécialement prévues(93).

De même, dans une décision du 13 mai 1986(94) la Cour constitutionnelle fédérale applique le droit au respect de la personnalité(95) pour protéger les intérêts patrimoniaux d'enfants mineurs contre leurs parents. En effet, si la Cour de Karlsruhe admet que les biens des enfants mineurs peuvent être administrés discrétionnairement par leurs parents (sans donc que le droit de propriété puisse être évoqué), cette liberté de gestion ne peut permettre aux parents d'imposer à leurs enfants des dettes qui excèdent la valeur des biens de ceux-ci. Comme l'indique le professeur Fromont, "ce n'est pas le principe même des pouvoirs d'administration légale qui est en cause, mais le caractère excessif de ceux-ci (...)"(96). Ainsi la combinaison de l'"effet d'irradiation" des deux premiers articles de la Loi fondamentale avec le contrôle de proportionnalité permet ici aussi(97) de pallier à des effets indésirables du droit privé positif.

Cette intervention variée et intense du principe de proportionnalité se retrouve à propos de la mise en œuvre des droits fondamentaux plus spécifiques.

(89) Pour la pondération non pas entre intérêt général et libertés individuelles, mais entre deux libertés, voir aussi infra, §2, A, b.

(90) BVerfGE 78, 179.

(91) Cf. BVerfGE 1, 71.

(92) Arrêt précité, p.196.

(93) Arrêt précité, p.197; voir également BVerfGE 35, 382[399].

(94) BVerfGE 72, 155. Voir le commentaire de M. FROMONT dans la RDP de 1989, p.95s.

(95) Dégagé par la Cour de la combinaison des articles 1 alinéa 1 (respect de la dignité humaine) et 2 alinéa 1 (libre développement de la personnalité) de la Loi fondamentale pour protéger notamment l'intimité, l'image de soi et la réputation des personnes privées ce droit est par cette décision étendu dans un nouveau domaine du droit privé.

(96) M. FROMONT, chr., RDP 1989, p.96.

(97) Pour la première application de ce droit par la Cour constitutionnelle fédérale (BVerfGE 34, 269) voir chapitre 1, section 1, §1, B, b.

b. Les autres libertés de la personne

Parmi les autres dispositions de la Loi fondamentale garantissant des libertés de la personne, l'article 5, relatif à la liberté d'opinion, de la presse et de l'information a donné lieu à un contentieux très intéressant.

Dans l'une des décisions rendues sur son fondement(98), l'auteur du recours s'était fait adresser par la poste, par des personnes de sa connaissance, des journaux quotidiens d'information paraissant en ex République Démocratique d'Allemagne. Or l'un des envois fut retenu à la poste de la R.F.A. lors d'un contrôle, et par la suite confisqué, sur la requête du ministère public, par le tribunal régional compétent. Le motif était que le journal, émanant du parti socialiste unifié d'Allemagne (S.E.D.) de la R.D.A., avait manifestement pour but d'encourager les menées du parti communiste d'Allemagne (K.P.D.), interdit en R.F.A. et y exerçant illégalement ses activités. La Cour constitutionnelle fédérale a cassé cette décision, en inscrivant à son jugement les motifs suivants, particulièrement intéressants pour le contrôle de proportionnalité: "L'idée, non critiquable au regard du droit constitutionnel, selon laquelle un écrit passible de confiscation enfreint les lois pénales ne va pas jusqu'à signifier que le droit à l'information doit passer à l'arrière plan (...) La position de titulaire d'un droit fondamental, qu'est celle d'un citoyen désirant s'informer, exige une mise en balance particulièrement soignée des intérêts en présence. Seuls les risques inhérents au déroulement du processus de recherche de l'information justifient une limitation du domaine réservé à la liberté individuelle (...) En l'espèce, il s'agit simplement de productions journalistiques paraissant en R.D.A. et destinées avant tout au public de ce pays, et non d'écrits composés spécialement dans le but de provoquer des troubles en République fédérale (...) "(99). Ainsi la pondération du droit à l'information et de l'intérêt général motivant la saisine, a priori légitime, des journaux litigieux a abouti dans ce cas aussi à l'avantage des libertés individuelles.

Dans une autre décision célèbre(100), la liberté de la presse, en tant que droit subjectif(101), a été mise en balance avec les impératifs de la sécurité extérieure de l'Etat. Il s'agissait en l'occurrence du problème de la constitutionnalité d'une perquisition effectuée dans les locaux de presse du journal "Spiegel" dans le cadre d'une enquête judiciaire. Malgré l'importance capitale de l'intérêt public en présence, la Cour a procédé à un examen très poussé des circonstances concrètes de l'espèce avant de reconnaître que la pondération devait tourner ici à l'avantage de l'intérêt supérieur de l'Etat(102).

(98) BVerfGE 27, 71.

(99) Arrêt précité, pp.84s. Voir également BVerfGE 27, 88 et BVerfGE 33, 52, relatif au contrôle d'importation de films étrangers.

(100) "Spiegel - Urteil", BVerfGE 20, 162.

(101) Car il s'agit aussi, non seulement d'un principe objectif, mais d'un intérêt collectif (cf. §2, A, b).

(102) Arrêt précité, p.213s. Voir aussi la décision du 1er octobre 1987 (BVerfGE 77, 65, commentaire par M. FROMONT RDP 1989, p.102) où la Cour de Karlsruhe accepte la proportionnalité d'une saisine de documents télévisés dans l'intérêt d'une

L'article 6 de la Loi fondamentale, relatif à la protection du mariage et de la famille et reconnaissant une protection égale aux Allemands comme aux ressortissants étrangers(103) a également donné lieu à des décisions importantes. Dans l'une d'elles(104) la Cour de Karlsruhe a interdit l'exécution immédiate d'un arrêté d'expulsion prononcé à l'encontre un étudiant de nationalité jordanienne (et membre de l'Union générale des étudiants palestiniens qui venait d'être dissoute à la suite de l'attentat effectué par des terroristes palestiniens contre l'équipe israélienne aux Jeux Olympiques de Munich) marié avec une Allemande, bien que le tribunal administratif l'avait autorisée. Pour le juge constitutionnel l'exécution immédiate d'une telle décision portait, entre autres(105), atteinte au droit des époux de vivre ensemble.

De même, dans une décision du 12 mai 1987(106), concernant le droit au regroupement familial, la Cour constitutionnelle fédérale a partiellement annulé la législation en la matière du Land de Bade - Wurtemberg, qui instaurait l'exigence d'une durée de mariage de 3 ans avant de permettre à la famille d'un étranger de la deuxième génération(107) d'en bénéficier. Pour le juge constitutionnel en effet, une telle disposition défavoriserait surtout les jeunes ménages, plus fragiles et nécessitant davantage la protection de la puissance publique, tandis que par ailleurs au moins un des membres de tels foyers est a priori bien intégré à la société allemande; il en résultait donc "une restriction disproportionnée de la sphère de liberté protégée" par l'article 6 de la Loi fondamentale(108).

D'autres décisions tout aussi intéressantes, portant sur le secret de la correspondance(109), la liberté ou l'objection de conscience(110), ou encore d'autres libertés de la personne(111) auraient pu être évoquées, mais cela n'est pas

enquête de justice sur des actes délictueux filmés par des journalistes de la deuxième chaîne allemande (ZDF).

(103) Voir la décision dite "de l'Espagnol": BVerfGE 31, 58.

(104) BVerfGE 35, 382.

(105) Ce n'est pas là le seul aspect de cette décision, qui a par ailleurs comme conséquence de conférer "une valeur quasi constitutionnelle à cette institution particulièrement remarquable du droit administratif allemand qu'est l'effet suspensif du recours" (M. FROMONT, commentaire de ladite décision, RDP 1975, p.150).

(106) BVerfGE 76, 1.

(107) N'oublions pas que le "droit du sol" n'est pas applicable en Allemagne, par conséquent les descendants d'étrangers légalement installés au pays restent étrangers.

(108) Arrêt précité, BVerfGE 76, 1[70].

(109) Voir par exemple la décision du 14 mars 1972 (BVerfGE 33, 1), relative aux droits fondamentaux des prisonniers et plus particulièrement celui du secret de la correspondance: si la Cour accepte que les nécessités pénitentiaires peuvent justifier l'ouverture d'une lettre adressée à un prisonnier, elles ne peuvent pas pour autant justifier sa censure. Voir également l'arrêt du 20 juin 1984 (BVerfGE 67, 157) relatif à la correspondance avec la RDA, dans lequel la Cour procède à une "remarquable illustration de l'application du principe de proportionnalité" (M. FROMONT, chronique, RDP 1987, p.1204).

(110) Par exemple BVerfGE 35, 366, sur l'atteinte à la liberté de conscience d'un non chrétien par la présence d'un crucifix dans un tribunal.

(111) Comme par exemple la liberté d'association (article 9 GG); cf. BVerfGE 80, 244 ou la liberté de manifestation (article 8 GG); voir à cet égard l'arrêt du 14 mai

nécessaire dès lors que l'intensité du contrôle effectué par la Cour constitutionnelle fédérale est, pense-t-on, déjà démontrée. On doit néanmoins présenter brièvement un autre domaine du contrôle constitutionnel en matière de droits fondamentaux, celui des libertés économiques.

c. Les libertés économiques

Il s'agit essentiellement du domaine d'application des articles 12 et 14 de la Loi fondamentale, relatifs respectivement à la liberté de la profession et le droit de la propriété.

L'article 12 de la Loi fondamentale ne garantit pas uniquement des droits strictement économiques. Il inclut en effet le choix par un étudiant de "l'endroit où il recevra sa formation professionnelle" (112), ce qui a, en théorie au moins, un certain rapport avec la liberté de l'enseignement ou de la science, ainsi que l'interdiction du travail forcé, ce qui confine à la protection plus classique de la liberté individuelle.

Cette "dualité" de ce droit fondamental se traduit par un degré de protection différencié, qui s'exprime déjà dans le texte constitutionnel: tandis que le "choix de la profession" est garanti pour "tous les Allemands" sans restriction, celui de l'"exercice de la profession" peut en revanche "être réglementé par la loi ou en application d'une loi" (113). La Cour constitutionnelle fédérale en a tiré toutes les conséquences pratiques dans une célèbre décision rendue dès 1958, dite "des pharmacies" (114).

En effet, la loi bavaroise de 1955 relative à la profession de pharmacien limitait le "choix" même de la profession du pharmacien, en liant l'octroi de l'autorisation d'exercer au fait que la création de la pharmacie devait intervenir dans l'intérêt public d'assurer la fourniture de médicaments à la population. Elle exigeait ainsi que l'exploitation de toute pharmacie nouvelle puisse être assurée sur des bases rentables et que sa création n'ait pas comme effet de compromettre la situation économique des officines pharmaceutiques voisines.

Or la Cour constitutionnelle fédérale n'a pas pu, après audition d'experts allemands et étrangers, arriver à la conviction que, dans le cas d'une liberté d'établissement intégrale, la fourniture régulière des médicaments serait perturbée au point de faire craindre une mise en péril de la santé publique - intérêt collectif effectivement important. Elle rejeta donc le raisonnement du législateur. Selon la haute juridiction constitutionnelle, la limitation très stricte du choix d'installation qu'entraînait la loi litigieuse pour des candidats pleinement qualifiés, ne pouvant se justifier; au contraire, seule l'absence de limitations

1985 (BVerfGE 69, 315) "décevante" sur le plan juridique (cf. M. FROMONT, RDP 1987, p.1212) mais qui a indirectement empêché le gouvernement de procéder aux restrictions qu'il cherchait à apporter à ce droit fondamental.

(112) Cf. la décision du 18 juillet 1972 (BVerfGE 33, 303) (et le commentaire de M. FROMONT in RDP 1975, p.151s.).

(113) Article 12 alinéa 1 GG.

(114) Décision du 11 juin 1958, BVerfGE 7, 377.

objectives (115) à l'admission dans la profession était en la matière conforme au droit constitutionnel.

La protection de l'exercice de la profession, bien que plus faible comparée à celle dont bénéficie le choix, peut aussi conduire à des annulations dans le cas d'une charge disproportionnée par rapport au but poursuivi.

Tel a été le cas dans une affaire du 15 décembre 1987, relative à la constitutionnalité de lois de Rhénanie du nord - Westphalie et de Hesse sur la formation continue des travailleurs (116). En l'occurrence, il était d'abord reproché à ces lois d'imposer aux employeurs l'obligation de rémunérer les travailleurs pendant les congés de formation. La Cour de Karlsruhe a accepté la constitutionnalité de cette obligation: s'il s'agissait bien d'une restriction de la liberté d'exercice de la profession de l'employeur, cette restriction était néanmoins justifiée par des considérations d'intérêt général et respectait le principe de proportionnalité (117). Or il était aussi reproché à la loi de Hesse d'imposer aux employeurs l'obligation supplémentaire de rémunérer les membres de leur personnel qui accepteraient d'être eux-mêmes formateurs de leurs collègues dans les séminaires de formation. Sur ce point, la Cour a bien admis que l'intérêt général pouvait justifier l'utilisation de salariés de l'entreprise comme formateurs; mais elle a considéré que la mise de leur rémunération à la seule charge de leurs employeurs, sans contrepartie suffisante, constituait une charge disproportionnée et donc inacceptable (118).

(115) Pour la distinction entre limitations "objectives" et "subjectives" voir BVerfGE 7, 377[378]: "Si la liberté du choix de la profession fait l'objet d'une ingérence sous forme d'imposition de certaines conditions d'accès à la profession, il y a lieu de distinguer entre conditions subjectives et objectives: aux conditions subjectives (en particulier, la formation préparatoire et la formation continue), s'applique le principe de proportionnalité des moyens aux buts, dans le sens que ces conditions ne doivent pas être sans commune mesure avec le but poursuivi, à savoir l'exercice correct de l'activité professionnelle. La démonstration de la nécessité de conditions d'admission de nature objective doit être soumise des exigences particulièrement strictes; en général, seule la prévention de risques graves encourus pour un intérêt collectif important, risques dont l'existence est susceptible d'être démontrée au delà de toute doute ou présente un haut degré de vraisemblance, peut justifier une telle mesure". Ainsi pour la Cour constitutionnelle fédérale une condition "objective" est celle qui peut limiter effectivement l'accès à la profession sans que l'intéressé puisse influencer sur le cours des choses, par exemple la limitation du nombre des pharmacies d'un quartier: si le nombre désigné est atteint, aucun nouveau candidat ne pourra s'installer dans ce quartier. Par contre, par condition "subjective" est désignée plutôt un formalité qui peut être remplie par tout intéressé compétent: stages préparatoires, inscription à un ordre professionnel etc. Il est évident que les conditions subjectives s'apparentent par leur nature plus à "l'exercice" qu'au "choix" de la profession, d'où aussi les exigences moindres du juge à leur égard (voir aussi §2, B, b).

(116) BVerfGE 77, 308. Voir le commentaire de M. FROMONT, RDP 1989, p.105s. et également BVerfGE 22, 1[20s.]; BVerfGE 37, 271[289].

(117) BVerfGE 77, 308[334].

(118) Arrêt précité, p.336. Il est à souligner que la Cour ne s'est pas prononcée sur la mesure à prendre, plusieurs décisions pouvant être en la matière "acceptables" (p.337) pour atteindre le même but, comme par exemple la rémunération par la

Le droit de la propriété peut lui aussi être limité par la loi pour un motif d'intérêt général, ainsi que le prévoit explicitement le texte constitutionnel (119). Le juge constitutionnel veille néanmoins à ce que cet intérêt général soit suffisant pour en justifier toute limitation ou suppression.

Ainsi, dans un arrêt du 12 juin 1979 (120) relatif aux "jardins ouvriers" (Kleingarten), la Cour constitutionnelle fédérale a eu à se prononcer sur la constitutionnalité d'une loi fédérale du 28 juillet 1969 qui, en combinaison avec une ordonnance antérieure du 15 décembre 1944, limitait sévèrement le droit des propriétaires de résilier les baux conclus avec leurs locataires, tandis que l'autorité administrative avait, en vertu des ces textes, le droit de s'y opposer chaque fois qu'elle estimait que l'intérêt général l'exigeait. Le propriétaire d'un ensemble de jardins ouvriers, n'ayant pas obtenu l'autorisation de résilier le bail qui le liait à une association, contesta cette décision devant le juge administratif et, en appel, le Tribunal administratif supérieur de Munich émit de doutes sur la conformité de la réglementation en vigueur à la Loi fondamentale. Ainsi saisi le juge constitutionnel estima que si cette législation n'avait pas un effet identique à celui d'une expropriation, elle imposait néanmoins au droit du propriétaire de jouir et même de disposer de son bien (car de tels terrains devenaient pratiquement invendables) des limites qui étaient excessives, d'autant plus que l'intérêt général en présence ne consistait plus, comme autrefois, à vouloir permettre à des gens pauvres de se nourrir à bon marché, mais de donner l'occasion à des gens relativement aisés de disposer d'un terrain de loisir et de détente.

On constate donc aisément qu'en dépit du degré de protection a priori moindre dont bénéficient les libertés économiques, le contrôle de proportionnalité vient ici aussi, comme dans le cas des libertés de la personne, modérer les effets de l'intervention publique.

d. La mise en œuvre du principe d'égalité

La reconnaissance expresse du contrôle de proportionnalité par le juge constitutionnel allemand ne doit pas occulter son emploi, plus rare il est vrai, dans sa fonction "interprétative". On sait que dans ce cas de figure, le contrôle de proportionnalité s'applique non pas en soi, mais avant tout pour servir la mise en œuvre d'un autre concept juridique: en Allemagne, l'exemple le plus probant de cette fonction du contrôle de proportionnalité est fourni par l'examen de la mise en œuvre d'un autre principe fondamental du droit, celui de l'égalité.

contribution des travailleurs en formation, ou la mise en place d'une caisse fondée spécialement pour l'occasion.

(119) "La propriété et le droit de succession sont garantis. Leur contenu et leurs limites sont fixés par les lois" (article 14 alinéa 1 GG); "La propriété comporte des obligations. Son usage doit en même temps contribuer au bien public" (article 14 alinéa 2 G); "L'expropriation n'est permise qu'en vue du bien de la collectivité. Elle ne peut être opérée que par la loi ou en vertu d'une loi qui fixe le mode et la mesure de l'indemnisation. L'indemnité doit être déterminée en faisant équitablement la part des intérêts de la collectivité et de ceux des parties intéressées (...)" (article 14 alinéa 3).

(120) BVerfGE 52, 1.

Les relations entre principe d'égalité et contrôle de proportionnalité, déjà signalées au sujet de la France (121), se trouvent ici facilitées par la double nature que le système juridique allemand reconnaît ouvertement au principe d'égalité. Ce dernier est en effet non seulement, cela va de soi, conçu comme une norme objective régissant l'activité étatique, mais aussi comme un droit public subjectif (article 3 GG). Cette reconnaissance assimile le principe d'égalité aux autres droits fondamentaux et le fait automatiquement entrer dans le schéma d'une possible limitation pour des motifs d'intérêt général, mais, comme on a pu le voir auparavant, dans le respect du principe de proportionnalité.

Deux exemples tirés de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale illustrent clairement cette fonction du contrôle de proportionnalité.

- Dans le premier, la méthode retenue pour l'assujettissement des personnes morales à l'impôt sur la fortune a été jugé conforme à la Constitution, bien qu'elle conduisait à une charge particulièrement lourde pour les sociétés de capitaux dont le capital social était faible. En l'occurrence, la Cour constitutionnelle fédérale a estimé que l'effet inégalitaire de cette identité de traitement était justifié par un but politique économique légitime, à savoir inciter ce type de sociétés de capitaux à se transformer en sociétés de personnes, non revêtues de la personnalité morale (122).

- Par contre, dans une affaire similaire, la Cour de Karlsruhe a jugé qu'une autre discrimination entre sociétés familiales de capitaux et autres sociétés de capitaux, consistant à refuser la déduction du salaire versé à l'associé prépondérant du bénéfice net imposable, bien que visant également à favoriser la transformation de ces sociétés en sociétés de personnes, n'était pas conforme au principe d'égalité: en l'occurrence, selon la Haute juridiction constitutionnelle, l'atteinte particulièrement forte aux intérêts et droits privés en cause n'était pas contrebalancée par un intérêt général suffisamment important (123).

Ce qu'on constate ici, c'est que le juge constitutionnel a examiné, pour se prononcer sur la licéité ou non d'une discrimination, le caractère excessif, disproportionné de la mesure litigieuse. Et c'est ici le contrôle de proportionnalité - moyen d'interprétation qui a déterminé l'excessivité de l'atteinte au principe d'égalité - droit fondamental.

Par ailleurs, le recours au contrôle de proportionnalité pour la mise en œuvre générale du principe constitutionnel de l'égalité par le juge constitutionnel allemand a été encore plus affiché depuis une importante décision du 7 octobre 1980 de la Cour constitutionnelle fédérale, qui définit désormais le principe d'égalité de la façon suivante: "[le principe d'égalité] impose de traiter tous les hommes de manière égale devant la loi. D'après cela, ce droit fondamental est avant tout violé lorsqu'un groupe de destinataires de la norme est, par comparaison à d'autres groupes, traité autrement, alors qu'entre ces groupes il n'existe pas de différences d'une telle sorte et d'un tel poids qu'elles permettraient de justifier l'inégalité de traitement" (124). Comme le note de façon pertinente O. Jouanjan, "cette formulation, en soulignant l'importance du "poids" des

(121) Cf. supra, sp. partie I, titre 1, chapitre 2, section 1, sous-section 1, §2, B, a.

(122) BVerfGE 32, 78[83].

(123) BVerfGE 13, 331[346].

(124) BVerfGE 55, 72[88].

différences entre les situations, met l'accent sur l'aspect "proportionnaliste" de l'égalité"(125).

Certes, comme le note l'auteur, on ne saurait "confondre proportionnalité et égalité [car] la structure de cette dernière contient un élément spécifique qui n'est pas explicable à partir de l'idée de proportionnalité, celui de la comparaison"(126). Autrement dit, ces deux principes se situent - en partie - sur deux plans différents. De ce point de vue, contrairement à ce que soutient M. Philippe(127), le principe d'égalité n'est donc pas plus étroit, ni d'ailleurs plus large que celui de proportionnalité: il ne s'agit pas d'opposer un rapport égal à un rapport - seulement - proportionné, car le principe d'égalité compare les situations de deux ou plusieurs destinataires d'une mesure entre eux, alors que le principe de proportionnalité oppose les intérêts du destinataire d'une action étatique à l'intérêt général qui motive l'intervention.

Toutefois, les deux principes entretiennent un rapport dialectique dû, en partie au moins, à la communauté de leur fonction en tant que moyens de limitation des pouvoirs du législateur à l'égard de tout droit fondamental(128). Non seulement d'ailleurs dans le sens de l'aide apportée par le contrôle de proportionnalité pour la mise en œuvre du principe d'égalité, mais aussi dans le sens du complément apporté par le principe d'égalité dans la détermination de l'excessivité d'une mesure donnée. Ainsi, dans une décision du 6 juin 1989(129), la Cour constitutionnelle fédérale a estimé que les limitations imposées à la pratique de l'équitation en forêt par l'Etat de Rhénanie du Nord-Westphalie étaient en soi appropriées, nécessaires et proportionnées eu égard à l'impératif de protection de la forêt par les cavaliers. Mais elle a poursuivi son examen pour déterminer si cette atteinte n'était pas excessive non plus en soi, mais par rapport à la situation faite aux autres catégories d'usagers de la forêt, disposant d'une plus grande liberté.

Comme le souligne O. Jouanjan, il s'agit ici d'une "proportionnalité comparée inhérente à l'égalité"(130). En définitive, si la mise en œuvre du principe d'égalité nécessite bien souvent le recours au contrôle de proportionnalité, en même temps, le principe d'égalité complète souvent celui de la proportionnalité, dans le but d'une protection optimale des droits publics subjectifs reconnus par la Constitution.

B. EFFETS INDIRECTS

Si l'intégration du contrôle de proportionnalité dans l'arsenal juridique du juge constitutionnel s'effectue de manière directe et claire, le pourcentage de recours constitutionnels "présentés avec succès" peut paraître de prime abord

(125) Le principe d'égalité..., thèse précitée, p.147.

(126) O. JOUANJAN, Le principe d'égalité..., thèse précitée, p.274.

(127) Le contrôle de proportionnalité..., thèse précitée, p.79: "l'égalité évoque un rapport absolu de proportion (...) le principe d'égalité impose donc une proportionnalité absolue".

(128) Cf. FROMONT - RIEG, Introduction..., tome 2, p.30.

(129) BVerfGE 80, 137[164].

(130) Le principe d'égalité..., thèse précitée, p.275.

faible(131). Mais le "bilan" de l'effectivité de la protection juridictionnelle des droits fondamentaux, et par là même celui du contrôle de proportionnalité, ne peut être fait sans tenir compte d'autres facteurs, plus induits.

En premier lieu, dans plusieurs cas n'ayant pas conduit à une annulation, l'examen de la haute juridiction constitutionnelle a été néanmoins particulièrement poussé. Par exemple, dans une décision rendue à propos de la loi de 1983 sur le recensement général de la population(132), la Cour constitutionnelle fédérale a rappelé que les limites posées par le droit au libre développement de la personnalité ne peuvent être justifiées qu'en présence d'un intérêt général prépondérant et dans le respect du principe de proportionnalité. La haute juridiction constitutionnelle n'a accepté en l'occurrence la proportionnalité de la loi qu'après avoir examiné minutieusement si des alternatives moins contraignantes et tout aussi efficaces que le recensement général n'existaient pas (par exemple études statistiques ponctuelles) et après s'être assurée que l'utilisation détournée des données collectées était effectivement écartée. De telles décisions entraînent indéniablement, même sans annulation, la plus grande vigilance des pouvoirs publics en vue de leurs prises de décision futures(133).

En second lieu, aux annulations directes on doit ajouter d'autres décisions où des techniques juridictionnelles plus originales, comme par exemple celle de l'"interprétation conforme"(134) entraînent un résultat en pratique assez similaire(135).

En troisième lieu, l'effet dissuasif d'un contrôle aussi poussé est tout à fait considérable. A cet égard, il y a fort à parier que le seul fait de l'existence du contrôle de la constitutionnalité a posteriori, surtout à travers le recours constitutionnel individuel à la disposition de tout citoyen, entraîne l'administration mais aussi le pouvoir législatif à la plus grande prudence. Il existe même des cas où le parlement a pu retirer des textes législatifs à la suite d'un recours constitutionnel, avant même qu'une annulation n'intervienne(136).

Finalement, l'effet indirect le plus important de l'application affichée du contrôle de proportionnalité sur le contrôle de la constitutionnalité des lois est peut être l'intégration fréquente des exigences de la proportionnalité dans les

(131) Selon H. G. RUPP, ancien juge de la Cour de Karlsruhe, ce pourcentage (Erfolgsquote) était en 1980 d'environ 1% (Objet..., article précité, p.450). Il n'a pas dû varier considérablement depuis.

(132) BVerfGE 65, 1.

(133) Il est d'ailleurs intéressant de noter que la RFA n'a pu, pendant une longue période, organiser un recensement général fiable de la population.

(134) Sur les techniques du juge constitutionnel allemand voir M. FROMONT, Le juge constitutionnel, in Pouvoirs n° 22 (RFA), Paris 1982, p.41[46s.] et également J C BEGUIN, Le contrôle de constitutionnalité des lois en RFA, Paris 1982.

(135) Voir par exemple la décision du 25 avril 1972 sur l'interdiction de l'importation de certains films étrangers (BVerfGE 33, 52), dans laquelle les juges minoritaires proposaient en fait d'aboutir au même résultat pratique par un moyen moins détourné, à savoir une annulation.

(136) Voir par exemple la décision du 14 mai 1985 sur la liberté de manifester (BVerfGE 69, 315) et son commentaire par M. FROMONT in RDP 1987, p.1209s.

normes inférieures, notamment légales. Cette circonstance donne au juge administratif l'occasion d'effectuer non seulement un contrôle incident de la proportionnalité constitutionnelle mais aussi, comme nous aurons l'occasion de le constater(137), un contrôle direct, notamment en matière d'urbanisme.

Conclusion du paragraphe: L'efficacité du contrôle de proportionnalité exercé par le juge constitutionnel allemand est incontestable. Comme le démontrent les décisions d'annulation prises par son biais, mais aussi les décisions de simple application ou même ses effets indirects, la Cour de Karlsruhe a su forger un instrument de contrôle juridictionnel d'un potentiel remarquable. S'agit-il pour autant d'un outil exempt de faiblesses?

§2. Les limites du contrôle constitutionnel de Verhältnismäßigkeit

D'emblée, il convient de souligner que si par "résultats" positifs on a surtout entendu l'application multiforme et intense du contrôle de proportionnalité, les inconvénients "politiques" qu'entraîne cette réussite même ne nous retiendront pas. En effet, il existe aujourd'hui en Allemagne une quasi-unanimité sur le besoin de disposer d'un tel contrôle. Plus encore, tant les pouvoirs institutionnels et le crédit politique dont jouit le pouvoir judiciaire et surtout le juge constitutionnel, rendent le débat sur l'éventuel danger d'un "gouvernement des juges" bien moins présent Outre-Rhin qu'en France ou en Angleterre(138).

Cette question écartée, on constatera que les limites du contrôle de proportionnalité se situent plus sur le plan théorique que pratique. En effet, la limite la plus importante que ce contrôle connaît en Allemagne, est due à sa conception même, du moins telle qu'elle a été présentée (A), alors que ses limites pratiques seront à ce stade(139) en large partie démenties (B).

A. LIMITES CONCEPTUELLES

Cerner les limites conceptuelles d'un système aussi élaboré sur le plan théorique n'est pas chose aisée, toutefois deux observations s'imposent: l'une est relative à des éventuels dangers de confusion terminologique et épistémologique (a), l'autre à l'essence du schéma même d'application du contrôle de

(137) Voir notamment partie II, chapitre 2, section 1.

(138) H. J. WOLFF va jusqu'à affirmer que le rôle même des principes juridiques est d'éviter "des solutions juridiques politiquement inacceptables" (Rechtsgrundsätze und verfassungsgestaltende Grundentscheidungen als Rechtsquellen, in Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, München 1955, p.33[52]; dès lors, parler d'un "contrôle politique" du juge devient un pléonasme...

(139) Rappelons que l'on traite à présent du seul contentieux constitutionnel; or, comme on aura l'occasion de le voir par la suite, ces mêmes limites peuvent se retrouver davantage au plan du contrôle de l'action administrative (cf. surtout partie II, chapitre 1, section 2).

proportionnalité, consistant à opposer les libertés individuelles à l'intérêt général (b).

a. Confusion terminologique et épistémologique

Cette critique va de soi: le nombre de termes utilisés par la doctrine et la jurisprudence dépasse, en effet, très largement les notions exprimées; dès lors, la confusion terminologique, due à la profusion sémantique est inévitable, et l'on peut même s'interroger sur l'existence potentielle de réels problèmes de compréhension.

A cet égard, l'emploi fréquent de termes différents pour désigner l'élément principal du contrôle de proportionnalité, à savoir la proportionnalité au sens strict, est révélatrice.

Si le terme "Proportionalität" ne soulève aucune difficulté (il eût d'ailleurs été préférable que son emploi soit généralisé) en revanche, le terme "Übermaßverbot" (interdiction d'excès) est employé à la fois pour désigner la "proportionnalité au sens strict"(140), le principe de proportionnalité au sens large(141) et même, semble-t-il, un principe pouvant être cumulé à celui de la proportionnalité(142).

Plus grave est à cet égard la confusion terminologique de la proportionnalité au sens strict avec le terme "Zumutbarkeit" (rationalité), car on peut sérieusement se demander si elle ne dissimule pas une confusion de fond. De fait, s'il est constant que la Cour constitutionnelle fédérale emploie le terme "Zumutbarkeit" pour désigner la proportionnalité au sens étroit quand elle affirme par exemple que "um es zu erreichen, erscheint das Mittel der Höchstpreise geeignet, erforderlich und zumutbar"(143), il arrive aussi que les deux termes soient utilisés simultanément dans le même arrêt(144). Plusieurs auteurs se sont interrogés sur ce point. Pour T. Stein par exemple, "le commandement de rationalité renvoie à un autre usage", car "l'emploi du principe de proportionnalité met en balance deux valeurs variables, tandis que le principe de rationalité ne suppose aucune relation entre deux valeurs différentes"(145). Il s'agit là d'un point de vue répandu, qui doit être affilié à la position selon laquelle

(140) Cf. BVerfGE 14, 19[22]; BVerfGE 15, 226[234]; BVerfGE 18, 353[362].

(141) Par exemple, par T. STEIN, article précité, p.274, afin "d'exclure la confusion (entre proportionnalité au sens large et proportionnalité au sens strict)" (!). Voir aussi P. LERCHE, Übermaß..., ouvrage précité, p.19s., ainsi que BVerfGE 34, 261[267].

(142) Cf. par exemple BVerfGE 20, 45[49]: "die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und des Übermaßverbotes (...) als übergreifende Leitregeln allen staatlichen Handelns zwingend aus dem Rechtsstaatsprinzip ergeben und deshalb Verfassungsrang haben". Mais de telles affirmations ne semblent pas se traduire à une réelle différence de contrôle.

(143) BVerfGE 70, 1[26].

(144) Cf. BVerfGE 67, 157[178]: "Bei einer Gesamtabwägung zwischen der Schwere des Eingriffs und dem Gewicht sowie der Dringlichkeit der ihn rechtfertigenden Gründe muß die Grenze der Zumutbarkeit noch gewahrt sein (...) Das erforderliche Mittel (...) steht zu dem erstrebten Zweck (...) nicht außer Verhältnis (...)".

(145) Article précité, p.275.

la rationalité désignerait une limite ultime à la possibilité de porter atteinte aux libertés individuelles, n'ayant pas de rapport avec l'intérêt général qui justifie cette atteinte et qui serait donc à fixer objectivement(146). M. Ch. Jakobs en revanche, tout en essayant lui aussi de distinguer les deux notions, affirme que tant la rationalité que la proportionnalité au sens strict désignent une relation entre deux variables, mais tandis que la seconde se réfère à la "relation entre les situations juridiquement protégées qui bénéficient d'un acte étatique et celles qui en pâtissent", la première concerne seulement la "relation entre la charge imposée à une personne par rapport au droit à la liberté de celle-ci", opérant ainsi une comparaison uniquement du point de vue de l'individu(147).

Pour notre part, on ne peut que constater que l'emploi simultané et interchangeable des deux termes dans les décisions de la Bundesverfassungsgericht semble démentir toute tentative de distinction, tout en alimentant la confusion.

D'autres exemples de confusion, même en ce qui concerne l'utilisation déjà décrite des trois éléments du contrôle de proportionnalité(148), peuvent être donnés. D'ailleurs, ce que l'on tente de démontrer devient encore plus clair si l'on établit une liste sommaire des synonymes employés pour désigner chacun des trois éléments du contrôle de proportionnalité(149):

- Pour le terme *Geeignetheit* (aptitude)
 - Tauglichkeit
 - Zulänglichkeit
 - Zwecktauglichkeit
- Pour le terme *Erforderlichkeit* (nécessité)
 - Notwendigkeit
 - Grundsatz des geringstmöglichen Eingriffs
 - Grundsatz des geringsten Mittels
 - Grundsatz des mildesten Mittels
 - Grundsatz des schonendsten Mittels

(146) Voir surtout J. LÜCKE, *Die (Un-)Zumutbarkeit als allgemeine Grenze öffentlich-rechtlicher Pflichten des Bürgers*, Berlin 1973, et aussi *Die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und der Zumutbarkeit*, DöV 1974, p.769s. Cette opinion assigne à la "rationalité" un rôle similaire à celui de la "position minimum" de l'article 19 alinéa 2 GG, et doit être rejetée dans la mesure où elle nie la nécessité de la pondération, cf. B. SCHLINK, *Abwägung...*, ouvrage précité, p.210s.; R. DECHSLING, *Das Verhältnismäßigkeitsgebot*, ouvrage précité, p. 94.

(147) M.Ch. JAKOBS, *Der Grundsatz...*, ouvrage précité, p. 94.

(148) Ainsi dans un arrêt du 12 février 1986, le retrait du permis d'exercer d'un avocat a été estimé être une sanction d'une gravité disproportionnée au regard de l'intérêt public qui la justifiait, "parce qu'un moyen moins radical existait" (BVerfGE 72, 26[33]); la proportionnalité au sens strict (balance des intérêts en présence) se confond ainsi avec la nécessité (recherche du moyen le moins radical).

(149) Cette liste est basée dans une large mesure sur les travaux de M.Ch. JAKOBS qui s'efforce (en 68 pages!) d'effectuer une distinction entre ces différents termes: *Der Grundsatz...*, ouvrage précité, pp. 59-125.

• Pour le terme *Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne* (proportionnalité au sens strict)

- Adäquanz
- Angemessenheit (des Mittels)
- Grundsatz der Harmonisierung
- Notwendigkeit
- Praktische Konkordanz
- Proportionalität
- Übermaßverbot
- Zumutbarkeit
- Zweckadäquanz

Dès lors, l'existence d'un certain flouement est, pense-t-on, irréfutable. Ceci est peut-être inévitable dans le cas d'un moyen de contrôle aux aspects aussi variés et somme toute sa portée n'est pas très grande. Plus grave pourrait être le danger représenté par la mise en cause, même partielle, du schéma même d'application du contrôle de proportionnalité.

b. Conflit entre droits fondamentaux

Lors de la présentation du mécanisme du contrôle constitutionnel de la *Verhältnismäßigkeit* on a insisté sur sa fonction de modération, visant à empêcher les atteintes excessives portées aux libertés individuelles pour des motifs d'intérêt général(150). Il s'agirait donc uniquement d'une proportionnalité - liberté qui, sous la forme de l'interdiction d'excès, protégerait les droits fondamentaux(151).

Or il arrive que des droits fondamentaux se trouvent en situation de conflit entre eux, comme par exemple dans l'affaire Lebach déjà citée(152). Dans cette affaire, la Cour constitutionnelle fédérale devait se prononcer sur une émission télévisée à caractère documentaire mettant en cause un détenu. A la date de diffusion programmée, l'intéressé aurait déjà purgé les deux tiers de sa peine, et pouvait espérer une remise de peine assortie d'une mise à l'épreuve. Il envisageait de retourner dans son village natal où un emploi lui était promis. La diffusion par la seconde chaîne de télévision allemande de l'émission litigieuse allait sans aucun doute compromettre les chances de réussite de son effort de "resocialisation". Par conséquent, son droit à la protection de sa personnalité (déduit des articles 1 et 2 de la Loi fondamentale) se trouvait en situation de conflit avec le principe de liberté de la presse (article 5 alinéa 1 GG), un droit fondamental contre un autre.

Face à cette situation, la Cour de Karlsruhe s'en est sorti par une astuce, faisant état du double caractère de la liberté de la presse, certes droit fondamental subjectif, mais aussi principe de droit objectif. En l'occurrence, en concluant que dans ce cas l'intérêt de l'opinion publique à être informée devait céder le pas devant la protection de la personnalité du délinquant, la Cour a ramené son examen de la proportionnalité au schéma classique, assimilant la liberté de la presse à l'intérêt général.

(150) Chapitre 1, section 2, §1.

(151) Cf., pour la France, titre 1, chapitre 2, section 1, sous section 2.

(152) BVerfGE 35, 202[226s.].

Dans d'autres cas mettant en cause la liberté de la presse, et celle de la personnalité la Cour constitutionnelle fédérale a procédé de la même manière, comme par exemple dans l'"affaire Soraya"(153).

En réalité la liberté de la presse constitue bien un cas à part au sein des droits fondamentaux, car il est vrai qu'elle "recèle en elle" un fort potentiel de conflit avec d'autres "droits et intérêts de particuliers"(154). Il n'empêche que de telles décisions sèment un doute quant à la réalité absolue du schéma d'intervention du principe de proportionnalité dans le seul cas d'opposition entre les libertés individuelles et l'intérêt général. Sans incidence grave en soi, ces cas d'espèce présagent et recèlent surtout les éventuelles difficultés que la seule proportionnalité - interdiction d'excès pourrait rencontrer dans le contentieux administratif, où la "ligne de partage" entre libertés individuelles et intérêt général est parfois difficilement tranchée(155).

B. LIMITES PRATIQUES (DE MISE EN OUVRE)

Nos remarques seront à ce stade assez brèves. En effet, si l'on se place sur le terrain de l'existence et de l'intensité du contrôle de proportionnalité au sein du contentieux constitutionnel, la critique essentielle qui aurait pu être avancée concerne d'éventuelles "zones d'ombre" du contrôle étudié. Or on a vu qu'elle ne peut qu'être rejetée, étant donnée l'applicabilité absolument généralisée(156). du principe de Verhältnismäßigkeit. Restent néanmoins à évoquer d'autres critiques, d'ailleurs partiellement antinomiques.

Il s'agit d'abord de s'interroger si l'application générale du même contrôle au sujet de tous les droits fondamentaux ne risque pas de conduire à un nivellement qualitatif de ceux-ci, au risque de méconnaître leur importance propre.

Ainsi donc, l'application d'un contrôle uniforme dans son principe et ses éléments (aptitude, nécessité, puis proportionnalité au sens strict) sur l'ensemble des restrictions apportées aux droits fondamentaux a pu paraître à certains auteurs propice à "djouer les différences entre les droits fondamentaux et à niveler les garanties apportées dans le cas de leur limitation"(157). Cet "effet égalisateur" de l'application du principe de proportionnalité irait jusqu'à uniformiser complètement les garanties apportées pour la protection des droits fondamentaux qui se résumeraient ainsi à la garantie uniforme contre l'excès, sans considération d'ailleurs de la norme "limitatrice" (limitation par la constitution ou le législateur)(158).

(153) BVerfGE 34, 269. par cet arrêt, la Cour a interdit la diffusion d'une "interview" - par ailleurs imaginaire - de la princesse Soraya, ex épouse du Shah d'Iran, en estimant que la nécessité de protéger sa sphère de vie privée devait l'emporter sur l'intérêt de la collectivité à être informée.

(154) H. G. RUPP, *Objet...*, article précité, p.479.

(155) Voir partie II, chapitre 1.

(156) Cf. chapitre 1, section 2, §2.

(157) B. SCHLINK, *Abwägung...*, ouvrage précité, p.47.

(158) Cf. J. SCHWABE, *Probleme der Grundrechtsdogmatik*, Darmstadt 1977, p.308s.

Cette critique ne peut être acceptée. Si en effet la Cour constitutionnelle fédérale applique au sujet de tout droit fondamental la même échelle de contrôle, la protection accordée à chaque cas dépendra non seulement du cas concret mais aussi, comme la jurisprudence constitutionnelle le démontre très clairement, de la valeur propre du droit fondamental en cause(159). Ce qui nous ramène à une autre critique, qui se place d'un point de vue opposé.

Ainsi selon E. Grabitz, le principe de proportionnalité serait appliqué de manière différenciée, ne comportant pas toujours tous ses éléments et n'imposant pas toujours la même rigueur dans leur vérification(160). Or là aussi l'étude de la jurisprudence montre qu'au contraire, c'est la différente valeur propre de chaque droit fondamental qui entraîne avant tout la différence des résultats, tandis que le mécanisme de comparaison reste le même(161).

L'exemple le plus probant de cette raison essentielle de variation de l'intensité du contrôle de proportionnalité est donné par la théorie dite "des degrés" (Stufentheorie), exprimée par la décision du 11 juin 1957 de la Cour constitutionnelle fédérale sur les pharmacies (Apothekenurteil)(162). Dans cette décision, la haute juridiction constitutionnelle a distingué la protection qui doit être accordée à deux droits fondamentaux déduits de la même disposition constitutionnelle (article 12 GG), le droit au choix et celui à l'exercice de la profession, de la façon suivante:

"Le pouvoir de réglementation (restriction) prévu par l'article 12 alinéa 1, disposition 2 de la Loi fondamentale s'étend à l'exercice et au choix de la profession, mais non point à ces deux aspects de la même intensité. Il est accordé dans le but de restreindre l'exercice de la profession mais ne peut, en toute hypothèse, porter atteinte à la liberté du choix de la profession que du point de vue de l'exercice. Il est d'autant plus libre quant à son contenu, qu'il consiste en une pure réglementation de l'exercice de la profession, et d'autant plus strictement délimité qu'il affecte également le choix de la profession. (...)

a) La liberté d'exercice de la profession peut être limitée dans la mesure où des considérations raisonnables, dictées par le souci de l'intérêt général, font apparaître cette solution comme justifiée: la protection conférée par ce droit fondamental se limite à la défense contre l'imposition de charges inconstitutionnelles en soi, parce qu'imposant, par exemple, une gêne excessive et ne pouvant être estimée comme supportable (Zumutbar).

b) La liberté du choix de la profession ne peut être limitée que dans la mesure où la protection d'intérêts collectifs particulièrement importants l'exige

(159) Voir à ce titre l'exemple très éloquent constitué par la décision "des pharmacies" (BVerfGE 7, 377), commentée par la suite.

(160) Article précité, p.589: "[Das Bundesverfassungsgericht] zieht den Grundsatz [de proportionnalité] veder stets in allen seinen Elementen noch bei allen der genannten Grundrechte gleichmäßig heran".

(161) Cf. R. WEND, article précité, p.451: "Daß die vom Übermaßverbot im konkreten Fall ausgehenden Restriktionen allerdings davon abhängen, welche und wie weit gehende Zwecke sich der grundrechtseinschränkende Gesetzgeber jeweils setzt darf nicht verwundern. Das ergibt sich zwangsläufig aus seinem Charakter als Beurteilungsmaßstab für die Relation zweier Größen, nicht aber aus einer unterschiedlichen, je nach betroffenem Grundrechtsbereich differierenden Anwendungstypik des Übermaßverbots".

(162) BVerfGE 7, 377.

impérativement. Si une telle ingérence est indispensable, le législateur doit toujours choisir la forme d'intervention qui limite le moins possible ce droit fondamental.

Les réglementations (restrictions) édictées en vertu de l'article 12, alinéa 1, disposition 2 de la Loi fondamentale doivent l'être au "degré" qui, dans l'échelle des solutions possibles, comporte l'ingérence la plus faible dans la liberté du choix de la profession; le "degré" immédiatement supérieur ne peut être emprunté par le législateur que si l'on peut faire valoir de façon hautement vraisemblable que les risques encourus ne peuvent être parés efficacement par les moyens du degré inférieur (...)"(163).

Il ressort de cette citation tirée du recueil officiel des décisions de la Cour constitutionnelle fédérale que l'intervention du principe de proportionnalité pour déterminer la légitimité de la restriction apportée au droit fondamental en cause ne dépend pas seulement des circonstances de l'espèce, ni de la subjectivité du juge, mais aussi, dans une large mesure, de l'importance propre de la liberté en cause. Le contrôle de proportionnalité est donc un mécanisme stable, mais qui confère au juge constitutionnel une aptitude à censurer l'intervention étatique dans le domaine des droits fondamentaux d'une intensité variable: plus le droit fondamental est important, plus les exigences du juge pour son respect seront strictes.

Enfin la dernière critique pouvant être opposée au contrôle de la Verhältnismäßigkeit est la plus fondée. L'importance propre, et donc le degré de protection accordé à certains des droits fondamentaux n'est-il pas justement trop faible? Autrement dit, n'y aurait-il pas pour les "libertés économiques" une protection moindre que pour les "libertés de la personne"?

Le droit fondamental auquel on fait avant tout allusion ici est celui de la propriété. Déjà la Loi fondamentale elle-même prévoit dans son article 14 garantissant le droit de propriété, non seulement que "la propriété oblige" et que "son usage doit en même temps contribuer au bien public", mais aussi que "le contenu et les limites [du droit de propriété] sont fixés par les lois". Il en résulte une grande capacité de limitation pour le législateur, capacité dont le juge constitutionnel prend acte(164).

Certes, selon une jurisprudence bien établie, le droit de propriété protège également le patrimoine (Vermögen), c'est à dire les biens en général, y compris les valeurs mobilières, le salaire etc. Mais cette protection cède souvent la place à l'intérêt général, et ne concerne d'ailleurs pas ces biens "en tant que tels", mais seulement dans des cas exceptionnels(165).

(163) BVerfGE 7, 377[378].

(164) Cf. BVerfGE 79, 29[40]: "Bei dieser nach Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG vorzunehmenden Ausgestaltung hat der Gesetzgeber einen verhältnismäßig weiten Entscheidungsraum". Dans cette décision, du 11 octobre 1988 la Cour de Karlsruhe estima que la diffusion d'œuvres musicales dans les prisons sans verser de droits à leurs auteurs était une limitation raisonnable de leur droit de propriété, étant donné le but d'intérêt général rattaché à cette mesure. Voir déjà en ce sens BVerfGE 21, 73[83].

(165) Cf. BVerfGE 4, 7[17]; BVerfGE 10, 354[371]; BVerfGE 75, 180[154].

Dans une récente décision du 31 mai 1988(166), la Cour constitutionnelle fédérale a confirmé clairement cette jurisprudence en se prononçant en faveur de la constitutionnalité d'une loi relative à la caisse de retraite des professions agricoles, même si cela avait pu entraîner pour l'auteur du recours une double cotisation pendant un certain temps. Comme l'affirma la Haute juridiction constitutionnelle, le droit de la propriété garanti par la Constitution n'entre en compte que lorsqu'une charge financière devient écrasante pour le patrimoine de l'intéressé(167). Plus encore, l'évocation par le requérant de ses droits découlant de l'article 2 alinéa 1 GG n'obtint pas plus de succès(168).

Cette "différenciation" de la protection accordée aux libertés selon leur degré de rapprochement à la liberté de la personne, préoccupation première de l'Etat de droit allemand, peut être constatée de la manière la plus éloquente dans la décision célèbre du 18 mars 1976 relative à la loi sur la cotation des entreprises (Mitbestimmungsgesetz)(169). Cette loi, qui a instaurée en Allemagne un système particulièrement favorable aux travailleurs, ne viole, selon la Cour constitutionnelle fédérale, ni la garantie du droit de propriété, ni la liberté de fonder des sociétés, ni la liberté d'exercer une activité professionnelle. En effet, en rappelant que ces droits n'étaient pas conçus "comme des principes de droit objectif mais comme simples droits reconnus à des personnes physiques ou morales en vue de permettre leur épanouissement", la Cour a admis qu'une liberté économique, comme le droit de propriété, "qui ne sert plus à l'épanouissement personnel de son titulaire et ne peut être exercée qu'avec la collaboration de ceux qui apportent leur travail" puisse être violée du fait que la loi édicterait des prescriptions rendant son exercice difficile, voire impossible, et que les libertés économiques puissent être largement restreintes "dans l'intérêt de la coopération et de l'intégration de toutes les forces agissant au sein de l'entreprise", en réalité l'intérêt général(170).

Ce dernier exemple donne la mesure des limites de l'application d'un principe conçu pour limiter l'excès de l'atteinte à la liberté, quand il est appelé à intervenir en tant qu'instrument d'évaluation d'intérêts d'une autre nature. Certes, le fait que la protection du juge constitutionnel puisse être plus faible en ce qui

(166) BVerfGE 78, 232.

(167) Arrêt précité, p.243.

(168) Le raisonnement de cet arrêt donne par ailleurs un bon exemple des trois éléments du contrôle de proportionnalité: ainsi pour la Cour, l'aptitude de la limitation des droits fondamentaux du requérant est acquise, puisque le but recherché est de garantir que toute personne exclue de la caisse agricole disposerait d'une assurance équivalente. Or la période d'attente de 60 mois avant d'avoir droit à une retraite est également valable pour l'assurance retraite de droit commun. Dès lors, exiger d'une telle période de cotisation en régime général avant de dispenser, et donc exclure, une personne du régime agricole, garanti à cette dernière la même protection d'assurance retraite que celle des autres assurés de la caisse. Par ailleurs, le fait que le législateur se soit tenu à cette période minimum de 60 mois démontre également la nécessité de la mesure, puisqu'il s'agit du moyen le moins contraignant susceptible de garantir à l'assuré une telle protection. Finalement, la proportionnalité au sens strict a aussi été respectée, car la charge résultant de la double cotisation pendant un maximum n'excédant pas les 60 mois permettrait à la personne assurée "de s'épanouir professionnellement" (arrêt précité, p.246).

(169) BVerfGE 50, 290.

(170) Arrêt précité, p.341s.

concerne l'aspect "économique" des libertés garanties par la Loi fondamentale n'a rien d'étonnant, ni de condamnable dans une perspective de proportionnalité-liberté. Il reste qu'une constatation doit être faite: le mécanisme certainement imposant et apparemment étouffant pour le "pouvoir discrétionnaire" du législateur qu'est le contrôle de proportionnalité, peut aussi, selon le cas, laisser à la puissance publique une marge d'appréciation qui ne diffère finalement pas toujours des autres pays examinés.

Conclusion du paragraphe, de la section et du chapitre: S'appliquant à tous les domaines du droit constitutionnel quand un droit fondamental est en cause, le contrôle de proportionnalité remplit aisément son but essentiel, protéger les libertés individuelles, avec une réussite remarquable. Fondé sur un examen minutieux de ses trois éléments, aptitude, nécessité et proportionnalité au sens strict, appliqué in abstracto comme in concreto, souvent à plusieurs niveaux normatifs à l'occasion d'un seul acte, ce contrôle donne à l'observateur une impression largement favorable. A cet égard, le fait que son application n'ôte pas toute liberté d'appréciation aux pouvoirs étatiques compétents - notamment au pouvoir législatif - est naturel, et même nécessaire.

Conclusion du titre: Conçu comme instrument constitutionnel d'équilibre entre les libertés individuelles et l'intérêt général, le contrôle de Verhältnismäßigkeit, dégagé des dispositions de la Loi fondamentale par le juge constitutionnel, remplit de façon admirable son rôle. Instrument de modération, forme élaborée de l'interdiction d'excès, il est aujourd'hui reconnu comme un moyen de contrôle "adulte", dont personne ne songe à mettre en cause la légitimité.

Comporte-t-il des faiblesses? Il semble que son intensité aille, du moins en ce qui concerne le contentieux constitutionnel, aussi loin que cela puisse être concevable pour un pouvoir judiciaire. Si ce dernier s'oblige à respecter des limites naturelles, nul ne les lui impose juridiquement, si ce n'est le fameux consensus allemand.

Par ailleurs c'est la nature même du contentieux constitutionnel axé sur la protection des libertés plutôt que sur la surveillance de l'action étatique tel un supérieur hiérarchique qui explique que l'on n'ait pas rencontré l'équivalent juridictionnel de la technique française du "bilan". Au plan constitutionnel la conception allemande de la proportionnalité, assimilée entièrement à l'interdiction de l'excès, remplit à merveille son rôle. Reste à déterminer si cette conception peut, à un niveau normatif inférieur, mais aussi à certains égards plus proche du justiciable, remplir avec le même succès d'autres tâches.

TITRE TROISIEME

LA PROPORTIONNALITE REFUSEE: ANGLETERRE

Les contentieux français et allemand sont représentatifs, chacun de son côté, d'une approche différente du contrôle de proportionnalité. Ils partagent toutefois, qu'elle soit implicite ou explicite, l'acceptation de l'existence de ce contrôle.

En revanche le droit public anglais continue, dans une série d'arrêts récents, à nier cette existence. Toutefois ces décisions, tout en écartant l'introduction du contrôle de proportionnalité, sont la démonstration la plus éloquente de l'actualité du débat sur la proportionnalité Outre-Manche. Plus encore, et de manière typiquement britannique, ils laissent ouverte l'éventualité d'une possible acceptation, eo nomine, du contrôle de proportionnalité.

Aussi, tout en prenant acte du refus exprimé par les Cours anglaises, on tentera d'examiner en profondeur la problématique et les raisons qui les conduisent à cette solution (chapitre 2). Ceci ne sera possible que si l'on porte au préalable un regard sur l'évolution historique qui nous permet aujourd'hui, bien que depuis peu, de parler ne saurait-ce que de droit public et de juge administratif, au pays de la Common Law (chapitre 1).

CHAPITRE PREMIER

LES CONSEQUENCES D'UNE TRADITION
D'EMPIRISME

Si "l'existence d'un contrôle est la condition même de la reconnaissance de prérogatives de puissance publique à l'Administration"(1), ce contrôle peut s'exercer de manière fort différente. En Angleterre, les contrôles principaux de l'action administrative sont aujourd'hui encore le recours hiérarchique et le recours politique, basés sur les principes "constitutionnels" de la suprématie du Parlement et de la responsabilité ministérielle. Ce n'est là qu'une des conséquences d'une évolution historique distincte entre l'Angleterre et le Continent, évolution qui a profondément affecté le contrôle juridictionnel de la puissance publique.

Ce dernier est en effet fondé sur des principes fort différents de ceux que l'on reconnaît comme découlant directement de l'héritage du droit romain et qui rendent a priori la comparaison avec ces derniers délicate. Mais le droit anglais conserve une capacité étonnante d'évolution dans la continuité: en pleine mutation depuis la deuxième guerre mondiale, il offre désormais des solutions juridictionnelles qui s'approchent de plus en plus de ses homologues européens, tout en conservant les traces de son originalité première.

Aussi, après avoir analysé les traits principaux de la spécificité historique du droit anglais (section 1), on s'interrogera sur ce qui, en dépit d'un processus de convergence entamé dont on fera état, continue à le distinguer des droits "continentaux" (section 2).

Section 1

L'Insularité du droit anglais

La Common Law a commencé à se former dès le XI^e siècle, c'est à dire environ au même moment où sur le Continent on redécouvrait le droit romain, ou plutôt sa forme ultime, codifiée par Justinien. Quand, deux siècles plus tard, ce droit arrivait enfin en Angleterre, le droit "autochtone" était déjà enraciné, et l'acceptation directe d'un droit désormais "étranger" n'était plus possible.

Comme l'indique en effet le professeur Agostini, "on manifestait autrefois un attachement viscéral au statut local, et l'on voyait un privilège dans la pérennité du droit", tandis que d'un autre côté, le droit romain ne pouvait

(1) J. WALINE, L'évolution du contrôle de l'administration depuis un siècle, RDP 1984, p.1328.

même plus "rendre le service politique que, consciemment ou non, lui avait demandé l'Allemagne, celui d'être un facteur d'unité nationale"(2).

Le droit anglais a pu ainsi évoluer de manière relativement autonome par rapport à celui du Continent, se caractérisant historiquement à la fois par le refus du droit romain redécouvert(3), et des principes que découlent de ce dernier (§1). Cette voie insulaire a abouti également au refus de la division entre droit public et privé qui s'est progressivement créée en Europe, malgré l'existence d'un certain nombre de procédures appartenant par nature au droit public. Les juristes anglais se sont longtemps enorgueillis de ce particularisme, puis ont été conduits à en constater les inconvénients (§2).

§1. Le refus du droit romain

A l'opposé du Continent qui, par la réception d'un droit élaboré, a privilégié l'interprétation sur la création juridictionnelle, le droit anglais est historiquement un droit coutumier et judiciaire, caractérisé par la prépondérance de la jurisprudence sur le droit écrit (A). De cet élément essentiel résulte partiellement un autre trait important, la priorité accordée à la procédure sur le fond (B).

A. UN DROIT JURISPRUDENTIEL

Blackstone, un des plus grands juristes Anglais, juge et professeur de droit à l'université d'Oxford dans la seconde moitié du XVIII^e siècle et auteur du premier ouvrage sur la structure du droit anglais(4), divisait déjà le droit anglais en deux catégories: le droit écrit ou "statute law" et le droit non écrit, ou "Common Law". Il estimait que ce dernier avait force contraignante en raison "de son usage ancien et immémorial et du fait qu'il était uniformément accepté dans l'ensemble du royaume"(5).

Cette distinction, qui perdure aujourd'hui, instaure un rapport curieux entre ces deux sources de droit: la théorie classique du droit anglais voit dans les textes législatifs une source formellement supérieure, mais secondaire de droit (a). Pratiquement souverain, le droit jurisprudentiel est pourtant lié par lui-même (b).

(2) E. AGOSTINI, Droit comparé, PUF, Paris 1988, pp.186-87.

(3) Il faut noter que ce droit romain n'est pas forcément le droit romain classique, mais plutôt le droit codifié de la période byzantine et post-byzantine. Il n'est dès lors pas contradictoire de constater à la fois la non-réception du droit romain par le droit anglais et leurs "troublantes ressemblances" (E. AGOSTINI, Droit comparé, ouvrage précité, p.228). En revanche, le droit anglais a été façonné en suivant les mêmes stades de développement que le droit romain, à partir d'une tradition juridique qui incluait le droit de la période de l'occupation romaine (I - IV siècles): de ce point de vue, le droit anglais est peut-être plus proche que les droits continentaux du droit romain archaïque et même classique...

(4) Commentaries on the Laws of England, Oxford 1778.

(5) Il convient de rappeler ici qu'historiquement, le terme "Common Law" désigne le droit qui a trouvé son origine à la période anglo-saxonne et normande, par opposition au "civil law" qui utilisaient les pays européens du Continent.

a. Prépondérance de la "Common Law" (6)

En Angleterre, la loi ne fait qu'apporter des correctifs et des additifs aux principes de droit qui se trouvent dans les corps principal du droit anglais, constitué toujours par le droit jurisprudentiel. Il ne faut pas chercher dans les textes de loi les principes même de droit, mais seulement des solutions qui précisent ou rectifient des principes établis par la jurisprudence, qui peuvent occasionnellement s'avérer incomplets, erronés ou désuets. Si donc les lois anglaises, en tant qu'œuvre d'un Parlement souverain représentant de la nation, méritent un total respect et doivent être appliquées à la lettre par les juges, elles ne font qu'introduire des exceptions au droit commun. Et en tant qu'exceptions, les lois ne seront interprétées que restrictivement.

Ainsi, dans la pure tradition anglo-saxonne, c'est ouvertement l'interprétation, et donc le juge, qui a le dernier mot. La "legal rule" anglaise, se place au niveau de l'espèce ("case") à l'occasion de laquelle elle a été dégagée. Les textes législatifs, quand ils existent(7), ne sont vraiment adoptés en tant que règles de droit que lorsqu'ils ont été interprétés par la jurisprudence, de sorte que les applications jurisprudentielles prennent la place des dispositions légales: "Aussi, les juges, dans la souveraineté qui est la leur, se sont-ils régulièrement reconnus le droit de refuser l'application d'une loi au cas où celle-ci serait "manifestement absurde" ou manifestement injuste"(8).

Foncièrement jurisprudentiel, le droit anglais est aussi, à l'inverse des droits français et allemand, un système ouvert. Il ne comporte pas, ou très peu, de règles de fond applicables en toutes circonstances; il dispose au contraire d'une méthode qui permet de résoudre chaque espèce au cas par cas. Au lieu d'interpréter les règles juridiques existantes, cette méthode consiste, en partant des "legal rules" déjà dégagées, à découvrir celles, peut-être nouvelles, qui s'appliqueront à l'espèce.

(6) Le terme "Common Law" est compris ici dans son sens large, signifiant un "droit non-écrit, commun pour l'ensemble du royaume". Pris dans son sens étroit, il doit être distingué non seulement du droit écrit, mais aussi de l'autre catégorie de droit jurisprudentiel qu'est l'"Equity". L'"Equity", équivalent historique du droit prétorien romain, fut développée pour contrebalancer la rigidité croissante de la "Common Law" au sens étroit, rigidité qui sera relatée par la suite. Mais aujourd'hui cette distinction a peu d'importance de notre point de vue, puisque d'un côté l'equity obéit aussi depuis des siècles à la règle du précédent, et de l'autre depuis les Lois sur l'organisation judiciaire (the judicature acts) de 1873 et 1875 les deux systèmes de droit sont utilisés par un ordre de juridiction unitaire (voir à ce sujet R. DAVID, *Le droit anglais*, 6e édition, PUF, Paris 1991, p.15s.; E. AGOSTINI, *Droit comparé*, ouvrage précité, p.194s.).

(7) Il est vrai que l'ordonnement juridique légal devient de plus en plus dense. Cet état de fait, qui sera relaté dans le paragraphe suivant, a pesé de tout son poids sur l'évolution actuelle du droit administratif anglais. Mais il n'altère pas la constatation de base: la règle de droit commun, continue à être... la "Common Law".

(8) E. AGOSTINI, *Droit comparé*, ouvrage précité, p.216. Ceci ne doit pas nous conduire à conclure hâtivement sur l'existence d'un "gouvernement des juges" en Angleterre. Voir notamment le paragraphe suivant.

En définitive, le rôle de la jurisprudence en Angleterre est ouvertement(9) non seulement d'appliquer (to apply) mais de dégager (to pronounce) les règles du droit. Or cette réalité nécessita très vite une réponse efficace au danger principal d'un tel droit jurisprudentiel: l'insécurité du droit. Cette réponse fut la règle du précédent.

b. La règle du précédent (Stare decisis)

En effet, sous peine de détruire toute certitude et de compromettre l'existence même du droit anglais(10), la règle générale a été établie que les principes dégagés par les décisions judiciaires doivent être suivis obligatoirement par les jugements ultérieurs.

L'obligation de s'en tenir à la chose jugée, ("stare decisis"(11)) est en effet dans la logique même du système jurisprudentiel anglo-saxon, comme d'ailleurs dans celle de tout système vraiment jurisprudentiel(12).

Pourtant jusqu'au XIXe siècle, si, pour statuer, les juges se référaient à ce qui avait déjà été jugé précédemment dans des cas semblables, c'était uniquement par souci d'assurer la cohésion de la jurisprudence. Le principe qu'il était strictement obligatoire de suivre les précédents ne fut établi que dans la seconde moitié du XIXe siècle, à la faveur de plusieurs facteurs, dont le plus important fut l'établissement, par les Lois sur l'organisation judiciaire de 1873 et 1875 d'une hiérarchie systématique des juridictions.

Par ces lois en effet, la grande majorité des juridictions supérieures complexes issues du long passé historique de la Common Law et de l'Equity, à savoir les anciennes Cours royales de Westminster (Court of Exchequer, Court of the King's Bench et Court of Common Pleas) qui appliquaient la Common Law et la Cour de la Chancellerie qui suivait les règles de l'Equity ont été réunies en une seule juridiction supérieure, appelée "Supreme Court of Judicature".

Cette cour supérieure comporte aujourd'hui(13) deux degrés:

- la "High Court of Justice", juridiction de première instance au civil, et la "Crown Court", juridiction de première instance au pénal. La "High Court of Justice" se divise à son tour en trois branches: La "Queen's Bench Division",

(9) Tel est aussi le cas dans une certaine mesure du droit administratif français; mais on ne peut voir là qu'un état de fait, peut être une nécessité, mais pas une "autorisation ouverte" du système juridique.

(10) Ainsi que l'indique E. AGOSTINI, "la prévisibilité est de l'essence du droit" (ouvrage précité, p.217).

(11) Littéralement: "fixité de la décision".

(12) Comme l'affirme C. PERELMAN, "Pour éviter l'arbitraire, il est important que la décision du juge forme un précédent auquel on se conformera dans l'avenir et que devienne connue la règle selon laquelle il a tranché. De là, naît une certaine conception de la justice, comme régularité, comme uniformité, comme le traitement égal de cas essentiellement semblables. C'est cette égalité devant la loi qui garantit l'impartialité des Juges et assure le maintien de l'ordre social" (Le raisonnable et le déraisonnable en droit, Paris 1984, p.68).

(13) Au terme d'une longue évolution dont la dernière étape à ce jour fut la Supreme Court Act de 1981.

héritière des juridictions de l'ancienne Common Law, la "Chancery Division", ayant hérité l'ancienne juridiction de l'equity, et la "Family Division"(14).

- la "Court of Appeal", statuant en deuxième instance aussi bien au civil (et donc aussi pour les affaires de "droit administratif") qu'au pénal.

De son côté, la Chambre des Lords en fonction judiciaire(15), supprimée en 1873, est de nouveau depuis 1875 la juridiction d'appel ultime, non seulement d'ailleurs pour l'Angleterre et le Pays de Galles, mais pour tout le Royaume Uni.

Concernant la règle du précédent, les décisions rendues par la High Court of Justice et la Crown Court s'imposent à toutes les juridictions inférieures et ont valeur de persuasion sur leurs propres décisions.

Les décisions rendues par la Cour d'Appel constituent des précédents obligatoires à la fois pour elle-même et pour toutes les juridictions qui lui sont inférieures.

Finalement les décisions rendues par la Chambre des Lords constituent des précédents obligatoires, dont les principes doivent être suivis par toutes les juridictions sans exception. Avant 1966 d'ailleurs, la Chambre des Lords était elle-même liée par ses propres précédents(16).

Encore faut-il préciser que ce n'est pas la totalité, mais seulement le cœur de la décision, la ratio decidendi qui forme la règle de droit créant un précédent.

Seuls donc les motifs décisifs, au sein d'une décision souvent fort détaillée, auront qualité de précédents et vocation à bénéficier de la force obligatoire. Les affirmations incidentes des juges, ou "obiter dicta", n'auront pas plus de force que leur auteur a de l'autorité. Les obiter dicta des magistrats fameux, forment par conséquent bien une source de droit, mais de nature doctrinale(17), tandis que les affirmations des magistrats inconnus sont complètement ignorés(18).

(14) Comme on le verra, c'est une section de la "Division du banc de la reine" qui est actuellement compétente pour les affaires jugées selon la procédure spécifique de "droit administratif" qu'est la "Judicial Review": voir section 2, §1, B.

(15) La fonction judiciaire de la Chambre des Lords britannique remonte au développement de la monarchie parlementaire, puisque dès le XVIII^e siècle elle était devenue la juridiction suprême d'appel des Cours de Common Law. Depuis 1875, les "Law-Lords" (lords-juges, non parlementaires et à ne pas confondre avec les lords héréditaires ou "Pairs") sont nommés par le Monarque sur recommandation du premier ministre. Au nombre de 11, ils jugent un nombre très faible, en comparaison avec la France ou l'Allemagne d'environ 50 affaires par an (356 arrêts seulement rendus de 1952 à 1968).

(16) Proclamée par le ministre de la justice (Practice Statement de 1966), la faculté de la Chambre des Lords - juridiction ["Chambre des Lords"] de déroger à ses propres précédents fut exercée pour la première fois en 1968 (voir section 2, §1) mais continue à donner à la doctrine anglaise matière à discussion: si avant 1966 les précédents avaient force immuable comment une décision non normativement supérieure a-t-elle pu valablement y déroger?

(17) L'ennui est que souvent il est fort difficile de distinguer, dans une décision juridictionnelle anglaise, le motif décisif de l'obiter dictum. E. AGOSTINI cite l'exemple étonnant de la jurisprudence relative au contrat entre absents, lorsqu'il fallut trois arrêts échelonnés de 1879 à 1955 pour déterminer si l'Angleterre penchait pour

Même ainsi limités, les précédents réunis depuis des siècles et dont l'actualité est souvent douteuse peuvent créer une sclérose de l'ordonnement juridique. Cet état de fait fut jadis la cause de la création de l'equity mais aujourd'hui, les juges ont surtout recours à la technique des "distinctions".

Il s'agit en réalité pour les juges d'une manière de contourner la règle du précédent lorsque les règles existantes leur semblent conduire à une absurdité ou à une injustice(19). Pour ce faire, la Cour invoque que les faits de l'espèce qui lui sont soumis sont différents des faits qui avaient motivé les décisions antérieures qui auraient a priori pu s'appliquer: en conséquence, la Cour sera fondée à s'en écarter.

Pour ne pas compromettre le principe même de stare decisis, cette technique des "distinctions" ne peut qu'être utilisée avec "tact et mesure". Etant articulée sur la fiction juridique selon laquelle la Common Law serait fondée sur la coutume immémoriale du royaume d'Angleterre, la jurisprudence a vocation à l'éternité: une fois établie, elle ne peut que très difficilement changer. Dès lors, la souplesse du système est aussi dépendante d'une autre caractéristique fondamentale du droit anglais, sa prédilection pour les règles de procédure plutôt que de fond.

B. UN DROIT PROCEDURAL

Pour comprendre la nature profonde du droit anglais il faut aussi garder à l'esprit l'antériorité de la procédure par rapport au fond du droit.

En effet, déjà à l'époque de la conquête de l'île par Guillaume le Conquérant, il existait en Angleterre une justice féodale, qui fût en principe maintenue dans sa présentation traditionnelle. Les tribunaux rendaient la justice conformément aux coutumes locales et utilisaient des procédés de preuve archaïques(20). Qui plus est, ils étaient sous l'influence directe des potentats locaux et ne présentaient que rarement les garanties d'impartialité que pouvait assurer la justice royale.

Dans ces conditions, être jugé par les Cours de Westminster, organismes détachés du conseil du roi (Curia Regis), devenait un privilège. Mais une telle faveur n'était accordée que discrétionnairement, et son octroi devait être sollicité selon les règles de l'art.

la théorie de l'émission ou pour celle de la réception (Droit comparé, ouvrage précité, p.219).

(18) Il convient d'ailleurs de remarquer que la publication des décisions sélectionnées par les recueils peuvent être partielles: les obiter dicta estimés par l'auteur du Recueil comme étant de moindre importance demeurent ainsi complètement inconnus.

(19) En théorie, le seul recours pour écarter un précédent devenu obsolète, hormis la faculté qu'a la Chambre des Lords de déroger à ses propres précédents, serait de demander que soit voté un texte de loi sur le problème. Mais les juges, y compris la Chambre des Lords, évitent naturellement cette démarche de confrontation, puisqu'elle discrédite l'immuabilité de leur propre œuvre.

(20) Tels l'ordalie ou le duel judiciaire. La preuve testimoniale ne pouvait quant à elle être reçue, puisque jurer n'était pas autorisé.

Il s'agissait donc pour le demandeur de requérir de la Couronne la délivrance d'une assignation (writ) ordonnant au défendeur d'agir conformément au droit(21). Une fois seulement celle-ci accordée, on se demandait pour quelles raisons le défendeur ne se rendait pas au writ qui lui avait été délivré.

Dès le début donc, devant les Cours de Westminster, il était surtout question d'examiner si la prétention procédurale du demandeur, visant avant tout à se soumettre à la compétence royale, était fondée. Comme les nobles ont réagi vivement à l'expansionnisme judiciaire royal qui s'en suivit(22), un compromis fut conclu avec le "Statute of Westminster second" de 1285, qui gelait le nombre des writs disponibles à une soixantaine environ.

Par conséquent, la procédure dominait tout puisqu'une prétention ne pouvait triompher sans se glisser dans le moule d'une action en justice disponible. Au lieu de la règle du droit continental romanisé "pas d'intérêt, pas d'action", en Angleterre on aboutissait ainsi à la règle inverse "pas d'action, pas d'intérêt"(23).

Le triomphe progressif de la justice royale n'a pas résolu le problème, puisque très vite une autre procédure rivale de la Common Law apparaissait, la procédure d'equity, initialement ecclésiastique. Et même après la fusion des deux juridictions, opérée par les Judicature Acts de 1873-75, les différences procédurales demeurèrent en partie, et laissèrent un lourd héritage.

Cette circonstance, alliée à une absence de règles générales de fond inhérente au caractère ouvert du droit anglais, fait encore de nos jours de la procédure l'élément essentiel du procès britannique. Comme le remarquait en 1982 Lord Brightman à propos de la procédure pourtant fort récente de Judicial Review, "la procédure de "Révision Judiciaire" implique la révision de la manière par laquelle la décision a été prise"(24). Et Lord Wilberforce rappelait encore plus récemment avec l'autorité qui est la sienne que "en règle générale la loi anglaise lie non pas selon des principes mais selon des procédures"(25).

Cette règle fondamentale selon laquelle "remedies precede rights" implique pour un Anglais que le droit ne consiste pas en un ensemble de règles qui déterminent quant au fond la solution qui doit intervenir, mais est essentiellement un ensemble de règles de procédure, suivant lesquelles "on présume que les juges arriveront à donner une solution juste à la question qui

(21) Plus précisément, le roi étant saisi par l'un des ses sujets qui se plaignait d'une injustice commise à son égard, ordonnait que "le dossier de l'affaire" lui soit transmis afin qu'il puisse se prononcer conformément au droit. Il convient toutefois de souligner qu'au tout début la plupart des writs étaient issus directement et à l'initiative du roi, qui les utilisait pour adresser divers ordres dans le but de gouverner: voir l'analyse détaillée des origines des writs dans l'ouvrage fondamental de Stanley DE SMITH, *Judicial review of administrative action*, 4ed., Stevens, Londres 1980, p.584s.

(22) Le recours à la justice étant payant, le roi comme les seigneurs avaient tout intérêt, politique comme financier, à en rester maîtres.

(23) Notons au passage que le droit romain, lui, n'ignorait pas le principe "pas d'action, pas d'intérêt"...

(24) Chief Constable of North Wales Police / Evans [1982] 1 WLR p.1155 [1174]: "judicial review means review of the manner in which the decision was made".

(25) Dany / Spelthorne B.C. [1984] AC p.262 [276]: "typically, English law fastens, not upon principles but upon remedies".

leur est soumise"(26). Ceci s'applique d'ailleurs au "droit constitutionnel" britannique, qui est le seul système juridique de l'Europe occidentale à ne jamais avoir connu une déclaration formelle des droits de l'homme.

En effet, la déclaration de 1689, bien qu'appelée par les britanniques "Bill of Rights", ne garantit aucunement les libertés individuelles, même si indirectement elle contribue à les protéger; elle n'est qu'une loi constitutionnelle régissant l'exercice de la prérogative royale et les problèmes de succession au trône. Elle est en cela conforme à la conception procédurale qu'ont les Anglais du droit, et qui les porte à envisager les problèmes de manière pragmatique: plutôt que d'élaborer une Constitution écrite proclamant les droits et les libertés des sujets, ils ont mis au point des procédures qui aident indirectement à les garantir(27).

Conclusion du paragraphe: Rigide en vue d'assurer la sécurité du droit, articulé sur la procédure pour sauvegarder sa capacité d'évolution, le système juridique anglais se veut aussi unique et égal pour tous, personnes publiques comme personnes privées.

§2. L'impossible refus de la summa divisio continentale (droit public - droit privé)

Appartenant initialement à la discrétion du Souverain, les plus importants des writs ont assez tôt échappés à son emprise à mesure qu'il perdait le contrôle de la King's Bench division, Cour principale compétente en la matière et présidée traditionnellement par le roi en personne. Quatre de ces writs en particulier, s'élevaient ainsi progressivement en moyens efficaces de contrôle de la puissance étatique, aux mains du juge de la Common Law: réel détenteur de la puissance que lui conféraient ces writs de l'habeas corpus, certiorari, prohibition et mandamus, le juge préféra pourtant, de manière typiquement britannique, maintenir et même accentuer la fiction de leur provenance royale, les appelant "prerogative writs" (A). Ce pouvoir du juge ordinaire de surveiller l'administration, en avance sur le Continent, fit longtemps la fierté des juristes britanniques (B); il ne manqua toutefois pas, dès le début du XXe siècle, de montrer ses faiblesses, mettant ainsi en cause le choix fondamental britannique de l'unicité des juridictions (C).

(26) R. DAVID, Les caractères originaux de la pensée juridique anglaise et américaine, Arch. Phil. Droit 1970, p.3.

(27) Ainsi le droit célèbre d'"habeas corpus" (littéralement: "produit cet individu") qui aide à sauvegarder encore de nos jours la liberté individuelle, trouve son origine dans une procédure, instaurée sous le règne d'Edouard I (1272-1307), qui ordonnait au défendeur de libérer la personne détenue injustement, ou de venir expliquer la raison pour laquelle il détenait le prisonnier, en amenant ce dernier avec lui.

A. LE SYSTEME DES "PREROGATIVE WRITS"

Il est intéressant de constater que la volonté initiale des juges de la King Bench semble avoir été la banalisation des moyens nouvellement acquis de contrôle de la puissance publique.

Ainsi Coke, grand juriste Anglais du début du XVIII^e siècle, bien que conscient de la connexion historique entre la puissance royale et les writs de l'habeas corpus, certiorari, prohibition et mandamus, se refusait de leur reconnaître une nature particulière: pour lui, le roi avait "attribué tout son pouvoir judiciaire aux Cours de Justice"(28), dont la tête était tenue par la King's Bench. Il était hors de question d'accepter le terme même de King's prerogative writs.

Le terme "prerogative" writ semble au contraire être l'invention des juges royalistes Blackstone et Mansfield(29) qui estimaient, à juste titre, que c'était politiquement opportun d'associer ces moyens juridiques particulièrement appréciés du justiciable à la sollicitude présumée du roi pour le bienfait de ses sujets(30): devenue une fiction à cause de la puissance émergente du parlement, la "discrétionnalité" des prerogative writs a été maintenue, comme fiction, avec l'accord au moins implicite des royalistes.

Dès la fin du XVII^e siècle le juge judiciaire est par conséquent détenteur d'un réel pouvoir(31), non pas en tant qu'organe constitutionnel distinct, mais en sa qualité de serviteur du roi(32), et par le maniement habile des prerogative writs. Outre le writ de habeas corpus, déjà relaté(33) et s'apparentant plus en France à la compétence du juge judiciaire, ces prerogative writs furent:

- Le writ de certiorari qui était initialement le moyen procédural par lequel le roi ordonnait, sur demande d'un de ses sujets, à une cour inférieure de lui transférer le dossier d'un litige, afin de rendre justice lui-même par le biais de sa King's Bench, en annulant éventuellement la décision du tribunal inférieur, si ce dernier avait agi en dehors de sa compétence. Etendu aux décisions des divers corps exerçant des fonctions administratives sous des formes quasi-

(28) Co.Inst. IV, 70, cité par DE SMITH, *Judicial Review...*, ouvrage précité, p.593.

(29) En 1762, MANSFIELD affirmait dans l'affaire *R. / Barker* que le writ de mandamus est un "prerogative writ découlant du Roi en personne, siégeant au sein de sa Cour, surveillant la police et préservant la paix de son pays" (cité par DE SMITH, *Judicial Review...*, ouvrage précité, p.592).

(30) Ibid, p.593.

(31) Bien qu'il faille reconnaître que l'Angleterre n'ait pas non plus été dispensée de discussions sur la légitimité du contrôle juridictionnel de la puissance publique qui font aujourd'hui encore la joie des juristes: pour ELLESMERE, le rival de Coke, ce dernier "insinuait, en donnant une telle autorité excessive à la King's Bench, que cette Cour était capable à elle seule de diriger l'Etat" (cité par DE SMITH, *Judicial Review...*, ouvrage précité, p.593).

(32) Cette confusion des organes n'est pas sans rappeler, concernant le contentieux administratif, le "supérieur hiérarchique" Français. Mais il ne faut pas oublier qu'en Angleterre il s'agit surtout d'une fiction qui couvre une rivalité entre les pouvoirs étatiques; il n'y a pas la tradition française de "connivence" entre l'administration et sa justice.

(33) Voir paragraphe précédent, B, notes.

juridictionnelles, ce writ est vite devenu la procédure de contrôle de la légalité par excellence, l'équivalent le plus proche de notre possibilité d'annulation contentieuse d'une décision administrative pour excès de pouvoir(34).

- Le writ de prohibition qui exprimait de manière préventive l'ordre à un tribunal de ne pas statuer en dehors de sa compétence ("ultra vires"). Utilisé initialement comme moyen de limiter le développement des cours ecclésiastiques et d'equity contre celles de la Common Law, il a servi à la King's Bench pour étendre sa compétence au dépens des autres cours(35).

- Ce dernier writ était enfin soutenu par un autre, celui de mandamus, qui exprimait l'ordre donnée par la King's Bench à une autorité publique d'agir conformément à ces devoirs, permettant ainsi d'adresser des injonctions à l'administration.

Ainsi dès le XVIII^e siècle, la King's Bench anglaise se trouvait avec une faculté de surveillance de l'exercice du pouvoir étatique sans équivalent continental. Elle était devenue, pour reprendre l'expression de Gneist, "une *Oberverwaltungsgericht*, une cour administrative supérieure, qui supervise la plupart de l'activité des services administratifs décentralisés, tenant les organes subordonnés dans le cadre de leurs limites légales par des writs de certiorari et de prohibition, et leur ordonnant de se conformer à leurs devoirs par des writs de mandamus"(36).

Dans ces conditions, nul besoin d'instituer une juridiction spécialement consacrée au droit administratif(37). Plus encore, une telle évolution était pour les Anglais synonyme d'un affranchissement inacceptable de l'exécutif, au moment où chez eux l'Etat n'était, toute proportion gardée, qu'un simple justiciable, soumis aux règles de droit commun, appliquées par le juge ordinaire.

Cet état d'esprit fut très répandu parmi les juristes anglais du XIX^e siècle; il a été exprimé de la façon la plus éloquente par Arthur V. Dicey.

(34) Ainsi en 1700, HOLT disait, dans un arrêt célèbre que "c'est dans la nature de toute juridiction de devoir envoyer le dossier ici pour réexamen quand certiorari est demandé" (affaire *Croenvelt / Burwell*, [1700] 1 Ld.Raym. p.454[459], citée par DE SMITH, *Judicial Review...*, ouvrage précité, p.590).

(35) Dans l'affaire *Case of the Company of Horners in London* de 1642, 2 Roll.R. p.471 (citée par DE SMITH, *Judicial Review...*, ouvrage précité, p.591), ce writ est décrit comme permettant à la King's Bench "de limiter la juridiction de toute autre Cour". Voir aussi S. FLOGAÏTIS, *Administrative Law et droit administratif*, LGDJ, Paris 1986, p.142s.

(36) in *Englische Verfassungsgeschichte*, p.574, cité par DE SMITH, *Judicial Review...*, ouvrage précité, p.590.

(37) Pour le professeur DE SMITH, "il n'y a aucun doute que l'absence dans les systèmes juridiques de Common Law d'un droit public, impliquant que les recours à l'encontre des autorités publiques soient intentés uniquement devant des Cours administratives et régis par des règles spécifiques, est directement due à l'utilisation extensive des prerogative writs par la Cour de King's Bench" (ouvrage précité, p.590).

B. DICEY ET LA "RULE OF LAW": L'ORGUEIL DU SYSTEME UNITAIRE ANGLAIS

Dans son ouvrage fondamental, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*(38), Dicey, libéral convaincu et fier d'être britannique, s'emploie à présenter les particularités propres au système juridique de sa nation, dans le but ultime d'en démontrer la supériorité.

Sa démarche est fausement(39) comparative: Dicey situe surtout le droit anglais par opposition au "droit administratif"(40) français, système de droit continental à la fois le plus représentatif et le plus apte, selon lui, à apporter la preuve de l'avance des institutions britanniques(41), inhérente à l'unicité des juridictions.

En effet, le "droit administratif" français a selon Dicey pour fondement "deux idées majeures, étrangères aux conceptions des Anglais modernes"(42):

- Les rapports de l'administration avec les citoyens sont régis par des règles qui diffèrent essentiellement de celles qui régissent les rapports entre individus, et qui expriment "un ensemble de droits, de privilèges et de prérogatives: un particulier ne se trouve pas, dans ses rapports avec l'Etat, dans des conditions similaires à celles dans lesquelles il se trouve dans ses rapports avec ses voisins"(43).

- Les tribunaux judiciaires n'ont pas d'emprise juridique sur ces rapports, car le "droit administratif" repose sur "la nécessité de maintenir une prétendue

(38) 10^e édition, Mackmillan, Londres 1959 (réimpression 1982), préface E.C.S. WADE. La traduction française de l'ouvrage, *Introduction à l'étude du droit constitutionnel*, par A.BATUT et G.JEZE, Paris 1902, est tirée de la sixième édition anglaise de 1902 (la dernière édition du vivant de l'auteur fut celle de 1915).

(39) En effet le droit français dont les traits principaux ont été comparés à ceux du droit anglais par DICEY, n'est même pas celui de la première édition de son ouvrage, parue en 1885, mais plutôt celui des périodes 1800-1815 et 1830-1870. L'aversion de l'auteur pour Napoléon put ainsi décider sur son appréhension du droit administratif français par une présentation caricaturale d'un "droit" d'exception au service de l'exécutif. D'ailleurs DICEY l'avoue implicitement: "Ce n'est pas mon objectif (...) de donner un aperçu d'ensemble du droit administratif. Mon but est de traiter du droit administratif dans la mesure où ses principes fondamentaux sont en conflit avec les idées modernes anglaises de la Rule of Law, et spécialement de démontrer comment il a donné et donne toujours une protection spéciale ou des privilèges aux agents de l'Etat" (*Introduction...*, ouvrage précité, p.528).

(40) Il est intéressant de noter que DICEY préfère laisser le terme "droit administratif" non traduit. Pour E. PARKER, le contraste entre les termes *rule of law* et *droit administratif* "suggère que le droit administratif (...) doit être quelque chose d'hors la loi ("lawless") le mot "droit" ne pouvant pas être utilisé au sens dans lequel on emploie le terme "administrative law", mais signifiant "une sorte de right administratif, le mot "droit" étant beaucoup utilisé comme dans les mots Dieu et mon droit" (*State and Official Liability*, Harvard Law Review 1905, p.335).

(41) "L'ensemble du droit administratif vaut la peine d'être étudié. Il a été imité par la plupart des pays de l'Europe continentale. Il illustre, par contraste, le sens entier de cette suprématie absolue du droit ordinaire du pays - un critique étranger aurait dit que ce légalisme intense que nous avons trouvé est un trait particulier des institutions anglaises" (*Introduction...*, ouvrage précité, p.320).

(42) *Introduction...*, ouvrage précité, p.336.

(43) Ibid.

séparation des pouvoirs [qui] ne signifie ni plus ni moins que, pour maintenir le principe selon lequel les juges ordinaires doivent être inamovibles et ainsi indépendants de l'exécutif, il faut que l'administration et ses agents soient indépendants, et, à la limite, affranchis, de la juridiction des cours ordinaires"(44).

Ce droit d'exception, appliqué par un juge d'exception, est pour Dicey(45) l'antithèse complète du droit anglais qui repose sur la fameuse "Rule of Law", selon laquelle "aucune personne ne peut être punie ou ne peut être lésée légalement dans son corps ou sa propriété, si ce n'est du fait d'avoir commis une atteinte particulière à la loi établie et selon la procédure ordinaire légale, devant les Cours ordinaires"(46) et "toute personne, quel que soit son niveau social ou sa condition, est assujettie au droit ordinaire royaume et susceptible d'être amenée aux juridictions ordinaires"(47).

Bref à l'opposé de la France, l'Angleterre serait un "Etat de droit", tout simplement parce que l'administration y serait soumise à la loi ordinaire appliquée par les tribunaux ordinaires, de sorte que pour qu'il y ait Rule of Law dans un pays, les droits de l'homme devraient être garantis par la juridiction judiciaire.

Bien que partiellement rectifiée par son auteur, la thèse de la Rule of Law, unique en Europe, allait laisser un lourd héritage à la doctrine et la jurisprudence anglaise. A telle enseigne que Lord Denning, pourtant l'un des plus remarquables pionniers du droit public anglais, déclarait encore en 1970 que "le droit anglais ne permet pas au fonctionnaire de trouver protection derrière un "droit administratif""(48).

(44) Ibid, p.338. Par ailleurs DICEY affirme qu' "aucune partie de la politique ou de la doctrine révolutionnaire n'a été aussi bien acceptée par Napoléon, que la conviction que les juges ne doivent jamais être autorisés à arrêter l'action du gouvernement" (p.340).

(45) DICEY est devenu, au fil des années, mieux informé sur le droit administratif français. Ainsi, à partir de la VI^{ème} édition, son *Introduction...* comprenait deux notes en Appendice, "English Misconceptions as to Droit Administratif" et "The Evolution of Droit Administratif", qui nuançaient ses propos polémiques. Il a aussi avoué, dans la préface de l'édition française de son ouvrage, que "le droit administratif a subi en France, pendant les cinquante ou soixante dernières années, une évolution remarquable dont, en 1885, je ne m'étais pas suffisamment rendu compte" (p.XXXII). Mais il n'a pourtant jamais voulu, même lors des rééditions ultérieures, remettre en cause le noyau dur de ses premières thèses, et ce sont celles-ci qui ont constituées l'héritage laissé aux générations suivantes (sur ce sujet complexe et sur les idées de DICEY en général, voir les développements du professeur FLOGAÏTIS, *Administrative law...*, ouvrage précité, p.35s., spécialement p.37).

(46) DICEY, *Introduction...*, ouvrage précité, p.188. L'auteur semble ignorer que même en France les atteintes à la liberté individuelle ne relevaient pas de la compétence administrative, mais plutôt de la juridiction judiciaire: voir C.J.HAMSON, *Executive Discretion and Judicial Control, an Aspect of the French Conseil d'Etat*, Stevens, Londres 1954, p.72.

(47) *Introduction...*, ouvrage précité, p.193.

(48) Dans l'arrêt *Ministry of Housing and Local Government / Sharp* [1970], 2QB p.223[226].

C. LA PESANTEUR DE L'HERITAGE DICEYEN

Il ne nous appartient pas ici de critiquer la doctrine diceyenne concernant l'opposition entre le droit administratif français et la Common Law britannique, bien que sa pertinence puisse aisément être contestée(49).

En effet, le plus intéressant n'est pas que Dicey ait ignoré la vraie nature du droit administratif français de son époque(50), mais qu'il n'ait pas voulu voir et accepter les changements profonds que, de son vivant déjà, la société et les institutions anglaises étaient en train de connaître. Car même en voulant faire l'impasse sur l'exactitude des constatations de Dicey sur la valeur relative du système français et anglais de contrôle de la puissance publique, même en se bornant à assimiler Rule of Law et "principe de légalité"(51), il n'en demeure pas moins que la capacité du système de contrôle juridictionnel anglais allait bientôt être mise à rude épreuve.

Comme l'affirme le professeur Jowell, "à l'époque où Dicey écrivait et enseignait, il devenait chaque jour plus évident que les tâches complexes entreprises par les gouvernants supposaient un large recours au pouvoir discrétionnaire. La tendance s'est confirmée avec la première guerre mondiale et le développement ultérieur de l'interventionnisme économique et social"(52). Face à l'interventionnisme croissant de la puissance publique le système anglais de checks and balances montrait ses limites, et aboutissait parfois à un "self restraint" assez contestable des juges ordinaires(53).

(49) Ainsi le professeur FLOGAÏTIS remarque à juste titre qu'"à partir du moment où il y avait certiorari, prohibition et mandamus contre les actes des juges de paix, il y avait du droit public en Angleterre comme partie inhérente à la Common Law" (Administrative law..., ouvrage précité, p.53). Voir aussi W.I. JENNINGS, *The Law and the Constitution*, 2e édition, University of London Press, Londres 1959; E.M. PARKER, *State...*, article précité.

(50) Voir nos notes sous B, supra.

(51) Dans ce sens H.W.R. WADE, *Administrative Law*, 6e édition, Clarendon Press, Oxford 1988, p.23: Pour l'auteur "sa signification principale est que l'exécutif doit agir en conformité avec la loi" et "sa signification subsidiaire est que l'exécutif doit être exercé dans les limites de règles et de principes reconnues, qui limitent son pouvoir discrétionnaire". Or dans ce cas, parler d'un quelconque particularisme du système anglais devient un non-sens: Comme le remarquait JENNINGS: "Si la Rule of Law signifie seulement que les pouvoirs doivent dériver de la loi, tous les pays civilisés en possèdent une. Si elle indique les principes généraux de gouvernement démocratique, ce n'est pas nécessaire de la mentionner séparément. Si elle signifie que l'Etat n'exerce que les fonctions d'expédier les relations extérieures et maintenir l'ordre, ce n'est pas vrai. Si elle signifie que l'Etat devrait n'exercer que ces fonctions, c'est une règle de politique pour Whigs, s'il y en est encore resté quelques uns" (*The Law and the Constitution*, ouvrage précité, p.311).

(52) J. DUTHEIL de la ROCHERE - J. JOWELL, *Les juges et le contrôle de l'administration en Grande Bretagne*, RDP 1979, p.1060.

(53) Selon les mêmes auteurs, "pendant et après la seconde guerre mondiale, le contrôle juridictionnel de l'administration en Grande Bretagne est passé par une période d'éclipse à peu près totale (...) les juges semblaient avoir oublié les fondements de l'état de droit (...) une interprétation littérale des textes permettait d'accepter les chèques en blanc donnés par le Parlement à un certain nombre de Ministres, dans le cadre de la mise en œuvre de la politique de Welfare State (ibid, p.1060-61).

La crise du contentieux administratif face à la redéfinition du rôle de la puissance publique qui, d'une activité de maintien de l'ordre, passait à la construction de l'Etat-Providence n'est certes pas un phénomène spécifiquement anglais. Mais il est apparu avec une intensité particulière Outre-Manche, pour des raisons que l'on peut essayer de résumer de la manière suivante:

D'abord, le manque d'expertise, somme toute naturelle, du juge ordinaire face aux problèmes spécifiques posés par l'activité de puissance publique devenait d'autant plus accentué que celui-ci était lié par la règle du précédent.

Les précédents existants dataient en effet de l'époque de l'Etat-Gendarme, et ne pouvaient que de manière très artificielle être utilisés pour faire face à la nouvelle situation: s'il assimilait l'activité interventionniste de l'Etat à l'exercice d'une quelconque politique gouvernementale, le juge ne pouvait, respectant les précédents de non-contrôle des "actes de gouvernement", que s'abstenir. Si au contraire il se bornait à interpréter la règle écrite applicable, il ne pouvait que s'incliner, puisque le pouvoir politique prenait toujours la précaution d'affirmer la compétence de l'administration dans les termes les plus permissifs, lui laissant une compétence discrétionnaire quasi-illimitée.

Mais plus encore, il faut se souvenir ici que la puissance du juge avait été acquise contre le roi, pour le compte du parlement. Or désormais c'était ce parlement souverain qu'il fallait contrôler, sans normes écrites adéquates, tradition de déduction de principes généraux adaptés. Il n'est pas étonnant que face à l'interventionnisme croissant de ce dernier, avec la réglementation des relations de travail, de la planification urbaine, des prestations et de la sécurité sociale, le juge se sentait de plus en plus démuné. Et ceci d'autant que l'acte administratif était considéré comme faisant partie de ce même pouvoir législatif, par le biais de la délégation de compétence, et que son contrôle était de plus en plus souvent confié par les textes à des organes hiérarchiques spéciaux.

Ces organes, appelés "administrative tribunals"(54) étaient, et sont toujours, une particularité du système anglais. Créés au cas par cas, ils ont permis de rendre une justice informelle, rapide et bon marché; ils ont évité aux cours ordinaires inadéquates d'être submergées par l'explosion du "contentieux administratif"(55). Mais ils ne remplissaient souvent aucune des garanties d'impartialité propres à un tribunal judiciaire: il arrivait même que la décision de création et la définition de la compétence du tribunal soient confiées au Ministre même dont l'action allait être contrôlée (pratique du Ministre-juge).

Cette "juridictionnalisation" de la fonction administrative et la passivité forcée du juge ordinaire ont progressivement conduits à une impasse; l'autosuffisance de la Rule of Law avait vécu; une réaction s'imposait.

(54) Ils seront examinés plus en détail au paragraphe suivant.

(55) Lord DENNING disait à propos: "Pourquoi le parlement a-t-il confié toutes ces fonctions judiciaires à des nouveaux tribunaux au lieu des Cours? Parce que les Cours ordinaires ne sont pas appropriées à cette tâche, ou, plutôt les litiges ne sont pas appropriés pour être décidés par les Cours. Quelques uns de ces litiges sont tellement nombreux que les Cours ne pourraient pas faire face au travail; d'autres litiges impliquent une connaissance tellement spécialisée qu'ils nécessitent des juges spéciaux pour trancher; et rapidité et économie sont des caractéristiques spéciales, qui ne sont pas propres aux Cours" (*Freedom under the Law*, Stevens, Londres 1940, p.76).

Conclusion du paragraphe et de la section: De l'affirmation d'une forte particularité, le système anglais de contrôle de la puissance publique devait passer à l'autosatisfaction d'un splendide isolationnisme, puis au doute le plus profond, posant définitivement la nécessité de la reconnaissance d'un "droit administratif" à l'ordre du jour. L'empirisme anglais serait en mesure d'en tirer les conséquences.

Section 2

La spécificité actuelle du droit administratif anglais

Le débat, engagé par la Committee on Minister's Powers(56), allait s'étaler sur un quart de siècle(57). Le modèle de droit administratif français, et donc l'institution d'un ordre juridictionnel distinct pour le contentieux administratif, en fut le cœur: l'importance attachée au système français par Dicey avait en effet abouti à accorder au droit administratif français la qualité de droit de référence.

La querelle doctrinale autour de l'acceptation d'un ordre juridictionnel distinct pour les questions de droit administratif en Angleterre divisa pendant longtemps le monde juridique anglais en deux camps(58). Tranchée en 1958 par un compromis typiquement britannique, elle ne mettait pas pour autant un terme définitif à la lente évolution du contrôle de l'action administrative en Angleterre, qui ne devait s'achever, peut-être provisoirement, qu'en 1981 (§1), posant par là même la question de l'évaluation de l'étendue actuelle de ce contrôle (§2).

(56) Qui déboucha au rapport du Committee on Minister's Powers de 1932.

(57) Sur l'ensemble de cette évolution, voir l'analyse détaillée de S. FLOGAÏTIS, *Administrative law...*, ouvrage précité, pp.59-136.

(58) Parmi ceux qui étaient en faveur de l'institution d'un ordre juridictionnel distinct, les plus connus sont W.I. JENNINGS, (*The Law...*, ouvrage précité), C.J. HAMSON (*Executive discretion...*, ouvrage précité) et W.A. ROBSON (*Justice and Administrative Law, a Study of the British Constitution*, 3e édition, Stevens, Londres 1951). Parmi ceux qui étaient contre, voir les cas de Lord HEWART, qui se situait dans la plus pure tradition de polémique diceyenne: "Le droit administratif exonère l'administration de tout contrôle par le judiciaire et la remet entre les mains d'une autre cour administrative, en particulier du Conseil d'Etat dont les membres doivent leurs postes au plaisir du gouvernement du jour" (*The New Despotism*, Ernest Benn, Londres 1929, p.38) et de C.K. ALLEN (in *Law and Order*, Stevens, Londres 1945), qui a par la suite changé d'avis: dans sa préface à l'étude De M.A. SIEGHART, *Government by Decree, a Comparative Study of the History of the Ordinance in English and French Law*, Stevens, Londres 1950, p.XIII, il dit: "Pour plusieurs années, le présent auteur croyait ou espérait, que le droit administratif, comme branche de droit séparée, pourrait continuer à faire partie de l'ensemble de notre juridiction. Il considère maintenant que le moment est venu, en vue de la grande pression des problèmes, de confier ce type de compétence à des cours spéciales").

§1. L'évolution

Le Tribunals and Enquiries Act de 1958, consolidé par le Tribunals and Enquiries Act de 1971, allait entraîner deux conséquences capitales(59): premièrement, rationaliser le système d'administrative tribunals existant et assurer un contrôle original et satisfaisant de l'action administrative, bien que manquant d'organe de supervision et de coordination efficace (A). Deuxièmement, conserver de manière définitive l'unicité de la compétence des tribunaux ordinaires, sans pour autant leur donner un droit de regard généralisé sur l'action des administratives tribunals: ce faisant, l'Act laissait intact le besoin d'effort supplémentaire dans ce domaine (B).

A. CONTROLE JURIDICTIONNEL ET CONTROLE DE L'ADMINISTRATION: LE SYSTEME ACTUEL DES "ADMINISTRATIVE TRIBUNALS"

Les administratives tribunals ne constituent certes pas des tribunaux au sens français et devraient à ce titre demeurer hors du cadre de notre étude. Toutefois, la particularité du système britannique a fait que le contrôle "contentieux"(60) de l'administration n'est pas principalement juridictionnel(61): dès lors, leur place centrale dans ce contrôle de l'activité administrative impose une brève présentation.

(59) Comme son nom l'indique, ce texte concernait aussi la rationalisation de la procédure des enquêtes publiques, (*public inquiries*), qui tiennent en Angleterre une place très importante: par exemple, l'objection à un plan d'urbanisme se fera principalement au cours d'une telle enquête, qui peut durer très longtemps et qui revêt presque un caractère juridictionnel dans sa procédure, avec la représentation des intéressés par avocat, l'interrogation des témoins etc. (cf. J.BELL, *Aspects de l'évolution récente du droit administratif en Angleterre*, EDCE 1987, p.228). On ne pourra toutefois pas, pour des raisons évidentes, traiter ici de la question des enquêtes publiques.

(60) On entend par ce terme le contrôle qui présente en règle générale les garanties (caractère contradictoire, autorité de la chose décidée) d'une procédure juridictionnelle, même s'il est exercé par les organes quasi-juridictionnels que sont les administratives tribunals.

(61) D'ailleurs même le contrôle quasi-juridictionnel qu'exercent les administratives tribunals ne résume pas la totalité du contrôle de l'administration britannique. Pour le professeur J.BELL, "les contrôles principaux sont le recours hiérarchique et le recours politique"; viennent ensuite pour l'auteur les "juridictions spéciales" que sont les administratives tribunals, tandis qu'au juge est confiée la mission "d'interpréter le droit et de combler les lacunes", dans le cadre "d'une mission de surveillance et d'intervention limitée, plutôt que le contrôle juridictionnel général, lequel caractérise le juge administratif français (*Aspects de l'évolution...*, article précité, p.228). Voir aussi, du même auteur, *L'organisation du contentieux administratif en Grande Bretagne*, EDCE 1987, p.215s.

a. Présentation et rôle des administratifs tribunaux

Ils peuvent être regroupés en cinq catégories, selon leur vocation(62):

- Les tribunaux économiques, spécialisés en matière de transport, des questions financières, agricoles, ou en matière de marques, brevets et droits d'auteur;
- Les tribunaux fiscaux, qui ont de loin l'activité la plus grande en nombre d'affaires(63);
- Les tribunaux sociaux, traitant des conflits du travail, des litiges relatifs à la sécurité sociale, ou en matière de santé en général;
- Les tribunaux statuant sur "certaines questions relatives aux libertés"(64) (protection des données, immigration, éducation) et enfin
- Les tribunaux immobiliers statuant sur des questions relatives aux baux, ou foncières.

En dépit de leur variété, les administratifs tribunaux présentent un certain nombre de traits communs:

- S'agissant de leur composition, l'idée centrale est l'expertise dans la matière spécifique: au lieu de juges "généralistes" les administratifs tribunaux comprennent des membres appartenant aux "hommes de l'art", ayant une connaissance précise des questions sociales et légales à juger, et statuant dans la plupart des cas sans rémunération, par simple devoir civique.
- Leurs pouvoirs sont vastes, puisqu'ils statuent toujours en opportunité et en équité et bénéficient de l'autorité de la chose décidée.
- Leur procédure, souvent informelle, remplit pourtant les garanties essentielles de l'impartialité puisqu'elle est pratiquement toujours contradictoire, la représentation par avocat est autorisée, tandis que la décision est tenue d'être motivée, par écrit lorsqu'une partie en litige le demande(65).

Peut-on pour autant parler d'une œuvre "jurisprudentielle" de ces institutions?

b. Une "jurisprudence" des administratifs tribunaux?

La commission Franks, à l'origine de l'acte de 1958, avait souhaité l'instauration d'un droit d'appel généralisé devant la High Court contre toute décision d'une vaste série de tribunaux; elle n'a pas été suivie. On a certes établi la possibilité pour le tribunal de saisir la High Court avant sa décision, mais cela reste une faculté.

En dehors de cette possibilité, il est courant qu'un droit d'appel "on a point of law"(66) existe devant la High Court ou une autre Cour judiciaire contre

(62) Voir P. GERARD, Les tribunaux administratifs britanniques, AJDA 1991, p.3.

(63) Environ 1.100.000 en 1988, la totalité des administratifs tribunaux ayant traité quelque deux millions d'affaires (Council on Tribunals, Annual Report for 1988-89, Londres 1990).

(64) L'expression est de P. GERARD, Les tribunaux..., article précité, p.5.

(65) Tribunals and Inquiries Act 1971, A.12.

(66) Sa nature est pratiquement équivalente à celle d'un recours ordinaire de Judicial Review, ou à un recours pour excès de pouvoir français. Sur la distinction

la décision d'un tribunal, institué par disposition légale spécifique(67). Mais ce droit d'appel n'étant pas généralisé, la seule procédure spécifique d'harmonisation potentielle des décisions des administratifs tribunaux est le Council of Tribunals.

Cet organe était voulu puissant par le rapport Franks: Celui-ci prônait en effet, à l'instar des professeurs Wade et Robson, la création d'un organe de supervision dont "la principale fonction serait de faire des suggestions pour que les principes généraux de constitution, d'organisation et de procédure énoncées dans ce rapport soient appliqués en détail aux divers tribunaux"(68). Il devait avoir le pouvoir de nommer les membres des tribunaux et d'en assurer le contrôle effectif.

Le parlement créa bien un Council of Tribunals, mais en allant beaucoup moins loin. En effet cet organe, dépourvu de toute attribution juridictionnelle, n'a qu'un rôle assez modeste d'information et de consultation(69). Sa mission la plus importante consiste en la rédaction d'un rapport annuel, transmis par le Lord Chacellor au Parlement, et examiné par lui sans, semble-t-il, grand intérêt(70).

De manière générale donc, on doit constater que si l'organisation des administratifs tribunaux a représenté un progrès considérable, ce progrès n'est pas pour autant suffisant pour en faire un contrôle juridictionnel à part entière. Les administratifs tribunaux ne peuvent donc faire partie du cadre de notre recherche: tout d'abord, leurs membres ne sont pas de juges au sens organique; ensuite il existe entre eux une telle diversité que les remarques générales quant à leur "jurisprudence" sont impossibles; enfin et surtout leur coordination et la rationalisation de leurs décisions, étant donné le rôle restreint du Council of Tribunals, ne peut qu'être le fait du juge ordinaire. Et le droit d'appel statuaire n'étant pas généralisé, ce n'est qu'en étudiant sa jurisprudence de Common law que l'on pourra tirer des conclusions indispensables pour la poursuite de notre recherche.

entre appeal on a point of law et Judicial Review voir H.W.R. WADE, Administrative law, ouvrage précité, 937s. et 943s.

(67) C'est souvent la loi qui crée le tribunal. Voir *ibid*, p.937s.

(68) Report of the Committee on Administrative Tribunals and Enquiries, Londres 1957, p.31.

(69) Son pouvoir de contrôle portant sur la décision même d'un Tribunal est pratiquement inexistant: "hardly ever is it able, (and seldom does it try) to secure a modification of the decision taken" (DE SMITH, Judicial Review..., ouvrage précité, p.63).

(70) Sur le rôle du Council of Tribunals, voir surtout la thèse de J.B. DAVID, Le Council of Tribunals, un aspect du contrôle de l'administration britannique, Paris II, Paris 1970; voir également P. GERARD, Les tribunaux..., article précité, p.10-11; S. FLOGAÏTIS, Administrative law..., ouvrage précité, p.102s. et, en anglais, H.W.R. WADE, Administrative law, ouvrage précité, pp.915-920, affirmant que "le Council reste handicapé par la faiblesse de sa position politique et son manque de ressources", même comparé au Médiateur.

B. CONTROLE JURIDICTIONNEL DE L'ADMINISTRATION ET DROIT ADMINISTRATIF: LA PROCEDURE DE "JUDICIAL REVIEW"

Comme le note le professeur Flogaitis, "le Tribunals and Enquiries Act 1958 (...) constitue un certificat de mort de toute tentative d'ériger les administratives tribunaux en système de juridiction autonome et complet"(71).

Dès lors, le développement ultérieur du droit administratif ne pouvait que s'articuler autour du moyen de contrôle de l'administration que pouvaient constituer les prerogative orders(72), relevant de la compétence de la High Court.

Or une telle évolution nécessitait une attitude particulièrement audacieuse des juges, puisqu'il s'agissait d'appliquer des doctrines anciennes et d'adapter aux exigences modernes du contrôle de l'administration des précédents souvent désuets, quitte à les déformer.

La composition des Cours et de la Chambre des Lords en particulier ne paraissait pas s'y prêter jusqu'au début des années 1960. Mais en 1962, la retraite de Viscount Simonds, qui avait personnifié au sein de la Chambre l'attachement strict aux précédents allait permettre l'affirmation d'une nouvelle mentalité.

Personne n'a pu exprimer cette attitude novatrice de manière plus éloquente que Lord Denning. Pour lui, lorsqu'un précédent contredisait ce que l'on considérait comme un principe fondamental, ce dernier devrait clairement prévaloir. Il fallait affirmer ce dernier, dépassant le strict attachement à la procédure: "Le point central c'est que nous n'avons pas encore établi les principes pour bâtir le contrôle des nouveaux pouvoirs de l'exécutif (...) on doit à notre époque s'occuper de changements qui sont d'une signification constitutionnelle égale à ceux qui ont eu lieu il y a 300 ans. Que l'on se montre à la hauteur de la provocation"(73). D'autres juges, tels Lord Radcliff, Lord Diplock ou Lord Reid préféraient dissimuler la même attitude(74).

(71) S. FLOGAITIS, *Administrative law...*, ouvrage précité, p.105.

(72) Par l'Administration of Justice (Miscellaneous Provisions) Act de 1938, les prerogative writs de certiorari, prohibition et mandamus avait été remplacés par des orders de mêmes noms, en même temps que leur procédure se simplifiait considérablement.

(73) Lord DENNING, *Freedom under the Law*, ouvrage précité, p.125. "A la hauteur de la provocation", Lord DENNING l'était sûrement. Il se définissait lui-même comme un iconoclaste: "Quel est le chemin d'un iconoclaste? C'est le chemin de celui qui n'est pas content d'accepter les croyances uniquement parce qu'elles sont acceptées depuis longtemps. S'il en trouve qui ne conviennent pas aux temps nouveaux, ou qui aboutissent à l'injustice, il va chercher s'il n'y a pas d'autres principes qui pourraient être appliqués au cas en question. Il va chercher dans les arrêts anciens et les auteurs anciens ou nouveaux, jusqu'à ce qu'il en trouve (...) une fois qu'il a trouvé, le principe sera évoqué pour modifier les anciennes croyances et amoindrir l'injustice qu'elles produisent. C'est la seule voie qui puisse sauver le droit de la stagnation et la décadence" (in *The Way of an Iconoclast*, *The Journal of the Society of Public Teachers of Law*, 1959-60, p.89). Ces conceptions sur la "justice" et le rôle du juge méritent le détour...

(74) Dans l'arrêt *Ridge / Baldwin*, [1964] CA p.40, Lord REID déclarait même "Nous n'avons pas de système de droit administratif, peut-être parce que jusqu'à récemment nous n'en avions pas besoin"... mais il n'a pas moins contribué à son développement. Sa philosophie profonde apparaît clairement dans l'extrait suivant: "Nous devrions je crois, prendre en considération le sens commun, le principe

Cela dit, la Chambre des Lords était toujours censée être liée par ses propres précédents et l'archaïsme de la procédure des "prerogative orders" posait un certain nombre de problèmes insurmontables.

Le principal était l'impossibilité d'accompagner les prerogative orders avec un certain nombre de "remedies" ordinaires de droit privé, comme l'injunction(75) ou les damages(76) et aussi l'impossibilité de vérifier correctement la matérialité des faits dans le cadre d'une procédure d'annulation par certiorari(77).

Ces problèmes furent traités pendant longtemps de manière indirecte, par exemple par l'utilisation du remède de droit privé, déclaration, qui consiste à déclarer l'illégalité d'un acte sans l'annuler, mais qui permet les dommages-intérêts et la cross-examination(78).

Mais vite des changements plus radicaux allaient avoir lieu. Un pas particulièrement important a sans doute été le Practice Statement de 1966, par lequel les law lords se déclaraient libres de renverser leurs propres précédents, décision qui allait vite être mise en application(79).

Puis en vertu de l'Order 53 des Rules of the Supreme Court de 1977(80), le changement radical attendu est finalement intervenu. L'Order 53 combina au sein d'une nouvelle procédure unique, appelée "Application for Judicial Review", à la fois les ex-prerogative orders et les remedies de droit privé déclaration et injunction. Du coup, non seulement la tâche du justiciable se trouvait singulièrement simplifiée mais aussi, pour la première fois, un critère organique de distinction entre droit public et droit privé faisait son apparition.

juridique et l'intérêt public, dans cet ordre. Nous devons d'abord servir le public, l'homme ordinaire et raisonnable. Celui-ci n'a pas une grande foi dans les théories et il semble avoir raison (...)" (in *The Judge as Law Maker*, *Journal of the Society of Public Teachers of Law*, 1972-73, p.26).

(75) Ordre de droit privé d'exécuter une décision, provenant historiquement de l'equity et étant plus souple et efficace que mandamus ou prohibition. Voir DE SMITH, *Judicial Review...*, ouvrage précité, p.429s.

(76) Demande en dommages-intérêts.

(77) Car les ordres appropriés discovery (ordre d'apporter des documents) et cross-examination (interrogation des témoins de l'adversaire) n'étaient pas compatibles avec la procédure d'annulation de certiorari.

(78) Voir l'arrêt *Barnard / National Dock Labour Board* [1953] 2QB p.329, où la déclaration a pour la première fois avantageusement remplacé le certiorari.

(79) Par exemple par la suppression du "Crown Privilege", possibilité de l'administration centrale de ne pas produire les éléments de preuve demandés quand elle évoque une raison de sécurité publique. Par sa décision *Conway / Rimmer* [1968] AC p.910, la Chambre des Lords a renversé à l'unanimité son jugement contraire *Duncan / Cammel, Laird & Co Ltd* [1942] AC p.624 et a remplacé le terme "Crown privilege" par le terme "Immunité d'intérêt général", qu'il appartient au juge d'accorder ou pas.

(80) Intervenue sur la base des recommandations du Report on Remedies in Administrative Law de la Law Commission en 1976, l'Order 53 a été confirmée par la Supreme Court Act de 1981. Il est à souligner que tous ces changements d'une importance capitale sont intervenus non pas par la suite d'une loi, mais à l'initiative du juge lui-même.

A ce critère organique - procédural⁽⁸¹⁾ allait bientôt s'ajouter un deuxième que l'on pourrait qualifier de "matériel". Dans un arrêt célèbre de 1982, *O'Reilly / Mackman*⁽⁸²⁾, la Chambre des Lords a en effet précisé que les "remedies" de droit privé ne peuvent désormais être demandés alternativement à la procédure de Judicial Review, quand la nature de la matière en question tombe dans le domaine de cette procédure. Or dans cet effort d'instaurer l'exclusivité de la procédure juridictionnelle de droit public, c'est clairement la volonté d'affirmer l'existence d'un droit public distinct dans sa substance qu'il faut voir⁽⁸³⁾. Lord Diplock, qui a instruit l'affaire, s'exprimait en termes clairs: "Dans l'arrêt *Ridge / Baldwin*, il est intéressant d'observer que Lord Reid avait dit que nous n'avions pas un système développé de droit public, peut-être parce que jusqu'à très récemment nous n'en avions pas besoin. Jusqu'en 1977 ce besoin avait très vite crû et cette pensée n'était plus vraie (...) L'appréciation de la distinction (...) entre droit privé et droit public est en elle-même un événement récent dans le système juridique anglais. C'est la conséquence du développement qui a eu lieu les trente dernières années dans le champ des procédures offertes pour le contrôle juridictionnel de l'activité administrative"⁽⁸⁴⁾.

Cela ne signifie pas qu'il existe aujourd'hui en Angleterre une séparation entre droit public et droit privé équivalente à celle du Continent. Non seulement plusieurs juristes semblent encore de nos jours de ne pas avoir réalisé l'intérêt d'une telle distinction⁽⁸⁵⁾, mais les propos des adeptes les plus fervents d'un droit public distinct démontrent encore un certain embarras⁽⁸⁶⁾ et d'autres ne manquent pas de rappeler la mise en cause de la conception britannique du droit que cette division implique. Parmi ces derniers, Lord Wilberforce souligne qu'"avant que l'expression public law puisse être utilisée pour refuser à quelqu'un le droit d'exercer un recours devant le tribunal de son choix, elle doit être décrite par la loi écrite. Nous n'avons pas encore atteint le point où la simple caractérisation d'une demande comme demande de droit public soit suffisante pour exclure toute procédure devant les Cours ordinaires: permettre cela serait permettre la création

(81) Accentué par la spécialisation croissante de certains juges au sein de la Queen's Bench Division de la High Court sur la Judicial Review.

(82) [1983] 2 AC p.237.

(83) Notamment, il est vrai, dans le but de protéger les intérêts de l'administration, les recours de droit privé n'ayant pas les restrictions de délai et d'autorisation préalable de l'Application for Judicial Review. Voir sur cette question H.W.R. WADE, *Administrative law*, ouvrage précité, p.678 et Sir H.WOLF, in *Public Law - Private Law: why the divide? a personal view*, PL 1986, p.220 [232].

(84) *Ridge / Baldwin* [1964], arrêt précité.

(85) Dans ce sens R.J.F. GORDON, *Judicial Review: Law and Procedure*, Londres 1985, p.4: "La classification des différents sujets de la Judicial Review laisse sans réponse la question plus large de savoir si les catégories sélectionnées sont partiellement ou entièrement assimilables avec quelque chose appelé "droit public". Mais d'un point de vue pratique cela n'a pas d'importance".

(86) Ainsi H. WOLF, pour lequel "le droit public est le système qui renforce l'accomplissement par les corps publics des devoirs qu'ils ont envers le public, tandis que le droit privé est le système qui protège les droits privés des particuliers ou les droits privés des corps publics" (article précité, p.221). Tout juriste français s'aperçoit qu'une telle définition ne résout pas les problèmes.

d'un système dualiste avec la même rigidité et les mêmes inconvénients pour les justiciables que les réformes récentes visaient justement à écarter"⁽⁸⁷⁾.

Toutefois, en dépit des regrets que certains peuvent manifester⁽⁸⁸⁾, il est aujourd'hui certain qu'un contrôle juridictionnel de droit administratif existe aujourd'hui en Angleterre, obéissant à sa propre logique⁽⁸⁹⁾, et dont il convient maintenant d'examiner l'étendue, notamment en ce qui concerne le pouvoir discrétionnaire de la puissance publique.

§2. La profondeur de l'évolution

Les juges anglais les plus inspirés furent toujours conscients du problème que peut poser un pouvoir discrétionnaire illimité par la loi et la jurisprudence. Ainsi Lindley M.R. déclarait en 1899: "Je ne connais aucun devoir du juge qui soit plus important d'observer que celui de tenir les corps publics dans les limites de leur pouvoirs. Le moment où les pouvoirs publics excèdent leur pouvoir, ils le font toujours en opprimant les individus et ces derniers ont le droit d'être protégés"⁽⁹⁰⁾. Mais traditionnellement la base légale sur laquelle le juge pouvait se fonder pour censurer une décision de l'administration était à la fois excessivement étroite et artificielle (A). Ces limites sont désormais, de l'avis commun de la doctrine et de la jurisprudence, dépassées (B); mais il n'en résulte pas pour l'instant un contrôle juridictionnel de l'administration aussi poussé que sur le Continent (C).

(87) Dans l'arrêt *Dany / Spelthorne* [1984] 1 AC p.262[276]. A quoi M. BELOFF répond "N'est-ce pas exactement ce qui est arrivé?" (*The Boundaries of Judicial Review*, in *New Directions in Judicial Review*, Stevens, Londres 1988, p.14). Voir aussi sur cette question des suites de l'arrêt *O'Reilly / Mackman* H. WOLF, *Public Law...*, article précité, et C.F.FORSYTH, *Beyond O'Reilly / Mackman: the Foundations and Nature of Procedural Exclusivity*, *Cambridge Law Journal* 1985, p.415.

(88) Voir à ce titre les développements de H.W.R. WADE, *Administrative law*, ouvrage précité, évoquant dans le chapitre "divorce entre droit public et droit privé (p.676s.) à la fois "le besoin d'une procédure unique de droit public" et "les problèmes de la dichotomie".

(89) Notamment eu égard à la place quantitativement limitée qu'il occupe en tant que contrôle de l'action administrative en général. Rappelons que le nombre des cas jugés par les Cours en matière administrative en Angleterre n'est pas supérieur à quelques milliers d'affaires par an, chiffre à comparer avec presque 100.000 affaires par an pour les juridictions administratives françaises et de 300.000 pour le contentieux administratif en Allemagne. Ceci doit être pris constamment en considération lors des développements suivants. Toutefois, il convient de signaler que la procédure de Judicial Review commence elle aussi à s'encombrer. Dans un article récent, sir H. WOLF signale (*Judicial Review: a possible programme for reform*, PL 1992, p.221) que le nombre de "recours" augmente d'environ 20% par an et que le délai de jugement est en train de dépasser les deux ans. Il y a à peine dix ans il était inférieur de moitié...

(90) Dans l'arrêt *Roberts / Gwyrfa District Council* [1899] 2 Ch. p.608[614-15].

A. LA DISTINCTION LEGALITE - OPPORTUNITE TRADITIONNELLE: LE PRINCIPE D'"ULTRA VIRES"

La base traditionnelle du contrôle de l'action administrative en Angleterre est le principe d'*ultra vires*(91). Il est clairement exprimé dans un arrêt de principe de 1880: "tout [acte] qui, non expressément défendu, peut honnêtement être regardé comme conséquence des pouvoirs que le [pouvoir] législatif a autorisé, ne peut être considéré, par simple construction jurisprudentielle, comme étant intervenu illégalement (*ultra vires*)"(92).

Ce principe, qui est dans une large mesure une conséquence logique de la doctrine de la suprématie du parlement, est encore de nos jours la base "officielle" du contrôle juridictionnel de la puissance publique. L'organe administratif est considéré comme un délégué du parlement et l'un acte administratif, comme tout autre acte étatique, doit respecter avant tout cette volonté, exprimée ou présumée, de cet organe souverain. Est donc illégale, toute action d'une autorité administrative qui ne respecte pas les limites que le parlement lui a fixées. Un acte édicté dans de telles conditions sera considéré comme étant intervenu en dehors de la "jurisdiction" (compétence) de l'organe duquel il émane, et sera annulé.

Le principe doit a priori être interprété strictement: quand la loi (l'acte législatif qui habilite l'organe administratif) prévoit les conditions de l'action administrative d'une façon expresse, le contrôle du juge sera basé sur la restructuration et l'interprétation des dispositions législatives. Quand par exemple la loi dispose que "l'expropriation est possible pourvu que le terrain en question ne fasse pas partie d'un parc ou d'un jardin", le juge déterminera s'il s'agit ou non d'un parc ou d'un jardin. Si par contre la loi prévoit "pourvu que selon l'opinion du Ministre le terrain en question ne fasse pas partie d'un parc ou d'un jardin" le juge ne pourra que s'abstenir de tout contrôle devant l'opinion exprimée en due forme, du ministre(93). Etant donné la tendance certaine du parlement britannique à utiliser très souvent des termes qui accordent le plus large pouvoir discrétionnaire ("si l'autorité est satisfaite", "si l'autorité estime raisonnable que"), le champ du contrôle juridictionnel apparaît ainsi singulièrement restreint.

D'autant plus qu'il convient de souligner que ce n'est pas l'erreur de droit proprement dite, mais bien l'incompétence réelle ou présumée qui est censurée: une *error of law* qui interviendrait dans les limites de la compétence de l'organe (*inside jurisdiction*) ne sera pas annulé sur la base du principe d'*ultra vires*, à moins d'être déraisonnable.

Car en effet, depuis l'arrêt célèbre *Associated Provincial Picture Houses / Wednesbury Corporation*(94), une deuxième catégorie d'acte *ultra vires* est venue s'ajouter à cette première catégorie qui peut être appelée *ultra vires* au sens

(91) En latin, "en dehors de la compétence" ou, si l'on préfère, "en excès de pouvoir".

(92) House of Lords, *Attorney General / Great Eastern Ry.* [1880] 5 AC p.473[478] (arrêt cité par le professeur DE SMITH, *Judicial Review...*, ouvrage précité, p.95).

(93) Exemple tiré de l'arrêt *White and Collins / Minister of Health* [1939] 2 KB p.838; voir G.L. PEIRIS, *Jurisdictional Review and Judicial Policy: the Evolving Mosaic*, 103 *Law Quarterly Review* 1987, p.66.

(94) [1948] 1 KB p.223.

"strict ou étroit"(95). Présument que le parlement n'aurait jamais autorisé l'exercice d'un pouvoir si l'acte qui en résulte est "aussi déraisonnable, qu'aucune autorité raisonnable ne l'aurait jamais édicté"(96) le juge anglais considère que tout acte administratif qui transgresse le principe de *reasonableness* doit être également annulé en tant qu'*ultra vires*.

Est depuis considéré comme illégal un acte a priori discrétionnaire, mais qui n'obéit pas à ce qu'il est convenu d'appeler les "*Wednesbury principles*"(97).

Or dans cette première conception de la *reasonableness* la faculté du juge de censurer une appréciation discrétionnaire est exprimée de la manière la plus restrictive possible. Lord Greene le disait expressément: "la proposition que la décision de l'autorité peut être contestée si elle est déraisonnable signifie en réalité qu'elle doit être déraisonnable dans le sens où la Cour considère qu'aucune autorité raisonnable n'aurait agi de la sorte. Ce n'est pas une décision que la Cour estime déraisonnable, ce qui est une chose toute à fait différente"(98). De sorte que la "*Wednesbury reasonableness*" demande une telle démonstration du caractère manifeste de l'irrationalité, de l'absurdité même du comportement administratif litigieux, que l'on peut bien considérer qu'elle implique, dans son principe au moins, une censure purement théorique(99).

B. LE PRINCIPE TRADITIONNEL DE CONTROLE DE L'ACTION ADMINISTRATIVE SEMBLE DEPASSE

Bien que toujours évoquée par les juges, en vertu de la règle des précédents ou plutôt du besoin d'appuyer toute décision sur un précédent, la doctrine de l'*ultra vires* telle qu'elle vient d'être décrite est aujourd'hui dépassée. L'état du droit actuel a été présenté de manière éloquent par Lord Diplock dans

(95) Voir l'arrêt de la Chambre des Lords *Anisminic Ltd / Foreign Compensation Commission* [1969] 2 AC p.147 [171] (per Lord REID); voir également D. OLIVER, *Is the Ultra Vires Rule the Basis of Judicial Review?*, PL 1987, p.543[544].

(96) *Associated Provincial Picture Houses Ltd. / Wednesbury Corporation* [1948], arrêt précité, p.230, per Lord GREENE.

(97) Lord GREENE les exprimait ainsi: "L'autorité à laquelle la compétence discrétionnaire a été confiée doit se conduire correctement en droit. Elle doit prendre en considération les éléments qu'elle doit considérer. Elle ne doit exclure de son appréciation les éléments qui n'ont pas de rapport avec ceux qu'elle doit considérer (...) de manière similaire, il peut exister quelque chose de si absurde, qu'aucune personne sensible aurait jamais imaginé qu'elle aurait pu appartenir aux pouvoirs de l'autorité (...)" Ce considérant est encore de nos jours le plus évoqué en matière de contrôle de *reasonableness*, bien qu'il se prête à plusieurs critiques. Voir notamment chapitre 2, section 1, §1.

(98) Arrêt précité, p.230. Voir J. BEATSON et M.H. MATTHEWS, *Administrative Law, Cases and Materials*, 2e édition, Clarendon Press, Oxford 1989, p.1972.

(99) Lord GREENE affirmait que "pour démontrer un tel argument une preuve complètement écrasante (*overwhelming*) est nécessaire" (arrêt précité, p.230). Le seul exemple qu'il trouve à citer (en encore, non tiré d'un litige ayant réellement existé) est celui d'une institutrice licenciée parce que ses cheveux sont roux; quant à l'affaire litigieuse, il estime que l'interdiction faite aux jeunes de moins de 15 ans d'aller au cinéma le dimanche, même accompagnés d'un adulte, n'a rien de déraisonnable.

l'arrêt *Council of Civil Service Unions and others / Minister for the Civil Service* (GCHQ)(100).

Dans cet arrêt, Lord Diplock présentait une classification du contentieux moderne de la légalité en Angleterre, qu'il estimait pouvoir être résumé dans trois cas d'ouverture distinctes: l'illégalité ("illegality"), l'irrationalité ("irrationality") et l'impropriété procédurale ("procedural impropriety"). Si on laisse de côté pour l'instant l'impropriété procédurale, qui correspond plus ou moins au vice de forme français, on observe que l'illegality et l'irrationality représentent en réalité l'évolution heureuse, bien dans la tradition empirique anglaise, des deux cas de figure du principe d'*ultra vires* déjà relatés.

- Concernant le premier aspect de l'*ultra vires* traditionnel, il était vrai jusqu'à une époque relativement récente que l'*error of law* inside jurisdiction ne pouvait être censurée que si elle était "apparente dans les éléments même du dossier" (*error of law on the face of the record*) ce qui permettait la censure des seules erreurs grossières(101).

Or cette situation peu réjouissante pour l'efficacité du contrôle juridictionnel fut terminée par le pas décisif que représente l'arrêt *Anisminic*(102). Les circonstances de fait de cette espèce méritent d'être brièvement relatées:

La loi créant la Foreign Compensation Commission, qui avait comme mission de répartir les indemnités versées par des gouvernements étrangers en compensation de l'expropriation ou des dommages causés aux biens nationaux britanniques, prévoyait qu' "aucune décision de la commission ne pourrait être mise en cause devant une Cour de Justice". Après les événements de Suez de 1956, la société "Anisminic" s'était vue confisquer la mine de manganèse dont elle était propriétaire dans le Sinaï. Cette société contestait la décision de la Commission qui avait faussement interprété une disposition de la loi exigeant que "les plaignants et leurs successeurs soient des nationaux britanniques à la date de conclusion du traité créant le fonds", et avait sur cette base refusé le droit de la société à être indemnisée (l'*Anisminic* avait, avant cette date, vendu la mine à la République Arabe Unie). L'erreur de droit semblait bien avoir été commise within jurisdiction. Or la Chambre des Lords a décidé en dernier ressort qu'agissant comme elle l'avait fait, la commission avait imposé une condition qu'elle n'avait pas le pouvoir d'imposer et avait donc excédé ses pouvoirs.

Si aucun juge de l'affaire n'est allé jusqu'à déclarer que l'*error of law* within jurisdiction justifiait désormais l'intervention d'une Cour en tout état de cause(103), telle était pourtant la réalité, partagée par une grande partie des

(100) [1984] All England Law Reports (AllER) p.935 [1950s.]; [1984] WLR p.1174; [1985] AC p.374; HL [1984] AC 74, p.111.

(101) Voir par exemple *R. / Northumberland Compensation Appeal Tribunal*, ex parte Shaw [1952] 1 KB p.338. Une erreur de droit "conceivable" (!) n'était pas censurée. Et pourtant le contrôle de l'*error of law*, fusse-t-elle on the face of the record, représentait déjà un progrès, puisque même cette possibilité était pendant une période tombée en désuétude: *Racecourse Betting Control Board / Secretary of State for Air* [1944] Ch p.114; cf. DE SMITH, *Judicial Review...*, ouvrage précité, p.401.

(102) *Anisminic Ltd / Foreign Compensation Commission* [1969] 2 AC p.147.

(103) D'ailleurs, cette survie, même formelle, du principe d'*ultra vires* n'est pas sans incidence sur la réalité du contrôle effectué par le juge administratif anglais: voir par exemple partie II, titre 3, chapitre 1, section 1, §2.

juristes anglais. Lord Diplock (déjà) déclara que "le point le plus important de cette décision est qu'elle rend obsolète la distinction technique entre les erreurs relatives à la compétence et celles qui ne le sont pas"(104). Cette opinion fut confirmée par la jurisprudence ultérieure(105), de façon qu'on puisse effectivement aujourd'hui dire que chaque fois qu'il apparaîtra qu'une décision administrative est entachée d'*error of law*, la Cour exercera son contrôle.

- Le domaine du contrôle de la "qualification juridique des faits" étant ainsi (presque) entièrement couvert, celui de l'abus de pouvoir dans l'exercice d'une compétence a priori discrétionnaire appelait lui aussi une évolution analogue. Le concept déjà existant de *reasonableness* a dans ce contexte vite "fini par offrir une tentation presque irrésistible à l'interventionnisme du juge, et ce en dépit des avertissements renouvelés pour éviter que les Cours ne substituent leur propre version du caractère "raisonnable" d'une décision à celle des autorités administratives"(106).

Les applications actuelles de la *reasonableness* vont en effet beaucoup plus loin que Lord Greene n'aurait pu l'imaginer. Un exemple caractéristique en est l'arrêt *Bromley*(107). Le Conseil départemental de Londres (Greater London Council), de sensibilité travailliste depuis mai 1981, proposa de réduire de 25% les tarifs sur les transports publics de Londres, gérés par un organisme, le London Transport Executive, auquel le Conseil de Londres avait le pouvoir de donner des instructions, ce qui aboutit à réduire le prix du ticket de métro à 25 p. Puis, le 22 juillet, le Conseil augmenta le prélèvement des impôts locaux de 6,1 p/£. Le Conseil communal de Bromley, de tendance conservatrice, introduisit une requête pour annuler le prélèvement et déclarer illégales les instructions données au LTE. La majorité de la Cour d'appel et de la Chambre des Lords retint le moyen d'*unreasonableness* soulevé par Bromley. A son avis le prélèvement sur les impôts locaux avait en effet augmenté beaucoup trop. Elle a donc considéré que le Conseil de Londres avait une obligation de loyauté (*fiduciary duty*) envers ses contribuables et qu'il n'avait pas assez réfléchi aux conséquences de sa politique de transports. Derrière cet habillage habile, c'est bien une conception d'ordre politique de la Haute Cour qui a été imposée(108): on est bien loin de la seule annulation d'une décision administrative absurde(109).

(104) Lord DIPLOCK, *Administrative Law: Judicial Review Reviewed*. A lecture in memory of Professor de Smith, Cambridge Law Journal [1974], 2, p.223.

(105) Voir par exemple l'arrêt rendu par Lord DENNING, *Pearlman / Governors of Harrow School* [1979] QB p.56, bien plus explicite dans ses termes; aussi *Re Racal Communications Ltd* [1981] AC p.374.

(106) HOGSON, *Domaine du contrôle juridictionnel de l'administration*, EDCE 1986, p.253.

(107) *Bromley London Borough Council / Greater London Council* [1983] 1 AC p.768.

(108) Comme d'ailleurs la doctrine n'a pas manqué à le souligner: voir J.BELL, *Le juge administratif Anglais est-il un juge politique?* RIDC 1986, p.791.

(109) Lord DENNING allait même affirmer, devant la Cour d'Appel en deuxième instance, que l'application scrupuleuse par le Conseil de son manifeste électoral était irrationnelle. Il considérait qu'aucun parti ne pouvait prétendre à un mandat pour tous les éléments de son manifeste électoral, et que lorsqu'il arrivait au pouvoir, il devait réfléchir à l'opportunité de toute proposition sans se sentir obligé de tenir ses promesses électorales...

On pourrait citer d'autres exemples(110) montrant qu'en fait l'ultra vires traditionnel est dépassé(111), et que sous l'habit de strict contrôle procédural une nouvelle logique de principes de fond, dégagées de manière souveraine par les Cours, se dégage progressivement. En définitive, en Angleterre aujourd'hui, "l'état du droit ne peut qu'être décrit dans de termes dynamiques plutôt que statiques. Ce qui signifie que les Cours vont choisir quels organes ils vont censurer, est pour quel motif; et le choix ne dépendra que de la perception propre de la Cour sur ce qui est nécessaire pour le contrôle efficace de la puissance publique"(112).

Peut-on aller plus loin pour considérer que l'un ou l'autre cas d'ouverture cités par Lord Diplock permettent, occasionnellement, un contrôle déguisé de l'opportunité comme semble le faire le juge administratif français(113)? Autrement dit, a-t-on avancé de la censure du simple abus de pouvoir au contrôle des "merits" de la décision administrative?

C. LA DISTINCTION LEGALITE - OPPORTUNITE N'EST QUE PARTIELLEMENT DEPASSEE

Le problème est apprécié Outre-Manche à sa juste mesure. Le professeur de Smith avait déjà signalé le problème avec l'autorité qui était la sienne: "La frontière entre contrôle de la légalité et contrôle de l'opportunité ("merits") d'une décision a tendance de devenir de plus en plus obscur"(114). L'évolution fulgurante de l'intensité du contrôle juridictionnel de l'administration ces trente dernières années, a conduit la doctrine à se poser la question du pouvoir "politique" du juge dans des termes analogues à ceux de l'époque où se posait en France la question d'un éventuel "Gouvernement des juges"(115). La réponse doit être nuancée.

La faculté dont dispose désormais le juge d'exercer une "surveillance" du pouvoir discrétionnaire en Angleterre est désormais acquise. Cette réalité a déjà

(110) Le LTE allait être en 1985 l'objet d'une nouvelle annulation pour irrationalité, cette fois d'une décision ministérielle, qui obligeait le Conseil de Londres à verser 281 millions de livres à la nouvelle autorité des transports londoniens, par la suite de la "démunicipalisation" du LTE. Le juge MC NEIL a estimé que le ministre avait essayé de se servir de ses pouvoirs dans le but réel de réduire les ressources générales du Conseil de Londres, et qu'il s'était conduit de manière irrationnelle. Les litiges successifs ne furent terminés que par l'abolition législative du Conseil de Londres (toujours travailliste de sensibilité).

(111) Voir D.OLIVER, Is the Ultra Vires rule the basis of Judicial Review?, PL 1987, p.543; aussi J.BEATSON, The scope of Judicial Review for error of law, Journal of Legal Studies 1984, p.22, qui soutient le principe d'error of law comme remplacement pour celui d'ultra vires.

(112) J.G.Mck LAWS, Judicial Review, the Ghost in the Machine: Principle in Public Law, PL 1989, p.28.

(113) Voir titre I, section 1, sous-section 2, §2.

(114) Judicial Review..., ouvrage précité, p.356.

(115) Situation qui serait peut-être encore plus intolérable qu'en France, étant donné la règle fondamentale de la souveraineté du parlement et l'absence du contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois.

été soulignée par les professeurs Wade et Bradley: "Malgré la règle de la suprématie du parlement, les Cours peuvent imposer aux autorités publiques des standards d'une conduite loyale dans le cadre de la common law, et on peut soutenir que le pouvoir d'imposer de tels standards est un principe constitutionnel fondamental"(116).

Les Cours pourront ainsi censurer, au cas par cas, tout abus de pouvoir, et ceci nonobstant l'éventualité de dispositions législatives contraires, même expresses. Et en ce sens elles disposent bien d'une capacité de surveillance du pouvoir discrétionnaire(117), comme l'avoue un peu embarrassée la doctrine: "Si un abus de pouvoir est établi, les Cours pourront intervenir. Si non, les Cours devraient laisser au processus politique la fonction de répondre aux éventuelles contestations portant sur l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire"(118).

On ne peut pourtant que constater que ce n'est que bien rarement que les Cours usent de cette faculté, et qu'en général c'est une attitude de prudence qui l'emporte(119).

L'arrêt Nottinghamshire County Council / Secretary of State for the Environment(120) en est un exemple. En vertu de la loi sur le financement des collectivités locales, le ministre de l'environnement pouvait indiquer aux collectivités locales le plafond de dépenses qu'elles ne devaient pas dépasser et de sanctionner tout dépassement de ces limites par la rétention des subventions étatiques. Suite au recours en annulation de deux collectivités locales contre la décision du ministre fixant de telles limites à leur égard, les Cours ont été amenées à se prononcer sur la "rationalité" de la décision ministérielle. Or non seulement tant la Cour d'Appel que la Chambre des Lords écartèrent le moyen, mais elles ont de surcroît déclaré que ce n'était pas le rôle des tribunaux de contrôler les décisions du ministre approuvées par le parlement, à moins que le ministre ait commis un détournement de pouvoir. Lord Templeman s'est à l'occasion exprimé en termes très nets pour refuser le pouvoir du juge de censurer une décision prise en opportunité: "Les recours en annulation ne sont pas des coups dans un interminable toumoui d'échecs"(121).

(116) Constitutional and Administrative Law, 10e édition, Londres 1985, p.594.

(117) Pour le professeur WADE, "ce que la rule of law demande n'est pas l'élimination du pouvoir discrétionnaire, même large, mais que le droit soit capable d'en contrôler l'exercice" (Administrative law, ouvrage précité, p.388). Cette idée de "surveillance" du pouvoir discrétionnaire n'est pas sans analogie avec la France, ainsi qu'on l'a vu (cf. partie I, titre 1, chapitre 2, section 2, sous-section 2, §2).

(118) D.OLIVER, Is the Ultra Vires rule..., article précité, p.567; ou encore J.G.Mck LAWS, Judicial Review..., article précité p.29: "La Cour n'usurpera pas le pouvoir que la loi donne à une autre autorité; elle imposera néanmoins des standards pour l'exercice d'une tel pouvoir". C'est nous qui soulignons.

(119) J.BELL, Le juge administratif..., article précité, p.802, rappelle qu'"à vrai dire l'affaire Bromley est un peu exceptionnelle. Autant que possible les juges refusent d'accueillir les requêtes formées sur la base de l'irrationalité, surtout dans les affaires politiquement sensibles".

(120) [1986] AC p.240; J. BEATSON et M.H. MATTHEWS, Administrative law..., ouvrage précité, p.181s.

(121) Ibid, p.217. Lord TEMPLEMAN continua ainsi: "J'espère que dans le futur les autorités locales ne chercheront pas à persuader les Cours de les dispenser de leurs obligations de se conformer aux décisions du ministre (...) leurs contestations

Ce type de décision, qui manifeste la réserve malgré tout persistante du juge anglais devant une décision à caractère "politique"(122) continue à être le plus fréquent(123). Il confirme que même aujourd'hui "l'irrationalité est limitée et se détermine principalement par référence à la finalité de la loi qui confère au ministre le pouvoir discrétionnaire"(124). Si donc les limites traditionnelles du contrôle juridictionnel en Angleterre sont dépassées, elles ne le sont encore que partiellement, et de toute façon bien moins qu'en France(125).

Mais il est surtout important de constater l'imprévisibilité de l'application du contrôle de reasonableness, imprévisibilité qui pourrait bien être due à sa fragilité conceptuelle, autrement dit aux défauts de ses qualités(126).

Il est à cet égard caractéristique que même Lord Diplock ne trouve pas mieux, pour définir l'irrationalité, que d'affirmer que "savoir si une décision

éventuelles devraient s'adresser non pas aux juges, qui ne sont pas en position d'intervenir, mais aux pouvoirs politiques et finalement à l'électorat (...)".

(122) On voit la persistance de l'héritage de la doctrine de la souveraineté absolue du Parlement, qui "peut tout faire, sauf changer un homme en femme", doctrine qui rejaillit sur toute décision étant sensée émaner, même de manière indirecte, de la fonction politique. Voir nos remarques sur le rôle historique du juge, section 1, §2, C.

(123) Bien que plus nuancée que celle de Lord WILBERFORCE, la position prise par Lord BRIDGE sur une affaire posant aussi la question du contrôle du pouvoir discrétionnaire par le juge va dans le même sens: "Un contrôle [juridictionnel] aussi large est sans doute salutaire et même nécessaire en certaines circonstances [mais en matière de pouvoir discrétionnaire exercé sans texte] une question de droit clairement définie qui ne soit obscurcie parce que teintée de considérations politiques, sociales ou morales, serait rare. Dans des affaires où toute proposition de droit implicite contenue dans une directive d'un ministre est étroitement mêlée à des questions sociales et éthiques controversées, la Cour devrait, à mon avis, exercer sa juridiction avec la plus grande retenue et se limiter à apprécier le caractère erroné de la proposition juridique et éviter, soit de faire part de ses opinions ex cathedra dans des domaines sociaux ou éthiques controversés dans lesquels elle n'a aucun titre à s'exprimer avec autorité, soit d'apporter des réponses à des questions de droit hypothétiques qui ne sont pas indispensables pour trancher la question" (Gillick / West Norfolk and Wisbech Area Health Authority and DHSS [1985] AC p.112). Observant de telles décisions, Lord WOOLF constate un éventuel recul du contrôle juridictionnel (Traits caractéristiques du droit anglais, Rapport Britannique lors de la rencontre entre des membres de hautes juridictions d'outre-Manche et de membres du Conseil d'Etat en septembre 1986, EDCE 1987, p.244).

(124) J. BELL, Le juge administratif..., article précité, p.804.

(125) Rappelons à titre d'exemple qu'il n'est toujours pas question, en Angleterre, de contester la légalité d'une expropriation par le biais d'une technique comme le "bilan" ou de contester directement la légalité d'une mesure d'interdiction (par la police) d'une manifestation ou d'une réunion publique (voir D.BONNER et R.STONE, The Public Order Act 1986: Steps in the Wrong Direction?, PL 1987, p.202).

(126) Il est incontestable que la description des différentes catégories de reasonableness par Lord REID dans l'arrêt *Wednesbury* précité est loin d'être un modèle de clarté, du moins pour un juriste Français, puisqu'il semble mélanger conditions de recevabilité, de procédure et de fond et est par ailleurs largement tautologique (en ce sens P. CRAIG, Administrative Law, Londres 1983, qui considère que la reasonableness en tant que chef indépendant du contrôle du "détournement de pouvoir" ("propriety of purpose") et de celui des motifs ("relevancy of considerations") est superfétatoire, puisque le même résultat peut être atteint sans y avoir recours (p.558); voir aussi section 2, §1 et partie II, titre 3, chapitre 2.

[administrative] relève ou non de cette catégorie est une question à laquelle les juges par leur expérience devraient être bien équipés pour répondre, ou alors quelque chose serait gravement déficient (badly wrong) dans notre système juridique"(127).

Conclusion du paragraphe: A priori inefficaces, les principes de contrôle traditionnels furent élargis pour fournir des solutions à la mesure des difficultés. Par une logique de "maniement" souple, les principes du précédent, de contrôle au cas par cas, de la primauté de la procédure sur le fond, et surtout l'instrument de contrôle fluide qu'est la reasonableness furent tous utilisés avec doigtée, pour aboutir à un développement à la fois rapide et profond du contrôle juridictionnel de l'activité de la puissance publique.

Conclusion de la section et du chapitre: Il est aujourd'hui incontestable que l'Angleterre dispose d'un droit et d'un contentieux administratif à part entière, à la fois original et efficace. Bien que quantitativement faible, le rôle du juge n'y est pas pour autant moins capital. Le juge "ordinaire" anglais a su, en utilisant les mêmes procédures, précédents et concepts, fournir des solutions originales dans la continuité et forger un droit administratif actuel, adapté à la fois aux traditions et aux besoins.

Mais ce contrôle, où l'intime conviction du juge ne semble a priori être limitée que par son propre esprit de circonspection, perd en légitimité(128) ce qu'il gagne en intensité, surtout dans un pays où le juge n'a jamais été un "supérieur hiérarchique" et où tout est fondé sur les principes de la souveraineté absolue du parlement et de la responsabilité ministérielle politique devant celui-ci. C'est ainsi que, pour exercer son contrôle d'une manière à la fois efficace et acceptable, le juge ne peut que songer à avoir recours à des "principes", à des constantes plus ou moins objectives, qui bénéficient d'une large acceptation. Dès lors, le juge anglais envisagera l'adoption expresse du contrôle de proportionnalité.

(127) Council of Civil Service Unions and others / Minister for the Civil Service, arrêt précité, AllER p.951. Lord DIPLOCK évoque également le jugement de Viscount RADCLIFFE dans l'arrêt *Edwards / Baimstow*, [1956] AC p.14, qui avait défini l'unreasonableness comme "une erreur de droit déductible bien que non identifiable de l'autorité administrative".

(128) Car si tout jugement définitif est juridiquement incontestable, la légitimité du contrôle juridictionnel peut être contestée par le pouvoir politique, si celui-ci estime que le juge excède ses pouvoirs. C'est là l'une des limites essentielles de tout contrôle juridictionnel de l'administration (cf. titre I, chapitre 1, section 1, sous-section 2, §2).

CHAPITRE SECOND

LA PROBLEMATIQUE ANGLAISE DU CONTRÔLE DE PROPORTIONNALITÉ

Le contrôle de proportionnalité, tel qu'il est compris Outre-Manche, suscite à la fois convoitise et méfiance. Ce paradoxe apparent est dû, ainsi qu'on le verra, à la manière avec laquelle la doctrine et le juge anglais ont pu envisager son introduction.

En effet, le système juridique anglais ressent encore la fragilité de son emprise récemment acquise et encore limitée sur l'action administrative. Il ne peut donc qu'envisager avec sérieux l'introduction d'un moyen de contrôle pouvant contribuer largement à la légitimer et à l'intensifier. De ce fait, non seulement l'acceptation du contrôle de proportionnalité fut ces dix dernières années au centre du débat doctrinal et jurisprudentiel, mais en plus elle a été envisagée sous une forme lui permettant de remplir davantage ce but: celle d'un cas d'ouverture à part.

Pourtant, bien qu'il soit encore trop tôt pour tirer des conclusions définitives, force est de constater que les efforts des partisans d'une telle acceptation n'ont pas été à ce jour couronnés de succès⁽¹⁾, ce qui pose immanquablement la question des raisons du refus.

Dès lors, une première analyse de la question du contrôle de proportionnalité en Angleterre impliquera une appréhension du débat qu'il a occasionné et sa conclusion actuelle (section 1), puis une tentative d'explication de son refus "de principe"⁽²⁾ sera esquissée (section 2).

Section 1

Vers un nouveau cas d'ouverture?

Le jugement de Lord Diplock dans l'affaire GCHQ est remarquable à plus d'un titre. En ce qui nous concerne, il a plus particulièrement le mérite de poser clairement la question de l'adoption expresse du contrôle de proportionnalité.

Après avoir présenté sa classification historique des cas d'ouverture de la Judicial Review, "illégalité", "irrationalité" et "impropriété procédurale", le regretté Lord continuait en effet ainsi: "Cela ne signifie point qu'un développement futur sur la base d'un contrôle au cas par cas ne pourra, le

(1) C'est à dire jusqu'au début de l'année 1992.

(2) Car c'est bien d'un refus de principe, qui n'implique nullement l'utilisation d'un certain contrôle de proportionnalité implicite, sous d'autres formes et dénominations: voir partie II, titre 1.

moment venu, ajouter de nouveaux cas d'ouverture. J'ai plus particulièrement en tête l'adoption future possible du principe de 'proportionnalité' qui est reconnu par le droit administratif de plusieurs pays parmi les autres membres de la Communauté Economique Européenne (...) (3).

Ce n'était pas la première fois que le terme "proportionnalité" ou "proportionné" apparaissait dans un jugement de Cour anglaise. Mais les termes utilisés, et l'ampleur de la proposition faite, dépassaient largement toute possibilité de rattachement à un précédent de la Common Law.

Dès lors, adhérer à l'adoption du contrôle de proportionnalité ainsi présenté impliquait nécessairement une rupture, prônée pourtant par une partie de la doctrine (§1). Une telle aptitude, peu compatible avec les méthodes d'évolution habituelles de la Common Law, entraîna un refus de la part de la jurisprudence, refus il est vrai, non exempt de contradictions internes et d'ambiguïtés (§2).

§1. Le débat doctrinal

Le terme de "proportionnalité" était jusqu'il n'y a pas si longtemps complètement inconnu du droit administratif anglais. Son utilisation suivit l'évolution du droit administratif lui-même: de plus en plus d'ouvrages généraux comportent aujourd'hui le mot "proportionality" en index, tel l'ouvrage classique "Administrative Law" du professeur H.W.R. Wade⁽⁴⁾. Celui-ci fait notamment état de l'existence "d'un principe similaire de proportionnalité en droit européen par lequel les pénalités excessives peuvent être annulées" (5).

De manière plus caractéristique, J. Beatson et M.H. Matthews⁽⁶⁾ se réfèrent à la fameuse citation de la proportionnalité de Lord Diplock, avant de présenter la thèse des professeurs J. Jowell et A. Lester en faveur de l'acceptation du principe de proportionnalité en tant que nouveau cas d'ouverture.

Car ce sont en effet les professeurs Jowell et Lester qui sont les partisans les plus acharnés de l'introduction du principe de proportionnalité dans le contentieux administratif anglais⁽⁷⁾, thèse qu'ils ont soutenue une première fois dans un article remarqué paru en 1987 dans la revue Public Law⁽⁸⁾.

(3) Council of Civil Service Unions and others / Minister for the Civil Service (GCHQ), arrêt précité, ALLER p.951.

(4) Administrative law, ouvrage précité, p.1023.

(5) Ibid, p.429. Le passage est remarquable, pour deux raisons: d'un côté il indique la pérennité entre la conception anglaise récente de la proportionnalité et celle de la Cour de justice des Communautés européennes; mais de l'autre il témoigne d'une confusion somme toute naturelle étant donnée la nouveauté, puisqu'il est bien évident que le principe de proportionnalité permet dans le cadre du droit des Communautés Européennes bien autre chose que la seule censure des pénalités excessives...

(6) Administrative law..., ouvrage précité, pp.270-71.

(7) Et non seulement par leur œuvre doctrinale, puisque notamment Antony LESTER est, dans le cadre de son activité de barrister, à l'origine de la quasi-totalité des arrêts récents dans lesquels la possibilité de l'utilisation contentieuse du principe de proportionnalité a été évoquée.

(8) Beyond Wednesbury: Substantive Principles of Administrative Law, PL 1987, p.368.

Les auteurs partent d'un constat, qui est en réalité plus un souhait: "Il y a des indices clairs qu'en droit administratif les juges anglais commencent à abandonner leur préférence traditionnelle qui consistait à traiter plus de la procédure que des principes qui régissent l'action de la puissance publique et les droits individuels"(9). Cette préoccupation croissante pour le fond du droit serait, selon les auteurs, desservie par les moyens de contrôle traditionnel, peu adaptés à un contrôle renforcé de la substance de la décision. La reconnaissance explicite de nouveaux principes régissant le fond du droit, parmi lesquels figure en première place le principe de proportionnalité, serait dès lors de nature à "renforcer la cohérence intellectuelle du raisonnement de la décision juridictionnelle"(10).

Pour démontrer l'utilité de cette proposition, MM. Jowell et Lester présentent une argumentation articulée autour de trois points:

- Le premier point consiste à critiquer vivement l'aptitude des moyens de contrôle existants, tels qu'ils sont théoriquement présentés, à véhiculer le contrôle juridictionnel actuel, tant dans sa logique que dans son intensité réelle. Tel serait notamment le cas de l'"irrationalité" de Lord Diplock.

En séparant l'"irrationalité" de l'"illégalité", ce dernier a eu le mérite, selon MM. Jowell et Lester, de démontrer "qu'une décision peut être légale [dans le sens où elle intervient dans les limites du schéma normatif applicable] et pourtant illégitime quant au fond"(11). Selon Lord Diplock, cette in fine illégalité ne peut être le fait que d'"une décision qui est si excessive dans la défiance de la logique ou des standards moraux unanimement acceptés qu'aucune personne sensible" n'aurait pu arriver à la même conclusion(12).

Or pour MM. Jowell et Lester, le terme le plus significatif dans cet extrait est précisément celui des "standards moraux unanimement acceptés", que l'"irrationalité" servirait à mettre en œuvre. De ce point de vue, le test traditionnel de la "Wednesbury reasonableness"(13) que la doctrine a plus ou moins assimilé à l'"irrationalité" de Lord Diplock, serait totalement inadapté:

- En premier lieu, l'affirmation qu'un acte est "déraisonnable" ne fournirait pas, ainsi que l'"honnêteté intellectuelle l'exige"(14), la démonstration des causes de cette irrationalité.

- En second lieu, son contenu serait "irréaliste", puisqu'il impliquerait la censure des seules décisions absurdes, tandis qu'en réalité les Cours censureraient, par son biais, des décisions parfaitement rationnelles, à défaut d'être opportunes.

- Finalement et de manière plus importante il serait "confus car tautologique", puisqu'il "permet aux Cours d'intervenir pour contrôler les

(9) Ibid, p.368.

(10) Ibid p.376.

(11) Ibid, p.369.

(12) Council of Civil Service Unions and others / Minister for the Civil Service, arrêt précité, ALLER p.951.

(13) Du nom de l'arrêt de principe dans lequel Lord REID a pour la première fois présenté ce "test", c'est-à-dire expliqué de façon analytique le contenu du contrôle juridictionnel que permet le moyen de reasonableness (voir chapitre 1, section 2, §2, A).

(14) Beyond Wednesbury..., article précité, p.371.

décisions déraisonnables tout en définissant de telles décisions comme étant celles qu'aucune autorité raisonnable n'aurait jamais prises"(15).

Au lieu de continuer à fonder son contrôle sur des moyens douteux, tels la "Wednesbury unreasonableness" et sa progéniture, l'"irrationality", le juge anglais aurait donc tout intérêt, selon J.Jowell et A.Lester, à se justifier plutôt par référence explicite à des principes généraux, ce qui "est intellectuellement honnête, et évite comme il se doit l'obscurité d'un test vague, tout en révélant de manière claire les vrais motifs de l'intervention judiciaire"(16).

- D'autant plus que, comme l'indiquent les auteurs en deuxième lieu, il ne s'agirait nullement de créer, par une telle démarche, un système de contrôle différent quant au fond, mais seulement d'exprimer de manière plus claire et cohérente un contrôle déjà existant. Car en effet, "de la même manière que le héros de Molière, Monsieur Jourdain, s'exprimait en prose depuis quarante ans sans le savoir, la jurisprudence existante montre que pendant longtemps les juges anglais établissaient des principes pour le contrôle de fond de l'action administrative sans le savoir ou, plus précisément, sans le dire"(17).

- Et c'est précisément cela qui serait, selon MM. Jowell et Lester, le moment de faire désormais: exprimer de manière affichée un contrôle déjà existant.

Pour ce faire, trois nouvelles catégories de moyens sont proposées, au lieu de la traditionnelle reasonableness:

- La première servirait à censurer les décisions administratives réellement arbitraires, aussi rare que ce cas puisse paraître.

- La seconde catégorie servirait à censurer les décisions frauduleuses, prises en mauvaise foi ou inconsistante, ce qui n'est pas sans évoquer le détournement de pouvoir français.

- Mais c'est la troisième catégorie envisagée qui constitue l'essentiel de la proposition, celle qu'il "est le plus difficile de discerner sous le camouflage de la Wednesbury reasonableness": Elle regrouperait les décisions administratives censurées par le juge dans la mesure où "elles portent atteinte de manière excessive aux droits et libertés fondamentales"(18).

Le lecteur ne s'étonnera pas dès lors pas de voir le "principe de proportionnalité" figurer comme premier chef d'annulation au sein de cette catégorie. D'ailleurs, comme le signalent MM. Jowell et Lester, "il semble si typiquement britannique que d'exiger que les moyens employés par l'autorité compétente ne soient pas plus contraignants que nécessaire pour atteindre un but

(15) Ibid, p.372.

(16) Ibid, p.372.

(17) Ibid p.374. En citant la pièce du célèbre auteur Français (le Bourgeois Gentilhomme, Acte II, Scène 4) les auteurs font plutôt penser à l'expression bien connue de M. BRAIBANT: "Le juge administratif français a, en somme, appliqué le principe de proportionnalité sans le savoir ou, plus exactement, sans le dire" (Le principe de proportionnalité..., article précité, p.299). S'agirait-il d'une simple coïncidence?

(18) Beyond Wednesbury..., article précité p.374.

légitime qu'il ne devrait pas y avoir de difficulté pour absorber le concept de proportionnalité par le processus judiciaire (...) (19).

On le voit, la démarche adoptée par ces auteurs pour plaider en faveur de la reconnaissance explicite du contrôle de proportionnalité ne manque pas de finesse: elle n'engendrerait pas de rupture, si répugnée du juge anglais. Dès lors, adopter le principe de proportionnalité, que ce soit sous la forme d'un cas d'ouverture ou d'un principe général du droit, ne modifierait en rien le fond du droit, mais se bornerait à améliorer sa cohérence et sa compréhension.

Pourtant, on ne saurait dire pour l'instant que cet article remarquable ait pu jouer le même rôle de "détonateur" de prise de conscience du contrôle de proportionnalité que la contribution de M. Braibant aux mélanges Waline. Peut-être parce qu'en Angleterre il s'agissait en réalité moins d'une prise de conscience que d'un pas nouveau du contrôle juridictionnel.

MM. Jowell et Lester ont beau pu essayer de dissimuler cette réalité par des affirmations rassurantes (20), le but réel recherché a provoqué une résistance forte Outre-Manche: il s'agissait bien d'un renforcement de l'intensité du contrôle juridictionnel, pouvant aboutir à l'ingérence du juge dans le domaine de l'appréciation de l'opportunité ("merits") d'une décision administrative.

D'ailleurs MM. Jowell et Lester l'avouent malgré eux, quand ils affirment que "la définition de l'unreasonableness par Lord Greene visait à conduire les juges à réfléchir à deux reprises avant d'interférer sur les mérites d'une décision officielle; mais un test qui exige que l'action administrative soit non pas normalement raisonnable, mais seulement en effet, non excessivement déraisonnable, n'est pas un guide pratique pour le juge" (21).

La réaction de certains juges, encore plus soucieux que leurs homologues français de ne pas entraver l'action de l'administration, ne s'est pas fait attendre. Dans un arrêt de la même année que la parution de l'article, Le juge Millett affirmait en effet que "le concept de proportionnalité, actuellement à la mode (...) était une nouvelle et dangereuse doctrine" (22).

Tenant de répondre à ces critiques, MM. Jowell et Lester écrivaient l'année suivante un nouvel article sur le même sujet, sous le titre éloquent "Proportionnalité: ni nouvelle ni dangereuse" (23).

Dans ce nouveau texte, les auteurs se préoccupent surtout d'asseoir leur théorie en faveur de la proportionnalité sur l'autorité des décisions existantes. Une large partie est donc dédiée aux jurisprudences des pays qui reconnaissent le contrôle de proportionnalité, la France et l'Allemagne, et aux juridictions

(19) Ibid, p.375.

(20) Ainsi à la p.382 de l'article précité: "On ne veut pas que les Cours usurpent les fonctions qui appartiennent aux autorités administratives sur des questions de fait, d'appréciation ou de politique (...) on ne veut pas non plus que les Cours interviennent là où le Parlement a clairement indiqué que la fonction en question appartient exclusivement à l'autorité administrative en question. Ni même que la catégorie juridictionnelle de unreasonableness soit abandonnée; la conserver en tant que chef de contrôle résiduel peut toujours être utile".

(21) Ibid, p.372; c'est nous qui soulignons.

(22) Allied Dunbar (Frank Weisinger) Ltd / Frank Weisinger, The Times, 17 novembre 1987.

(23) Proportionality: Neither Novel nor Dangerous, in New Directions in Judicial Review, ouvrage précité, p.51.

internationales Européennes, tandis que pour le reste MM. Jowell et Lester s'attachent à montrer que le juge anglais emploie aussi le même type de contrôle, ne serait-ce qu'inconsciemment (24).

Mais leur conclusion est un plaidoyer qui cache difficilement leur désir pour une évolution substantielle du droit anglais, voire une rupture: "Examinant le contenu de la proportionnalité, peut-on dire qu'elles est plutôt un principe d'honnêteté et de justice en soi ou au contraire, comme l'a dit le juge Millett, "dangereux"? Pour répondre à cette question on doit souligner que l'on ne conçoit pas la proportionnalité comme un moyen permettant une intervention du juge dans l'appréciation de l'opportunité des décisions de la puissance publique dans une mesure plus large que celle que le "Wednesbury test" permet déjà. De la même manière que le "Wednesbury test", la proportionnalité sert à guider l'exercice du pouvoir discrétionnaire, et permet aux Cours d'intervenir aussi bien en ce qui concerne le fond qu'en ce qui concerne la procédure des décisions émises dans le cadre de ce pouvoir. Mais en aucune façon elle ne dispense les juges de la réserve qui est la leur (...) Seulement, parce que la proportionnalité est un principe relativement précis, -de toute façon beaucoup plus précis que l'"unreasonableness" ou "irrationality"- elle permet un contrôle plus efficace de la conduite administrative à tenir. Et en permettant un contrôle adapté au cas concret, elle est aussi plus efficace pour empêcher le juge d'exercer un contrôle fondé sur des considérations politiques plutôt que de principe" (25).

Il reste que ce sont aussi les considérations de principe qui peuvent conduire, et permettre, une ingérence du juge dans le domaine "politique" de l'appréciation non déraisonnable de l'administration...

Conclusion du paragraphe: Il semblerait que le concept de proportionnalité ait récemment divisé le monde juridique anglais en deux: ceux qui prônent une reconnaissance explicite du contrôle de proportionnalité sous la forme d'un principe général du droit ou même un cas d'ouverture à part entière et ceux qui, au contraire, rejettent comme dangereuse toute idée d'utilisation de ce contrôle. Ce clivage en recouvre donc un autre: ceux qui sont pour un accroissement de l'intensité du contrôle juridictionnel et ceux qui le craignent. La position de la jurisprudence ne pouvait qu'être déterminante.

§2. La réponse jurisprudentielle: un refus, au moins apparent

L'analyse par secteur du contentieux administratif anglais aboutit à une première constatation sans ambiguïté: il n'y a pas d'application systématique du contrôle de proportionnalité même dans les contentieux qui s'y prêtent a priori le plus (A). Mais on peut alors se demander si, faute de constatation d'application du contrôle de proportionnalité, une évolution n'est pas en cours, manifestée par les décisions juridictionnelles les plus récentes.

La réponse à cette question, vu son actualité, ne peut qu'être nuancée. Mais si la réflexion du juge à propos de la reconnaissance explicite du contrôle de proportionnalité implique forcément des divergences d'opinion et donc des

(24) Ce type de contrôle, qu'on peut en effet appeler "proportionnalité souterraine", sera abordé en détail dans la deuxième partie, titre I.

(25) Proportionality..., article précité, p.68.

possibilités d'évolution dans un futur proche (B), l'attitude de refus semble toujours l'emporter (C).

A. LA REGLE GENERALE: PAS DE CONTROLE DE PROPORTIONNALITE

Il est courant en France, quand on présente le contrôle de proportionnalité, de se référer à certains contentieux-type, au sein desquels ce contrôle trouve son application la plus fréquente et la plus caractéristique. Tel est notamment le cas des mesures de police, d'urbanisme et de mesures disciplinaires soumises au contrôle du juge administratif. Il n'y a certes pas de nécessité à ce que le contrôle de proportionnalité soit, en Angleterre aussi, prioritairement "décelable" dans ces mêmes contentieux ou leur équivalent. Toutefois, son absence serait un indice sérieux d'absence globale de ce contrôle, étant donné le rôle que celui-ci est potentiellement appelé à remplir, non seulement en France mais dans tous les cas de figure: la limitation ou du moins la surveillance du pouvoir discrétionnaire là où il peut le plus souvent porter atteinte aux droits juridiquement protégés des particuliers est le plus grave.

Or l'observation analytique des ces contentieux fournit justement cet indice d'absence de contrôle de proportionnalité. On se bornera à donner quelques exemples.

Concernant les mesures de police administrative relatives aux défilés publics, la première constatation est celle du nombre très réduit de recours. Cela n'est pourtant pas entièrement dû à la relative absence de telles mesures.

S'il est en effet vrai que l'interdiction des simples réunions publiques n'est en principe pas possible et que les défilés publics ne sont pas soumis à une obligation d'autorisation préalable mais à une simple obligation d'informer préalablement l'administration(26), cette dernière, en la personne des autorités de police compétentes, peut imposer des conditions strictes quant au déroulement des défilés, et même les interdire si elle lui semblent être de nature à "résulter à un désordre public sérieux"(27).

Or le contrôle du juge en présence d'une telle interdiction par l'autorité policière est particulièrement peu intense, comme le démontre un arrêt de 1981(28).

Dans cette affaire, le chef de la police métropolitaine avait pris la décision d'interdire à partir du 25 avril, et pendant 28 jours, tout défilé public à l'exception de celui du 1er mai et des processions religieuses traditionnelles. M. Kent, représentant une association contre l'armement nucléaire ayant programmé un défilé durant cette même période, s'est pourvu contre cette décision. L'affaire a été jugée en appel sous la présidence de Lord Denning.

A la pointe de l'intensification du contrôle juridictionnel, ce dernier a publiquement avoué sa gêne devant l'argument de M. Kent concernant

(26) Section 11 de la Public Order Act de 1986, ayant remplacé la Public Order Act de 1936.

(27) Section 13 de la Public Order Act de 1986. Voir D. BONNER et R. STONE, *The Public Order Act 1986: Steps in the Wrong Direction?* PL 1987, p.202.

(28) Kent / Metropolitan Police Commissioner *The Times*, 15 mai 1981.

l'excessivité de l'étendue de la mesure d'interdiction. Il n'a pu pourtant que constater que l'autorité de police était dans son bon droit, dès lors qu'elle avait en plus bénéficié de l'approbation politique du ministre de l'Intérieur. Bien qu'estimant qu' "il n'y avait pas de raison de penser que le défilé de ce groupe pacifique serait de nature de causer "un désordre public sérieux"", Lord Denning conclut toutefois que "l'autorité de police avait un pouvoir d'appréciation souverain des circonstances de l'affaire dans ce domaine. Le Parlement lui avait confié le pouvoir de prendre de décisions concernant les défilés publics sujettes au seul accord du ministre de l'intérieur Il n'y avait aucune indication permettant de penser qu'elle avait agi en dehors de ses compétences ou de manière capricieuse"(29).

Dès lors qu'elle n'était pas "prise en dehors de la compétence ni capricieuse", la décision d'interdiction, bien que générale, échappait donc au contrôle du juge. Pas question d'appliquer de contrôle de proportionnalité, le contrôle même de la qualification juridique à propos du "désordre public sérieux" étant déjà bien discret.

La même constatation d'absence de contrôle de proportionnalité(30) se vérifie également, en principe, en matière d'urbanisme. Cette situation est ici peut-être encore plus naturelle étant donné le rôle prépondérant des enquêtes publiques, qui revêtent en Angleterre un caractère presque juridictionnel même si, en fin de compte, c'est le ministre qui prend la décision d'appel. En tout état de cause, il n'est pas question en Angleterre que la décision de l'administration puisse être contestée devant le juge à l'aide d'une notion comme celle du bilan(31).

Le juge ne manque pas pourtant d'occasions en la matière. Ainsi dans une affaire jugée en 1986 par la Queen's Bench Division(32), une compagnie hôtelière contestait la décision de l'administration ayant refusé un permis de construire dans la région de Bristol. Le fait que le permis ait été refusé au seul motif que "d'autres sites propices à l'érection d'un hôtel existaient dans la région", sans que de telles sites soient identifiés, n'a pas été suffisant pour entraîner l'annulation par le juge; quant à la contestation des avantages et des inconvénients du contenu de la décision administrative, la réponse du juge a été liminaire: "Bien que [les requérants] soutiennent que l'administration n'a pas évalué à sa juste valeur l'importance pour l'économie locale de la construction de nouveaux ensembles hôteliers et n'a pas correctement comparé ce besoin économique avec celui de protéger les terres agricoles, étant donné le grand nombre de bonnes terres agricoles dans la région et le petit nombre de sites alternatifs pour le développement touristique, je n'estime pas avoir trouvé des indices selon lesquels l'administration aurait omis de prendre en considération

(29) Arrêt précité.

(30) Il est vrai que la rareté des décisions en la matière nous interdit d'affirmer de manière formelle qu'aujourd'hui le juge ne se serait prononcé d'une autre manière. Toutefois la décision commentée (intervenue sous le régime de la Public Order Act 136) est toujours citée en référence et par ailleurs la rareté des recours est peut-être aussi un signe de contrôle bien réduit...

(31) Cf. J.BELL, *Aspects...*, article précité, EDCE 1987 p.228.

(32) *Trusthouse Forte Hotels LTD / Secretary of State for the Environment and Another*, *Estates Gazette* 1986, vol.279, p.680.

ces éléments"(33). Pas la moindre amorce, ici non plus, d'un contrôle de la proportionnalité du fond de la décision administrative.

Concernant le troisième contentieux, celui des sanctions disciplinaires, on sera encore plus bref. Il est en effet constant que jusqu'en 1978 les fonctionnaires ne bénéficiaient d'aucune garantie juridique d'emploi(34)(35), et pouvaient pratiquement être licenciés "à volonté"(36); pas de place donc pour un contrôle de la proportionnalité de la sanction à la faute.

Mais même après que le "Employment Protection (Consolidation) Act" de 1978 ait accordé aux fonctionnaires une protection analogue à celle dont pouvaient déjà bénéficier les employés du secteur privé en cas de "licenciement abusif", les choses n'ont pas changé en ce qui nous concerne. Car le contentieux de l'unfair dismissal ne peut en effet aboutir à autre chose qu'un droit à indemnisation, l'obligation de réintégrer un salarié licencié étant en droit anglais inconcevable(37).

Situation qui n'est d'ailleurs pas différente s'agissant des représentants syndicaux, dont on sait que le licenciement a donné en France l'occasion d'applications caractéristiques du contrôle de proportionnalité.

Si en effet le licenciement d'un salarié est considéré comme unfair dans le cas où il est intervenu à cause de sa participation, réelle ou supposée, à un syndicat indépendant, le juge interprète ces dispositions de manière fort restrictive(38), faisant surtout porter son contrôle sur la procédure de licenciement (respect des règles de la natural justice, et notamment du droit d'être

(33) Arrêt précité, p.688 (per Justice S.BROWN).

(34) Selon le professeur WADE "la loi a pendant longtemps regardé la fonction publique comme un petit ensemble de secrétaires travaillant au palais royal. Bien ce ne soit plus du tout vrai sous tout autre aspect, la fonction publique continue d'être à un état légal primitif (Administrative law, ouvrage précité, p.65).

(35) Ce qui n'empêchait naturellement pas leurs emplois d'être de facto les plus stables, phénomène accentué par le principe politique de la responsabilité ministérielle: voir l'affaire "Crichel Down", où les fautes de certains fonctionnaires du ministère de l'agriculture ont fini par provoqué la démission du seul ministre, qui avait pourtant donné des ordres conformes au droit et avait facilité l'enquête (citée par H.W.R. WADE, Administrative law, ouvrage précité, p.65s.).

(36) Dans l'arrêt de principe, *Dunn / The Queen* [1896] 1 QB p.116, la Cour d'Appel avait jugé que "les employés de la Couronne détiennent leurs fonctions seulement selon le bon plaisir de la Couronne (...) l'obligation contractuelle d'employer quelqu'un pendant un période donnée serait contraire à l'intérêt général et inconstitutionnelle. La Couronne n'a pas le droit de se lier elle-même par un tel contrat".

(37) Dans certains cas le juge pourra prononcer un "ordre de réintégration", mais la seule fonction de celui-ci est de provoquer de plein droit un droit à indemnisation s'il n'est pas suivi d'effet (voir H.W.R. WADE, Administrative law, ouvrage précité, p.73).

(38) Un exemple caractéristique est l'arrêt *Carrington and Others / Therm-a-Stor LTD*, [1983] 1 WLR p.138, dans lequel il a été jugé que cette protection ne concernait que les actions individuelles des représentants syndicaux et non pas "les réactions de l'employeur à l'action du syndicat" (!), par la suite de quoi le licenciement de 4 salariés voulant créer un syndicat parmi d'autres licenciés non syndiqués n'a pas été considéré comme unfair, bien que provoqué, à l'aveu des juges, par l'engagement de la procédure de création du syndicat (ibid pp.139-40).

entendu) et se refusant en principe à tout examen de la proportionnalité de la sanction par rapport à la faute.

Reste à se demander si, bien que traditionnellement inexistant, le contrôle de proportionnalité ne serait pas en passe d'être reconnue dans certaines des décisions les plus récentes.

B. LA PORTE OUVERTE A L'APPLICATION EXPRESSE ?

Il est incontestable qu'au moins depuis l'arrêt GCHQ(39) les références expresses au contrôle de proportionnalité se multiplient dans les arrêts des Cours Outre-Manche. Beaucoup plus important, certains de ces arrêts semblent l'appliquer ou, du moins, ne pas rejeter son application.

Tel a déjà été le cas, en 1986, d'un jugement prononcé par Woolf L.J., connu par ailleurs pour son ouverture au droit administratif continental(40). Dans cette affaire, le requérant, garant pour une somme de £100.000, s'était pourvu contre une décision juridictionnelle ayant ordonné l'exigibilité de la caution. La décision du juge de première instance étant discrétionnaire, le requérant soutenait, entre autres, que la décision présentait pour lui une charge disproportionnée au but recherché.

Tout en rejetant la demande au fond, le juge ne rejetait pas pour autant la pertinence de la demande de contrôle de proportionnalité. Il a en effet estimé que la décision des premiers juges était légale "que l'on examine la demande sous l'angle de la décision *Wednesbury* ou (...) sous celle de la proportionnalité, si ce test fait déjà partie de la loi de notre pays en ce qui concerne les pouvoirs de cette Cour dans l'exercice de sa compétence"(41). Et il a été suivi, dans cette même affaire, par le juge Macfheron qui a pour sa part affirmé qu'"il est impossible de dire que la décision [des premiers juges] était trop sévère, oppressive, abusive, disproportionnée ou si déraisonnable qu'aucun juge raisonnable n'aurait pu se prononcer de la sorte"(42).

Ainsi non seulement les deux juges semblaient avoir appliqué le contrôle de proportionnalité, mais aussi de le distingueraient-ils du contrôle d'irrationalité, comme ce dernier est exprimé par le fameux *Wednesbury test* de lord Reid.

Bien que moins clair dans la distinction irrationalité - proportionnalité, un jugement plus récent prononcé par Schiemann J. en 1987(43), ne rejetait pas pour autant l'application explicite du contrôle de proportionnalité.

Il s'agissait en la matière d'une mesure édictée par le ministre des transports, qui avait provisoirement retiré le permis de tous les pilotes d'avion Roumains, à la suite de l'échec de certains d'entre eux lors des examens d'aptitude

(39) *Council of Civil Service Unions and others / Minister for the Civil Service*, arrêt précité, ALLER p.951.

(40) *R. / Warwick Crown Court*, ex parte Smalley, [1987] WLR p.237.

(41) Ibid, p.245.

(42) Ibid, p.250.

(43) *R. / Secretary of State for Transport*, ex parte Pegasus Holdings (London) LTD and Another, 1 WLR p.990.

organisés par les autorités anglaises. La compagnie de transport utilisant les services des pilotes Roumains s'est pourvu devant le juge en soutenant, entre autres moyens, que "le ministre était tenu à user de son pouvoir discrétionnaire de manière raisonnable et en tenant compte du bilan entre les inconvénients que sa décision pourrait engendrer pour les parties concernées et le but [d'intérêt général] qu'il s'était fixé"(44).

Aux dires même du juge Schiemann, la défense ne pouvait pas sérieusement contester "l'adoption du principe de proportionnalité mais tout au plus le considérer comme un aspect du *Wednesbury test*. Il serait peut-être même difficile pour tout représentant du gouvernement de contester le fait que le principe de proportionnalité s'impose aux autorités administratives (...) "(45).

Peut-on considérer que des décisions de la sorte amorcent une reconnaissance explicite du contrôle de proportionnalité, ne serait-ce que dans certains domaines limités du contentieux administratif anglais?

C. LE REFUS D'EMPECHER LE DOMINANT

On ne le pense pas. Les décisions qui, tout en reprenant la problématique de la proportionnalité expresse, la rejettent explicitement, non seulement demeurent majoritaires parmi les arrêts les plus récents, mais expriment aussi la position dominante au sein de la juridiction anglaise suprême, la Chambre des Lords.

Bien qu'appliquant obligatoirement le contrôle de proportionnalité, en vertu des règles contraignantes du droit communautaire(46), la décision *Stoke-on-Trent City Council / B&O PLC and Norwich City Council / B&O PLC*(47) témoigne de façon éloquente de la méfiance toujours vivace du juge anglais à l'égard des potentialités d'ingérence dans les activités du pouvoir politique que représente son utilisation.

Le requérant dans cette affaire, une société de bricolage, contestait la mesure administrative lui interdisant l'ouverture de ses magasins le dimanche, au motif que cette décision était contraire à l'article 30 de la *Traité de Rome*, interdisant les restrictions des importations entre les pays membres de la C.E.E.

Or le juge Hoffmann montra très vite la position qu'il entendait adopter: si en effet il affirma que "Le traité C.E.E. est la loi suprême de ce pays, s'imposant aux actes du parlement" et qu "il appartient à la Cour de justice des Communautés européennes d'interpréter le traité et aux Cours nationales de l'appliquer", il continua en affirmant que "le fait que la Cour Européenne ait estimé qu'une question particulière soit du ressort de la compétence de la Cour nationale, n'investit pas cette Cour de pouvoirs quasi-législatifs. Celle-ci devra se limiter dans le domaine propre à une intervention judiciaire et ne pas s'immiscer à des questions qui dépendent des décisions démocratiques du Parlement"(48). En

(44) Ibid, p.991.

(45) Ibid, p.1001. Voir partie II, titre I.

(46) Cf. partie II, chapitre préliminaire, section 2, §1.

(47) [1991] 2 WLR p.42.

(48) Ibid, p.45.

conformité avec cette affirmation de principe, il est apparu important à la Cour d'expliquer sa fonction concernant l'application du contrôle de proportionnalité: "La question [du travail le dimanche] est telle que des opinions opposées peuvent être raisonnablement soutenues et fait l'objet d'un débat fréquent au parlement. Est-ce qu'il appartient à la Cour (...) de soupeser l'importance de l'interdiction du travail le dimanche contre la nécessité de vendre plus d'ampoules hollandaises ou de meubles italiens? (...) Ce sont là des questions législatives, impliquant un "balancement" d'intérêts et le pouvoir judiciaire ne peut faire plus que de décider si la mesure pouvait être raisonnablement soutenue"(49). Ayant défini le rôle du juge appliquant le contrôle de proportionnalité de manière fort restrictive, Hoffmann J. confirma finalement la décision administrative en ces termes: "Le compromis illogique tend à être une caractéristique socioculturelle britannique (...) Ceci peut peut-être expliquer pourquoi le commerce du dimanche est permis en Ecosse mais ne l'est pas en Angleterre (...) à mon avis le Parlement avait bien le droit d'estimer que les restrictions présentes étaient nécessaires et que d'autres mesures seraient inadéquates, même si elles ne devaient avoir qu'un effet moindre sur le commerce communautaire"(50).

Cette tendance à concevoir le rôle du juge face à une décision administrative impliquant une volonté politique de manière restrictive est encore plus prononcée quand il ne s'agit pas d'appliquer directement une norme communautaire.

On a déjà fait état de la décision rendue par le juge Millett qui considérait la proportionnalité comme une doctrine "novatrice et dangereuse"(51). Il ajoutait qu'"il n'y avait pas dans la jurisprudence moderne de trace de cette doctrine et [qu']elle était même contraire à des jugements exprès". De plus, "il n'y avait pas de standard objectif pour guider une telle appréciation du juge"(52). Là encore donc, la proportionnalité était regardée comme un concept impliquant un contrôle plus sévère que celui conduit sur la base de la *reasonableness*, conduisant nécessairement à une intervention juridictionnelle subjective et donc illégitime.

L'attitude, assez confuse, embarrassée et finalement négative des juges anglais à l'égard du contrôle affiché de la proportionnalité se résume parfaitement dans une seule décision récente de la Chambre des Lords(53).

La Cour devait se prononcer en dernier ressort sur un recours contre la décision du ministre de l'intérieur interdisant la transmission par voie radiotélévisée "de toute matière qui consiste ou comprend des propos de personnes représentant des organisations considérées comme terroristes"(54). Les

(49) Ibid, p.57.

(50) Ibid pp.59-60. Notons qu'il ne s'agit pas tellement de critiquer ici le fond de la décision commentée (il aurait été selon toute vraisemblance le même en France ou en Allemagne), mais surtout l'expression de retenue forcée et l'abandon de compétence que sa formulation indique.

(51) *Allied Dunbar (Frank Weisinger) LTD / Frank Weisinger*, arrêt précité.

(52) Ibid.

(53) *R. / Home Secretary*, ex parte *Brind* [1991] 2 WLR p.588.

(54) Ibid, p.588.

requérants, en la personne de leur avocat M. Lester⁽⁵⁵⁾, fondaient une grande partie de leur argumentation sur la prétendue violation du principe de proportionnalité⁽⁵⁶⁾.

Tout en rejetant à l'unanimité la demande au fond, les Lords sont apparus a priori assez divisés quant à l'idée de proportionnalité.

- Lord Roskill adopta une position dans la lignée exacte de Lord Diplock: tout en laissant ouverte la porte à une évolution future, il rejeta la possibilité d'une application expresse du principe de proportionnalité dans l'affaire en délibéré, s'exprimant en ces termes: "J'estime que le premier pas [pour l'application de la proportionnalité] ne peut être franchi dans la présente espèce, car agir ainsi reviendrait à substituer l'opinion du juge à celle de l'administration sur ce qui est nécessaire pour atteindre un but légal, tandis que ce pouvoir a été confié par le parlement au ministre"⁽⁵⁷⁾.

- Lord Templeman fut plus sibyllin, puisque, après avoir fait état du concept de proportionnalité tel que la Cour Européenne des Droits de l'Homme l'appliquait, il affirma que "en appliquant ces principes, je ne considère pas que le ministre ait abusé ou excédé ses pouvoirs"⁽⁵⁸⁾. La proportionnalité était-elle appliquée pour autant?

- Le jugement de Lord Ackner ne permet pas, quant à lui, de tels doutes. De manière fort nette, celui-ci distingua d'abord l'irrationalité de la proportionnalité: "[Le moyen basé sur la proportionnalité] n'est pas une répétition du *Wednesbury test* sous un autre habit. Certes une décision qui pêche par une absence totale de proportionnalité sera également irrationnelle (...) Mais le test de la proportionnalité est en soi différent et plus sévère (...) Ce qui est demandé [par M. Lester] est qu'on se prononce en faveur d'un nouveau développement du droit administratif anglais, envisagé comme une simple hypothèse par Lord Diplock (...) "⁽⁵⁹⁾.

Or ce "nouveau test" porterait, selon Lord Ackner, atteinte à la sacrosainte distinction entre légalité et opportunité: "M. Lester essaie de prouver qu'il existe une distinction entre un appel en opportunité et un recours basé sur un non respect du principe de proportionnalité (...) Pourtant si l'on veut investir le test de proportionnalité d'un statut plus élevé que celui du *Wednesbury test*, l'examen de l'opportunité de la décision ne peut être évitée(...) ". Et cette atteinte demeure inacceptable en droit anglais: "Sauf si, et jusqu'au moment où, le Parlement décidera d'incorporer la Convention Européenne au droit interne, (...) il me semble qu'il n'existe aucune base légale pour l'utilisation dans notre pays de la doctrine de proportionnalité"⁽⁶⁰⁾.

(55) Dont on connaît la contribution en faveur de l'adoption du principe de proportionnalité: voir le paragraphe précédent.

(56) Tel qu'il est notamment appliqué par la Cour Européenne des Droits de l'Homme, de manière toutefois non contraignante pour le droit national anglais; cf. partie II, chapitre préliminaire.

(57) R. / Home Secretary, ex parte Brind, arrêt précité, p.594. Concernant le futur, le Lord ajoutait: "Cela ne signifie pas que l'on exclut le développement futur possible du droit sur ce point, une possibilité qui a déjà été évoquée dans certains ouvrages doctrinaux" (ibid).

(58) Ibid p.595.

(59) Ibid p.605; c'est nous qui soulignons.

(60) Ibid pp.605-606; c'est nous qui soulignons.

- Le dernier jugement, prononcé par Lord Lowry, est de notre point de vue le plus remarquable, car il exprime la position actuellement dominante en droit anglais sur la question du contrôle de proportionnalité⁽⁶¹⁾. Il concluait en ces termes: "il me semble finalement qu'il n'existe que très peu d'espace pour une doctrine juridictionnelle de la proportionnalité entre le conventionnel de la *Judicial Review* et le jugement inacceptable en opportunité. L'introduction d'un tel niveau de contrôle intermédiaire semble à peine une idée concevable, et ceci sans même tenir compte des inconvénients qu'une telle voie engendrerait (...) "⁽⁶²⁾.

En somme, le refus de l'ordre juridique anglais d'intégrer le principe de proportionnalité, tant pour son "inacceptabilité" que pour son impraticabilité présumées, semble avoir de beaux jours devant lui.

Conclusion du paragraphe et de la section: Les partisans et les adversaires du contrôle de proportionnalité dont les opinions et décisions de justice viennent d'être développées se retrouvent sur un terrain: celui du constat de l'accroissement de l'intensité du contrôle juridictionnel que l'introduction de la proportionnalité représenterait. Les uns souhaitent ce contrôle pour les mêmes raisons que les autres le refusent.

Section 2

Les causes du refus

Ainsi qu'on l'a déjà vu pour la France et l'Allemagne, le contrôle de proportionnalité est susceptible de diverses formes d'acceptation et d'application. Dès lors, les avantages et les inconvénients qu'il implique ne lui sont pas, dans une large mesure, intrinsèques: de ce point de vue, ce ne sont pas les qualités et les défauts du mécanisme de contrôle qui sont en cause, mais ceux de l'intensité de son application et encore de sa formulation juridictionnelle.

Si ce contrôle demeure toujours en principe refusé en Angleterre, c'est certes que, selon l'opinion dominante, les inconvénients de son application supplantent toujours ses avantages; mais il s'agit du "bilan" d'une certaine conception du contrôle de proportionnalité. Autrement dit, pour comprendre le "non" du juge anglais à l'application du contrôle de proportionnalité (§2) encore faut-il comprendre à quel contrôle de proportionnalité ce refus est opposé (§1).

§1. La conception anglaise de la proportionnalité

En intégrant le contrôle de proportionnalité, la France et l'Allemagne lui ont chacune assigné un rôle en fonction du but prioritaire à atteindre: surveillance

(61) Voir la section suivante.

(62) R. / Home Secretary, ex parte Brind, arrêt précité, p.610.

du pouvoir discrétionnaire pour la France, ou soupape de sécurité contre les atteintes excessives aux droits fondamentaux pour l'Allemagne.

En Angleterre, pays sans Constitution écrite, et où le parlement exprime, dans le cadre d'une suprématie incontestée la volonté générale, on serait a priori tenté de trouver des analogies avec la France. Cette première impression est par ailleurs appuyée par le caractère souple et évolutif d'une jurisprudence plus proche du Conseil d'Etat que des Cours allemandes.

Or on a vu qu'en France le contrôle de proportionnalité n'est pas appliqué de façon unitaire, mais selon une intensité variable, pouvant faire partie à la fois du contrôle maximum, normal ou même minimum(63). Et si sa présence n'est donc en principe pas une garantie de valeur égale pour la protection du justiciable, du moins elle ne risque pas de se heurter aux habitudes et paraître incompatible avec la fonction juridictionnelle. Ce n'est pourtant pas de cette manière que les partisans du contrôle de proportionnalité en Angleterre ont envisagé son application et conditionné par là même le cadre du débat sur son adoption.

On a déjà cité Lord Diplock qui avait envisagé(64), comme on l'a déjà noté, l'adoption du contrôle de proportionnalité en tant que cas d'ouverture à part entière: c'est cette conception "rigide" du contrôle de proportionnalité(65) qui l'emporte toujours, que ce soit parmi les adversaires comme parmi les partisans de son introduction.

Cette "conception anglaise de la proportionnalité" est parfaitement exprimée par Lord Lowry dans son jugement de 1991 à propos de l'affaire Brind(66): "M. Lester s'est fondé sur la doctrine de proportionnalité, un concept bien connu du droit Européen, en tant que cette doctrine permet d'aller plus loin que la *Wednesbury unreasonableness* (...). A mon sens, cette proportionnalité vise à déplacer le centre de la discussion loin des critères déjà établis pour décider si l'autorité publique a abusé de son pouvoir discrétionnaire, dans un domaine où le juge se sentira plus à l'aise pour intervenir"(67).

Ce jugement permet de voir non seulement comment l'adoption du contrôle de proportionnalité a été proposée, mais surtout les avantages escomptés de son adoption:

- D'abord, une organisation plus rationnelle du contrôle juridictionnel tel qu'il existe déjà. Pour reprendre les termes des MM. Jowell et Lester, "Les juges devraient penser ce qu'ils disent, et dire ce qu'ils pensent"(68). Autrement dit, le juge ne serait plus obligé de considérer comme prise en dehors de la compétence ou "absurde" une décision qui serait, tout simplement, disproportionnée; la

(63) Voir titre I, chapitre 1, section 2, sous-section 2.

(64) Dans l'arrêt précité *Council of Civil Service Unions and others / Minister for the Civil Service*; voir l'introduction de la première section.

(65) Notons toutefois que par "conception rigide" on entend pas forcément le "cas d'ouverture" de Lord DIPLOCK, mais aussi le "principe substantiel", la proportionnalité affichée - "principe général du droit" des MM. JOWELL et LESTER: voir section 1, §1.

(66) *R. / Secretary of State for the Home Department, ex parte Brind and Others*, arrêt précité.

(67) Ibid, p.609.

(68) *Proportionality: Neither Novel nor Dangerous*, article précité, p.68.

crédibilité et la légitimité de son contrôle, moins flou et donc susceptible d'être considéré comme "politique" en sortiraient renforcées.

- Ensuite, un alignement du contrôle juridictionnel anglais sur les autres pays de la Communauté Européenne, sur les systèmes juridiques où le contrôle de proportionnalité existe déjà, et surtout une unification du contrôle juridictionnel anglais lui-même, puisqu'en vertu de l'applicabilité directe du droit communautaire le juge anglais est tenu d'appliquer le contrôle de proportionnalité dégagé par la Cour de justice des Communautés européennes là où l'application des normes du droit communautaire s'impose(69).

- Mais surtout, un accroissement de l'intensité du contrôle juridictionnel: le contrôle de proportionnalité, distingué de celui de la simple irrationalité de la décision administrative, permettrait une réelle "surveillance" du pouvoir discrétionnaire, là où les droits et libertés des "citoyens" seraient mises en cause..

La distinction entre *reasonableness* et *proportionality* est un point fondamental de cette conception: si ce dernier contrôle doit être adopté, c'est précisément pour permettre au juge d'aller plus loin que ce qu'implique le *Wednesbury test*. Une conception du contrôle de proportionnalité ne signifiant pas autre chose qu'une formulation nouvelle et plus "moderne" du contrôle de la *reasonableness* déjà existant serait peut-être concevable; mais elle serait totalement superflue.

Conclusion du paragraphe: Bien que le contexte du droit administratif anglais d'aujourd'hui rappelle dans une certaine mesure le processus d'élaboration du droit administratif français, le rôle que le contrôle de proportionnalité serait appelé à jouer, aux vœux de ses partisans, est bien différent que celui qu'il remplit en France et plaide plutôt pour une logique de proportionnalité affichée, de principe de proportionnalité, analogue à la conception allemande. De là résulte une contradiction fondamentale, qui explique peut-être en large partie le refus persistant du juge anglais.

§2. L'opposition de cette idée avec la fonction qu'est encore celle de la *Judicial Review*

Les raisons du refus du contrôle de proportionnalité tel qu'il vient d'être expliqué sont aussi clairement présentées que sa conception dans le jugement que Lord Lowry a rendu à l'occasion de l'affaire Brind. En effet, après avoir affirmé qu'"il n'y a aucun précédent permettant de dire que la proportionnalité, au sens où l'entendent les requérants, fait partie de la *Common Law* anglaise; il y a même plusieurs précédents démontrant le contraire", le Lord continuait en ces termes: "Ceci, en ce qui me concerne, n'est pas regrettable pour plusieurs raisons:

1. Les autorités publiques, souvent élues, sont de toute façon celles auxquelles le Parlement a confié le pouvoir discrétionnaire et l'immixtion dans ce

(69) Cf. partie II, chapitre préliminaire, section 2.

pouvoir discrétionnaire plus que cela se fait déjà déboucherait sur un abus de pouvoir de la part du juge lui-même.

2. Les juges ne sont le plus souvent pas aptes, de par leur formation ou leur expérience, et ne possèdent pas les connaissances ni les conseils techniques nécessaires pour pouvoir se prononcer à propos d'une question administrative qui présente plusieurs alternatives plausibles, mais sont au contraire mieux à même de trouver la réponse correcte quand le problème se pose en termes d'irrationalité. (...)

3. La stabilité et la sécurité du droit seraient mises en péril si cette nouvelle doctrine devait s'imposer, car les contestations sont toujours possibles à propos d'une décision administrative et les parties concernées qui se sentent lésées n'hésiteront plus à tenter leur chance en vue d'un contrôle aussi approfondi, et ce tant en première instance qu'en appel.

4. L'augmentation du nombre des recours administratifs, inévitable si le "seuil" de rationalité contrôlée devait être abaissé, conduira à des dépenses supplémentaires en temps et en argent pour les requérants, à un rallongement du délai des jugements et à l'incapacité des juges à faire face à leurs autres tâches. En tout état de cause, le perdant principal sera le justiciable (...) (70).

Des craintes exprimées par Lord Lowry, la plus déterminante est sans doute la première. L'acceptation de la proportionnalité affichée représenterait une rupture de l'évolution progressive du droit administratif anglais. La doctrine de la reasonableness a certes pu être appliquée de façon de plus en plus audacieuse; elle ne repose pas moins sur des précédents qui datent de siècles et sur la volonté présumée du parlement. A supposer même que l'intensité de contrôle qu'elle implique soit aussi grande que celle pouvant être générée par le principe de proportionnalité, elle respecte au moins les apparences, chose essentielle en droit anglais, ce qui constitue un handicap considérable pour la proportionnalité - cas d'ouverture de Lord Diplock.

Mais plus encore, le contrôle de proportionnalité rigide est en contradiction avec le caractère souple et "modulable" du droit administratif anglais. La jurisprudence administrative française a été elle aussi confrontée à la nécessité de faire varier l'intensité du contrôle juridictionnel selon la nature du pouvoir administratif examiné. Il a répondu par la création progressive de divers degrés de contrôle, à travers lesquels il est possible d'adapter le contrôle de proportionnalité, suivant toujours le même mécanisme, en fonction des nécessités d'intervention juridictionnelle et du "seuil de tolérance politique".

En Angleterre en revanche, le juge ne dispose en principe que d'un degré de contrôle. Il a certes l'art de faire varier l'intensité de celui-ci en utilisant de manière souple les moyens existants: cela fait en effet environ trois décennies que l'on sait que le contrôle de la rationalité de la décision administrative ne se limite pas à la seule censure des décisions absurdes (71).

(70) R. / Secretary of State for the Home Department, ex parte Brind and Others, arrêt précité, pp.609-610.

(71) Voir par exemple Mixnam's Properties LTD / Chertsey UDC [1964] 1 QB p.214; aussi Hartnell / Minister of Housing and Local Government [1965] AC

Mais le contrôle de proportionnalité affiché n'est pas seulement, du point de vue anglais, "nouveau et [donec?] dangereux"; il se présente également de manière rigide. L'acceptation d'un tel contrôle de proportionnalité par un système qui ne dispose que d'un degré de contrôle risquerait de donner l'impression d'enlever tout pouvoir discrétionnaire à l'administration. Le professeur Garner exprime très bien cette peur, encore plus présente en Angleterre (72) qu'en France, du "gouvernement des juges" par contrôle de proportionnalité interposé: "La difficulté avec l'application du principe de proportionnalité en droit anglais est qu'il pourrait conduire les Cours à évaluer les avantages relatifs des choix de l'action administrative, ce qui va nettement plus loin que le contrôle de légalité et implique l'évaluation des choix politiques" (73).

Bref, si le juge anglais conçoit, en théorie, le pouvoir discrétionnaire de la puissance publique de manière proche de celle de son homologue français, il n'est pas pour autant prêt, peut-être parce qu'il lui manque son expérience et son passé d'"administrateur actif", de mettre en œuvre de nouveaux moyens de contrôle souples, adaptés à une a priori non intervention juridictionnelle dans le domaine du pouvoir discrétionnaire. Ainsi, n'étant pas disposé d'envisager un contrôle de proportionnalité implicite, il semble rejeter le contrôle de proportionnalité tout court.

Et ce d'autant plus qu'il estime disposer, dans la technique juridictionnelle déjà existante de reasonableness, d'un moyen de contrôle suffisant pour remplir le rôle qu'un contrôle de proportionnalité souple aurait assumé. Dans la logique anglaise ce moyen, fruit de la réflexion juridique de l'île, a l'avantage d'être à la fois conforme aux habitudes, et capable de répondre aux besoins (74). Il constituerait ainsi, par sa capacité d'adaptation et d'évolution (et même évolution - déformation) la solution de rechange idéale au contrôle de proportionnalité tel qu'il a été envisagé Outre-Manche (75).

Conclusion du paragraphe, de la section, du chapitre et du titre: Conforme à une longue tradition d'empirisme, le système juridique anglais a su évoluer pour créer un contrôle juridictionnel de l'administration original. Durant les dernières décennies, ce contrôle a accompli des progrès tout à fait significatifs, mais d'une

p.1132; cf. DE SMITH, *Judicial Review...*, ouvrage précité, soulignant que dans ces arrêts les mesures prises par l'administration "ont été annulées pour irrationalité bien qu'il soit évident qu'elles n'étaient en aucun cas absurdes" (p.354).

(72) Notons tout de même, "à la décharge" du juge britannique, que selon la conception anglaise de la séparation des pouvoirs le juge-censeur de l'administration peut être très vite considéré, par le jeu de la délégation législative, comme un censeur du pouvoir politique, incarné par le parlement, chose inacceptable s'il y en a; cf. chapitre 1, section 1, §2, C et section 2, §2, C.

(73) *The Principle of Proportionality*, rapport national anglais au dixième Congrès de l'administration comparée, Budapest 1978, p.6.

(74) Lord GREENE déjà préfigurait cette "évolutivité" en disant que l'unreasonableness est "une description générale des choses qui ne doivent pas être faites" (*Associated Provincial Picture Houses Ltd. / Wednesbury Corporation*, arrêt précité, p.229).

(75) L'initiateur même du concept, Lord DIPLOCK, affirmait en examinant l'éventualité de son adoption, que "pour donner une solution dans l'affaire ici présente, les trois cas d'ouverture déjà bien établies suffiront largement" (*Council of Civil Service Unions and others / Minister for the Civil Service*, arrêt précité, p.950).

manière implicite et secrète. Il n'est dès lors pas étonnant que le juge anglais ne se sente toujours pas prêt pour la rupture que l'adoption d'un principe de proportionnalité représenterait.

En effet, bien que potentiellement concevable et utilisable au même titre qu'en France, le contrôle de proportionnalité a été envisagé en Angleterre d'une façon rigide. Dès lors, son introduction se heurte à des obstacles similaires, mais plus amples qu'en France, à savoir une conception restrictive du rôle du juge dans l'exercice du contrôle de la puissance publique et une irréductibilité présumée du pouvoir discrétionnaire - expression d'une volonté politique échappant à l'appréciation juridique. Par conséquent, malgré les efforts d'un certain nombre de juristes anglais en faveur de l'application expresse de ce principe, l'état du droit positif était encore récemment décrit par l'ouvrage autorisé Halsbury's Laws of England dans les termes suivants: "PROPORTIONALITY: Les Cours censureront l'exercice du pouvoir discrétionnaire s'il n'existe pas de relation raisonnable entre le but recherché et les moyens utilisés pour atteindre ce but, ou si des sanctions imposés par des autorités administratives ou des cours inférieures sont totalement hors de proportion eu égard à la faute qui les a provoqués. Le principe de proportionnalité est bien établi en droit européen, et sera appliqué par les cours anglaises là où le droit communautaire s'impose comme partie du droit interne. Le principe de proportionnalité est encore au stade de développement en ce qui concerne le droit interne anglais; le manque de proportionnalité n'est pas traité comme un moyen distinct d'annulation en droit anglais, mais plutôt regardé comme une indication d'une irrationalité manifeste"(76).

(76) 4ème édition, tome 1 (mise à jour 1989) p.144. Or cette citation démontre aussi que la reasonableness n'est pas qu'une alternative qui prévaut encore sur le contrôle de proportionnalité - cas d'ouverture; elle est aussi le vecteur d'un contrôle de proportionnalité implicite: voir partie II, titre 1, chapitre 1, section 2.

CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE

Ces premiers développements dessinent une image fort contrastée du contrôle de proportionnalité dans chacun des pays examinés.

D'un côté, à l'utilisation ponctuelle, obéissant aux impératifs de l'opportunité du contrôle effectuée par le juge administratif français, s'oppose la consécration solennelle d'un principe de contrôle tout aussi détaillé que rigide imposée par le juge constitutionnel allemand et, à l'opposé, le refus semble-t-il tenace du juge anglais de tenir compte de cette construction "continentale".

De même, dans la mesure où ce contrôle est accepté, il semble l'être de façon largement antinomique: moyen avant tout de surveillance de l'appréciation administrative en France, de protection des libertés constitutionnelles en Allemagne.

Ainsi "manquent à l'appel", à ce stade de l'étude, non seulement l'unanimité quant à l'acceptation du contrôle de proportionnalité, mais aussi quant à sa compréhension. De façon peu surprenante s'opposent à cet égard - en schématisant - une conception "objective" du droit, veillant au respect affiché de la légalité et à la surveillance implicite de l'opportunité, à une autre conception, qui voit dans le juge le protecteur, avant tout, des libertés et droits subjectifs.

Une telle opposition, conditionnée d'ailleurs largement par le choix des contentieux étudiés, ne saurait constituer une conclusion définitive valable.

DEUXIEME PARTIE

DEGAGER LA CONVERGENCE DU CONTROLE DE PROPORTIONNALITE

Perçus dans un premier temps comme entièrement spécifiques, les contentieux nationaux du contrôle de proportionnalité se voient tendre vers une convergence "provoquée" de par l'enchevêtrement croissant entre les ordres juridiques internes et internationaux. Deux des juridictions supra-étatiques sont d'une grande influence à cet égard: la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour de justice des Communautés européennes. Toutes deux en effet utilisent, comme une rapide étude le soulignera, ouvertement le contrôle de proportionnalité, consacré en tant que principe général du droit européen et communautaire. Leur influence, directe ou indirecte, ne peut donc que favoriser une pénétration croissante du contrôle de proportionnalité, surtout là où les juges nationaux se montrent encore réticents (chapitre préliminaire).

Mais ensuite c'est sur l'étude des concepts nationaux qu'il faudra se pencher. Et d'abord l'Angleterre: comme on a déjà eu l'occasion de le remarquer, il arrive que le juge anglais fasse une application "forcée" du contrôle de proportionnalité, application qu'il peut néanmoins s'employer à rendre la moins intense possible. Or si le contrôle de proportionnalité peut exister "officiellement", sous l'influence notamment du droit communautaire, tout en restant peu efficace, ne peut-on, à l'inverse, constater l'existence de ce contrôle exercé du propre fait du juge anglais, dans les cas même où il continue à ne pas l'admettre ouvertement? (titre 1).

Reste qu'à propos de l'Angleterre, où un refus de principe continue malgré tout à être opposé au contrôle de proportionnalité, la recherche, au delà du constat de l'existence, de la "nature" du mécanisme employé ne serait pas réaliste.

Mais pour l'Allemagne et la France on peut - et on doit - aller plus loin. L'étude du contentieux administratif allemand et du contentieux constitutionnel français, démontrera en effet que le principe de Verhältnismäßigkeit, contrôle de proportionnalité - liberté constitutionnelle, qui semble prévaloir en Allemagne, et le contrôle du "bilan" tendant avant tout à surveiller le domaine du pouvoir discrétionnaire de la puissance publique, qui domine le contentieux du contrôle de proportionnalité français, sont finalement bien plus proches qu'on aurait pu le penser (titres 2 et 3).

CHAPITRE PRELIMINAIRE

LA JURISPRUDENCE DE LA COUR EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME ET DES JURIDICTIONS COMMUNAUTAIRES: UN DEBUT DE CONVERGENCE

Il ne s'agira pas ici de relater de manière exhaustive les applications que peut revêtir le contrôle de proportionnalité par toutes les juridictions européennes ou internationales, ceci déborderait très largement le cadre de notre étude. Cependant on en évoquera un certain nombre, dans la mesure où ceci s'avère suffisamment riche d'enseignement pour l'étude du contrôle de proportionnalité au niveau national.

Pour ce qui est du choix des juridictions examinées, on abordera la mise en œuvre du contrôle de proportionnalité uniquement par la Cour européenne des droits de l'homme et les juridictions communautaires, essentiellement la Cour de justice des Communautés européennes.

Même si l'étude de la jurisprudence d'autres organismes juridictionnels aurait pu se justifier, comme celle du Tribunal administratif de l'Organisation Internationale du Travail(1), ou encore du Tribunal administratif de l'Organisation des Nations Unies(2), on s'est pourtant borné à ces juridictions en raison tant de l'ampleur de leur influence directe sur le contrôle de proportionnalité effectué par le juge national des pays examinés(3) que des influences réciproques que peuvent subir indirectement les juges européens et nationaux.

En effet, ainsi que le souligne X. Philippe, les juridictions en question sont par excellence "des lieux de rencontre privilégiés pour les juges des différents pays et la jurisprudence rendue emprunte souvent aux solutions qu'ils appliquent"(4). Or ces "rencontres" s'effectuent toujours dans le sens de l'adoption du contrôle juridictionnel le plus efficace et évolué dans chaque domaine: on voit ainsi les juridictions européennes bénéficier des avancées séparées de chaque pays membre, pour ensuite transposer, par le biais d'une jurisprudence qui s'impose obligatoirement, les solutions qu'un autre pays membre pourrait ignorer.

(1) La jurisprudence de l'O.I.T. fut d'ailleurs d'une influence directe sur les débuts du contrôle affiché de la proportionnalité en France en matière disciplinaire; cf. F. DREYFUS, Les limitations du pouvoir discrétionnaire par l'application du principe de proportionnalité: à propos de trois jugements du Tribunal administratif de l'O.I.T., RDP 1974, p.691. Il s'agissait de trois jugements rendus le 14 mai 1973, Ferrechia (n° 203); Khelifati (n° 207) et Mendis (n° 210).

(2) Voir à ce sujet les développements de J. MEKHANTAR, Le contrôle juridictionnel..., thèse précitée, p.475s.

(3) Concernant la Cour européenne des droits de l'homme, en raison notamment du rapport naturel qu'entretiennent les droits fondamentaux avec le contrôle juridictionnel, à l'aide du contrôle de proportionnalité, des atteintes qui peuvent leur être portées, (cf., à propos de la RFA, partie I, titre 2). Quant à la Cour de justice des Communautés européennes, évoquer la place croissante du droit communautaire dans l'ordre juridique interne de tous les pays membres serait un pléonasme.

(4) X. PHILIPPE, Le contrôle de proportionnalité..., thèse précitée p.44.

Le contrôle de proportionnalité est une forme de contrôle à la fois intense et souple, et semble, de prime abord, être appréhendé dans chacun des pays examinés de manière fort différente; il ne peut donc que bénéficier d'un tel processus d'intégration juridique. On peut ainsi voir, à l'aide de la jurisprudence européenne et communautaire, des Etats adopter des formes nouvelles de contrôle de proportionnalité, ou même tendre à adopter le principe même de ce contrôle, a priori refusé. Mais on voit aussi, ce qui n'est pas moins important de notre point de vue, au niveau européen, un première synthèse des différentes formes, techniques et logiques en principe contradictoires que ce contrôle semble revêtir.

Se dessine ainsi un double rapprochement, qui nous aidera ultérieurement(5) à apporter un éclairage nouveau au contrôle de proportionnalité effectué par chaque juge national (section 2). Mais avant de procéder à cette démonstration, il convient de prendre d'abord la mesure de l'étendue du champ d'application du contrôle de proportionnalité effectué par le juge européen, ainsi que de son importance pour le règlement du litige (section 1).

Section 1

Un principe incontesté du contrôle juridictionnel du juge européen et communautaire

Tant la Cour européenne des droits de l'homme que la Cour de justice des Communautés européennes appliquent systématiquement le contrôle de proportionnalité chaque fois que les circonstances de l'espèce semblent l'exiger. Plus encore, les deux Cours européennes le font de manière presque toujours affichée, attribuant explicitement à ce contrôle un stade distinct au sein de leur raisonnement juridictionnel. Une présentation sommaire de la jurisprudence en la matière du juge de Strasbourg ainsi que de celui de Luxembourg nous aidera rendre compte de la réalité de ce contrôle, plus axé, tout naturellement, autour de la protection des libertés de la personne pour le premier (§1) et autour de la surveillance de l'activité économique pour le second (§2).

§1. Cour européenne des droits de l'homme et contrôle de proportionnalité

Après des débuts relativement timides(6), la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme(7) a su progressivement trouver son chemin, à

(5) Voir partie II, titres 1, 2 et 3.

(6) "A un tel point que certains s'interrogeaient sur ses chances de survie" - Vincent BERGER, *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, 2e édition, Sirey, Paris 1989, p.364. Dans cet ouvrage on trouvera un résumé des plusieurs arrêts significatifs de la Cour, ainsi qu'une bibliographie abondante. Voir aussi G. COHEN-JONATHAN, *La Convention européenne des Droits de l'homme*, Economica, Paris 1989; D. ROUSSEAU - F. SUDRE (sous la direction de), *Conseil*

la fois par le nombre et la variété croissante de ces décisions et l'affirmation de son prestige(8), de sorte qu'aujourd'hui nul ne songe à contester l'importance de son influence sur le droit interne des pays signataires de la Convention européenne des droits de l'homme(9).

Cette importance s'accroît d'autant plus que l'intervention de la Cour suppose l'épuisement préalable de toute voie de recours offerte au requérant par le droit interne de son pays. La décision de la Cour est donc aussi un "jugement du juge national"(10) et influence ainsi d'autant plus non seulement le fond du litige, mais aussi le processus du contrôle juridictionnel et les moyens de contrôle que le juge national emploie.

Le contrôle de proportionnalité exercé par le juge de Strasbourg a occupé dès le début une place centrale au sein de sa jurisprudence. Cette réalité s'explique aisément si on tient compte de deux observations.

Tout d'abord, les textes applicables, Convention européenne des droits de l'homme et protocoles d'accord additionnels, comportent de nombreuses références conférant une solide assise normative à l'intervention de ce contrôle. Ensuite, la logique même de la défense juridictionnelle d'un droit fondamental implique largement, ainsi qu'on a eu l'occasion de le voir, la mise en œuvre du mécanisme de la proportionnalité. Finalement, l'introduction la plus large de ce contrôle correspond à une démarche volontaire du juge de Strasbourg, comme l'étude de sa jurisprudence nous permettra de le constater.

Plusieurs auteurs s'accordent à voir dans l'article 18 de la Convention, aux termes duquel "Les restrictions qui, aux termes de la présente Convention, sont apportées aux dits droits et libertés ne peuvent être appliquées que dans le but pour lequel elles ont été prévues", une référence générale et quasi explicite à

constitutionnel et Cour européenne des droits de l'homme, Droits et libertés en Europe, STH, Nancy 1990.

(7) Se composant d'un nombre de juges égal à celui des Etats membres du Conseil de l'Europe, la Cour ne peut comprendre plus d'un ressortissant d'un même Etat. Les juges sont élus par l'Assemblée consultative du Conseil de l'Europe sur une liste de trois personnes présentées par les Etats; leur mandat est de neuf ans et ils sont rééligibles. Siégeant à titre individuel, ils jouissent d'une indépendance complète dans l'accomplissement de leurs fonctions.

(8) Obligatoires mais non exécutoires, les arrêts rendus par la Cour européenne des droits de l'homme n'annulent ou ne modifient aucun acte de l'Etat "faute". Sauf lorsqu'ils accordent au requérant une réparation pécuniaire, ils laissent à l'Etat toute latitude pour tirer les conséquences d'un constat de violation; la "mise en conformité" du droit interne des Etats signataires repose donc largement sur leur bonne volonté et sur le prestige de la Cour. Cela dit, un contrôle de l'exécution des arrêts existe; il est assuré par le Comité des ministres du Conseil de l'Europe. Si un Etat refusait d'appliquer un arrêt rendu à son encontre le Comité pourrait adopter une recommandation, et un conflit éventuel pourrait déboucher sur le retrait ou l'exclusion de l'Etat récalcitrant du Conseil de l'Europe.

(9) Entrée en vigueur le 3 septembre 1953, la Convention est aujourd'hui ratifiée par les vingt-et-un Etats membres du Conseil de l'Europe. Elle fut le premier accord international instituant un organe juridictionnel, la Cour européenne des droits de l'homme, voué à la protection des droits fondamentaux.

(10) Ou un jugement de l'Etat dans sa fonction juridictionnelle.

la nécessité du contrôle de proportionnalité(11). Cela dit, si cette disposition impose en effet un "lien de corrélation entre les buts des restrictions aux droits et libertés et les moyens employés"(12), elle ne détermine pas pour autant la nature que peut - doit - revêtir le contrôle juridictionnel de ce lien(13).

Bien plus que les dispositions générales, ce sont donc, à l'instar de la Loi fondamentale allemande(14), les dispositions spécifiques consacrées aux divers droits fondamentaux qu'impliquent, par leur rédaction, l'intervention du contrôle de proportionnalité.

Tel est le cas de plusieurs de ces articles. Ainsi, par exemple, l'article 8 de la Convention, après avoir affirmé que "toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale et de sa correspondance", accepte néanmoins la licéité de l'"ingérence d'une autorité dans l'exercice de ce droit", mais seulement "pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui".

De telles dispositions(15), qui procèdent de l'affirmation du caractère directement applicable d'un droit fondamental tout en reconnaissant la faculté de sa limitation par la puissance publique sous certaines conditions, impliquent nécessairement un mécanisme de conciliation qui, en mettant chaque fois en balance, au vue des circonstances concrètes du cas d'espèce, le poids spécifique de la liberté individuelle et l'intérêt général qui motive son atteinte permettra de se prononcer sur la in fine conformité au droit de la mesure étatique. Or on a vu(16) que cette tâche ne peut qu'être confiée au contrôle de proportionnalité. Plusieurs des dispositions spécifiques de la Convention ouvrent donc déjà, par leur texte même, un large champ à l'intervention autonome du contrôle de proportionnalité.

Mais si le texte de la Convention a pu donner lieu à une intervention aussi étendue du contrôle de proportionnalité, cela est avant tout dû à l'interprétation que le juge de Strasbourg a systématiquement donné aux dispositions textuelles.

(11) Cf. F. ERMACORA Le principe de proportionnalité en droit autrichien et dans le cadre de la Convention européenne des droits de l'homme, in *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in europäischen Rechtsordnungen*, Heidelberg 1985, p. 76s; X. PHILIPPE, Le contrôle de proportionnalité..., thèse précitée, p.46s.

(12) X. PHILIPPE, Le contrôle de proportionnalité..., thèse précitée, p.46. Pour l'auteur cet article "érige la proportionnalité en véritable principe général".

(13) A la lecture de ce seul article, on aurait pu en effet conclure qu'à défaut d'une restriction ne répondant pas à un but d'intérêt général, le juge ne pourrait pas intervenir. Mais l'article 15 de la Convention ne permet les dérogations aux obligations des Etats imposées par celle-ci que "dans la stricte mesure où la situation l'exige".

(14) Cf. partie I, titre 2, chapitre 1, section 2.

(15) Outre l'article 8 on peut aussi citer à titre d'exemple l'article 9 (liberté de pensée, de conscience et de religion), 10 (liberté d'expression, 11 (liberté de réunion et d'association), 12 (droit au mariage et à la vie familiale) ou encore l'article 1 du premier protocole additionnel (droit de propriété).

(16) Partie I, titre 2, chapitre 1.

En effet, comme le souligne Louis-Edmond Pettiti, "la Cour appuie ses décisions, à partir des cas particuliers qui lui sont soumis, sur un certain nombre de normes: sécurité juridique, confiance légitime, effectivité, raisonnable, non-discrimination et plus encore proportionnalité", et "adopte un caractère finaliste, téléologique pour l'interprétation car elle entend faire une application progressiste, évolutive, non figée à l'état des droits et des mœurs de 1950, en tenant compte des grandes orientations juridiques contemporaines"(17).

Le contrôle de proportionnalité s'est donc vu être très rapidement consacré par la jurisprudence de la Cour comme moyen de contrôle essentiel dans les domaines les plus divers.

Un des exemples les plus intéressants est celui de la liberté d'expression(18), notamment parce que le hasard a voulu que de telles affaires mettent souvent en cause le Royaume Uni, dont on connaît la réticence envers une acceptation explicite du contrôle de proportionnalité.

Le premier arrêt en la matière est celui rendu au sujet de l'affaire *Handyside*(19). Cette affaire concernait la publication en Angleterre du "petit livre rouge à l'usage des écoliers". Paru initialement en 1969 au Danemark, ce livre traitait de l'éducation et de l'enseignement d'une manière qui fit scandale dès sa parution. L'édition anglaise ayant été saisie, l'éditeur anglais décida de se référer la Cour européenne des droits de l'homme.

Celle-ci estima en la matière que l'atteinte qu'avaient subi en la matière les droits de l'éditeur à la libre expression était bien justifiée par les motifs de protection de la morale de la jeunesse évoqués par le gouvernement du Royaume Uni. Pour ce faire, elle souligna la marge d'appréciation qui incombait à la législation et au juge national, ainsi que l'absence de définition stable et uniforme de la "morale" pour tous les pays signataires de la Convention. Elle n'appliqua pas moins un contrôle explicite de proportionnalité, contrairement à la démarche suivie au préalable par les juridictions britanniques(20).

La Cour poussa plus loin son contrôle sur les restrictions aux droits découlant de l'article 10 de la Convention, à l'occasion d'une nouvelle affaire mettant en cause le juge anglais. Il s'agissait cette fois du journal *Sunday Times*, qui s'était vu interdire la publication d'un article portant sur les "victimes de la thalidomide"(21). Les juridictions anglaises, devant lesquelles pendait à l'époque de l'article un litige entre les familles des victimes et la société qui avait commercialisé le médicament litigieux, avaient interdit la publication de tout article de presse en la matière pour ne pas influencer l'opinion publique avant la fin du procès; les éditeurs se sont vus menacés d'une condamnation pour "contempt of Court"(22) en cas de publication de l'article. Les recours du journal

(17) Préface in V. BERGER, *Jurisprudence...*, ouvrage précité, p. IX.

(18) Article 10 de la Convention.

(19) C.E.D.H., 7 décembre 1976, série A n°24.

(20) Voir section 2, §1.

(21) Les médicaments comprenant ce produit pharmaceutique, consommés comme sédatifs par des femmes enceintes, provoquèrent de graves malformations chez les nouveaux nés. Ces produits furent commercialisés en Grande Bretagne entre 1958 et 1961 par la Distillers Company et provoquèrent quelque 450 naissances de ce genre.

(22) Littéralement "mépris de la Cour"; il faut entendre par là une immixtion illicite dans l'administration de la justice.

n'ayant pas abouti à l'autorisation de publier l'article litigieux, le Sunday Times saisit la Cour européenne des droits de l'homme.

Dans sa décision(23), la Cour de Strasbourg suit le raisonnement en trois étapes typique de la proportionnalité - liberté, pour aboutir à la condamnation de l'attitude des juridictions britanniques. Elle souligne en effet que si l'atteinte à la liberté d'expression était effectivement prévue par la loi nationale, ainsi que l'exige l'article 10 §2 de la Convention, et s'il y avait bien un intérêt général susceptible a priori de fonder cette atteinte, en revanche cet intérêt général ne s'avérerait finalement pas suffisant: pour la Cour, "l'ingérence ne correspondait pas à un besoin social assez impérieux" pour primer sur la liberté d'expression(24). L'application du principe de proportionnalité aboutissait ainsi à la censure de la procédure litigieuse(25). D'autres décisions devaient, par la suite, suivre le même raisonnement et aboutir à des résultats similaires(26).

La Cour de Strasbourg suit un raisonnement analogue au sujet des atteintes portées à la vie privée et familiale ou au droit au respect du secret de la correspondance, garantis par l'article 8 de la Convention.

Ainsi, dans une affaire Klass et autres(27), la République Fédérale d'Allemagne se trouva dispensée de l'accusation d'avoir porté, par des mesures prises de surveillance secrète de la correspondance, une atteinte disproportionnée au secret de la correspondance. On voit dans cet arrêt le juge européen appliquer un contrôle de proportionnalité pratiquement équivalent à celui exercé, au sujet de la même affaire, par le juge constitutionnel allemand. D'autres affaires devaient aboutir en revanche à la condamnation des Etats défendeurs(28).

L'article 11 de la Convention, garantissant la liberté de réunion et d'association, donna lieu à deux décisions importantes en matière de liberté syndicale, rendues en 1975 et 1976(29). Dans la première d'entre elles, la Cour estime notamment qu'"il n'est pas clairement établi que le désavantage subi par le requérant soit excessif par rapport au but légitime poursuivi par le

(23) C.E.D.H., 26 avril 1979, série A n°30.

(24) Arrêt précité, p.42.

(25) Bien qu'à une faible majorité, onze voix contre neuf.

(26) Dans un arrêt du 25 mars 1985, Barthold, série A n°90, la condamnation d'un vétérinaire allemand en vertu d'une loi de son pays relative à la concurrence déloyale, fut également critiquée comme entraînant une atteinte disproportionnée à sa liberté d'expression; et ce fut aussi le cas au sujet de la condamnation d'un journaliste autrichien par le juge de son pays pour diffamation du chancelier fédéral autrichien (C.E.D.H. 8 juillet 1986, Lingens, série A n°103).

(27) C.E.D.H. 6 septembre 1978, série A n°28.

(28) Voir, par exemple, les affaires Dungeon, C.E.D.H. 22 octobre 1981, série A n°45 (législation pénale d'Irlande du Nord interdisant les relations homosexuelles masculines; atteinte à la vie privée); Silver et autres, C.E.D.H. 25 mars 1983, série A n°61 (restrictions à la liberté de correspondance des détenus au Royaume Uni "disproportionnée au but légitime poursuivi"); ou encore Malone, C.E.D.H. 2 août 1984, série A n°82 (interception de communications postales et téléphoniques au Royaume Uni, atteinte disproportionnée à l'article 8 de la Convention).

(29) C.E.D.H. 27 octobre 1975, Syndicat national de la police belge, série A n°19; C.E.D.H. 6 février 1976, Syndicat suédois des conducteurs de locomotives, série A n°20.

gouvernement; le principe de proportionnalité n'est par conséquent pas transgressé"(30). Il n'est pas moins explicitement reconnu, exigeant en particulier, selon la formulation de la Cour, que le "désavantage" (atteinte) porté à un droit fondamental reconnu par la Convention soit justifié "non seulement dans son principe, mais aussi dans son étendue"(31).

Ce même mécanisme de contrôle de proportionnalité est respecté pour tous les droits fondamentaux reconnus par la Convention et assortis par une ou des clauses de limitation expresses, même si ils ne se trouvent pas au texte initial de la Convention mais dans l'un des protocoles additionnels. Tel est par exemple le cas du droit de la propriété(32), ou encore du droit à des élections "dans de conditions qui assurent la libre expression de l'opinion du peuple sur le choix du corps législatif"(33).

Finalement, le contrôle des dérogations à l'observation stricte des obligations imposées aux Etats signataires par la Convention "en cas de guerre ou en cas d'autre danger public menaçant le vie de la nation", prévues par l'article 15 de la Convention, est également soumis à cette même logique de contrôle(34).

Quand le contrôle de proportionnalité ne résulte pas directement des dispositions de la Convention applicables, et que l'affaire s'y prête, la Cour de Strasbourg n'hésite pas à l'employer explicitement, en tant qu'aide à la qualification juridique au sens large.

On constate en effet que la non mention expresse, par le texte de la Convention, aux conditions dans lesquelles la puissance publique peut procéder à une limitation d'un droit fondamental reconnu par la Convention n'empêche pas le contrôle de proportionnalité de s'appliquer.

Un exemple caractéristique de cette mise en œuvre du contrôle de proportionnalité - interprétation(35) est offert par l'affaire Van der Musselle(36). Désigné par le bureau de consultation et de défense du barreau d'Anvers pour

(30) C.E.D.H. 27 octobre 1975, Syndicat national de la police belge, arrêt précité, p.21.

(31) Ibid, p.21.

(32) Voir par exemple, au sujet du droit de propriété reconnu notamment par l'article premier du premier protocole additionnel, C.E.D.H. 21 février 1986, James et autres, série A n°98, arrêt rendu au sujet de l'habilitation, en vertu d'une loi de 1967 sur la réforme de l'emphytéose, de plusieurs locataires en Angleterre et au Pays de Gales à racheter le logement qu'ils occupaient, sans l'accord des propriétaires.

(33) Article 3 du premier protocole d'accord additionnel: voir à ce sujet, C.E.D.H. 2 mars 1987, Mathieu-Mohin et Clerfayt, série A n°113, au sujet du mode de désignation des représentants au Conseil flamand en Belgique.

(34) Dans une affaire Irlande contre Royaume Uni, C.E.D.H. 18 janvier 1978, série A n°25, la Cour affirme en effet que les mesures prises contre des terroristes de l'I.R.A. étaient bien motivées par "un danger public menaçant la vie de la nation" et correspondaient à une "stricte nécessité", en mettant en balance les moyens employés (dérogations à la légalité stricte) et le but recherché (importance du danger à parer).

(35) Pour la distinction opérée entre proportionnalité - appréciation et proportionnalité - interprétation (dont on ne nie pas par ailleurs le caractère relatif) voir notamment partie I, titre 1, chapitre 1, section 2, sous-section 2.

(36) C.E.D.H. 23 novembre 1983, série A n°70.

assurer, comme avocat d'office, la défense d'un ressortissant gambien, le requérant fut informé, après la décharge finale de son client, que l'impécuniosité de ce dernier rendait impossible la taxation d'honoraires et de frais. Il saisit par conséquent la Cour voyant dans sa désignation d'office un "travail forcé ou obligatoire", illicite aux termes de l'article 4 §2 de la Convention. Cette disposition ne prévoyant aucune possibilité de dérogation dans le cas général d'une "nécessité" elle ne semblait pas permettre de contrôle de proportionnalité, le problème juridique se présentant a priori comme une simple question de qualification: si le travail fourni par Monsieur Van der Mussel devait être qualifié de "forcé" ou d'"obligatoire" par la Cour, il serait de ce seul fait illicite.

Or le juge de Strasbourg utilise le contrôle de proportionnalité justement pour qualifier les faits de travail "forcé" ou "obligatoire". En effet, après avoir écarté d'office la qualification de travail "forcé", la Cour s'interroge sur le caractère "obligatoire" des prestations fournies en utilisant le raisonnement de proportionnalité. Elle relève ainsi, dans un premier temps, que les risques encourus en cas de refus constituaient bien la menace d'une peine et le "consentement" que le requérant aurait donné au moment où il avait embrassé la profession d'avocat ne saurait, en lui même, empêcher la qualification du travail en question comme "obligatoire". Il y avait donc bien une atteinte potentielle aux droits de l'intéressé; reste à savoir si cette atteinte devait se révéler justifiée: pour cela il convenait, selon la Cour, d'examiner l'ensemble des circonstances de l'espèce, sous l'angle des préoccupations que "sous-tend" l'article 4 de la Convention, à savoir "les idées maîtresses d'intérêt général, de solidarité sociale et de normalité"(37).

Sous cet angle, la Cour souligne que "les services à prêter ne sortaient pas du cadre des activités normales d'un avocat; ils ne différaient des tâches usuelles des membres du barreau ni par leur nature, ni par une restriction à la liberté dans le traitement du dossier"(38). Plus encore, cette obligation "se fondait sur une idée de solidarité sociale qui ne saurait passer pour déraisonnable"(39). S'il y avait atteinte, il y avait donc aussi un intérêt général pour la justifier.

Dans ses conditions, souligne le juge de Strasbourg, "seul un déséquilibre considérable et déraisonnable entre le but poursuivi - accéder au barreau - et les obligations assumées pour l'atteindre pourrait justifier la conclusion que les services exigés (...) revêtaient un caractère obligatoire"; or, étant donné que "pareil déséquilibre ne ressort pas des éléments du dossier, nonobstant l'absence - bien peu satisfaisante en soi - de rétribution et de remboursement de frais"(40), la Cour conclut ici en l'absence de "travail obligatoire". C'est donc clairement le raisonnement de proportionnalité(41) qui détermine ici l'application in concreto du concept qualificateur.

(37) Ibid, p.19.

(38) Ibid, p.19.

(39) Ibid.

(40) Ibid, p.20.

(41) Et ce en dépit du fait que la Cour évoque le "but poursuivi" pour entendre en réalité le "but poursuivi par le particulier" et l'"atteinte à ses droits" et entend en revanche par "obligations assumées" le but d'intérêt général poursuivi par le législateur.

Parmi les nombreux autres cas d'intervention du contrôle de la proportionnalité - interprétation contribuant à l'opération de qualification au sens large(42), le plus fréquemment rencontré est sans doute celui relatif à l'application de l'article 14 de la Convention, imposant l'égalité de traitement et la non discrimination dans la jouissance des droits reconnus par les pays signataires(43).

Afin de se prononcer sur l'existence ou non d'une discrimination incompatible à la Convention, la Cour fait en effet un appel explicite au contrôle de proportionnalité qu'elle utilise eo nomine. Elle affirme ainsi, en 1968 déjà(44), que "l'article 14 est également violé lorsqu'il est clairement établi qu'il n'existe pas de rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens et le but visé"(45). Relativement peu de temps après, la Cour souligne, s'agissant de discriminations frappant un syndicat autonome(46), que "plusieurs inégalités de traitement au détriment des syndicats indépendants dont le [syndicat] requérant" sont néanmoins justifiées par le souhait de favoriser le "haut degré de concentration atteint par le syndicalisme suédois", objectif que la Cour "tient pour légitime" en estimant que "le principe de proportionnalité (...) n'a pas été transgressé en l'espèce"(47). De même, le traitement plus vigoureux, par les

(42) A ce propos, voir les décisions de la Cour européenne des droits de l'homme en ce qui concerne la qualification d'un châtiment corporel de "traitement inhumain ou dégradant" (article 3 de la Convention). L'application du contrôle de proportionnalité conduisit la Cour à accepter cette qualification concernant les châtiments corporels en tant que peine judiciaire d'un adolescent britannique dans l'île de Man (C.E.D.H. 25 avril 1978, Tyrer, série A n°26), mais à la refuser pour ceux, moins "cruels", de lycéens écossais (C.E.D.H. 25 février 1982, Campbell et Cosans, série A n°48). On peut également citer la mise en œuvre du concept de "procès équitable" (article 6 de la Convention), ainsi que celle du "droit de se marier et fonder une famille" (article 12). Dans le premier cas on voit en effet le juge européen examiner le degré de l'atteinte au droit de l'intéressé à un procès équitable afin de se prononcer sur le respect de ce droit par la puissance publique (cf. C.E.D.H. 28 mai 1985, Ashingdane, série A n°93); mais il est vrai que le terme même de "procès équitable" implique la prise en compte des considérations propres au contrôle de proportionnalité. Dans le second cas on voit de façon similaire la Cour se prononcer sur l'intensité de l'atteinte au droit de l'intéressé au mariage (C.E.D.H. 18 décembre 1987, F. contre Suisse, série A n°128). D'ailleurs dans cette affaire la Cour estima que l'interdiction temporaire de remariage comme sanction d'un divorce pour lequel le requérant s'était rendu coupable était une atteinte disproportionnée à son droit au mariage, alors qu'elle accepte la licéité de l'interdiction du divorce en Irlande, qui peut empêcher tout nouveau mariage de personnes vivant séparément: cf. C.E.D.H. 18 décembre 1986, Johnston et autres, série A n°112).

(43) "La jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation".

(44) C.E.D.H. 23 juillet 1968, Affaire "Linguistique Belge", série A n°8.

(45) Ibid, p.34. Expression reprise constamment depuis, par exemple dans l'arrêt Syndicat national de la police belge, arrêt précité, p.20.

(46) Dans l'affaire Syndicat suédois des conducteurs de locomotives, arrêt précité du 6 février 1976, série A n°20.

(47) Ibid, p.17.

autorités britanniques de l'Irlande du Nord, des terroristes appartenant à l'I.R.A. par rapport à ceux que s'y opposent est aussi exempt de discrimination à la lumière du contrôle de proportionnalité(48).

Bref, on constate(49) que ce n'est pas toute différence de traitement, mais seulement celle qui s'avère disproportionnée au motif d'intérêt général qui la motive qui est déclarée par la Cour contraire à la convention. C'est le contrôle de proportionnalité qui qualifiera un traitement de "discriminatoire" ou pas.

Conclusion du paragraphe: La Cour de Strasbourg a dès le début instauré un contrôle de proportionnalité à la fois affiché et étendu, utilisé non seulement en tant que moyen de pondération entre deux principes antinomiques exprimés clairement dans le texte de la Convention, mais également en tant que moyen d'aide à la mise en œuvre de tout concept qualificatif, pour peu que celui-ci s'y prête. Tirant profit de tout ce que le texte de la Convention européenne des droits de l'homme affirmait, mais aussi de tout ce qu'il pouvait laisser entendre, elle a forgé un véritable système du contrôle de proportionnalité; son influence donc sur les méthodes adoptées par les juges internes des pays signataires de la Convention ne peut que favoriser la prise de conscience de l'utilité du contrôle de proportionnalité et l'extension de son application. Cela est encore plus le cas de la Cour de justice des Communautés européennes.

§2. Cour de justice des Communautés européennes et contrôle de proportionnalité

L'influence concrète de la Cour de justice des Communautés européennes sur les pays membres de la C.E.E. est bien plus importante que celle exercée par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur les pays membres du Conseil de l'Europe. La Cour de Luxembourg est en effet chargée de veiller à l'application du droit communautaire, ensemble normatif d'une importance sans cesse croissante qui embrasse les domaines les plus divers de l'activité des Etats membres. Par ailleurs, il ne faut pas oublier que le "juge de première instance" du droit communautaire est le juge national, qui est censé l'appliquer en tant que partie intégrante de l'ordre juridique interne, tout en lui reconnaissant une stricte prépondérance(50).

(48) C.E.D.H. 18 janvier 1978, Irlande / Royaume Uni, série A n°25: le but poursuivi par les autorités britanniques ("éliminer en priorité l'organisation la plus redoutable") est de nature à justifier un comportement moins respectueux de la légalité stricte envers ses militants, sans que ce traitement puisse être qualifié comme discriminatoire.

(49) Voir en ce sens, à titre d'exemple, C.E.D.H. 28 novembre 1984, Rasmussen, série A n°87 (référence explicite à la proportionnalité pour appliquer l'article 14 de la Convention au sujet des droits de l'homme et de la femme pour refuser la paternité d'un enfant); C.E.D.H. 2 mars 1987, Mathieu-Mohin et Clerfayt, série A n°113 (contrôle de proportionnalité pour se prononcer sur l'existence d'une discrimination entre les communautés wallonne et flamande en Belgique).

(50) Le principe de la primauté du droit communautaire étant acquis depuis l'arrêt de la C.J.C.E. du 15 juillet 1964, Costa / E.N.E.L., 6/64, R.p.1141 conclusions LAGRANGE; J. BOULOUIS - R.-M. CHEVALLIER, Grands arrêts de la cour de justice des communautés européennes, 5e éd., Dalloz, Paris 1991 (G.A.C.J.C.E.), tome 1,

Or le droit communautaire a toujours considéré le contrôle de proportionnalité comme partie essentielle du contrôle juridictionnel(51), lui conférant le rang de principe général de droit(52), ayant le même rang(53) que les dispositions du Traité(54).

L'importance du droit communautaire en général et du principe de proportionnalité en droit communautaire rendent malaisée une présentation exhaustive de tous les cas où la Cour de justice des Communautés européennes utilise ce principe. Cela mériterait en effet une étude à elle toute seule; toutefois, on évoquera brièvement un certain nombre de secteurs où le principe de proportionnalité revêt une dimension particulière.

Le domaine qui ressort le premier de l'étude des manuels consacrés au droit communautaire matériel(55) est celui des mesures que les Etats membres de la C.E.E. peuvent adopter, en vertu du Traité, afin de restreindre les libertés économiques reconnues en principe par ce Traité, dans le but de protéger leurs intérêts légitimes: il s'agit de la restriction de la liberté de circulation des marchandises d'un côté, des personnes de l'autre(56).

n°31, même s'il n'a pas été "entendu" immédiatement par chaque pays européen de la même manière...

(51) Cf. par exemple déjà l'affaire Fédération Charbonnière de Belgique / Haute Autorité, 8/55 R.p.199, portant sur la Convention Européenne du Charbon et de l'Acier: l'idée de proportionnalité y est déjà présente en tant que limite potentielle à l'intervention des autorités "communautaires".

(52) Principe général qui se prête d'ailleurs assez mal aux différentes tentatives de classification. Ainsi, pour J. BOULOUIS il s'agirait d'un principe général déduit de la nature des communautés (cf. Droit institutionnel des communautés européennes, 3e éd. Montchrestien, Paris 1991); pour les différents sorts de principes généraux reconnus par le droit communautaire cf. déjà C.J.C.E. 12 juillet 1957, Algera et a. / Assemblée commune de la C.E.C.A., 7/56-3 à 7/57, R.p.81 conclusions LAGRANGE, G.A.C.J.C.E. n°16). Mais il aurait pu tout aussi bien être tenu comme "un principe général commun au droit des Etats membres" puisque plusieurs d'entre eux le reconnaissent explicitement ou implicitement. D'autres font valoir l'existence au sein du texte du traité C.E.E. de plusieurs dispositions faisant référence ou impliquant nécessairement le rapport de proportionnalité (article 36, 40 §3, 48 §3, 115 §§2 et 3 etc: cf. H. KUTSCHER, du principe de proportionnalité dans le droit des communautés européennes, in Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in europäischen Rechtsordnungen, ouvrage précité, p.91).

(53) Pour certains auteurs le principe de proportionnalité aurait même "au moins" le même rang que le Traité, la question de savoir si une modification de celui-ci aurait pu supprimer, même partiellement, l'applicabilité du principe de proportionnalité restant ouverte (H. KUTSCHER, Le principe..., article précité, p.93).

(54) Ainsi les règlements émanant du Conseil des ministres lui sont soumises au même titre que tout acte de droit communautaire dérivé: cf. C.J.C.E. 24 octobre 1973, Balkan Import Export, 5/73, R.p.1091.

(55) Cf. par exemple G. DRUESNE, Droit matériel et politiques de la Communauté européenne, 2ème édition, PUF, Paris 1991; Alfonso MATTERA, Le marché unique européen, ses règles, son fonctionnement, 2e édition, Jupiter, Paris 1990.

(56) La liberté de circulation des personnes, des services, des marchandises et des capitaux sont souvent présentées comme les quatre libertés fondamentales sur lesquelles repose la Communauté: cf. G. DRUESNE, Droit matériel..., ouvrage précité, p.83.

La liberté de circulation des marchandises est l'un des principes et des objectifs prioritaires du Marché commun. Dans le cadre de la réglementation communautaire, toute mesure affectant la liberté des échanges commerciaux entre les Etats membres est par conséquent en principe prohibée, y compris les "mesures d'effet équivalent"(57) à une telle restriction et ce qu'il s'agisse d'importations ou d'exportations (articles 30 à 34 du Traité). Reste que la qualification d'une réglementation étatique comme "mesure d'effet équivalent" à une restriction quantitative des échanges peut impliquer, selon la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, la mise en œuvre du contrôle de proportionnalité.

En effet, dans un arrêt célèbre rendu à propos de l'affaire dite des "Cassis de Dijon"(58) la Cour estima que s'il résulte de disparités entre les législations nationales des obstacles à la liberté des échanges, ceux-ci doivent être acceptés dans la mesure où ils peuvent être reconnus comme étant nécessaires pour satisfaire à des exigences impératives tenant notamment à l'efficacité des contrôles fiscaux, à la protection de la santé publique, à la loyauté des transactions commerciales et à la défense des consommateurs.

Cela dit, aux termes de l'article 36 du Traité, "les dispositions des articles 30 à 34 inclus ne font pas obstacle aux interdictions ou restrictions d'importation, d'exportation ou de transit" dans la mesure où celles-ci sont justifiées par la nécessité de sauvegarder certains intérêts des Etats membres comprenant notamment la moralité publique, l'ordre et la sécurité publiques, enfin la protection de la santé et de la vie(59).

Cette disposition, nécessaire pour protéger les intérêts vitaux de chaque pays membre, implique clairement l'intervention autonome du contrôle de proportionnalité(60). Se pose donc le problème de sa combinaison avec la jurisprudence "Cassis de Dijon", qui n'a pas manqué d'attirer l'attention de la doctrine. Pour G. Druesne il convient dans ce but de "distinguer deux phases dans l'examen de la réglementation nationale litigieuse. On se place d'abord au stade de

(57) La signification du terme "mesure d'effet équivalent" à une restriction quantitative ne va pas de soi. Ce n'est qu'en 1974 que la Cour de justice des Communautés européennes a tenté pour la première fois d'en donner une définition détaillée; selon elle, mérite cette qualification "toute réglementation commerciale des Etats membres susceptible d'entraver, directement ou indirectement, actuellement ou potentiellement, le commerce intracommunautaire" (C.J.C.E. 11 juillet 1974, Dassonville, 8/74, R.p.837).

(58) C.J.C.E. 20 février 1979, Rewe Zentral, 120/78, R.p.649. Voir également C.J.C.E. 26 juin 1980, Gilli, 788/79, R.p.2071; C.J.C.E. 16 décembre 1980, Fietje, 27/80, R.p.3839; C.J.C.E. 19 février 1981, Kelderman, 130/80, R.p.527.

(59) Ces mesures doivent par ailleurs ne pas constituer une restriction déguisée dans le commerce des Etats membres ni un moyen de discrimination arbitraire.

(60) Pour des applications du contrôle de proportionnalité en vertu de l'article 36 du Traité voir C.J.C.E. 12 juillet 1979, Commission / Allemagne, 153/78, R.p.2555; C.J.C.E. 2 mars 1983, Commission / Belgique, 155/82, R.p.531; plus récemment, C.J.C.E. 8 avril 1992, Commission / Allemagne, 62/90, P.A. 14 octobre 1992, n°124, p.26. Cette intervention du contrôle de proportionnalité doit être distinguée des cas où la mise en œuvre de l'article 37 démontre que le but réellement recherché n'était autre qu'une restriction déguisée des importations en provenance d'autres Etats membres: cf. C.J.C.E. 15 juillet 1982, Commission / Royaume-Uni, 40/82, R.p.2793 (affaire dite des "Dindes de Noël").

la qualification de cette réglementation, pour vérifier si elle est constitutive d'une mesure d'effet équivalent, et pour cela on recherche si elle répond à une exigence impérative d'intérêt général au sens de l'arrêt "Cassis de Dijon". Dans l'affirmative on considérera qu'elle ne tombe pas sous le coup de l'interdiction des mesures d'effet équivalent, et qu'elle peut valablement produire des effets. Si la réponse à cette première question est négative, au contraire, on est en présence d'une mesure d'effet équivalent et l'Etat qui l'a instituée doit la supprimer, sauf si elle est justifiée au sens de la première phrase de l'article 36 et remplit les conditions fixées par la deuxième phrase(61). Autrement dit, il s'agirait ici potentiellement d'un double contrôle de proportionnalité, tel qu'on a déjà eu l'occasion de le rencontrer(62) qui s'exercerait une première fois sous la forme de la proportionnalité - interprétation(63) (la mesure correspond-elle à une "mesure d'effet équivalent"?) et une seconde sous la forme de la proportionnalité - appréciation (si oui, ne se justifie-t-elle pas en vertu de l'article 37 du Traité?).

D'autres auteurs en revanche font valoir que l'article 36 du Traité, visant des "restrictions d'importation et d'exportation" ne concernerait que les seules mesures "distinctement" applicables, à savoir des mesures frappant les produits d'un autre Etat membre en les distinguant des produits en provenance du pays qui édicte la réglementation litigieuse. On aurait ainsi non pas deux contrôles de proportionnalité successifs, mais deux contrôles différents selon le cas d'espèce(64).

Sans vouloir entrer dans cette querelle d'experts, il convient néanmoins de souligner qu'à quelque titre que ce soit, le contrôle de proportionnalité s'applique à toutes les restrictions de la liberté de circulation des marchandises, peu importe l'objectif visé par l'autorité étatique(65).

La situation est sensiblement analogue en ce qui concerne la liberté de circulation des personnes et des services au sein de la Communauté. L'idée de

(61) Droit matériel..., ouvrage précité, p.79.

(62) Voir notamment partie I, titre 1, chapitre 2, section 2, sous-section 1, §2. De son côté, B. JADOT distingue entre un premier stade d'application du contrôle de proportionnalité afin de déterminer la nécessité d'intervention de l'autorité au nom de l'exigence impérative invoquée et un second, consistant à envisager la proportionnalité de la mesure en soi (conformité à l'objectif plus précis visé par l'autorité): commentaire de l'arrêt C.J.C.E. 20 septembre 1988, Commission / Danemark, 302/86, C.T.D.E. p.403 (p.416s.).

(63) Un autre exemple de proportionnalité - interprétation est ici encore fourni dans la manière de la Cour de justice de mettre en œuvre le principe d'égalité: Cf. C.J.C.E. 30 mai 1991, Commission / Belgique, 229/89, P.A. 19 juin 1991, n°73, p.15.

(64) A. MATTERA, Le marché unique..., ouvrage précité, p.276: "l'appréciation d'une mesure indistinctement applicable au titre des exigences impératives, de quelque nature qu'elles soient, doit être effectuée dans le cadre de l'article 30 [uniquement]".

(65) A cet égard on peut citer l'exemple de la prise en compte croissante par la Cour de Luxembourg des considérations relatives à la protection de l'environnement, pourtant initialement pas visées en tant que telles par le Traité ou la jurisprudence: cf. C.J.C.E. 10 mars 1983, Inter-Huiles, 172/82, R.p.555; C.J.C.E. 9 février 1984, Rhône-Alpes Huiles, 295/82, R.p.575; C.J.C.E. 7 février 1985, Association de défense des brûleurs d'huiles usagées, 240/83, R.p.531. Plus récemment, C.J.C.E. 20 septembre 1988, Commission / Danemark, arrêt précité.

principe du droit communautaire en matière de circulation des personnes est en effet que tout ressortissant d'un Etat membre doit pouvoir accéder dans un autre Etat membre à une activité professionnelle et l'exercer, dans les mêmes conditions que les nationaux de cet Etat. Ce principe entraîne, outre le droit d'obtenir une carte de séjour, la non applicabilité sur un ressortissant communautaire des règles de droit commun du pays d'accueil en matière de contrôle des étrangers. Bien évidemment, il reste possible d'imposer à un ressortissant communautaire de remplir certaines conditions, ou encore le sanctionner en cas de non respect de celles-ci. Il reste que ce pouvoir d'appréciation appartenant au pays d'accueil est limité et soumis à un strict contrôle de proportionnalité.

Ainsi par exemple, une sanction d'expulsion prononcée à l'encontre d'un ressortissant communautaire est disproportionnée si elle est le fait d'une inobservation de l'obligation de signaler aux autorités sa présence sur le territoire(66). De même les contrôles, bien que licites en tant que tels, peuvent être considérés comme une entrave à la libre circulation des personnes au sein de la Communauté s'ils sont pratiqués de façon systématique, arbitraire ou inutilement contraignante(67).

Mais l'intervention du contrôle de proportionnalité en droit communautaire ne se limite nullement à l'observation des principes relatifs à la liberté de circulation. Il ne se limite pas davantage à l'examen des actions des Etats membres, mais il comporte également le contrôle des mesures adoptées par les autorités communautaires elles-mêmes.

Plusieurs exemples sont fournis à cet égard par le secteur agricole, domaine central de la construction européenne(68) et où le contrôle de la Cour peut concerner les autorités communautaires comme les autorités nationales. Ici encore, si c'est une disposition textuelle qui se trouve à l'origine du contrôle de proportionnalité(69), c'est le juge qui lui a donné l'interprétation imposant ce contrôle dans toute son ampleur. En effet comme l'ont souligné MM. Boulouis et Chevallier, une "restriction qui pourrait s'interpréter comme une simple clause de spécialité, a été comprise d'une manière plus large qui inclut l'adéquation des moyens mis en œuvre aux buts visés. Elle exprime ainsi une exigence générale (...) qui procède d'une conciliation entre les règles de l'économie de marché et les altérations que peut leur faire subir l'intervention communautaire assujettie dès lors au principe de proportionnalité"(70).

(66) C.J.C.E. 7 juillet 1976, Watson, 118/75, R.p.1185; cf., pour une sanction disproportionnée d'emprisonnement, C.J.C.E. 3 juillet 1980, Pieck, 157/79, R.p.2171.

(67) C.J.C.E. 27 avril 1989, Commission / Belgique, 321/87, R.p.997. Voir aussi, pour le droit d'un ressortissant communautaire de bénéficier d'une prestation dans les mêmes conditions que les ressortissants du pays d'accueil, C.J.C.E. 18 janvier 1979, Van Wesemael, 110/78, R.p.35.

(68) Cf. S. NERI, Le principe de proportionnalité dans la jurisprudence de la Cour relative au droit communautaire agricole, R.T.D.E. n°3, 1981, p.652s.

(69) Il s'agit de l'article 40 du Traité, habilitant l'autorité communautaire à prendre toutes les mesures nécessaires pour atteindre les buts assignés à la politique agricole commune, mais exigeant en même temps que ces mesures se limitent à la poursuite de ces objectifs.

(70) G.A.C.J.C.E., tome 2, 3e éd., Dalloz, Paris 1991, p.342.

Ainsi la Cour de Luxembourg affirme-t-elle, dans une affaire relative à la fixation des montants compensatoires qu'il n'est pas "établi que le Conseil (...) en optant pour le système appliqué a imposé, de façon manifeste, aux opérateurs économiques, des charges disproportionnées à l'objectif à atteindre"(71). Et ce même contrôle est appliqué en ce qui concerne les exigences de cautionnement(72), ou encore les cas de force majeure(73).

Soulignons finalement que si on a axé cet examen(74) de la jurisprudence communautaire sur les règles purement économiques du droit communautaire, il ne faudrait pas en conclure pour autant que l'évocation par un particulier du non respect de ses droits fondamentaux en tant que tels soit étrangère au contrôle qu'exerce la Cour de justice des Communautés européennes.

Celle-ci affirme en effet que "les droits fondamentaux font partie intégrante des principes généraux du droit dont la Cour assure le respect. En assurant la sauvegarde de ces droits, la Cour est tenue de s'inspirer des traditions constitutionnelles communes aux Etats membres, de telle sorte que ne sauraient être admises dans la Communauté des mesures incompatibles avec les droits fondamentaux reconnus par les Constitutions de ces Etats. Les instruments internationaux concernant la protection des droits de l'homme, auxquels les Etats ont coopéré ou adhéré, peuvent également fournir des indications dont il convient de tenir compte dans le cadre du droit communautaire"(75).

Ce considérant de la Cour de Luxembourg permet de percevoir que les droits fondamentaux des particuliers peuvent être évoqués devant elle(76), et

(71) Arrêt Balkan Import Export précité. Cf. déjà C.J.C.E. 11 juillet 1978, Schwarzwaldmilch, 4/68, R.p.550.

(72) Cf. par exemple C.J.C.E. 10 mars 1971, Deutsche Tradax, 38/70, R.p.145; C.J.C.E. 11 mai 1977, Roomboterfabriek, 100/76, R.p.861; C.J.C.E. 14 novembre 1985, Firma Karl-Heinz Neumann, 299/84, R.p.3663; C.J.C.E. 27 novembre 1986, A. Maas & Co NV, 21/85, R.p.3537.

(73) Cf. C.J.C.E. 20 février 1975, Reich, 64/74, R.p.261; C.J.C.E. 26 juin 1980, Pardini, 806/79, R.p.2103.

(74) Plusieurs domaines n'ont pu abordés, bien que le contrôle de proportionnalité puisse y être détecté sous une forme ou une autre: cf. par exemple l'application, dans le domaine de la fonction publique communautaire, du contrôle de proportionnalité de la sanction à la faute de l'agent par le biais de la technique de l'erreur manifeste d'appréciation (C.J.C.E. 5 février 1987, F / Commission, 403/85, R.p.645).

(75) C.J.C.E. 13 juillet 1989, Wachauf et République Fédérale d'Allemagne, 5/88, R.p.2633, attendu 17. Voir déjà C.J.C.E. 13 décembre 1979, Hauer, 44/79, R.p.3727. La Cour prenait en compte les droits fondamentaux reconnus par les Etats membres déjà depuis son arrêt du 17 décembre 1970, Internationale Handelsgesellschaft / Einfuhr und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel, 11/70, R.p.1125 conclusions DUTHEILLET DE LAMOTHE; G.A.C.J.C.E. n°17, assurant que "le respect des droits fondamentaux fait partie intégrante des principes généraux du droit dont la Cour de justice assure le respect", mais seulement dans la mesure où une "garantie analogue, inhérente au droit communautaire aurait été méconnue".

(76) La reconnaissance explicite des droits fondamentaux par la Cour de Luxembourg était plus ou moins une nécessité parce que des pays comme l'Allemagne ne reconnaissaient la primauté du droit communautaire que dans la mesure où ("solange") celui-ci était compatible avec les garanties accordées aux droits fondamentaux par leur constitution (cf. l'arrêt de la Cour constitutionnelle fédérale du

qu'elle entend également tenir compte de la Convention européenne des droits de l'homme et de la jurisprudence déjà dégagée en la matière par la Cour européenne des droits de l'homme(77).

Certes, les droits fondamentaux en général et la Convention européenne des droits de l'homme en particulier ne peuvent être évoqués devant le juge communautaire que dans la mesure où il peut être établi un rapport entre eux et le domaine propre du droit communautaire(78). Cependant le juge communautaire y reste particulièrement attaché, et entend bien s'inspirer de la Convention, qui revêt selon ses termes "une signification particulière"(79). De sorte que le domaine d'intervention le plus traditionnel du contrôle de proportionnalité n'est pas ignoré par le droit communautaire.

Conclusion du paragraphe: Autrement plus importante pour le justiciable que celle de la Cour européenne des droits de l'homme, à la fois par son domaine d'intervention et ses résultats tangibles, la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes offre au contrôle de proportionnalité les possibilités de mise en œuvre les plus variées. Celui-ci revêt en effet un rôle capital, non seulement pour la sauvegarde de la liberté de circulation au sens large, pilier de la construction européenne, mais aussi pour le contrôle juridictionnel des interventions économiques des organes communautaires, comme pour la défense des droits fondamentaux du simple particulier. Principe central, il contribue à la surveillance de l'action de toute autorité intégrée dans le système communautaire.

Conclusion de la section: Les deux organismes juridictionnels européens étudiés reconnaissent explicitement le contrôle de proportionnalité et l'appliquent à l'occasion de leur jurisprudence à tous les cas qui s'y prêtent. Leur influence sur l'ordre juridique interne des pays étudiés, moins directe pour la Cour européenne

29 mai 1974, BVerfGE 37, 271[280]). La situation actuelle est certes "normale", mais non dénuée d'ambiguïté, puisque la Cour constitutionnelle fédérale reconnaît la primauté du droit communautaire, mais toujours sous réserve, bien que "la charge de la preuve" soit désormais, si l'on peut dire, renversée: en effet, par un arrêt du 22 octobre 1986 (texte français in R.T.D.E. 1987, n° 3, p.317 note CONSTANTINESCO) la Cour de Karlsruhe a déclaré que dans la mesure où "les Communautés européennes, et notamment la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés, garantissent d'une manière générale une protection efficace des droits fondamentaux face aux prérogatives de puissance publique des Communautés, comparable, pour l'essentiel, à la protection des droits fondamentaux dont la Loi fondamentale consacre le caractère inaliénable (...) la Cour constitutionnelle fédérale n'exercera plus sa juridiction à l'égard de l'applicabilité du droit communautaire dérivé (...) et ne procédera plus au contrôle de ce droit au regard des droits fondamentaux de la Loi fondamentale".

(77) A ce sujet voir notamment, in L'Europe et le droit, Mélanges en hommage à Jean Boulouis, Dalloz, Paris 1990: J.P. JACQUE, Communauté européenne et Cour européenne des droits de l'homme, p.325s et J. VERGES, Droits fondamentaux de la personne et principes généraux du droit communautaire, p.513s.

(78) Dans son célèbre arrêt du 11 juillet 1985, Cinéthèque, 60/84 et 61/84, R.p.2620, le juge de Luxembourg rappelle que "si'il est vrai qu'il incombe à la Cour d'assurer le respect des droits fondamentaux dans le domaine propre du droit communautaire, il ne lui appartient pas pour autant d'examiner la compatibilité avec la Convention européenne, d'une loi nationale qui se situe, comme en l'occurrence, dans un domaine qui relève de l'appréciation du législateur national".

(79) C.J.C.E., 21 septembre 1989, Hæchst, 46/87, R.p.2859.

des droits de l'homme, plus importante pour la Cour de justice des Communautés européennes, ne peut donc que favoriser le rapprochement des jurisprudences nationales en matière de proportionnalité.

Section 2

Les influences réciproques dans la mise en œuvre du contrôle de proportionnalité

L'application incontestable du contrôle de proportionnalité par les juridictions nationales peut à la fois obliger et inciter le juge national à l'utiliser à son tour, pour la première fois ou de façon davantage explicite (§1). Mais les conceptions dégagées par les juges nationaux ne sont pas sans influencer la réflexion du juge européen, ce qui est particulièrement vrai au sujet du contrôle de proportionnalité (§2).

§1. Influence des juridictions européennes sur l'application du contrôle de proportionnalité par les juridictions nationales

Affirmer abstraitement que la jurisprudence d'un organisme juridictionnel international puisse contribuer à introduire auprès des juridictions nationales dans les domaines précis où ses décisions s'appliquent, le contrôle de proportionnalité, comme toute autre technique juridictionnelle, est bien sûr une évidence. Reste encore à donner des exemples concrets de cette évidence et où le juge national applique le contrôle de proportionnalité, alors même qu'il n'avait, ou n'aurait pas songé de lui-même à y faire appel.

Il y a ainsi d'abord les décisions où le juge européen a eu à intervenir et a positivement "imposé" le contrôle de proportionnalité(80). Ces exemples proviennent bien évidemment d'Angleterre qui, comme cela a déjà été dit est le

(80) Par "imposition" du contrôle de proportionnalité il faut comprendre son introduction pour la solution d'un litige pour lequel sa mise en œuvre n'avait pas été envisagée par le juge national. Il existe, bien sûr, sur ce point, des nuances importantes: entre pays, mais aussi entre droit communautaire et Convention européenne des droits de l'homme; d'ailleurs, aux termes même de la Convention (article 83) les décisions de la Cour européenne des droits de l'homme ne s'imposent a priori qu'aux parties du litige. Mais ces nuances, dépassant le cadre de notre étude, tendent d'un côté à disparaître (cf. par exemple, en France, l'arrêt du Conseil d'Etat Nicolo, 20 octobre 1989, R.p.190 conclusions FRYDMAN; G.A.J.A. n° 117; R.F.D.A. 1989 p.812; R.T.D.E. 1989 p.771; Gaz. Pal. 12-14/11/89, observation CHABANOL; R.F.D.A. 1989 p.824, note GENEVOIS, p.993 note FAVOREU, p.1000 note DUBOIS); et, d'un autre côté il semble en général que la seule éventualité de voir sa position désavouée par la Cour européenne des droits de l'homme incite le juge national à en prendre compte.

seul, parmi les pays examinés, à manifester une telle réticence pour introduire le contrôle de proportionnalité au sein de son ordre juridique interne.

Mais d'autres exemples montreront également que l'éventualité de l'intervention du juge européen peut aussi inciter le juge national à avoir recours à ce contrôle de manière plus "autonome", ou de le faire de façon plus explicite qu'avant; et ici, l'Angleterre n'est pas tout à fait un cas unique.

L'introduction "forcée" du contrôle de proportionnalité apparaît de la manière la plus claire quand le juge européen, se prononçant à la suite d'un jugement national, exerce le contrôle de proportionnalité alors que la question avait été tranchée par les juridictions nationales sans en tenir compte, comme le montrent certaines décisions de la Cour européenne des droits de l'homme.

Ainsi, dans l'affaire *Handyside* déjà évoquée(81), en dépit de l'absence de résultat concret pour le requérant, la façon dont la question a été abordée par la Cour européenne des droits de l'homme différait largement de celle du juge anglais. Pour ce dernier en effet, il s'agissait d'une simple question de qualification: le livre était-il nuisible pour la jeunesse? Une fois cette question tranchée, il n'y avait plus lieu, pour le juge anglais, à pondérer l'intérêt qu'aurait alors la collectivité pour en empêcher la diffusion vis-à-vis des principes juridiques militant en faveur de la solution opposée, tels que la liberté de la pensée, de la conscience ou de la presse(82). En revanche, pour la Cour européenne des droits de l'homme, la structure même de l'article 10 de la Convention applicable en l'espèce, rendait inévitable le raisonnement de la proportionnalité afin de se prononcer sur la "nécessité" des mesures prises, portant atteinte aux droits du requérant dans un but légitime(83).

Il en fut de même dans l'affaire *Young, James et Webster*(84), concernant l'atteinte portée à la liberté syndicale (article 11 de la Convention) par une loi anglaise imposant l'appartenance à un syndicat comme condition d'emploi. Les requérants, cheminots britanniques employés de British Rail avaient été licenciés en 1976 pour ne pas s'être conformés à cette obligation, applicable au sein de leur société à partir de 1975. En l'occurrence, la loi britannique sur les syndicats et les relations du travail disposait, à l'époque des licenciements litigieux, que le renvoi d'un salarié pour refus de s'affilier à un syndicat dans ces conditions(85) était d'office réputé non abusif, sauf si l'intéressé se refusait à adhérer à un syndicat quelconque en raison de convictions religieuses. Les requérants n'ayant pas fait valoir de raisons de refus relatives à leur convictions religieuses, tout contrôle juridictionnel, et donc a fortiori le contrôle de proportionnalité, était en l'espèce exclu.

Devant la Cour européenne des droits de l'homme même, le gouvernement britannique alléguait l'inapplicabilité de l'article 11 de la

(81) Arrêt précité du 7 décembre 1976.

(82) Pour une présentation du raisonnement effectué par le juge anglais, basé sur l'application des lois anglaises sur les "publications obscènes" de 1959 et 1964, voir le jugement de la Cour européenne des droits de l'homme, n°24s.

(83) Ibid, n°46s; cf. section 1, §1.

(84) C.E.D.H., arrêt du 13 août 1981, série A n°44.

(85) L'adhésion obligatoire à l'un des syndicats signataires d'un accord conclu avec la direction dans ce but, était connue en Angleterre sous le terme de système de "closed shop".

Convention en la matière, car selon lui seule la liberté "positive" y était reconnue. Ce raisonnement est rejeté par la Cour, en raison même du contrôle de proportionnalité: la Cour souligne à ce propos qu'une menace de renvoi impliquant la perte de ses moyens d'existence est pour un salarié une forme de contrainte tellement grave qu'elle ne peut qu'être incluse dans le cadre de la protection accordée par la Convention. Il aurait donc fallu pour la justifier des motifs d'intérêt général particulièrement importants; or en l'espèce le tort infligé aux requérants était largement supérieur à ce qu'exigeait la réalisation d'un juste équilibre entre les différents intérêts en présence et ne pouvait donc être proportionné aux buts poursuivis.

En ce qui concerne le droit communautaire, le fait que celui-ci fasse partie intégrante du droit des Etats membres rend la possibilité d'interprétations divergentes du juge national et du juge communautaire sur une question donnée largement illusoire. Toujours est-il que c'est sous la direction du juge de Luxembourg que le juge anglais a été contraint, encore récemment, d'appliquer ouvertement le "principe de proportionnalité" en matière de droit communautaire, comme le montre une décision rendue par la Cour de justice des Communautés européennes sur renvoi d'une question préjudicielle par le juge anglais(86). En l'occurrence, la loi anglaise (U.K. Shops Act de 1950) interdisait de se livrer le dimanche à des opérations commerciales autres que celles expressément indiquées. Une entreprise britannique, en ouvrant le dimanche ses magasins de vente au détail, a fait l'objet de poursuites en justice de la part du conseil municipal de Torfaen. La Cour constata que la mesure était "indistinctement applicable" et qu'elle poursuivait un objectif d'intérêt général légitime au regard du droit communautaire mais, à l'opposé de la loi anglaise et même des conclusions de l'avocat général(87) elle imposa un examen de la proportionnalité de la mesure, estimant que celle-ci pouvait être contraire à l'article 30 C.E.E. si les effets restrictifs qu'elle comporte dépassent "le cadre des effets propres à une réglementation de ce genre"(88).

Cette clarification du droit communautaire sur la question de l'ouverture des magasins le dimanche amena le juge anglais à prendre en compte le contrôle de proportionnalité dans plusieurs cas d'espèce similaires(89).

(86) C.J.C.E. 23 novembre 1989, *Torfaen Borough Council* ("Interdiction d'exercer des activités commerciales le dimanche"), [1990] 2 QB 19, 23s. (texte anglais).

(87) Ibid, p.46.

(88) Ibid, p.53.

(89) Ainsi, si dans une affaire *Wellington Borough Council / Payles DIY Ltd.* [1990] 1 CMLR 773, la Cour se prononce en faveur de l'absence d'effet restrictif de l'interdiction d'ouverture le dimanche sur la liberté de circulation des marchandises, dans une autre affaire *W.H. Smith Do-It-All Ltd. / Pertersborough City Council*, *Times Law Report* 7 juin 1990, le résultat du contrôle exercé par la High Court est l'inverse: en l'occurrence, le juge anglais estime que le magasin en question effectuant un pourcentage substantiel de son chiffre d'affaires hebdomadaire le dimanche et vendant pour une part importante des produits importés d'autres Etats membres de la Communauté, l'interdiction d'ouverture le dimanche aurait un effet restrictif excessif sur la liberté de circulation des marchandises. Dans les deux cas, le contrôle de proportionnalité se substitue à une application "mécanique" de la section 47 du Shops Act.

On voit ainsi la jurisprudence de la Cour de Luxembourg imposer l'introduction de ce contrôle, d'abord par le biais de la question préjudicielle de l'article 177 du traité, ensuite par l'intervention du seul juge national, sans que l'intervention de la Cour soit nécessaire(90).

Si la qualité du juge national de "juge de première instance" en matière de droit communautaire favorise largement l'application "autonome" du contrôle de proportionnalité par le juge national, la Convention européenne des droits de l'homme est également appliquée de plus en plus avec le même effet.

Déjà dans l'affaire *Sunday Times*(91), si le résultat concret de l'appréciation effectuée par la Cour européenne des droits de l'homme avait été l'inverse des Cours anglaises, celles-ci avaient néanmoins songé à appliquer, même de manière implicite, un contrôle de proportionnalité, puisqu'elles avaient bien mis en balance les intérêts antinomiques, celui de la liberté de la presse et de celui du respect du secret de la procédure en cours(92).

Mais c'est la jurisprudence française qui nous donne le meilleur et le plus récent exemple en la matière. Le juge français avait en effet, jusqu'à une date récente, refusé à un étranger de faire valoir, au soutien de conclusions tendant à l'annulation d'un arrêté d'expulsion, le moyen tiré de la violation de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme (respect de la vie familiale)(93).

Or l'abandon de la théorie de la loi-écran par l'arrêt *Nicolo*(94) devait favoriser, ici aussi, la prise en compte de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg. Ainsi, dans un arrêt du 18 janvier 1991(95), le Conseil d'Etat a estimé que le moyen tiré de l'article 8 de la Convention devait être écarté uniquement parce que "la mesure attaquée (...) était, eu égard au comportement

(90) De plus en plus, le juge anglais applique le contrôle de proportionnalité sans renvoi à la Cour de justice des Communautés européennes: cf. *R. / Secretary of State for Social Services*, ex parte *Bomere Medical Supplies Ltd. and Eurochem Ltd.*, CA [1986] 1 CMLR 228, où la réglementation anglaise du remboursement des médicaments est qualifiée par le juge anglais de "mesure équivalente" à une limitation des importations; *S.A. Magnivision NV / General Optical Council*, HC [1987] 1 CMLR 887, où la solution est l'inverse.

(91) Arrêt précité.

(92) D'ailleurs, avec le temps, les formules se rapprochent encore plus et les résultats deviennent eux aussi analogues: cf. les arrêts de la Cour d'Appel anglaise *Attorney-General / Guardian Newspapers and others* (n°2), *Attorney-General / Observer Ltd. et Attorney-General / Times Newspapers Ltd. and another* [1988] 2 W.L.R. p.806.

(93) Selon le Conseil d'Etat (25 juillet 1980, *Touami Ben Abdeslem*, R.p.820; JCP 1981, II, 19613 note PACTEAU) l'étranger ne pouvait "utilement se prévaloir (...) des dispositions de l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (...) à l'appui de ses conclusions tendant à l'annulation de la mesure d'expulsion dont il a fait l'objet".

(94) Arrêt précité; il n'est pas par ailleurs clair que seule cette théorie empêchait la Haute juridiction à appliquer directement la Convention: à la lumière de la jurisprudence française *Touami Ben Abdeslem*, refusant la prise en considération de l'article 8, la Cour européenne des droits de l'homme avait en effet adopté la politique d'admettre en la matière la recevabilité d'une requête dirigée contre la France alors même que celle-ci n'était précédée d'aucun recours de droit interne.

(95) Conseil d'Etat 18 janvier 1991, *Beldjoudi*, R.p.19.

du requérant et à la gravité des actes commis par lui - qui avait été condamné à huit ans de réclusion criminelle pour vol qualifié avec violence - nécessaire pour la défense [de l'ordre public]", acceptant par conséquent d'effectuer un contrôle de proportionnalité analogue à celui de la Cour européenne des droits de l'homme.

Les raisons profondes de ce revirement apparaissent en réalité clairement dans les conclusions du commissaire du gouvernement R. Abraham, rendues peu après dans une autre affaire posant cette même question: "En somme, il nous semble que vous ne devez pas laisser aux organes de Strasbourg, dont le rôle n'est en principe que subsidiaire, le soin de statuer directement sur la compatibilité avec la Convention des décisions prises par l'autorité administrative française, dont vous êtes les juges au premier chef, et que vous ne pouvez, à cette fin, demeurer en retrait par rapport à la jurisprudence de la Cour. D'un point de vue général, nous dirons que, si rien de vous oblige d'adhérer aux constructions jurisprudentielles de la Cour européenne, il importe, dès lors que la France a reconnu le droit de recours individuel devant les organes de Strasbourg, que le juge national que vous êtes ne s'en tienne pas à l'exercice d'un contrôle moindre que celui du juge européen, sur des questions analogues"(96).

Effet contraignant, effet incitateur: la jurisprudence du juge européen pousse, d'une manière ou d'une autre, à l'introduction affichée du contrôle de proportionnalité dans toujours d'avantage de domaines.

Un dernier facteur vient favoriser cette adoption du contrôle de proportionnalité: en dépit des apparences, elle ne doit pas être assimilée en soi avec une augmentation de l'intensité du contrôle exercé par le juge sur l'opportunité de l'appréciation de l'autorité nationale. Par nature extrêmement souple, le contrôle de la proportionnalité d'une mesure peut s'accommoder d'une attitude juridictionnelle réservée, ainsi que le montre l'exemple d'une récente décision anglaise dont il a déjà été question(97). En effet, bien qu'obligé à appliquer le contrôle de proportionnalité, le juge anglais dans cette affaire s'est cantonné à un examen restreint, sous la forme de la vérification de l'absence d'une disproportion manifeste... qui rappelle d'ailleurs étrangement l'examen de la *reasonableness* qu'il aurait de toute façon exercé: "(...) les règles nationales qui limitent les horaires d'ouverture des magasins afin de les mettre en accord avec les usages socioculturels nationaux ou régionaux, ne tombent sous le coup de l'interdiction imposée par l'article 30 du traité C.E.E. que si leurs effets sur le commerce communautaire excèdent ce qui serait nécessaire pour atteindre le but poursuivi; pour se prononcer sur cette question, la fonction de la Cour doit se limiter à la question de savoir si le point de vue du pouvoir législatif, (...) était raisonnablement soutenable (...) "(98). On voit clairement qu'au besoin, contrôle de proportionnalité, même affiché, et contrôle minimum peuvent faire bon ménage...

(96) Conclusions rendues sous Conseil d'Etat ass., 19 avril 1991, M. Belgacem, n°107470 et Mme Babas, n°117680, R.p.152 conclusions ABRAHAM; RFDA 1991, p.497, AJDA 1991, p.551, note JULIEN-LAFERRIERE; D. 1991, p.400 note PRETOT; JCP 1991, II, 21757 note NGUYEN VAN TUONG; LPA 1991, n° 81 note REYDELLET.

(97) *Stoke-on-Trent City Council / B&O PLC* et *Norwich City Council / B&O PLC*, arrêts de juillet 1990 précités; voir partie 1, titre 3, chapitre 2, section 1, §2, C.

(98) Arrêt précité, p.42.

Conclusion du paragraphe: Par leur intervention directe, par l'application de leur jurisprudence par le juge national, ou enfin par l'influence plus indirecte qu'elles exercent, les juridictions européennes examinées contribuent indéniablement à l'incorporation du contrôle de proportionnalité au sein du droit positif des Etats examinés. Or, comme on le verra, ce n'est pas là le seul effet d'harmonisation que leur action entraîne.

§2. Influence des juridictions nationales sur la conception du contrôle de proportionnalité véhiculée par le juge européen et communautaire

Quand il examine l'œuvre jurisprudentielle du juge européen, qu'il s'agisse de la Cour de justice des Communautés européennes ou de la Cour européenne des droits de l'homme, le juriste non spécialisé en la matière a souvent tendance à l'envisager de manière autonome, coupée des concepts dégagés par les ordres juridiques nationaux. D'ailleurs, ni la Cour de Strasbourg ni même celle de Luxembourg ne sont, à proprement dire, des cours suprêmes s'imposant de manière hiérarchique aux juridictions internes des pays concernés.

Or le juge "européen" est en réalité, le plus souvent, un juge de carrière de son pays, en tout cas, un juriste familiarisé avant tout avec la conception juridique de son pays d'origine. Quand il siège dans un organe juridictionnel européen, c'est donc avant tout de cette conception, de cette "culture juridique" qu'il est le porte parole. Si donc la jurisprudence européenne est bien un carrefour, c'est un carrefour entre l'acquis de chaque pays; et, étant donné que chacun des pays examinés est le représentant principal de l'une des trois principales "écoles" juridiques européennes ("latine", germanique, anglo-saxonne), il est légitime de dire que les juridictions européennes cristallisent essentiellement la synthèse de la réflexion juridique des ces trois grands courants.

Ce propos se vérifie parfaitement à propos du contrôle de proportionnalité. Il est vrai qu'en l'occurrence, comme on l'a déjà vu, la réflexion juridique britannique reçoit plus qu'elle en apporte(99). Cela est normal, étant donné l'attitude négative du juge britannique face au concept de proportionnalité en particulier et face aux concepts juridiques théoriques en général.

Mais pour les conceptions *prima facie* du contrôle de proportionnalité dans les autres pays examinés, c'est bien leur synthèse que l'on trouve au niveau européen. En effet, tant l'idée du mécanisme de conciliation entre les libertés individuelles et l'intérêt général (A) que celle du contrôle, par un raisonnement basé sur la pondération des intérêts juridiques opposés, de la marge d'appréciation dont dispose, et doit disposer, l'organe délibérant (B) se trouvent au centre des décisions tant de la Cour européenne des droits de l'homme que de la Cour de justice des Communautés européennes.

(99) Encore que l'empirisme et la souplesse de la culture juridique anglaise, ainsi que l'idée bien britannique de la "reasonableness" - contrôle implicite mais réel, ne sont pas sans influencer les conceptions dégagées par les Cours européennes.

A. LA LOGIQUE DES LIBERTES INDIVIDUELLES FACE A L'INTERET GENERAL

Lors de la présentation de la "conception de base" du contrôle de proportionnalité en Allemagne, on a eu l'occasion d'observer(100) l'existence d'un examen juridictionnel articulé autour des situations de conflit normatif entre intérêt général et libertés individuelles, visant essentiellement à préserver les libertés individuelles des atteintes excessives. Ce contrôle très élaboré, pouvait se décomposer en plusieurs sous-principes, constituant d'autant de stades successifs de la licéité de la norme examinée.

De par la nature du texte qu'elle est appelée à appliquer, les décisions de la Cour européenne des droits de l'homme ne peuvent que se rapprocher de près de cette forme d'examen juridictionnel.

En effet, le texte d'abord de la Convention européenne des droits de l'homme se rapproche singulièrement de celui de la Loi fondamentale allemande, dans sa section consacrée aux droits fondamentaux: il est clairement question de droits fondamentaux reconnus comme ayant des effets juridiques directs, mais dont la forme même de la rédaction de plusieurs des dispositions qui les consacrent prévoient en même temps leur potentielle "limitation", uniquement pour des motifs d'intérêt général impérieux et sous la condition expresse de la nécessité, soit la proportionnalité de ces atteintes.

Ensuite et surtout, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme évoque souvent, par le déroulement de son raisonnement, celle de la Cour constitutionnelle fédérale.

Il y est d'abord pratiquement toujours question explicitement de pondération entre les libertés individuelles et l'intérêt général qui leur porte atteinte, a priori légitime, mais seulement dans la mesure où elle se révèle non excessive(101): ainsi par exemple dans l'arrêt Mathieu-Mohin et Clerfayt(102), la Cour souligne que si l'article 3 du protocole n°1 implique des droits individuels de vote et l'éligibilité, il ne s'agit pas là de droits absolus. Les Etats contractants peuvent tenir compte de l'intérêt général militant pour leur limitation, mais dans ce cas il appartient la Cour de veiller à ce que les conditions qui entourent ces droits ne les réduisent pas au point de les atteindre dans leur substance même et de les priver de leur effectivité.

Deuxièmement, le résultat de la pondération est obtenu, là encore à l'instar de la Cour constitutionnelle fédérale(103), à l'aide d'un examen juridictionnel décomposé en plusieurs stades: existence d'une atteinte, atteinte a priori légitime, pondération entre la liberté et l'intérêt général.

On voit clairement cet "examen à étapes" à travers un arrêt du 21 juin 1988 relatif aux atteintes contre le droit au respect de la vie familiale(104): il s'agissait d'un ressortissant marocain qui avait résidé aux Pays-Bas pendant trois ans avec son épouse néerlandaise, cette union ayant donné naissance à un enfant.

(100) Partie I, titre 2.

(101) Cf., pour la République fédérale d'Allemagne, partie I, titre 2, chapitre 1, section 2, §1.

(102) Arrêt précité.

(103) Cf. partie I, titre 2, chapitre 1, section 2, §1.

(104) C.E.D.H. 21 juin 1988, Berrehab / Pays-Bas, série A n°138.

A la suite du divorce des époux, l'administration néerlandaise a refusé de renouveler le permis de séjour du requérant, et l'avait invité à quitter le territoire. Elle provoquait ainsi sa séparation de son jeune enfant, confié à la mère. Avant de faire droit à sa requête, la Cour européenne des droits de l'homme a d'abord estimé que la mesure litigieuse constituait bien une "ingérence", au sens de l'article 8 de la Convention, dans la vie familiale du requérant. Ceci ayant été constaté, la Cour a ajouté qu'un Etat était néanmoins libre de définir une politique d'immigration telle qu'il refuse d'admettre, sauf dans des hypothèses exceptionnelles, l'installation d'étrangers sur son territoire, essentiellement afin de protéger le "bien-être économique du pays" (§2 de l'article 8 de la Convention). Mais, conclut la Cour, les mesures individuelles prises dans le cadre de cette politique générale ne pouvaient, sans méconnaître la Convention, porter à la vie familiale d'un étranger une atteinte disproportionnée au but légitime poursuivi; or en l'espèce, le refus de renouveler le titre de séjour de M. Berrehab avait pour l'intéressé des conséquences d'une gravité disproportionnée à l'objectif poursuivi par l'Etat: l'article 8 de la Convention avait donc été violé.

Troisième point à souligner, l'importance capitale de l'examen in concreto des circonstances de l'espèce, avec l'éventualité d'un examen successif de la proportionnalité, in abstracto et in concreto, entraînant de conclusions divergentes sur la licéité de la mesure(105). Dans l'affaire Gillow(106), se prononçant sur le refus des autorités de Guernesey à des propriétaires d'habiter leur propre maison, la Cour accepte en effet que l'obligation de solliciter l'autorisation de vivre dans son domicile respecte in abstracto le principe de mise en balance des droits de l'intéressé avec le bien économique de sa collectivité(107). En revanche, la Cour souligne que l'on a pas en l'espèce suffisamment tenu compte de la situation particulière de Joseph et Yvonne Gillow: ils remplissaient les conditions avant l'entrée en vigueur de la loi; ils n'avaient pas d'autre domicile au Royaume-Uni ou ailleurs; finalement leur logement, nécessitant des réparations, ne pouvait être loué en l'état. La mesure était donc, dans leur cas concret, disproportionnée.

Ce qui nous amène à nous interroger sur les facteurs qui font concrètement pencher la "balance" de l'un ou de l'autre côté: là encore, ce sont des points déjà rencontrés, telle l'importance propre du droit fondamental ou la gravité de l'atteinte qui seront déterminants(108). Ainsi que le montre un arrêt récent de la Cour de Strasbourg(109) en matière d'expulsion et d'atteinte au droit à la protection de la vie familiale, le requérant, ressortissant marocain arrivé en Belgique avec ses parents à l'âge d'un an et qui depuis lors n'avait jamais quitté le pays, en avait été expulsé à l'âge de vingt-et-un ans en raison d'une série de délits commis par lui entre quinze et dix-huit ans. Bien que ces délits avaient été

(105) Cf., pour la République fédérale d'Allemagne, partie I, titre 2, chapitre 2, section 1, §2.

(106) Arrêt du 24 novembre 1986, série A n°109.

(107) Il s'agissait en l'espèce de mesures visant à contrôler l'installation de nouveaux habitants dans l'île, de superficie très réduite; les requérants s'étaient absentés de l'île pendant longtemps et avaient ainsi perdu leur droit d'y habiter.

(108) Cf. partie I, titre 2, chapitre 2, section 2, §1.

(109) C.E.D.H. 18 février 1991, Moustaqim, série A n°193.

nombreux et assez graves(110), la Cour a jugé en l'espèce que l'importance propre de la protection de la famille d'un côté, et la gravité que la mesure représentait pour l'intéressé(111) dans le cas concret rendait la mesure d'expulsion disproportionnée.

Bien que nettement moins axée autour de la protection des droits fondamentaux, la Cour de justice des Communautés européennes n'ignore pas pour autant ce champ d'application "traditionnel" du contrôle de proportionnalité.

En effet, non seulement la Cour de Luxembourg incorpore des droits fondamentaux dans le corps des principes généraux du droit communautaire et entend, dans ce but, "prendre en compte" tant la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme(112) que celle fournie dans des cas analogues par les Etats membres, mais la protection concrète qu'elle procure dans de tels cas est à la fois poussée(113) et d'une structure familière(114).

Par ailleurs, la structure interne des raisonnements de la Cour de Luxembourg en matière de droits fondamentaux rappelle elle aussi la proportionnalité-liberté telle qu'elle est appliquée par la juge constitutionnel allemand(115).

(110) M. Moustaqim avait commis cent quarante sept délits, dont quatre-vingt deux vols qualifiés, trente neuf tentatives de vol qualifié et cinq vols avec violence, pour lesquels il avait comparu devant les juridictions pour mineurs, puis devant le tribunal correctionnel et la cour d'appel de Liège. Ces dernières juridictions l'avaient condamné, à raison de vingt-deux délits, à diverses peines d'emprisonnement pour un total de vingt-six mois. C'est après avoir purgé ces peines que l'intéressé avait été expulsé.

(111) Les seuls liens familiaux de celui-ci étaient en Belgique; il n'avait jamais voyagé en dehors de ce pays.

(112) La Cour de justice des Communautés européennes "prend en compte" mais n'applique pas à la lettre la jurisprudence de la Cour de Strasbourg: cf. C.J.C.E. 28 octobre 1975, Rutili, 36/75, R.p.1219; voir section 1, §2.

(113) Dans un arrêt du 5 mars 1980 par exemple, Pestaing, 98/79, R.p. 671, la Cour de justice des Communautés européennes étend le champ d'application du droit à un procès équitable, reconnu par l'article 6 de la Cour européenne des droits de l'homme non seulement aux matières civiles et pénales, mais aussi aux garanties de procédure dont doit bénéficier le destinataire d'une mesure d'expulsion.

(114) Cf. C.J.C.E. 18 mai 1989, Commission / Allemagne, 249/86, R.p.1263, où la Cour déclare qu'il "faut interpréter le règlement (...) à la lumière de l'exigence du respect de la vie familiale mentionné par l'article 8 de la Convention de la sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Ce respect fait partie des droits fondamentaux qui, selon la jurisprudence constante de la Cour, réaffirmée dans le préambule de l'Acte unique européen, sont reconnus par le droit communautaire".

(115) Ainsi dans son arrêt du 14 mai 1974, Nold, 4/73, R.p.491 conclusions TRABUCCHI, la Cour souligne qu'"une protection est assurée au droit de propriété dans l'ordre constitutionnel de tous les Etats membres" et que "des garanties similaires sont accordées au libre exercice du commerce, du travail et d'autres activités professionnelles". Mais elle continue en affirmant que "les droits ainsi garantis, loin d'apparaître comme des prérogatives absolues ne sont garantis régulièrement que sous réserve de limitations prévues en fonction de l'intérêt public", de sorte qu'il apparaît "légitime de réserver à l'égard de ces droits 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".

Plus encore, il semble possible de déceler, dans plusieurs arrêts de la Cour de justice des Communautés européennes des sous-principes de contrôle, analogues aux différents éléments de la proportionnalité au sens large familiers au juge allemand. C'est ainsi que l'on retrouve dans la jurisprudence de la Cour tout aussi bien le besoin qu'une mesure respectant le principe de proportionnalité soit apte(116), nécessaire(117) ou encore ne dépassant pas, par son ampleur, l'objectif visé(118).

Bref, dans toutes ces décisions, les deux juridictions examinées se rapprochent par le mécanisme du contrôle de proportionnalité qu'elles mettent en œuvre, proche à la conception du juge constitutionnel allemand. Mais dans d'autres de leurs solutions jurisprudentielles, c'est plutôt la conception du juge administratif français que l'on retrouve.

B. LA LOGIQUE DU BILAN COUTS - AVANTAGES ET DU CONTRÔLE DU POUVOIR DISCRETIONNAIRE

On a déjà vu que la conception française sur le contrôle de proportionnalité se caractérise, à l'opposé de la conception allemande, par son manque d'attachement à une opposition stricte entre les intérêts publics et privés pris en considération lors de l'examen juridictionnel(119).

Cette conception du juge administratif français est naturellement proche aux impératifs du contrôle exercé par la Cour de justice des Communautés européennes en droit communautaire, sur des intérêts généraux parfois antagonistes.

En effet, le droit communautaire vise à réaliser les objectifs de liberté de la circulation et d'intégration économique des pays membres: ces objectifs correspondent évidemment au "bien commun" de tous les citoyens de la Communauté, à une sorte d'intérêt général communautaire. Mais, en même temps, les Etats membres ont le droit de déroger aux règles de base du droit communautaire, dans la mesure où cela s'avère nécessaire pour protéger leurs

(116) Dans le sens où elle permet effectivement d'atteindre l'objectif visé: cf. C.J.C.E. 19 février 1981, Kelderman, 130/80, R.p.527; C.J.C.E. 7 avril 1981, United Foods, 132/80, R.p.995.

(117) Dans le sens allemand de la mesure la moins attentatoire (pour la liberté des échanges): cf. C.J.C.E. 16 mai 1979, Commission / Belgique, 2/78, R.p.1761; C.J.C.E. 17 décembre 1981, Biologische Producten, 272/80, R.p.3277.

(118) Cf. C.J.C.E. 14 juillet 1983, Sandoz, 174/82, R.p.2445. Dans un arrêt plus récent C.J.C.E. 13 novembre 1990, R. / Ministre de l'Agriculture, 331/88, LPA 1991, n°22, p.18, rendu à propos d'une directive européenne relative aux hormones dans l'alimentation des animaux, la Cour rappelle la portée du contrôle de proportionnalité ainsi: "la légalité de l'interdiction d'une activité économique est subordonnée à la condition que les mesures d'interdiction soient appropriées et nécessaires à la réalisation des objectifs légitimement poursuivis par la réglementation en cause, étant entendu que, lorsqu'en choix s'offre entre plusieurs mesures appropriées, il convient de recourir à la moins contraignante, et que les inconvénients causés ne doivent pas être démesurés par rapport aux buts visés".

(119) Cf. partie I, titre 1, chapitre 1, section 2, sous-section 2, §4.

intérêts vitaux (leur propre "intérêt général"). Par ailleurs, aussi bien les actions de la Commission, vecteur de l'intérêt général communautaire, que celles des Etats membres, fondées toujours sur leur propre "intérêt général", sont soumises toutes deux au contrôle de proportionnalité exercé par la Cour de justice des Communautés européennes.

Dès lors, la notion d'intérêt général se trouve dédoublée, superposée, en tout cas relativisée, et a peu de chance de s'opposer à des intérêts uniquement privés. Par exemple, le principe communautaire de "liberté de circulation des marchandises", s'opposant parfois aux intérêts nationaux tels que l'ordre, la moralité ou la santé publique n'est-il pas aussi, avant tout, un intérêt public? Et la "protection de l'environnement" qu'un Etat peut évoquer pour restreindre la liberté de circulation des marchandises n'est-elle pas également un intérêt public qui concerne tous les Etats membres?

On conviendra que de tels conflits d'intérêts puissent être aisément soumis à un examen juridictionnel par le biais d'une méthode telle que le bilan(120), qui compare les avantages et les inconvénients d'une mesure sans s'interroger particulièrement sur leur "régime" juridique. Même si, dans la plupart des cas, les arrêts de la Cour de Luxembourg prennent la forme d'un contrôle des interdictions excessives d'une liberté(121), c'est en réalité à une comparaison pondérée des avantages et des inconvénients (essentiellement économiques) de la solution proposée que le juge communautaire procède.

Mais si le contrôle de proportionnalité en matière de droit communautaire se rapproche de ce point de vue des conceptions françaises, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme ne manque pas non plus d'analogies avec l'idée que se fait du contrôle de proportionnalité le juge français.

(120) Un raisonnement juridictionnel de ce type apparaît assez clairement dans un arrêt récent de la Cour de justice des Communautés européennes, Commission / Allemagne, 57/89, (LPA 1991, n°62, p.25) rendu le 28 février 1991 à propos d'une directive communautaire concernant la protection des oiseaux sauvages. Dans cette affaire la Cour, après avoir rappelé qu'un Etat membre peut être amené à modifier ou réduire la superficie d'un espace protégé, bien qu'une telle possibilité ne soit pas prévue par la directive, elle souligne que dans de tels cas il faut "un intérêt général supérieur à celui auquel répond l'objectif écologique visé par la directive". L'étude de l'arrêt révèle qu'un tel intérêt peut être la préoccupation de sécurité au regard des dangers réels d'inondations: on assiste déjà à une pondération entre deux intérêts publics. Mais la Cour met en évidence d'autres intérêts encore, comme par exemple le fait que les travaux envisagés auront des "répercussions positives pour les habitats des oiseaux", ainsi que la "survie du port de pêche de Greetsiel, "susceptible d'être prise en compte (...) dès lors qu'existent des compensations écologiques". Bref c'est bien à la suite d'un "bilan" juridictionnel que la Cour se prononce en faveur de la mesure prise.

(121) La méthode consistant à censurer les "interdictions absolues" n'est pas non plus étrangère au raisonnement de la Cour de justice: cf. l'arrêt récent du 9 septembre 1992, Commission / Belgique, 2/90, LPA 1992, n°118, p.16, où il est dit qu'"en introduisant une interdiction absolue d'entreposer, de déposer ou de déverser dans la région Wallonne des déchets dangereux provenant d'un autre Etat membre (...) le royaume de Belgique a manqué aux obligations qui lui incombent (...)".

On a en effet eu l'occasion de constater que ce dernier est particulièrement attaché à la notion du pouvoir discrétionnaire et qu'il conçoit, dans une large mesure, le contrôle juridictionnel par référence (et opposition) à cette "marge de liberté" de la puissance publique.

La jurisprudence de la Cour de Strasbourg est souvent bien proche de cette manière de raisonner. Prenant toujours le soin d'affirmer le principe de la liberté de choix du législateur national(122), le juge européen semble ensuite faire varier l'intensité de son contrôle au moyen d'une application plus ou moins stricte du contrôle de proportionnalité.

Ainsi, dans l'affaire *Klass et autres*(123) liée au terrorisme, la Cour semble exercer un contrôle particulièrement intense: reconnaissant que "le législateur national jouit d'un certain pouvoir discrétionnaire" pour organiser un système de surveillance téléphonique et qu'il ne lui appartient pas de juger de la "meilleure politique" en la matière, elle se déclare cependant "consciente du danger, inhérent à pareille loi, de saper voire de détruire, la démocratie au motif de la défendre"(124) et procède à un examen détaillé de "l'équilibre" auquel est parvenu le législateur national.

Au contraire, dans l'affaire *Mathieu-Mohin et Clerfayt*(125) la Cour se borne à constater que le système électoral n'est pas "déraisonnable" et n'apporte pas de "limitation disproportionnée"(126) à la libre expression des électeurs, pour confirmer d'ailleurs la licéité de son appréciation.

La comparaison de ces deux décisions, qui fait aussitôt songer à la variation du contrôle juridictionnel français entre contrôle normal et erreur manifeste d'appréciation(127), démontre encore une fois l'influence de la conception du juge administratif français sur la proportionnalité.

Il en va de même en ce qui concerne la stricte division entre intérêts publics et privés propre à un système axé autour de la protection des libertés: là

(122) Avec une clarté particulière dans l'affaire *Irlande / Royaume-Uni*, arrêt précité du 18 janvier 1978: pour la Cour l'Etat dispose, dans le contexte de l'article 15 de la Convention, d'une "large marge d'appréciation" tandis qu'elle-même estime qu'"il ne lui appartient pas de substituer à celle du gouvernement britannique une quelconque appréciation de ce que pouvait être la plus sage ou la plus opportune des politiques de lutte contre le terrorisme. Elle doit se borner à contrôler la régularité, au regard de la Convention, des mesures adoptées" (§214).

(123) C.E.D.H. 6 septembre 1978, *Klass et autres*, arrêt précité.

(124) Ibid, §49.

(125) Arrêt précité du 2 mars 1987.

(126) Ibid §57.

(127) Proche de la conception française en ce qui concerne l'opposition entre pouvoir discrétionnaire étatique et contrôle juridictionnel, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme l'est aussi parfois par l'intégration qu'elle peut opérer entre intérêts publics et privés antinomiques, bien que parler, à son propos, de technique du "bilan" serait sans doute exagéré: cf. l'affaire *Van der Mussele*, arrêt précité, où la Cour affirme que les obligations imposées au requérant "trouvaient une contrepartie dans les avantages attachés à la profession" de sorte que "l'intérêt général qui figurait au premier plan se doublait d'un certain profit personnel" pour l'intéressé subissant l'atteinte. Voir surtout la série des arrêts concernant la limitation de la liberté de la presse, à la fois assimilable à une liberté individuelle et un intérêt public: dans l'arrêt *Sunday Times* du 26 avril 1979 précité, la Cour souligne que l'intérêt public s'attachant à la liberté d'expression "constitue l'un des fondements essentiels d'une société démocratique".

aussi, la Cour européenne des droits de l'homme n'exclut pas un examen plus global, comme le montrent plusieurs affaires relatives à la restriction de la liberté de la presse(128).

Bref, le juge européen n'ignore pas certains des éléments de la proportionnalité - bilan, quand ceux-ci permettent, en prenant en compte la totalité des paramètres du problème posé, un contrôle juridictionnel plus approprié(129).

Conclusion du paragraphe: L'étude des mécanismes du contrôle de proportionnalité exercé par la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour de justice des Communautés européennes font apparaître le rapport dialectique qui existe entre le juge national et le juge européen, qui fait de la jurisprudence européenne en la matière le point de rencontre privilégié des conceptions allemande et française, avec l'influence sous-jacente mais réelle de la "reasonableness" anglaise.

Conclusion de la section: A la fois influençant le juge national et influencée par lui, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et celle de la Cour de justice des Communautés européennes ont naturellement tendance, chacune à son niveau, à adopter et à mettre en œuvre le moyen de contrôle juridictionnel le plus efficace pour résoudre le cas d'espèce.

Le contrôle de proportionnalité, forme de contrôle juridictionnel à la fois intense, multiforme et en pleine évolution, ne peut qu'être favorisé par ce croisement entre les conceptions nationales et européennes. On peut ainsi voir en l'intervention du juge européen l'un des moyens les plus utiles pour corriger les défauts, mais aussi pour atténuer les divergences des conceptions allemande et française en la matière; surtout peut-on espérer que la vague du contrôle de proportionnalité traversera dans le futur davantage la Manche.

Cela dit, cette occasion de mise côte à côte des conceptions nationales sur la proportionnalité peut aussi servir à prendre une meilleure conscience de la mesure de leur spécificité. L'on pourra alors plus facilement s'interroger sur l'éventualité d'une convergence réelle des concepts nationaux qu'on avait cru si différents.

(128) Voir déjà l'arrêt *Sunday Times* précité, n°65: "Pour apprécier si l'ingérence incriminée se fondait sur des motifs "suffisants" qui la rendaient "nécessaire dans une société démocratique", il faut tenir compte de tout aspect de l'affaire relevant de l'intérêt public (...)", et n°67: "eu égard à l'ensemble des circonstances de la cause et sur la base de la démarche définie au paragraphe 65 ci-dessus, la Cour conclut que l'ingérence incriminée ne correspondait pas à un besoin social assez impérieux pour primer l'intérêt public s'attachant à la liberté d'expression au sens où l'entend la Convention".

(129) Cf. *Attorney-General / Guardian Newspapers and others* (n°2), arrêt précité, p.860, où le juge anglais souligne l'aspect "public" de l'intérêt rattaché à la liberté de la presse pour y fonder un contrôle juridictionnel plus strict: "la pondération à effectuer entre les besoins de la sécurité nationale et ceux de la liberté de la presse n'est pas la même (...) que celle à effectuer entre les besoins de la sécurité nationale et la liberté d'expression du requérant. La presse a un rôle légitime et [plus] important (...)".

Conclusion du chapitre: Dans le cadre de la tâche qui leur est confiée, recherche d'une meilleure protection des droits fondamentaux pour la première, développement des conditions juridiques d'une intégration économique et politique des Etats membres pour la seconde, la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour de justice des Communautés européennes trouvent dans les multiples facettes du contrôle de proportionnalité un appui de taille.

Aussi, elles veillent à la fois à profiter de l'acquis théorique de chaque ordre juridique national et, ensuite, à transposer la synthèse du meilleur de chaque monde ainsi thésaurisé pour en faire profiter tous les pays membres.

A notre niveau, il apparaît que ce carrefour des idées qui est ainsi constitué peut contribuer à enrichir encore une jurisprudence allemande déjà particulièrement étoffée en matière de contrôle de proportionnalité; de façon plus évidente, il peut inciter le juge français à s'exprimer avec plus d'audace et de clarté; finalement, il semble être l'un des facteurs essentiels pour la reconnaissance future du contrôle de proportionnalité par le juge anglais.

Reste que la jurisprudence qui vient d'être présentée ne peut servir de point de repère central à notre étude, car le contrôle de proportionnalité qu'elle aide à imposer n'est pas une construction nouvelle et autonome, mais plutôt la synthèse des conceptions allemande et française en la matière. En l'occurrence, cette synthèse est d'ailleurs celle des conceptions apparentes des deux pays; or il faut chercher à savoir si cette première impression d'une divergence marquée entre les mécanismes nationaux du contrôle de proportionnalité peut être maintenue à la lumière d'un examen plus approfondi.

TITRE PREMIER

LA PROPORTIONNALITE SOUTERRAINE EN ANGLETERRE: L'IMPOSSIBILITE DU REFUS DU CONTROLE DE PROPORTIONNALITE

On a déjà été amené à faire état du refus de principe que le juge anglais continue à opposer à l'adoption expresse du principe de proportionnalité. On constate toutefois, à l'instar des MM. Jowell et Lester, que "l'idée selon laquelle les autorités publiques doivent faire preuve d'un certain sens de proportion s'accorde parfaitement avec les concepts juridiques anglais traditionnels" même si "conformément à une autre tradition, les juges n'ont pas ménagé leurs efforts pour déguiser cette idée sous un langage plus pragmatique"(1).

C'est en ce sens que l'on peut accepter qu'un contrôle de proportionnalité a déjà pu être appliqué, quand le besoin se faisait sentir, par le juge d'Outre-Manche, à travers les techniques empiriques traditionnelles qui font le génie anglais.

Cette démarche n'est pas sans rappeler celle du juge administratif français qui a lui aussi appliqué le contrôle de proportionnalité "sans le savoir, ou, plus exactement, sans le dire"(2), à une importante différence près: en France, le manque d'affirmation catégorique et explicite est compensé par un souci cartésien de rationalisme. De la sorte, une fois la "brèche" de l'adoption d'un nouveau contrôle effectuée dans un domaine donné, il se généralise assez vite pour couvrir tout le domaine concerné: il y aura en la matière un état de jurisprudence "avant" et "après", même si la doctrine a parfois du mal à saisir immédiatement toutes les implications de chaque "arrêt de principe".

En revanche, le juge anglais se sent beaucoup moins gêné par le manque de cohérence et d'harmonie de ses constructions jurisprudentielles: chacune de ses décisions en justice n'est-elle pas une "loi" en elle-même? Aussi, en Angleterre le contrôle de proportionnalité peut fort bien être adopté dans un cas d'espèce, et "distingué"(3) ou même ignoré dans un jugement postérieur ayant trait à une situation de fait apparemment similaire.

Dès lors, si l'on peut présenter, comme pour la France(4), les techniques juridictionnelles pouvant servir de vecteur du contrôle de proportionnalité (chapitre 1), la description de la mise en œuvre de ce contrôle par tranche de contentieux ne pourra concerner que des cas isolés, dans le seul but de mettre en évidence son existence implicite (chapitre 2).

(1) J. JOWELL - A. LESTER, *Proportionality: Neither Novel nor Dangerous*, article précité, p. 59.

(2) G. BRAIBANT, *Le principe de proportionnalité*, article précité, p.299.

(3) Sur la technique des "distinctions", appliquée par le juge anglais pour contourner la règle du précédent quand il l'estime nécessaire, voir partie I, titre 3, Chapitre 1, section 1, §1, A, b.

(4) Cf. partie I, titre 1, chapitre 2, section 1.

CHAPITRE PREMIER

LES TECHNIQUES JURIDICTIONNELLES POUVANT
SERVIR DE VECTEUR DU CONTRÔLE DE
PROPORTIONNALITÉ

En décrivant les moyens d'intervention du contrôle de proportionnalité en France, on a constaté qu'ils sont dans une certaine mesure interchangeables, au gré des nécessités perçues par le juge(1).

Ceci est encore plus vrai pour le contrôle juridictionnel anglais. Interchangeables, les différentes techniques juridictionnelles sont aussi souvent cumulables. Lord Greene, se référant à un exemple classique d'appréciation en principe discrétionnaire mais devant néanmoins être censurée(2), le disait clairement: "Ceci est dans un sens déraisonnable. Dans un autre sens cela indique la considération accordée à des éléments qui n'aurait pas du être pris en compte. C'est une attitude tellement déraisonnable que l'on pourrait dire qu'elle est révélatrice d'une mauvaise foi; et en réalité toutes ces choses se confondent"(3). Le professeur de Smith affirmait, quant à lui, qu'"un acte relevant d'une compétence discrétionnaire peut être annulé par le juge quand l'autorité agit en mauvaise foi, de manière capricieuse, dans un but non autorisé, sans prendre en considération les éléments déterminants ou en prenant en considération des éléments n'ayant pas de rapport avec l'acte, ou quand l'autorité renonce à exercer son pouvoir discrétionnaire", car "si", poursuivait le professeur de Smith, "les erreurs de fait ou de droit commises par une autorité administrative ne peuvent, en théorie, être censurées par le juge sauf si elles ont conduit l'autorité à agir en dehors de sa compétence, ou de méconnaître l'étendue de son pouvoir discrétionnaire ou de se fonder sur des faits matériellement inexacts (...) en pratique la Cour trouvera, en règle générale, un principe qui puisse justifier son intervention si elle est persuadée que l'autorité administrative (...) a commis, selon l'expression large de Lord Denning, un acte qui appelle à l'intervention du juge"(4). De façon bien - trop? - pragmatique donc, ce qui compte n'est pas le moyen juridictionnel utilisé mais le résultat concret à atteindre; la technique utilisée sera largement une question de goût du juge(5)...

(1) Cf. partie I, titre 1, chapitre 1, section 2, sous-section 2, §3.

(2) Il s'agit du cas d'une institutrice licenciée uniquement parce qu'elle était rousse. Ce "cas d'école" présenté dans un arrêt rendu par WARRINGTON L.J., Short / Poole Corporation, [1926] Ch. p.66, 90, 91, mais jamais réalisé symbolisa longtemps le caractère plutôt théorique que réel de la potentialité d'un contrôle du pouvoir discrétionnaire en Angleterre. Aujourd'hui, même le juge anglais va bien plus loin.

(3) Associated Provincial Picture Houses Ltd. / Wednesbury Corporation [1948], arrêt précité, p.229.

(4) DE SMITH, Judicial Review..., ouvrage précité, p.27.

(5) Phénomène réel et incontesté, même s'il ne rend pas vain tout effort de systématisation doctrinale: "Les différentes formes d'abus du pouvoir discrétionnaire se recouvrent mutuellement et se confondent, et la tâche de les faire correspondre, de manière analytique aux différentes situations de fait peut se révéler insurmontable.

Faut-il y voir la manifestation d'une regrettable confusion? Il ne nous appartient pas de trancher, mais il est certain que la "fluidité" des techniques juridictionnelles anglaises se reflète aussi en ce qui concerne le contrôle de proportionnalité, tant au niveau de l'interprétation d'un autre moyen apparemment distinct (section 1) que de l'appréciation plus directe d'un acte a priori discrétionnaire (section 2).

Section 1

Le contrôle de proportionnalité - interprétation

A l'instar de la France, l'idée de proportionnalité peut d'abord aider le juge à porter une conclusion sur la question principale à trancher, c'est-à-dire servir en tant que moyen de mise en œuvre d'un autre "concept qualificateur"(6).

Dans le cadre d'un examen non exhaustif, mais indicatif, on se penchera successivement sur les moyens d'annulation fondés sur l'existence d'une "mauvaise foi" administrative (§1), puis ceux ayant trait à la matérialité des faits ayant fondé la décision (§2), le moyen original de l'"estoppel" (§3) et l'interprétation des termes d'une disposition légale écrite (§4).

§1. "Bad faith"

Le concept d'origine civiliste de "mauvaise foi" remplit, en droit administratif anglais, un rôle analogue à celui du détournement de pouvoir en droit administratif français(7). Avec ce dernier moyen, il partage à la fois l'élément intentionnel et la référence explicite aux buts de la disposition légale applicable par rapport à celui de l'auteur de l'acte: "Le concept de bad faith est difficile à cerner de manière précise, mais l'on peut dire qu'il comporte de la malhonnêteté, de la fraude ou de la malice par rapport au but légitime de l'acte. Un pouvoir est ainsi utilisé de manière frauduleuse si l'autorité administrative vise à atteindre un but autre que celui dans lequel elle estime que les pouvoirs en question lui ont été conférés"(8). Une autorité locale exerce ainsi ses pouvoirs

Mais elles sont toutefois reconnues en tant que catégories légales distinctes, et dans la majorité des cas la séparation n'est pas impossible (DE SMITH, Judicial Review..., ouvrage précité, p.323). Une conséquence concrète de cette relative confusion est la possibilité d'une annulation sur plusieurs chefs à la fois; le lecteur ne devra donc pas s'étonner s'il rencontre le même arrêt sous différentes rubriques, par exemple celle des "irrelevant considerations" et de "reasonableness".

(6) Voir partie I, titre 1, chapitre 1, section 2, sous-section 2, §2.

(7) Ce qui ne signifie pas qu'il s'agit de la seule technique de contrôle du but en droit administratif anglais; c'est à titre d'exemple que cette seule technique de contrôle du but est ici examinée. Sur le contrôle du but en général voir DE SMITH, Judicial Review..., ouvrage précité, pp.325s.

(8) Ibid, p.335.

"en mauvaise foi" quand elle désigne pour une réunion publique une petite salle, dans l'intention d'en exclure les personnes intéressées(9).

Cela dit, s'agissant de la nature du but impropre, la doctrine anglaise ne distingue pas entre la poursuite d'un intérêt privé ou celle d'un intérêt public non autorisé par la règle applicable: "L'intention de l'auteur de l'acte peut être soit la poursuite d'un intérêt privé soit celle d'autres intérêts publics"(10). En ne distinguant pas entre intérêts publics et privés illégitimes, le moyen de *bad faith* devient alternativement cumulable et interchangeable avec le contrôle des motifs. C'est en ce sens que le professeur Wade affirme que "dans ce contexte, en bonne foi" signifie simplement pour des raisons légitimes"(11). Et c'est dans cette mesure que le concept de *bad faith* peut aussi permettre la mise en œuvre du contrôle de proportionnalité.

Un exemple classique de cette mise en œuvre détournée est le célèbre arrêt de la Chambre des Lords Roberts / Hopwood(12). Il s'agissait dans cette affaire de 1925, de se prononcer à propos de la fixation des salaires par le conseil municipal travailliste de Poplar à un niveau à la fois sensiblement plus élevée que la moyenne nationale, et égal pour les hommes et les femmes et ce sur fond de crise économique. La compétence du conseil était apparemment entièrement discrétionnaire, puisque le texte applicable(13) lui permettait expressément de verser à ses employés "les salaires qui lui semblent appropriés". Sur recours de l'autorité de tutelle, la Chambre des Lords annula pourtant en dernière instance la décision du conseil.

Pour Lord Sumner en effet, l'expression "salaires qui semblent appropriés" devait être comprise comme comprenant la condition implicite "de bonne foi". Or comment cette "bonne foi" était-elle décelable? Aux dires de Lord Sumner "Bona fide" ici ne peut signifier simplement que [le conseil] ne profite pas des salaires ou n'agit pas dans le but de servir un autre intérêt privé, ni que le conseil a agit dans le cadre de ses pouvoirs et de manière conforme aux dispositions légales..."(14). L'existence d'un mobile impropre aurait d'ailleurs pu être sans incidence aucune sur la légalité in fine de l'acte querellé: "Si l'autorité de tutelle avait clairement établi la mauvaise foi du conseil mais aussi que ces mobiles illégitimes n'avaient pas produits de résultats, la dépense demeurant en elle-même correcte, la fixation des salaires, n'étant pas en soi illégale, serait maintenue"(15). En somme, ce n'est pas l'intention de l'autorité qui est en jeu, mais les résultats objectifs et concrets de son action. Car pour Lord Sumner, le concept de mauvaise foi était suffisamment large pour mettre en œuvre d'autres principes: "La brèche que provoque le concept de mauvaise foi à

(9) *Re A Complaint / Liverpool City Council* [1977] 1 W.L.R. p.261.

(10) *Ibid.* Or on sait qu'en France la question est controversée: voir notamment D. TRUCHET, *Les fonctions...*, thèse précitée, pp.89-109, sp. p.102s.

(11) H.W.R. WADE, *Administrative law*, ouvrage précité, p.442. Voir aussi DE SMITH: "Bad faith" est souvent regardé comme un cas d'invalidité sui generis, mais il peut également servir pour mettre l'exercice d'une compétence discrétionnaire sous le coup d'une des autres catégories reconnues d'illégalité" (*Judicial Review...*, ouvrage précité, p.324).

(12) [1925] AC p.578; BEATSON et MATTHEWS, *Administrative law...*, ouvrage précité, p.245.

(13) La section 62 de la *Metropolis Management Act* de 1855.

(14) Roberts / Hopwood, arrêt précité, p.249.

(15) *Ibid.*, p.249.

l'expression comme bon lui semble est suffisante pour impliquer nécessairement l'obligation d'honnêteté et de rationalité"(16).

Or justement la "rationalité" en question n'est pas autre chose que le contrôle de proportionnalité. Lord Atkinson le dit clairement dans son jugement: "Ce qu'est un salaire raisonnable doit évidemment dépendre des circonstances particulières de l'espèce (...) Mais il ne me semble pas qu'il y ait une quelconque proportion raisonnable entre le niveau des salaires de ces employés et les salaires que leur travail effectif aurait dû représenté (...) "(17). Bref, si l'autorité compétente bénéficie certes d'un vaste pouvoir d'appréciation, elle ne saurait dépasser certains limites... que le contrôle de proportionnalité aide à mettre en évidence.

Même si cette affaire apparaît aujourd'hui quelque peu "pittoresque", il n'en demeure pas moins qu'elle fut l'une des premières à inclure, même de manière détournée, le raisonnement de proportionnalité.

Cela dit, le moyen de *bad faith* subi aujourd'hui, au même titre que le détournement de pouvoir français, la critique d'une doctrine en quête d'"objectivité" et la désaffection du juge. Dans un arrêt relativement récent, la Cour d'appel critiquait ainsi la démarche de Lord Sumner en soulignant qu'"il n'est pas juste vis-à-vis d'une autorité publique que le justiciable, peu familiarisé avec le jargon technique, puisse considérer que le juge a estimé l'administration coupable de "mauvaise foi" là où il n'y avait en réalité qu'une honnête faute"(18). C'est qu'en Angleterre aussi, les Cours se dirigent de plus en plus vers un contrôle des motifs, qui a tendance à supplanter les techniques strictement "téléologiques"(19).

Conclusion du paragraphe: Bien qu'employée de façon relativement marginale et plus ou moins dépassée, la notion de "mauvaise foi" peut, de même que le détournement de pouvoir français, faire appel à l'idée de proportionnalité. Cette analogie concernant le contrôle du but, se constate-elle aussi au niveau des motifs de fait?

§2. "No evidence / irrelevant considerations" (matérialité des faits)

Caractérisé par l'extension rapide du contrôle juridictionnel sur les considérations de fait, le contrôle des motifs effectué par le juge anglais ne distingue pourtant pas toujours clairement le contrôle des motifs de fait proprement dit de celui de la vérification de leur matérialité.

Ainsi, la technique juridictionnelle qui concerne a priori le seul contrôle de la matérialité des faits, celle de "no evidence", n'est toujours pas reconnue comme un cas d'ouverture à part entière. Comme le note le professeur de Smith, le jugement erroné en matière de preuve d'une autorité administrative ou d'un

(16) *Ibid.*

(17) *Ibid.*, p.248.

(18) *Western Fish Products Ltd. / Penwith DC* [1981] 2 AllER p.204 [215].

(19) Et ce malgré les efforts de la doctrine pour distinguer contrôle des motifs et contrôle du but (cf. BEATSON et MATTHEWS, *Administrative law...*, ouvrage précité, p.258).

tribunal administratif n'est pas en soi suffisant pour l'annulation de la décision, puisqu'une telle erreur "ne constitue pas un refus ou un excès dans l'exercice de sa compétence, mais seulement un exercice erroné de ladite compétence, qui ne peut être examiné" par le juge dans le cadre de la procédure de la Judicial Review(20). Cependant, par la suite S. de Smith affirme que si l'autorité administrative se refuse d'évaluer les circonstances de fait portées à son attention, "la partie lésée peut attaquer cette décision au moyen que l'autorité n'a pas pris en compte des considérations pertinentes"(21).

Cette réintroduction détournée du contrôle de la matérialité des faits à travers la censure des "irrelevant considerations" est due au principe traditionnel et non formellement dépassé d'*ultra vires*. Si en effet l'autorité agit dans le cadre de ses compétences, toute faute non intentionnelle concernant la matérialité des faits est logiquement selon ce principe inattaquable en justice(22); par contre, la censure d'une appréciation qui apparaît manifestement erronée, qui constitue en réalité l'essence du contrôle des "irrelevant considerations", est familière du juge anglais: elle a des liens de parenté évidents avec le contrôle de la reasonableness, extrême limite consacrée au libre exercice d'une compétence a priori discrétionnaire(23). Or que ce soit sous le vocable d'"irrelevant considerations" ou sous celui de "no evidence"(24), en liant de la sorte matérialité et appréciation des faits(25), l'examen juridictionnel visant à déterminer ceux des motifs de fait qui apparaissent "pertinents" et ceux qui ne le seraient pas, peut aisément inclure le contrôle de proportionnalité.

(20) DE SMITH, *Judicial Review*..., ouvrage précité, p.344.

(21) Ibid.

(22) Dans l'arrêt de principe rejetant le moyen autonome de "no evidence", R. / Nat Bell Liquors Ltd. [1922] 2 AC p.128, Lord SUMNER affirma que "dire qu'il n'y a pas de compétence [d'une autorité administrative] pour condamner sans preuve, est la même chose que de dire qu'il y a compétence si la décision est appropriée, mais pas si la décision ne l'est pas; or si la compétence existe avant la prise de la décision, elle continue à exister après (...)".

(23) A simple titre d'exemple, notons que le professeur WADE examine la jurisprudence relative aux "relevant and irrelevant considerations" comme un cas particulier du "principle of reasonableness" (*Administrative law*, ouvrage précité, p.411s.). Par ailleurs, le fait incontestable que la matérialité des faits a en Angleterre vocation de devenir un cas d'ouverture à part entière (voir la note suivante), ne change en rien cette constatation, puisqu'aussi bien "ce principe de "no evidence" a clairement des points communs avec le principe selon lequel l'action administrative déraisonnable est *ultra vires*" (ibid, p.320).

(24) Saluant l'évolution déjà amorcée par la jurisprudence vers la reconnaissance, sous le vocable "no evidence", d'un cas d'ouverture autonome de matérialité des faits (cf. Secretary of State for Education and Science / Tameside MBC [1977] AC p.1014; mais voir aussi contra R. / Governor of Pentonville Prison ex parte Sotiiriadis [1975] AC 1 [30]), le professeur WADE affirme: "ce cas d'ouverture, depuis longtemps familier en droit administratif français, et récemment adopté en Australie, n'est pas moins nécessaire dans notre pays" (*Administrative law*, ouvrage précité, p.329).

(25) Ce qui paraît bien évidemment regrettable, ne serait-ce que pour des raisons logiques (à ce sujet, cf. DE SMITH, *Judicial Review*..., ouvrage précité, p.344).

Dans une décision rendue par la Cour d'Appel en 1971 et souvent citée depuis(26), cette possibilité apparaît déjà clairement. Il s'agissait de contrôler l'exercice du pouvoir, détenu par l'autorité locale en vertu de la Housing Act de 1957, d'exproprier tout immeuble "dont l'acquisition est raisonnablement nécessaire pour le développement ou l'usage" d'un projet d'utilité publique, dans le but de le démolir. Les requérants étaient propriétaires d'un immeuble compris dans le périmètre d'un tel projet, mais qui était récent et en parfait état, et dont le maintien n'empêchait en rien, selon eux, la réalisation du projet d'aménagement envisagé par la commune. Tel était également l'avis de l'inspecteur, responsable de l'enquête publique; or le ministre avait décidé, contre cet avis, en faveur de l'expropriation de l'immeuble en question.

Selon Lord Denning, qui a inspiré la décision de la Cour d'Appel, le ministre n'était certes pas légalement tenu de suivre la proposition de l'inspecteur. Mais lord Denning affirma qu'en revanche, "la question de savoir ce qui est raisonnablement nécessaire n'est pas de la pure politique de planification. C'est une question de fait à propos de laquelle le ministre ne peut écarter la recommandation de l'inspecteur sauf s'il dispose du matériel de preuve indispensable pour cela. Tel n'est pas le cas ici"(27). La décision du ministre devrait donc être annulée pour manque de preuve, ou plutôt d'éléments de preuve suffisants...

Or ce "manque de preuve" n'est autre chose qu'une appréciation erronée, que les juges s'attachent à détacher du domaine de l'opportunité. Selon le juge Sachs, la question qui se posait au ministre n'était pas une question d'opportunité, même si elle impliquait une appréciation(28). Les propos même de lord Denning trahissent le fait que le vrai motif de l'annulation n'était pas l'insuffisance des éléments de preuve, mais bien l'opinion différente que s'est forgée la Cour quant au fond de l'affaire: "L'autorité locale peut certes désirer le développement adéquat de la section incluant la propriété, mais elle peut le faire sans démolir ladite propriété. En tout état de cause, je suis parfaitement persuadé que la seule affirmation du contraire par l'autorité locale ne suffit pas. Il faut qu'il y ait des preuves en ce sens. Et il n'y en a pas"(29). On voit qu'en réalité, l'expropriation de l'immeuble en question n'apparaissait pas opportune à la Cour, car non nécessaire pour la réalisation du but d'utilité publique poursuivi;

(26) Coleen Properties Ltd. / Minister of Housing and Local Government [1971] 1 WLR p.433, BEATSON and MATTHEWS, *Administrative law*..., ouvrage précité, p.119s.

(27) Ibid, p.121.

(28) "Ce n'était pas moins une question de fait parce qu'elle impliquait la formation d'un jugement sur un sujet sur lequel plusieurs opinions d'expert peuvent exister (...)": BEATSON and MATTHEWS, *Administrative law*..., ouvrage précité, p.122.

(29) Ibid, p.121. Il s'agissait, pour lord DENNING, de mettre un terme à un effort d'accroissement de l'intensité du contrôle juridictionnel sur les décisions de planification amorcé par lui-même dès 1964: Voir Ashbridge Investments Ltd. / Minister of Housing and Local Government [1965] 1 WLR p.1320 [1326]: "Selon ces dispositions il me semble que la Cour peut intervenir si le ministre a agit sans preuve; ou s'il a fondé sa décision sur des preuves insuffisantes; ou s'il a effectué une mauvaise interprétation des termes de la loi; ou s'il a pris en considération d'éléments qu'il ne devait pas prendre en compte, et l'inverse; ou s'il s'est trompé en droit d'une manière quelconque (...)".

c'est donc l'excessivité, la disproportion de l'atteinte à la propriété qui a conditionné la décision de la Cour.

La doctrine des "irrelevant considerations" a bien évidemment été beaucoup plus fréquemment utilisée dans ce sens de l'intégration du contrôle de proportionnalité.

Ainsi, elle a été appliquée pour censurer la non prise en considération des coûts respectifs des différents projets rivaux(30), ou la non recherche d'une parcelle plus propice pour l'établissement d'un camp(31).

Ces décisions concernent certes a priori seule l'obligation de prendre en considération les inconvénients et les avantages d'une solution concrète. Ce qui reste donc en principe exigé c'est la démarche qui consiste à effectuer les "considérations pertinentes", et pas son résultat: l'utilisation de la proportionnalité - interprétation reste bien déguisée(32).

Dans d'autres cas similaires elle l'est moins. Dans une affaire d'expropriation, la Cour d'Appel a ainsi annulé une décision ministérielle au motif que le ministre n'avait pas su évaluer correctement l'offre du propriétaire qui proposait un terrain moins cher; la distinction entre la censure de la démarche et celle de fond de la décision devient à peine perceptible(33).

Plus encore, la doctrine des "irrelevant considerations" comprend aussi de décisions qui découlent d'un examen quasi explicite de l'appréciation de fond de l'autorité administrative. Ainsi, dans une affaire d'immigration la décision de l'autorité administrative a été annulée pour ne pas avoir évalué correctement la bonne réputation dont jouissait le requérant au sein de sa communauté ethnique, de sorte à examiner favorablement son cas(34). De même, dans le domaine de la planification urbaine, un permis de construire a été jugé délivré à tort par l'administration, non pas à cause d'une "considération non pertinente", mais au motif qu'"un poids excessif a été accordé à une considération pertinente"(!) de sorte à vicier la totalité de la décision(35).

Il apparaît clairement dans de telles décisions que la technique des "irrelevant considerations" sert souvent d'écran pour l'intervention du juge en ce qui concerne l'appréciation administrative; dans ce cas, ce sera le contrôle de proportionnalité qui déterminera si l'appréciation de l'administration a finalement été "pertinente" ou pas.

(30) Eckersley / Secretary of State for the Environment [1977] JPL p.580; R. / Brent LBC ex parte Gunning [1985] 84 LGR p.168.

(31) Brown / Secretary of State for The Environment [1978] 40 P&CR p.285.

(32) Dès 1915, une décision rendue sur un sujet analogue à celui de la célèbre affaire Wednesbury précitée (restriction du droit des mineurs d'accéder aux salles cinématographiques) avait choisi le terrain des "irrelevant considerations" pour annuler la décision administrative: la Cour avait en effet estimé que la préoccupation pour la santé et le bien-être des enfants n'est pas de nature à conditionner une telle interdiction (Theatre de Luxe (Halifax) Ltd / Gledhill [1915] 2 KB p.49).

(33) Prest / Secretary of State for Wales [1982] 81 LGR p.193.

(34) R. / Immigration Appeal Tribunal ex parte Bakhtaur Singh [1986] 1 WLR p.910 (per Lord BRIDGE).

(35) L'existence d'un permis de construire déjà expiré était un facteur d'importance, mais qui ne devait pas à lui seul motiver la décision d'accorder au même demandeur un nouveau permis de construire (South Oxfordshire DC / Secretary of State for the Environment [1981] 1 WLR p.1092).

Conclusion du paragraphe: Le contrôle juridictionnel anglais sur les motifs de fait se caractérise par une confusion entre matérialité pure et appréciation du fait matériel; il en résulte la possibilité de mise en œuvre du contrôle de proportionnalité à travers l'examen a priori purement factuel de la décision administrative. Qu'en est-il pour l'équivalent britannique de la "qualification juridique" française?

§3. Interprétation d'un "concept qualificateur"

D'utilisation relativement récente, le terme "illegality" est en principe entendu en droit administratif anglais tel que lord Diplock l'a utilisé dans l'arrêt GCHQ(36). Ainsi compris, il englobe tout le contrôle juridictionnel de l'administration à l'exception de celui de la procédure et de la reasonableness: il ne pourrait donc pas s'assimiler à une "technique" dans le sens où l'on utilise ce terme lors de cette étude, et couvrirait par ailleurs nombre de développements déjà effectués.

Si à l'inverse, comme cela nous intéresse ici, on s'attache à l'application possible du contrôle de proportionnalité à l'occasion de l'interprétation d'un autre "concept qualificateur" qui ne constitue pas une technique juridictionnelle en soi, il convient de souligner d'emblée que l'objet de l'étude sera beaucoup moins étendu que son équivalent en contentieux administratif français.

D'une part en effet le juge anglais applique beaucoup moins le droit écrit qu'il ne dégage des règles jurisprudentielles; on a déjà eu l'occasion de remarquer qu'à plusieurs titres, la "statute law" ne remplit qu'un rôle subsidiaire par rapport à celui de la "Common Law"(37). D'autre part, les règles jurisprudentielles elles-mêmes ne sont que fort peu productives de "concepts qualificateurs": se bornant à apporter une solution au cas concret, elles n'ont pas l'ambition d'exprimer des règles générales explicites, même si elles peuvent toujours se prêter à une "interprétation" future.

Limitée par cette définition restrictive de son possible champ d'action, l'utilisation du contrôle de proportionnalité-interprétation n'est pas pour autant inexistante. Elle se laisse en effet souvent observer là où le sens légal d'une disposition écrite précise est malgré tout au cœur du litige.

Tel a été le cas de l'interprétation progressive des dispositions légales sur la non-discrimination des sexes. La loi sur l'égalité de paiement des sexes(38) prévoyait en effet la possibilité d'une différence de traitement entre un homme et une femme, tant que cette dernière résultait d'une "material difference" des situations respectives. Une première interprétation de cette disposition était intervenue par une décision de 1979(39). La Cour d'Appel y précisait que l'employeur ne satisfaisait pas aux exigences de cette disposition s'il démontrait

(36) Council of Civil Service Unions and others / Minister for the Civil Service, arrêt précité.

(37) Voir partie I, titre 3, chapitre 1, section 1, §1, A.

(38) Equal Pay Act de 1970, telle qu'elle a été modifiée par la Sex Discrimination Act de 1975.

(39) Clay Cross (Quarry Services) Ltd. / Fletcher [1979] ICR p.1.

simplement que la femme employée reçoit un traitement inférieur pour des raisons extérieures à son sexe; encore fallait-il que cette différence résultât de "l'équation personnelle"(40) des employés, homme ou femme. Ainsi, dans l'affaire en question, la justification de l'employeur qui avait embauché un homme, peu après avoir embauché une femme pour un poste équivalent mais à un salaire inférieur, en prétendant que "la personne en question était le seul candidat valable pour le poste et n'avait pas accepté de travailler pour moins"(41) n'a pas été acceptée.

Or dans un jugement récent de la Chambre des Lords, cette intégration de la seule "équation personnelle" comme fondement possible d'une différence de traitement entre homme et femme, a été rejetée, comme étant "par trop restrictive"(42). L'affaire concernait le système public britannique de santé. Voulant créer un service performant de prothèses médicales, le ministre compétent avait décidé d'embaucher du personnel médical travaillant auparavant dans le secteur privé et ce, pour pouvoir attirer les candidats pour la création du nouveau service, en proposant les mêmes salaires que ceux du secteur privé. Le secteur médical privé étant en Grande Bretagne beaucoup mieux rémunéré que son homologue public, cette échelle de rémunération n'a été envisagée que dans cette circonstance "exceptionnelle" de création d'un nouveau service, et de façon donc provisoire: toute nouvelle embauche serait effectuée selon l'échelle de rémunérations du secteur médical public. Un peu plus tard, une femme a été recrutée pour un poste analogue, bénéficiant du statut salarial "public" (toutes les personnes embauchées initialement étaient, bien qu'accidentellement, des hommes). Elle a aussitôt contestée en justice les conditions de rémunération de son contrat, faisant état de ce que la rémunération pour un travail équivalent de ses collègues hommes était bien supérieure à la sienne.

Pour rejeter ses allégations, la Cour a affirmé que la "différence matérielle" de situation, pouvant fonder une rémunération différente pour un travail égal, ne devait pas résulter uniquement de l'"équation personnelle" des salariés, mais pouvait aussi exister là où "cela paraît raisonnablement nécessaire pour atteindre un résultat légitime, autre que la création de main d'œuvre féminine sous payée, et répondant à des raisons économiques ou d'autres raisons d'efficacité administrative"(43), c'est-à-dire correspondant de manière proportionnée à des motifs d'intérêt général.

L'existence d'un contrôle de proportionnalité intégrant les motifs d'intérêt général afin de se prononcer sur la légalité de l'atteinte au principe de l'égalité des sexes, apparaît de manière frappante dans la motivation du jugement par lord Keith of Kinkel. Ce dernier fonde en effet presque exclusivement son interprétation de la loi anglaise sur un jugement de la Cour de justice des Communautés européennes qu'il estime analogue(44), et dont il cite les termes suivants: "une compagnie de commerce de détail peut justifier l'adoption d'une

(40) Ibid, per lord DENNING, p.5.

(41) Ibid. Lord DENNING affirmait: "Un employeur ne peut éviter ses obligations en disant "Je rémunère [l'homme] plus parce qu'il a demandé plus" ou "je rémunère [la femme] moins parce qu'elle a accepté de travailler pour moins".

(42) Rainey / Greater Glasgow Health Board [1987] ICR, p.129 (p.140) per Lord KEITH of KINKEL.

(43) Ibid, p.130, voir aussi p.140.

(44) Bilka-Kaufhaus G.M.B.H. / Weber von Hartz, 170/84 [1987] ICR p.110.

politique défavorable aux salariés à temps partiel (...) si les moyens choisis pour atteindre un but légitime correspondent réellement à ce but, et sont appropriés et nécessaires pour l'atteindre"(45). On observe aisément l'emploi de la logique de la proportionnalité des moyens au but, familière au juge continental, et qui inspire ici la qualification juridique effectuée à propos de la notion de "différence matérielle" par le juge britannique(46).

Déterminante dans ce cas, l'influence des méthodes d'interprétation continentales n'est dans d'autres cas aucunement perceptible. Ainsi, dans deux affaires jugées simultanément en février 1983(47), la Chambre des Lords a eu l'occasion de se prononcer sur la qualification juridique du terme "illegal entrant" de la loi de 1971 sur l'immigration(48). Les requérants des ces affaires, MM. Khera et Khawaja, étaient taxés par l'autorité administrative d'avoir dissimulé leur mariage, et de l'avoir donc induite en erreur quant aux circonstances sur la base desquelles une autorisation de séjour leur a initialement été délivrée. Mais il n'a pas été prouvé que le premier de ces requérants avait positivement menti à une question précise; tandis que le second avait manifestement dissimulé la vérité consciemment, étant entré avec un visa touristique tandis que la procédure de son mariage était déjà en cours(49).

Revenant sur une décision précédente(50), la Chambre des Lords a affirmé que si "le silence quant à un fait matériel était susceptible de constituer une dissimulation rendant la personne ayant bénéficié d'un permis un "illegal

(45) Rainey / Greater Glasgow Health Board, arrêt précité, p.143. Dans l'affaire Bilka, une société allemande avait choisi d'exclure de sa politique des retraites tous les salariés à temps partiel, très majoritairement de femmes, dans le but de favoriser l'emploi permanent (composé très majoritairement par des hommes).

(46) Cf. l'arrêt récent Webb / EMO Air Cargo (U.K) Ltd. [1993] WLR p.49. Dans cette affaire, concernant le licenciement d'une femme enceinte, l'employeur soutenait que l'impossibilité de son (ex) employée de satisfaire à une "condition" essentielle de son contrat (elle avait été embauchée pour remplacer une autre employée en... congé maternité) rendait son licenciement "justifiable" à l'égard de la loi anglaise sur la non discrimination entre hommes et femmes. Se référant explicitement aux principes dégagés dans l'arrêt précité Rainey / Greater Glasgow Health Board, Lord KEITH of KINKEL affirma à ce propos que pour que le non respect de la "condition" en question puisse rendre le licenciement "justifiable", était nécessaire "une pondération objective entre l'effet discriminatoire de ladite condition pour l'employé(e) et les besoins raisonnables de l'employeur imposant cette condition" (arrêt précité, p.56). L'affaire se termina provisoirement par un renvoi devant la Cour de justice des Communautés européennes ...

(47) Bohar Singh Khera / Secretary of State for the Home Department, et Salamat Ullah Khawaja / Secretary of State for the Home Department, [1983] 2 WLR p.321.

(48) Immigration Act 1971, S.33: "(...) le terme "entrant" désigne la personne entrant ou recherchant à entrer au Royaume Uni, et celui d'"illegal entrant" désigne la personne qui entre ou tente d'entrer contrairement à une décision d'expulsion ou contrairement aux lois sur l'immigration, et aussi la personne qu'a entré au Royaume Uni dans ces conditions par le passé".

(49) Le premier requérant au contraire avait effectué une demande d'installation, mais qui n'aurait probablement pas été accordée si la circonstance de son mariage avait été connue.

(50) R. / Secretary of State for the Home Department, ex parte Zamir [1980] AC p.930.

entrant" (...), il n'existait toutefois pas d'obligation positive de "candeur"(51), s'assimilant à une bonne foi absolue du candidat à l'immigration". Par conséquent, la première décision de l'administration a été renversée, la seconde confirmée. Pour arriver à ce résultat la Haute juridiction effectuait en réalité un raisonnement de proportionnalité: si l'administration pouvait se fonder sur la mauvaise foi de l'immigrant dans l'intérêt du but légitime que constitue le contrôle efficace de l'immigration, elle ne pouvait néanmoins pas aller jusqu'à exiger un comportement qui s'assimilerait à une atteinte excessive aux droits de l'immigrant(52).

Conclusion du paragraphe: Bien que d'une bien moindre importance qu'en France, le processus de "qualification juridique" peut, en Angleterre aussi, révéler le recours au contrôle de proportionnalité, suivant d'ailleurs souvent un raisonnement original, plus tributaire de la logique d'équité anglo-saxonne que du raisonnement de proportionnalité continental. Un dernier exemple de cette affirmation relative à la proportionnalité-interprétation peut être apporté par la brève présentation de la doctrine anglaise de l'estoppel.

§4. "Estoppel"

Le terme juridique de l'estoppel, traduit en général par "fin de non recevoir", désigne aussi une doctrine d'origine privatiste qui n'est pas dépourvue d'applications en droit public.

En droit privé, cette doctrine peut être invoquée pour empêcher l'exercice d'un droit, dans le cas où la personne détentrice de ce droit a par son comportement induit en erreur une autre personne quant à l'existence de ce droit. Ainsi, si quelqu'un commence à bâtir un immeuble sur un terrain qu'il pense lui appartenir, et si le propriétaire véritable du terrain s'aperçoit de la construction en cours mais s'abstient de toute action, ce dernier ne pourra pas par la suite faire valoir ses droits sur l'immeuble bâti.

Dans la mesure où la puissance publique établit des relations de droit privé, il est naturel qu'en droit anglais elle soit, au même titre que toute personne privée, soumise à la doctrine de l'estoppel: une autorité locale ayant accordé à un agent contractuel un statut particulier ne pourra ainsi se rétracter par la suite(53).

(51) "A positive duty of candour", selon l'expression utilisée pour la première fois par Lord WILBERFORCE dans l'arrêt *Zamir* précité (p.950). La technique utilisée par la Chambre des Lords pour l'"adaptation" de sa propre jurisprudence est intéressante: la phrase critique a été caractérisée par tous les lords, y compris lord WILBERFORCE lui-même, comme obiter dictum, ne s'intégrant donc pas au dispositif même de l'arrêt et n'ayant pas à être respecté.

(52) Lord FRASER of TULLYBELTON d'ailleurs affirma que "le degré de probabilité de la preuve doit être proportionné à la nature et la gravité de l'enjeu. Les cas présents, impliquant des atteintes graves à la liberté personnelle, exigent un degré de probabilité élevé" (Bohar Singh Khera / Secretary of State for the Home Department et Salamat Ullah Khawaja / Secretary of State for the Home Department, arrêts précités, p.331).

(53) *Algar / Middlesex County Council* [1945] 2 AllER p.243; voir aussi *Roberts & Co Ltd / Leicestershire CC* [1961] Ch. p.555.

L'utilisation de l'estoppel en droit public se trouve toutefois en principe exclue dans les cas où cela pourrait conduire une autorité publique d'agir ultra vires. Ainsi la compagnie d'électricité qui, en interprétant mal un compteur électrique, a sous-évalué la charge d'un usager pendant deux ans, ne peut se voir interdire de réclamer rétroactivement la somme réellement due, parce qu'elle avait l'obligation de collecter la somme exacte et n'avait pas le pouvoir d'accorder de rabais(54). Autre exemple: une municipalité qui ne disposait pas du pouvoir d'autoriser la municipalité voisine à utiliser son réseau d'égouts, mais qui a laissé une telle pratique se développer pendant plusieurs années, ne sera pas ultérieurement empêchée de ne plus respecter cet arrangement illégal(55). Bref, la puissance publique ne peut agir illégalement sous prétexte de la théorie de l'estoppel, car cela donnerait lieu à des possibilités évidentes d'abus.

Le caractère inopérant de la théorie de l'estoppel devrait s'étendre, à en croire la majorité de la doctrine, sur l'activité administrative intra vires, mais discrétionnaire(56). L'administration ne pourrait ainsi se lier elle-même pour l'avenir du seul fait d'un usage de son pouvoir discrétionnaire dans un sens donné, ou plus encore, du fait de la simple promesse effectuée par un fonctionnaire d'utiliser une compétence discrétionnaire d'une manière déterminée. Or la jurisprudence, soucieuse de concilier le désir d'équité et les nécessités de l'intérêt général, reste en la matière beaucoup plus nuancée.

Les juges ont certes estimé que si un représentant d'une autorité locale affirme à tort à un particulier qu'il n'y a pas besoin de permis de construire pour un ouvrage, l'autorité administrative compétente n'est pas pour autant privée par la suite de la possibilité d'exiger ce permis de construire et de tirer les conséquences de son absence(57). De même, la décision volontaire d'une autorité locale de payer les frais de transport d'un élève n'a pas créé de droit d'estoppel en sa défaveur quand l'autorité a par la suite constaté qu'elle avait mal évalué la distance entre l'école et la maison et que cette aide financière serait par conséquent contraire à sa pratique habituelle(58). Or de telles décisions font clairement apparaître que l'attachement rigide à la sauvegarde de la libre exercice du pouvoir discrétionnaire peut conduire à des situations fort dommageables pour des particuliers non fautifs.

C'est en faisant cette constatation que certains juges tels que lord Denning, persuadés que la raison d'être de l'estoppel était précisément de palier à de telles situations, se sont résolus à l'appliquer dans ce domaine du pouvoir discrétionnaire involontairement "lié", mais sous condition de respect du principe de proportionnalité.

(54) *Maritime Electric Company / General Dairies Ltd.* [1937] AC p.610.

(55) *Islington Vestry / Hornsey Urban Council* [1900] 1 Ch. p.695.

(56) Ainsi explicitement H.W.R. WADE, *Administrative law*, ouvrage précité, p.381; plus nuancé mais dans le même sens DE SMITH, *Judicial Review...*, ouvrage précité, p.101.

(57) *Southend on Sea Corporation / Hodgson (Wickford) Ltd.* [1961] 2 AllER p.46.

(58) *Rootkin / Kent CC* [1981] 1 WLR p.1186. La distance s'étant finalement avérée être supérieure à trois miles, l'aide pour les frais de transport préalablement accordée sur la conviction contraire a été retirée.

Ainsi, déjà dans une décision de 1949(59), lord Denning a jugé qu'un officier de l'armée pouvait se fonder sur l'affirmation du ministre de la Défense lui accordant une pension, bien que cette autorité soit incompétente et n'ait pas consulté le ministère des pensions et retraites, normalement compétent en la matière. La ratio de cette décision a été explicitée dans une décision ultérieure, rendue elle aussi par lord Denning qui y affirmait: "Il est souvent soutenu, je le sais, qu'une autorité publique, à laquelle le parlement a confié l'exercice de prérogatives de puissance publique dans un but d'intérêt général, ne peut se lier elle-même dans l'exercice de ces pouvoirs. (...) Mais ceci est valable seulement dans la mesure où ces pouvoirs ne sont pas utilisés à tort; et c'est un abus de pouvoir que d'agir de manière inéquitable envers un citoyen, quand aucun motif d'intérêt public impérieux ne l'exige(60). Et dans un jugement rendu peu de temps après, cette logique de contrôle de proportionnalité était de nouveau confirmée, en des termes encore plus explicites: "La Couronne peut toutefois se voir opposer un estoppel si elle abuse de ses pouvoirs; et elle agit de la sorte quand elle les exerce dans des circonstances qui peuvent causer du tort à un justiciable sans que ce tort soit contrebalancé par un avantage suffisant pour la collectivité"(61).

Cette catégorie de décisions, intégrant le contrôle de proportionnalité comme condition d'application de la doctrine de l'estoppel demeure certes controversée(62). De plus, il est évident que la volonté première derrière cette série de décisions était un désir d'équité et non une quelconque "stratégie jurisprudentielle" d'introduction de la proportionnalité. Il n'en demeure pas moins que l'utilisation du contrôle de proportionnalité en lui-même ne fait pas de doute(63) et ce à un tel point que le professeur Craig a pu proposer la suppression en la matière du critère d'*ultra vires* et son remplacement par un contrôle consistant à "soupeser" ("balance") ouvertement les intérêts publics et privés en cause(64).

Conclusion du paragraphe: Les problèmes posés par l'application de la doctrine de l'estoppel sont sans doute assez spécifiques et dépassent le cadre de cette recherche. H. Woolf a même soutenu qu' "il n'est plus nécessaire d'essayer d'appliquer les principes de droit privé de l'estoppel en droit public"(65). Toutefois, le fait même qu'une technique aussi spéciale ait pu faire appel au contrôle de proportionnalité démontre combien la logique de proportionnalité est par nature au cœur de la nécessité qui impose l'existence même d'un droit public

(59) Robertson / Minister of Pensions [1949] 1 KB p.227.

(60) H.T.V. Ltd. / The Price Commission [1976] ICR p.170 (p.183).

(61) Laker Airways / Secretary of State [1977] 2 WLR p.234. L'annulation finalement intervenue n'a toutefois pas été fondée sur l'estoppel mais sur sur la *unreasonableness* de la décision administrative en cause: cf. section 2.

(62) Cf. par exemple l'arrêt de la Chambre des Lords Howell / Falmouth Boat Construction Co. Ltd. [1951] AC p.837 (p.845), critiquant sévèrement les points de vue de lord DENNING.

(63) En ce sens GARNER, *The Principle of Proportionality*, Rapport national pour le Royaume Uni au 10e Congrès International de droit comparé, Budapest 1978, pp.4s.

(64) CRAIG, *Administrative law*, ouvrage précité, pp.567-71.

(65) H. WOOLF, *Public Law - Private Law* (...) article précité, p.227.

spécifique: concilier la recherche indispensable de l'intérêt général avec celle, non moins légitime, de protection de l'essentiel des droits et intérêts privés.

Conclusion de la section: A travers la description de certains mécanismes de contrôle juridictionnel anglais courants, on a tenté de démontrer qu'Outre-Manche aussi le raisonnement de la proportionnalité - interprétation existe et est effectivement utilisé. Est-ce également le cas du contrôle de proportionnalité - appréciation?

Section 2

Le contrôle de "reasonableness": un contrôle de proportionnalité - appréciation?

De prime abord, on serait tenté d'y répondre négativement. La *reasonableness* apparaît en effet en Angleterre comme l'ultime rempart du contrôle juridictionnel contre l'abus du pouvoir discrétionnaire, comme une condition légale souple, existant malgré toute disposition écrite apparemment contraire(66): c'est donc elle qui servirait de moyen immédiat de contrôle, la proportionnalité ne pouvant la servir que de manière médiate. Or si on a considéré le contrôle de la nécessité, celui du bilan ou encore celui de l'erreur manifeste d'appréciation comme étant en France des formes d'intervention du contrôle de proportionnalité - appréciation(67), c'est que le critère de distinction ne repose pas sur le seul vocabulaire.

Dans le cas présent comme à propos de ces développements sur la France, on se trouve dans le domaine du contrôle juridictionnel d'un pouvoir discrétionnaire reconnu pourtant comme tel par le juge(68). Si ici la poursuite a priori légitime d'un but en soi légal peut éventuellement être censurée, c'est que souvent dans ces cas, le contrôle de la *reasonableness* se confond entièrement avec le raisonnement de proportionnalité tel qu'on l'a déjà décrit. Comme l'erreur manifeste d'appréciation française, la *reasonableness* anglaise traduit souvent des

(66) Voir à titre d'exemple *Commissioners of Customs and Excise / Cure & Deeley Ltd.* [1962] 1 QB p.340: des expressions textuelles tels que "dans la mesure où cela apparaît nécessaire [à l'autorité administrative]" ne peuvent exclure le contrôle de *reasonableness*.

(67) Voir partie I, titre 1, chapitre 2, section 1, sous-section 2.

(68) Cf. J. BELL, *Aspects de l'évolution...*, article précité, p.234. Cela était aussi vrai pour la technique de *bad faith*, mais là c'est le but en soi de l'acte administratif qui est apparemment contesté; par ailleurs, les techniques des "*irrelevant considerations*" et de l'estoppel visent en principe le processus de prise de la décision discrétionnaire. La *reasonableness* par contre, concerne ouvertement le fond de l'appréciation discrétionnaire. A la limite, il ne s'agira même pas de dire si l'acte a été *intra vires* ou *ultra vires*, mais s'il a été *right* ou *wrong*; de ré-appréier donc l'appréciation administrative a priori souveraine, et de la censurer pour la seule raison qu'elle apparaisse [au juge] comme étant excessive.

formes de contrôle de proportionnalité, quelques fois même à peine atténuées: du coup, de notre point de vue, c'est le contrôle de proportionnalité qui servira de moyen immédiat de contrôle.

On examinera successivement les deux principaux aspects déjà décrits de la proportionnalité - appréciation(69): l'interdiction d'excès (§1) et le bilan (§2).

§1. "Reasonableness" et interdiction d'excès

Pratiquement acquis de manière systématique en ce qui concerne l'exercice d'une compétence discrétionnaire, non seulement en l'absence de toute condition légale l'impliquant, mais même en présence de conditions légales visant implicitement à l'exclure(70), le contrôle de reasonableness peut ainsi servir pour la mise en œuvre du contrôle de proportionnalité dans sa forme de l'interdiction d'excès.

C'est par exemple le cas depuis plus d'un siècle, à propos des pouvoirs d'expropriation détenus par la puissance publique. En effet, si en principe l'autorité expropriante peut acquérir autant de surface de terrain qu'elle l'estime nécessaire pour la réalisation du but d'utilité publique poursuivi, il arrive qu'elle soit censurée si elle essaye d'acquérir plus que ce qui peut être considéré comme raisonnablement nécessaire: elle ne pourra par exemple pas exproprier la totalité d'un terrain si seulement une petite partie est nécessaire pour l'élargissement d'une route en cours(71). On le voit déjà, l'excès commis dans une activité administrative en soi légale, peut entraîner la censure pour disproportion.

Il en va de même, et de manière encore plus claire, pour certains cas de sanction excessive imposée par une autorité administrative. Ainsi, dans une affaire souvent citée *R. / Barnsley Metropolitan Borough Council ex parte Hook*(72) la Cour d'Appel devait se prononcer sur la révocation de l'autorisation d'un petit commerçant, sanctionné pour avoir uriné en public et offensé l'inspecteur lui ayant reproché son acte. Le motif principal de l'annulation de cette révocation a été pour la Cour qu'un tel incident mineur et isolé ne pouvait justifier la mesure "disproportionnellement sévère"(73) consistant à priver le commerçant de ses moyens d'existence. Lord Denning a même affirmé que plusieurs "arrêts antérieurs montrent que le juge peut intervenir si la sanction est excessive et hors de proportion avec la situation concrète"(74). L'application du

(69) Cf. partie I, titre 1, chapitre 2, section 1, sous-section 2.

(70) Voir, outre l'arrêt *Commissioners of Customs and Excise / Cure & Deeley Ltd.* précité: *R. / Minister of Housing and Local Government ex parte Chichester Rural District Council* [1960] 1 WLR p.587; aussi le jugement de lord DENNING dans *Ashbridge Investments Ltd. / Minister of Housing and Local Government* [1965] 1 WLR p.1320 (p.1326).

(71) *Gard / Commissioners of Sewers of City of London* [1885] 28 CH.D. p.486; *Denman & Co. Ltd. / Westminster Cpn.* [1906] 1 Ch. p.464.

(72) [1976] 1 WLR p.1052. Voir également *Nakkuda Ali / Jayaratne* [1951] AC p.66.

(73) *R. / Barnsley Metropolitan Borough Council ex parte Hook*, arrêt précité, p.1063 (per Sir JOHN PENNYCUICK).

(74) *Ibid.*, p.1057. Lord DENNING cite en exemple la décision *R. / Northumberland Compensation Appeal Tribunal*, ex parte *Shaw* [1952] 1 KB p.338. Une petite amende, serait pour lui la sanction appropriée.

contrôle de proportionnalité à travers cette décision est tellement claire que c'est en la commentant que le professeur Wade effectue sa remarque à propos de l'existence d'un principe de proportionnalité "(...) déjà disponible en droit anglais sous la forme du principe de reasonableness"(75).

Le contentieux relatif aux décisions de planification et d'urbanisme a donné lieu à un nombre significatif d'applications du contrôle de proportionnalité à travers la technique de reasonableness. Dans une décision *Niarchos Ltd / Secretary of State for the Environment*(76), l'autorité locale avait refusé à la société requérante l'autorisation de continuer à utiliser des locaux sous sa possession comme bureaux à usage locatif, étant donné l'appartenance des immeubles en question à un quartier résidentiel. La requérante, titulaire d'une autorisation provisoire venant à expiration, soutenait que le coût nécessaire à la reconversion était trop élevé; elle a été déboutée par le ministre en appel. La Cour estima au contraire que le coût à supporter devait être pris en considération et qu'il était en l'occurrence excessif: pour les juges, les pouvoirs de l'administration étaient a priori discrétionnaires, et le but recherché légitime(77), mais les conséquences de la mesure étaient "déraisonnablement pesantes" pour la compagnie et donc de nature à entraîner l'illégalité in fine de la décision.

Conclusion du paragraphe: Le contrôle de proportionnalité dans sa forme de l'interdiction d'excès trouve en la technique de reasonableness autant un substitut qu'un moyen de mise en œuvre. C'est d'ailleurs l'immense malléabilité(78) de cette création juridictionnelle anglaise qui a jusqu'à ce jour été l'obstacle principal et déterminant à l'adoption expresse du contrôle de proportionnalité. Reste à voir si la technique de reasonableness ne trouve pas ses limites lorsqu'elle est appelée à servir comme vecteur d'un raisonnement du type proportionnalité - bilan.

§2. "Reasonableness" et proportionnalité - bilan?

Bien que le contrôle du "bilan" soit à proprement dire absent du contentieux administratif anglais, il arrive effectivement que certains de ses aspects soient examinés à travers la technique de la reasonableness.

Déjà, la prise en considération du coût financier de la mesure administrative(79) ne renforce pas seulement le contrôle de l'interdiction d'excès; elle amorce également une application, certes timide, de la proportionnalité - bilan(80).

(75) H.W.R. WADE, *Administrative law*, ouvrage précité, p.429. Cf. partie I, titre 3, chapitre 2, section 1, §1 à propos de cette importante affirmation.

(76) High Court, [1977] 76 LGR p.480.

(77) L'obligation de reconversion serait donc légale, si le coût n'était pas excessif pour le particulier (en l'occurrence, le coût allait être supérieur à la valeur vénale des immeubles).

(78) Comme le rappelle le professeur WADE, "le standard de reasonableness varie avec la situation. L'idée préconçue qui doit toujours être évitée est l'interprétation littérale et l'application de conceptions rigides (*Administrative law*, ouvrage précité, p.403).

(79) Cf. *Niarchos Ltd. / Secretary of State for the Environment*, arrêt précité.

(80) Cf. partie I, titre 1, chapitre 2, section 1, Sous-section 2, §3; également nos développements dans le deuxième chapitre du présent titre.

Par ailleurs, à défaut de l'appliquer ouvertement lui-même, il arrive que le juge oblige l'administration à opérer un bilan "coûts-avantages". Ainsi dans une affaire *R. / Secretary of State for the Environment* ex parte Binney, le ministre avait le pouvoir légal de ne pas ordonner d'enquête publique à propos d'une construction routière "s'il était persuadé que cela n'était pas nécessaire". Or la Cour jugea qu'"un ministre raisonnable ne pouvait pas éviter l'enquête puisqu'il y avait tant d'opinions divergentes et d'importants intérêts conflictuels"(81). Dans de tels cas, l'on pourrait estimer qu'à travers l'obligation faite à l'autorité, le juge peut aussi examiner les limites extrêmes de l'appréciation administrative en la matière.

Il reste que le juge refuse toujours de conduire lui-même le raisonnement de la proportionnalité-bilan. Ainsi, dans une affaire relativement récente(82), l'opération de comparaison des avantages et des inconvénients de l'option administrative a été formellement repoussée par la Chambre des Lords. Et en refusant un tel contrôle s'agissant d'une décision politique explicitement approuvée par le parlement, lord Scarman, ayant délivré le jugement de la Chambre des Lords, a bien précisé que pour censurer la décision du ministre comme déraisonnable, ainsi que cela était demandé, il faudrait effectuer un contrôle hardi de proportionnalité(83).

Reste un cas où le juge administratif anglais peut se montrer plus exigeant que d'habitude: il s'agit du contentieux que la doctrine anglaise appelle "statutory reasonableness"(84) ("rationalité textuelle"). Dans ce cas, c'est à dire quand l'obligation de rationalité découle du texte même, il arrive qu'un contrôle proche du contrôle de "bilan" soit effectivement exercé, quitte à interpréter le texte en question de manière assez "imaginative".

La démarche des Cours consiste alors à renverser la "charge de la preuve": la décision administrative ne sera pas censurée uniquement si elle apparaît déraisonnable, mais devra apparaître clairement comme raisonnable (donc conforme au texte) pour ne pas être censurée. Or en déplaçant de la sorte le seuil de reasonableness requise, le juge favorise l'intervention du contrôle de proportionnalité.

L'exemple le plus connu de cette démarche est la célèbre affaire *Secretary of State for Education and Science / Tameside Metropolitan Borough Council*(85).

Suite à des élections locales, les nouvelles autorités locales décidèrent de suspendre la réforme des écoles primaires en cours décidée par la majorité précédente. Or la poursuite de la réforme était conforme aux vœux du

(81) *R. / Secretary of State for the Environment* ex parte Binney [1983] The Times, 8 octobre. Voir aussi Luby / Newcastle-under-Lyme Cpn. [1964] 2 QB p.64, à propos d'une augmentation uniforme du prix de logements sociaux; lord DIPLOCK y affirme: "le choix de la structure des logements implique la pondération des intérêts des locataires de logements sociaux dans l'ensemble et des locataires les plus pauvres en particulier vis-à-vis des intérêts des contribuables en général".

(82) Nottinghamshire County Council / Secretary of State for the Environment [1986] arrêt précité.

(83) Ibid, p.183: "Vous êtes invités à juger qu'aucun ministre raisonnable n'aurait accepté de conséquences aussi disproportionnées pour certaines autorités locales".

(84) Voir H.W.R. WADE, Administrative law, ouvrage précité, p.456s.

(85) [1977] AC p.1014, BEATSON & MATTHEWS, Administrative law..., ouvrage précité, p.261.

gouvernement national, qui était de sensibilité politique différente des nouveaux exécutifs locaux. Les textes en vigueur donnaient le pouvoir au ministre de renverser la décision d'une autorité locale en la matière s'il "était persuadé (...) que l'autorité locale se proposait d'agir de façon déraisonnable"(86). Se fondant sur l'inscription de la condition de rationalité dans la loi, et malgré l'apparent pouvoir discrétionnaire du ministre, lord Wilberforce estima que le ministre "n'exerce pas simplement, en vertu de ce texte, une compétence discrétionnaire: il contrôle le choix d'une autre autorité publique qui est elle aussi investie de pouvoirs discrétionnaires et d'obligations"(87). Dès lors, "ce que le ministre peut faire est de s'assurer qu'une telle décision [de l'autorité locale] n'est pas déraisonnable"(88).

Or comment le ministre devait-il s'assurer de la non irrationalité de la décision des autorités locales? Les différents éléments examinés par la Cour montrent que l'on ne se trouve pas loin d'un "bilan" administratif de la décision ministérielle. Ainsi, lord Wilberforce constate que si la décision des municipalités impliquait nécessairement une certaine sélection des élèves, la grande majorité des parents d'élèves y était favorable; tandis que si le projet préalablement engagé se proposait d'améliorer la procédure de sélection, aucun résultat tangible n'était encore apparu au moment de la décision de suspension, et la faisabilité même de la réforme pouvait paraître douteuse. Par ailleurs, si la décision de l'autorité locale présentait l'inconvénient de la réaction éventuellement hostile des organisations syndicales d'enseignants(89), cet élément ne suffisait pas à lui seul à rendre la décision du ministre raisonnable... Les inconvénients paraissant ainsi supérieurs aux avantages, la décision ministérielle fut annulée. Il semble donc que l'on se trouve ici en présence d'un contrôle de proportionnalité - bilan; mais des appuis textuels ont été nécessaires au juge, et de telles décisions semblent en tout état de cause bien isolées(90).

Conclusion du paragraphe et de la section: Lorsque le contrôle de la reasonableness cesse de se conformer à la définition excessivement restrictive de lord Reid(91), c'est à dire à la censure de la seule décision administrative absurde, il se confond pratiquement avec l'interdiction de la disproportion excessive(92). Le contrôle du bilan est quant à lui, pratiquement absent, du moins sous la forme élaborée connue en France. Toutefois, la prise en compte globale des circonstances de l'espèce, autrement dit la refonte de l'appréciation administrative

(86) Section 68 de la Education Act de 1944.

(87) *Secretary of State for Education and Science / Tameside Metropolitan Borough Council*, arrêt précité, p.263.

(88) Ibid.

(89) Il faut remarquer que la Chambre des Lords examine ce point bien qu'elle avoue qu'aucune des parties ne l'a soulevé; on voit combien le juge tient à avoir une image complète de l'appréciation administrative.

(90) Voir toutefois nos développements dans le chapitre 2, spécialement le paragraphe 3.

(91) Cf. *Associated Provincial Picture Houses Ltd. / Wednesbury Corporation* [1948], arrêt précité.

(92) Ce qui n'est, ainsi que l'on a vu à propos de nos développements sur la France, nullement incompatible avec une réelle variation de l'intensité du contrôle juridictionnel; car le contrôle de la nécessité ou de l'interdiction d'excès est lui-même modulable: cf. partie I, titre 1, chapitre 2, section 2, sous-section 1, §1.

afin, si non de s'y substituer, au moins d'en surveiller les limites, n'est pas inconnue du juge anglais: là encore, c'est la technique de reasonableness qui lui servira de moyen principal.

Conclusion du chapitre: Au terme de cette tentative de description des techniques juridictionnelles anglaises, un phénomène déjà rencontré⁽⁹³⁾ réapparaît. En dépit de l'insistance séculaire de la doctrine anglaise quant à l'opposition des systèmes administratifs français et anglais et malgré la réflexion quant à l'introduction d'un contrôle de proportionnalité affiché - "à l'allemande"? - les similitudes sont en réalité frappantes avec la France.

Cette remarque est avant tout valable pour les relations entre pouvoir discrétionnaire et contrôle juridictionnel, puisque au delà de la réserve formelle manifestée par le juge, un même cheminement intellectuel est décelable dans les deux pays, passant du contrôle du but - mobile au contrôle des motifs et visant plus à établir une surveillance discrète de la puissance publique en collaboration avec elle que de la censurer systématiquement suivant des règles rigides.

Or dans ce cadre, c'est aussi un contrôle de proportionnalité similaire que l'on rencontre, même s'il reste dissimulé sous des techniques de contrôle juridictionnel plus "classiques". D'ailleurs, dans l'objectif de surveillance de l'appréciation de la puissance publique, le choix de la technique juridictionnelle a à la limite peu d'importance, celles-ci pouvant à la fois se substituer et se cumuler en fonction du résultat recherché. C'est ce résultat qu'il convient d'examiner à présent.

CHAPITRE SECOND

LA PRATIQUE DU CONTRÔLE DE PROPORTIONNALITÉ A TRAVERS LES DIFFÉRENTS TYPES DE CONTENTIEUX

Trouvant dans les techniques traditionnelles du juge anglais déjà décrites ses moyens de mise en œuvre, le contrôle de proportionnalité existe en Angleterre, malgré les apparences contraires. Cela dit, l'analyse des décisions jurisprudentielles ne saurait tourner, sous prétexte de découverte d'aspects inconnus et d'originalité, en déformation de la pensée du juge et du sens réel de la décision. En effet, si le contrôle de proportionnalité existe en Angleterre, ce n'est pas seulement de manière occulte, mais également sporadique. Dès lors, au lieu de parler de la "portée" de ce contrôle⁽¹⁾, en décelant ses éventuelles "zones d'ombre", on sera plutôt obligés de tenter de faire apparaître, par la description de cas plus ou moins isolés, de "zones de lumière".

Afin de faciliter la comparaison, une "grille de lecture" familière au juriste continental sera adoptée: on examinera successivement les décisions administratives touchant aux libertés individuelles (§1), le contentieux d'urbanisme au sens large (§2) et finalement les décisions ayant trait à l'interventionnisme économique de la puissance publique (§3)(2).

§1. Le domaine des libertés

Sont rassemblées sous cette rubrique les décisions rendues à propos de mesures administratives à caractère individuel s'assimilant le plus souvent à différentes formes de sanction, ou d'atteinte à la liberté individuelle.

Ce large contentieux est naturellement celui où la détection du contrôle de proportionnalité est la plus probable. Dès 1689 en effet, le "Bill of Rights" anglais a prévu l'interdiction des "amendes excessives" et des "punitions cruelles et inhabituelles". Dans la mesure où une décision administrative peut s'apparenter à une sanction, elle sera donc souvent soumise à un contrôle de proportionnalité implicite, et ce même si elle intervient dans le cadre d'un pouvoir discrétionnaire.

Dans la décision *R. / Secretary of State for the Home Department*, ex parte Benwell, le juge Hodgson affirma ainsi que "dans un cas extrême une sanction administrative pourra être utilement contestée au motif qu'elle fut si disproportionnée à la faute au point de devenir perverse"⁽³⁾. De même, dans l'affaire *R. / St. Albans Crown Court* ex parte Cinnamond, une suppression de permis de conduire de dix huit mois a été considérée comme "excessive à un tel

(93) Cf. partie I, titre 3, chapitre 2, section 2, §1.

(1) Cf. partie I, titre 3, chapitre 2, section 1, §2, A.

(2) Une telle "classification" ne peut naturellement avoir des prétentions de rigueur scientifique; elle vise uniquement à faciliter la présentation, au juriste continental, d'un ensemble de décisions fort disparates et souvent isolées.

(3) [1984] 1 CR p.723 (p.736).

degré, qu'elle rendait forcément la décision déraisonnable"(4). Plus récemment enfin, l'affaire R. / London Borough of Brent, ex parte Assegai(5) donna lieu à une application quasi explicite du contrôle de proportionnalité. Trouvant la conduite d'un administré inacceptable, une municipalité avait en effet décidé de lui interdire l'accès à toute immeuble lui appartenant: lord Woolf a jugé cette attitude "trop large et totalement hors de proportion avec les faits reprochés au requérant".

Ces cas peuvent être rapprochés d'une jurisprudence plus ancienne concernant le licenciement illicite de professeurs par l'autorité locale qui les emploie. Ce licenciement serait justifié s'il intervenait sur un motif en rapport avec les obligations de l'enseignant, mais pas quand celui-ci a simplement refusé de collecter de l'argent pour le repas des élèves de l'école(6).

Le contentieux relatif à l'immigration est évidemment beaucoup plus sensible. Toutefois, quelques décisions recèlent un certain contrôle de proportionnalité, même s'il n'intervient souvent que par le biais de techniques juridictionnelles détournées, comme celle des "irrelevant considerations"(7). Outre l'arrêt déjà commenté(8), on peut citer le cas d'une annulation au motif que le danger pour l'expulsé n'a pas été convenablement pris en considération(9), ainsi que celui où un mariage "blanc", ayant tout de même abouti à un réel sentiment entre les époux, ne devait plus être considéré comme n'étant pas de nature à empêcher une mesure d'expulsion(10).

Dans le même registre, quand la mesure d'expulsion est motivée par un crime commis par l'expulsé, le juge accepte de tenir implicitement compte de la gravité dudit crime, et de l'évaluer avec d'autres éléments concrets de l'espèce, comme par exemple les incidences qu'aurait la mesure d'expulsion sur la famille de la personne expulsée(11).

Finalement, un certain nombre de décisions administratives constituant de sanctions au sens large, ont pu être annulées par les Cours sur un raisonnement voisin de celui du contrôle de proportionnalité.

Ce fut notamment le cas de l'affaire Wheeler / Leicester City Council(12). Suite à une décision de l'équipe nationale anglaise de rugby concernant une tournée en Afrique du Sud, la municipalité de Leicester décida d'exercer pression sur trois membres de l'équipe qui appartenaient à l'équipe

(4) [1981] QB p.480. Voir aussi l'arrêt précité R. / Barnsley Metropolitan Borough Council ex parte Hook.

(5) The Times, 18 juillet 1987.

(6) Price / Sunderland Cpn. [1956] 1 WLR p.1253. Cette jurisprudence rassemble un certain nombre de décisions aujourd'hui pittoresques: Dans un arrêt Short / Poole Cpn. [1926] Ch. p.66, le licenciement d'une femme professeur mariée a été considéré légal sur le motif que les femmes mariées étaient moins disponibles et les femmes célibataires avaient un besoin plus urgent de travailler...

(7) Voir chapitre 1, section 1, §2.

(8) R. / Immigration Appeal Tribunal ex parte Bakhtaur Singh, arrêt précité: cf. chapitre 1, section 1, §2.

(9) R. / Home Secretary ex parte Bugdaycay [1987] AC p.514; voir aussi R. / Immigration Appeal Tribunal ex parte Bastiampillai [1983] 2 ALLER p.844.

(10) R. / Immigration Appeal Tribunal ex parte Kumar, The Times, 13 août 1986.

(11) R. / Nazari [1980] 1 WLR, p.1366.

(12) [1985] AC p.1054; [1985] ALLER p.1106.

locale, Leicester FC, pour empêcher leur participation à la tournée. Les menaces n'ayant pas eu de résultat, la municipalité décida de refuser au club tout accès aux installations sportives de la commune pendant les douze mois à venir. La Cour d'appel a rejeté la requête en annulation de cette décision, mais son jugement a été renversé par la Chambre des Lords: selon cette dernière, si la préoccupation de la commune de Leicester, dont 25% de la population était d'origine asiatique ou africaine, était fort compréhensible et son but légitime, la sanction n'était pas moins disproportionnée(13).

Conclusion du paragraphe: Le contentieux des mesures administratives portant atteinte aux libertés de la personne est en Angleterre aussi un domaine privilégié du contrôle de proportionnalité. Tout en étant pratiquement toujours implicite, et même dissimulé, il reste souvent présent et est même en train de s'étendre de manière constante(14).

§2. Les mesures d'"urbanisme"

Le domaine de l'urbanisme au sens large est un lieu privilégié de l'interventionnisme étatique largement discrétionnaire, souvent contraire aux intérêts privés. Mais que ce soit dû à la présomption souvent très forte d'intérêt général bénéficiant à l'administration, à la coloration politique des décisions (notamment à propos de grands projets), ou finalement au rôle même du contentieux en la matière, qui est plus limité en Angleterre qu'en France ou en Allemagne, l'intervention du contrôle de proportionnalité n'est pas favorisée.

Néanmoins, si ses formes les plus élaborées, telle la théorie du "bilan", sont effectivement globalement absentes, le contrôle de proportionnalité, si sporadique soit-il, n'y est pas pour autant complètement inexistant.

- C'est ainsi dès le XVI^e siècle que la logique de la proportionnalité peut être décelée dans une décision rendue par le célèbre juriste Coke, où l'acte ayant mis les frais d'aménagement d'une rivière, entièrement à la charge d'un seul riverain a été annulé(15).

Par ailleurs, dans une autre décision Dormer / Newcastle upon Tyne Cpn., il a été jugé que le pouvoir de l'administration d'ériger des barrières en bordure de route pour la protection des piétons ne justifiait pas la construction

(13) Voir aussi R. / Lewisham LBC ex parte Shell UK Ltd., The Times, 23 décembre 1987 (sanction illégale envers une compagnie commerçant avec l'Afrique du Sud) et Congreve / Home Office [1976] QB p.629.

(14) Voir en ce sens, R. / Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs ex parte Everett, The Times, 10 décembre 1987, où est annulé le refus d'accorder un passeport, ou encore R. / Home Secretary ex parte Handcomb, The Times, 4 mars 1987; The Independent, 3 mars 1987, à propos d'une restriction excessive des droits des prisonniers de droit commun.

(15) [1598] 5 Co. Rep. 99b, cité par H.W.R. WADE, Administrative law, ouvrage précité, p.395; voir également Leader / Moxon [1773] 2 W.Bl. 924.

d'un mur empêchant la lumière du jour de pénétrer dans une habitation riveraine(16).

En matière d'expropriation, le contrôle de proportionnalité peut être constaté à propos d'un certain nombre de décisions, ce qui est somme toute naturel concernant un élément essentiel de l'économie du marché, le droit de propriété.

Il a été ainsi jugé qu'une expropriation est déraisonnable, quand l'autorité possède déjà, ou peut acquérir par accord mutuel, un autre terrain également approprié pour le but recherché(17). De même, une autre décision d'expropriation a été annulée parce que le ministre n'a pas suffisamment pris en considération une proposition alternative du propriétaire qui aurait rendu l'opération moins onéreuse(18). Il s'agit là clairement, pour reprendre la conception allemande de la proportionnalité, d'un contrôle implicite de la deuxième condition de la proportionnalité au sens large, celle de la nécessité: la mesure est illégale s'il existe un autre moyen, aussi efficace mais moins douloureux pour l'administré.

Ces décisions, bien qu'inconstantes et assez rares, sont d'origine bien ancienne, puisque dès la fin du XIXe siècle il arriva que les Cours estimèrent que l'expropriation d'un terrain plus grand que nécessaire pour le but visé est illégale(19).

De façon plus générale on peut donc dire que, même si la décision d'expropriation intervient normalement toutes les fois que celle-ci "semble nécessaire" à l'autorité administrative compétente, elle peut néanmoins être annulée par le juge si ce dernier conclut qu'en réalité l'expropriation "ne semblait pas nécessaire"(20) parce qu'entraînant une atteinte excessive au droit de propriété eu égard à l'intérêt général que s'y attache. Et le fait que le juge utilise le vaste pouvoir qu'il s'est lui-même accordé avec beaucoup de mesure et de circonspection, ne change en rien la nature même de son contrôle.

- Concernant les décisions d'urbanisme proprement dit, le contrôle de proportionnalité est en principe absent; il l'est aussi dans les faits, du moins en ce qui concerne les décisions importantes, comme la planification à grande échelle(21) ou encore la réalisation d'un grand projet(22). Le professeur de Smith affirme ainsi qu'il serait "imprudent de croire (...) que les Cours appliqueront le

(16) [1940] 2 KB p.204 (p.217); cf. la décision anthologique *Biddulph / Vestry of St. George, Hanover Square* [1863] 33 LJ Ch. p.411, dans laquelle la construction d'un urinoir public près du palais de Buckingham a été annulée comme "inacceptable devant toute maison d'un gentleman".

(17) *Brown / Secretary of State for the Environment*, arrêt précité.

(18) *Prest / Secretary of State for Wales*, arrêt précité.

(19) *Gard / Commissioners of Sewers of City of London et Denman & Co. Ltd. / Westminster Cpn.*, arrêts précités.

(20) Les termes sont tirés d'un jugement de la Cour d'Appel, *Webb / Minister of Housing and Local Government* [1965] 1 WLR p.755.

(21) Cf. par exemple *Robins & Son Ltd. / Minister of Health* [1939] 1 KB p.520; *Robinson / Minister of Town and Country Planning* [1947] KB p.702.

(22) Le juge n'estime pas sérieux le moyen de reasonableness, ni n'accepte de considérer l'éventualité d'un choix alternatif, quand il s'agit par exemple de contester le développement de l'aéroport de Foulness comme troisième aéroport de Londres (*Essex C.C. / Ministry of Housing and Local Government* [1967] 66 LGR p.23).

même contrôle pour déterminer la validité d'un "plan d'occupation des sols" qu'elles sont maintenant disposées d'appliquer aux mesures de moindre ampleur qu'affectent la liberté d'un propriétaire isolé"(23). Notons que cette affirmation réaliste témoigne d'une évolution réelle en cours: dans le contentieux "mineur" des permis de construire notamment, les décisions qui impliquent la prise en considération du contrôle de proportionnalité, bien que toujours isolées(24), sont de plus en plus nombreuses.

Les Cours n'hésitent ainsi plus à exiger qu'une condition rattachée à un permis de construire soit "en relation raisonnable" avec le projet envisagé par le demandeur: par ce moyen détourné, elles ont pu censurer une condition selon laquelle le permis d'utiliser un ancien hangar d'avions comme entrepôt ne serait accordée que si le propriétaire s'engageait à le démolir l'immeuble en question dans un délai précis(25). Dans l'affaire *Niarchos Ltd. / Secretary of State for the Environment*(26), le coût excessif de la conversion en immeuble d'habitation exigée par l'autorité administrative a entraîné l'annulation du refus d'accorder un permis d'utilisation du local comme immeuble de bureaux. Dans d'autres cas, de semblables conditions ont été annulées comme "nullement nécessaires pour le bon aménagement du site"(27) ou encore comme "limitant excessivement les droits du propriétaire sur sa terre"(28).

Il arrive même que les juges donnent des indications sur l'attitude qu'eux mêmes considèrent comme "raisonnable", avant d'annuler une décision administrative ayant opté pour une solution différente: pour rares qu'ils soient, de telles jugements dissimulent à peine un certain examen de l'opportunité(29).

Conclusion du paragraphe: Se limitant à des applications isolées, souvent dissimulées et n'affectant que les projets d'importance mineure, le contrôle de proportionnalité existe néanmoins dans le domaine de l'urbanisme, surtout en tant que moyen de prévention des atteintes excessives aux intérêts juridiquement protégés des personnes privées. Se fondant sur de précédents progressivement plus nombreux et denses, il a un grand potentiel de développement.

(23) S. DE SMITH, *Judicial Review...*, ouvrage précité, p.296.

(24) Le principe étant, même dans ce domaine, le non-contrôle de la proportionnalité: cf. partie I, titre 3, chapitre 2, section 1, §2, A.

(25) *Newbury District Council / Secretary of State for the Environment* [1980] AC p.528. Voir aussi l'arrêt *Pyx Granite Co Ltd. / Ministry of Housing and Local Government* [1958] 1 QB p.544 (p.572), dans lequel cette même idée a été utilisée par Lord DENNING.

(26) [1977] 76 LGR p.480.

(27) *Mixnam's Properties Ltd. / Chertsey Urban District Council* [1965] AC p.755.

(28) *Hartnell / Minister of Housing and Local Government* [1965] AC p.1134.

(29) *Hall / Shoreham-by-Sea U.D.C.* [1964] 1 ALLER p.1 (condition exigeant la construction d'une route d'accès annulée, la Cour estimant que l'administration aurait dû construire elle-même ladite route, en expropriant le terrain nécessaire); cf. *Royco Homes Ltd. / Hillingdon L.B.C.* [1974] QB p.720.

§3. Les mesures d'interventionnisme économique

Par "interventionnisme économique" on entend ici à la fois l'activité administrative "régulatrice" de la vie économique, par l'édition par exemple d'autorisations pour une activité économique donnée, et celle se concrétisant par l'immixtion directe des personnes publiques dans la vie économique, visant tel ou tel but d'intérêt général. Dans les deux cas, il arrive que les juges contrôlent la proportionnalité de l'activité administrative en question.

La première catégorie de décisions concerne principalement la délivrance d'autorisations ("licences") à des fins économiques.

Ainsi, dans une affaire où le renouvellement de la licence de la cantine d'un théâtre a été refusé, après 50 ans de fonctionnement ininterrompu, au motif que d'autres licences analogues avaient récemment été refusées et que le quartier comprenait suffisamment de cafés, la Cour d'Appel a estimé, pour annuler la décision administrative, que "trop peu de poids a été accordé aux droits existant depuis 50 ans, et trop de poids a été accordé à une stérile volonté de cohérence"(30). Dans un autre arrêt, la Cour jugea que la censure effectuée par le Greater London Council au sujet des films litigieux était excessivement permissif: dans ce cas, c'est une trop importante atteinte à la morale publique qui a motivé la décision juridictionnelle(31).

Dans une autre affaire, R. / Birmingham Licensing Planning Committee ex parte Kennedy(32), l'autorité compétente pour les licences d'exploitation des commerces en Birmingham avait "découragé" pendant 20 ans la réinstallation des commerces détruits pendant les bombardements de la seconde guerre mondiale, en exigeant le paiement préalable d'une grande indemnité. Le but poursuivi par l'autorité n'était pas illégitime en soi, puisqu'il s'agissait d'éviter les frais liés à l'indemnisation des dommages des ces mêmes bombardements; or l'excessivité de la mesure a en partie entraîné, bien que tardivement, son annulation. Ce même but, le gain financier en faveur de la collectivité, poursuivi par des moyens excessifs, a été censuré dans une affaire relative au retrait des licences d'abonnement de télévision(33).

Finalement, le raisonnement de proportionnalité a été présent dans une importante affaire concernant la licence d'exploitation de la compagnie aérienne indépendante Laker Airways Ltd.(34). L'Etat, soucieux de maintenir les prix des vols transatlantiques, avait exigé le retrait de sa licence de l'autorité compétente (Civil Aviation Authority - C.A.A.), cette dernière se trouvait devant un conflit de devoirs que le juge trancha à sa place: le devoir de favoriser la concurrence devait l'emporter sur celui d'obéir aux directives gouvernementales; le retrait de la licence a été par conséquent annulé. A travers la "conciliation" des devoirs de la

(30) R. / Flintshire County Licensing Committee ex parte Barrett [1957] 1 QB p.350.

(31) R. / Greater London Council ex parte Blackburn [1976] 1 WLR p.550.

(32) [1972] 2 QB p.140.

(33) Congreve / Home Office [1976], arrêt précité.

(34) Laker Airways Ltd. / Department of Trade [1977] QB p.643.

C.A.A.(35), c'est clairement un arbitrage entre intérêts publics rivaux que le juge a opéré dans cette espèce.

Quant à la participation directe de la puissance publique à la vie économique, l'élément principal d'un possible contrôle de proportionnalité sera la conciliation des intérêts publics immédiatement poursuivis avec les intérêts privés potentiellement lésés, mais aussi et surtout avec l'intérêt général de la collectivité au sens large(36). Ce dernier point est d'une importance capitale, puisqu'étant donné que souvent une mesure interventionniste d'une collectivité locale profite à une catégorie de personnes assez limitée, mais se fonde sur une "contribution" beaucoup plus large, l'intervention du juge dans de telles affaires impliquera souvent de subtiles arbitrages entre intérêts publics conflictuels qui, pour être féconds pour notre étude, ne sont pas moins politiquement délicats. Il n'est pas dès lors étonnant de voir ces affaires souvent commentées et critiquées.

Dans l'affaire Roberts / Hopwood(37) par exemple, l'arbitrage politique est déjà bien visible: il est clair que la volonté du conseil municipal de Poplar d'assurer à ses employés, hommes et femmes sans distinction, un salaire supérieur à la moyenne nationale en période de crise économique, reflétait celle du parti travailliste nouvellement élu, alors que la censure juridictionnelle pour "philanthropie déplacée"(38) reflétait aussi des opinions plus réalistes certes, mais non dépourvues de connotation politique. Il n'en demeure pas moins qu'il s'agissait bien d'un contrôle des moyens par rapport au but, et non du but en soi: Lord Sumner a même explicitement affirmé que même si le but était illégitime, la décision administrative ne serait pas censurée si la dépense n'excédait pas la limite du raisonnable(39).

C'est aussi le cas de l'affaire, également politiquement chargée, mais beaucoup plus récente, Bromley London Borough Council / Greater London Council(40). Dans sa décision, la Chambre des Lords estima que la diminution du prix des titres de transport par le London Transport Executive (LTE) sur ordre

(35) Les juges ayant estimé que l'obligation de la Civil Aviation Authority de "donner des opportunités aux compagnies indépendantes" figurait parmi ses fonctions inhérentes à son existence, et l'obligation de suivre les directives étatiques étant expressément prévue dans la Civil Aviation Act de 1971...

(36) C'est décidément dans ce domaine que l'on se trouve le plus proche au contrôle de la proportionnalité - bilan.

(37) [1925], arrêt précité.

(38) Le terme "misplaced philanthropy" fut utilisé par les Cours à l'époque, est est encore utilisé aujourd'hui pour désigner toute une rubrique de contentieux administratif relative aux mesures à caractère social censurées par le juge (cf. H.W.R. WADE, Administrative law, ouvrage précité, p.424s.). Quant à la suite de l'affaire, elle n'est pas non plus sans intérêt. Les juges ayant chargé les conseillers municipaux de payer eux-mêmes la partie des salaires dépassant "le prix du marché", une longue lutte politique s'engagea: le gouvernement, qui soutenait le conseil municipal, s'est vu annuler une mesure ministérielle qui visait à décharger les conseillers de toute responsabilité personnelle et dut finalement "régler" l'affaire deux ans plus tard par un acte législatif.

(39) Roberts / Hopwood, arrêt précité: cf. chapitre 1, §1.

(40) [1983] 1 AC p.768; [1982] 2 WLR p.92.

du maire de Londres (Greater London Council)(41) était irrationnelle, parce que la décision était le fruit non pas de l'estimation qu'un tel prix était commercialement praticable, mais d'une adhésion à des priorités d'ordre social qui ne tenaient pas compte d'une évaluation proportionnelle des intérêts en cause, mais mettaient en exécution d'une façon aveugle une politique(42). Ce fut cet aspect de la décision administrative, à savoir le sacrifice disproportionné d'un groupe d'intérêts (les contribuables) à un autre (les usagers) qui a conditionné l'annulation de la décision du LTE(43).

Dans d'autres affaires(44), moins controversées un raisonnement semblable a été suivi. Ainsi une aide accordée par la mairie de Birmingham aux personnes âgées qui leur permettait de circuler gratuitement a été annulée par la Cour d'Appel, bien qu'étant intervenue dans le cadre d'un pouvoir discrétionnaire, parce qu'entraînant une charge excessive pour les contribuables(45). Le refus de la municipalité de St. Pancras d'augmenter le loyer de ses locaux sociaux, générant une hausse significative de la subvention nécessaire, a été jugé comme "purement arbitraire" et ne respectant pas les devoirs de la municipalité envers les contribuables(46). Et la décision du ministre de l'Education d'opter pour un financement imposant sur le plan national une contribution plus importante des localités les plus riches à la faveur des localités les plus pauvres a été annulée pour avoir tenté une "redistribution injustifiée de ressources"(47). Il est vrai que le contrôle de proportionnalité, par nature protecteur, sur le plan individuel, de la liberté de la personne contre les abus de la puissance étatique, opère sur le plan économique plutôt comme un principe protecteur de la philosophie libérale...

Conclusion du paragraphe: Sans déroger à la règle générale de principe à propos du contrôle de proportionnalité en Angleterre, à savoir celle de non-existence ordonnée et systématique, le contentieux anglais de l'interventionnisme économique offre cependant les exemples les plus riches de ce contrôle. En observant certains de ces cas, on ne peut qu'être étonné de voir les juges anglais refuser encore de tirer ouvertement les conséquences de leur propre jurisprudence.

(41) La mairie du Grand Londres contrôlée par le parti travailliste, avait le pouvoir légal de déterminer la politique commerciale du LTE.

(42) La diminution de 25% des prix des transports publics de la ville figurait au manifeste politique du parti travailliste avant les élections.

(43) Il est vrai que la baisse de 25% des prix entraînait forcément une pénalité de la part du gouvernement (conservateur) sous la forme d'une réduction de subventions, qui augmenterait en fait de 50% la charge des contribuables.

(44) Notons que dans une affaire postérieure, R. / Secretary of State for Transport ex parte Greater London Council [1986] QB p.556, les juges donnèrent raison à la mairie de Londres, en estimant que le ministre avait agi "illégalement, irrationnellement et sans respecter les règles de procédure" en ordonnant au London Greater Council d'effectuer un "paiement excessif" au LTE. Cette série d'affaires se termina avec la suppression... de la mairie de Londres!

(45) Prescott / Birmingham Cpn. [1955] ch. p.210.

(46) Taylor / Munrow [1960] 1 WLR p.151. Par contre dans l'arrêt Luby / Newcastle-under-Lyme Cpn. [1964] précité, l'application d'une politique de subvention d'habitations de manière uniforme a été jugée "une politique sociale sur laquelle des personnes raisonnables peuvent avoir des opinions divergentes".

(47) R. / Secretary of State for Education and Science ex parte Inner London Education Authority [1985] 84 LGR p.454.

On note, en revanche, que le caractère contestable (et contesté) de ces décisions augmente d'autant que l'arbitrage juridictionnel s'éloigne de l'opposition entre liberté et intérêt général pour glisser vers une pondération entre intérêts publics.

Conclusion du chapitre: A travers l'examen analytique de certains domaines du contentieux administratif anglais, on a pu se rendre compte de l'existence, disparate et occasionnelle, mais néanmoins réelle, du contrôle de proportionnalité. Certes, la règle reste la non intervention du contrôle de proportionnalité, mais cette réalité est en train d'évoluer. Par ailleurs, si l'approche synthétique reste pour l'essentiel impossible, faute de matière, une conclusion du moins semble se dégager de manière relativement claire: dans tous les domaines examinés, le contrôle de proportionnalité tend, quand il existe, à opposer un droit privé juridiquement protégé à une exigence d'intérêt général, un intérêt privé, qui plus est, pouvant être apparenté à une liberté de la personne. D'ailleurs plus cette assimilation entre droit privé protégé et "liberté fondamentale" sera évidente, plus il y aura de chances qu'un contrôle de proportionnalité s'exerce en la matière. Si donc les solutions d'espèce présentées, aussi brillantes soient-elles, ne suffisent pas pour forger une théorie d'ensemble satisfaisante du contrôle de proportionnalité en Angleterre, il semble bien que ce contrôle, encore à ses débuts, soit centré plutôt autour de la protection de la défense de l'individu face à l'interventionnisme étatique.

Conclusion du titre: Au terme de ces développements, dont la conclusion première est sans doute la constatation de l'existence en Angleterre d'une "proportionnalité souterraine", deux questions surgissent naturellement.

La première consiste à se demander si l'on peut être satisfaits du contrôle anglais de la proportionnalité. Ici, la réponse du point de vue de notre sujet, ne peut qu'être négative: si le contrôle de proportionnalité existe, il n'existe que trop peu; et si le juge anglais réussit actuellement le tour de force de maintenir l'apparence d'une approche juridictionnelle traditionnelle du pouvoir discrétionnaire excessivement timorée, et en même temps de ménager une place à l'idée de proportionnalité, son contrôle reste en la matière à plusieurs égards déficient.

Qui plus est, il n'y a pas là qu'un problème de manque de clarté, gênante pour l'esprit cartésien et dont les anglo-saxons s'accrochent d'ailleurs parfaitement. En effet, ce n'est pas tant la cohérence logique que la protection du justiciable qui auraient beaucoup à gagner dans l'introduction, par exemple, d'une théorie du "bilan" en Angleterre. Même si le système anglais se base bien moins que ses homologues continentaux sur le contrôle juridictionnel de l'administration(48), ce contentieux a sa raison d'être, et il a aussi toutes les raisons d'évoluer encore davantage. Malgré les grands et rapides progrès accomplis, on ne peut donc qu'appeler le juge britannique à une démarche plus franche et audacieuse. On l'a vu, les appuis tant doctrinaux que normatifs, anglo-saxons et européens, pour une future évolution ne manquent d'ailleurs pas: de souhaitable, cette évolution est en passe de devenir nécessaire.

(48) Cf. J. BELL, Aspects de l'évolution..., article précité, p.228.

Reste la deuxième question: elle consiste à se demander si, en l'état actuel des choses, se dégage de l'étude du contentieux anglais de la proportionnalité une logique d'ensemble, éventuellement utile pour la poursuite de notre recherche. La réponse doit être ici nuancée: il est certain que ce n'est pas en Angleterre qu'il se doit de chercher une théorie d'ensemble de la raison d'être et de la fonction du contrôle de proportionnalité. Mais, dans le cadre de notre étude comparative, une certaine ligne directrice se dégage: si le contrôle de proportionnalité anglais est aussi secret et implicite que celui exercé en France, et même davantage, c'est plutôt du côté de la proportionnalité allemande qu'il faut se tourner pour chercher sa raison d'être. Pour autant qu'il existe, ce contrôle semble en effet axé surtout autour de la protection des libertés individuelles au sens large dont il assure, en partie, la protection. C'est donc Outre-Rhin qu'il convient de se rendre de nouveau pour la suite de la recherche de l'essence commune du contrôle de proportionnalité.

TITRE SECOND

LA JURISPRUDENCE ADMINISTRATIVE ET LA MISE EN CAUSE DU CONCEPT ALLEMAND DE PROPORTIONNALITE

L'idée du contrôle de proportionnalité, présente au sein de la doctrine allemande depuis le siècle dernier(1), a été reprise et appliquée par les organes juridictionnels d'Outre-Rhin bien avant la seconde guerre mondiale(2), du moins en ce qui concerne les mesures de police. Le juge administratif fut donc, en Allemagne comme en France, à l'origine du contrôle de proportionnalité.

Il est vrai qu'avec l'introduction Outre-Rhin de la Loi fondamentale de 1949 la situation s'est modifiée: consacré au niveau constitutionnel, le contrôle de proportionnalité exercé par le juge administratif apparaît dès lors avant tout comme la mise en conformité du contrôle juridictionnel administratif aux normes constitutionnelles(3). Ce contrôle ne demeure pas moins d'une importance capitale, non seulement en tant que mise en œuvre pratique d'une doctrine constitutionnelle, mais aussi au plan de l'élaboration théorique du concept de proportionnalité.

Cette affirmation peut a priori surprendre. En effet, le contrôle juridictionnel exercé par le juge administratif semble être en Allemagne beaucoup plus marqué par la norme écrite: tant les arrêts des Tribunal administratif que les commentaires doctrinaux se présentent beaucoup plus comme un travail d'interprétation minutieuse des textes applicables que la manifestation d'une œuvre normative. Par exemple, la Cour administrative fédérale de Berlin, quelque peu éclipsée par le prestige de la Cour de Karlsruhe, ne saurait revendiquer un "statut" analogue de celui dont jouit le Conseil d'Etat français.

C'est donc de manière naturelle que les commentateurs tels que O. Jouanjan soulignent qu'en R.F.A. "le pouvoir de l'administration ne saurait être "lié" par le juge [administratif] (...) La loi ouvre-t-elle un pouvoir d'appréciation à l'administration, le juge se trouve alors lui-même lié par cette décision du législateur et tenu de respecter la liberté ainsi accordée à l'administration"(4).

(1) Voir partie I, introduction du titre II. Aussi M.Ch. JAKOBS, *Der Grundsatz...*, ouvrage précité, pp. 2-6.

(2) Cf. PrOVGE 13, 424[426]; PrOVGE 18, 336[342]; PrOVGE 44, 342[343].

(3) Partie I, introduction du titre II.

(4) O. JOUANJAN, *Le principe...*, thèse précitée, p.338. L'auteur s'étonne notamment du "flou artistique dans lequel est souvent plongée la théorie française du pouvoir discrétionnaire", "flou artistique" dont fait preuve, selon lui, la théorie du "pouvoir lié par la jurisprudence" présentée par A. de LAUBADERE, selon laquelle le Conseil d'Etat dispose du pouvoir "d'ajouter lui-même des cas de compétence liée" cf. *Traité...*, 10ème éd. Tome 1, p.524.

Cela dit, les apparences peuvent être trompeuses, car comparé à son homologue français, le juge administratif allemand est avantagé sur plusieurs points.

Sur le plan théorique d'abord, il est constant que le tissu normatif textuel est en R.F.A. beaucoup plus dense qu'en France; le contrôle juridictionnel bénéficie donc davantage de "points de repère" textuels, liant l'administration, sans devoir faire preuve d'une œuvre de création normative.

De même, les normes constitutionnelles sont en Allemagne directement applicables(5); le juge administratif profite donc de tous les principes de contrôle juridictionnel dégagés par la Cour de Karlsruhe dont la portée est, bien évidemment, considérable. Par ailleurs, les droits fondamentaux dont la place est également centrale en droit allemand sont eux aussi directement applicables par toute instance juridictionnelle.

Appuyé par un tel support normatif, le juge administratif allemand n'a tout simplement pas besoin de dégager des "cas de pouvoir lié jurisprudentiel": pour contrôler le "pouvoir discrétionnaire" de l'administration, il lui suffira pratiquement toujours d'"interpréter" tel ou tel principe applicable au cas d'espèce. C'est qu'en réalité, ce n'est pas tant le rôle du juge, que la nature du "pouvoir discrétionnaire" qui est différente Outre-Rhin.

Le "pouvoir discrétionnaire" en effet, que l'on définirait plus correctement par le terme de "pouvoir d'appréciation" découle toujours de la norme: c'est la marge d'appréciation dont dispose l'autorité administrative pour "exécuter" les commandements des dispositions normatives qui s'imposent à elle. Par conséquent, le contrôle juridictionnel de cette appréciation n'est jamais "créateur" de droit, bien que toujours "juridique": le problème du contrôle de l'opportunité, fréquemment posé en France, ou celui du "contrôle politique", connu des juristes anglais, se trouve dans une large mesure écarté. Le juge allemand peut se permettre de contrôler pratiquement tout, sans paraître s'immiscer dans le domaine théoriquement propre au législateur. C'est en ce sens qu'on s'accorde avec O. Jouanjan lorsqu'il souligne que "l'affirmation selon laquelle il n'existe pas de pouvoir d'appréciation entièrement libre ne signifie pas seulement que l'administration doit respecter le cadre légal de l'habilitation (...). S'il existe bien une liberté, il ne s'agit pas d'une "liberté métajuridique", mais toujours d'une liberté créée par le droit et donc surveillée par le juge"(6).

Sur le plan pratique du contentieux administratif, le juge allemand dispose également de solides atouts face à son homologue français. Sans qu'il soit besoin d'insister sur l'ampleur des moyens d'investigation, faisant souvent l'envie des pays voisins(7), il est utile de rappeler le trait principal du contentieux administratif allemand qu'est l'effet suspensif du recours: tandis qu'en France l'annulation par les juges de première instance de la déclaration d'utilité publique, par exemple, du pont de l'île de Ré n'empêche pas la poursuite de la construction du pont(8), en R.F.A. un projet d'aussi grande importance que

(5) Exception faite de l'éventualité d'annulation pour inconstitutionnalité d'une loi postérieure à la Loi fondamentale, que le juge administratif doit soumettre au jugement de la Cour constitutionnelle fédérale, conformément à l'article 100 al.1 GG.

(6) O. JOUANJAN, *Le principe...*, thèse précitée, p.339.

(7) Cf., à titre indicatif, M. FROMONT, RFA, les événements législatifs et jurisprudentiels survenus en 1976, RDP 1978, p.439.

(8) Cf. T.C. 25 janvier 1988, Fondation Cousteau, R. p.484.

l'extension de l'aéroport de Frankfurt reste inachevé pendant quelque vingt ans, le temps des différents recours contentieux(9), et ne se réalise finalement que partiellement.

Ainsi donc, tant sur le plan théorique que sur le plan pratique, le juge administratif allemand est extrêmement bien paré pour marquer par sa jurisprudence propre le contentieux du contrôle de proportionnalité.

Cela dit, le contentieux de proportionnalité ne reste pas moins principalement constitutionnel, dans le sens où c'est la Cour de Karlsruhe qui en dégage les traits principaux, que les Cours administratives ne font qu'appliquer.

D'autre part, il est également incontestable que le devoir premier du juge administratif allemand est l'application directe de la loi, dans le cadre du contrôle de la légalité de l'acte administratif individuel. La loi s'interpose ainsi entre le principe constitutionnel de la proportionnalité, relatif avant tout aux droits fondamentaux, et le contrôle exercé par le juge administratif. Ceci ne pose pas de problème dans la grande majorité des cas de figure, puisque généralement la loi soit ne prévoit rien en matière de proportionnalité, et dans ce cas c'est le principe constitutionnel de *Verhältnismäßigkeit* qui est directement applicable soit, plus souvent encore, la loi implique par ses propres dispositions un contrôle de la proportionnalité *in concreto*, servant ainsi de relais pour le contrôle de proportionnalité de l'acte administratif individuel. Cela dit il arrive, bien que plus rarement, que le troisième cas de figure théoriquement envisageable(10) se présente, à savoir celui d'une loi qui exclut le contrôle *in concreto* de la proportionnalité(11).

L'examen de la jurisprudence administrative en matière de contrôle de proportionnalité portera donc avant tout soit sur l'application directe dudit principe en vertu de la Loi fondamentale, soit sur son application indirecte, par

(9) Le projet fut pour la première fois présenté par une décision ministérielle du 23 août 1966; le 7 juillet 1978(1), la Cour administrative fédérale décidait (BVerwGE 56, 110) en cassation de renvoyer l'affaire devant la Cour administrative d'appel de Kassel. Les travaux n'ont pu commencer qu'au début des années quatre-vingt.

(10) Pour ces trois éventualités s'agissant du contrôle de proportionnalité *in concreto*, contrôle de la *Verhältnismäßigkeit* sans intervention de la norme légale, contrôle - relais de proportionnalité par le biais de la norme légale, ou exclusion du contrôle de proportionnalité *in concreto* en vertu de la norme légale applicable en l'espèce, voir partie I, titre 2, chapitre 2, section 1, §2.

(11) Bien évidemment, une telle loi ne peut exclure tout contrôle de proportionnalité, puisque ce dernier est d'ordre constitutionnel. Ce n'est que le contrôle de proportionnalité *in concreto* qui se trouve exclu si, et dans la mesure où, la loi en question respecte elle-même *in abstracto* le principe constitutionnel de *Verhältnismäßigkeit*. Un exemple de ce cas de figure est constitué par la décision du 31 janvier 1980 de la Cour de Berlin (BVerwGE 59, 361), rendue à propos du licenciement d'un soldat contractuel de l'armée allemande. La loi permettait en l'occurrence le licenciement du soldat avant l'échéance des cinq ans, mais après quatre ans de service effectif. Dans ce cas, l'examen *in concreto* de la proportionnalité de la mesure de licenciement - rapport entre le comportement éventuellement fautif du soldat et le but d'intérêt général recherché concrètement par le licenciement - n'était pas permis par la loi, tandis que l'examen *in abstracto* a conduit la Cour à l'acceptation de la proportionnalité de la loi elle-même, étant donnée la volonté présumée du législateur d'éviter une "sérieuse mise en danger" des intérêts de l'armée fédérale.

le biais du "relais" que peut constituer la norme légale. Dans les deux cas, il s'agira d'une transposition de la logique du principe de *Verhältnismäßigkeit*, telle qu'elle a été dégagée par la Cour constitutionnelle fédérale et peut être observée dans le contentieux des mesures de police au sens large (chapitre 1).

Mais à côté des mesures de police, il existe des hypothèses, et on pense notamment au contentieux de l'urbanisme, où la transposition du schéma qui consiste à opposer les libertés individuelles à un intérêt général monolithique⁽¹²⁾ est particulièrement malaisée. Comme on le verra, le juge administratif allemand a su faire face à ce défi, faisant preuve d'une œuvre créatrice, qui nous emmènera à reconsidérer nos conclusions au sujet de la logique de l'ensemble du contrôle de proportionnalité, au niveau constitutionnel comme administratif, afin d'en dégager les paramètres communs et la logique d'ensemble (chapitre 2).

CHAPITRE PREMIER

LA MISE EN OEUVRE DU PRINCIPE CONSTITUTIONNEL DE "VERHÄLTNISMÄßIGKEIT" PAR LE JUGE ADMINISTRATIF ALLEMAND

Lors de la mise en œuvre d'une norme légale, et en supposant que celle-ci instaure un pouvoir d'appréciation pour l'administration, cette dernière doit impérativement:

- respecter les limites que la norme habilitante pose à son pouvoir d'appréciation;
- user de ce pouvoir dans le cadre des limites de la norme applicable, de manière conforme au but que celle-ci cherche à réaliser;
- en tout état de cause, respecter les droits fondamentaux, issus de la Constitution et valables en tant que droit directement applicable⁽¹⁾.

De ces trois conditions de légalité d'un acte administratif individuel la troisième impliquera toujours un contrôle in abstracto de la proportionnalité de la norme habilitante elle-même, et un contrôle in concreto de la proportionnalité de la mesure si un droit fondamental est, de près ou de loin, concerné⁽²⁾.

De même, la deuxième condition précitée fait apparaître le rôle de "relais" que la norme légale peut prêter au contrôle de proportionnalité, en impliquant elle-même un tel contrôle au vu de critères plus spécifiques que ceux de la *Verhältnismäßigkeit* constitutionnelle, posés par les dispositions légales applicables en l'espèce.

Les exemples les plus probants de cet état de fait sont fournis par l'étude du contrôle juridictionnel des mesures de police au sens large, c'est-à-dire des mesures administratives pouvant porter, de près ou de loin, atteinte aux libertés individuelles des personnes physiques ou même morales reconnues par la Constitution (administration "ordonnatrice").

Afin de respecter la distinction déjà effectuée⁽³⁾ entre mesures concernant les libertés de la personne au sens large et ceux affectant plus particulièrement ses libertés économiques, on étudiera d'abord le contrôle des décisions de police administrative (§1) puis ensuite les décisions relatives à l'interventionnisme économique de la puissance publique (§2).

(1) Cf., entre autres, H.-J. KOCH, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, ouvrage précité, p.134 s.

(2) Etant donné qu'il ne peut avoir atteinte à un droit fondamental sans l'intervention d'une loi, qui doit bien évidemment respecter toutes les dispositions constitutionnelles concernées, et que cette circonstance n'empêche nullement un contrôle supplémentaire du droit fondamental in concreto si la norme légale, en soi proportionnée, ne fait pas "écran" à son application.

(3) Pour la présentation de la jurisprudence constitutionnelle: voir partie I, titre 2, chapitre 2, section 2, §1.

(12) Voir partie I, titre 2, chapitre 1, section 2, §1.

§1. Le contrôle des décisions de police administrative

L'intervention de la puissance publique dans le domaine des libertés de la personne est le domaine par excellence de mise en œuvre du contrôle de *Verhältnismäßigkeit*. C'est d'ici que l'on observe le mieux à quel point le contrôle exercé directement en vertu de dispositions constitutionnelles précède, se superpose et peut aussi se combiner avec celui exercé en vertu de normes légales spécifiques.

La présentation d'exemples représentatifs de l'intervention de la puissance publique dans le maintien de l'ordre (A) et l'examen plus détaillé du domaine particulier de la police des étrangers nous permettront de mieux percevoir cette réalité (B).

A. POLICE GENERALE

Par "mesures de police" on entend ici non seulement les mesures de la puissance publique prises pour le maintien de l'ordre et la sécurité publiques, mais aussi celles qui peuvent viser à maintenir, plus largement, l'ordre constitutionnel en soi et intervenir directement en vertu de la Loi fondamentale, dès lors que le juge administratif est appelé à trancher le litige en question.

Le domaine de l'interdiction d'une association dont les buts sont contraires à ceux que la Loi fondamentale peut accepter est un exemple de l'intervention directe du principe constitutionnel de *Verhältnismäßigkeit* en droit administratif.

Il est vrai que, ainsi que l'a souligné la Cour administrative fédérale dans une décision du 2 décembre 1980(4), que si les conditions d'application de l'alinéa 2 de l'article 9 de la Loi fondamentale sont rigoureusement remplies, c'est-à-dire si une association poursuit exclusivement des buts contraires à l'ordre constitutionnel, il ne saurait être question d'examiner si la mesure d'interdiction prise en son encontre est ou non proportionnée. Car il s'agirait ici d'une question de qualification et non de pondération entre deux principes antinomiques(5).

Or dans la mesure où une association ne porte pas forcément atteinte à l'ordre constitutionnel par son existence en soi, mais uniquement par certaines des manifestations de son action, il y a lieu d'examiner si l'interdiction est effectivement le moyen le moins sévère parmi les mesures aptes à faire cesser l'atteinte. Dans le cas où d'autres mesures tout aussi aptes que l'interdiction totale existeraient, l'autorité compétente ne pourrait interdire l'association(6).

(4) BVerwGE 61, 218.

(5) La question juridique qui se pose étant en l'occurrence non pas de soupeser le "droit de l'association à l'existence" avec "l'intérêt général rattaché à la protection de l'ordre constitutionnel" mais de s'interroger si l'association en question remplit les conditions d'application de la "majeure" constituée de l'art. 9 al. 2 GG, aux termes duquel "Les associations dont les buts ou l'activité sont contraires aux lois pénales, ou qui sont dirigées contre l'ordre constitutionnel ou l'idée d'entente entre les peuples, sont prohibées".

(6) Ainsi dans une décision du 23 mars 1971, la Cour administrative fédérale cassa la décision d'une Cour administrative d'appel ayant accepté une telle

Mais la fonction première du contrôle de proportionnalité est d'empêcher les atteintes excessives aux droits des personnes physiques(7).

Les Cours administratives ont eu à cet égard à se prononcer sur de nombreux droits fondamentaux. Un exemple nous est fourni par la décision du 6 septembre 1974 de la Cour administrative fédérale rendue au sujet de la violation du domicile suite à une manifestation à Berlin-Ouest. Le juge n'accepta ici la légalité de l'action concrète des autorités de police qu'après avoir examiné successivement leur aptitude, leur nécessité, enfin leur proportionnalité au sens strict(8).

De même, la Cour de Berlin considère que "l'examen illimité de la sphère de vie privée d'une personne non concernée par un procès administratif peut être considéré in concreto, et eu égard au principe de proportionnalité, comme une atteinte excessive à son droit de respect de la personnalité"(9) tel qu'il résulte des articles 1 et 2 de la Loi fondamentale.

Ces décisions font état d'une application directe d'un contrôle de proportionnalité à base constitutionnelle au cas concret, en l'absence, ou malgré la présence de dispositions légales spécifiques, quand ceux-ci n'empêchent pas l'application directe de la *Verhältnismäßigkeit* constitutionnelle.

Dans une autre affaire, jugée le 22 avril 1971(10), on aurait pu a priori penser le contraire. Ici une disposition légale directement applicable, le §3 al. 1.2 de la loi sur le service national (*Wehrpflichtgesetz*) imposait l'obligation de maintien, par les personnes soumises au service national, d'un certain équipement militaire à domicile. Le requérant, un soldat, contestait cette obligation en ce qui le concernait, sans pouvoir démontrer pour autant une impossibilité objective de conserver cet équipement dans le domicile parental. Rendu son jugement, la Cour administrative fédérale accepta que quand une disposition légale, en soi proportionnée, prévoit de manière précise un choix

interdiction, en soulignant que "Die einschneidende, die Existenz der Vereinigung vernichtende Folge des in Art. 9 Abs. 2 GG vorgesehenen Verbotes ist bei richtigem Verständnis dieser Vorschrift unter Berücksichtigung des Grundsatzes der *Verhältnismäßigkeit* nicht schon dann gerechtfertigt, wenn eine (...) Vereinigung auch auch einzelne verfassungsfeindliche Aktionen unternimmt und wenn diese Aktionen sich durch mildere Verwaltungsmittel als die Auflösung der Vereinigung hinreichend wirksam verhindern lassen (...)" (BVerwGE 37, 344[361-62]). Il est à noter qu'ici la protection accordée à l'association était d'autant plus forte que son interdiction porterait également atteinte à la liberté du culte (Art. 4 GG) étant donné le caractère religieux de la dite association.

(7) Un autre exemple concernant les personnes morales nous est fourni par une décision du 13 décembre 1974 de la Cour administrative fédérale, concernant l'exigence d'une autorisation administrative pour l'affichage publicitaire des partis politiques au vue des élections. Selon la Cour, un tel régime d'autorisation n'est acceptable que dans la mesure où il instaure un traitement équitable entre les diverses formations politiques, non pas dans les sens d'une égalité stricte, mais dans celui du respect du principe de proportionnalité, permettant un accès suffisant de chaque formation à l'affichage publicitaire (BVerwGE 47, 280[284-85]).

(8) BVerwGE 47, 31[40-41]; intervention de la police dans les appartements des locataires de la cité universitaire de Berlin, suite à des épisodes violents lors d'un défilé militaire des puissances alliées dans la ville.

(9) BVerwGE 19, 179[186], arrêt rendu le 19 août 1964.

(10) BVerwGE 38, 68.

libre pour l'administration, il n'y a pas lieu pour le juge de vérifier la proportionnalité *in concreto* de ce choix(11). Mais la Cour de Berlin s'arrangea néanmoins pour appliquer le principe de proportionnalité, en interprétant la disposition légale en question de manière à impliquer elle-même son emploi. Car cette disposition doit, selon la Cour, "être interprétée restrictivement, en application du principe constitutionnel de proportionnalité, de sorte à ce qu'aucune obligation objectivement impossible ou simplement déraisonnable ne lui soit imposée"(12).

Dans d'autres cas les dispositions légales directement applicables prennent nettement le relais des conditions normatives d'application du principe de proportionnalité.

C'est ainsi par exemple que la Cour de Berlin affirma dans une décision du 16 décembre 1971 qu'une mesure de police rendue en vertu de la loi sur la prévention des maladies transmissibles (épidémies) ne peut intervenir qu'en tenant compte des limites qu'impose le principe de proportionnalité. Or ces limites ne résultaient pas ici uniquement du droit fondamental de la propriété(13) mais, plus concrètement, de la disposition de la loi sur les épidémies donnant à l'autorité compétente le pouvoir de prendre "toute mesure nécessaire" pour éviter le développement de l'épidémie(14). C'est donc la combinaison des dispositions constitutionnelle (existence d'un droit fondamental atteint) et légale (concrétisation de l'exigence de proportionnalité pour la mesure préventive même si celle-ci ne porte pas atteinte au droit de propriété) qu'est appelé de mettre en œuvre le juge dans un tel cas.

De même la loi sur les industries hôtelières(15) ne permettait l'édiction d'une réglementation imposant aux résidents de réduire certaines de leurs émissions sonores au delà d'un certain seuil selon des horaires précis que sous réserve du respect du principe de proportionnalité, et spécialement de son élément imposant l'emploi du moyen le plus doux(16), tandis que la loi sur les voies de grande circulation(17) permettait la soumission de la distribution de tracts publicitaires aux abords d'une route également sous réserve d'un respect *in concreto* du principe de proportionnalité(18).

De manière plus générale, pratiquement toutes les lois spécifiques des Länder en matière de police contiennent une ou plusieurs dispositions imposant

(11) BVerwGE 38, 68[76]. Une décision antérieure (BVerwGE 26, 131[133]) supposait le contraire; voir BVerwGE 26, 131[133].

(12) Ibid. En l'occurrence, le requérant fut dispensé de l'obligation étant jugée réalisable mais déraisonnable à son égard.

(13) Car celui-ci était effectivement en cause: la mesure en question impliquant la suppression d'une cargaison de lapins destinés à la consommation mais potentiellement contaminés, le propriétaire - importateur serait donc nécessairement lésé.

(14) §10 al. 1 de la loi fédérale pour la lutte contre les épidémies (Bundes-Seuchengesetz).

(15) §11 Abs 1 de la Gaststättengesetz.

(16) BVerwGE 31, 15; décision du 5 novembre 1968.

(17) Fernstraßengesetz, §§7 et 8.

(18) BVerwGE 35, 326, arrêt rendu le 26 juin 1970.

directement à l'autorité compétente le respect du principe de proportionnalité(19). Les dispositions constitutionnelles, en particulier celles relatives aux droits fondamentaux, se combinent ainsi avec des dispositions légales spécifiques, pour intégrer le plus grand nombre d'intérêts privés juridiquement protégés dans le mécanisme de protection que représente le contrôle de proportionnalité. C'est cette combinaison que met en évidence l'examen du contentieux de la police des étrangers.

B. PLUS PARTICULIEREMENT: LA POLICE DES ETRANGERS

Après la soumission des mesures administratives en matière de séjour et d'expulsion des étrangers vivant en R.F.A. à la compétence du juge(20), ce contentieux fut très développé pendant plusieurs années et continue à l'être aujourd'hui. Les solutions en la matière étant à la fois diversifiées et fluctuantes, on ne peut prétendre à en rendre un compte exhaustif.

Ainsi notre but ici est de montrer, par les développements qui suivent, deux constantes de ce contrôle de proportionnalité administrative allemande(21): d'abord, ce contrôle est toujours effectué, quelque soit la situation particulière précise de l'étranger; ensuite et surtout, sa mise en œuvre n'aboutit nullement, *ipso facto*, à une uniformité des résultats. Car il se peut que chaque groupe d'étrangers, chaque cas particulier, relève d'un cas de figure spécifique, non pas quant à l'appel au contrôle de proportionnalité, mais quant aux "quantités juridiques" que celui-ci mettra "en balance".

A cet égard, si l'étranger peut faire valoir l'atteinte à l'un de ses droits fondamentaux reconnus par la Constitution allemande (notamment son droit à la vie familiale), sa protection face à une mesure d'expulsion sera renforcée. Il en sera de même si, de par sa nationalité, il peut prétendre à une protection légale spécifiquement renforcée de son intérêt juridique à séjourner en République fédérale. En tout état de cause, la protection de droit commun impliquera un "contrôle minimum" de la proportionnalité légale de la mesure d'expulsion; mais la combinaison de la nature juridique des intérêts juridiquement protégés en question (constitutionnels, légaux) conditionneront largement l'importance

(19) En ce sens voir par exemple § 5 II PolG de Baden-Württemberg; § 8 II ASOG de Berlin; § 15 II OBG de Nordrhein - Westfalen; § 5 al.2 SOG de Hessen; § 2 II PVG de Rheinland - Pfalz. M. FROMONT a consacré un commentaire à la loi bavaroise sur la police, soulignant que celle-ci disposait en son article 4 que "Parmi plusieurs mesures possibles et appropriées, la police doit choisir celle qui lèse le moins l'individu et le public. Une mesure ne doit pas comporter un inconvénient qui soit hors de proportion avec le résultat visé (...)" (R.F.A., Les événements législatifs et jurisprudentiels survenus en 1978, RDP 1980, p.121).

(20) C'est en fait la Cour constitutionnelle fédérale qui a été à l'origine de cette série de décisions; voir BVerfGE 38, 348[369].

(21) Par conséquent, les cas d'espèce présentés par la suite ne doivent pas être appréhendés comme représentant des solutions juridictionnelles forcément actuelles, mais seulement dans la mesure où ils mettent en évidence ces caractéristiques stables du contrôle de proportionnalité.

propre(22) des intérêts juridiques qui militeront en sa faveur, et donc l'intensité du contrôle de proportionnalité dont il bénéficiera.

Le cas de figure, si l'on peut dire, "de base" est représenté par des décisions comme celle qui a été rendue par la Cour administrative fédérale le 13 novembre 1979(23). Il s'agissait d'un ressortissant turc, dont la famille vivait en Turquie; l'intéressé ne pouvait donc faire valoir aucun des droits spécifiques pouvant donner un poids juridique "renforcé" à son désir de séjourner en R.F.A. Or après une condamnation pénale à une amende de 800 DM pour conduite dangereuse ayant entraîné la blessure d'un autre conducteur, celui-ci s'est vu refuser le renouvellement de son permis de séjour. Après un recours de sa part, la Cour administrative fédérale cassa finalement les décisions antérieures ayant consacré le refus de l'administration.

La Cour de Berlin rappela d'abord que tout étranger demeurant légalement en R.F.A. peut demander la prolongation de son séjour si celui-ci ne remet pas en cause les intérêts de la République fédérale, l'autorité compétente devant, elle, se prononcer selon un "pouvoir d'appréciation conforme à son devoir"(24). Un délit pénal peut certes s'avérer une condition suffisante pour son expulsion, mais ne devrait pas l'entraîner automatiquement. Le refus de séjour n'est donc valable qu'après une pondération correcte des intérêts concrets de l'étranger face à ceux de la collectivité, même si les conditions de fait prévues par la loi sont a priori remplies. En fait, c'est la disposition légale applicable elle-même qui implique ici pour la Cour la mise en œuvre du contrôle de proportionnalité(25).

En l'occurrence, la nécessité de la prévention pénale générale, qui devait être mise en balance avec les intérêts du particulier, ne suffisait pas à justifier son expulsion. Ce dernier avait commis certes une faute grave, mais isolée et ne devant pas normalement se reproduire (il était titulaire du permis de conduire depuis dix ans), tandis qu'il bénéficiait par ailleurs d'un long séjour et de bonnes conditions d'intégration dans la société allemande. On voit ici le juge allemand conduire, à son accoutumée, une pondération entre intérêts antinomiques dont aucune n'a une priorité absolue; c'est en définitive chaque fois l'ensemble des

(22) Voir à cet égard partie I, titre 2, chapitre 1, section 2, §1, C, ainsi que ce titre, chapitre 2, section 2, §2.

(23) BVerwGE 59, 105.

(24) "Pflichtgemäß Ermessen"; loi sur les étrangers (Ausländergesetz) du 28 avril 1965 telle qu'elle a été interprétée par la Bundesverfassungsgericht (BVerfGE 49, 168[181s]). Il est à noter qu'en fait il ne saurait avoir en R.F.A. un "pouvoir discrétionnaire" autre que "pflichtgemäß", ce qui implique toujours la possibilité du contrôle juridictionnel de l'appréciation administrative.

(25) § 10 al.1 n°2 AuslG (loi sur les étrangers): BVerwGE 59, 105[107]. On voit ici le principe constitutionnel de Verhältnismäßigkeit entraîner une interprétation de la norme légale qui intègre le mécanisme de la pondération de l'intérêt général avec celui de la personne concernée, et se place en limite ultime d'un pouvoir discrétionnaire pourtant reconnu comme tel: "Von dem Ermessen ist auf Grund einer angemessenen Abwägung der öffentlichen Interessen mit den Interessen des Ausländers pflichtgemäß Gebrauch zu machen. Es wird durch vorrangiges Verfassungsrecht begrenzt, insbesondere durch die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit (...)" (ibid p.108).

éléments du dossier qui déterminera la in fine légalité entre deux solutions a priori tout aussi légale l'une et l'autre(26).

D'autres décisions faisant état du même mécanisme de contrôle, démontrent que la protection accordée à une personne ne pouvant pourtant pas faire valoir un statut juridique particulier est tout sauf illusoire(27). Mais le "droit au séjour" d'un étranger se trouvant dans ce cas de figure "de droit commun" demeure néanmoins globalement faible. Ainsi dans une décision du 26 février 1982 la Cour administrative fédérale admet que l'expulsion d'un étranger vivant depuis longtemps en R.F.A. mais s'étant rendu coupable d'un délit de conduite peut être conforme au principe de proportionnalité même s'il n'existe pas de danger évident de récidive(28): on se trouve bien devant le "contrôle minimum" de la proportionnalité en la matière.

Or d'autres intérêts juridiquement protégés peuvent renforcer la situation de l'étranger. Tel est d'abord le cas de droits fondamentaux spécifiques que l'intéressé pourrait évoquer à l'appui de son argumentation en faveur de son maintien en République fédérale.

Le droit le plus évident ici est celui à la protection du mariage et de la famille (article 6 de la Loi fondamentale), reconnu aux étrangers comme aux citoyens allemands(29). Ainsi dans un jugement du 16 septembre 1980 la Haute juridiction administrative décida que l'expulsion de l'épouse d'un étranger légalement résidant en R.F.A. à la suite de l'exercice illégal d'une activité professionnelle à laquelle elle s'était livrée pouvait être constitutive d'une atteinte disproportionnée de ses droits découlant de l'article 6 GG(30).

Mais le "droit au séjour" accordé à un étranger en vertu de la seule protection constitutionnelle du mariage est tout de même loin d'être absolu, si cette personne n'est pas mariée à un ressortissant allemand(31). Ainsi la Bundesverwaltungsgericht a-t-elle estimé légale l'expulsion d'un marocain de vingt ans, vivant en R.F.A. depuis l'âge de neuf ans et dont les parents étaient légalement installés en territoire allemand, dans la mesure où la personne intéressée s'était rendue coupable de plusieurs délits avant sa majorité et la probabilité d'une récidive demeurait élevée(32). Plus encore, le mariage et la famille, loin d'instaurer un droit au regroupement familial, n'ont pas fait obstacle au refus d'autorisation d'entrée en R.F.A. du fils d'un ressortissant étranger

(26) Cf. partie I, titre 2, chapitre 1, section 2, §1, C.

(27) Cf. par exemple la décision du même jour (BVerwGE 59, 113), rendue au sujet d'un citoyen Yougoslave. Ici aussi le motif allégué par l'autorité administrative (dissuasion d'autres étrangers après cette expulsion suite à une condamnation pénale) ne suffit pas, selon la Cour administrative fédérale à justifier l'expulsion de cet étranger ayant fait preuve auparavant d'une longue conduite irréprochable (p.115).

(28) BVerwGE 60, 75[79].

(29) A l'opposé d'autres droits fondamentaux, comme par exemple le droit au libre choix et exercice d'une profession (Art 12 GG), reconnu aux seuls citoyens allemands.

(30) BVerwGE 61, 33.

(31) Dans le cas contraire, le droit au séjour accordé est presque absolu, à la condition toutefois que le mariage soit effectif: un mariage "blanc" célébré sans l'intention de mener une vie commune, mais seulement visant à obtenir le droit de résider en R.F.A., est sans incidence en la matière (BVerwGE 65, 174).

(32) BVerwGE 68, 101.

légalement installé en République fédérale(33). Le juge administratif a admis dans cette décision que le droit fondamental d'une famille étrangère à la protection de l'Etat avait moins de poids que celui d'une famille germano-étrangère(34), ce qui démontre par ailleurs que l'application du contrôle de proportionnalité, dépendant de la conception que se fait le juge de "l'importance propre" des intérêts juridiques en présence ne peut corriger tous les défauts des droits nationaux(35).

Mais d'autres situations juridiques particulières peuvent renforcer le droit de l'étranger au séjour, telle une convention entre l'Etat du ressortissant et la République fédérale.

C'était le cas des ressortissants grecs avant l'entrée de ce pays à la C.E.E. Un traité bilatéral ne permettait l'expulsion que pour un nombre de motifs limité, notamment en cas de menace à l'ordre public(36). Appelé à se prononcer sur le non renouvellement de titre de séjour d'un ressortissant grec, la Cour administrative fédérale a souligné que si ces dispositions ne changent pas fondamentalement la nature du contrôle exercé, ni n'éliminent le "pouvoir discrétionnaire" de l'administration, ils le réduisent tout de même sensiblement, en donnant lieu à un contrôle juridictionnel de la même nature, mais plus intense(37).

Cette protection, certes renforcée par rapport à celle "de droit commun"(38) n'en reste pas moins relative(39). Naturellement, la protection contre l'expulsion se renforce dans le cas d'un étranger ressortissant de la C.E.E.

(33) Décision du 26 mars 1982, BVerwGE 65, 188.

(34) Arrêt précité, p.193. Voir aussi BVerwGE 70, 54: Expulsion d'un ressortissant turc rendant "visite" à ses parents légalement installés en Allemagne sans avoir obtenu le visa nécessaire pour son entrée en territoire fédéral.

(35) Il est vrai qu'en l'occurrence il s'agissait d'un enfant majeur, vivant depuis longtemps éloigné de sa famille et qui ne manquerait pas, dans le faits, de chercher un emploi une fois installé en territoire fédéral, ainsi que ne manque pas de le souligner la Cour (p.191 - 192).

(36) Deutsch-griechischer Niederlassungs- und Schiff- fahrtsvertrag 1960, art.1: "Den Staatsangehörigen eines Vertragsstaates werden nach Maßgabe der geltenden Bestimmungen die Einreise, der vorübergehende und der längere oder dauernde Aufenthalt in dem Gebiet des anderen Vertragsstaates gestattet, sofern nicht Gründe der öffentlichen Ordnung, der Sicherheit, der Volksgesundheit oder der Sitlichkeit entgegenstehen" (voir BVerwGE 56, 255[263]).

(37) BVerwGE 56, 255[262]. C'est ainsi que la Bundesverwaltungsgericht pourra en l'occurrence décider au fond que les motifs d'intérêt général que constituent la recherche du maintien d'autres emplois et la limitation de la concurrence ne suffisent pas pour justifier le refus d'autorisation de séjour à l'intéressé, qui cherchait pourtant s'établir à son propre compte, sans avoir bénéficié d'une telle autorisation lors de son installation initiale en R.F.A.

(38) Voir aussi, en ce sens, BVerwGE 64, 13: refus de la Cour administrative fédérale de confirmer une mesure d'expulsion à l'encontre d'un citoyen grec -avant l'entrée de la Grèce en C.E.E.- condamné pour un délit pénal, dès lors que des raisons de prévention générale ou spéciale ne justifient pas cette mesure.

(39) Cf. BVerwGE 66, 29 (décision du 24 juin 1982): ici le fait que l'étranger "privilégié" vivait des revenus provenant de l'aide sociale allemande a suffi pour qualifier l'éventualité de son séjour comme une atteinte aux intérêts de la R.F.A. suffisamment grave pour justifier son expulsion.

Ainsi, dans une décision du 27 octobre 1978(40) la Cour administrative fédérale cassa l'arrêt de la Cour administrative d'appel de Munich ayant accepté la légalité de l'expulsion d'un citoyen Italien à la suite de deux condamnations pénales pour des délits sexuels contre des mineurs. L'autorité administrative s'était fondée ici sur une réglementation communautaire, permettant une telle mesure dans le cas où le ressortissant de la C.E.E. représente un danger à l'ordre, la sécurité ou la santé publiques; mais l'appartenance de l'intéressé à la C.E.E. donna en réalité à la Haute juridiction administrative l'occasion d'une application sensiblement plus intense qu'à l'accoutumée du contrôle de proportionnalité. Si celle-ci accepta en effet que la certitude d'un nouvel acte délictueux n'était pas indispensable pour justifier la légalité de la mesure litigieuse, une forte probabilité l'était(41): en l'occurrence, si les délits sexuels contre des enfants sont qualifiés de "cause suffisamment grave" pour justifier une expulsion, en revanche la probabilité de danger futur que représente l'intéressé (pourtant déjà condamné deux fois) n'a pas été jugée suffisante(42). Il va sans dire que le cumul de différentes dispositions protectrices, telle la protection constitutionnelle du mariage et celle dont bénéficie un ressortissant de la C.E.E. auraient dans ce domaine comme résultat l'élimination pratique de tout pouvoir d'appréciation autonome de l'administration.

Conclusion du paragraphe: Si l'application in concreto du contrôle de proportionnalité par le juge administratif allemand est toujours déterminée par les circonstances concrètes de l'espèce, le "tissu normatif" en question est tout aussi déterminant. Les différents intérêts juridiquement protégés dont bénéficie l'intéressé peuvent en effet se cumuler et provoquer une "réduction à néant du pouvoir d'appréciation" de l'administration(43). C'est le juge administratif qui mettra en œuvre cette protection globale accordée au justiciable par le contrôle de proportionnalité. L'étude des mesures de "police économique" en fournit un autre exemple.

§2. Mesures de police et interventionnisme économique

Il n'est certainement pas possible de rendre compte de toutes les facettes que peut revêtir l'application du principe de proportionnalité dans le domaine très vaste de l'interventionnisme économique de la puissance publique. Cela dit, il importe d'en démontrer l'étendue par des cas de figure où ce contrôle peut déterminer les solutions juridictionnelles concrètes.

(40) BVerwGE 57, 61.

(41) Arrêt précité, p.65: "Es ist aber eine nach Maßgabe des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zu beurteilende und deswegen nach dem Ausmaß des möglichen Schadens zu differenzierende (...) hinreichende Wahrscheinlichkeit zu verlangen, daß der Ausländer künftig die öffentliche Sicherheit oder Ordnung stören wird".

(42) Arrêt précité, p.68: "Der Schutz von Kindern vor Sexualdelikten ist zwar eine wichtige Aufgabe der Gemeinschaft (...) Die Gefahr solcher Straftaten berührt ein Grundinteresse der Gesellschaft. Eine hinreichend schwere Gefährdung, die eine Ausweisung rechtfertigt, ist aber nicht gegeben".

(43) "Ermessensreduzierung auf Null"; cf. O. JOUANJAN, Le principe..., thèse précitée, p.337.

A cet égard, le domaine du libre exercice d'une profession est le premier qui vient à l'esprit. La consécration constitutionnelle de la liberté du choix et de l'exercice de la profession ont en effet conduit le juge administratif à exercer dans ce domaine, dès le début de son histoire après guerre, un contrôle tout aussi varié et poussé.

Ainsi dans l'une de ses premières décisions(44), la Cour administrative fédérale annulait les dispositions d'une loi du 28 avril 1930(45) dans la mesure où elles ne permettaient l'installation d'un nouveau débit de boissons que dans les cas où serait démontrée sa nécessité. Certes, la Cour de Berlin ne fit pas dans cette décision directement appel au principe de proportionnalité et pour cause, puisque celui-ci n'était pas encore affirmé par la Cour constitutionnelle fédérale. Mais la combinaison qu'elle a faite de l'atteinte à la liberté de la profession avec la nécessité de respecter l'essence des droits fondamentaux faisait directement appel à l'idée du contrôle de proportionnalité(46).

Le contrôle de mesures administratives concrètes nous fournit un grand nombre d'exemples. Dans un arrêt du 16 septembre 1975(47), la Haute juridiction administrative avait eu à se prononcer sur la conformité au droit du retrait du permis d'exploitation du gérant d'une industrie hôtelière, au motif que certaines des clientes, ayant moins de 18 ans, s'étaient livrées à la prostitution. La loi applicable en l'occurrence datait également d'avant l'introduction de la Loi fondamentale et prévoyait une telle sanction à l'encontre d'un hôtelier qui "favorise l'immoralité". Pour la Cour de Berlin, si cette disposition était toujours valable, on ne saurait en revanche lui donner aujourd'hui le même sens que jadis. Le gérant de l'hôtel n'était pas le "gardien de la moralité publique" et il n'avait pas à endosser l'entière responsabilité de tout ce qui s'était passé dans son hôtel. En somme, si la responsabilité qui lui incombait justifiait bien une sanction, la mesure effectivement prise, étant la plus sévère des sanctions possibles, était disproportionnée et donc illégale(48).

Un raisonnement analogue, caractérisé par la recherche du moyen le moins sévère à été suivi dans quantité d'autres affaires, comme par exemple pour un entrepreneur qui s'était vu trop sévèrement sanctionné parce qu'il n'était pas en règle avec ses obligations de versement à une caisse de sécurité sociale(49), pour

un autre entrepreneur qui présentait un danger important d'insolvabilité future(50), à propos d'un refus d'autorisation de transport de marchandises(51), ou encore à propos de l'instauration d'une taxe professionnelle spéciale(52). Dans toutes ces décisions, et indépendamment du résultat concret du litige, la Haute juridiction administrative veille à l'application toujours effective du principe de proportionnalité.

L'existence d'une disposition légale conférant expressément un large pouvoir d'appréciation dans un domaine donné n'est pas non plus de nature à exclure le contrôle de proportionnalité; si l'existence d'une telle disposition peut être exigée(53), - dans la mesure où les atteintes aux droits fondamentaux ne peuvent intervenir qu'en vertu d'une loi - elle n'est pas en soi suffisante. La Cour administrative fédérale souligne en effet que dès lors que tout "pouvoir discrétionnaire" ne peut qu'être exercé "conformément au devoir" et reste "limité par le but de l'autorisation" légale, l'exercice de ce pouvoir implique l'obligation de l'examen, au vu du cas concret, "si une mesure attentatoire a priori permise est également justifiée"(54).

La question plus particulière de la réglementation de l'accès à une profession est également soumise à l'examen rigoureux du juge administratif(55). Ainsi le candidat malheureux d'un examen pour l'accès à la fonction de magistrat peut contester le déroulement de celui-ci par le biais du contrôle de proportionnalité(56), le titulaire d'un diplôme étranger la non reconnaissance de son titre d'études(57), ou encore le candidat à l'ouverture d'un commerce de détail le refus d'autorisation qui lui a été opposé(58).

(50) BVerwGE 65, 1.

(51) BVerwGE 51, 235.

(52) BVerwGE 38, 317.

(53) BVerwGE 51, 235.

(54) BVerwGE 51, 115[120]. Il s'agit, aux dires même de la Cour, du principe de proportionnalité, impliquant qu'une "mesure en soi permise peut être néanmoins in fine illégale, si les moyens mis en œuvre pour atteindre le but recherché ne sont pas nécessaires, en particulier si le but recherché par l'autorité aurait pu être atteint par le biais d'une mesure plus douce" (arrêt précité, p.121). Dans le même sens, voir aussi BVerwGE 25, 201.

(55) D'ailleurs le choix de la profession est reconnu par la Loi fondamentale et le juge constitutionnel comme nécessitant une protection supérieure à celle du libre exercice de la profession (BVerfGE 7, 377).

(56) Sans grandes chances de succès à vrai dire: BVerwGE 38, 105. Pour la question relative à un refus d'embauche d'un communiste à la fonction publique, la Cour administrative fédérale semble également accepter l'éventualité qu'une telle mesure soit in concreto disproportionnée (BVerwGE 47, 330[342 s]). Mais là ici la réponse est a priori négative, et ce à plus forte titre étant donnée l'obligation de loyauté politique explicitement prévue par la Loi fondamentale (article 34 al.4 GG; voir le jugement en la matière de la Cour constitutionnelle fédérale, très proche en fait à celui de la Cour administrative: BVerfGE 39, 334, commentaire de M. FROMONT in RDP 1977, p.353s.).

(57) BVerwGE 39, 77.

(58) BVerwGE 39, 247.

(44) BVerwGE 1, 48, décision du 15 décembre 1953.

(45) Cette loi étant entrée en vigueur avant la Loi fondamentale de 1949, la Cour était compétente pour la déclarer elle-même inconstitutionnelle à l'occasion d'un contrôle incident de sa constitutionnalité, sans avoir à recourir à la procédure prévue par l'article 100 GG.

(46) Dans le même sens, voir également BVerwGE 3, 304.

(47) BVerwGE 49, 160.

(48) La Cour affirme en l'occurrence que "wie jede andere Einschränkung der Berufsfreiheit darf auch diese nicht gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und das Übermaßverbot verstoßen" (p.168). Il est à noter que les sanctions "plus douces" prônées par le juge n'étaient pas prévues par la loi applicable, mais ceci ne constituait pas selon lui un obstacle déterminant (p.168-169).

(49) BVerwGE 23, 280. En revanche, l'exclusion d'un étudiant de ses études juridiques dans le cas de refus de versement de ses cotisations d'assurance maladie a été jugée conforme au droit, eu égard au faible montant des ses cotisations et l'intérêt public important qui s'y attache (BVerwGE 32, 308; dans un contexte similaire, voir aussi BVerwGE 59, 242).

Des droits fondamentaux autres que celui du libre exercice de la profession peuvent également être évoqués pour le contrôle de l'interventionnisme étatique.

Le droit de propriété (article 14 GG) est d'une importance capitale, surtout dans le domaine de l'urbanisme(59). Mais il peut être à la base du contrôle de proportionnalité dans d'autres domaines également, comme par exemple pour fonder le contrôle juridictionnel d'une mesure de confiscation(60).

L'article 28 de la Constitution consacre aux collectivités locales une sorte de "droit fondamental" à l'autodétermination. Pour déterminer si dans des cas limites l'intervention de la Fédération se justifie le juge a recours au principe de proportionnalité(61).

Même l'article 6 GG (protection du mariage et de la famille) peut être d'importance, quand par exemple il s'agit de contrôler la conformité au droit de l'instauration de la semaine de 5 jours à l'école: le juge exigea en l'occurrence que les intérêts des parents et des élèves soit "correctement soupesés" au vu de l'intérêt général rattaché à la réforme(62).

Finalement, de même que pour les mesures de réglementation de l'activité économique, sont soumises au principe de proportionnalité les mesures de pure prestation.

La puissance publique doit ainsi respecter le principe de proportionnalité quand, par exemple, elle attribue aux réfugiés une aide financière: l'exclusion d'une personne d'une telle mesure de prestation, prise à la suite d'un comportement irrégulier de sa part, doit tenir compte de la gravité de cette irrégularité(63). De même, elle doit également prendre en considération les intérêts des usagers quand elle fixe les horaires d'utilisation d'un équipement public(64). Elle doit enfin veiller à ce qu'une charge imposée en vue d'une prestation particulière ne soit pas en disproportion par rapport à cette prestation(65).

(59) Voir chapitre 2, section 1.

(60) BVerwGE 13, 258.

(61) BVerwGE 67, 321[323]: "(...) ansonsten schirmt die Garantie ab gegen unzulässige, weil sachlich nicht gerechtfertigte Eingriffe in die kommunale Selbstverwaltung. Jede den Kernbereich nicht antastende gesetzliche Zuständigkeitsregelung muß also zureichende Gründe in dem Sinne haben, daß sie im Hinblick auf die Funktion der Garantie ausreichend legitimiert und damit verhältnismäßig erscheint".

(62) BVerwGE 47, 201.

(63) BVerwGE 5, 50: décision du 7 mai 1957, rendue au sujet de la répartition des charges de guerre (indemnités accordées aux victimes): première fois où le contrôle de proportionnalité est explicitement appliqué par la Cour administrative fédérale. Voir aussi BVerwGE 30, 313; BVerwGE 58, 80.

(64) Voir par exemple BVerwGE 32, 299. Dans cette décision du 4 juillet 1969 la Cour administrative fédérale affirma que l'administration devait prendre en compte les intérêts éventuellement contradictoires des usagers et de la collectivité publique lors de la fixation des horaires d'utilisation d'une écluse; une fermeture le samedi et le dimanche est illégale si d'autres horaires, moins contraignants sont également praticables.

(65) Ainsi dans une décision du 26 février 1988 la Haute juridiction jugea que les récepteurs radiogoniométriques des avions servant d'aide à la navigation ne devaient

Conclusion du paragraphe et du chapitre: A travers cette présentation partielle on a pu s'apercevoir que le principe constitutionnel de proportionnalité "irradie" le droit administratif: toujours par une application directe en ce qui concerne le contrôle in abstracto de la norme immédiatement applicable; mais aussi de manière extrêmement fréquente in concreto, soit en vertu de dispositions constitutionnelles auxquelles la norme législative en soi proportionnée ne fait pas "écran", soit en vertu de dispositions législatives concrètes qui prennent alors le "relais" du contrôle constitutionnel de proportionnalité, soit les deux à la fois. Ce qui est certain, c'est qu'aucun acte soumis au contrôle du juge administratif n'est totalement dispensé de ce contrôle.

Mais les cas de figure examinés ne sont pas représentatifs de tout le contentieux administratif. En effet, qu'elles appartiennent au domaine de l'administration "ordonnatrice" ou de prestation, qu'elles mettent en cause de droits fondamentaux constitutionnels ou de simples dispositions législatives, toutes les décisions déjà relatées conservent un trait commun: il s'agit de l'opposition plus ou moins tranchée qui les caractérise, entre l'intérêt général motivant la mise en œuvre de l'acte querellé et les motifs de "liberté" qui s'y opposent. Cette réalité rend aisée la transposition de la logique du contrôle constitutionnel de proportionnalité, axé, aussi bien par la volonté du constituant que la nature même du contentieux constitutionnel, autour de la protection des libertés des personnes privées face aux interventions de la puissance publique.

Se pose alors la question de savoir si dans d'autres cas, où cette opposition ne peut par nature être aussi tranchée, le pouvoir judiciaire allemand a su trouver des réponses adéquates qui, tout en préservant la nature du contrôle de proportionnalité, arrivent à en maintenir l'efficacité.

être utilisés que pour recevoir des émissions radiophoniques et ne pouvaient, par là même, être soumis au paiement d'une redevance (BVerwGE 79, 90).

L'ADAPTATION DU MODELE CONSTITUTIONNEL ALLEMAND DE CONTROLE DE PROPORTIONNALITE

Les décisions en matière d'urbanisme (au sens large) donnent lieu à un contentieux particulier sous plusieurs aspects. Elles se situent en effet, en premier lieu, à la marge entre l'activité "ordonnatrice" et "prestataire" de la puissance publique, puisqu'elles fixent tant de manière obligatoire certaines règles de droit (par exemple: conditions de constructibilité d'un bâtiment) et, en même temps, elles posent des conditions de prestations à la collectivité (construction de routes, équipements publics etc).

Ensuite, elles se caractérisent surtout par un enchevêtrement d'intérêts juridiquement protégés, publics et privés, mis en cause, de sorte qu'on ne saurait opposer les uns aux autres de manière absolue et rigoureuse. Ainsi la construction d'un équipement routier peut servir les besoins de la circulation mais en même temps léser les intérêts d'une commune limitrophe ou d'un hôpital public par de nuisances de pollution ou de bruit; ou encore, l'installation d'un équipement public peut servir les intérêts privés des promoteurs et des usagers tout en portant atteinte au besoin de tranquillité ou aux activités économiques des riverains.

Face à un tel "défi" le juge administratif ne peut de manière entièrement convaincante se placer comme le simple gardien d'une stricte "légalité" normative; s'il le fait, il laissera en dehors de sa capacité d'intervention une portion extrêmement importante des rapports juridiques qu'il est en principe censé contrôler. Or dans le cas contraire, pratiquement inévitable, il ne peut empêcher de paraître s'immiscer dans le domaine de l'"opportunité" administrative qu'en utilisant de nouveaux outils juridictionnels, forgés pour la situation et donc spécialement adaptés à celle-ci.

Le juge français a su le faire en introduisant le contrôle du "bilan" qui fait d'une certaine manière la "somme" des avantages et des inconvénients, indifféremment publics ou privés, d'une opération d'urbanisme afin d'en dégager la in fine "légalité", ou plutôt licéité. Or un contrôle tel que celui du "bilan", s'il contient l'idée de base de la *Verhältnismäßigkeit* allemande (la mesure d'intérêt général ne restreint-elle pas trop la liberté individuelle?), ne se limite pas pour autant à ce stade. Le seul contrôle de *Verhältnismäßigkeit* ne suffirait donc pas à instaurer, en matière d'urbanisme en République fédérale, un contrôle juridictionnel aussi étendu dans son principe(1).

(1) Rappelons qu'on se pose ici la question de l'étendue du contrôle d'un strict point de vue théorique. La question de l'intensité pratique du contrôle de "bilan" en France, à la supposer faible, n'est donc pas de nature à en diminuer l'ampleur: la portée potentielle du contrôle du "bilan" est, en matière d'urbanisme, sensiblement plus vaste que ne peut l'être celle de la *Verhältnismäßigkeit* qui serait plutôt à affilier, d'un point de vue théorique, à une "interdiction d'excès" consacrée constitutionnellement (cf. partie I, titre 1, chapitre 2, section 1, sous section 2, §2).

Aussi, on verra que le juge administratif allemand a su également, dans le respect de sa propre tradition juridique, forger l'outil juridictionnel adapté aux nécessités du contrôle en la matière (section 1). Et cet outil nous aidera à reconsidérer l'ensemble du contentieux de proportionnalité, afin d'en dégager l'unité profonde (section 2).

Section 1

L'"Abwägungsgebot" ou "principe de pondération" urbanistique

Le principe constitutionnel de *Verhältnismäßigkeit* a été appliqué en matière d'expropriation dès le moment, et au même titre, qu'il ne l'a été dans les autres domaines du contrôle juridictionnel des mesures de la puissance publique. C'est ainsi que dans une décision du 18 août 1964 la Cour administrative fédérale a souligné que l'autorité publique doit veiller, lors du choix des parcelles à exproprier, dans un but d'utilité publique, à ce que ce choix comporte les atteintes les moins intenses possibles aux droits des propriétaires concernés(2). Le contrôle de *Verhältnismäßigkeit* est d'ailleurs toujours appliqué lorsque le juge doit se prononcer sur la licéité de telle ou telle charge particulière imposée à une personne privée en matière d'urbanisme(3).

Mais la pondération stricte entre un seul intérêt privé en matière économique, tel le droit de propriété et l'utilité publique d'un grand projet ne peut par définition aboutir à un contrôle très poussé. Malgré la volonté du juge administratif d'appliquer pleinement(4) le contrôle du principe tel qu'il a été dégagé par la Cour constitutionnelle fédérale, les résultats ne pouvaient qu'être

(2) BVerwGE 19, 171. La Cour recherche ici non seulement si une expropriation s'impose par rapport à un moyen "non expropriateur" (par exemple, acquisition des parcelles à l'amiable) mais aussi quelle est la forme d'expropriation strictement nécessaire (partielle, totale etc). A efficacité égale, l'autorité publique n'a le choix qu'entre moyens qui comportent également une atteinte égale à la propriété des intéressés. Si non, doit être choisi le moins "attentatoire" des moyens envisageables: "Nur wenn die in Betracht kommenden Enteignungsformen für den Betroffenen keinen wesentlich verschiedenen Eingriff in seine Rechtssphäre bedeuten, hat die Enteignungsbehörde die Wahl, durch welches rechtliche Mittel sie die von ihr erstrebte Änderung der Nutzungsberechtigung herbeiführen will" (p.173).

(3) Cf. BVerwGE 55, 250[254]: obligation de proportionnalité pour les charges imposées à un industriel pour la diminution des risques de pollution dues à son industrie d'énergie thermique.

(4) Cf. BVerwGE 26, 131[133], où le juge administratif affirme la prise en compte des trois éléments du contrôle de la proportionnalité au sens large, et en particulier de l'aptitude: "Ist mithin bereits ein Mittel, das an sich geeignet ist, ein im öffentlichen Interesse liegendes Ziel zu erreichen, dann nicht mehr erlaubt, wenn es außer Verhältnis zu dem erstrebten Erfolg steht, dann kann ein Mittel, das objektiv nicht einmal geeignet ist, den erstrebten Erfolg zu erreichen, ebensowenig erlaubt sein".

souvent maigres. Ceci est démontré par une affaire jugée le 24 octobre 1967, dans laquelle la Cour administrative fédérale a eu à se prononcer sur les retombées négatives de la construction d'une route d'utilité publique sur le droit de propriété du requérant. Dans cette affaire, la Cour a affirmé certes explicitement l'entière applicabilité du contrôle de proportionnalité sous sa forme constitutionnelle de *Verhältnismäßigkeit* en matière d'urbanisme⁽⁵⁾, mais sur le fond, la contestation du projet est demeurée - nécessairement? - sans succès⁽⁶⁾. En réalité, on pouvait se demander si l'enchevêtrement plutôt que l'opposition des intérêts publics et privés, que la *Verhältnismäßigkeit* ne pouvait prendre entièrement en considération, ne rendait pas en la matière ce contrôle si non inadapté, du moins insuffisant.

Conscient peut-être de ces difficultés, le juge administratif allemand a introduit, pour contrôler les décisions administratives en matière d'urbanisme une nouvelle forme de contrôle, résumée par la notion d'*Abwägungsgebot* ("principe de pondération"). Dès lors, il convient d'étudier brièvement l'introduction et le développement de ce principe (§1), avant de s'interroger sur son contenu et sa signification, notamment par rapport à la technique du "bilan", appliquée à des situations analogues par le juge administratif français (§2).

§1. Un "contrôle de proportionnalité" spécifique à l'urbanisme

La décision de principe a été en la matière un jugement rendu par la Cour administrative fédérale le 12 décembre 1969⁽⁷⁾. Il s'agissait d'un "plan d'urbanisme de détail" communal, refusé par l'autorité administrative de tutelle⁽⁸⁾. Suite à un recours de la commune, la Cour administrative fédérale a en dernière instance, approuvé la légalité de l'acte de l'autorité de tutelle; mais avant, elle a profité pour exprimer les principes qui seraient désormais applicables au contrôle juridictionnel en matière d'urbanisme.

(5) BVerwGE 28, 139[143]: "Daß die Planfeststellungsbehörde den Grundsatz der Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit zu beachten hat, unterliegt keinem Zweifel. Die Planung muß im richtigen Verhältnis zu dem angestrebten Zweck und Erfolg stehen. Sie muß notwendig sein und darf zu keinem stärkeren Eingriff führen, als es der Zweck erheischt (...)"

(6) Ibid, p.143 s.

(7) BVerwGE 34, 301.

(8) En Allemagne, les textes en matière d'occupation du sol (Bauleitplanung) comprennent deux degrés, le "schéma directeur" (Flächennutzungsplan), qui en fixe les directions générales et est pratiquement immune juridiquement et le "plan d'urbanisme de détail" (Bebauungsplan), qui fixe les règles spécifiques et obligatoires en matière d'occupations des sols. Ce dernier, de nature réglementaire, se rapproche sensiblement, par son contenu et la fonction qu'il remplit, du "plan d'occupation des sols" français. Il peut aujourd'hui - ce ne fut pas toujours le cas - être contesté directement par le biais du contrôle abstrait des normes, unique contentieux "objectif" en matière réglementaire. Mais il peut toujours être contesté par la voie de l'exception d'illégalité à l'occasion d'un litige portant sur un acte d'application, par exemple un permis de construire. Son élaboration est, aux termes de la loi fédérale du 23 juin 1960 sur l'urbanisme, du ressort des communes, mais nécessite l'accord de l'autorité de tutelle.

Pour ce faire, la Cour de Berlin s'est d'abord basée sur les dispositions de la loi du 23 juin 1966 sur l'urbanisme, disposant en l'occurrence que:

"4) Les plans doivent tenir compte des besoins sociaux et culturels, de la santé et de la sécurité de la population. Les intérêts publics et privés doivent être mis en balance de façon équitable (*gerecht abzuwägen*). Les plans doivent viser à satisfaire les besoins en logements de la population et favoriser l'accès à la propriété des logements.

5) Les plans doivent prendre en considération les nécessités du culte et de la vie spirituelle telles que les déterminent les Eglises, les besoins de l'économie, de l'agriculture, de la jeunesse, de la circulation et de la défense ainsi que les exigences de la protection de la nature et des paysages et le caractère des villes et de la campagne"⁽⁹⁾.

Forte de cet appui textuel, et surtout de l'expression "mis en balance de façon équitable", la Cour administrative fédérale poursuivait en affirmant que cette question d'une juste pondération des intérêts en présence était une question juridictionnelle, soumise au contrôle normal du juge administratif⁽¹⁰⁾. Le contrôle allait comprendre en la matière la vérification de l'existence d'une pondération; la vérification de la prise en considération, lors de la pondération, des quantités (intérêts) qui étaient en l'occurrence pertinents; enfin celle de l'attribution, par l'autorité administrative, à chacun des ces intérêts en présence de son juste poids dans la "balance" - en réalité, le résultat du "bilan"⁽¹¹⁾.

Cette décision capitale marque déjà un certain détachement du contrôle de l'*Abwägungsgebot* par rapport à la norme légale; le juge s'arroge en fait la capacité de contrôler à sa guise l'appréciation des intérêts en présence effectuée par l'administration. L'évolution du contentieux en la matière confortera cette impression: le contrôle ne manquera pas, au fil des décisions, de s'affirmer, de mûrir et de mettre ainsi clairement en évidence le rôle créatif de la Cour administrative fédérale (A). Mais en même temps, cette évolution mettra en évidence la relation intime de l'*Abwägungsgebot* avec le *Verhältnismäßigkeitsgebot* en tant que formes distinctes d'un contrôle de même nature, que l'étude de la nature juridique de ce "principe de pondération" urbanistique permettra de constater (B).

(9) §1, al. 4 et 5 de la loi sur l'urbanisme.

(10) BVerwGE 34, 301[308].

(11) Ibid, p. 309: "Das Gebot gerechter Abwägung ist verletzt, wenn eine (sachgerechte) Abwägung überhaupt nicht stattfindet. Es ist verletzt, wenn in die Abwägung an Belangen nicht eingestellt wird, was nach Lage der Dinge in sie eingestellt werden muß. Es ist ferner verletzt, wenn die Bedeutung der betroffenen privaten Belange verkannt oder wenn der Ausgleich zwischen den von der Planung berührten öffentlichen Belangen in einer Weise vorgenommen wird, der zur objektiven Gewichtigkeit einzelner Belange außer Verhältnis steht". La Cour administrative fédérale semble ici distinguer quatre stades de contrôle: 1) existence de la pondération; 2) prise en compte de tous les intérêts litigieux; 3) selon leur vraie valeur dans le cas concret; 4) de sorte à aboutir à un résultat de pondération correct (jurisprudence depuis constante: BVerwGE 45, 309[314s]). Mais cette quadruple classification est excessive, car largement répétitive, ainsi que le démontre avec force H.-J. KOCH, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, ouvrage précité, p. 231. Reste en fait l'exigence d'une juste pondération de tous les intérêts juridiquement protégés en question, c'est à dire a priori susceptibles de motiver une décision dans l'un ou l'autre sens.

A. LE DÉVELOPPEMENT DU CONTRÔLE DE L'"ABWÄGUNGSGEBOT"

Le contrôle de la pondération des décisions d'urbanisme a vite revêtu une intensité et une variété impressionnantes. Un premier exemple est donné par une décision de la Bundesverwaltungsgericht du 5 juillet 1974 ayant porté sur le contrôle d'un plan d'urbanisme de détail à l'occasion de l'autorisation accordée à une entreprise de construire une grande usine de verre(12). Sur le recours du propriétaire d'un des terrains qui allaient être expropriés pour l'extension de l'usine, la Cour de Berlin a confirmé la décision de la Cour administrative d'appel de Münster ayant annulé le plan d'urbanisme litigieux. Dans sa décision, la Haute juridiction administrative souligne qu'un plan d'urbanisme doit être fondé sur une appréciation correcte des intérêts en présence à la fois en ce qui concerne le processus de leur pondération (Abwägungsvorgang) et l'aboutissement - conclusion de celle-ci (Abwägungsergebnis)(13). Le point le plus important de ce raisonnement n'est pas, comme on aurait pu le penser, une quelconque distinction entre procédure et fond(14), mais le fait que par ce biais la Cour dispose en réalité, par la superposition de diverses formules de contrôle, des appuis juridiques pour dénier pratiquement tout pouvoir discrétionnaire à l'autorité administrative compétente. En l'occurrence, si la Haute juridiction accepte que la commune conserve une certaine marge d'appréciation pour comparer la valeur (correctement évaluée!) des différents intérêts en cause(15), elle ajoute que ce pouvoir "a évidemment des limites"(16). Limites qui ont été dans le cas d'espèce très étroites: la Cour a estimé que la création d'une zone industrielle le long d'une zone existante d'habitation impliquait une grave méconnaissance des intérêts des habitants et était par la même de nature à entraîner l'illégalité du plan d'urbanisme litigieux(17).

Rendue peu après, une autre décision de la Cour administrative fédérale(18) appliqua un contrôle bien similaire mais encore plus poussé dans le domaine du contrôle juridictionnel d'un grand projet routier. En effet, ici le projet

(12) BVerwGE 45, 309. Voir le commentaire de M. FROMONT, R.F.A., les événements législatifs et jurisprudentiels survenus en 1974, RDP 1976, p. 214 s.

(13) Distinction déjà effectuée par la Cour administrative fédérale dans un décision antérieure: BVerwGE 41, 67[69].

(14) La clarté notionnelle de la distinction entre Abwägungsvorgang et Abwägungsergebnis, qui ne peut en tout état de cause recouper la distinction entre procédure et fond, a été à juste titre critiquée par la doctrine. Voir à ce titre H.-J. KOCH, Das Abwägungsgebot im Planungsrecht, DVBl 1983, p.1125.

(15) BVerwGE 45, 309[325]: "(...) wird § 1 Abs 4 und 5 BBauG nicht verletzt, wenn sich die zur Planung berufene Gemeinde in der Kollision zwischen verschiedenen Belangen für die Bevorzugung des einen und damit notwendig für die Zurücksetzung eines anderen entscheidet" (cf. BVerwGE 34, 301[309]).

(16) Ibid, p.326.

(17) Pour le professeur FROMONT "la liberté de planifier de la commune semble vidée de sa substance" (article précité, RDP 1976, p.217).

(18) BVerwGE 48, 56 (décision du 14 février 1975).

intervenait en vertu de dispositions légales autres que la loi urbanistique(19), qui ne comportaient aucune allusion directe à l'obligation légale d'une "juste pondération". Or la Cour a affirmé l'autonomie du principe de pondération de la norme légale. En rappelant que celui-ci faisait l'objet de sa jurisprudence constante, elle souligna qu'il était valable sans texte légal (20) et l'érigea de ce fait au rang virtuel de principe constitutionnel(21).

L'intensité du contrôle juridictionnel exercé par le biais de l'Abwägungsgebot ne cessa de s'accroître. Ainsi, dans une décision du 15 avril 1977(22), la Cour administrative fédérale a fait porter son contrôle sur une décision de modification du tracé de deux routes fédérales, non pas seulement sur les intérêts de la circulation, comme l'aurait a priori impliqué le texte applicable, mais aussi sur les intérêts d'urbanisme de la commune requérante. De même, dans sa décision concernant l'extension de l'aéroport de Frankfurt(23), la Cour administrative fédérale a réaffirmé les principes du contrôle juridictionnel en matière de grands projets d'urbanisme(24).

La Haute juridiction a souligné en effet encore une fois que le contrôle de la pondération constituait le dernier stade de l'examen juridictionnel d'un grand projet administratif: à ce titre, il est opéré par le juge après l'examen du respect, par la décision, des principes directeurs posés par la loi applicable (Leitsätze)(25).

(19) Une loi spécifique règle en effet les conditions de construction de tout projet routier d'importance fédérale: il s'agit de la Bundesfernstraßengesetz en vigueur depuis 1961 et modifiée depuis.

(20) BVerwGE 48, 56[63]: "Das folgt aus der ständigen Rechtsprechung des erkennenden Senats, der für die verschiedensten Planungsbereiche wiederholt entschieden hat, daß sich das Gebot (...) unabhängig von einer gesetzlichen Positivierung aus dem Wesen einer rechtsstaatlichen Planung ergibt und dementsprechend allgemein gilt (...)" Le juge se félicite par ailleurs d'être suivi par le législateur en matière de construction routière, tout en affirmant que ces nouvelles dispositions ne provoquent pas de modification des principes jurisprudentiels déjà dégagés (même page).

(21) Cf. H.-J. KOCH, Das Abwägungsgebot..., article précité, p.1133; voir aussi plus loin sous B.

(22) BVerwGE 52, 237. Voir le commentaire de M. FROMONT, R.F.A., les événements législatifs et jurisprudentiels survenus en 1977, RDP 1978, p. 1570s.

(23) Décision du 7 juillet 1978, BVerwGE 56, 110. Voir le commentaire de M. FROMONT, R.F.A., les événements législatifs et jurisprudentiels survenus en 1978, RDP 1980, p. 133 s.

(24) En Allemagne fédérale, les opérations relatives à un grand projet sont conduites suite à une procédure formalisée qui aboutit à l'adoption d'une "décision d'établissement d'un Plan" (Planfeststellung). C'est par exemple le cas d'un projet de construction d'une route, d'autorisation de construction d'une usine ou d'un grand équipement public. Bien que ces actes sont en principe des actes administratifs individuels, à l'opposé de la décision d'adoption d'un plan d'urbanisme de détail (Bebauungsplan), la Cour de Berlin y appliquait, depuis déjà sa décision du 14 février 1975 (BVerwGE 48, 56) un contrôle similaire à celui qu'elle avait inauguré à propos de celles-ci. Dans la présente décision, rendue après un nouveau texte législatif portant sur les grands projets (Code de procédure administrative du 25 mai 1976) la Cour réaffirme les mêmes principes, tout en les explicitant davantage.

(25) BVerwGE 56, 110[117]; M. FROMONT, article précité, p.133. Cette distinction était déjà opérée par la Cour dans sa décision du 14 février 1975 (BVerwGE 48, 56[59s]). Voir à ce titre section 2, §1, A.

Le contrôle de proportionnalité effectué de cette manière est ainsi consacré en tant que contrôle autonome de la légalité de la décision administrative, postérieur et indépendant de l'opération de qualification stricto sensu⁽²⁶⁾. La Cour de Berlin a rappelé par ailleurs que l'Abwägungsgebot est applicable même sans texte et, sur le fond, si elle a reconnu que l'intérêt de développer l'aéroport en question l'emportait sur les intérêts des riverains, tel ne saurait être le cas que dans la mesure où les inconvénients causés par le bruit des avions allaient demeurer supportables⁽²⁷⁾. Or ainsi il appartiendra au juge du fond de soumettre éventuellement l'administration à des sujétions particulières, de nature à rétablir l'équilibre entre les différents intérêts en présence. Le juge administratif se permet donc non seulement d'annuler éventuellement un grand projet d'urbanisme définitivement vicié par une pondération des intérêts en cause défectueuse, mais également d'annuler partiellement, ou de modifier un projet à son avis "récupérable", pour le rendre conforme à sa conception de la "légalité".

Par ailleurs, l'accroissement progressif de l'intensité d'application de l'Abwägungsgebot ne pouvait manquer de poser le problème de l'examen juridictionnel des choix alternatifs que l'autorité administrative aurait pu, ou dû, opérer. Ce contrôle est implicitement admis dans une autre décision relative à la construction d'un aéroport, rendue le 30 mai 1984⁽²⁸⁾. Il l'est de manière plus claire dans une décision du 22 mars 1985⁽²⁹⁾. Dans cette affaire, la Cour de Berlin impose l'examen de tracés alternatifs d'une route, de sorte à s'assurer de la protection optimum de l'environnement⁽³⁰⁾.

(26) Voir partie I, titre 1, chapitre 1, section 2, sous section 2.

(27) Les exigences juridictionnelles à l'égard des nuisances sonores n'ont cessé, elles aussi, de s'accroître. On peut citer à cet égard les décisions relativement récentes du 22 mai 1987 (BVerwGE 77, 285) et du 29 avril 1988 (BVerwGE 79, 254) et du 19 janvier 1989 (BVerwGE 81, 197). Dans la première de ces décisions, la Cour administrative fédérale a fait appel à un certain "droit acquis à la tranquillité" des habitants, puisqu'elle a considéré que le fait que lors de l'élaboration d'un plan d'urbanisme de détail il était prévu qu'un axe routier supplémentaire serait construit ne dispensait pas les autorités administratives de leur obligation de prendre soin des besoins spécifiques des habitants contre le bruit lors de la construction de l'axe. Dans la seconde décision le juge s'est interrogé sur l'éventualité d'imposer des "moyens de protection passive" pour la réduction des nuisances sonores causées par une sirène pour la protection contre les incendies; tout en acceptant l'utilité publique représentée par l'existence de la sirène, il cherche à en atténuer le plus possible les inconvénients (à ce sujet, voir aussi BVerwGE 68, 62). Finalement, dans la troisième décision la Cour administrative fédérale a imposé une réglementation sévère de l'utilisation d'un complexe sportif, reconnu d'utilité publique, afin de protéger mieux les riverains du bruit généré par les activités sportives qui s'y déroulaient.

(28) BVerwGE 69, 256, décision relative à l'aéroport de Munich: "Zwar ist der Abwägungsvorgang fehlerhaft, wenn die Planfeststellungsbehörde ernsthaft in Betracht kommende Planungsvarianten nicht beachtet" (p.273).

(29) BVerwGE 71, 166.

(30) Ibid, p.171-172: "Nach der Rechtsprechung des Senats ist auch die Frage von Planungsalternativen nach den Grundsätzen des Abwägungsgebotes zu beantworten (...) vielmehr hätte für die Alternativlösung das (möglicherweise geringere) Maß der Beeinträchtigung öffentlicher Belange -hier insbesondere des Natur- und Landschaftsschutzes - geprüft werden müssen".

Il résulte de cet examen sommaire de la jurisprudence de la Cour administrative fédérale en matière de contrôle de la légalité d'un plan d'urbanisme ou d'un grand projet d'utilité publique la constatation d'une grande intensité et d'une capacité d'évolution constante. On peut alors se demander si cette jurisprudence de l'Abwägungsgebot n'est pas originale au point de devoir être dissociée de celle, d'origine constitutionnelle, relative au contrôle du principe de Verhältnismäßigkeit, qui est le vecteur essentiel du contrôle de proportionnalité en République fédérale.

B. LA NATURE JURIDIQUE DE L'"ABWÄGUNGSGEBOT"

Création partielle du juge administratif allemand, le "principe de pondération" urbanistique n'est pas pour autant d'une nature juridique profondément différente du Verhältnismäßigkeitsgebot.

Une étude plus ciblée des décisions de la Cour administrative fédérale nous permet en effet de constater que l'Abwägungsgebot, proche du principe de Verhältnismäßigkeit par son origine et sa logique (a), plus large dans l'étendue des éléments qu'il englobe (b), ne fait en réalité qu'adapter le contrôle constitutionnel de proportionnalité aux nécessités impératives du contrôle juridictionnel en matière d'urbanisme (c).

a. L'"Abwägungsgebot" se rapproche du "Verhältnismäßigkeitsgebot"

Le principe de Verhältnismäßigkeit trouve son origine dans la Loi fondamentale et est de rang constitutionnel; il s'applique par le juge sur tout le domaine du droit public allemand, constitutionnel comme administratif. Il juxtapose l'intérêt général à la liberté individuelle et vise avant tout à imposer à la puissance publique un devoir de modération. En revanche, le principe de pondération ne s'applique eo nomine qu'en matière d'urbanisme. Il trouve, en apparence au moins, son origine dans la norme légale et ne s'applique qu'à des actes de rang infra-législatif. Il vise a priori aussi bien le déroulement que le fond de la décision, et met en balance plusieurs intérêts juridiquement protégés à la fois, publics comme privés, remplissant une fonction qui semble plus proche de la surveillance du pouvoir d'appréciation de l'administration que de la simple exigence d'un devoir de modération.

Ceci étant, sans vouloir faire abstraction de ces points de divergence, on ne peut que constater un certain nombre de points communs frappants.

Tout d'abord, les deux sont d'une origine en réalité essentiellement jurisprudentielle. La Cour administrative fédérale a certes pris le soin de s'attacher, dans un premier temps, à une disposition textuelle qui faisait référence au devoir d'une "juste pondération"⁽³¹⁾. Mais la Cour constitutionnelle fédérale, en dépit de l'exceptionnelle amplitude à la fois de son prestige et de ses pouvoirs, a fondé également souvent le contrôle de Verhältnismäßigkeit sur des dispositions constitutionnelles spécifiques, en particulier l'article 19 de la Loi

(31) BVerwGE 34, 301, décision précitée.

fondamentale(32). Par ailleurs, le juge administratif fédéral a rapidement veillé à "détacher" le principe de la pondération des appuis textuels directs, en affirmant en toute occasion que ce contrôle existerait même sans son intégration dans la norme ("ohne Positivierung")(33).

Comparables par leur origine, les deux principes se rapprochent également, aussi étonnant que cela puisse paraître, par leur rang normatif. Le professeur Koch a en effet parlé du fondement constitutionnel de l'Abwägungsgebot(34), et il n'est nullement contredit par la jurisprudence de la Cour administrative fédérale, qui affirme que ledit principe, découlant de l'idée d'Etat de droit, est directement applicable en vertu de la Constitution dans la mesure où aucune disposition législative particulière ne le concrétise(35).

De même, les deux principes se caractérisent également par leur niveau d'intervention au sein du processus de contrôle de l'acte litigieux: après l'opération de qualification stricto sensu, c'est en vertu d'eux que le juge opère la "pondération" entre les intérêts qui en l'occurrence militent "pour" ou "contre" la in fine conformité au droit de la mesure litigieuse.

Finalement, c'est justement l'opération de "pondération" qui est le point commun essentiel des deux principes. En effet, même si l'Abwägungsgebot est plus large en ce qui concerne les éléments pris en compte pour l'évaluation de la légalité de l'acte contrôlé, et si le Verhältnismäßigkeitsgebot intervient dans des domaines contentieux beaucoup plus vastes, la nature de l'opération reste la même: souper deux ou plusieurs solutions a priori légales, pour aboutir à une seule conclusion juridiquement acceptable.

Ce n'est dès lors pas un hasard si grand nombre d'auteurs s'étant penchés sur l'étude du principe de Verhältnismäßigkeit, mais aussi la Cour constitutionnelle fédérale, parlent d'"Abwägung" pour désigner le stade essentiel de l'application du principe de Verhältnismäßigkeit au sens large(36). De même, il n'est pas fortuit que la Cour administrative fédérale insère, comme on le verra,

(32) Cf. partie I, titre 2, chapitre 1, section 2, §1.

(33) Par exemple, BVerwGE 55, 221[230]. Voir aussi BVerwGE 48, 56[63]; BVerwGE 64, 33[35]; BVerwGE 64, 271[273].

(34) H.-J. KOCH, Das Abwägungsgebot..., article précité, p.1133.

(35) BVerwGE 64, 271[273]: "In diesem Rahmen gilt das Abwägungsgebot deshalb - auch ohne eine ausdrückliche gesetzliche Regelung - für hoheitliche Planungen allgemein und ist es als "rechtsstaatliches Abwägungsgebot" unmittelbar bundesverfassungsrechtlich gesichert mit der Folge, daß es gegebenenfalls ergänzend neben das einfache Bundes- oder Landesrecht tritt, soweit dessen (ausdrückliche) Regelungen die Reichweite des rechtsstaatlichen Abwägungsgebotes nicht ausschöpfen". Dans le même sens, BVerwGE 59, 253[257s]; BVerwGE 61, 295[301]; BVerwGE 64, 33[35]. Contre l'objection éventuelle que la loi peut empêcher l'application ponctuelle du principe de pondération, il suffit de remarquer que cela est également valable pour le principe de Verhältnismäßigkeit, dans le cas bien sûr d'une loi en soi proportionnée (voir chapitre 1).

(36) Les décisions de la Cour constitutionnelle fédérale parlent pratiquement toujours d'"Abwägung" au sujet du principe de proportionnalité: voir BVerfGE 35, 202; BVerfGE 51, 324. Des auteurs, voir notamment R. ALEX, Theorie..., ouvrage précité, p.100s.; R. DECHSLING, Das Verhältnismäßigkeitsgebot, ouvrage précité, p.17s. Cet auteur affirme même explicitement l'identité profonde du Verhältnismäßigkeitsgebot et de l'Abwägungsgebot, en soulignant que leurs différences sont bien davantage des différences de formulation plutôt que de fond (p.2 s.).

le contrôle de Verhältnismäßigkeit dans son opération d'application de l'Abwägungsgebot.

b. L' "Abwägungsgebot" contient le "Verhältnismäßigkeitsgebot"

Il s'agit là d'une question clarifiée par le juge administratif à de nombreuses reprises. Venu après, et ayant en règle générale remplacé le contrôle de Verhältnismäßigkeit en matière d'urbanisme, le "principe de pondération" n'implique pas pour autant, même partiellement, une réduction de l'intensité du contrôle juridictionnel. Bien au contraire, s'il endosse une fonction supplémentaire, il préserve le contrôle préexistant.

Cette réalité est affirmée de manière limpide dans une décision de la Cour administrative fédérale du 11 décembre 1981: "Dans son domaine d'application le principe de pondération prend aussi en compte le principe de Verhältnismäßigkeit, d'une manière spécifique, propre à être appliquée aux décisions administratives en la matière; en ce qui concerne le domaine de l'urbanisme, le principe de Verhältnismäßigkeit est compris dans le principe de pondération, et ne nécessite par conséquent d'aucune application distincte"(37).

La raison de cette inclusion, qui démontre la communauté de la nature fondamentale des deux principes est exprimée clairement par le professeur Koch, quand il souligne que la comparaison des intérêts imposée par le principe de pondération urbanistique "n'est pas seulement une comparaison de la valeur juridique propre des intérêts conflictuels, mais aussi et surtout une question de proportionnalité du "retrait" des uns en faveur des autres"(38). Il est dès lors clair que dans la mesure où le contrôle de l'Abwägungsgebot est applicable, la mise en œuvre distincte du principe de Verhältnismäßigkeit devient largement superflète.

c. L'"Abwägungsgebot" adapte le "Verhältnismäßigkeitsgebot" aux nécessités du contrôle juridictionnel en matière d'urbanisme

Si les deux principes examinés sont, ainsi qu'on vient de le constater, extrêmement proches, ils ne sont pas pour autant identiques. En effet, le seul fait que l'un puisse, en matière d'urbanisme, être contenu dans l'autre, indique qu'il n'y a pas assimilation complète.

En fait, si le Verhältnismäßigkeitsgebot et l'Abwägungsgebot sont proches, c'est parce qu'ils mettent en œuvre tous les deux le même contrôle: la proportionnalité et la pondération qu'elle implique. Mais les quantités soupesées par leur biais ne sont pas les mêmes: liberté individuelle face à l'intérêt général dans le premier cas; avantages et inconvénients (intérêts "pour" et intérêts "contre" une décision) dans le deuxième.

(37) BVerwGE 64, 271[273]; dans le même sens, BVerwGE 56, 110[123]: Eine Planung, die ihnen entspricht [l'Abwägungsvorgang et l'Abwägungsergebnis], entspricht damit auch dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, dem bei planerischen Entscheidungen gerade durch die Beachtung des Abwägungsgebots Rechnung getragen wird".

(38) H.-J. KOCH, Allgemeines Verwaltungsrecht, ouvrage précité, p. 231.

Le principe de *Verhältnismäßigkeit* a été conçu pour et autour des droits fondamentaux; il ne remplit donc parfaitement son rôle que dans la mesure où la question principale qui se pose est la juxtaposition entre un droit fondamental et l' [un] intérêt général. Il est également utilisable si on "glisse" du droit fondamental au simple droit public subjectif. En cela, il est parfaitement adapté pour contrôler une mesure de police, même s'il s'agit d'une mesure d'expulsion d'un étranger sans droit fondamental en cause.

Il devient néanmoins franchement inadapté quand il s'agit en premier lieu de surveiller une appréciation discrétionnaire en matière de planification. Comment peut-on, à l'aide d'une stricte juxtaposition du "public" au "privé" évaluer la légalité du choix entre la construction d'une usine, favorable au développement économique et la protection optimum de l'environnement, préservant la santé publique? Le choix de construire une route, au profit des villes destinataires, mais aux dépens des villages traversés? Celui de favoriser le transport aérien, routier ou ferroviaire? Pour toutes ces questions le contrôle de la *Verhältnismäßigkeit* stricto sensu n'est pas adapté, car elles se posent plus en termes d'efficacité, du moins relative, que de modération.

Si l'on accepte la nécessité de l'interventionnisme étatique planificateur, il faut aussi surveiller les choix effectués par la voie juridictionnelle; c'est là aussi un enjeu de liberté. En cela, l'efficacité peut encore être (partiellement au moins) une question de proportionnalité; mais pas une question de simple interdiction d'excès. Elle est en fait beaucoup plus une question de "bilan coûts-avantages". C'est pour cette raison que l'*Abwägungsgebot*, forme particulière de contrôle de proportionnalité, est apte à remplacer et compléter le *Verhältnismäßigkeitsgebot* en matière d'urbanisme.

Conclusion du paragraphe: Le principe de pondération urbanistique ne vise pas à se substituer, mais à compléter le principe constitutionnel de *Verhältnismäßigkeit*, ou plutôt à l'adapter aux nécessités particulières que peuvent se présenter s'agissant du contrôle juridictionnel en matière d'urbanisme. Mettant en œuvre un contrôle de la même nature, celui de proportionnalité, il se distingue du *Verhältnismäßigkeitsgebot* par une fonction juridictionnelle plus proche du bilan coûts-avantages que de l'interdiction d'excès. Peut-on pour autant l'identifier comme l'équivalent allemand de la technique bien connue du "bilan" français? C'est la question sur laquelle il convient désormais de se pencher.

§2. "*Abwägungsgebot*" = bilan? une réponse affirmative nuancée

Commentant une décision du 9 novembre 1979 de la Cour administrative fédérale(39) ayant indéniablement fait preuve d'une conception large de l'intérêt à agir en matière de planification urbaine, le professeur Fromont affirmait: "(...) la Cour a pratiquement adopté les solutions françaises en matière d'intérêt à agir et a ainsi éliminé une des dernières infériorités du système allemand par rapport au droit français. De ce fait, l'organisation du contentieux administratif allemand devient globalement supérieure à celle du contentieux administratif français, compte tenu des avantages incontestables qu'elle offre au

(39) BVerwGE 59, 87.

justiciable allemand: effet suspensif des recours dirigés contre les décisions individuelles, examen d'office de tous les moyens de droit par le juge, pouvoir de réformation et même d'injonction reconnu au juge administratif allemand"(40).

On ne saurait contester les propos du spécialiste français du droit allemand; bien plus, il est à noter qu'à côté de ces avantages fort utiles au justiciables mais essentiellement procéduraux, le contentieux public allemand comporte, en ce qui concerne du moins l'objet de notre étude, une indéniable avance au fond. Pour qui travaille sur le contrôle de proportionnalité, la "supériorité" du contrôle juridictionnel allemand, plus mûr et rompu en la matière, est un postulat de base.

Cela dit, une grande part de cette "supériorité" [lire: potentialité de contrôle juridictionnel poussé] est due au caractère subjectif du contentieux public allemand. Quand un système juridique vise plus à protéger des droits subjectifs que de "dire la légalité", il est normal qu'il dispose de plus de moyens pour protéger les droits. Dit-il aussi bien la légalité, du moins en théorie? Autrement dit, la question qui se pose quand on compare "bilan" et "*Abwägungsgebot*" est de savoir si ce dernier principe permet au juge allemand de faire tout ce que la structure du "bilan" offre, en théorie tout au moins, au juge français(41). De ce point de vue, la conception subjectiviste du contentieux public allemand semble comporter des inconvénients potentiels (A) même si, comme on le verra, ils sont en pratique surmontés pour l'essentiel (B).

A. LES INCONVÉNIENTS APPARENTS DE L' "*ABWÄGUNGSGEBOT*"

Pour aborder la question des problèmes potentiels que peut poser un contrôle du type de "bilan" au sein d'un système juridique qui, comme le système allemand, est axé autour de la protection des droits publics subjectifs, il convient de distinguer entre la saisine et le fond.

Il est constant que la saisine du juge administratif est en République fédérale d'Allemagne, à l'opposé de la France, soumise en principe à l'exigence de l'existence d'une atteinte potentielle à l'un des droits publics subjectifs du requérant. Cette conception subjectiviste du droit administratif allemand entraîne bien évidemment, en premier lieu, une réduction sensible du cercle des personnes susceptibles d'engager un recours pour excès de pouvoir faute d'intérêt à agir suffisant. De même, sont exclus en général les recours effectués par les associations et même les recours contre les règlements(42): le principe de l'*actio popularis* est en effet banni. Or contrairement à ce qu'on aurait pu penser, ce n'est

(40) M. FROMONT, R.F.A., les événements législatifs et jurisprudentiels survenus en 1979, RDP 1981, p.973 s.

(41) C'est donc, d'une certaine manière, la question de l'aptitude du système juridictionnel à effectuer "un contrôle de l'opportunité" (ou du moins d'étendre le domaine de la légalité: cf. P. DELVOLLE, Le contrôle de l'opportunité..., article précité) qui est ici en cause. La question de savoir si cela se fait effectivement est différente: qu'un système disposant des outils juridictionnels adaptés n'en fasse pas un usage extensif, cela peut être une réalité, mais qui dépend largement de facteurs (mentalité, mode de recrutement des juges, moyens techniques d'investigation) qui ne nous occupent pas ici.

(42) Exception faite du "recours abstrait des normes", voir plus loin dans le même paragraphe.

pas là la faiblesse potentielle la plus importante du contentieux administratif allemand en matière d'urbanisme. Car même une fois le juge valablement saisi, le procès de droit public allemand reste imprégné par sa conception subjectiviste, susceptible d'influencer non plus la recevabilité, mais le bien fondé de la requête.

Les problèmes que pose la conception subjectiviste au plan de la restriction de la recevabilité d'une requête sont faciles à cerner.

Il s'agit avant tout de l'impossibilité de principe de contester par un recours direct la légalité d'un règlement administratif. Il est certes prévu contre ces actes un recours direct, c'est-à-dire indépendant de tout litige suscité par une mesure d'application, dit "contrôle abstrait des normes" (abstrakte Normenkontrolle). Un tel recours n'était possible, en matière de plans d'urbanisme, que dans certains Länder allemands et restait soumis à de nombreuses restrictions, qu'on ne peut exposer en détail ici(43). Avec la réforme intervenue par la loi du 24 août 1976, le législateur fédéral a étendu la possibilité du recours en contrôle abstrait des normes, en ce qui concerne les plans d'urbanisme, à tout le territoire allemand, tout en améliorant les règles de fonctionnement(44).

Cette réforme a supprimé la faiblesse la plus apparente du contentieux urbanistique de la République fédérale. Il n'en demeure pas moins que la saisine du juge dans le cadre de ce contrôle reste, en principe au moins, plus limitée qu'elle ne l'aurait été en France: elle n'est valable que dans la mesure où l'intéressé "a subi un dommage du fait de l'application de la disposition en cause, ou peut s'attendre à subir un tel dommage dans un délai prévisible"(45). Même si aucun droit subjectif n'est ainsi exigé, il est néanmoins nécessaire de pouvoir faire valoir au moins un intérêt personnel(46).

Plus strictes sont les conditions de recevabilité d'un recours dirigé contre un acte administratif individuel en matière d'urbanisme(47). Ici, comme pour tout acte administratif, le requérant doit fonder son recours sur l'atteinte de l'un de ses droits publics subjectifs(48). Or, au delà de la restriction à la recevabilité que cette exigence laisse entrevoir, il est normal de supposer que la valeur de l'intérêt propre du requérant (et non pas de tous les intérêts lésés par l'acte litigieux) sera

(43) Sur la question du "contrôle abstrait des normes" avant et après sa réforme par la loi du 24 août 1976 voir le commentaire de M. FROMONT, R.F.A., les événements législatifs et jurisprudentiels survenus en 1976, RDP 1978, p.395[419 s].

(44) Voir note précédente.

(45) § 47 al 2 de la loi sur les tribunaux administratifs (Verwaltungsgerichtsordnung).

(46) Cf. H.-J. KOCH, Allgemeines Verwaltungsrecht, ouvrage précité, p. 219.

(47) Il est à noter que le cas typique d'une décision pour la construction d'un grand projet d'utilité publique (construction d'une route, d'un aéroport, d'un complexe sportif etc) est en général considéré juridiquement comme un acte administratif individuel collectif, et donc directement attaquant par toute personne justifiant d'un intérêt public subjectif.

(48) § 42 al 2 de la loi sur les tribunaux administratifs: "[le requérant doit] geltend machen, durch den Verwaltungsakt oder seine Ablehnung oder Unterlassung in seinen Rechten verletzt zu sein".

d'une importance capitale, au delà de la recevabilité stricto sensu, pour la solution au fond du litige.

C'est là que se situe le problème essentiel qui peut se présenter au justiciable: contestant une décision en matière de planification qui présente de nombreux inconvénients, il est possible qu'il ne puisse utiliser que des moyens juridiques relatifs à ses propres intérêts.

Cette éventualité apparaît clairement dans une décision du 14 février 1975, rendue par la Cour administrative sur le recours d'un particulier(49). Celui-ci contestait le tracé d'une route fédérale dans les environs de Bonn. Or si la Cour de Berlin cassa le jugement de la Cour administrative d'appel de Münster ayant accepté la validité du tracé, elle rejeta néanmoins l'essentiel de l'argumentation du requérant au fond. Car selon elle, si l'administration a l'obligation de mettre en balance les intérêts de la circulation et ceux des riverains, et si tout intéressé se voit reconnaître un intérêt public subjectif pour la "juste" prise en compte de ses droits lors de la pondération préalable à la décision, il ne peut évoquer que ses intérêts propres: dans le cas précis, les atteintes portées par la construction de la route à son propre environnement, et non celles portées à l'environnement des autres riverains, encore moins la totalité de ces atteintes(50). Le professeur Fromont note à ce propos qu'"en l'espèce, l'intérêt du requérant ne faisait manifestement pas le poids avec les intérêts publics en jeu. On observera que le caractère subjectif du recours incite le juge à dénier au plaideur le droit de contester efficacement les appréciations de l'administration qui sont relatives aux divers intérêts en présence. La liberté de décision du planificateur reste donc très grande du fait de la survivance de la notion de droit subjectif dans le droit public allemand (...)"(51).

On ne saurait ajouter d'autres arguments quant aux dangers de la conception subjectiviste du droit administratif pour le contrôle au fond de l'acte. Et ce d'autant plus que les mêmes remarques peuvent être effectuées sur d'autres décisions de la Haute juridiction administrative, comme par exemple la décision déjà relatée relative à la légalité de l'extension de l'aéroport de Frankfurt(52), ou

(49) BVerwGE 48, 56; voir le commentaire de M. FROMONT in R.F.A., les principaux événements législatifs et jurisprudentiels survenus en 1975, RDP 1977, p.366.

(50) Ibid, p.66: "Zwar räumt das Abwägungsgebot dem von einer Planung Betroffenen mit dem Recht auf eine gerechte Abwägung ein subjektives öffentliches Recht ein. Dieses Recht kann sich aber im Hinblick auf die in den Vorschriften der §§ 42 Abs 2 und 113 Abs 1 Satz 1 VwGO zu Ausdruck gekommenen Grundsätze seinem Gegenstand nach immer nur auf die rechtlich geschützten eigenen Belange des Betroffenen beziehen. Er hat, mit anderen Worten, zwar einen gerichtlich verfolgbaren Anspruch darauf, daß eine gerechte Abwägung seiner eigenen Belange mit entgegenstehenden anderen Belangen stattfindet, er hat aber nicht auch einem Anspruch darauf, daß die Belange anderer Beteiligter gerecht abgewogen sind oder daß etwa die Planung insgesamt und in jeder Hinsicht auf einer fehlerfreien Abwägung beruht".

(51) Article précité, RDP 1977, p.366.

(52) BVerwGE 56, 110[123]: "(...) räumt das Abwägungsgebot in seiner fachplanerischen Ausprägung dem von einer Planung Betroffenen ein subjektives Recht auf gerechte Abwägung seiner eigenen (nur seiner eigenen) rechtlich geschützten Belange ein (...)".

celle relative aux émissions radioactives en provenance d'une centrale nucléaire(53).

On constate donc que la conception subjectiviste du contentieux administratif allemand peut avoir, en matière de planification, des conséquences assez fâcheuses pour la protection efficace du justiciable, et ce plus en ce qui concerne le contrôle du fond des actes administratifs individuels que le contrôle des actes à caractère réglementaire. On verra pourtant qu'il ne s'agit pas là d'une fatalité.

B. LE DÉPASSEMENT DES DIFFICULTÉS

Si l'étude de la jurisprudence allemande en matière d'urbanisme démontre certaines faiblesses quant à la "couverture" accordée au justiciable, l'étude de son ensemble, et surtout de son évolution, montrent non seulement une situation globalement satisfaisante, voire même assez enviable, mais une tendance nette au dépassement des difficultés existantes.

Le législateur n'est pas étranger à cette évolution. On a déjà eu l'occasion de signaler sa contribution pour améliorer la capacité d'intervention d'un contrôle objectif en matière d'urbanisme, en généralisant l'application du contrôle abstrait des normes sur tout le territoire allemand, en améliorant la procédure et en augmentant les possibilités de contrôle au fond(54).

Mais l'acteur principal de l'adaptation du contrôle juridictionnel aux nécessités en la matière est indéniablement le juge administratif et en particulier la Cour administrative fédérale.

À cet égard, on peut rappeler que le "principe de pondération" est déjà pratiquement sa propre création et que, malgré son intégration dans les normes légales applicables, il a constamment tenu à affirmer qu'il est applicable même sans texte. De plus, le contrôle incident a toujours été présent s'agissant des décisions d'urbanisme à caractère réglementaire, son intensité au fond n'ayant d'ailleurs rien à envier à un contrôle direct(55). Mais l'importance de l'heureux

(53) BVerwGE 61, 256. Dans cette décision, le requérant tentait de tirer argument de la densité élevée de la population autour de la centrale nucléaire pour exiger de l'administration la fixation de moyens de protection contre la radioactivité plus rigoureux. Pour la Cour, le requérant ne peut se fonder que sur son droit propre à la protection de [sa] santé; or la densité élevée de la population augmente le nombre des personnes exposées, mais pas le risque individuel auquel était exposé le requérant. Les dangers pour les autres riverains de la centrale, et donc la densité de la population concernée étaient donc en l'occurrence sans signification juridique (p. 264-266).

(54) Depuis 1976 (voir même paragraphe, A), la violation de toute règle de droit, fédérale comme locale peut être invoquée à l'appui du recours (et donc aussi un droit fondamental); par ailleurs, la Cour administrative d'appel saisie de l'affaire (ce sont les seules Cours administratives d'appel qui sont normalement compétentes pour un tel litige) est tenue de la renvoyer à la Cour administrative fédérale chaque fois qu'elle a l'intention de s'écarter de la jurisprudence d'une autre Cour en la matière, ou que l'affaire lui semble être d'une importance capitale.

(55) Pour ces deux remarques, voir même paragraphe, sous A.

effet du rôle du juge en la matière est également démontré par les observations suivantes:

D'abord, par le contrôle abstrait des normes, la Cour administrative fédérale a, dans sa décision du 9 novembre 1979(56), saisi l'occasion présentée par la demande introduite par trois Cours administratives d'appel pour préciser les conditions dans lesquelles les particuliers pouvaient contester un plan d'urbanisme de détail, pour l'élargir le plus possible. Elle a en l'occurrence acceptée que le requérant fasse valoir de simples intérêts économiques (chances de gain), alors que son droit fondamental de propriété n'était pas directement en cause(57). Ce faisant, la Cour de Berlin a, ainsi que le souligne le professeur Fromont, manifesté "sa volonté d'abandonner définitivement l'idée selon laquelle le recours direct contre un règlement ne peut être introduit que par les individus dont les droits seront lésés par les mesures d'application. Dorénavant la Cour (...) admet clairement pour la première fois que le contentieux des règlements est un contentieux objectif: seul le contentieux des décisions administratives individuelles reste subjectif"(58).

Ensuite, dans le domaine du contrôle des actes administratifs individuels en matière d'urbanisme, les faiblesses relatives sont en train d'être estompées sous l'influence du juge.

D'abord l'obligation, pour le requérant, de ne faire valoir que ses intérêts propres, est nettement diminuée quand ce dernier peut, par nature, faire valoir des intérêts plus "collectifs". Ainsi dans la décision du 15 avril 1977 déjà relatée(59), le requérant qui contestait la mauvaise évaluation des intérêts d'urbanisme, selon lui lésés par le projet routier litigieux, n'était pas un particulier, mais une commune. La Cour administrative fédérale en profita pour conduire un examen complet, comprenant tous les intérêts en cause et envisageant non seulement les conséquences directes, mais aussi indirectes du projet routier. Comme on le voit, quand la qualité du requérant le permet, le contrôle mis en œuvre peut être extrêmement complet(60).

En outre, l'étude des décisions de la Cour de Berlin démontre un réel effort pour dépasser la limite que présente la qualité de simple justiciable -

(56) BVerwGE 59, 87; voir le commentaire de cette décision par M. FROMONT, in R.F.A., les événements législatifs et jurisprudentiels survenus en 1979, RDP 1981, p.973.

(57) Arrêt précité, p. 102: "Daraus, daß es kein subjektives verfassungskräftiges Recht eines Geschäftsmannes auf die Erhaltung des Geschäftsumfanges und die Sicherung weiterer Erwerbsmöglichkeiten gilt, ist nicht zu schließen, daß Interessen an der Erhaltung oder Nutzung von Erwerbschancen von vornherein und begrifflich kein Bestandteil des bei einer bestimmten Bebauungsplan notwendigen Abwägungsmaterials sein könnten".

(58) Article précité, RDP 1981, p.984.

(59) BVerwGE 52, 237. Voir même section, §1, A.

(60) Car c'est bien sûr cette qualité que s'est basée la Cour administrative fédérale: "Damit werden in der Tat erhebliche öffentliche Belange geltend gemacht, die bei der Abwägung zugunsten des Planes eingesetzt werden können und die die Zurückstellung von betroffenen Belangen Dritter grundsätzlich zu rechtfertigen geeignet sind (...) Ob dies hier der Fall ist, hängt von dem Gewicht ab, das den betroffenen Belangen der Klägerin in der Abwägung zuzubilligen ist (...)" (ibid, p.247).

personne privée du requérant. Ainsi dans une décision du 18 mars 1983(61), rendue encore une fois au sujet de la construction d'une route fédérale, la Haute juridiction commença par rappeler la validité en la matière du principe de la capacité restreinte dont dispose le simple particulier pour contester la conduite et le résultat de la pondération par le biais de l'Abwägungsgebot(62). Mais elle continua en affirmant que la Cour administrative d'appel, qui avait rejeté la requête, avait fait une mauvaise application de cette jurisprudence. Selon la Cour fédérale en effet, le requérant, qui allait subir une expropriation partielle, avait le droit d'évoquer un examen complet des avantages et des inconvénients de la décision litigieuse, car pratiquement tout élément de non-respect de l'Abwägungsgebot, y compris, dans le cas concret, une atteinte aux sites et aux paysages, pourrait ultérieurement provoquer une atteinte, même indirecte, à ses droits subjectifs stricto sensu. Les principes dégagés par la décision du 14 février 1975 ne pouvaient être appliqués à la lettre, car dans la présente affaire c'était son droit fondamental de propriété et non la seule protection contre le bruit qui était en cause(63). Or en réalité, dans cette affaire la Cour de Berlin a bien essayé de maintenir officiellement le principe de la restriction des intérêts évocables par le particulier tout en contournant les effets. Car dans l'affaire B-42 il y avait aussi expropriation partielle du terrain du requérant, donc son droit de propriété était également en cause; si en 1975 cela n'a pas été suffisant, huit ans plus tard le juge en décidait autrement.

Si le requérant est une personne publique, le progrès est plus facile. Dans une décision du 22 mars 1985(64) en effet, rendue après la contestation d'un projet routier par des collectivités locales qui allaient être traversées sans le souhaiter, la Cour administrative fédérale a "étouffé" son examen de la pondération: d'un côté en effet, elle a introduit, pour la première fois explicitement, la nécessité de protection de l'environnement dans les éléments qui doivent faire partie de la pondération; de l'autre côté, et de manière peut-être plus importante encore, elle a pris le soin de distinguer deux stades dans le déroulement de son contrôle: ainsi lors du premier stade du contrôle, le juge doit, selon la Cour, soupeser les seuls intérêts publics antinomiques entre eux (intérêt de la circulation, protection de l'environnement, coût du projet). Ce n'est qu'ensuite, et dans le cas où ce premier examen s'avère positif, que le deuxième stade pourra être abordé, comprenant la juxtaposition des intérêts publics en faveur du projet et des intérêts privés lésés(65). En dehors de la question de la faisabilité d'une telle distinction entre intérêts publics et privés, cette décision de la Cour a donc le mérite, en sus d'un contrôle très poussé(66), d'impliquer que l'annulation d'un projet a priori d'utilité publique peut intervenir pour cause d'atteinte portée à des seuls intérêts publics antinomiques. On voit difficilement ce qu'un contrôle du bilan et une volonté affichée d'examiner l'opportunité pure de la décision administrative aurait pu apporter comme élément supplémentaire.

(61) BVerwGE 67, 74.

(62) Principe dégagé par la décision sur la route B-42 déjà commentée (BVerwGE 48, 56[66]).

(63) BVerwGE 67, 74[78].

(64) BVerwGE 71, 166.

(65) BVerwGE 71, 166[170].

(66) Et qui comprend l'examen des alternatives possibles, comme par exemple une route plus étroite, etc (p.171 s).

A ces décisions on peut ajouter d'autres, plus récentes, dans lesquelles le poids d'un simple intérêt juridiquement protégé d'une personne privée, s'avère néanmoins être d'un poids non négligeable(67). Mais il nous semble d'ores et déjà permis de dire que les inconvénients de la conception subjectiviste du droit administratif allemand en matière d'urbanisme sont en passe de devenir bien plus réels en théorie qu'en pratique.

Conclusion du paragraphe: Ainsi qu'il a été souligné au début de ce bref examen de l'Abwägungsgebot appliqué par le juge administratif allemand en matière d'urbanisme, il nous paraissait indiscutable que ce contrôle est, du point de vue de l'intensité de la protection accordée au justiciable, a priori supérieur au contrôle équivalent exercé en France par le biais de la technique du "bilan". Au terme de ses développements il nous semble qu'en effet, tout en conservant les réels et naturels "avantages" dues à la conception subjectiviste du contentieux, il efface de plus en plus les "inconvénients" que cette même conception aurait pu générer. Par ailleurs, cette présentation nous a permis de constater une réalité intéressante pour la suite de nos développements: le contentieux administratif de la République fédérale allemande dispose d'un mécanisme de contrôle qui suit la même logique que celle qu'a inauguré chez nous l'arrêt Ville nouvelle Est; la "proportionnalité - bilan" existe aussi Outre-Rhin.

Conclusion de la section: Le "principe de pondération", spécifiquement appliqué en R.F.A. en matière de contrôle des décisions de planification, est certes différent sur certains points du principe constitutionnel de Verhältnismäßigkeit. Mais sa fonction première reste la mise en œuvre, adaptée aux nécessités de son domaine d'application, du même contrôle que celui que le Verhältnismäßigkeitsgebot impose à toute mesure attentatoire aux droits fondamentaux: prise en compte de la valeur juridique du "pour" et du "contre", détermination d'une in fine légalité entre deux ou plusieurs a priori légalités. Les deux principes désormais présentés sont donc bien du contrôle de proportionnalité, et cette réalité n'a évidemment pas échappé à l'attention de la doctrine allemande. Ainsi le moment est maintenant venu, profitant de ses enseignements, d'en dégager l'essence commune, ce travail pouvant peut-être nous servir au delà du cadre du seul pays présentement examiné.

Section 2

L'unité du contrôle de proportionnalité

L'étude des innombrables domaines d'intervention du contrôle de proportionnalité dans le droit public allemand permet d'en dégager deux formes

(67) Voir par exemple la décision du 19 janvier 1989 précitée (BVerwGE 81, 197), par laquelle la Cour administrative fédérale admet la nécessité d'interdire, dans un centre sportif d'utilité publique, entre autres, la pratique du football toutes les jours de la semaine après 19 h, les dimanches et les jours fériés.

principales. La première, la plus traditionnelle, la plus généralement appliquée, la plus élevée aussi dans l'échelle normative est le principe de *Verhältnismäßigkeit*. Principe avant tout de modération, il a comme but principal d'interdire la limitation excessive des libertés individuelles pour des motifs d'intérêt général: il est en cela la traduction parfaite de la transposition de l'esprit libéral dans un système normatif au demeurant extrêmement récent et moderne.

La deuxième forme du contrôle de proportionnalité est plus limitée dans son domaine d'application, mais plus étendue quant à l'ampleur des facteurs qu'elle introduit lors de l'examen juridictionnel. Cela est normal: pour le contrôle des décisions infra légales de planification, plus que les grands principes constitutionnels, ce qui compte c'est la multitude des intérêts juridiquement protégés, intérêts publics ou privés enchevêtrés et souvent contradictoires. A l'instar de la France, c'est donc un mécanisme qui suit plus ou moins la logique du "bilan" qui est le plus apte à conserver le rôle du gardien de la légalité qui est celui du juge.

Or ces deux formes de contrôle, apparemment bien éloignées l'une de l'autre, sont du contrôle de proportionnalité, car ils obéissent finalement à la même logique. Cette logique commune il faut la dégager, non seulement pour des besoins d'harmonie conceptuelle d'ensemble, mais aussi pour des raisons pratiques. Bien réelle, elle est due, comme on le verra, plus à la communauté de la nature juridique des variables que le mécanisme de proportionnalité met en balance, qu'à celle du mécanisme de balance lui-même.

C'est en effet parce que le juge doit également mettre en œuvre des normes juridiques qui ne sont pas des simples concepts qualificateurs, mais plutôt des commandements d'optimisation qu'il fait, et doit faire, appel au contrôle de proportionnalité (§1). Et c'est cette prise de conscience qui aide à dépasser le schéma intellectuel opposant le seul droit fondamental à un intérêt général monolithique pour dégager l'unité profonde du contrôle de proportionnalité en droit allemand (§2).

§1. Commandements d'optimisation et nécessité de pondération

En présentant le mécanisme des différentes formes du contrôle de proportionnalité, on a jusqu'alors, pour tous les contentieux examinés, parlé de conciliation entre a priori légalités, afin de dégager une seule in fine légalité dans chaque cas d'espèce(68). Et effectivement, à supposer que plusieurs a priori légalités existent, le juge ne saurait, pour effectuer sa fonction de gardien du droit, aboutir à une seule in fine légalité; sinon son choix ne serait qu'un contrôle - illicite - de l'opportunité.

Cela dit, reste à savoir ce qu'on pourrait comprendre par l'expression "a priori légalité" expression qui semble bien, il faut l'avouer, assez peu juridique. Autrement dit, il s'agira d'étudier la nature juridique des "quantités" que le mécanisme de proportionnalité met en œuvre.

(68) Cf. partie I, titre 2, chapitre 1, section 2, §1, C.

A notre connaissance, l'étude la plus aboutie sur cette question particulière a été effectuée, au niveau du contrôle constitutionnel du moins, par R. Alexy(69). Selon ce dernier, les normes juridiques consacrées par la Loi fondamentale peuvent être classées, compte tenu de leur structure interne, en deux grandes catégories: les "principes" et les "règles"(70). Aux dires même de l'auteur, les termes exacts utilisés pour désigner ces deux familles de normes ne sont pas déterminants(71). Ce qui est en revanche essentiel c'est de bien saisir la distinction de contenu qu'elles désignent.

Les "règles" et les "principes" sont en effet, les uns comme les autres, des normes juridiques, des règles de droit, décrivant, permettant ou interdisant un comportement et susceptibles de servir de base pour la solution concrète d'un litige(72). Mais leurs ressemblances s'arrêtent là.

Le contenu d'une "règle" est dans sa structure le contenu classique d'une norme juridique: si elle est applicable en l'espèce, et si les circonstances de fait constituant sa "mineure" sont remplies, alors, nécessairement, les conséquences juridiques de sa "majeure" le seront aussi(73). Les "conflits" entre règles sont certes possibles, et souvent le juge doit s'interroger si tel ou tel texte est applicable à un cas particulier. Mais ils sont en principe résolus selon des directives strictes et bien connus(74) et surtout: ils doivent être résolus. Car la validité de l'application d'une "règle" donnée exclut l'application d'une "règle" différente sur le même cas d'espèce.

R. Alexy en donne un exemple tiré de l'une des premières décisions de la Cour constitutionnelle fédérale(75). Dans cette affaire, le juge constitutionnel avait à se prononcer sur la validité de deux textes législatifs, l'un fédéral et l'autre local, réglementant l'ouverture des magasins; il s'est prononcé en faveur de la réglementation issue de la loi fédérale, selon la règle de l'article 33 de la Loi fondamentale, aux termes duquel "le droit fédéral l'emporte sur le droit d'un Land". Une fois le seul concept qualificateur ainsi dégagé (la réglementation des horaires d'ouverture imposées par la loi fédérale), la solution du litige n'était plus qu'une question de qualification juridique des faits stricto sensu: les commerces pouvaient ouvrir le mercredi après midi(76).

La situation est largement différente quand la question que se pose au juge est relative à l'application d'un "principe". Il s'agit là de normes juridiques qui ne déterminent pas la solution concrète d'un litige uniquement parce qu'ils y sont applicables. Autrement dit, il n'y a aucune contradiction entre la réalisation des circonstances de fait qui servent pour leur applicabilité et la non survenance

(69) *Theorie...*, ouvrage précité.

(70) R. ALEXY, *Theorie...*, ouvrage précité, p.71s.

(71) Car des termes divers sont souvent utilisés pour les désigner: *ibid.*, p.71-72. La Cour constitutionnelle fédérale parle souvent de "principes" (BVerfGE 50, 290[337]; BVerfGE 51, 324[350]), mais pour en désigner le contenu elle emploie aussi souvent des termes dérivés de la notion de "valeur" (Wert): cf. BVerfGE 6, 55[71]; BVerfGE 12, 45[54]; BVerfGE 35, 202[225].

(72) *Ibid.*, p.72.

(73) *Ibid.*, p.78: "Daß eine Regel gilt und auf einen Fall anwendbar ist, bedeutet, daß ihre Rechtsfolge gilt".

(74) "Lex posterior derogat legi priori", "lex specialis derogat legi generali" etc.

(75) BVerfGE 1, 283; cf. R. ALEXY, *Theorie...*, ouvrage précité, p.78.

(76) BVerfGE 1, 283[292s].

des conséquences juridiques que leur application implique. La raison est au fond simple: il ne s'agit pas là de normes - simples "objets de qualification" mais plutôt de normes "commandements d'optimisation".

Un "commandement d'optimisation" doit, comme le souligne R. Alexy, être "réalisé" juridiquement le plus possible; or le degré de cette possibilité ne sera pas déterminé in abstracto, mais après une comparaison avec le poids que peuvent avoir, dans le cas concret, d'autres "commandements d'optimisation" potentiellement antinomiques. Si donc les "principes" déterminent par leur applicabilité une solution juridique *prima facie* obligatoire, ce n'est qu'après l'intervention du juge que leur application définitive sera décidée(77). Autrement dit, si l'on a dans la plupart des cas des conflits entre "principes" comme on peut avoir des conflits entre "règles", les premiers, à l'opposé des seconds, ne posent pas simplement une question d'applicabilité (la règle de droit s'applique-t-elle dans le cas d'espèce?) mais aussi et surtout une question de poids de leur valeur concrète (cette norme qui s'applique, l'emporte-t-elle sur une norme opposée, qui s'applique également?)(78). Les conflits entre principes sont donc inévitables, et chacun d'eux peut avoir un poids différent selon le cas d'espèce. Se pose alors inévitablement la question du mécanisme juridique qui permettra au juge de mener à bien son devoir de détermination de la *in fine* solution du litige.

Ce mécanisme est le contrôle de proportionnalité(79). Par son biais, le juge conduira l'évaluation du poids respectif dans le cas concret des intérêts juridiquement protégés en présence, et déterminera le résultat concret du litige en termes de résultat de cette pondération.

C'est donc en ce sens que, ainsi qu'il a déjà été souligné(80), l'application du contrôle de proportionnalité est à la fois inévitable et déduite de la nature même des droits fondamentaux. Commandements d'optimisation, "principes" par excellence, les droits fondamentaux nécessitent pour leur mise en œuvre, l'existence d'un mécanisme de pondération juridique(81).

(77) R. ALEXY, *Theorie...*, ouvrage précité, p.87-88: "Prinzipien gebieten, daß etwas relativ auf die rechtlichen und tatsächlichen Möglichkeiten in möglichst hohem Maße realisiert wird. Damit enthalten sie keine definitiven, sondern nur *prima facie* Gebote. Daraus, daß ein Prinzip in einem Fall einschlägig ist, folgt nicht, daß das, was das Prinzip in diesem Fall verlangt, im Ergebnis gilt".

(78) Ibid, p.79: "Regelkonflikte spielen sich in der Dimension der Geltung ab, Prinzipienkollisionen finden, da nur geltende Prinzipien kollidieren können, jenseits der Dimension der Geltung in der Dimension des Gewichts statt".

(79) Il est à noter, que si l'on se place du point de vue de cette distinction entre "principes" et "règles", le contrôle de proportionnalité est une règle: si les conditions de son application sont réunies, c'est en effet lui qui déterminera la solution concrète du litige (prépondérance de tel ou tel "principe" en situation de conflit).

(80) Voir parie I, titre 2, chapitre 1, section 2, §1. Cela dit, s'il a été effectivement dégagé en tant que mécanisme de modération, avant tout de et pour la protection des droits fondamentaux, le contrôle de proportionnalité peut de même servir pour la pondération de tout principe. Voir la suite de nos développements dans le paragraphe en cours.

(81) R. ALEXY, *Theorie...*, ouvrage précité, p.101: "Da die Anwendung geltender Prinzipien, wenn sie anwendbar sind, geboten ist, und da zur Anwendung im

Cette théorie, malgré les opinions contraires qu'elle peut susciter, à un mérite selon nous déterminant: celui de rendre parfaitement compte du contrôle juridictionnel, et en particulier de celui de la Cour constitutionnelle fédérale(82).

Quelques exemples peuvent le démontrer aisément. Il n'y pas de doute que "chacun a le droit à la vie et à l'intégrité corporelle" (article 2 al. 2.1 GG). Il s'agit même là de l'un des principes les plus importants de la R.F.A. (et pas que de la R.F.A. d'ailleurs). Or "des restrictions ne peuvent être apportées à ces droits qu'en vertu d'une loi" (article 2 al. 2.3). Doit-on comprendre, à la lecture de cette disposition, que la seule garantie réellement accordée à la vie et à l'intégrité corporelle est l'existence de la procédure formalisée d'édiction d'une loi? C'est là un postulat que le constituant allemand a farouchement cherché d'exclure. Tirant cette constatation, la Cour constitutionnelle fédérale est allée jusqu'au point de condamner une loi uniquement parce qu'elle n'entreprenait pas une action positive (sanction pénale!) pour protéger efficacement la vie et l'intégrité(83). De même, dans une décision déjà longuement commentée(84), elle a mis en balance ce droit contre l'intérêt public, également de rang constitutionnel, de la poursuite d'un procès pénal. Or ce faisant, elle a accepté que ces deux normes puissent voir les conditions factuelles de leur application remplies, alors qu'une seule a déterminé la solution finale du litige: il y avait un procès pénal qui devait être continué, il y avait un danger à la vie qui devait pouvoir être évité; tout reposait sur la question du poids relatif de ces deux principes en l'espèce. Et ce poids relatif, c'est le contrôle de proportionnalité qui l'a déterminé(85).

Kollisionsfall eine Abwägung notwendig ist, impliziert der Prinzipiencharakter der Grundrechtsnormen, daß dann, wenn sie mit gegenläufigen Prinzipien kollidieren, eine Abwägung geboten ist".

(82) D'ailleurs ceux qui s'opposent à cette théorie, et ils ont été effectivement nombreux et très connus, tels E. FORSTHOFF (*Die Umbildung des Verfassungsgesetzes, in Rechtsstaat im Wandel*, ouvrage précité, p.147s) ou encore C. SCHMITT, *Die Tyrannei der Werte*, in: *Säkularisation und Utopie*, mélanges FORSTHOFF, Berlin 1967, p.60), critiquent en règle générale en même temps et avant tout la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale. On ne saurait, dans le cadre de cette étude, tenter de rendre compte en détail ou répondre à toutes les positions qui ont été soutenues en la matière. Cela a été toutefois l'un des objets principaux de l'étude de R. ALEXY souvent citée ici (*Theorie...*, ouvrage précité, surtout p.134 s); voir aussi R. DECHSLING, *Das Verhältnismäßigkeitsgebot*, ouvrage précité, p.8-17.

(83) Il s'agit bien évidemment de la décision bien connue du 25 février 1975 sur l'interruption de grossesse (BVerfGE 39, 1; voir le commentaire de M. FROMONT in RDP 1977, article précité, p. 344 s.). Pour déclarer inconstitutionnelle la disposition litigieuse la Cour s'était dans cette affaire exclusivement fondée sur l'article 2, alinéa 2 phrase 1 de la Loi fondamentale.

(84) BVerfGE 51, 324: partie I, titre 2, chapitre 1, section 2, §1, C.

(85) BVerfGE 51, 324[346]: "Ein hier entstehender Konflikt ist nach Maßgabe des Verhältnismäßigkeitsprinzips, das bei der Beurteilung von Eingriffen in das Grundrecht aus Art 2 Abs 2 Satz 1 GG ganz allgemein Beachtung erfordert, durch Abwägung der einander widerstrebenden Interessen zu lösen (...) Führt diese Abwägung zu dem Ergebnis, daß die dem Eingriff entgegenstehenden Interessen des Beschuldigten im konkreten Fall ersichtlich wesentlich schwerer wiegen als

Conclusion du paragraphe: La meilleure explication de l'existence et de l'ampleur du contrôle de proportionnalité se situe en l'acceptation par le juge de l'existence de normes juridiques qui ne déterminent pas par leur seule applicabilité la solution de l'espèce, mais qui décrivent en revanche des situations juridiques optimisées, que ceux qui les mettent en œuvre, puissance publique ou juge, doivent réaliser autant que cela est possible et raisonnable. Le contrôle de proportionnalité devient en effet nécessaire quand le juge est appelé à évaluer, au vu des circonstances concrètes d'une affaire donnée, le poids respectifs des intérêts - "principes" en présence qui conditionnera l'in fine conformité au droit.

§2. Pondération juridique entre "principes"

Tous les droits fondamentaux sont des "principes" dans le sens qu'il vient d'être donné à cette notion. Il a en effet déjà été démontré que dans pratiquement tous les cas où ils sont pris en compte par le juge constitutionnel, leur mise en œuvre donne lieu à une pondération juridique effectuée par ses soins(86). Mais les droits fondamentaux ne sont pas les seuls "commandements d'optimisation" de l'ordre juridique examiné, ni d'ailleurs de toute autre ordre juridique. La définition qui en a été donnée est suffisamment large pour inclure l'expression juridique de plusieurs intérêts publics consacrés par la Loi fondamentale, comme d'ailleurs d'autres intérêts juridiquement protégés, publics ou privés, consacrés par d'autres ensembles normatifs.

Si donc la fonction première du contrôle de proportionnalité reste celle de la pondération entre les libertés individuelles - droits fondamentaux et l'intérêt général justifiant l'atteinte qui peut leur être portée, celle-ci n'est pas sa seule fonction.

La prise de conscience de cette capacité d'intervention accrue du contrôle de proportionnalité aide à la fois à dépasser les limites de sa conception limitée par le binôme de la stricte opposition entre les libertés et l'intérêt général mais surtout rétablit et justifie l'unité conceptuelle du *Verhältnismäßigkeitsgebot* - en matière constitutionnelle ou administrative - et de l'*Abwägungsgebot*, plus spécifiquement appliqué en matière d'urbanisme.

La brève évocation de deux décisions, l'une de la Cour constitutionnelle, l'autre de la Cour administrative fédérales, nous permettra de prendre la juste mesure de cette affirmation.

La première est celle qui a été rendue par la Cour constitutionnelle fédérale sur l'affaire Lebach qu'on a déjà eu l'occasion de présenter(87). Dans nos développements précédents, on avait vu comme une "faiblesse conceptuelle" ce cas de conflit entre deux droits fondamentaux et comme une "astuce" l'assimilation partielle effectuée par la Cour de Karlsruhe entre le droit

diejenigen Belange, deren Wahrung die staatliche Maßnahme dienen soll, so verletzt der gleichwohl erfolgte Eingriff das Prinzip der Verhältnismäßigkeit (...)"

(86) Voir partie I, titre 2, chapitre 1, section 2, §2.

(87) BVerfGE 35, 202; voir partie I, titre 2, chapitre 2, section 2, §2, A, b.

fondamental de la liberté de la presse et l'intérêt général que ce même droit véhicule en tant que valeur objective(88). Ces remarques, justifiées dans la mesure où l'on conçoit le contrôle de *Verhältnismäßigkeit* uniquement comme un moyen de protection - modération dans le cadre de l'opposition entre libertés individuelles et intérêt général, deviennent inexactes quand on saisit l'ampleur réelle de son application, dans tous les cas d'un conflit entre deux "principes".

Sous cet angle, la pondération entre deux droits fondamentaux est tout aussi naturelle que celle entre un droit fondamental et un motif d'intérêt général. Tout aussi naturelle devient l'assimilation entre la liberté de la presse et l'intérêt général. Le caractère non seulement subjectif, mais aussi objectif des droits fondamentaux(89) leur permet aisément de servir de vecteurs, le cas échéant, non seulement des libertés individuelles qu'ils sont en premier lieu censés défendre, mais aussi d'un intérêt public, dans la mesure où les circonstances de l'espèce semblent l'exiger. Reste la réalisation, par le juge constitutionnel, d'une pondération entre deux "principes" simultanément applicables en tant que facteurs déterminants d'une a priori conformité à la Loi fondamentale mais en même temps antinomiques: interdire l'émission litigieuse est une atteinte à la liberté de la presse, la permettre porte atteinte aux droits fondamentaux de l'intéressé. La solution donnée par la Cour de Karlsruhe n'est par conséquent que le résultat de l'attribution, en l'espèce, d'un plus grand poids au droit de l'intéressé de se réintégrer à la collectivité qu'à l'intérêt que pourrait avoir cette dernière à s'informer davantage sur son cas.

La deuxième décision qui mérite d'attirer notre attention ici a été rendue par la Cour administrative fédérale le 22 mars 1985(90). Elle est particulièrement intéressante en ce qui nous concerne, car elle confirme l'existence et explique la signification des "commandements d'optimisation" en ce qui concerne la décision de planification, domaine d'intervention de l'*Abwägungsgebot*.

Dans cette affaire, la Cour de Berlin devait se prononcer sur une décision de la Cour administrative d'appel de Munich ayant annulé un projet routier fédéral (route B-16). Selon la Cour d'appel, l'administration n'avait pas respecté la "règle" imposant d'opter pour le tracé qui allait permettre la circulation la plus régulière et aisée possible; et il est vrai que le projet examiné nécessiterait la fermeture de la route projetée pendant certaines périodes.

Or pour la Haute juridiction administrative il y avait dans ce raisonnement une erreur de droit. Il ne fallait pas en effet voir dans cette norme légale une règle impérative, mais un "commandement d'optimisation" (*Optimierungsgebot*); s'il devait bien évidemment être pris en considération lors de la pondération des intérêts juridiques militant "pour" et "contre" le projet, son non respect était néanmoins - éventuellement - susceptible de se justifier en l'espèce par le poids supérieur d'autres intérêts antinomiques, militant en faveur du projet.

A l'opposé de tels commandements d'optimisation il existe certes, rappelle la Cour, des dispositions légales impératives (*zwingende rechtliche Regelungen*): à les supposer non respectées, elles entraînent automatiquement l'annulation de l'acte administratif examiné. La Cour administrative fédérale

(88) Ibid.

(89) Voir sur ce point partie I, titre 2, chapitre 1, section 1, §1, B, b.

(90) BVerwGE 71, 163.

donne un exemple fort clair d'une telle disposition: l'interdiction de construire une "autoroute" comportant des échangeurs placés au même niveau(91). Une telle règle n'est nullement susceptible d'être "contournée" par le biais d'une pondération et, à son égard, il n'existe aucune "marge de libre appréciation" de l'autorité planificatrice(92). En revanche, tel n'est pas le cas des normes exprimant un commandement d'optimisation. Ces normes exigent certes la prise en considération par l'administration de certains intérêts et sont donc susceptibles, si ces intérêts ont été évalués, d'entraîner l'illégalité de la décision. Mais cela ne se passerait qu'après la pondération, dans la mesure où les intérêts non respectés par l'acte en cause excèdent, par leur poids juridique, ceux qui militent en faveur de la légalité de celui-ci. Car les commandements d'optimisation imposent seulement le respect "le plus grand possible" des intérêts qu'ils protègent(93).

Dans cette décision fort intéressante, la Cour de Berlin ira jusqu'à avouer qu'elle n'avait pas, par sa jurisprudence antérieure, effectuée cette distinction avec suffisamment de clarté(94). C'est désormais chose faite: à l'opposée des "règles" - "majeure" de qualification, il est confirmé, en droit administratif aussi, que seule la mise en œuvre des "principes" - commandements d'optimisation est susceptible de faire l'objet, et nécessite même, la mise en œuvre du contrôle de proportionnalité.

Contrôle qui s'avère par là même l'équivalent au niveau du contentieux administratif en matière d'urbanisme de celui de la Verhältnismäßigkeit au niveau constitutionnel: mise en balance de différents "principes", assurant la protection juridique d'intérêts publics ou privés, pour dégager la in fine conformité au droit dans chaque cas d'espèce.

Reste à évoquer le problème de la légitimité du contrôle de proportionnalité ainsi décrit. Il a été certes déjà démontré qu'il s'agit là d'un contrôle juridique: il ne saurait être question d'un contrôle arbitraire - "sans norme" - puisqu'il s'agit justement d'évaluer le poids respectif de normes juridiques, contradictoires certes, mais dont l'existence ne peut être mise en doute. Mais s'agit-il d'un contrôle "objectif"?

Sur ce point on est bien obligé de constater que les recherches de la doctrine allemande n'ont pas été aussi fructueuses. R. Alexy a certes fait des

(91) §1 alinéa 3 phrase 1 de la Bundesfernstraßengesetz.

(92) BVerwGE 71, 163[164]. Même si des raisons valables militent en faveur d'une telle construction, il reste qu'une route avec des échangeurs "à niveau", n'est plus, par définition, une autoroute!

(93) Ibid, p.165. La Cour donne aussi des exemples de telles normes imposant "eine möglichst weitgehende Beachtung bestimmter Belange": §1 de la loi fédérale sur la protection de la nature (Bundesnaturschutzgesetz) ou le §50 de la loi fédérale relative à la lutte contre la pollution (Bundesimmissionsschutzgesetz). Voir sur cette question H. F. FUNKE, Die Lenkbarkeit von Abwägungsvorgang und Abwägunsergebnis zugunsten des Umweltschutzes, DVBl 1987, p.511; H. BLUMENBERG, Neure Entwicklungen zu Struktur und Inhalt des Abwägungsgebots im Bauplanungsrecht, DVBl 1989, p.86.

(94) Ibid, p.165.

grands efforts en la matière(95). Il a même dégagé une "loi de la pondération", selon laquelle "Plus le degré de la non réalisation d'un principe est élevé, plus il faut que le poids de la réalisation du principe opposé soit grand"(96). Mais les résultats ne sont pas très convaincants: l'auteur avoue lui-même que c'est plutôt dans le tissu des décisions jurisprudentielles que la Cour constitutionnelle fédérale a bâtie au fil des ans, qu'il faut chercher les éléments les plus sûrs de la sécurité juridique en la matière(97).

Il reste qu'en Allemagne la mise en cause de la légitimité "politique" du contrôle de proportionnalité ne paraît pas envisageable. Non seulement à cause de la conscience de son caractère juridique, mais également en raison de la constatation de son caractère "inévitabile". En effet, dès lors qu'il est établi que la protection juridictionnelle des "principes" et en particulier des droits fondamentaux est impossible sans pondération(98), le principe de proportionnalité devient nécessaire, donc légitime.

Conclusion du paragraphe et de la section: Le réexamen du mécanisme du contrôle de la proportionnalité en Allemagne dans sa totalité, c'est à dire portant à la fois sur le Verhältnismäßigkeitsgebot et sur l'Abwägungsgebot, démontre son unité conceptuelle. Cette unité est avant tout le fait de l'identité de la nature juridique des éléments qui sont mis en balance par le biais du contrôle de proportionnalité: ce sont des commandements d'optimisation, donc de normes qui exigent, par nature, un contrôle de proportionnalité pour leur mise en œuvre(99). Dans la mesure où le contrôle de proportionnalité, sous toutes ses formes, met en œuvre les mêmes normes juridiques, il conserve un mécanisme unitaire.

Conclusion du chapitre: Le contentieux de l'urbanisme correspond à un domaine de l'action administrative relativement nouveau, extrêmement mouvant et d'une grande importance pratique pour le justiciable. Les textes applicables en la matière ne peuvent que laisser une grande liberté d'appréciation aux autorités administratives, indispensable pour qu'elles puissent réaliser dans des bonnes conditions leur œuvre planificatrice.

Cette liberté le juge ne doit pas l'étouffer; mais il doit la surveiller et la contrôler. Pour ce faire, le juge administratif français a développé une nouvelle technique jurisprudentielle, celle du contrôle du "bilan". Son homologue allemand, en dépit de la conception "subjectiviste" de son contentieux, a également, poussé par des problèmes similaires, introduit et développé un contrôle qui se rapproche, au fil du temps, de celui du juge français.

Ce contrôle de proportionnalité spécifique au domaine de l'urbanisme pourrait a priori perturber l'observateur du contrôle de proportionnalité allemand dans sa totalité, tant il semble être différent de celui de la proportionnalité

(95) R. ALEXY, Theorie..., ouvrage précité, en particulier p.143-157. Voir aussi R. DECHSLING, Das Verhältnismäßigkeitsgebot, ouvrage précité, p.17-39; R. WENDT, article précité, p.446-448; E. GRABITZ, article précité, p.581.

(96) R. ALEXY, Theorie..., ouvrage précité, p.146.

(97) Ibid, p.157; cf. R. DECHSLING, Das Verhältnismäßigkeitsgebot, ouvrage précité, p.26s.

(98) Cf. R. DECHSLING, Das Verhältnismäßigkeitsgebot, ouvrage précité, p.14.

(99) Ibid, p.15: "Prinzipien sind Normen, die zwingend eine Abwägung verlangen".

constitutionnelle. Pourtant son constat se révèle plus fructueux que gênant, puisqu'il permet de prendre conscience du fait que si la *Verhältnismäßigkeit* reste un principe d'inspiration à dominante libérale, elle n'est pas uniquement cela. En effet, la multitude des défis que pose le contrôle de l'administration moderne rend nécessaire une compréhension du contrôle de proportionnalité plus globale et la théorie des principes - commandements d'optimisation joue justement ce rôle. Sous son impulsion, le contrôle de proportionnalité retrouve à la fois son unité et sa rigueur structurelle.

Conclusion du titre: Le principe de *Verhältnismäßigkeit*, tel qu'il semble avoir été dégagé dans un premier temps par la Cour constitutionnelle fédérale, est immédiatement transposable au contentieux administratif des mesures de police au sens large. Cela est normal: dans ce domaine où la demande principale du justiciable est toujours la protection contre l'intervention de la puissance publique, un mécanisme de modération d'inspiration libérale ne peut avoir une moindre utilité que celle qui est la sienne en matière de protection des droits fondamentaux.

En revanche, ce même outil semble d'emblée inadapté pour un contrôle efficace en matière de planification urbanistique. Ici en effet, plus qu'ailleurs, les intérêts publics et privés ne s'opposent pas nécessairement; souvent, on trouvera des intérêts des deux "familles" du côté des avantages comme de celui des inconvénients d'un projet litigieux. Bien plus, le caractère fédéral et la décentralisation avancée de l'Etat allemand, font que c'est le plus souvent sur des recours des personnes publiques, et pour atteinte à des intérêts publics qu'intervient une grande partie des décisions d'annulation des opérations ... d'utilité publique. Du coup, opposer un intérêt général monolithique aux libertés est une démarche de contrôle juridictionnel qui ne peut mener loin. Le juge administratif n'a pas tardé à tirer les enseignements de cette réalité, puisque malgré la nature subjectiviste prononcée du contentieux administratif Outre Rhin, il a su introduire et développer une technique juridictionnelle qui ressemble de plus en plus à un contrôle objectif de l'efficacité, plutôt qu'à un "outil" de modération de la puissance publique planificatrice.

Mais cet *Abwägungsgebot* appliqué en matière d'urbanisme conserve la même logique de base que le contrôle constitutionnel de proportionnalité. Ou plus exactement, il aide à percevoir une logique plus large, tout aussi réelle que celle de la protection des seules libertés individuelles. Par ce biais, le contrôle de proportionnalité se déploie dans sa globalité, dès qu'il y a conflit de normes d'optimisation.

Il s'agit certes là d'une théorie qui a été développée en Allemagne, terrain propice à toute sorte de systématisation juridique. Il reste que l'interrogation sur son applicabilité en France s'impose d'elle-même, tant elle résoudrait, au niveau théorique, le problème de l'unité et de la légitimité d'un contrôle qui reste chez nous bien plus morcelé et confus qu'en R.F.A. Et cette interrogation devient d'autant plus d'actualité que le Conseil constitutionnel français, avec modestie et efficacité, met en œuvre de plus en plus une logique de contrôle qui rend notre contentieux des libertés comparable à celui développé Outre-Rhin sur la base de la Loi fondamentale.

TITRE TROISIEME

LA JURISPRUDENCE DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL ET L'ADAPTATION DU CONCEPT FRANÇAIS DE PROPORTIONNALITE

Lors de la présentation des premières conclusions qui se dégagent de l'étude du contrôle de proportionnalité en Allemagne et en France, le parti a été pris de considérer, en tant que plus représentatives, la seule jurisprudence constitutionnelle allemande et la seule jurisprudence administrative française. Bien que les raisons militent en faveur de cette solution nous aient paru l'emporter, on avait signalé⁽¹⁾ la part inévitable d'artifice que ce choix entraînait, à savoir surtout, une accentuation notable de l'impression de divergence conceptuelle. Or il s'agit là largement d'une impression, due non pas à des divergences conceptuelles réelles, mais à la différence de nature des rôles respectifs des juges administratif et constitutionnel.

En effet, si en matière de contentieux administratif, tant le juge que la doctrine française ont surtout axé leurs efforts sur la question de l'existence, de l'étendue et de la légitimité du pouvoir discrétionnaire de l'administration et de ses relations avec le contrôle juridictionnel, la fonction du juge constitutionnel tient avant tout, dans les deux pays, de la surveillance du fonctionnement des institutions, mais aussi du respect des droits fondamentaux par la puissance publique, clé de voûte de toute société démocratique.

Aussi se dégage un premier pôle de convergence entre les conceptions allemande et française en matière de contrôle de proportionnalité: le rôle central confié à ce mécanisme pour la protection efficace des libertés individuelles au sens large⁽²⁾, tout en assurant sa conciliation avec les impératifs de l'efficacité étatique, autrement dit les objectifs de l'intérêt général (chapitre 1).

Mais on verra que l'analogie peut être poussée plus loin. Une identification du contrôle de proportionnalité pourra ainsi être opérée en tant que mécanisme de pondération entre normes générales ayant le caractère de commandement d'optimisation, de même nature et valeur et recelant en elles mêmes des solutions opposées, mais a priori licites dans un litige donné⁽³⁾. Se

(1) Voir notamment l'introduction de la première partie.

(2) Terme utilisée, rappelons-le, en tant que "synonyme de droits fondamentaux de l'individu ou même de libertés publiques" (G.D.C.C., p.358). On oppose cette notion à celle de la liberté individuelle, englobant ses différents composants actuels, sûreté, liberté d'aller et venir, inviolabilité du domicile et de la correspondance etc.

(3) Pour la présentation de cette théorie à propos du contentieux de proportionnalité allemand, voir partie II, titre 2, chapitre 2, section 2.

dégagera ainsi la nature commune de ce contrôle, non seulement en Allemagne et en France, mais dans les trois pays examinés(4) (chapitre 2).

(4) Les solutions anglaises en matière de contrôle de proportionnalité ne pouvant, ainsi qu'on l'a vu, prétendre à une entière autonomie conceptuelle: cf. partie II, conclusion du titre 1.

CHAPITRE PREMIER

LE CONTRÔLE DE PROPORTIONNALITÉ MOYEN DE PROTECTION DES LIBERTÉS: RAPPROCHEMENT AVEC LA LOGIQUE ALLEMANDE DU CONTRÔLE DE "VERHÄLTNISMÄßIGKEIT"

A mission commune, remède commun: malgré le "tact et la mesure" dont fait preuve le Conseil constitutionnel, souvent sans comparaison avec les affirmations explicites de la Cour constitutionnelle fédérale, les solutions de fond dégagées par les deux tribunaux constitutionnels sont fréquemment semblables, et cette similitude peut aussi englober les méthodes employées pour y parvenir.

Cette similitude est particulièrement prononcée en matière de protection des libertés. Certes, d'importantes différences, surtout organiques et procédurales subsistent, même si elles risquent de s'atténuer dans un futur proche(1). Mais une fois ces obstacles franchis, on constate que la préoccupation du juge constitutionnel français pour la protection des libertés constitutionnelles, l'a déjà amené à opérer un contrôle de proportionnalité de nature et aux résultats proches, bien que moins aisément perceptibles, de celui exercé par son homologue allemand. Autrement dit, visant à concilier les exigences de la liberté et de l'intérêt général, le juge constitutionnel français semble bien, sans le dire explicitement, employer un mécanisme de proportionnalité-liberté analogue au contrôle allemand de Verhältnismäßigkeit (section 1).

Cette analogie doit-elle être cantonnée au contentieux constitutionnel? Un nouveau regard sur la jurisprudence administrative française nous montre qu'il n'en est rien. En effet, le souci d'une protection efficace des libertés a toujours été proche de l'esprit de la Haute juridiction administrative: il suffira d'examiner ses décisions sous ce même angle de la protection de la liberté pour s'apercevoir que l'on trouve là aussi une analogie marquée avec le principe de proportionnalité allemand (section 2).

(1) Rappelons qu'il est de plus en plus question, ces derniers temps, d'une possibilité de saisine directe du Conseil constitutionnel en matière de protection des droits fondamentaux; une réforme en ce sens ne pourra que favoriser encore davantage le développement des mécanismes de conciliation tel le contrôle de proportionnalité (cf. le rapport remis au Président de la République le 15 février 1993 par le Comité consultatif pour la révision de la Constitution, JO du 16 février 1993, p.2537).

Section 1

La jurisprudence constitutionnelle française et le contrôle de proportionnalité

Aujourd'hui encore, la notion contentieuse de proportionnalité évoque en France le contrôle exercé par le juge administratif. Cela n'est pas fortuit: d'une part, le juge constitutionnel n'existait pas à une époque où la Haute juridiction administrative examinait déjà la proportionnalité des mesures de police municipale restrictives d'un certain nombre de libertés publiques; de l'autre, même la jurisprudence la plus récente du Conseil constitutionnel se refuse généralement non seulement à une consécration formelle d'un principe de proportionnalité, mais aussi à une application de ce contrôle *eo nomine*(2). Pourtant ce contrôle, même dans son sens le plus large, est bien présent au sein des décisions de la Cour constitutionnelle; et c'est même cette réalité qui aujourd'hui est la plus susceptible de donner à la proportionnalité, à l'instar de l'Allemagne, la reconnaissance et la clarté notionnelle qu'elle mérite.

Reste l'absence d'une consécration formelle; elle exige de prendre la mesure, preuves à l'appui, de l'existence d'un contrôle général de la proportionnalité (§1), avant de procéder à la présentation plus détaillée de sa mise en œuvre par le juge constitutionnel français (§2).

§1. Le juge constitutionnel français et l'existence du contrôle de proportionnalité

Peut-on encore aujourd'hui se poser la question de l'existence du contrôle de proportionnalité au sein du contentieux constitutionnel français? Telle ne semblait pas être l'opinion des parlementaires qui, lors d'une saisine très récente de la Haute juridiction constitutionnelle(3) évoquaient "l'atteinte au principe de proportionnalité" en soutenant que, s'agissant de la liberté d'entreprendre, "(...) le conseil exerce un contrôle de la proportionnalité des restrictions introduites avec l'objectif poursuivi par la loi"(4). Il reste que dans cette décision encore, le juge constitutionnel a fait preuve de sa réserve habituelle quant à l'affirmation explicite d'un tel principe: après avoir souligné en effet que "la liberté d'entreprendre qui a valeur constitutionnelle n'est ni générale ni absolue; qu'il est loisible au législateur d'y apporter des limitations qui lui paraissent exigées par l'intérêt général à la condition que celles-ci n'aient pas pour conséquence de dénaturer la portée de cette liberté", le Conseil constitutionnel écarte le moyen en constatant qu'"en dépit des contraintes qu'elles comportent [les dispositions

(2) On se réfère ici à la notion de proportionnalité en tant que moyen général de contrôle du pouvoir d'appréciation du législateur; cela dit, le Conseil constitutionnel exerce un contrôle explicite de la proportionnalité en matière pénale et électorale: voir plus loin, §1.

(3) Saisine du Conseil constitutionnel en date du 22 décembre 1992, présentée à propos de la loi relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, JO 22 du janvier 1993, p.1134.

(4) Ibid, p.1137.

litigieuses de la loi examinée] ne restreignent pas la liberté d'entreprendre des agents économiques concernés au point d'en dénaturer la portée"(5).

Il n'y a donc pas, dans la décision du Conseil constitutionnel, une reprise explicite du terme "proportionnalité" utilisé par les auteurs de la saisine. Pourtant la logique du contrôle de proportionnalité est bien présente sous l'expression allusive de "dénaturation" de la portée de la liberté concernée. Et cette présence du contrôle de proportionnalité est en réalité inévitable: d'abord à cause de la nature des normes applicables elles-mêmes, en particulier des droits fondamentaux consacrés par les divers textes à valeur constitutionnelle (A); mais également en raison de la nature du contrôle qu'a choisi d'exercer le juge constitutionnel français par sa jurisprudence (B).

A. NORMES CONSTITUTIONNELLES ET CONTRÔLE DE PROPORTIONNALITÉ

Le "bloc de constitutionnalité"(6) dans son ensemble comporte plusieurs normes générales dont la vérification contentieuse implique, directement ou indirectement, l'intervention du contrôle de proportionnalité.

Celle qui vient la première à l'esprit est l'article 8 de la Déclaration de 1789, prévoyant que "la loi ne peut établir que des peines strictement et évidemment nécessaires (...)". On s'accorde sans partage pour voir dans cette disposition la consécration d'un "principe de proportionnalité des délits et des peines"(7).

Elle est pourtant loin d'être la seule à impliquer, pour sa mise en œuvre contentieuse, l'intervention du contrôle de proportionnalité.

Tel est aussi le cas notamment de plusieurs des dispositions de la Déclaration des droits de 1789, comme par exemple déjà l'article premier qui

(5) Conseil constitutionnel, n° 92-316 DC du 20 janvier 1993, JO 22 du janvier 1993, p.1118[1121].

(6) Composé, outre du corps de la Constitution de 1958, de son Préambule, depuis les décisions n° 71-44 DC du 16 juillet 1971, Liberté d'association, R.p.29; G.D.C.C. n° 19; AJDA 1971, p.537 note RIVERO; RDP 1971, p.1171 note ROBERT; D. 1974, p.83-90 note HAMON et n° 74-54 DC du 15 janvier 1975, Interruption volontaire de grossesse, R.p.19; G.D.C.C. n° 23; AJDA 1975, p.134 note RIVERO; D. 1975, J, p.529 note HAMON; JCP 1975, II, n°18030 note BEY; RDP 1975, p.185 et p.1335 com. FAVOREU et PHILIP, qui renvoie à la Déclaration des droits de 1789 et au Préambule de la Constitution de 1946, qui se réfère lui même aux "principes fondamentaux reconnus par les lois de la République" et aux "principes politiques, économiques et sociaux particulièrement nécessaires à notre temps" (à ce propos, voir Conseil constitutionnel n° 81-132 DC du 16 janvier 1982, loi de nationalisation, R.p.18; G.D.C.C. n°33; AJDA 1982, p.209 note RIVERO; RDP 1982, p.377 chr. FAVOREU; Pouvoirs 1982, n°21, p.191 chr. AVRIL et GICQUEL; D. 1983, I, p.169 note HAMON). Notons par ailleurs qu'avec sa récente décision n°92-312 DC du 2 septembre 1992, Traité sur l'Union européenne, JO du 3 septembre 1992, p.12095; DA 1992, n°410, le Conseil constitutionnel a étendu le "bloc de constitutionnalité" au Traité de Maastricht et aux prescriptions édictées à l'échelon de la Communauté européenne pour sa mise en œuvre: voir infra, B, a.

(7) Cf. par exemple B. GENEVOIS, La jurisprudence du Conseil constitutionnel, Principes directeurs, S.T.H., Paris 1988, p.258s.

dispose que "les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits" avant de prévoir que "les distinctions sociales" sont néanmoins possibles si elles "peuvent être fondées sur l'utilité publique". Il en va de même de l'article 10, consacrant la liberté de la conscience, aux termes duquel "nul ne doit être inquiété pour ses opinions, même religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la loi", ou encore de l'article 11, relatif à la libre communication des pensées et des opinions⁽⁸⁾ et encore plus de l'article 17 consacrant le droit fondamental de la propriété privée et disposant que "nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment".

D'autres textes à valeur constitutionnelle comportent aussi des normes impliquant un contrôle de proportionnalité.

Ainsi, le préambule de la Constitution de 1946 évoque-t-il "le droit de grève" qui ne s'exerce néanmoins que "dans le cadre des lois qui le réglementent", ou encore le droit de l'individu et de la famille de se voir assurer par la Nation les conditions nécessaires à leur développement.

De son côté, le texte constitutionnel de 1958 bien que ne traitant pas directement des libertés individuelles pose lui aussi d'autres normes constitutionnelles pouvant servir à une mise en œuvre juridictionnelle du contrôle de proportionnalité, comme par exemple le principe de la faculté des "partis et groupements politiques" de se former et d'exercer leur activité librement, dans la mesure où ils respectent "les principes de la souveraineté nationale et de la démocratie"⁽⁹⁾.

Il en va de même des libertés que le juge constitutionnel a pu consacrer grâce à la référence des textes constitutionnels aux "principes fondamentaux reconnus par les lois de la République" ou aux "principes particulièrement nécessaires à notre temps". En effet, la Haute juridiction constitutionnelle ne s'est prononcée en faveur de l'intégration au "bloc de la constitutionnalité" de principes comme par exemple la liberté d'entreprendre que pour procéder ensuite à leur "conciliation" avec les impératifs d'intérêt général pouvant motiver in concreto leur limitation⁽¹⁰⁾.

B. JURISPRUDENCE CONSTITUTIONNELLE ET CONTRÔLE DE PROPORTIONNALITÉ

Cette dernière observation nous amène au constat de l'importance du juge constitutionnel en la matière: en effet, si l'on s'aperçoit que la grande majorité des "normes impliquant un contrôle de proportionnalité" consacrent des libertés individuelles, qui peuvent être limitées par la loi "expression de la

(8) En ses termes, "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".

(9) Article 4 de la Constitution de 1958.

(10) Cf. Conseil constitutionnel n° 81-132 DC, loi de nationalisation, décision précitée: "la liberté qui, aux termes de l'article 4 de la Déclaration, consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui, ne saurait elle-même être préservée si des restrictions arbitraires ou abusives étaient apportées à la liberté d'entreprendre".

volonté générale", et si l'on perçoit déjà ainsi le rôle de "conciliation" qui sera confié au contrôle de proportionnalité⁽¹¹⁾, c'est en définitive le juge qui détermine concrètement tant les éléments à prendre en considération pour conduire ce contrôle de proportionnalité que le mécanisme de proportionnalité lui-même.

Pour ce faire, il affirme d'abord à la fois la nécessité d'un contrôle juridictionnel effectif des droits fondamentaux (a) et le rang constitutionnel des motifs d'intérêt général susceptibles de les limiter (b); ce qui le conduit non seulement à la possibilité, mais en fait au devoir de recourir au contrôle de proportionnalité afin d'opérer leur conciliation normative (c).

a. Consécration jurisprudentielle des droits fondamentaux

Il ne nous appartient pas, dans le cadre de cette étude, de traiter de l'évolution bien connue⁽¹²⁾ ayant permis au juge constitutionnel d'acquiescer la place qui est aujourd'hui la sienne dans le fonctionnement des institutions françaises. Il convient seulement de rappeler que le Conseil constitutionnel, tel qu'initialement conçu, aurait pu (et peut être, dans l'esprit de ses créateurs, aurait dû) se limiter à un contrôle restreint des seuls droits fondamentaux explicitement prévus par les textes constitutionnels. Or tel n'a pas été le cas: le juge constitutionnel a, par une interprétation "créative", à la fois étoffé les libertés constitutionnellement consacrées, déterminé des motifs d'intérêt général de rang également constitutionnel pouvant les limiter et procédé à la conciliation des ces impératifs contradictoires quand il y a eu lieu à le faire, à la suite et souvent à la place du législateur⁽¹³⁾.

(11) Dans la mesure où l'"effet limitateur" de la liberté en cause par la loi ne peut être prévu d'avance par la Constitution, l'intervention d'un mécanisme de pondération in concreto, c'est à dire du contrôle de proportionnalité, devient nécessaire: voir les développements suivants ainsi que ceux de la première partie, titre 2 à propos de l'Allemagne, où ce mécanisme de contrôle de constitutionnalité est présenté en détail.

(12) Cf. par exemple D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, 2e éd. (préface du doyen VEDEL), Montchrestien, Paris 1992, p.55s.; B. GENEVOIS, *La jurisprudence...*, ouvrage précité, p.8s.

(13) Notons que par l'extension considérable du "bloc de constitutionnalité" par la suite de la décision précitée n° 92-312 DC du 2 septembre 1992, le Conseil constitutionnel se reconnaît le droit de contrôler désormais la "constitutionnalité" des décisions du législateur non seulement à l'égard des normes de valeur constitutionnelle du droit interne français, mais aussi en prenant compte d'un nombre important de prescriptions édictées à l'échelon de la Communauté européenne. La marge de manœuvre du juge constitutionnel se trouve ainsi, dans un premier temps, considérablement accrue par rapport aux textes constitutionnels stricto sensu. Mais on peut se demander, avec E. PICARD, si cette décision "rendue (...) sur un recours qui entendait s'opposer à l'introduction de ce supplément de droit communautaire ou européen en droit interne" ne marque pas, dans un second temps, "par un effet boomerang imprévu, le premier signe d'un ralliement progressif, par le juge constitutionnel, à la jurisprudence de la Cour de Luxembourg, que toutes les juridictions nationales finissent toujours (...) par ratifier, volens nolens" (JCP 1993, I, n°3645, p.43). Car ainsi que le note à juste titre l'auteur "il semble bien que le juge constitutionnel doive un jour étendre le bloc de constitutionnalité à tout le droit communautaire", originaire et dérivé, se conformant ainsi à l'arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes du 9 mars 1978, Simmenthal, 106-77, R.p.629; AJDA

Déjà concernant la définition et le contenu exact des libertés constitutionnelles explicitement reconnues par les textes, le juge fait souvent preuve d'une grande liberté d'action.

C'est par exemple le cas de la liberté de la conscience. En l'occurrence, il est communément admis que plusieurs textes de valeur constitutionnelle étaient susceptibles de lui servir d'appui normatif: l'article 10 de la Déclaration des droits de 1789 ("nul ne doit être inquiété pour ses opinions, même religieuses"), le cinquième alinéa du Préambule de 1946 ("nul ne peut être lésé dans son travail ou son emploi en raison de ses origines, de ses opinions ou de ses croyances"), enfin l'article 2, alinéa 1 de la Constitution de 1958 déclarant que la République "(...) respecte toutes les croyances".

Tout en la rattachant aux dispositions de la Déclaration des droits, le Conseil constitutionnel a pourtant préféré proclamer que cette liberté "doit être regardée comme l'un des principes fondamentaux des lois de la République"(14). Or par cette "formulation peu heureuse"(15) le juge constitutionnel marque sa liberté d'appréciation et donne à la liberté concernée "une portée générale, englobant toutes les opinions, religieuses, philosophiques, politiques, sociales..."(16) qui lui permettra le protéger à la fois la liberté des opinions politiques des fonctionnaires susceptibles d'être consultés par les jurys de concours(17), celle des convictions morales ou religieuses d'un médecin refusant de pratiquer une interruption de grossesse(18), ou encore la liberté de conscience des maîtres de l'enseignement privé vis-à-vis de l'établissement qui les emploie(19).

Cette "marge de manœuvre" que le juge constitutionnel s'accorde par rapport aux normes écrites relatives à une liberté constitutionnelle(20), se

1978, p.323 note BOULOUIS. Une telle éventualité pourrait d'ailleurs accroître, de manière indirecte, le rôle de la prise en compte du contrôle de proportionnalité par le juge administratif: voir infra, section 2, §1.

(14) Conseil constitutionnel, n° 77-87 DC du 23 novembre 1977, R.p.42; AJDA 1978 p.565, note RIVERO; G.P. 9-13 juin 1978, note FLAUSS; RDP 1978, p.83, chr. FAVOREU; Pouvoirs n° 5, Chr. p.185; G.D.C.C. n° 27.

(15) De l'avis de B. GENEVOIS, La jurisprudence..., ouvrage précité, p.217, pour lequel "si une liberté est proclamée par la Déclaration des droits de 1789, il est inutile pour lui reconnaître valeur constitutionnelle d'avoir recours à la formule du Préambule sur les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République.

(16) D. ROUSSEAU, Droit du contentieux..., ouvrage précité, p.314.

(17) Conseil constitutionnel n° 76-67 DC du 15 juillet 1976, R.p.35.

(18) Conseil constitutionnel n° 74-54 DC du 15 janvier 1975, décision précitée.

(19) Conseil constitutionnel n° 77-87 DC du 23 novembre 1977, décision précitée.

(20) Et qui est générale: voir par exemple aussi le cas du principe de la proportionnalité des délits et des peines, lequel selon le juge constitutionnel "s'étend nécessairement à toute sanction ayant le caractère d'une punition, même si le législateur a cru devoir laisser le soin de la prononcer à une autorité de nature non judiciaire" (Conseil constitutionnel n° 82-155 DC du 30 décembre 1982, R.p.88; Pouvoirs n° 25, Chr. p.199; RDP 1983 p.333, chr. FAVOREU; RA 1983 p.142, com. DE VILLIERS). De son côté, la liberté individuelle au sens strict se voit rattachée à la catégorie des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, bien que prévue par l'article 66 de la Constitution de 1958, ce qui favorise l'intégration des

manifeste de façon encore plus prononcée quand il consacre comme telle une liberté non explicitement prévue par un texte constitutionnel.

Il en va par exemple ainsi des différents composants de la notion actuelle de la liberté individuelle: droit de disposer librement de son corps et de sa personne(21), liberté d'aller et venir(22), inviolabilité du domicile(23), voire même "liberté personnelle du salarié"(24). Ou encore d'autres libertés "créées" par le juge constitutionnel, comme la liberté d'entreprendre(25), la liberté d'association(26), ou l'indépendance des professeurs des universités(27).

En dépit de la tendance actuelle au "recentrage" des ses "référénts" jurisprudentiels sur les textes constitutionnels(28), c'est en prenant ainsi ses distances avec les textes que le Conseil constitutionnel a pu construire un "bloc de constitutionnalité" cohérent, de sorte que l'on puisse parler de "consécration" ou surtout de "constitutionnalisation" des libertés ou des principes à valeur

différents composants que le juge constitutionnel lui attribue: cf. Conseil constitutionnel n° 76-75 DC du 12 janvier 1977, Fouille des véhicules, R.p.33; G.D.C.C. n°26; AJDA 1978, p.215, note RIVERO; RDP 1978, p.821, chr. FAVOREU; D. 1978, J., p.173, com. HAMON et LEAUTE.

(21) Conseil constitutionnel n° 74-54 DC du 15 janvier 1975, décision précitée.

(22) Cf. Conseil constitutionnel n° 79-107 DC du 12 juillet 1979, R.p.31.

(23) Conseil constitutionnel n° 83-164 DC du 29 décembre 1983, Perquisitions fiscales, R.p.67; G.D.C.C. n°36; AJDA 1984, p.97, note PHILIP; JCP 1984, II, 20160 note DRAGO et DECOCQ; RA 1984 p.142, note ETIEN.

(24) De conserver, selon le Conseil, "la liberté de conduire personnellement la défense de ses intérêts" dans l'hypothèse d'une action en justice et, si une organisation syndicale agit en son nom, d'avoir "eu personnellement connaissance" de la nature et de l'objet de l'action exercée et de pouvoir de mettre un terme, en tout moment, à cette action: Conseil constitutionnel n° 89-257 DC du 25 juillet 1989, R.p.59; AJDA 1989, p.796 note BENOIT-ROHMER; Pouvoirs, 1990, n°52, p.187 chr. AVRIL et GICQUEL. A propos de cette extension de la notion de la liberté individuelle D. ROUSSEAU remarque à juste titre qu'elle est déjà "impliquée par la première décision n° 76-75 DC du 12 janvier 1977, où, à travers ce principe invoqué pour censurer la loi autorisant la fouille des véhicules, étaient visées les atteintes portées tout à la fois, à la sûreté personnelle - arrestation - à la liberté d'aller et venir, à la liberté corporelle - fouille -, à l'inviolabilité du domicile - le véhicule -, voire au secret de la correspondance - recherche de documents" (Droit du contentieux constitutionnel, ouvrage précité, p.313).

(25) A partir de la décision n° 81-132 DC du 16 janvier 1982 précitée.

(26) Décision n° 71-44 DC du 16 juillet 1971 précitée.

(27) Décision n° 83-165 DC du 20 janvier 1984, Libertés universitaires, R.p.30; G.D.C.C. n°37; AJDA 1984 p.163 note BOULOUIS; RDP 1984 p.702 chr. FAVOREU; D. 1984, chr., p.125 note GAUDEMET; D. 1984 p.593 note LUCHAIRE; RA 1984, p.261 note DE VILLIERS.

(28) Comme le notent les professeurs FAVOREU et PHILIP, "la place des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République dans le bloc de constitutionnalité et leur définition ont considérablement changé depuis le début des années quatre-vingt, à la suite d'une prise en considération plus stricte des normes de référence par le Conseil constitutionnel, qui entend s'appuyer de plus en plus sur des dispositions contenues dans les textes (Constitution de 1958, Déclaration des droits de l'homme et Préambule de 1946) plutôt que sur les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République" (G.D.C.C. p.252).

constitutionnelle en général à propos et à partir des seules décisions de la Haute juridiction(29).

b. Consécration jurisprudentielle des motifs d'intérêt général limitant les droits fondamentaux

Cela dit, l'existence d'un contrôle juridictionnel effectif pour la protection des libertés ne saurait enlever au législateur sa faculté d'appréciation des objectifs d'intérêt général. Le Conseil constitutionnel le reconnaît implicitement quand il affirme que "s'agissant d'une liberté fondamentale (...) la loi ne peut en réglementer l'exercice qu'en vue de la rendre plus effective ou de la concilier avec (...) d'autres règles ou principes de valeur constitutionnelle"(30). Il le reconnaît ouvertement en accordant aux objectifs d'intérêt général limitateurs des libertés un rang également constitutionnel.

A cette fin, le Conseil constitutionnel fait souvent appel à la notion d'"objectif à valeur constitutionnelle".

Il affirme ainsi, au sujet par exemple des vérifications d'identité, que "la recherche des auteurs d'infractions et la prévention d'atteintes à l'ordre public, notamment d'atteintes à la sécurité des personnes et des biens, sont nécessaires à la mise en œuvre de principes et des droits ayant valeur constitutionnelle"(31): elle devient donc un objectif susceptible de motiver une limitation de la liberté d'aller et venir.

De même, a-t-il pu souligner dans sa décision sur la communication audiovisuelle que la liberté de communication telle qu'elle résulte de l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme peut être limitée en vertu des "objectifs de valeur constitutionnelle que sont la sauvegarde de l'ordre public, le respect de la liberté d'autrui et la préservation du caractère pluraliste des courants d'expression socioculturels auquel ces modes de communication, par leur influence considérable, sont susceptibles de porter atteinte"(32).

La sauvegarde des ces mêmes objectifs d'intérêt général peut faire également, de manière plus simple, l'objet d'un principe de valeur constitutionnelle affirmé par le juge.

C'est ce que fait le Conseil constitutionnel dans sa décision de 1979 relative au droit de grève à la radio et à la télévision quand il affirme que si "le droit de grève est un principe de valeur constitutionnelle", il a néanmoins des

(29) Cf. *ibid.*, p.376s.; D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux...*, ouvrage précité, p.311s.

(30) Conseil constitutionnel n° 91-297 DC des 10 et 11 octobre 1984, *Entreprises de presse*, R.p.73; G.D.C.C. n°38; AJDA 1984, p.684 note BIENVENU; RDP 1986, p.395 chr. FAVOREU; RA 1984, p.580, com. DE VILLIERS; Pouvoirs n° 33, p.163 chr. AVRIL et GICQUEL.

(31) Conseil constitutionnel n° 80-127 DC des 19 et 20 janvier 1981, *Sécurité et liberté*, R.p.15; G.D.C.C. n°32; AJDA 1981, p.275 com. RIVERO, p.278 com. GOURNAY; RDP 1981, p.661 note PHILIP; JCP 1981, II, n° 19701, note FRANCK; D. 1982 p.441 note DEKEUWER; RA 1981, p.266 note DE VILLIERS.

(32) Conseil constitutionnel n° 82-141 DC du 27 juillet 1982, R.p.45; RDP 1983, p.333 chr. FAVOREU; Pouvoirs n°23, Chr., p.179; RA 1983, p.36 com. ETIEN.

limites que le législateur est habilité à tracer, afin de s'assurer de la "sauvegarde de l'intérêt général auquel la grève peut être de nature à porter atteinte". Car, poursuit le Conseil, "la reconnaissance du droit de grève ne saurait avoir pour effet de faire obstacle au pouvoir du législateur d'apporter à ce droit les limitations nécessaires en vue d'assurer la continuité du service public qui, comme le droit de grève, à le caractère d'un principe de valeur constitutionnelle"(33).

D'une manière ou d'une autre, la poursuite des objectifs d'intérêt général se voit ainsi reconnaître un statut normatif équivalent à celui des droits fondamentaux, de sorte que la limitation de ceux-ci par le législateur soit constitutionnellement licite.

Il reste que dans la conception libérale actuelle de "l'Etat de droit", le devoir premier du juge constitutionnel demeure la protection des droits fondamentaux, "la recherche d'une plus grande effectivité des droits fondamentaux", et c'est dans ce seul but qu'"une habilitation est donnée au législateur pour leur apporter certaines limitations"(34).

c. Nécessité d'un mécanisme juridictionnel de pondération entre normes constitutionnelles

Dans ce contexte, si le juge constitutionnel désire rester "maître du jeu", en maintenant une protection juridictionnelle effective des droits fondamentaux constitutionnellement consacrés, il doit user d'un mécanisme de contrôle adapté à une surveillance discrète de l'appréciation effectuée par le législateur. Autrement dit, pour que la poursuite par la puissance publique d'un "objectif constitutionnellement reconnu" soit réellement, comme le note B. Genevois, "le corollaire nécessaire à la mise en œuvre d'un droit [fondamental] constitutionnellement reconnu"(35), il faut que le juge puisse concilier les impératifs contradictoires qui découlent de ces objectifs antinomiques mais tout aussi constitutionnellement licites.

On se trouve ainsi devant une situation analogue à celle déjà décrite à propos du contentieux constitutionnel allemand, où s'opposent des impératifs de protection des libertés et d'intérêt général, sous le contrôle du juge(36): à partir du moment où le juge consacre à la fois la protection constitutionnelle contentieuse des droits fondamentaux et le rang également constitutionnel des motifs d'intérêt général susceptibles de les limiter, la consécration du contrôle de proportionnalité qui lui servira pour arbitrer entre les deux au cas par cas devient indispensable.

L'option contraire eut été concevable uniquement dans le cadre du principe traditionnel de la légalité exprimée par la seule "loi, expression

(33) Conseil constitutionnel n° 79-105 DC du 25 juillet 1979, *Droit de grève à la Radio et à la Télévision*, R.p.33; AJDA 1980, p.191 note LEGRAND; RDP 1979, p.1705 chr. FAVOREU; JCP 1981, II, n° 19547 note BEGUIN; D. 1980, p.333 note HAMON ("Grève et continuité du service public, mirage de la conciliation et modalité de l'arbitrage").

(34) B. GENEVOIS, *La jurisprudence...*, ouvrage précité, p.205.

(35) *Ibid.*, p.205.

(36) Voir plus haut, partie I, titre 2, chapitre 1.

[souveraine] de la volonté populaire". Elle cesse de l'être dès que le contrôle de la constitutionnalité englobe celui de la loi⁽³⁷⁾ et le juge constitutionnel tient à rester le protecteur efficace des droits fondamentaux, ce qui est après tout son rôle principal dans le cadre d'un Etat de droit de conception libérale: pour maintenir un contrôle effectif sur la limitation de la liberté en soi licite, le juge constitutionnel doit disposer d'un moyen d'arbitrage entre la liberté et les objectifs de valeur constitutionnelle ou, plus simplement, des motifs d'intérêt général qui les limitent.

Bref, le contrôle constitutionnel de la proportionnalité apparaît, à l'instar de l'Allemagne, comme le corollaire indispensable du caractère "exécutif" des droits fondamentaux⁽³⁸⁾ et le juge constitutionnel le consacre en même temps qu'il accepte simultanément la constitutionnalité de ceux-ci et des motifs d'intérêt général qui les limitent.

Ceci se démontre en examinant brièvement quelques décisions du Conseil constitutionnel mettant justement en œuvre cette acceptation simultanée.

Prenons d'abord l'exemple de la décision déjà citée "Sécurité et liberté"⁽³⁹⁾. Ici le Conseil constitutionnel accepte la constitutionnalité des mesures instaurées par le législateur dans la mesure où elles n'apparaissent pas contraires "à la conciliation qui doit être opérée entre l'exercice des libertés constitutionnellement reconnues et les besoins de la recherche des auteurs d'infractions et de la prévention d'atteintes à l'ordre public (...), nécessaires, l'une et l'autre, à la sauvegarde de droits de valeur constitutionnelle". On voit clairement que le Conseil constitutionnel souligne en même temps la valeur constitutionnelle de la liberté d'aller et venir, celle de la protection d'ordre public et des autres objectifs d'intérêt général susceptibles à en limiter la portée et le besoin de conciliation in concreto entre les deux, conciliation que le législateur doit effectuer sous le contrôle du juge.

Dans un autre domaine, la décision relative au droit de grève à la radio et à la télévision⁽⁴⁰⁾ nous conduit aux mêmes constatations. La Haute juridiction constitutionnelle y affirme en premier lieu le rang constitutionnel du droit de grève, et elle fait de même pour le motif d'intérêt général qui milite en faveur de sa limitation, en l'occurrence le principe de la continuité du service public⁽⁴¹⁾. Mais ce faisant, elle est du coup conduite à opérer une pondération des deux

(37) Cf. Conseil constitutionnel n° 82-137 DC et n° 82-138 DC du 25 février 1982, R.p.38 et 41; AJDA 1982, p.303 note BOULOUIS; RDP 1982, p.1259 chr. FAVOREU; RA 1982, p.271, note ETIEN:

"Considérant que le principe de la légalité exige à la fois le respect des attributions du législateur et celui des règles supérieures de droit par lesquelles la Constitution adoptée par le peuple français a proclamé l'indivisibilité de la République, affirmé l'intégrité du territoire et fixé l'organisation des pouvoirs publics (...)"

(38) Voir plus haut, partie I, titre 2, chapitre 1, section 2, §1.

(39) Conseil constitutionnel n° 80-127 DC des 19 et 20 janvier 1981, décision précitée.

(40) Conseil constitutionnel n° 79-105 DC du 25 juillet 1979, décision précitée.

(41) Voir plus haut, même paragraphe.

principes constitutionnels antinomiques in concreto, seule susceptible de déterminer la in fine licéité de l'intervention du législateur.

Le Conseil souligne ainsi que les limitations du droit de grève "peuvent aller jusqu'à l'interdiction du droit de grève aux agents dont la présence est indispensable pour assurer le fonctionnement des éléments du service dont l'interruption porterait atteinte aux besoins essentiels du pays"; bref, l'exercice du droit de grève n'est plus licite lorsqu'elle conduit à une atteinte disproportionnée à l'intérêt général.

Mais le juge constitutionnel estime aussi qu'un droit constitutionnellement reconnu ne saurait céder devant n'importe quel intérêt public, et il le prouve en déclarant la loi litigieuse partiellement contraire à la Constitution: "Mais, considérant qu'en prévoyant (...) que: "lorsque les personnels des sociétés nationales de programme et télévision sont en nombre insuffisant pour assurer le service normal, le président de chaque société peut (...) requérir les catégories de personnels ou les agents qui doivent demeurer en fonctions pour assurer la continuité des éléments du service nécessaires (...) le législateur permet aux présidents des sociétés (...) de faire obstacle à l'exercice du droit de grève dans les cas où son interdiction n'apparaît pas justifiée au regard des principes de valeur constitutionnelle ci-dessus rappelés; que, dès lors, les dispositions contenues dans cette phrase doivent être regardées comme non conformes à ces principes (...)".

En somme, l'intérêt public de moindre importance qui est celui de la continuité d'un service normal à la télévision n'est plus suffisant pour fonder une atteinte grave au droit de la grève: la balance penche du côté opposé, la in fine licéité change de camp, la loi est censurée.

Un dernier exemple tiré d'une décision plus récente suffira à démontrer l'existence non seulement réelle, mais inévitable du contrôle de proportionnalité en matière de conciliation entre droits fondamentaux et intérêt général.

Il s'agit de la décision du 20 juillet 1988⁽⁴²⁾ rendue à propos d'une affaire où le juge constitutionnel a eu à mettre en balance les motifs d'intérêt général militant pour la réintégration dans l'entreprise de certains représentants syndicaux licenciés à la suite d'un comportement fautif, et la liberté de décision des entreprises qui les avaient licenciés.

Le juge procéda à cette occasion à un examen fort instructif en trois stades:

- Il confirma, dans un premier temps, la légitimité en soit du but d'intérêt général ayant motivé la mesure et son aptitude abstraite à la fonder en constitutionnalité: "Considérant que c'est dans un souci d'apaisement politique ou social que le législateur recherche, par l'exercice de la compétence que la Constitution lui reconnaît en matière d'amnistie, l'oubli de certains faits et l'effacement de leur caractère répréhensible (...)".

- Il signala toutefois, en deuxième lieu, les atteintes qu'une telle mesure peut provoquer à des intérêts protégés également par la Constitution, et en particulier ici au principe de la liberté d'entreprendre: "Considérant que les dispositions (...)

(42) Conseil constitutionnel n° 88-244 DC du 20 juillet 1988, Loi portant amnistie, R.p.119; AJDA 1988, p.753 note WACHSMANN; RDP 1989, p.399 chr. FAVOREU; JCP 1989 n° 269, note PAILLET; D. 1989, J, p.269 note LUCHAIRE; Pouvoirs n°48, 1989, chr. AVRIL et GICQUEL.

risquent de mettre en cause la liberté d'entreprendre de l'employeur qui, responsable de l'entreprise, doit pouvoir, en conséquence, choisir ses collaborateurs; que, dans certains cas, elle peuvent également affecter la liberté personnelle de l'employeur et des salariés de l'entreprise en leur imposant la fréquentation, sur le lieu de travail, des auteurs d'actes dont ils ont été victimes (...).

- Ce qui le conduisit inévitablement à procéder, en troisième lieu, à un contrôle de proportionnalité entre la liberté et l'intérêt général qui s'opposent ici, afin de se prononcer sur la in fine licéité de la mesure litigieuse: "Considérant dès lors, compte tenu de la conciliation qui doit être opérée entre les droits et les libertés de chacun et les droits et libertés d'autrui, que la loi d'amnistie peut valablement prévoir qu'un représentant du personnel ou un responsable syndical qui, à l'occasion de l'exercice de fonctions difficiles, a commis une faute n'ayant pas le caractère de faute lourde, a droit, dans les conditions prévues par la loi, à être réintégré dans ses fonctions; que les contraintes découlant de cette réintégration ne dépassent pas, par leur étendue, les charges que, dans l'intérêt général, la société peut imposer à ses membres et ne sont pas manifestement disproportionnées par rapport à ce but d'intérêt général; Considérant, par contre, que le droit à réintégration ne saurait être étendu aux représentants du personnel ou responsables syndicaux licenciés à raison de fautes lourdes; qu'en effet, dans cette hypothèse, on est en présence d'un abus certain de fonctions ou mandats protégés; qu'en outre, la contrainte qu'une telle réintégration ferait peser sur l'employeur qui a été victime de cet abus ou qui, en tout cas, n'en est pas responsable excéderait manifestement les sacrifices d'ordre personnel ou d'ordre patrimonial qui peuvent être demandés aux individus dans l'intérêt général (...).

Comme on le voit clairement dans ce jugement nuancé, la in fine inconstitutionnalité de la mesure examinée est une question de degré et non pas de nature: le principe de la licéité de l'atteinte à la liberté d'entreprendre est acquis, dès lors qu'un intérêt antinomique, mais également d'ordre constitutionnel la motive, et la compétence pour se prononcer sur cette question appartient en principe au législateur. Mais sa liberté d'appréciation ne saurait être exempte de limites car, même exercée en bonne foi, elle aboutirait à ôter toute effectivité à la protection constitutionnelle des droits fondamentaux(43).

Le juge doit donc se prononcer sur la proportionnalité de la mesure, et on voit difficilement comment il aurait pu ne pas renoncer en la matière à sa compétence sans effectuer ce contrôle de proportionnalité rendu nécessaire par la nature même du litige.

Conclusion du paragraphe: Malgré l'absence d'une consécration jurisprudentielle aussi explicite qu'en Allemagne, le contrôle de proportionnalité est indiscutablement présent au sein du contentieux constitutionnel français.

(43) Elle conduirait par ailleurs le juge constitutionnel à renoncer à sa propre compétence. Cf. la décision précitée du Conseil constitutionnel n° 81-132 DC du 16 janvier 1982: "Considérant que si l'article 34 de la Constitution place dans le domaine de la loi "les nationalisations d'entreprise et les transferts d'entreprises du secteur privé", cette disposition tout comme celle qui confie à la loi la détermination des principes fondamentaux du régime de propriété, ne saurait dispenser le législateur, dans l'exercice de sa compétence, du respect des principes et des règles de valeur constitutionnelle qui s'imposent à tous les organes de l'Etat".

Impliqué par les textes constitutionnels, il est surtout le fait d'une jurisprudence qui vise à la fois de la protection effective des droits fondamentaux et à la reconnaissance du rang constitutionnel des motifs d'intérêt général susceptibles de les limiter: que ce soit donc en matière de libertés de la personne, de "droits sociaux" ou de libertés "économiques", pour concilier ces objectifs apparemment contradictoires, le juge constitutionnel est pratiquement tenu d'effectuer un contrôle de proportionnalité. En cela le contrôle de proportionnalité existe parce qu'il ne saurait en être autrement dans le cadre de la conception actuelle du droit constitutionnel(44).

On s'aperçoit donc que le contrôle de proportionnalité français se rapproche davantage que nos observations initiales le laissaient entendre du contrôle exercé par le juge constitutionnel allemand. C'est là un constat qu'il convient encore d'étayer par l'analyse de sa mise en œuvre.

§2. Le juge constitutionnel français et la mise en œuvre du contrôle de proportionnalité pour la protection des libertés individuelles

Quels sont les domaines et les effets de l'intervention du contrôle de proportionnalité au sein du contentieux constitutionnel, telle est la question principale qu'il va falloir éclaircir (B). A cette fin, il est d'abord nécessaire de présenter les façons, les techniques par lesquelles cette intervention peut avoir lieu (A).

A. TECHNIQUES JURIDICTIONNELLES DE MISE EN ŒUVRE: LES OUTILS DU CONTRÔLE CONSTITUTIONNEL DE PROPORTIONNALITÉ

Les exemples qui viennent d'être cités, montrent que le contrôle de proportionnalité en matière constitutionnelle est avant tout utilisé comme moyen "autonome" de contrôle après et en dehors de l'opération de "qualification juridique"(45). Nous faisons cette remarque à propos du contentieux administratif français de la proportionnalité(46); elle se vérifie aussi au niveau constitutionnel (a). Mais, toujours de manière analogue, on constatera également l'utilisation du contrôle de proportionnalité en tant qu'aide indirecte mais indispensable à l'opération même de "qualification juridique"(b).

a. Le contrôle de proportionnalité - appréciation

Le terme de "qualification juridique" indique en principe l'opération de la "qualification juridique des faits", consistant à donner une signification juridique à un comportement factuel. De ce point de vue, parler de "qualification juridique [des faits]" et donc de contrôle des faits peut paraître pour le moins curieux s'agissant du juge constitutionnel: ce dernier n'a-t-il pas pour seule mission

(44) Et, on le verra, du droit en général.

(45) Pour le sens qu'on donne à cette notion en matière constitutionnelle, voir infra, sous a.

(46) Voir supra, partie I, titre 1, chapitre 2, section 1.

l'évaluation de normes juridiques, un contrôle abstrait en droit? On ne peut donc présenter les techniques d'intervention de cette forme du contrôle de proportionnalité (2) qu'après avoir précisé sa nature (1).

1. Nature du mécanisme du contrôle de proportionnalité - appréciation

L'idée d'un "contrôle allant au delà de l'opération de qualification juridique" en matière de contentieux constitutionnel est moins originale qu'on aurait pu le penser. Il nous semble tout d'abord clair, bien que cette question déborde notre étude, que le juge constitutionnel n'effectue pas, et ne peut effectuer, son contrôle éloigné de toute considération factuelle(47).

Mais surtout, ce problème n'a pas à être tranché pour la suite de nos développements: il suffira de spécifier ce qu'on entend par "qualification", à savoir "travail juridictionnel strictement syllogistique".

Dans le cadre d'un tel raisonnement en effet, le travail du juge constitutionnel devrait se borner, à l'image de celui effectué a priori par le juge de la légalité(48), à l'examen de la conformité de la norme juridique créée à l'initiative de l'organe soumis à son contrôle (le législateur) aux normes de rang supérieur dont il doit assurer le respect: si cela est vrai, dès que le juge constitutionnel estimera qu'une disposition législative donnée, par exemple une mesure de nationalisation, porte atteinte à une norme constitutionnelle et peut donc être qualifiée d'"attentatoire" à, mettons, le droit de propriété ou la liberté d'entreprendre, il la censurera.

Autrement dit, on dissocie en fait la notion de qualification juridique de celle du seul contrôle des faits, de sorte à pouvoir exprimer par cette notion tout raisonnement syllogistique conduit en termes de hiérarchie de normes.

(47) X. PHILIPPE (Le contrôle de proportionnalité..., thèse précitée, p.148) souligne à ce propos que "si la règle juridique se concrétise à chaque degré de la hiérarchie, c'est parce qu'il existe certaines situations de fait précises auxquelles le législateur est confronté et désire remédier. La norme législative peut donc contenir des éléments de fait suffisamment précis pour que le juge en tienne compte. A titre de comparaison, le juge de la légalité est également ainsi saisi d'un rapport de normes et personne ne songe plus à lui contester la possibilité d'examiner et de prendre en compte l'erreur de fait". L'auteur apporte ensuite quelques exemples tirés de la jurisprudence du Conseil, notamment celui de l'affaire des nationalisations (Conseil constitutionnel n° 81-132 DC du 16 janvier 1982, décision précitée). Le juge constitutionnel avait à ce propos estimé qu'il n'était pas établi que "les transferts de biens et d'entreprises présentement opérés restreindraient le champ de la propriété privée et de la liberté d'entreprendre au point de méconnaître les dispositions de la Déclaration de 1789". Or pour M. PHILIPPE "l'emploi des mots "présentement opérés" démontre que la nécessité est appréciée au regard du secteur bancaire et des cinq groupes industriels visés. Les normes constitutionnelles (propriété privée, liberté d'entreprendre) sont rapportées à la situation concrète que visait le projet de loi (...)"

(48) Citons à ce propos M. FROMONT, lequel signale que "l'opposition entre la loi et l'acte administratif est trop souvent exagérée en France: en réalité, l'une et l'autre sont des réactions des autorités politiques face à une situation donnée, c'est-à-dire que la loi est un acte dont la validité est subordonnée, comme celle de l'acte administratif, à une appréciation correcte de la situation, ou, comme l'on dit parfois, à un exercice correct du pouvoir discrétionnaire" (préface de la thèse d'O. JOUANJAN, Le principe d'égalité..., ouvrage précité, p.2).

Vu sous cet angle, il est clair que plusieurs des litiges constitutionnels, dont ceux déjà cités, ne peuvent se résoudre à ce seul niveau: c'est en cela que le contrôle de proportionnalité intervient dans la plupart des cas après l'opération de "qualification juridique".

L'analyse du raisonnement du juge constitutionnel permet de mieux se rendre compte de cette réalité. Prenons l'exemple d'une décision récente, rendue par le Conseil en matière de santé publique(49). En l'espèce, les requérants considéraient que l'interdiction de toute propagande ou publicité en faveur du tabac et des boissons alcoolisées portait atteinte à la liberté d'entreprendre et au droit de propriété. Si donc le contrôle de la constitutionnalité devait se limiter à la recherche de la non-atteinte à une norme de rang supra-législatif, l'acceptation de cette atteinte devait entraîner ipso facto la censure de la disposition contrôlée.

Or en l'occurrence, ainsi que le note D. Rousseau, "le Conseil ne conteste pas que le droit de propriété s'applique aux marques de fabrique, de commerce ou de service [le cas des requérants] (...), il ne conteste pas davantage que l'exercice de ce droit soit "affecté" par l'interdiction de la publicité et de la propagande en faveur du tabac et des boissons alcoolisées. Mais il juge, dans les deux hypothèses, que ces limitations "trouvent leur fondement dans le principe constitutionnel de protection de la santé publique". Et le Conseil considère que le législateur a opéré une juste conciliation entre le droit de 1946 et celui de 1789 puisque la prohibition de publicité n'est ni générale, ni absolue et qu'elle ne prendra effet qu'au 1er janvier 1993, ce qui permet le respect et l'exécution des contrats de publicité en cours"(50).

En d'autres termes, le juge constitutionnel ne se limite pas au seul examen de l'existence des atteintes aux normes constitutionnelles dont il assure le respect mais, tout en admettant l'existence de telles atteintes, il recherche si d'autres normes d'égale valeur normative ne justifient tout de même pas la décision du législateur. Il tient ainsi à résoudre lui-même in concreto le "débat, crucial pour la théorie générale des libertés publiques, quant à la légitimité de l'atteinte à un droit individuel pour des motifs d'intérêt général"(51). C'est en ce sens, et en ce sens uniquement, que le contrôle effectué par le juge constitutionnel peut se situer par rapport à l'"opération de qualification juridique (des normes!)" et la dépasser.

S'il ne choque pas à l'occasion du juge constitutionnel, parce qu'unaniment jugé inhérent à sa mission normative, ce contrôle de la légitimité, et non pas de l'existence, des atteintes portées aux droits fondamentaux, est le cœur même du contrôle de proportionnalité et se confond avec lui.

Ainsi décrit, comment ce contrôle intervient-il?

(49) Conseil constitutionnel n° 90-283 DC du 8 janvier 1991, JO 10 janvier 1991, p.524; AJDA 1991, p.382 note WACHSMANN; Pouvoirs n°58, 1991, p.142 chr. AVRIL et GICQUEL; RFDC 1991, p.293 com. FAVOREU.

(50) D. ROUSSEAU, Chronique de jurisprudence constitutionnelle (juillet 1989 - août 1991), RDP 1992, p.49.

(51) P. WACHSMANN, note précitée in AJDA 1991, p.386.

2. Les techniques de mise en œuvre du contrôle de proportionnalité - appréciation

On aborde ici la question plus technique des moyens d'intervention juridictionnels du contrôle de la proportionnalité - appréciation.

On ne s'étonnera pas de trouver parmi eux celui de la technique de l'erreur manifeste.

Il semble en effet aujourd'hui incontestable⁽⁵²⁾ que le juge constitutionnel a été largement influencé, au plan de sa technique contentieuse, par son homologue administratif et que la marge d'appréciation devant être laissée au législateur est bien supérieure à celle dont doit bénéficier l'administration.

A cet effet, le juge constitutionnel emploie souvent l'erreur manifeste pour véhiculer du contrôle de proportionnalité. Il l'a fait dès sa décision sur les nationalisations, en estimant en l'occurrence que "l'appréciation portée par le législateur sur la nécessité des nationalisations décidées par la loi soumise à l'examen du Conseil constitutionnel ne saurait, en l'absence d'erreur manifeste, être récusée"⁽⁵³⁾, et le fait régulièrement depuis⁽⁵⁴⁾.

Comme le note B. Genevois, "le fait pour le juge constitutionnel de rechercher si le Parlement de la République en adoptant telle ou telle disposition n'a pas commis une "erreur manifeste" a pu heurter. Si une erreur est manifeste est-il possible qu'elle puisse avoir échappé au législateur?". Pourtant, poursuit de manière pertinente l'auteur, "en réalité, et contrairement aux apparences, le contrôle restreint est respectueux du pouvoir d'appréciation du Parlement. S'il y a limitation de ce pouvoir, elle résulte de la nécessité pour le législateur de se conformer aux principes de valeur constitutionnelle et à leurs implications. L'audace majeure dont témoigne le Conseil constitutionnel réside non pas dans le fait de s'en tenir en certains cas à un contrôle de l'erreur manifeste mais dans la définition qu'il a donnée en amont des exigences constitutionnelles s'imposant au législateur"⁽⁵⁵⁾.

Ce qui compte en effet, ce n'est pas la référence au caractère "manifeste" de l'"erreur", mais à la nature du contrôle exercé par ce biais: "avec l'erreur manifeste, le Conseil introduit le contrôle de proportionnalité dans le contentieux constitutionnel (...) l'erreur manifeste permet au Conseil de mettre en balance d'un côté l'intérêt général poursuivi par la loi, et de l'autre les atteintes portées à

(52) Cf. Conseil constitutionnel et Conseil d'Etat, colloque des jeudi 21 et vendredi 22 janvier 1988 au Sénat, ouvrage précité.

(53) Conseil constitutionnel n° 81-132 DC du 16 janvier 1982, décision précitée. De manière moins explicite, le juge constitutionnel utilise d'ailleurs cette même technique, dans ce même but, dès sa décision n° 80-127 DC des 19 et 20 janvier 1981 (décision précitée).

(54) Cf. par exemple Conseil constitutionnel n° 84-176 DC du 25 juillet 1984, R.p.55; RDP 1986, p.395 chr. FAVOREU; Conseil constitutionnel n° 87-237 DC du 30 décembre 1987, R.p.63; RFDA 1988, p.350 note GENEVOIS; Pouvoirs n°45, chr. AVRIL et GICQUEL; RA 1988, p.136 note LAMBERT (en prescrivant que l'amende fiscale encourue en cas de divulgation du montant du revenu d'une personne sera égale au montant des revenus divulgués, le législateur a édicté une sanction qui revêt "un caractère manifestement disproportionné"), ou encore la décision précitée n° 88-244 DC du 20 juillet 1988.

(55) B. GENEVOIS, La jurisprudence..., ouvrage précité, p.296.

tel ou tel principe constitutionnel; et selon le résultat, selon que les atteintes seront ou non jugées par le Conseil disproportionnées, excessives eu égard à l'interprétation poursuivie par le législateur, la loi sera déclarée conforme ou non à la Constitution (...)"⁽⁵⁶⁾.

Ainsi, réserve faite des expressions employées et, partiellement, du degré d'intensité du contrôle, le contrôle de proportionnalité effectué par le biais de la technique de l'erreur manifeste n'est pas essentiellement différent de celui exercé dans le cadre du "contrôle normal" de la proportionnalité constitutionnelle où toute référence à une disproportion "excessive" ou "manifeste" est absente.

Ce contrôle existe également, même s'il est en général moins fréquent, pour la défense des libertés que le juge constitutionnel estime être d'une importance particulière.

La décision "Entreprises de presse"⁽⁵⁷⁾ nous fournit un exemple caractéristique de ce contrôle plus rigoureux. En l'espèce, les dispositions légales contestées visaient à empêcher une concentration excessive du marché de la presse aux mains de certains grands groupes. Pour critiquer ces mesures, il avait été soutenu devant le Conseil constitutionnel qu'il y avait là un risque d'une privation effective de propriété sans indemnité "juste et préalable", obligation qu'instaure de manière absolue l'article 17 de la Déclaration des droits de 1789. Le Conseil constitutionnel s'est pourtant placé sur un autre terrain juridique.

Il a en effet reconnu la licéité constitutionnelle de l'objectif poursuivi par le législateur, mais a mis en garde contre toute atteinte à la liberté fondamentale de l'expression et de la presse, éventualité qu'il n'acceptait que sous des conditions particulièrement strictes: "Considérant que, s'il est loisible au législateur, lorsqu'il organise l'exercice d'une liberté publique en usant des pouvoirs que lui confère l'article 34 de la Constitution, d'adopter pour l'avenir, s'il l'estime nécessaire, des règles plus rigoureuses que celles qui étaient auparavant en vigueur, il ne peut, s'agissant de situations existantes intéressant une liberté publique, les remettre en cause que dans deux hypothèses: celle où ces situations auraient été illégalement acquises; celle où leur remise en cause serait réellement nécessaire pour assurer la réalisation de l'objectif constitutionnel poursuivi (...)"

On voit ici que, d'une certaine manière, "la charge de la preuve" est renversée: au lieu de rechercher si l'atteinte à la liberté concernée est suffisamment grave pour rendre la poursuite de l'objectif d'intérêt général illicite, le juge constitutionnel se demande en fait si l'atteinte causée par l'absence de la

(56) D. ROUSSEAU, Droit du contentieux..., ouvrage précité, p.128-129. L'auteur met l'accent sur les liens du contrôle de proportionnalité exercé par le biais de l'erreur manifeste et du contrôle de l'opportunité [de l'appréciation] du choix du législateur: "L'erreur manifeste est (...) pour le Conseil, le moyen de contrôler l'opportunité même des choix opérés par le législateur (...) Avec l'erreur manifeste, le Conseil dispose ainsi d'un puissant instrument de contrôle, puisqu'il lui permet d'apprécier le caractère non-disproportionné, non-excessif, opportun, raisonnable des choix opérés par le législateur" (ibid, p.130-131; cf. à ce propos L. HABIB, La notion d'erreur manifeste d'appréciation dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, RDP 1986, p.695).

(57) Conseil constitutionnel n° 84-181 DC des 10 et 11 octobre 1984, décision précitée.

mesure à l'intérêt général constitutionnellement reconnu en cause est suffisamment grave pour permettre de maintenir cette mesure(58).

C'est ainsi qu'en appliquant ces principes en l'espèce le juge constitutionnel a estimé qu'"en ce qui concerne les quotidiens nationaux", il ne peut "être valablement soutenu que le nombre, la variété de caractères et de tendances, les conditions de diffusion de ces quotidiens méconnaîtraient actuellement l'exigence de pluralisme de façon tellement grave qu'il serait nécessaire, pour restaurer celui-ci, de remettre en cause les situations existantes (...)".

Bref, la mise en œuvre d'un contrôle de proportionnalité de nature commune, peut donner lieu à l'émission d'exigences plus ou moins strictes imposées au législateur dépendant, entre autres, de l'importance de la liberté en cause. De ce point de vue, l'utilisation de la technique de l'erreur manifeste peut être le signe, mais le signe uniquement, d'un contrôle de proportionnalité d'intensité "atténuée"(59).

En revanche, la référence explicite ou non au terme même de "proportionnalité" n'est nullement déterminante pour la détection de ce contrôle.

Il arrive même, dans le cadre d'un contrôle de la proportionnalité co nomine, que la référence explicite au principe de proportionnalité occulte quelque peu la nature réelle du contrôle de proportionnalité: par exemple, le "principe de proportionnalité" des délits et de peines, outre sa consécration plus ou moins explicite par l'article 8 de la Déclaration des droits de 1789, ne présente aucune autre particularité notable, et n'exprime en réalité autre chose que la recherche d'une juste conciliation entre l'intérêt général qui motive la limitation de la liberté individuelle et cette dernière.

En somme, le contrôle de proportionnalité se définit toujours par rapport à la nature de mécanisme de conciliation entre normes constitutionnelles antinomiques qu'il exprime et non par les termes utilisés, qui peuvent tout aussi bien contenir une référence aux termes de "proportionnalité", "proportionné", "disproportion" ou "disproportionné" ou se limiter à l'utilisation d'autres termes, comme ceux de la "conciliation" ou de la "nécessité", sans exprimer pour autant

(58) Ce qui signifie nullement par ailleurs que le juge constitutionnel soit indifférent à l'objectif constitutionnel du pluralisme, ainsi que le démontre une décision ultérieure: Conseil constitutionnel n° 86-210 DC du 29 juillet 1986, R.p.110; AJDA 1986, p.527 com. PEPY; RA 1986, p.485 note ETIEN. Le Conseil a en l'occurrence estimé que les dispositions retenues par le législateur ne sont pas conformes à la Constitution car "loin d'aménager (...) les modalités du pluralisme de la presse et, plus généralement des moyens de communication dont la presse est une composante, ne permettant pas de lui assurer un caractère effectif".

(59) Cf. D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux...*, ouvrage précité, p.131: "Pourtant, la thèse du contrôle restreint, défendue surtout pour éviter que le Conseil ne soit accusé de substituer son appréciation à celle du législateur, reste très en deçà de la réalité de l'examen contentieux permis par l'erreur manifeste (...) L'erreur manifeste est donc l'instrument du contrôle normal, ordinaire que le Conseil exerce sur les lois". Sans pouvoir souscrire entièrement à cette position, on convient qu'il ne faille pas exagérer la portée de l'utilisation du terme "manifeste" pour déterminer l'intensité réelle du contrôle effectué par le juge.

une exigence juridique autre que celle de la pondération in concreto entre liberté et intérêt général.

D'ailleurs la nature du contrôle de proportionnalité reste fondamentalement stable même quand il est utilisé, de manière plus secrète, comme support à la mise en œuvre d'un autre principe constitutionnel.

b. Le contrôle de proportionnalité - interprétation

On a déjà fait référence à la possibilité d'intervention du contrôle de proportionnalité en tant que moyen d'aide à la "qualification juridique" en vue d'un autre principe(60). On ne saurait être étonné de rencontrer ce cas de figure également au sein du contrôle de la constitutionnalité français, surtout dans la mesure où le contrôle de proportionnalité y demeure non explicitement reconnu: il est indéniable que la reconnaissance de plus en plus explicite de ce contrôle diminue l'éventualité de son utilisation "médiante" à travers d'autres principes juridiques(61).

Une illustration de cette forme d'intervention du contrôle de proportionnalité et de sa fragilité future est apportée par la célèbre décision rendue par le Conseil constitutionnel à propos des libertés universitaires(62).

En l'espèce en effet, le Conseil constitutionnel a estimé, d'une part, qu'"il est constant que, en raison de la disproportion numérique existant entre le corps des professeurs et celui des autres corps d'enseignants-chercheurs, l'indépendance des professeurs serait menacée à divers points de vue par le système ainsi institué (...)", et de l'autre que "cette indépendance serait d'autant plus atteinte du fait qu'au sein de la juridiction disciplinaire prévue par l'article 29 de la loi, les professeurs devant composer la formation chargée de juger les professeurs seraient désignés par l'ensemble des enseignants - chercheurs eux mêmes élus par l'ensemble des enseignants - chercheurs toutes catégories confondues, sans que, parmi leurs juges, les professeurs puissent compter des représentants émanant de leur propre vote (...)".

Il a donc censuré la loi déférée sur la base de l'existence de l'atteinte à la liberté concernée, et non sur celle de sa disproportion par rapport au but d'intérêt général poursuivi(63).

(60) Voir supra, partie I, titre 1, chapitre 2, section 1, sous section 1; partie II, titre 1, chapitre 1, section 1.

(61) C'est pour cette raison que l'utilisation de cette "proportionnalité - interprétation" est beaucoup moins courante en Allemagne, et elle diminue également en France en faveur de l'application plus "autonome" du contrôle de proportionnalité.

(62) Conseil constitutionnel n° 83-165 DC du 20 janvier 1984, décision précitée. Sur la mise en perspective européenne de cette décision et surtout sa comparaison avec la décision analogue rendue par le juge constitutionnel allemand, voir M. FROMONT, *La co-gestion des universités et la liberté de la science*, RDP 1975 p.153s; Y. GAUDEMET, *L'indépendance des professeurs d'Université, principe commun des droits constitutionnels européens*, D. 1984, p.125, RFDA 1984, p.100.

(63) Il avait pourtant posé au préalable les bases d'une telle pondération en affirmant que les dispositions critiquées sont "relatives à l'organisation d'un service public et aux droits et obligations des enseignants chercheurs chargés de l'exécution de ce service et associés à sa gestion" ne sauraient "limiter le droit à la libre

Il est clair que ce point particulier du jugement du Conseil est purement technique et, ne concernant que sa présentation, n'en affecte pas le fond(64): le résultat aurait pu parfaitement être le même si le juge constitutionnel avait procédé à une pondération ouverte entre les droits et libertés auxquels la loi portait atteinte et l'intérêt du service public insusceptible, en l'espèce, de la justifier(65). C'est pourtant la raison pour laquelle la décision 1984 est riche pour notre étude: elle met en évidence à la fois l'existence du contrôle de proportionnalité en tant que moyen de "qualification" (y a-t-il atteinte?) et sa communauté d'esprit avec le contrôle "autonome" de la proportionnalité déjà décrit (l'atteinte est-elle disproportionnée?).

Cette même décision nous conduit à élargir notre champ d'investigation au delà des décisions comportant une conciliation normative ouvertement affirmée par le juge constitutionnel, pour rechercher ce même souci de conciliation au sein du contrôle a priori relatif à la seule existence d'une atteinte à un principe constitutionnel.

On perçoit alors le "domaine de prédilection" du contrôle de proportionnalité - interprétation en droit constitutionnel français: celui de la mise en œuvre du principe d'égalité.

Il n'est bien sûr pas question de refaire ici la présentation du "principe - gigogne"(66) qu'est le principe d'égalité en droit français. On ne peut néanmoins ne pas évoquer ses relations avec le contrôle de proportionnalité, à la fois réelles et instructives, bien que peu soulignées(67).

Signalons tout d'abord qu'il n'y a pas lieu d'être choqué du fait que le principe d'égalité est, à l'opposé du contrôle de proportionnalité, reconnu ouvertement par le juge français à tous les niveaux: son importance historique et idéologique depuis le siècle des lumières lui a en effet "légé" une assise normative multiple qui rend son évocation, tant par le justiciable que par le juge, fort aisée(68).

communication des pensées et des opinions garanti par l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen que dans la seule mesure des exigences du service public en cause". Or par la suite toute trace de pondération affichée entre "le droit à la libre communication des pensées" et "les exigences du service public" se perd.

(64) Le professeur Y. GAUDEMET a d'ailleurs souligné à propos de la comparaison de cette décision et la décision du 29 mai 1973 de la Cour constitutionnelle fédérale allemande (BVerfGE 35, 79) que "les différences dans la technique des deux décisions ne doivent pas dissimuler leur profonde communauté d'inspiration (...)" (article précité, RFDA 1984, p.102).

(65) Et il est vraisemblable qu'aujourd'hui le Conseil aurait plutôt opté pour cette forme plus ouverte de pondération.

(66) F. MICLO, Le principe d'égalité et la constitutionnalité des lois, AJDA 1982, p.115.

(67) Voir notamment X. PHILIPPE, Le contrôle de proportionnalité..., thèse précitée, spécialement p.86s.

(68) Si l'on ne retient que les références constitutionnelles, on relève sa mention à trois reprises dans la Déclaration des droits de 1789 (article 1: "les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droit"; article 6: égalité devant la loi, égalité d'accès aux emplois publics; article 13: égalité devant l'impôt) et à plusieurs fois tant dans le Préambule de 1946 (alinéa 1er: prohibition des discriminations fondées sur la race, la religion ou les croyances; alinéa 3: égalité des sexes; alinéa 12: égalité de tous les

En revanche, ce dernier est difficile d'application. Pris en effet dans sa signification stricte(69) il est, hormis peut être quelques cas isolés, inapplicable. Le principe d'égalité doit donc "composer avec la réalité", et s'entendre, selon l'expression du doyen Vedel, "toutes choses égales d'ailleurs"(70). Il intègre ainsi à la fois la licéité de la différence de traitement quand celle-ci se révèle justifiée par une différence de situation, mais aussi, quand elle correspond à des considérations d'intérêt général appropriées.

Sous ces deux formes et surtout la dernière, le principe d'égalité perd beaucoup de sa consistance interprétative: dès lors que l'existence d'une différence entre les situations, ainsi que celle d'une différence de traitement sont acquises, le principe d'égalité, à lui seul, ne nous fournit aucunement le moyen de savoir dans quelle mesure la différence de traitement est ou non justifiée.

C'est là qu'intervient le contrôle de proportionnalité: quand par exemple le Conseil constitutionnel estime que la clause prévoyant qu'en tout état de cause certains associés d'une société seront minoritaires "apporte au principe d'égalité une atteinte qui dépasse manifestement ce qui serait nécessaire pour faire droit à la situation particulière de certaines catégories de sociétaires"(71), il utilise le contrôle de proportionnalité(72) pour "repérer" l'atteinte effective au principe d'égalité.

De même, le contrôle de proportionnalité intervient de façon encore plus nette, quand il s'agit de s'interroger sur la valeur des considérations d'intérêt général qui justifient une différence de traitement (alors que les destinataires de la mesure se trouvent dans des situations similaires).

Le Conseil constitutionnel a pu ainsi estimer que dès lors que les particularités du régime de responsabilité applicable aux représentants des salariés dans les conseils d'administration des entreprises publiques se justifiaient par les spécificités du mandat des intéressés, il n'y avait pas "lieu de rechercher si l'intérêt général pouvait justifier une atteinte au principe d'égalité"(73). En

Français devant les charges qui résultent des calamités nationales; alinéa 13: égal accès de l'enfant et de l'adulte à l'instruction, à la formation professionnelle et à la culture; alinéas 16 et 18: égalité au sein de l'Union française) que dans la Constitution de 1958, notamment dans son article 2).

(69) Cf. X. PHILIPPE: "D'un point de vue sémantique, l'égalité évoque un rapport absolu de proportion" (thèse précitée, p.79).

(70) Préface de la thèse de P. DELVOLLE, Le principe d'égalité devant les charges publiques, LGDJ, Paris 1969.

(71) Conseil constitutionnel n° 87-232 DC du 7 janvier 1988, Loi relative à la mutualisation de la caisse nationale du Crédit Agricole, R.p.17; Pouvoirs n° 46, p.179 chr. AVRIL et GICQUEL.

(72) Ceci est d'autant plus clair que le juge constitutionnel avait au préalable affirmé que "en elle-même, la prise en compte de telles considérations n'est pas contraire au principe constitutionnel d'égalité" car "elle aurait pu justifier un aménagement approprié des droits de vote au sein des caisses régionales de nature à tempérer la stricte rigueur du principe majoritaire, à ne pas compromettre les avantages réservés aux agriculteurs dans le système de crédit agricole mutuel et à conserver à celui-ci sa vocation essentielle (...)"

(73) Conseil constitutionnel n° 83-162 DC des 19 et 20 juillet 1983, R.p.49.

revanche, dans la décision bien connue sur la loi de nationalisation⁽⁷⁴⁾, sans nier que les banques dont la majorité du capital appartenait à des non-résidents (et qui étaient exclues du champ de la loi de nationalisation) avaient le même statut juridique que les autres banques, il a néanmoins jugé que le législateur avait pu "sans méconnaître le principe d'égalité, les exclure de la nationalisation en prenant motif des risques de difficultés que la nationalisation de ces banques aurait pu entraîner sur le plan international et dont la réalisation aurait, à ses yeux, compromis l'intérêt général qui s'attache aux objectifs poursuivis par la loi de nationalisation"⁽⁷⁵⁾.

On voit donc le juge constitutionnel faire appel, de manière de plus en plus patente⁽⁷⁶⁾, au contrôle de proportionnalité pour mettre en œuvre le principe d'égalité, de sorte que la proportionnalité de la mesure examinée puisse servir de révélateur de son respect du principe d'égalité, même dans les cas où il y aurait une atteinte a priori illicite de ce principe: "Considérant que le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport avec l'objet de la loi qui l'établit"⁽⁷⁷⁾.

Ainsi donc, c'est dans cette idée de la possibilité d'une atteinte licite du principe d'égalité qu'il faut, pense-t-on, chercher les raisons réelles du lien indivisible qu'il y a entre contrôle de proportionnalité et principe d'égalité, lien qui ne se limite d'ailleurs pas à la France⁽⁷⁸⁾.

Cela réclame la reconnaissance du double aspect du principe d'égalité, valable à la fois en tant que directive d'interprétation du droit, et comme droit fondamental à son propre titre. Dans une telle perspective, et dans la mesure où le droit constitutionnel [subjectif] à l'égalité est atteint par une mesure poursuivant un but d'intérêt général également de rang constitutionnel, on pourra, sans s'en étonner, s'interroger sur la in fine licéité de cette atteinte, comme pour tout autre droit fondamental. Et, toujours de la même manière, le contrôle de proportionnalité servira pour déterminer cette in fine licéité⁽⁷⁹⁾.

(74) Conseil constitutionnel n° 81-132 DC du 16 janvier 1982, décision précitée.

(75) Le juge constitutionnel affirme par ailleurs dans cette même décision que "le principe d'égalité ne fait pas obstacle à ce qu'une loi établisse des règles non identiques à l'égard de personnes se trouvant dans des situations différentes, mais il ne peut en être ainsi que lorsque cette non-identité est justifiée par la différence de situation et n'est pas incompatible avec la finalité de la loi (...)"

(76) Il s'agit là d'une évolution perçue par le professeur FAVOREU lequel, dans sa *Chronique de jurisprudence du Conseil constitutionnel* (mars 1986 - mars 1989), RDP 1989 p.412 [p.502], fait état de la "tendance du juge à procéder davantage à des contrôles qui font appel aussi à la technique du contrôle de proportionnalité qui veut se combiner avec le principe d'égalité".

(77) Conseil constitutionnel n° 89-254 DC du 4 juillet 1989, Loi modifiant la loi 86-912 du 6 août 1986 relative aux modalités d'application des privatisations, R.p.41; D. 1990, p.209 com. LUCHAIRE.

(78) Pour l'Allemagne, où le contrôle de proportionnalité est néanmoins affiché, voir partie I, titre 2, chapitre 2, section 2, §1, A, d.

(79) Voir à ce titre également la décision n° 85-200 DC du 16 janvier 1986, R.p.85, RDP 1986, p.395 chr. FAVOREU; Dr. Soc. 1986, p.372 note Y.

Bref, si l'aspect "norme protectrice des droits fondamentaux" du principe d'égalité rendra toujours à son sujet l'application autonome du contrôle de proportionnalité délicate, la prise en compte de sa double nature aidera à la compréhension, d'autant plus utile que cette combinaison entre égalité et proportionnalité semble avoir vocation à se développer en tant que domaine propre d'intervention du contrôle de proportionnalité.

B. DOMAINES D'INTERVENTION: LES CONTENTIEUX DU CONTRÔLE DE PROPORTIONNALITÉ - LIBERTÉ

En dépit de son histoire relativement récente et de son caractère non affiché dans le contentieux constitutionnel français, le contrôle de proportionnalité a été mis en œuvre dans de très nombreuses décisions dont le recensement exhaustif ne saurait être opéré dans cette étude.

On se bornera donc ici à évoquer le secteur, les domaines où on le rencontre le plus souvent, c'est-à-dire le contentieux des libertés constitutionnelles - droits fondamentaux, que le contrôle de proportionnalité sert à pondérer avec les objectifs d'intérêt général constitutionnellement reconnus qui s'y opposent.

En raison de son importance particulière au sein du contentieux constitutionnel, on évoquera d'abord la protection de la liberté individuelle (a), puis celle des autres libertés de la personne (b); enfin pour des raisons qui dépassent les seules considérations de commodité, on examinera distinctement les "libertés économiques" tels le droit de propriété et la liberté d'entreprendre (c).

a. La liberté individuelle

Dans ce domaine - clé du contrôle de la constitutionnalité, le contrôle de proportionnalité apparaît implicitement⁽⁸⁰⁾ dès la célèbre décision du 12 janvier 1977⁽⁸¹⁾ sur la Fouille des véhicules⁽⁸²⁾.

GAUDEMET. A propos de cette décision, où le Conseil fait état d'"une rupture caractérisée du principe d'égalité devant les charges publiques entre tous les citoyens", le professeur Y. GAUDEMET constate que ce contrôle se rapproche de celui de l'erreur manifeste d'appréciation, en imposant au législateur "un minimum de répartition des charges contributives entre tous les citoyens, la taxation d'une catégorie exclusivement ne pouvant se justifier au-delà d'une certaine charge d'impôt". Or on a vu qu'en l'occurrence, la technique de l'erreur manifeste n'est autre chose que le vecteur du contrôle de proportionnalité.

(80) Il est inutile de reprendre ici en détail la présentation de la mise en œuvre du contrôle de proportionnalité effectué en vertu de l'article 8 de la Déclaration des droits de 1789 (d'ailleurs concernant avant tout le droit pénal), dans la mesure où l'appel à un "principe de proportionnalité" est dans ce cas reconnu (et connu) de tous: cf. notamment Conseil constitutionnel n° 82-155 DC du 30 décembre 1982 et n° 87-237 DC du 30 décembre 1987, décisions précitées; Conseil constitutionnel n° 88-248 DC du 17 janvier 1989, R.p.18; G.D.C.C. n° 44; RDP 1989, p.399 chr. FAVOREU; RFDA 1989, p.215 note GENEVOIS; RA 1989, p.223 com. AUTIN; Pouvoirs n°50, p.197 chr. AVRIL et GICQUEL; enfin Conseil constitutionnel n° 89-260 DC du 28 juillet 1989, R.p.71; RFDA 1989, p.671 note GENEVOIS; Pouvoirs n°52, p.189 chr. AVRIL et GICQUEL: "considérant (...) que le principe de proportionnalité implique

Ainsi que le note en effet X. Philippe, le Conseil constitutionnel considère ici "qu'il y a atteinte à la liberté individuelle en raison de l'étendue, de la généralité et de l'imprécision des pouvoirs qui sont conférés aux autorités de police. En d'autres termes, il les estime disproportionnés par rapport aux principes sur lesquels repose la protection de cette liberté. Il accepte le principe de sa limitation en raison de la poursuite de certains objectifs tels que la sauvegarde de l'ordre public, mais il exige que ces atteintes soient strictement définies afin qu'il puisse vérifier si la législation n'a pas été au - delà de ce qui est nécessaire"(83).

Le contrôle de proportionnalité se précise davantage avec la décision Sécurité et liberté(84). Malgré un contrôle peut-être un peu timide quant à la solution apportée au fond, ce jugement représente une avancée indéniable pour l'affirmation du contrôle de proportionnalité. En effet le Conseil constitutionnel y confirme en premier lieu la nécessité du respect du principe de la proportionnalité des délits et des peines(85). Mais surtout il affirme pour la première fois ouvertement la nécessité d'une "conciliation" entre principes constitutionnels militant, l'un pour la liberté individuelle, l'autre pour l'intérêt général qui la limite(86). Cette double exigence du Conseil nous montre d'ailleurs que le "principe de proportionnalité" des délits et des peines ne doit pas être confondu avec le contrôle de proportionnalité, car il n'en constitue que l'une des manifestations.

qu'en tout état de cause, le montant global des sanctions éventuellement prononcées ne dépasse pas le montant le plus élevé de l'une des sanctions encourues".

(81) On peut déjà soutenir que, par sa décision Liberté d'association (n° 71-44 DC du 16 juillet 1971, décision précitée) la procédure censurée d'autorisation préalable s'analysait en filigrane en une atteinte excessive de ladite liberté.

(82) Conseil constitutionnel n° 76-75 DC du 12 janvier 1977, décision précitée.

(83) De leur côté, les auteurs des Grandes Décisions du Conseil constitutionnel (p.362) soulignent que la décision montre que "le Conseil constitutionnel indique les conditions qu'il aurait fallu poser pour que l'habilitation donnée par la loi aux forces de police fût reconnue valable: mise en vigueur d'un régime légal de pouvoirs exceptionnels, ou bien menace d'atteinte à l'ordre public, ou existence d'une infraction. Seules ces circonstances auraient permis l'édition d'une mesure générale mais qui aurait été limitée dans le temps". Autrement dit, une mesure d'interdiction absolue stricto sensu serait en tout état de cause disproportionnée. MM. FAVOREU et PHILIP rappellent d'ailleurs (p.362) l'équivalence de cette démarche du Conseil à celle "que suit la Cour constitutionnelle allemande en matière des droits fondamentaux", c'est à dire un contrôle ouvert de proportionnalité.

(84) Conseil constitutionnel n° 80-127 DC des 19 et 20 janvier 1981, décision précitée.

(85) "(...) il n'appartient pas au Conseil constitutionnel de substituer sa propre appréciation à celle du législateur en ce qui concerne la nécessité des peines attachées aux infractions définies par celui-ci, alors qu'aucune disposition du titre premier de loi n'est manifestement contraire au principe posé par l'article 8 de la déclaration de 1789".

(86) Voir supra §1, B, c.

Avec sa décision tout aussi connue relative aux Perquisitions fiscales(87), la protection de l'inviolabilité du domicile intègre elle aussi le contrôle de proportionnalité. En effet, pour censurer l'article 89 de la loi déferée, le Conseil commence par affirmer que "l'exercice des libertés et droits individuels ne saurait en rien excuser la fraude fiscale ni entraver la légitime répression" de même que "dans leur principe, les dispositions de l'article 89 ne peuvent être critiquées". Si la disposition litigieuse est donc finalement censurée, c'est "au terme d'un raisonnement très élaboré qui, après avoir reconnu la légitimité du but poursuivi"(88) refuse la constitutionnalité in fine des modalités retenues: il s'agit déjà du mécanisme du contrôle de proportionnalité précédemment analysé.

L'importance que revêt ce contrôle désormais constant(89) se manifeste de façon claire dans un domaine aujourd'hui d'une importance particulière, celui des mesures de police des étrangers. Dans ce contentieux sensible, le Conseil constitutionnel a manifesté de bonne heure sa volonté d'assurer le respect des principes fondamentaux de la République française de manière rigoureuse.

Ainsi, après une première décision dès 1980(90), le Conseil a estimé dans une décision de 1986(91) que la mesure de rétention envisagée "même placée sous le contrôle du juge, ne saurait être prolongée, sauf urgence absolue et menace de particulière gravité pour l'ordre public, sans porter atteinte à la liberté individuelle garantie par la Constitution". Et il a confirmé cette ligne sans concession dans ses décisions les plus récentes(92) où, de surcroît, le contrôle de proportionnalité s'exprimait de façon encore plus nette(93).

(87) Conseil constitutionnel n° 83-164 DC du 29 décembre 1983, décision précitée.

(88) B. GENEVOIS, La jurisprudence..., ouvrage précité, p.213.

(89) Cf. par exemple Conseil constitutionnel n° 84-176 DC du 25 juillet 1984, Loi relative aux services de communication audiovisuelle soumis à autorisation, R.p.55; Conseil constitutionnel n° 86-211 DC du 26 août 1986, Loi relative aux contrôles et vérifications d'identité, R.p.120; Conseil constitutionnel n° 87-237 DC du 30 décembre 1987, Loi des finances pour 1988, décision précitée.

(90) Conseil constitutionnel n° 79-109 DC du 9 janvier 1980, Prévention de l'immigration clandestine, R.p.29; D. 1980, J, p.249 note AUBY; Gaz Pal 14-16 septembre 1980, note HAMON; RDP 1980, p.1631, chr. FAVOREU: le juge constitutionnel estime ici excessif le délai de 7 jours retenu pour les personnes expulsées.

(91) Conseil constitutionnel n° 86-216 DC du 3 septembre 1986, Conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France ("Loi Pasqua"), R.p. 135; RFDA 1987, p. 120 note GENEVOIS; RDP 1989, p.399 chr. FAVOREU.

(92) Cf. Conseil constitutionnel n° 89-261 DC du 28 juillet 1989, R.p.81; RFDA 1989, p.691 note GENEVOIS; AJDA 1989, p.619 note CHEVALLIER; D. 1990, J, p.161 note PRETOT.

(93) Voir par exemple Conseil constitutionnel n° 92-307 DC du 25 février 1992, Loi relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France, JO 27 février 1992: le juge constitutionnel y affirme, entre autres, que "(...) l'Etat est en droit de définir les conditions d'admission des étrangers sur son territoire sous réserve du respect des engagements internationaux qu'il a souscrits et des principes de valeur constitutionnelle; qu'au nombre de ces derniers figurent aussi bien le droit d'asile et la liberté individuelle (...)" ; que "le législateur doit prévoir, selon des modalités appropriées, l'intervention de l'autorité judiciaire (...)" ; qu'"en tout état de cause, [la] durée [du séjour dans les zones de transit] ne saurait excéder un délai raisonnable"; et

Mais la liberté individuelle n'est pas la seule à être investie par le contrôle de proportionnalité.

b. Les autres droits et libertés de la personne

Les principales décisions de principe intervenant en la matière ont déjà été évoquées au titre de la présentation du mécanisme du contrôle de proportionnalité. Il n'en sera donc fait état ici que brièvement.

Une des plus importantes reste sans doute celle qui, dès 1979, instaura un contrôle de proportionnalité fort explicite en matière de droit de grève(94), suite, il est vrai, à l'intervention analogue du Conseil d'Etat(95). C'est en effet dans cette décision Droit de grève à la radio et à la télévision que le Conseil constitutionnel a décrit pour la première fois clairement, bien que sans en employer le terme, le mécanisme du contrôle de proportionnalité. M. Beguin note même qu'il va (pour ce faire?) jusqu'à affirmer un principe constitutionnel de "continuité du service public" sans référence constitutionnelle explicite(96). Mais cette reconnaissance n'est pas la conséquence du désir de limiter le droit de grève: c'est parce que la légitimité de la limitation du droit de grève en vertu d'un tel principe constitutionnel n'est pas absolue, que le juge constitutionnel intervient pour donner, à l'aide du contrôle de proportionnalité, une solution précise au litige concret, et à lui seul.

que "le montant de l'amende encourue par l'entreprise de transport (...) n'est pas manifestement disproportionné par rapport au manquement que la loi entend réprimer". Par cette décision, le Conseil consacre par ailleurs de façon claire le droit d'asile, déjà implicitement reconnu par la décision du 3 septembre 1986 (cf. D. TURPIN, La loi du 6 juillet 1992 sur la zone d'attente des ports et des aéroports, LPA 1992, n° 134, p.11). Voir aussi la décision n° 89-266 DC du 9 janvier 1990, Loi modifiant l'ordonnance relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France, R.p.15; JCP 1990, n° 21591 com. GUIMEZANES; Pouvoirs 1990, n°54, p.198 chr. AVRIL et GICQUEL, pour l'intervention du contrôle de proportionnalité dans la mise en œuvre du principe d'égalité: "Considérant qu'en égard à la situation particulière dans laquelle se trouvent les étrangers tombant sous le coup d'un arrêté de reconduite à la frontière qu'aux raisons d'intérêt général poursuivies par le législateur et qui sont en rapport avec l'objet de l'article 1er de la loi, les règles spécifiques instituées par ce texte ne portent pas atteinte au principe d'égalité".

(94) Conseil constitutionnel n° 79-105 DC du 25 juillet 1979, décision précitée.

(95) Conseil d'Etat Ass 7 juillet 1950, Dehaene, arrêt précité. Précisons qu'on ignore pas les différences existant entre les décisions des deux Hautes juridictions, notamment en ce qui concerne la compétence du législateur en matière de grève (sur cette question fort débattue, voir par exemple L. FAVOREU, Le Conseil d'Etat défenseur de l'exécutif, Mélanges Boulouis, ouvrage précité, p.237s.). Toutefois, en ce qui concerne notre sujet, la similitude sinon des résultats concrets, du moins du mécanisme du contrôle de proportionnalité employé, est tout de même frappante.

(96) Note sous arrêt précité, JCP 1981, II, n° 19547: "Ayant ainsi contrebalancé le droit de grève par un principe de même force juridique, le Conseil valide en l'espèce l'essentiel des restrictions apportées à ce droit par les parlementaires du printemps 79 (...)".

Plusieurs autres décisions de la Haute juridiction constitutionnelle procèdent depuis de la même logique(97). Logique que l'on retrouve d'autant plus facilement que la liberté en question revêt une importance particulière dans une société démocratique, comme l'indépendance des professeurs d'université(98) ou la liberté de la presse(99).

On constate donc, dans tous ces cas, tout comme pour la liberté individuelle, l'existence d'un contrôle de proportionnalité impliquant une protection des droits fondamentaux sans concession(100). En est-il de même pour les libertés plus spécifiquement "économiques"?

c. Les libertés économiques

Commentant la décision récente rendue à propos de la loi relative à la lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme(101) P. Wachsmann, après avoir noté que l'on se trouvait "en présence d'un débat, crucial pour la théorie générale des libertés publiques, quant à la légitimité de l'atteinte à un droit individuel pour des motifs d'intérêt général" soulignait que l'intérêt général en cause dans cette décision, se trouvait néanmoins opposé "à deux libertés constitutionnelles particulièrement sujettes à des limitations"(102).

Cette idée de "libertés de second rang" se rencontre souvent pour des libertés constitutionnellement reconnues comme le droit de propriété et la liberté d'entreprendre. L'observateur autorisé de la jurisprudence constitutionnelle qu'est B. Genevois abonde en ce sens quand il affirme que "s'agissant du contenu même des principes de valeur constitutionnelle, il nous semble que se fait progressivement au sein de ces principes une hiérarchie matérielle. Il est des libertés comme la liberté d'association, la liberté de la presse ou la liberté individuelle qui bénéficient d'une protection plus grande que les autres sur le plan constitutionnel. Les droits civils et politiques ont un contenu plus affirmé (...)"(103).

Suite à ces constatations, la question qui se pose est bien évidemment de savoir si du point de vue du contrôle de proportionnalité, les libertés

(97) Voir également pour une intervention du juge constitutionnel pour la protection des droits des employés à travers le principe d'égalité, Conseil constitutionnel n° 91-297 DC du 29 juillet 1991, Loi portant réforme hospitalière, JO 2 août 1991 p.10310: "(...) ces distinctions entre agents publics relevant d'un même statut quant au mode de nomination et la durée éventuelle des fonctions ne sont pas justifiées par des motifs d'intérêt général (...)".

(98) Conseil constitutionnel n° 83-165 DC du 20 janvier 1984, décision précitée.

(99) Conseil constitutionnel n° 84-181 DC des 10 et 11 octobre 1984, décision précitée.

(100) Ce qui n'est bien évidemment nullement contradictoire avec la prise en compte effective des motifs d'intérêt général en cause: cf. Conseil constitutionnel n° 81-129 DC des 30 et 31 octobre 1981, R.p.35; RDP 1983, p.333 chr. FAVOREU; Conseil constitutionnel n° 82-141 DC du 27 juillet 1982, décision précitée.

(101) Conseil constitutionnel n° 90-283 DC du 8 janvier 1991, décision précitée.

(102) P. WACHSMANN, note précitée, AJDA 1991 p.382 [386].

(103) La jurisprudence..., ouvrage précité, p.296.

"économiques" sont traitées par le juge constitutionnel différemment que les autres droits fondamentaux.

La réponse, bien que nuancée, est pourtant négative.

Il est certes vrai que dans la plupart des décisions où le droit de propriété ou la liberté d'entreprendre sont en cause, le résultat concret de la pondération aboutit en faveur de l'intérêt général, après à un contrôle atténué par rapport à d'autres libertés.

Ainsi dans l'affaire des nationalisations(104), le juge constitutionnel, en estimant que "l'appréciation portée par le législateur sur la nécessité des nationalisations décidées par la loi soumise à l'examen du Conseil constitutionnel ne saurait, en l'absence d'erreur manifeste, être récusée par celui-ci dès lors qu'il n'est pas établi que les transferts de biens et d'entreprises présentement opérées restreindraient le champ de la propriété privée et de la liberté d'entreprendre au point de méconnaître les dispositions précitées de la Déclaration de 1789 (...)" limite son contrôle à la censure de la seule erreur manifeste.

De même, le Conseil prend grand soin à affirmer, au sujet des ces deux libertés, qu'elles ne sont "ni générales ni absolues"(105) et que le pouvoir du législateur à leur égard est particulièrement étendu(106), excluant a priori pratiquement seule leur limitation "arbitraire ou abusive".

Toutefois, malgré un résultat "protecteur" concret atténué, on ne saurait contester ni l'existence à leur propos du contrôle de proportionnalité, ni sa communauté de nature avec celui exercé au sujet des autres droits fondamentaux.

En réalité, ce qu'il faut rappeler ici, c'est que la présence en soi du contrôle de proportionnalité ne préjuge en rien des résultats concrets de la pondération. Plus encore, c'est le sens même de ce contrôle que de "soupeser" des quantités opposées qui, par définition, auront un "poids" concret différent; or même si, selon le poids des quantités mesurées, la balance penche vers l'un ou l'autre côté, il s'agit tout de même toujours de la même "balance". Penser que le droit de propriété et la liberté d'entreprendre sont des libertés ayant un moindre poids "matériel" n'est donc nullement incompatible avec l'existence à leur égard aussi, d'un contrôle de proportionnalité, même si ce dernier servira le plus souvent à mettre en évidence leur "poids" moindre(107).

(104) Conseil constitutionnel n° 81-132 DC du 16 janvier 1982, décision précitée.

(105) Cf. par exemple Conseil constitutionnel n° 85-204 DC du 16 janvier 1986, R.p.18: "la liberté d'entreprendre n'est ni générale, ni absolue; elle s'exerce dans le cadre d'une réglementation instituée par la loi".

(106) Cf. (toujours à propos de la liberté d'entreprendre) Conseil constitutionnel n° 89-255 DC du 4 juillet 1989, Loi modifiant la loi 86-912 du 6 août 1986 relative aux modalités d'appréciation des privatisations, R.p.47: "il est loisible au législateur d'y apporter des limitations exigées par l'intérêt général à la condition que celles-ci n'aient pas pour conséquence d'en dénaturer la portée".

(107) Le Conseil constitutionnel fait d'ailleurs toujours preuve de l'utilisation de ses critères habituels de détermination de la in fine licéité de l'intervention du législateur, dont notamment le poids concret des quantités en présence (cf. Conseil constitutionnel n° 89-256 DC du 25 juillet 1989, R.p.53: "l'octroi par la collectivité expropriante d'une provision représentative de l'indemnité due n'est pas incompatible

En fait, la seule circonstance qui aboutirait à nier à leur égard un contrôle de proportionnalité serait de leur reconnaître un moindre statut hiérarchique non plus "matériel", mais "formel". Si tel était le cas, le contrôle de proportionnalité, découlant par définition d'un conflit entre normes d'importance abstraite équivalente, ne serait plus de mise. Mais ceci impliquerait l'existence, au sein de la Constitution, d'une hiérarchie normative, idée à la fois inacceptée et inacceptable. Ce n'est donc qu'en prenant la stricte mesure de la réalité tant normative que jurisprudentielle que l'on conclut à l'existence, pour toute liberté constitutionnellement reconnue, du contrôle de proportionnalité et toujours avec de résultats concrets(108).

Conclusion du paragraphe et de la section: Disposant des assises normatives textuelles indispensables, le juge constitutionnel français est peu à peu devenu l'une des clés du jeu des institutions démocratiques. Son intervention, plus progressive et secrète que celle de son homologue allemand, a abouti pourtant, en ce qui concerne le contrôle de proportionnalité, à des résultats analogues, suivant un schéma désormais bien connu: consécration constitutionnelle effective à la fois des droits fondamentaux et des motifs d'intérêt général qui les limitent, qui implique une pondération in concreto, c'est-à-dire un contrôle de proportionnalité tout aussi réel qu'indispensable.

Ce faisant le juge constitutionnel français dépasse l'interrogation familière relative au pouvoir discrétionnaire de la puissance publique et la légitimité de son contrôle, pour devenir le défenseur des libertés. De ce point de vue la remarque de X. Philippe trouve, nous semble-t-il, tout son sens: "si le Conseil d'Etat a été l'initiateur [du contrôle de proportionnalité] le Conseil constitutionnel en a repris la genèse en l'adaptant à sa mission (...) la place du contrôle de proportionnalité s'en trouve renforcée"(109).

Renforcé et replacé, ce contrôle de proportionnalité - moyen de protection de la liberté constitue également un rapprochement notable avec la perception allemande de la proportionnalité; la question se pose dès lors de savoir si, en se plaçant sous ce même angle, on peut arriver à des conclusions similaires en ce qui concerne le volet "administratif" de son contrôle.

avec le respect de ces exigences si un tel mécanisme répond à des motifs impérieux d'intérêt général") et l'intensité concrète de l'atteinte (cf. Conseil constitutionnel n° 85-189 DC du 17 juillet 1985, R.p.49: "sans remettre en cause le droit de propriété (...) la loi définit une limitation à certaines modalités de son exercice qui n'a pas un caractère de gravité tel que l'atteinte au droit de propriété en dénature le sens et la portée").

(108) Cf. Conseil constitutionnel n° 88-244 DC du 20 juillet 1988, décision précitée.

(109) Le contrôle de proportionnalité..., thèse précitée, p.284.

Section 2

La jurisprudence administrative française et le rapprochement avec la conception allemande du contrôle de proportionnalité - liberté

Si la place des libertés dans la hiérarchie des normes a pris sa pleine dimension avec l'intervention du juge constitutionnel, si le juge "naturel" en matière de liberté individuelle au sens strict est le juge judiciaire, le juge administratif, dans son rôle de gardien de la légalité, n'a pourtant jamais été indifférent à la protection efficace des droits et libertés des citoyens.

Plus encore, la préoccupation de la protection des libertés l'amène à adopter, dans la mesure où il est appelé à statuer en la matière, un contrôle de proportionnalité de logique similaire à celui exercé par le juge allemand (§1). Poussant plus loin l'investigation, on constate par ailleurs que cette similitude du contrôle de proportionnalité ne concerne pas seulement la pondération au sens strict, mais aussi, dans une certaine mesure, l'articulation du contrôle de proportionnalité au sens large (§2).

§1. La protection des libertés: la logique allemande

Il est certes rare que des questions ayant un rapport direct avec la liberté individuelle au sens strict relèvent de la compétence du juge administratif. Toutefois, cela peut être possible, et dans de tels cas, les juridictions administratives ont souvent exercé un contrôle de proportionnalité analogue, toute proportion gardée, à celui qu'a institué plus tard le juge constitutionnel et qu'exercent constamment les Cours allemandes depuis l'entrée en vigueur de la Loi fondamentale de 1949.

Ainsi dans une décision de 1950(110), se prononçant sur la légalité d'une décision de l'Ordre des Experts - Comptables ayant interdit à ses membres d'intervenir directement par voie de presse pour toute réclamation ou démarche relative à des faits professionnels, le Conseil d'Etat a déclaré clairement que les pouvoirs des ordres professionnels "trouvent une limite dans les libertés individuelles qui appartiennent aux membres de l'ordre comme à la généralité des citoyens" et que par conséquent "les sujétions imposées (...) ne pouvaient être tenues pour légales que dans le cas et dans la mesure où les restrictions qu'elles assignent à ces libertés dérivent nécessairement des obligations qui incombent à l'ordre et des mesures qu'impliquent ces obligations". Autrement dit, l'intérêt général ne pouvait limiter la liberté individuelle des membres de l'ordre que de façon proportionnée(111).

(110) Conseil d'Etat 29 juillet 1950, Comité de défense des libertés professionnelles des experts - comptables brevetés par l'Etat, R.p.492; RDP 1951, p.212 conclusions ODENT, note WALINE; Droit social 1950, p.391 note RIVERO.

(111) Le Conseil d'Etat a d'ailleurs annulé les mesures litigieuses en estimant qu'elles avaient en l'occurrence "excédé les limites des sujétions que le Conseil supérieur de l'ordre peut légalement imposer".

A partir des principes ainsi dégagés, la Haute juridiction administrative a dès lors constamment appliqué cette logique(112), en employant parfois ouvertement même le terme de "proportionnalité"(113).

Mais la logique du conflit normatif entre les droits et libertés des personnes privées et l'intérêt général, propre au contrôle de proportionnalité, déborde largement ce contentieux marginal, pour se manifester bien plus souvent à propos des droits fondamentaux relevant "naturellement" de la compétence du juge administratif.

Il ressort en effet de l'étude de la jurisprudence administrative déjà effectuée, que le cantonnement du pouvoir discrétionnaire de l'administration que réalise le juge administratif par le biais du contrôle de proportionnalité s'explique largement par la volonté de protéger des libertés: c'est que trouve son motif réel la théorie entière de "l'interdiction d'excès"(114), à travers notamment l'examen de la "nécessité" d'un acte administratif a priori discrétionnaire(115).

C'est également à travers ce "point de mire" que peut être expliquée à la fois la "création" par le juge administratif des principes généraux du droit et leur mise en balance avec les objectifs d'intérêt général que révèle leur mise en œuvre. C'est ce qui apparaît clairement dans la jurisprudence Dehaene déjà commentée(116): les principes généraux du "droit de grève" et de la "continuité du service public" qui sont mis en balance dans cette décision célèbre, ne sont pas autre chose que la liberté désormais constitutionnelle de conduire une grève et le pouvoir, également constitutionnel, de la puissance publique de la limiter sous le contrôle du juge.

Bien évidemment, on ne saurait dire que le juge administratif français détient le pouvoir de dégager des principes constitutionnels et de censurer ce faisant les normes légales à l'instar de ce que peut faire, sous certaines conditions, le juge constitutionnel. Mais les idées directrices qui l'inspirent, à son niveau normatif, peuvent parfaitement être analogues: qu'il s'agisse, du point de vue organique, d'un "principe général" infralégislatif et supraréglementaire ou

(112) Cf. Conseil d'Etat 17 octobre 1952, Syndicat climatique de Briançon, R.p.445 conclusions GHARDEAU (restriction excessive de la liberté d'aller et venir); Conseil d'Etat Se 16 mars 1984, Brodie, R.p.118; D. 1984, J, p.317 conclusions GENEVOIS (restriction illicite du libre accès aux activités sportives).

(113) Cf. Conseil d'Etat 21 octobre 1988, Syndicat des avocats de France, AJDA 1988, p.727 chr. AZIBERT et DE BOISDEFRE: le Conseil d'Etat y considère que l'obligation faite à toute personne étrangère au service d'un établissement pénitentiaire de passer à l'entrée sous un portique électronique, "n'entraînant pour les personnes qui y sont soumises qu'une gêne très légère" ne porte pas une atteinte "hors de proportion" aux libertés fondamentales. Soulignons à ce propos que la fouille des serviettes des avocats a été, elle, condamnée comme constitutive d'une voie de fait par un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 16 février 1983 (Gaz Pal, J, p.102).

(114) Cf. partie I, titre 1, chapitre 2, section 1, sous section 2, §2.

(115) Ibid; voir également partie I, titre 1, chapitre 2, section 2, sous section 1, §1.

(116) Conseil d'Etat Ass 7 juillet 1950, Dehaene, arrêt précité: voir partie I, titre 1, chapitre 2, section 1, sous section 1, §3, B, b.

d'un "droit fondamental" constitutionnel, le droit de grève est matériellement le même(117).

D'ailleurs, on vient de le voir, le juge constitutionnel ne protège les droits et libertés que depuis un certain temps, et seulement sous certaines conditions. Il est dès lors naturel que le juge administratif se soit employé à défendre les libertés essentielles à toute société démocratique, quitte à devoir faire, dans ce domaine comme dans d'autres, preuve d'un pouvoir "normatif". Plus encore, sous cet angle, la jurisprudence Dehaene comme la jurisprudence Benjamin(118) et tant d'autres(119), apparaissent davantage comme une œuvre juridictionnelle naturelle de tout pouvoir judiciaire(120), que comme une œuvre jurisprudentielle prétorienne; et, loin de s'immiscer dans le domaine de l'opportunité (même si ce n'est que pour étoffer ainsi le domaine de la légalité!), le juge administratif n'effectue qu'un contrôle normal, mettant en œuvre de normes générales certes, mais préexistantes et incontestables.

En réalité, sauf à laisser se développer l'arbitraire le plus inacceptable, le juge administratif français avait vocation, en l'absence de dispositions écrites suffisantes(121), à développer une jurisprudence protectrice des libertés, en découvrant, plus qu'en créant, les normes nécessaires. Cette vocation se trouve-t-elle remise en cause par le développement de la jurisprudence constitutionnelle?

(117) Pour ce "parallélisme" des jurisprudences du Conseil d'Etat et du Conseil constitutionnel en matière de protection des libertés cf. VEDEL - DELVOLLE, *Droit administratif*, ouvrage précité, t.2, p.691: "Le juge constitutionnel, avec un vocabulaire différent, fait au législateur comme le Conseil d'Etat fait à l'administration le devoir de ne pas supprimer une liberté sous prétexte de la réglementer, celui de "concilier" les nécessités de l'intérêt général et les droits et libertés constitutionnellement garantis, celui donc d'adapter et de proportionner à ces nécessités les restrictions à la liberté (...) grâce aux facilités de saisine reconnues aux parlementaires depuis la révision constitutionnelle du 29 octobre 1974 et aux positions prises par le Conseil constitutionnel, la loi comportant telle ou telle mesure de police est soumise à un contrôle très semblable quant au fond à celui que le décret comportant une mesure identique eût subi de la part du Conseil d'Etat. C'est une conquête de première importance pour "l'Etat de droit". Et aussi, dirions-nous, une évolution du contrôle de proportionnalité appelée à se poursuivre (réforme de la saisine du Conseil constitutionnel!) mais qui déjà aboutit à une situation à plusieurs égards analogue à celle de l'Allemagne..."

(118) Conseil d'Etat 19 mai 1933, Benjamin, arrêt précité.

(119) Pour le contrôle de la proportionnalité d'une atteinte excessive à une "liberté économique" par une mesure de police administrative, cf. Conseil d'Etat Ass 22 juin 1951, Daudignac et Fédération nationale de photographes - filmeurs, R.p.362; G.A.J.A. n°81; D. 1951 p.589 conclusions GAZIER, note J.C.: le Conseil d'Etat a annulé dans cette affaire les arrêtés interdisant de façon absolue l'exercice de la profession de photographe - filmateur comme représentant une atteinte excessive à la liberté du commerce et de l'industrie.

(120) Concilier, dans le cas des arrêts qui viennent d'être cités, le droit de grève ou la liberté de réunion ou la liberté de commerce et de l'industrie avec les exigences d'intérêt général que sont la continuité du service public ou le maintien de l'ordre public...

(121) L'arrêt Dehaene y fait une allusion claire: "(...) en l'état actuel de la législation, il appartient au Gouvernement (...) de fixer lui-même, sous le contrôle du juge (...) la nature et l'étendue desdites limitations (...)".

Nous ne le pensons pas; notre conviction est que l'on s'achemine vers une intégration plus grande des normes de valeur supérieure au contrôle juridictionnel "ordinaire". L'arrêt Nicolo(122), est en ce point capital: non seulement il impose la prise en compte croissante des normes supralégales qui résultent des traités internationaux, mais ouvre également le chemin à une intégration à (long!) terme des normes constitutionnelles au contrôle exercé par le juge administratif(123). Mais même si l'évolution jurisprudentielle devait ne jamais déboucher sur ce terme(124), l'état actuel du droit permet déjà (et impose même) au juge administratif la prise en compte de nombreux principes supralégaux qui représentent également la consécration solennelle des ces mêmes droits fondamentaux, qui servent à la fois comme objet et raison d'être principale du contrôle de proportionnalité.

Pour ne prendre qu'un exemple qui nous semble représentatif, on évoquera la fulgurante évolution de la prise en compte des principes - libertés qui découlent de la Convention européenne des droits de l'homme, et notamment de son article 8 relatif à la protection de la famille en matière de police des étrangers.

Rappelons d'abord que la position de principe du Conseil d'Etat fut, jusqu'à une date récente, l'inapplicabilité de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, que ce soit en matière d'expulsion ou de reconduite à la frontière d'un étranger(125). A partir des années quatre vingt pourtant, le juge administratif français exerçait en la matière un contrôle de

(122) Conseil d'Etat Ass 20 octobre 1989, Nicolo, arrêt précité.

(123) Sans vouloir revenir sur l'analyse d'une décision entièrement décortiquée par des esprits plus éclairés que le notre, nous nous permettons néanmoins de souligner qu'en écartant, en vertu de l'article 55 de la Constitution, la théorie de la loi-écran, le Conseil d'Etat a déjà, ne saurait ce que dans le seul objet d'intégrer dans l'ordre juridique du droit interne les traités contraires à une loi antérieure à eux, appliqué directement une disposition constitutionnelle aux dépens d'une loi! Et d'ailleurs, cet examen de la conformité de la loi aux traités pourra peut-être déboucher lui-même au contrôle de la constitutionnalité de la loi, au terme du processus engagé par la décision précitée du Conseil constitutionnel n° 92-312 DC du 2 septembre 1992. Car en effet, étant donnée la "constitutionnalisation" d'une partie du droit communautaire qu'est intervenue par cette décision (voir supra, section 1, §1, B, a), "il n'est plus certain", comme le note E. PICARD, "que le juge constitutionnel puisse très longtemps se réserver le contrôle de la constitutionnalité des lois, puisque les juridictions chargées de l'application de la loi, en faisant prévaloir le droit communautaire ainsi constitutionnalisé, opéreront en pratique un contrôle de constitutionnalité des lois par voie d'exception" (chr. précitée, JCP 1993, I, n°3645, p.43).

(124) Soulignons également qu'une possible réforme de la saisine du Conseil constitutionnel en matière de droits fondamentaux (sur recours préalable devant le Conseil d'Etat?) ne pourrait que favoriser, elle aussi, la prise en compte des normes supralégales dans le contentieux "ordinaire".

(125) Cf. Conseil d'Etat 25 juillet 1980, Touami Ben Abdeslem, arrêt précité: voir partie II, chapitre préliminaire, section 2, §1. Rappelons toutefois que ce n'est qu'en 1981 que la France a reconnu à tout individu le droit de saisir la Commission européenne des droits de l'homme.

proportionnalité, en vertu de la loi française d'un côté(126), de son propre fait de l'autre(127).

L'infléchissement de cette jurisprudence restrictive à l'égard de la Convention européenne a été inauguré par l'arrêt Beldjoudi du 18 janvier 1991(128). Dans cette affaire, la Haute juridiction administrative a estimé en effet que "la mesure attaquée (...) était, eu égard au comportement du requérant et à la gravité des actes commis par lui (...) nécessaire pour la défense [de l'ordre public]". Elle acceptait ainsi, dans le cas où une mesure d'expulsion portait atteinte à la vie familiale de l'intéressé, de substituer au contrôle traditionnel de l'erreur manifeste d'appréciation au regard de la seule menace pour l'ordre public un entier contrôle de proportionnalité prenant en compte, à l'instar de la jurisprudence européenne, la balance à opérer entre l'intérêt général de l'ordre public et l'intérêt du particulier qui s'attache au principe de la vie familiale.

Cela dit cette décision, rendue en matière d'expulsion d'un étranger, ne résolvait pas entièrement la question de l'"invocabilité" de la Convention européenne des droits de l'homme. En effet, outre l'absence d'une référence claire à la Convention, il restait le fait que la requête de M. Beldjoudi était dirigée contre une décision d'expulsion datant de 1979, soit une époque où la loi française ne prenait aucunement en compte, parmi les conditions légales de l'expulsion, la situation familiale des étrangers: on pouvait donc toujours prétendre, après cette décision, que la loi du (...) qui imposait une telle prise en compte, sous certaines conditions, en la matière, faisait "écran" à l'application directe de l'article 8 de la Convention pour les cas dans lesquels elle ne permettait pas l'exercice d'un contrôle de proportionnalité.

Or, moins de quatre mois plus tard, le Conseil d'Etat clarifiait la situation, en faisant application directe de l'article 8 de la Convention, et ce tant

(126) Depuis la loi du 29 octobre 1981 modifiant l'article 25 de l'ordonnance du 2 novembre 1945, la loi interne met à l'abri de l'expulsion certaines catégories d'étrangers en raison, notamment, de leurs liens familiaux ou de l'ancienneté de leur établissement en France: un étranger entrant dans l'une des catégories de cet article, ne peut être expulsé qu'"en cas d'urgence absolue" et à condition que cette mesure soit justifiée par une "nécessité impérieuse pour la sûreté de l'Etat ou pour la sécurité publique", le juge exerçant dans l'un et l'autre cas un contrôle normal (Conseil d'Etat 13 novembre 1985, Ministre de l'intérieur et de la décentralisation / Barrutiabengoa Zabarte, R.p.321). Depuis la loi du 29 octobre 1981 modifiant l'article 25 de l'ordonnance du 2 novembre 1945, la loi interne met à l'abri de l'expulsion certaines catégories d'étrangers en raison, notamment, de leurs liens familiaux ou de l'ancienneté de leur établissement en France: un étranger entrant dans l'une des catégories de cet article, ne peut être expulsé qu'"en cas d'urgence absolue" et à condition que cette mesure soit justifiée par une "nécessité impérieuse pour la sûreté de l'Etat ou pour la sécurité publique", le juge exerçant dans l'un et l'autre cas un contrôle normal (Conseil d'Etat 13 novembre 1985, Ministre de l'intérieur et de la décentralisation / Barrutiabengoa Zabarte, R.p.321).

(127) Le juge administratif estimait ainsi, s'agissant de la reconduite d'un étranger à la frontière, qu'"il appartient au préfet d'apprécier si la mesure envisagée n'est pas de nature à comporter, pour la situation personnelle ou familiale de l'intéressé, des conséquences d'une exceptionnelle gravité" et qu'"il incombe au juge de l'excès de pouvoir de contrôler si ladite appréciation n'est pas entachée d'une erreur manifeste": Conseil d'Etat Ass 29 juin 1990, Préfet du Doubs / Mme Quintero et Préfet de la Seine-Saint-Denis / Imambaccus, RFDA 1990, p.530 conclusions FAUGERE.

(128) R.p.19.

en matière d'expulsion que de reconduite à la frontière, par deux décisions d'assemblée rendues le 19 avril 1991(129). Ce faisant, le Conseil estimait que les dispositions protectrices de la vie familiale provenant de l'ordre juridique interne et le contrôle explicite de proportionnalité effectué en vertu de la Convention européenne des droits de l'homme "ne sont pas destinées à se substituer l'une à l'autre, mais qu'elles se cumulent"(130).

Par cette jurisprudence déjà confirmée plusieurs fois(131), le Conseil d'Etat a non seulement étoffé le contrôle de proportionnalité en la matière, mais il l'a fait ouvertement en vertu d'un principe supralégal entièrement orienté à la protection des "droits fondamentaux" des individus et à leur pondération avec l'intérêt général étatique. Il a tendu ainsi à mettre encore davantage l'accent sur la "raison d'être" du contrôle de proportionnalité, c'est à dire la protection de la liberté, indépendamment et hors de toute considération relative au pouvoir discrétionnaire: le débat se déplace de l'exercice d'un pouvoir normatif limitant le pouvoir discrétionnaire à un contrôle juridictionnel en vertu de principes supralégaux.

Les conclusions de M. Abraham sont particulièrement édifiantes sur ce point: "l'affaire d'aujourd'hui", disait-il, "dans laquelle la requérante se prévaut expressément de la Convention, vous fournit l'occasion de franchir un pas supplémentaire, mais cette fois-ci sur la base d'un texte en introduisant le contrôle de proportionnalité là où vos décisions de 1990 bornaient le rôle du juge au contrôle restreint"(132). C'est donc un texte s'imposant au législateur qui favorise ici l'extension de la prise en compte du contrôle de proportionnalité, contrôle entièrement et ouvertement axé autour de la protection de la liberté, protection qu'est affirmée comme étant au centre des préoccupations du juge depuis le début du contrôle de proportionnalité: "Vous pratiquer le contrôle de proportionnalité depuis plus d'un demi-siècle à l'égard des mesures de police qui restreignent l'exercice d'un droit ou d'une liberté fondamentale, et il n'y a rien dans les raisonnements de la Cour de Strasbourg qui soit de nature à vous déconcerter. Sans doute s'agit-il ici de mettre en balance un intérêt général et un intérêt particulier, mais d'une part, dans le contentieux des mesures de police

(129) Conseil d'Etat Ass 19 avril 1991, Belgacem et Babas, arrêts précités.

(130) R. ABRAHAM, conclusions sous arrêts Belgacem et Babas précités.

(131) Cf. Conseil d'Etat (Président de la section du contentieux) 19 juin 1991, Mekchiche; 26 juillet 1991, Préfet de Seine-et-Marne / Mme Ciftci; 26 juillet 1991, Préfet de la Moselle / Mlle Hadad (trois espèces): AJDA 1991, p.746, p.695 chr. MAUGÜE et SCHWARTZ. Voir aussi Conseil d'Etat (Président de la section du contentieux) 11 octobre 1991, Préfet de la Côte-d'Or / Mme Lachari, n°125.101, LPA 1992, n°57, p.2, pour un cumul du contrôle "normal" de la proportionnalité (en application de l'arrêt précité du 19 avril 1991, Babas) et du contrôle d'erreur manifeste dégagé par la jurisprudence Préfet du Doubs / Mme Quintero et Préfet de la Seine-Saint-Denis / Imambaccus, arrêts précités du 29 juin 1990): "Considérant, d'une part, qu'il ne résulte pas des pièces du dossier que la décision de reconduite à la frontière de Mme Lachari (...) porte au droit de l'intéressée au respect de sa vie familiale une atteinte disproportionnée aux buts en vue desquels a été décidée cette mesure (...) considérant, d'autre part, qu'il ne résulte pas de l'instruction que le Préfet de la Côte-d'Or ait commis une erreur manifeste dans son appréciation des conséquences de la mesure de reconduite sur la situation personnelle de Mme Lachari (...)".

(132) Conclusions sous Conseil d'Etat Ass 19 avril 1991, Belgacem et Babas, arrêts précités.

générale, c'est aussi, d'une certaine manière, un intérêt particulier qui s'attache à l'exercice d'une liberté publique par un individu ou une collectivité d'individus, si bien que nous ne voyons là aucune différence fondamentale de nature entre les deux contrôles, et d'autre part, votre jurisprudence dite du bilan coûts-avantages en matière d'expropriation pour cause d'utilité publique résultant de la fameuse décision d'Assemblée "Ville nouvelle Est" montre bien, s'il en était besoin, que vous êtes parfaitement en mesure d'intégrer dans une même balance des intérêts généraux et des intérêts strictement privés"(133).

Et en effet, la "capacité explicative" du besoin de protection de la liberté peut recouvrir la grande majorité des décisions du juge administratif français mettant en œuvre le contrôle de proportionnalité(134), y compris certaines des décisions rendues dans des domaines où l'idée de "liberté" n'a a priori que peu de place(135).

La liberté et sa protection se révèlent donc être, tant au niveau constitutionnel qu'administratif, en France comme en Allemagne, la raison d'être essentielle de l'existence du contrôle de proportionnalité.

Conclusion du paragraphe: A une époque où le contrôle de la constitutionnalité des lois, n'était même pas concevable, le juge administratif français s'efforçait déjà de faire face aux débordements possibles du pouvoir réglementaire et même législatif, en prenant à son compte la "création" de principes aptes à assurer, de manière d'apparence prétorienne, une bonne administration du droit. Or cette conception de "bonne administration" suit des lignes conductrices non explicables par le "bon vouloir" du juge, car en fait soumises à des normes préexistantes et supérieures à son "pouvoir normatif": il s'agit essentiellement des droits fondamentaux du justiciable révélées et interprétées par le juge, mais non créées par lui. C'est là que se trouve, pour le

(133) R. ABRAHAM, conclusions sous arrêts Belgacem et Babas précités.

(134) Voir aussi Conseil d'Etat 23 novembre 1951, Sté nouvelle d'imprimerie, d'édition et de publicité, R.p.553; RDP 1951, p.1098 conclusions LETOURNEUR, note WALINE, pour la protection de la liberté de la presse; Conseil d'Etat 12 juillet 1956, M'Paye et autres, R.p.331, pour la liberté d'association; et, plus récemment, Conseil d'Etat 25 janvier 1989, Sté industrielle Teinture et apprêts, Dr. soc. 1990, p.201 conclusions DE CLAUDE pour un contrôle de proportionnalité des mesures portant atteinte "aux droits de la personne".

(135) A ce titre, il convient d'évoquer essentiellement un arrêt rendu par le Conseil d'Etat le 25 novembre 1988, Epoux Perez (AJDA 1989, p.198 obs. AUBY). Dans cette affaire, le juge administratif annule une déclaration d'utilité publique et de cessibilité de terrains nécessaires à la création d'une place de village, suite à une application de la technique du bilan, mais en évoquant la seule atteinte à la propriété des requérants: "[l'opération projetée] présente un intérêt limité au regard de l'atteinte grave apportée à la propriété des époux Perez dont le jardin serait dans sa quasi-totalité amputé (...)" Est ainsi démontré qu'un seul droit fondamental / liberté peut suffire à faire "pencher" la balance du "bilan" (moyen de contrôle essentiellement axé autour des considérations d'efficacité et d'intérêts publics). Notons par ailleurs que la forme atténuée du contrôle de proportionnalité des mesures disciplinaires dans la fonction publique (erreur manifeste d'appréciation) par rapport à celui effectué dans les entreprises privées dans le cas des salariés protégés (contrôle entier de la proportionnalité de la mesure de licenciement) peut avoir un rapport avec la "rattachabilité" du contrôle de proportionnalité, dans ce dernier cas, à un droit fondamental (liberté syndicale).

juge administratif français également, la principale assise normative du contrôle de proportionnalité. En cela encore, son rapprochement avec son homologue allemand est évident.

§2. Les différents éléments constitutifs du contrôle: la technique allemande

Il existe un deuxième "point de rencontre" des jurisprudences française et allemande de la proportionnalité, moins affirmé, moins important aussi, mais néanmoins digne d'être évoqué: il s'agit de la structure interne du contrôle de proportionnalité, non plus (pour reprendre la terminologie allemande) au sens strict, mais au sens large; non plus de la simple pondération des intérêts juridiquement protégés antinomiques, mais de la combinaison entre l'examen de l'aptitude, de la nécessité et enfin de la proportionnalité au sens strict de la mesure litigieuse.

On a déjà eu l'occasion de rendre compte du caractère à la fois affiché et rigoureux que prend cette distinction entre contrôle de l'aptitude, de la nécessité et de la proportionnalité au sens strict au sein du contentieux allemand, surtout constitutionnel(136); il serait en revanche raisonnable de penser que "le sens de l'économie de la formule" du juge administratif français empêcherait pareil "décorticage" du mécanisme de contrôle. Pourtant, cette idée d'un contrôle de proportionnalité en plusieurs stades apparaît clairement dans la jurisprudence administrative française et la doctrine n'a pas manqué de le souligner.

Quand par exemple les professeurs Vedel et Delvolvé soutiennent, au sujet des mesures de police administrative, que "le juge de l'excès de pouvoir (...) vérifie non seulement que la mesure est nécessaire, mais encore qu'elle est adaptée aux besoins de l'ordre public ou, en d'autres termes, qu'elle est proportionnée à ceux-ci"(137), ils mettent en effet en évidence la dissociation qu'opère le juge administratif entre le contrôle de la nécessité et celui de la proportionnalité au sens strict de la mesure examinée. Or par "nécessité" le juge administratif français entend rechercher, à l'instar du juge allemand, le moyen le plus doux parmi les moyens également aptes à atteindre le but recherché. L'autorité de police administrative devra ainsi, par exemple, épuiser tous les autres moyens à sa disposition avant d'interdire une réunion et, à supposer qu'elle dispose des moyens matériels nécessaires pour veiller au respect de l'ordre, elle ne pourra pas procéder à une interdiction même si celle-ci aurait pu dans le cas contraire apparaître comme une atteinte non excessive à la liberté de réunion: le contrôle de la nécessité entraînera l'annulation de l'interdiction avant même l'intervention du contrôle de la "proportionnalité au sens strict"(138).

Il existe cependant, en matière de mesures de police, une certaine confusion entre "nécessité" et "proportionnalité au sens strict": souvent le

(136) Cf. partie I, titre 2, chapitre 2, section 1, §1.

(137) Droit administratif, ouvrage précité, tome 2, p.686.

(138) Cf. VEDEL - DELVOLVÉ, Droit administratif, ouvrage précité, tome 2, p.689.

contrôle de la nécessité apparaîtra comme étant le révélateur de la présence ou de l'absence de disproportion, se confondant ainsi avec elle(139).

Mais le "contrôle en étapes" de la proportionnalité se perçoit plus clairement en matière d'expropriation pour cause d'utilité publique. A ce propos, le professeur Chapus(140) a présenté clairement le contrôle des mesures d'expropriation pour cause d'utilité publique comme s'il se déroulait en trois stades bien distincts.

- Est d'abord examiné par le juge, selon cette présentation, le caractère justifié, de façon concrète, de l'expropriation par un intérêt public: "par exemple, nous dit le professeur Chapus, une commune projette d'exproprier un terrain afin d'y construire une école supplémentaire, ou d'agrandir l'hôtel de ville; il s'agit de savoir si l'expropriation du terrain est justifiée en l'espèce: par l'augmentation du nombre des enfants scolarisables ou par la fermeture d'une école privée, ou (dans le second exemple) par le développement des services municipaux. En cas de réponse négative, il ne devra pas y avoir expropriation et, si la D.U.P. est cependant prise, elle sera illégale"(141).

On rencontre ici une condition jurisprudentielle à plusieurs égards analogue à la première condition de la "proportionnalité au sens large" allemande: le juge s'interroge en effet sur l'aptitude de la mesure envisagée d'atteindre un but qui correspond à une réelle utilité publique.

- En cas d'une réponse positive à la première condition de légalité ainsi posée, est ensuite abordée par le juge la question de la nécessité de la mesure envisagée. L'examen du juge administratif français s'orientera ici essentiellement en une recherche d'une possibilité de ne pas procéder à l'expropriation: ce sera notamment le cas quand l'expropriant disposera déjà d'un terrain qui "permettrait de réaliser l'opération envisagée dans des conditions équivalentes"(142). Or en

(139) Cf. Conseil d'Etat 16 novembre 1977, Sevin, arrêt précité: mesure disproportionnée, car les inconvénients résultant de la présence de ruches "pouvaient être évités par des mesures moins rigoureuses" que leur interdiction complète; Conseil d'Etat 25 janvier 1980, Cadiaga, R.p.44 conclusions ROUGEVIN-BAVILLE; AJDA 1980 p.283 chr. ROBINEAU et FEFER; D. 1980, p.270 note PEISER; RA 1980, p.609 note BIENVENU et RIALS: l'interdiction du commerce ambulant pour assurer le bon ordre n'est pas disproportionnée parce que "ce but n'aurait pu être atteint par des mesures moins contraignantes"; Conseil d'Etat 16 novembre 1984, Société Eurybia, R.p.371: atteinte disproportionnée portée à la liberté de publicité car les limitations excédaient "celles qui étaient nécessaires pour assurer la protection du cadre de vie".

(140) R. CHAPUS, Droit administratif général, ouvrage précité, tome 2, p.537s., tome 1, p.789s. Voir, dans le même sens, J.M. AUBY - P. BON, Droit administratif des biens (Domaine, Travaux publics, Expropriation), Dalloz, Paris 1991, p.364s.

(141) Ibid., p.537. Pour une application positive de cette condition ne débouchant a priori que rarement à une annulation, voir Conseil d'Etat 11 mars 1981, Dame Vincent, R.p.770; D. 1981, IR, p.539, obs. BON (projet de création d'une aire de stationnement non justifié par les conditions de la circulation automobile dans la commune); voir également Conseil d'Etat 24 juillet 1987, Ministre de l'intérieur et de la décentralisation / Epoux Denis, R.p.281; D. 1990, som., p.23 obs. BON (projet de création de lotissements ne répondant à aucun besoin de logement dans la commune).

(142) R. CHAPUS, Droit administratif général, ouvrage précité, tome 2, p.538. La décision de principe ici est l'arrêt de section du Conseil d'Etat du 29 juin 1979, Malardel, R.p.294 conclusions DONDOUX; AJDA 1979, p.20, chr. ROBINEAU et FEFER; RDP 1980, p.1167 note M. WALINE; D. 1979, IR, p.516 obs. BON. Cet

examinant ainsi, de façon constante(143), le caractère imparable de l'expropriation, le juge impose, à sa manière, la recherche du "moyen le plus doux" pour atteindre le but d'utilité publique envisagé par l'autorité administrative compétente. Certes, cette recherche n'est pas complète puisque le juge administratif se refuse, selon l'opinion dominante(144), d'examiner les mérites comparés du projet retenu par rapport à d'autres projets envisageables(145). Cependant, ce contrôle de la nécessité englobe l'essentiel de la problématique de la deuxième composante de la "proportionnalité au sens large" allemande(146).

- Ce n'est qu'en troisième stade, quand la question de la nécessité de l'expropriation aura reçu elle aussi une réponse affirmative, que le juge examinera si la réalisation ne risque pas d'entraîner des inconvénients excessifs par rapport à l'utilité qu'elle présente(147). De façon claire donc(148), et à l'instar de ce qui se passe en Allemagne, le contrôle de proportionnalité exercé par le juge français, du moins dans le domaine de l'expropriation, peut se décomposer en contrôle de l'aptitude, de la nécessité et de la proportionnalité au sens strict de la mesure litigieuse.

Conclusion du paragraphe et de la section: Des deux points de vue conceptuel et technique, il faut nuancer l'impression de différence initialement dégagée entre

arrêt confirme la solution déjà inaugurée par la décision Conseil d'Etat 20 novembre 1974, Epoux Thony, R.p.1010; RA 1975, p.373 conclusions LABETOULLE.

(143) Cf., depuis l'arrêt Malardel: Conseil d'Etat 16 avril 1980, Malliar, R.p.757; AJDA 1980, p.542 (négarion de l'utilité publique de la construction d'un centre municipal de lutte contre l'incendie); Conseil d'Etat 4 juillet 1980, Masuelle, R.p.306; Conseil d'Etat 19 mai 1983, Dame Delacoux, R.p.207; AJDA 1983, p.488 note HOSTIOU; Conseil d'Etat 3 avril 1987, Consorts Metayer, R.p.121; RFDA 1987 p.531 note PACTEAU; AJDA 1987, p.549 observations PRETOT; RDP 1988, p.589 (négarion de l'utilité publique de la construction d'une nouvelle mairie).

(144) Contra D. ROUSSEAU, Le contrôle de l'opportunité..., thèse précitée, p.228s.

(145) Cette solution semble l'emporter clairement (sur les hésitations du Conseil voir plus haut, partie I, titre 1, chapitre 2, section 2, sous section 1, §4, B) depuis l'arrêt précité du 29 juin 1979, Malardel et les remarquables conclusions de P. DONDOUX: "Une telle démarche fondée sur l'idée que non seulement l'équilibre devrait exister entre avantages et inconvénients mais encore qu'il devrait être le meilleur possible aurait évidemment pu être envisagée; mais il est clair qu'elle vous aurait entraîné à opérer des arbitrages dépassant nettement l'idée de légalité et au demeurant fort incertains". Pour une application récente de ce raisonnement, cf. Conseil d'Etat 3 décembre 1990, Ville d'Amiens, LPA 1991, n° 73, p.8: "il n'appartient pas au Conseil d'Etat, statuant au contentieux, d'apprécier l'opportunité du tracé retenu et par là, de se prononcer sur les perspectives de développement des collectivités publiques non desservies par le tracé".

(146) Contrôle de l'"Erforderlichkeit" (partie I, titre 2, chapitre 2, section 1, §1, B), c'est à dire examen de moyens alternatifs pour atteindre un but d'utilité publique donné: ici, comparaison entre expropriation ou non expropriation du terrain pour la réalisation du projet envisagé.

(147) Cf. R. CHAPUS, Droit administratif général, ouvrage précité, tome 2, p.538; J.M. AUBY - P. BON, Droit administratif..., ouvrage précité, p.365.

(148) Il s'agit en fait d'une présentation d'origine explicitement jurisprudentielle: cf. les conclusions de P. DONDOUX sous l'arrêt Malardel précité.

les contentieux français et allemand de la proportionnalité. Au lieu d'un contrôle axé autour et motivé par l'existence du pouvoir discrétionnaire, d'apparence confuse pour ne pas dire subjective et arbitraire, on voit donc désormais apparaître un contrôle de proportionnalité exercé par le juge administratif français en vertu de normes préexistantes à son intervention, visant essentiellement à la protection de la liberté et construit d'une façon rationnelle, sinon rigoureusement stable.

Conclusion du chapitre: La mission de protection des droits fondamentaux est, de façon naturelle, déjà prééminente au sein du contentieux constitutionnel français, même si elle a vocation à s'étendre davantage, surtout dans le cas d'une extension des possibilités de saisine par les simples particuliers. Elle crée les conditions nécessaires au développement, même de façon non affichée, du contrôle de proportionnalité en tant qu'instrument de conciliation entre les droits et libertés des individus et l'intérêt général.

Or cette fonction arbitrale entre liberté et intérêt général, cœur du contrôle de proportionnalité, se retrouve au sein du contentieux administratif français et devient ainsi le "dénominateur commun" du contrôle de proportionnalité pour les trois pays examinés. Reste à voir si l'analogie peut être poussée encore plus loin, pour rendre compte de la totalité du contentieux de la proportionnalité.

CHAPITRE SECOND

LE CONTRÔLE DE PROPORTIONNALITÉ MOYEN DE CONCILIATION ENTRE PRINCIPES JURIDIQUES: LE RAPPROCHEMENT AVEC LA LOGIQUE ALLEMANDE DE PONDERATION

Ainsi qu'on l'a déjà constaté, le "modèle" d'un contrôle de proportionnalité exclusivement consacré à la protection des droits fondamentaux et à leur opposition à l'intérêt général, pour intéressant qu'il soit, n'est pas pour autant suffisant. Il ne peut, notamment, rendre compte de toute la réalité jurisprudentielle: contrôle de l'interventionnisme économique mais aussi, plus simplement, conflit entre droits fondamentaux.

On a vu aussi qu'il existe une théorie susceptible de remplir cette fonction, la théorie de la pondération entre "commandements d'optimisation"(1); se pose alors la question de savoir si elle est transposable en France.

L'intérêt d'une telle possibilité est bien sûr évident: l'unité du contrôle de proportionnalité serait établie, englobant tous les cas de figure de son intervention, dans la totalité des contentieux examinés, français, allemand, anglais et européen. Reste évidemment que cette transposition doit refléter la réalité des faits et ne pas correspondre à une distorsion effectuée dans le seul but d'un résultat apparemment abouti de la comparaison.

A cet égard, la difficulté principale provient du fait que la conscience d'un tel contrôle juridictionnel axiologique est bien moins acquise au sein de la doctrine publiciste française que de la doctrine d'Outre Rhin. Cette dernière en effet, déjà plus encline par nature au développement et à l'étude de concepts abstraits, prend en compte l'œuvre jurisprudentielle fort peu équivoque de la Cour constitutionnelle fédérale, alors que le contrôle exercé par les tribunaux français, sans être forcément moins intense, est indéniablement plus secret et moins pédagogique.

Pourtant, la théorie de la pondération, présentée sur la base de l'observation du contrôle de proportionnalité allemand, peut être appuyée, en France aussi, sur la même réalité: l'insuffisance du raisonnement syllogistique comme unique composante du contrôle exercé par le pouvoir judiciaire. En effet, ce dernier suppose l'existence d'un ensemble cohérent de normes juridiques qui s'imposent les unes aux autres selon des critères strictement hiérarchiques: dans ce cas, le juge n'a qu'à vérifier une série de "compatibilités" normatives et factuelles. Or il a été à juste titre souligné que "la référence - souvent représentée comme allant de soi - au seul principe de hiérarchie entre les actes et au raisonnement syllogistique, traduit mal la richesse des options laissées au juge (...) et contribue, de ce fait, à entretenir une vision minimaliste, largement erronée, de l'importance des fonctions de régulation assumées par ce dernier"(2).

(1) Voir titre 2, chapitre 2, section 2.

(2) R. HOSTIOU, préface de la thèse d'H.M. CRUCIS, Les combinaisons de normes dans la jurisprudence administrative française (contribution à l'étude du pouvoir normatif du juge de l'excès de pouvoir), Paris 1991, p. XVII. Cette

C'est déjà à cette insuffisance qu'est dû le besoin du mécanisme de la pondération entre libertés individuelles et intérêt général déjà décrit; si donc l'existence d'un besoin de conciliation normative se vérifie, en France aussi, en dehors de ce cas de figure, l'utilité d'une théorie générale de pondération ne pourra être contestée.

C'est par conséquent, encore une fois, sur la réalité jurisprudentielle qu'il convient de se pencher (section 1), avant de s'interroger sur l'assise théorique et la logique interne du mécanisme de la proportionnalité - pondération entre "principes" en France (section 2).

Section 1

La "conciliation" entre normes: Constante du contrôle juridictionnel, tant constitutionnel qu'administratif

Les développements qui suivent ont un double objectif: démontrer, d'un côté, l'existence, au sein du contentieux français de proportionnalité, de cas de conflit normatif qui ne peuvent se résumer en une simple opposition entre les libertés individuelles et l'intérêt général; expliquer, de l'autre, que l'éventualité de l'existence d'une telle opposition entre liberté et intérêt général ne serait qu'un aspect parmi d'autres, d'une même et seule logique de conflit normatif entre "commandements d'optimisation", catégorie de normes dont les droits fondamentaux font partie.

Pour des raisons de commodité de présentation, notre attention se portera d'abord sur le contentieux constitutionnel (§1) puis sur le contentieux administratif (§2).

§1. Le juge constitutionnel et la pondération entre principes juridiques

Il est certain et normal que la grande majorité des cas de mise en œuvre du contrôle de proportionnalité par le juge constitutionnel concerne, d'une manière ou d'une autre, les droits fondamentaux: il s'agit là de normes juridiques qui constituent l'un des objets principaux de la jurisprudence constitutionnelle et qui exigent pratiquement toujours l'intervention du contrôle de proportionnalité.

remarquable thèse est consacrée à la démonstration de l'insuffisance du "principe hiérarchique" et à la description de tous les cas de figure où une combinaison entre normes est nécessaire. Bien que ne traitant que du seul contentieux administratif français, et ayant, dans ses limites, un objet d'étude bien plus large que la conciliation normative qui nous intéresse ici (toute combinaison entre normes n'exige pas un contrôle de proportionnalité!), elle sera utilement évoquée lors des développements qui suivent.

Mais ce contrôle existe en dehors de ce domaine, et est utilisé par le juge constitutionnel chaque fois que celui-ci est appelé à concilier les exigences contradictoires de normes constitutionnelles simultanément applicables mais antinomiques; quelques exemples le démontreront.

- Prenons celui de la notion essentielle de "souveraineté nationale". Il s'agit évidemment ici d'un principe auquel aucune dérogation ne saurait être ouvertement admise; il ne laisserait ainsi place à aucun contrôle de proportionnalité.

Pourtant, on s'aperçoit que les atteintes à la souveraineté nationale au sens large sont inévitables, dès lors que le pays souhaite procéder à des accords de coopération internationale: "une limitation des pouvoirs des organes de l'Etat, partie à une convention internationale est inhérente à la notion même d'engagement international (...)"(3). Le Conseil constitutionnel est donc conduit à examiner, souvent sous couverture de l'existence d'une atteinte au principe de la souveraineté nationale, en réalité le caractère excessif de celle-ci.

Il est en effet constant que les rapports entre les mesures juridiques prévues par un accord international auquel adhère la France et le principe de souveraineté nationale garanti par la Constitution du pays peuvent entrer sous l'un des trois cas de figure suivants: "ou bien ces mesures juridiques ne comportent ni limitations ni transferts de souveraineté, et la procédure est donc simplifiée, ou bien il y a limitation de souveraineté et un nouveau traité est nécessaire pour modifier ou compléter les précédents accords ou traités; ou bien, enfin, il y a transfert de souveraineté et non seulement un traité est nécessaire, mais encore il convient de réviser préalablement la Constitution"(4). La Haute juridiction constitutionnelle est alors amenée à un contrôle de proportionnalité pour voir sous laquelle des ces trois catégories doit être "rangé" l'accord intervenu, notamment en matière communautaire.

Il en va ainsi de la décision rendue à propos du sixième protocole à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales relatif à l'abolition de la peine de mort(5). La question posée au Conseil constitutionnel était de savoir si les limitations apportées par ce protocole à l'exercice des compétences constitutionnelles du Parlement en matière de détermination des crimes et délits et des peines qui leur sont applicables, ainsi qu'à celles du chef de l'Etat en cas de recours aux pouvoirs exceptionnels de l'article 16, n'entraînaient pas une limitation du principe de la souveraineté nationale imposant que la ratification du protocole soit subordonnée à une révision préalable de la Constitution. Or le Conseil a en l'occurrence souligné que "cet engagement international n'est pas incompatible avec le devoir pour l'Etat d'assurer le respect des institutions de la République, la continuité de la vie

(3) B. GENEVOIS, La jurisprudence..., ouvrage précité, p.368.

(4) FAVOREU - PHILIP, G.D.C.C. p.347. Commentaire rendu à propos de la décision du Conseil constitutionnel n° 76-71 DC des 29 et 30 décembre 1976, Droit constitutionnel international, R.p.15; G.D.C.C. n° 25; RDP 1977, p.129 com. FAVOREU et PHILIP; JCP 1977, II, n° 18704 note FR

ANCK; JCP 1978, I, n° 2895 note DE VILLIERS; D. 1977, J, p.201 note HAMON; Pouvoirs 1977, n°1, p.312 com. AVRIL et GICQUEL.

(5) Décision n° 58-188 DC du 22 mai 1985, R.p.15; AFDI 1985, p.868 com. FAVOREU; AIJC 1985, p.430.

de la Nation et la garantie des droits et libertés des citoyens" pour conclure que, ne portant ainsi pas atteinte "aux conditions essentielles de l'exercice de la souveraineté nationale", il ne pouvait pas être considéré comme limitant la souveraineté nationale.

Par cette décision, le juge constitutionnel affine sensiblement les conditions de l'inconstitutionnalité d'un accord international en acceptant, implicitement, que le principe d'une telle atteinte peut être admis sans pour autant entraîner une "limitation" de la souveraineté au sens de la Constitution, dans la mesure où cette atteinte, réelle, n'est pas excessive: ce sera le cas des atteintes qui ne portent pas sur les conditions essentielles de l'exercice de la souveraineté nationale(6).

C'est donc par le biais d'un contrôle de proportionnalité - interprétation que sera conduit l'examen de l'existence d'une "limitation" ou, dans une moindre mesure, d'un "transfert" de souveraineté nationale(7).

(6) Comme le note B. GENEVOIS, "sur le fondement de tels critères il est plus aisé d'admettre la conformité à la Constitution d'un engagement international que dans l'éventualité qui était celle de la jurisprudence antérieure de l'atteinte au principe de la souveraineté nationale" (La jurisprudence..., p.369): il est en effet plus clair de parler ouvertement d'une atteinte non excessive que de l'inexistence d'une atteinte... pour cause de non excessivité.

(7) Cf. par exemple l'affaire récente, rendue à propos de l'accord de Schengen, signé entre la France et quatre autres pays membres de la Communauté économique européenne (n° 91-294 DC du 25 juillet 1991, Loi autorisant l'approbation de la convention d'application de l'accord de Schengen du 14 juin 1985 entre les gouvernements des Etats de l'union économique Benelux, de la République fédérale d'Allemagne et de la République Française relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes, JO du 27 juillet 1991, p.10001). Les auteurs de la saisine avaient axé une partie essentielle de leur argumentation autour de la question de l'atteinte au principe de la souveraineté nationale. Ils faisaient notamment valoir, en matière de suppression de frontières pour la circulation des personnes et de coopération policière permettant les poursuites transfrontalières, l'existence de mesures portant "atteinte (...) aux conditions essentielles de l'exercice de la souveraineté nationale", ces atteintes ayant pour conséquence "un véritable transfert de souveraineté".

Or tout l'argumentaire du Conseil consistait à relativiser la portée des ces atteintes, pour conclure en l'absence d'une "atteinte aux conditions essentielles d'exercice" et, encore moins, d'un "véritable transfert de souveraineté nationale": à ce dernier titre le Conseil souligne notamment que "la procédure de poursuite transfrontalière (...) n'est ni générale ni discrétionnaire; que cette procédure n'est applicable qu'à des hypothèses où il y a soit des infractions flagrantes d'une particulière gravité, soit une volonté de la part de la personne poursuivie de se soustraire à la justice de son pays (...) qu'en raison des modalités de son exercice, la procédure de poursuite transfrontalière ne procède pas à un transfert de souveraineté".

Autrement dit, les atteintes aux prérogatives de l'Etat ne sont pas suffisamment graves pour que les conditions constitutionnelles d'une limitation ou d'un transfert de souveraineté soient constituées: sous ces termes, est ainsi sous-entendue la pondération entre la souveraineté nationale au sens strict et l'intérêt, que le Conseil reconnaît comme constitutionnel, que représente l'engagement international de la France en la matière (le besoin de développer les relations de la France avec les autres pays de la CEE).

- D'autres exemples peuvent être fournis par la conciliation opérée entre le principe de libre administration des collectivités locales et les objectifs constitutionnels qui peuvent lui être antinomiques.

Une des décisions les plus importantes en la matière a été rendue à l'occasion de la réforme de décentralisation intervenue en 1981 - 1982(8). En l'occurrence la question majeure posée par la loi concernait l'évolution du régime de la tutelle des actes des collectivités territoriales, le législateur ayant choisi d'instaurer, à la place d'un contrôle administratif, un simple contrôle de la légalité en ne conservant au profit du représentant de l'Etat dans le département que la possibilité de saisir le Tribunal administratif compétent. Selon les auteurs de la saisine, cette éventualité portait atteinte aux prérogatives de l'Etat, étant donné que l'article 72 al.3 de la Constitution prévoit expressément que "dans les départements et les territoires, le délégué du gouvernement a la charge des intérêts nationaux, du contrôle administratif et du respect des lois".

Or pour le Conseil constitutionnel "le contrôle administratif n'est pas une fin en soi, c'est un moyen qui permet d'atteindre deux objectifs mentionnés à l'article 72: le respect des lois et la sauvegarde des intérêts nationaux"(9). Dans la mesure donc où le nouveau système de contrôle, fût-il un simple contrôle de légalité, permettrait la sauvegarde de ces objectifs, les prérogatives de l'Etat seraient respectées.

En réalité, le Conseil considère ici que l'instauration d'un contrôle de légalité reste dans les limites d'une juste conciliation entre le principe de la libre administration et les "prérogatives de l'Etat", autrement dit que l'atteinte aux prérogatives étatiques que cette modification du système de contrôle représente n'est pas excessive. Mais encore faut-il que le contrôle de légalité puisse être exercé dans des conditions satisfaisantes; s'il venait à disparaître, fût-ce temporairement, l'atteinte aux prérogatives étatiques deviendrait disproportionnée: tel ayant été le cas d'espèce, le Conseil conclut que la loi litigieuse était partiellement contraire à la Constitution(10).

- Toutefois, le domaine constitutionnel "hors droits fondamentaux" offrant au contrôle de proportionnalité les occasions d'intervention les plus fréquentes et surtout caractéristiques est constitué par le contentieux électoral. Non seulement en raison de la référence plus ou moins explicite à un "principe de proportionnalité"(11), mais à cause de la variété des principes constitutionnels antinomiques qui sont mis en balance et des cas potentiels de conciliation à effectuer.

(8) Conseil constitutionnel n° 82-137 DC du 25 février 1982, décision précitée.

(9) B. GENEVOIS, La jurisprudence..., ouvrage précité, p.302.

(10) "Considérant cependant qu'en déclarant ces actes exécutoires de plein droit avant même leur transmission au représentant de l'Etat, c'est-à-dire alors qu'il n'en connaît pas la teneur et n'est donc pas en mesure de saisir la juridiction administrative d'un recours assorti d'une demande éventuelle de sursis à exécution, les articles (...) privent l'Etat, fût-ce temporairement, du moyen d'exercer les prérogatives qui lui sont réservées par l'article 72 (alinéa 3) de la Constitution (...) en conséquence (...) [ils] doivent être regardés comme non conformes à la Constitution (...)".

(11) Cf. chapitre 1, section 1, A, a, 1.

Ainsi dans sa décision relative à la loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie(12) le Conseil constitutionnel a-t-il affirmé que "le congrès, dont le rôle comme organe délibérant d'un territoire d'outre-mer ne se limite pas à la simple administration de ce territoire doit, pour être représentatif du territoire et de ses habitants dans le respect de l'article 3 de la Constitution, être élu sur des bases essentiellement démographiques; que s'il ne s'ensuit pas que cette représentation doive être nécessairement proportionnelle à la population de chaque région ni qu'il ne puisse être tenu compte d'autres impératifs d'intérêt général, ces considérations ne peuvent cependant intervenir que dans une mesure limitée qui, en l'espèce, a été manifestement dépassée"(13).

Ce qui a entraîné ici la déclaration d'inconstitutionnalité partielle de la loi examinée, ce n'est pas le non-respect d'un quelconque "principe de proportionnalité" considéré en soi, mais le résultat négatif de la pondération in concreto entre le principe d'équilibre démographique qui doit être observé lors de tout découpage électoral et "les impératifs d'intérêt général" qui seraient, aux dires même du Conseil, éventuellement susceptibles d'y porter une atteinte constitutionnellement légitime.

Ceci devient plus clair si on se réfère à une décision plus récente rendue précisément à propos d'une Loi de découpage électoral de la métropole(14). Le Conseil constitutionnel souligne dans cette affaire, après avoir cité les dispositions constitutionnelles concernées(15), que "l'Assemblée nationale, désignée au suffrage universel direct, doit être élue sur des bases essentiellement démographiques" et que "si le législateur peut tenir compte d'impératifs d'intérêt général susceptibles d'atténuer la portée de cette règle fondamentale, il ne saurait le faire que dans une mesure limitée".

Sont ainsi posées clairement les bases de la pondération que le Conseil conduit de manière extrêmement minutieuse, puisqu'après avoir décrit les exceptions apportées par le législateur au principe énoncé il considère qu'en l'occurrence "si, en elles-mêmes, les exceptions apportées au principe de l'égalité du suffrage ne procèdent pas, pour chacune d'elles, d'une erreur manifeste d'appréciation, elles pourraient par leur cumul aboutir à créer des situations où ce principe serait méconnu; qu'en conséquence, les dispositions des alinéas 3 et 4 de l'article 5 de la loi doivent s'entendre comme suit: qu'il convient, en premier lieu, de considérer que la faculté de ne pas respecter les limites cantonales dans les départements comprenant un ou plusieurs cantons non constitués par un territoire continu ou dont la population est supérieure à 40.000 habitants ne vaut que pour

(12) Conseil constitutionnel n° 85-196 DC du 8 août 1985, R.p.63; AJDA 1985, p.605 note HAMON; RDP 1986, p.395 com. FAVOREU; AIJC 1985, p.423 note GENEVOIS; D. 1986, p.45 com. LUCHAIRE.

(13) Décision précitée, §16.

(14) Conseil constitutionnel n° 86-208 DC des 1 et 2 juillet 1986, R.p.78; AJDA 1987 p.243 et p.263 note BOULOUIS; AIJC 1986, p.449 note GENEVOIS; RDP 1989, p.458 com. FAVOREU.

(15) Il s'agit des article 2 alinéa 1 (égalité devant la loi), 3 alinéas 1 (souveraineté populaire) et 3 (suffrage universel, égal et direct), 24 ("les députés à l'Assemblée nationale sont élus au suffrage direct") de la Constitution, ainsi que de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Des ces dispositions, le Conseil constitutionnel déduit le principe de l'élection de l'Assemblée nationale sur des bases démographiques et au suffrage direct.

ces seuls cantons; qu'en deuxième lieu, la mise en œuvre de l'écart maximum mentionné à l'alinéa 4 de l'article 5 doit être réservée à des cas exceptionnels et dûment justifiés; que l'utilisation de cette faculté ne pourra intervenir que dans une mesure limitée et devra s'appuyer, cas par cas, sur des impératifs précis d'intérêt général; qu'enfin, la délimitation des circonscriptions ne devra procéder d'aucun arbitraire; que toute autre interprétation serait contraire à la Constitution (...)"(16). Par la voie de l'"interprétation conforme", le juge constitutionnel s'assure ainsi du caractère non excessif effectif des atteintes qui peuvent être portées au principe de l'équilibre démographique du suffrage.

Cette décision, ainsi qu'il a été rappelé à juste titre, représente un passage à un contrôle de proportionnalité plus strict(17); ce contrôle de proportionnalité, naturellement, impliquera toujours une pondération entre le principe d'équilibre démographique et les motifs d'intérêt général susceptibles d'en limiter la portée.

Seulement, dans le cadre de la définition plus stricte de l'exigence de proportionnalité, le Conseil définit avec grande précision la nature et la portée des "impératifs d'intérêt général" qui peuvent être invoqués en ce sens; ils peuvent être(18):

- la représentation minimum de chaque département;
- les caractères spécifiques des territoires d'outre-mer;
- des "impératifs précis d'intérêt général", à savoir la "continuité territoriale des circonscriptions", le respect des "limites cantonales", le souci de tenir compte "des réalités naturelles qui constituent certains ensembles géographiques" et des "solidarités qui les unissent", ces impératifs ne pouvant en principe donner lieu qu'à un écart maximum "de plus ou de moins de 20% par rapport à la population moyenne d'un département", qui doit en plus être réservé "à des cas exceptionnels et dûment justifiés".

Ce n'est donc que sous ses conditions détaillées et précises(19) que la pondération entre "principe de l'équilibre démographique" et motifs d'intérêt général antinomiques sera conduite par la suite... dans le domaine du découpage, qui est loin de représenter la seule éventualité d'intervention du contrôle de proportionnalité en contentieux électoral(20).

(16) Décision n° 86-208 DC des 1 et 2 juillet 1986 précitée, §24.

(17) En effet, comme le rappelle J. BOULOUIS (note précitée, AJDA 1987, p.269) le Conseil constitutionnel ne fait plus, dans cette décision, référence à une délimitation des circonscriptions "non nécessairement proportionnelle à la population" (comme il l'a fait lors de la décision précitée n° 85-196 DC du 8 août 1985). Une condition de proportionnalité plus stricte est donc sans doute exigée.

(18) Pour une présentation plus détaillée des conditions qui suivent, cf. FAVOREU - PHILIP, G.D.C.C., p.700 s.

(19) Et dont le Conseil constitutionnel tire toutes les conséquences en exigeant une révision de la délimitation des circonscriptions après chaque recensement général.

(20) Pour une pondération entre les exigences d'une aide financière aux partis proportionnelle aux résultats électoraux et celle de favoriser le "pluralisme des courants d'idées et d'opinions", cf. Conseil constitutionnel, n° 89-271 DC du 11 janvier 1990, Loi relative à la limitation des dépenses électorales et à la clarification des activités politiques, R.p.21; Pouvoirs n°54, p.203 chr. AVRIL et GICQUEL; LPA 1990, n°23, p.20 com. CHAUMONT. On pourrait encore évoquer le contrôle fréquent qu'effectue le juge électoral entre la nécessité de respecter le résultat d'un scrutin

Dans tous ces cas, on rencontre l'exercice d'un contrôle de proportionnalité non pas entre droits fondamentaux d'un côté et intérêt général de l'autre, mais entre principes constitutionnels antinomiques sauvegardant des intérêts principalement publics. Or si ce contrôle de proportionnalité correspond à une définition plus large que celui faisant appel à la seule opposition entre intérêts publics et privés, il n'est pas pour autant d'une nature différente de ce dernier.

En effet, la pondération entre un droit fondamental et un objectif constitutionnel d'intérêt général est, aussi, une pondération entre "principes" de rang normatif égal, car constitutionnellement reconnus, mais antagonistes. Il suffit donc d'adopter cette "grille de lecture" pour voir toutes les espèces analysées précédemment(21) sous le même jour que celles qui viennent d'être présentées: par exemple, comme le note X. Philippe, à propos d'une décision déjà commentée sur le droit de grève à la radio et la télévision(22), ce droit est un principe qui "possède une valeur constitutionnelle (...) mais il se heurte directement à un autre principe de valeur constitutionnelle représenté par la continuité des services publics. La reconnaissance de ces deux principes implique leur respect mutuel et non leur exclusion. La garantie de leur coexistence se situe dans la proportionnalité des atteintes portées à chacun d'entre eux. Le droit de grève peut s'exercer mais le service public doit parallèlement assurer un service minimum"(23).

C'est cette application simultanée de principes antinomiques (sans "sacrifice" de l'un des deux) qui caractérise en commun tout le contentieux de la proportionnalité(24).

Conclusion du paragraphe: Le contrôle de proportionnalité effectué par le juge constitutionnel ne se limite pas à l'opposition des droits fondamentaux et des motifs d'intérêt général susceptibles de les limiter. Il comprend également d'autres cas de figure, mais tous se ramènent à une opposition normative entre principes de rang égal. Comme on le verra, cette remarque se vérifie aussi à la lumière de l'observation du contentieux administratif.

(surtout dans le cas d'un grand écart de voix) et celle de sanctionner les manœuvres de propagande qu'auraient pu affecter la sincérité de ce scrutin.

(21) Voir même titre, chapitre 1, section 1.

(22) Conseil constitutionnel n° 79-105 DC du 25 juillet 1979, décision précitée.

(23) X. PHILIPPE, *Le contrôle de proportionnalité...*, thèse précitée, p.71.

(24) De même, ce mécanisme est seul susceptible d'expliquer de manière entièrement adéquate la pondération des droits fondamentaux entre eux: ces cas se présentent ainsi non plus uniquement comme des "libertés" s'opposant les unes aux autres, mais comme des principes constitutionnels antinomiques, leur conflit ne pouvant être résolu qu'au cas par cas, après une pondération effectuée in concreto par le juge: cf. par exemple Conseil constitutionnel n° 89-257 DC du 25 juillet 1989, arrêt précité: conciliation entre la liberté syndicale et la liberté personnelle.

§2. Le juge administratif et la pondération entre intérêts juridiquement protégés

L'analyse de la jurisprudence administrative sous l'angle de la conciliation entre principes contradictoires est, comparée à celle de la jurisprudence constitutionnelle, à la fois plus simple et plus délicate. Plus simple parce que démontrer qu'il ne s'agit pas là que d'une opposition entre intérêts privés et intérêts publics est facile à effectuer (A); plus délicate parce encore faut-il que cette opposition entre intérêts puisse se ramener (toujours) à une opposition - conciliation entre normes juridiques (B).

A. PONDERATION ENTRE INTERETS

Des exemples mettant en évidence l'existence d'une pondération entre principes juridiques représentant des intérêts publics et privés sont amplement fournis par le contentieux de l'urbanisme en général et en particulier par la technique juridictionnelle du "bilan".

Sont ainsi opposés à l'intérêt public qu'un projet d'expropriation présente, non seulement les atteintes à la propriété privée mais aussi les inconvénients d'ordre social, le coût financier et les atteintes à d'autres intérêts publics(25); ou encore, de manière moins claire, ont pu être opposés par le juge administratif l'intérêt général qu'une dérogation en matière d'urbanisme présente à celui que "les prescriptions du règlement ont pour objet de protéger"(26).

Dans ces hypothèses, où le travail du juge ne peut être réduit à la conciliation entre "libertés individuelles" et motifs d'intérêt général, l'existence du contrôle de proportionnalité est pourtant indéniable.

Toutefois le contrôle ainsi effectué reste de la même nature que celui opposant des intérêts strictement publics à des intérêts strictement privés: on peut évoquer en ce sens, tout en restant dans le domaine de l'urbanisme, la conciliation effectuée par le juge administratif entre la "sécurité du voisinage" et celle du "trafic aérien" et les inconvénients relatifs "au grand nombre de propriétés traversées" par l'établissement d'une ligne électrique(27), ou encore entre l'intérêt public que représente la protection d'un site et les inconvénients résultant des obligations imposées aux habitants du fait de cette protection(28).

(25) Conseil d'Etat Ass 20 octobre 1972, Société civile Sainte Marie de l'Assomption, arrêt précité; voir supra, partie I, titre 1, chapitre 2, section 1, sous-section 2 §3 et section 2, sous-section 1 §4.

(26) Conseil d'Etat Ass 18 juillet 1973, Ville de Limoges, arrêt précité.

(27) Conseil d'Etat Ass 24 janvier 1975, Gorlier et Bonifay, arrêt précité. Sont d'ailleurs opposés de manière bien proche l'intérêt général "qui s'attache à respecter les couloirs de ligne de transport d'énergie électrique définis sur la région" aux "dommages causés à l'environnement", c'est-à-dire deux intérêts de nature essentiellement publique: Conseil d'Etat 5 janvier 1977, Commune de Saint Ouen-Marchefroy, R.p.857.

(28) Conseil d'Etat Se 8 juillet 1977, Dame Rié et autres, arrêt précité.

On voit bien que le respect ou non d'une stricte "dichotomie" du caractère des intérêts opposés n'altère en rien le travail de pondération effectué par le juge.

Or là surgit la deuxième question, qui peut a priori apparaître embarrassante: peut-on toujours qualifier le processus de pondération effectué en ces occasions de conciliation normative, autrement dit, y a-t-il une valeur normative à accorder aux éléments antagonistes qui sont ainsi pris en compte?

B. PONDERATION ENTRE NORMES

Ici encore, le problème se présente avec une acuité particulière à propos de la technique du "bilan"; c'est donc par l'étude de ce seul cas "extrême" que l'on présentera le caractère normatif du processus de conciliation employé par le juge administratif français.

La question que se pose est parfaitement présentée par H.M. Crucis: "comment qualifier de norme (...) des considérations telles que le coût financier, les inconvénients résultant pour les habitants du classement d'un site, l'intérêt d'un projet d'expropriation...? Il semblerait au contraire que ces différents considérations ressortent du domaine des faits, des circonstances et non du droit"(29). Et il est en effet courant de qualifier cette technique comme relevant "non de la confrontation de normes mais, bien plus, en tant que standard jurisprudentiel, de la mise en balance de préoccupations antagonistes, de considérations factuelles"(30).

Cependant, pour intéressante qu'elle puisse paraître, cette opinion doit être écartée.

Il est certes vrai que le caractère "normatif" du conflit d'intérêts que le contrôle de proportionnalité aide à résoudre est plus facilement perceptible dans les cas d'une opposition stricte entre libertés individuelles et intérêt général: quand par exemple le juge administratif contrôle la légalité d'un refus de renouvellement du titre de séjour d'un étranger, on peut facilement accepter l'idée qu'il s'agit là de la traduction concrète d'un conflit normatif entre, mettons, le principe de bien être économique du pays et celui du respect de la vie familiale de l'étranger(31).

Il reste que les intérêts opposés que met en œuvre la technique du "bilan" sont, aussi, des normes de référence.

En effet, comme le souligne M. Crucis, les éléments antagonistes faisant l'objet du bilan réunissent "toutes les caractéristiques contenues dans la

(29) H.M. CRUCIS, Les combinaisons de normes dans la jurisprudence administrative française, thèse précitée, p.179.

(30) R. HOSTIOU, préface de la thèse précitée, Les combinaisons de normes..., p.XVIII.

(31) Cf. TA de Nancy, 3 décembre 1991, M. Achouri / Ministre de l'intérieur, LPA 1992, n°152, p.13 note PETIT, mettant en œuvre explicitement ces principes dégagés par la Cour européenne des droits de l'homme.

définition de la norme"(32), représentant "un système de propositions impératives"(33) et étant surtout assortis de la sanction juridictionnelle en cas d'inobservation: chacun des "éléments" du bilan est susceptible d'entraîner l'annulation de la mesure examinée.

Par ailleurs, comme le note également l'auteur, est révélateur le fait que le juge, quand il conduit l'examen du bilan, ne porte pas son attention à cette exigence en tant que telle, mais aux éléments qui la composent, aux "exigences qui en sont les termes. Il ne s'agit donc pas d'un standard d'administration du droit (...) mais d'une règle de fond du droit, composée elle-même de plusieurs règles contraires"(34).

Finalement, un dernier élément nous paraît absolument déterminant: même si l'absence d'"appuis textuels" directs peut être un motif de contrôle juridictionnel moindre(35), la seule référence expresse qu'en fait le juge suffit pour "normativiser" la nouvelle condition de légalité ainsi posée. Si un projet qui présente "en soi" une utilité publique peut, au terme du contrôle juridictionnel, être déclaré illégal, c'est qu'il ne remplit pas certaines autres conditions qui, même posées par le juge, ne peuvent qu'être des conditions légales, normatives: En d'autres termes, "les motifs de fait imposés par le juge (...) sont juridiciés par le discours contentieux"(36).

R. Hostiou reconnaît lui même implicitement ce processus quand il décrit l'habitude du juge à ériger une norme antagoniste de façon à ce que "mettant face-à-face deux impératifs de valeur équivalente, il utilise ainsi une technique qui lui est familière, celle des directives d'équilibre (...)", même s'il ajoute aussi que "la liberté d'appréciation du juge tend à croître d'autant que c'est lui-même qui crée ou dégage les éléments qu'il met en opposition d'une part, et que, d'autre part, les facteurs qu'il met en opposition son affectés d'un important coefficient d'indétermination"(37).

D'ailleurs, on ne voit pas comment il aurait pu en aller autrement: si l'on accepte, ce qui est incontestable aujourd'hui, le pouvoir normatif du juge, mais qu'on refuse, ce qui va de soi, la possibilité d'un "jugement sans norme", on ne peut que reconnaître le caractère normatif, ne serait-ce d'origine jurisprudentielle, des éléments mis en balance lors de l'opération du bilan...

(32) H.M. CRUCIS, Les combinaisons de normes..., thèse précitée, p.180.

(33) C. EISENMANN, Cours de droit administratif, ouvrage précité, p.375.

(34) H.M. CRUCIS, Les combinaisons de normes..., thèse précitée, p.180.

(35) Les cas de compétence dite "dissymétrique" nous fournissent un exemple clair: ainsi, en refusant un permis de construire au motif que les constructions envisagées "par leur situation, leur architecture, leurs dimensions ou leur aspect extérieur" sont de nature "à porter atteinte au caractère ou à l'intérêt des lieux avoisinants, aux sites, aux paysages naturels ou urbains" (article R. 111-21 du code d'urbanisme, applicable même en la présence d'un POS), l'autorité administrative expose sa décision au contrôle normal du juge, tandis qu'en l'accordant, au seul contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation. Mais les motifs auxquels le juge basera son contrôle dans ce dernier cas de figure sont en réalité les mêmes: il ne détectera une "erreur manifeste" dans la décision administrative que s'il y a atteinte aux sites etc. Seulement, là son contrôle sera à la fois plus secret et atténué.

(36) H.M. CRUCIS, Les combinaisons de normes..., thèse précitée, p.181.

(37) R. HOSTIOU, A propos de la liberté d'expression cinématographique, Mélanges CHARLIER, Paris 1981, p.793s.

Conclusion du paragraphe et de la section: Si la faculté du juge administratif de "dégager" des conditions légales en dehors des textes obscurcit quelque peu le caractère "normatif" du conflit et donc de la pondération qui s'en suit⁽³⁸⁾, le processus du contrôle de proportionnalité en France reste analogue à celui déjà constaté en Allemagne: "peser" in concreto le poids des facteurs militant pour l'une ou l'autre de normes qui, simultanément applicables mais opposées, tendent à déterminer la in fine légalité du litige.

Dans la mesure où la conciliation des intérêts opposés reflète toujours, sur le plan juridique, une conciliation normative, le contrôle de proportionnalité exercé par le juge administratif retrouve, à l'instar de l'Allemagne, son unité dans la théorie générale de la pondération: si, comme le note P. Abella "l'idée que sous-tend la jurisprudence du bilan, fondée sur le caractère excessif de la mesure critiquée au regard des intérêts qu'elle vise à satisfaire, est analogue à celle de la mesure non nécessaire parce qu'excessive par rapport aux besoins d'ordre public à satisfaire, que l'on retrouve dans la jurisprudence relative au contrôle des mesures de police"⁽³⁹⁾, c'est que dans les deux cas, il s'agit de concilier, par le biais du contrôle de proportionnalité, des normes antagonistes.

Bref, la conciliation normative se révèle être, en dehors et au delà de l'opposition stricte entre libertés individuelles et intérêt général, la constante essentielle du contentieux français de proportionnalité, tant constitutionnel qu'administratif. Encore faut-il maintenant en examiner de plus près la nature juridique.

Section 2

La nature du processus de conciliation entre normes: commandements d'optimisation et contrôle de proportionnalité

Lors de nos développements relatifs à l'Allemagne fédérale, on a attribué la cause essentielle du mécanisme de pondération à la nature même des normes juridiques qu'il met en œuvre. Aussi la transposition de cette théorie de la pondération (Abwägung) en France pour expliquer le contentieux de proportionnalité, suppose qu'il y ait aussi une analogie quant à la nature juridique de ces normes, qualifiés déjà préalablement de "commandements d'optimisation".

Ce n'est donc qu'après avoir vérifié leur équivalence et après avoir démontré qu'elles étaient une condition suffisante et nécessaire du contrôle de proportionnalité (§1) que l'on pourra aboutir à des constats "définitifs" à propos de ce contrôle (§2).

(38) Il ne faudrait d'ailleurs pas exagérer le rôle purement "créateur" du juge en la matière: voir plus loin, section 2, §1.

(39) LPA 1990, n° 49, p.3: note sous Conseil d'Etat 18 octobre 1989, Commune d'Aigueperse, Req. n°97-656.

§1. Les commandements d'optimisation, condition suffisante et nécessaire du contrôle de proportionnalité

En droit public la majeure partie du travail du juge consiste, au plan du droit pur, à vérifier les rapports de conformité ou de compatibilité entre normes liées hiérarchiquement entre elles et, au plan des relations entre fait et droit, à qualifier juridiquement des faits matériellement exacts, de sorte à pouvoir déterminer la norme qui conditionnera la in fine licéité de l'acte litigieux.

Mais on a pu constater que le juge Outre-Rhin qualifie ouvertement un certain nombre de normes de "commandements d'optimisation" (Optimierungsgebote)⁽⁴⁰⁾ dans le sens où si, à les supposer applicables, elles conditionnent la a priori licéité d'un acte donné, elles doivent, avant la détermination de la in fine licéité de cet acte, être pondérées avec d'autres normes juridiques du même rang et de la même nature, également applicables mais antinomiques.

Cette définition, complexe seulement en apparence, correspond à tous les principes de rang constitutionnel dont on a eu l'occasion d'observer la conciliation: droit de grève et continuité du service public, liberté individuelle et ordre public, droits fondamentaux en général et objectifs d'intérêt général constitutionnellement reconnus: ainsi qu'on l'a souligné, leur mise en œuvre implique leur respect mutuel et non leur exclusion, et la garantie de leur coexistence se situe dans la proportionnalité des atteintes portées à chacun d'entre eux⁽⁴¹⁾. Plus encore, leur mise en œuvre non pondérée par la conciliation avec d'autres principes antinomiques du même rang serait inconcevable: le respect non conditionné des libertés équivaldrait à l'anarchie, celui des objectifs d'intérêt général au totalitarisme.

Bien que moins aisément perceptible, le même rapport normatif existe aussi dans une large mesure en droit administratif.

Ici aussi, on constate d'abord que les normes ayant cette nature de commandements d'optimisation existent, et que dès que le juge y fait appel, il est aussi amené à exercer un contrôle de proportionnalité.

En effet, dès 1914, Maurice Hauriou notait que "la solution juste (...) ne peut être trouvée que dans des combinaisons transactionnelles"⁽⁴²⁾. Et H.M. Crucis souligne que "l'analyse de la jurisprudence aboutit à ce constat que le juge administratif ne se contente pas seulement de combiner les normes juridiques selon des rapports d'exclusion mais s'efforce également de les concilier, de les mettre en balance, de les harmoniser, de les fusionner (...) l'œuvre jurisprudentielle est ici à son plus grand degré de finesse dans la mesure où l'analyse combinée de normes a priori contraires a pour objectif de permettre leur

(40) Voir sp. titre 2, chapitre 2, section 2, §1.

(41) Cf. section 1, §1.

(42) S. 1917, 3, p.25. Soulignons qu'il s'agissait d'une note sous l'arrêt précité du 4 avril 1914, Gomel, dont on a déjà eu l'occasion de souligner le rapport étroit avec le contrôle de proportionnalité: cf. partie I, titre 1, chapitre 1, section 2, sous-section 2, §2.

application simultanée sans trop nuire aux prescriptions de l'une non plus qu'aux prescriptions de l'autre"(43).

Quand, par exemple, la haute juridiction administrative affirme qu'"en réservant à la circulation des transports en commun, des taxis, des véhicules des services de police et des services d'urgence une section latérale de certaines voies publiques de la ville de Paris, le Préfet de police a pris une mesure qui était nécessaire pour améliorer la circulation de l'ensemble des véhicules", elle ne fait qu'estimer qu'en égard aux circonstances concrètes de l'affaire, il convient cette fois-ci de faire primer la "liberté de circulation"(44) des véhicules plutôt que celle des piétons, sans accorder par ailleurs priorité à l'une ou l'autre des exigences juridiques en cause.

Il se trouve donc que le contrôle de proportionnalité qui a lieu ici est la conséquence directe et inévitable de la mise en œuvre de normes (liberté de circulation des véhicules, liberté de circulation des piétons) qui lui sont extérieures et antérieures.

On pourrait certes objecter à ce stade qu'à l'opposé de son homologue allemand, le juge administratif français se voit généralement reconnaître un pouvoir normatif quasi-autonome, et qu'il ne se prive pas d'en user: comment parler dès lors d'un contrôle dépendant, hétérogène, quand les normes qui l'impliquent peuvent être, elles aussi, soumises au pouvoir du juge?

Il n'y a pourtant là en réalité rien d'étonnant.

A cet égard, il faut d'abord nuancer l'impression que le terme même "pouvoir normatif" semble impliquer. En effet, on peut trouver à toutes les normes d'optimisation que le juge administratif met en œuvre, une origine qui lui soit extérieure, même si elle n'est pas immédiate: l'impression de "création" normative pure devient ainsi une constatation de "découverte", dépendant en réalité plus de la nécessité des choses que du bon vouloir du juge.

Ceci est amplement démontré par l'observation de la jurisprudence relative aux principes généraux du droit, "fleur" de la "création normative" jurisprudentielle. Ainsi, pour ne prendre que l'un des exemples les plus récents d'une telle "création", le principe garantissant "aux étrangers résidant régulièrement en France" le droit de "mener une vie familiale normale" est fondé par une évocation, presque ouverte, du préambule de 1946 et de la Constitution de 1958(45).

(43) Les combinaisons de normes..., thèse précitée, p.163. L'auteur note par ailleurs également (p.171) que "le champ d'élection de cette exigence de conciliation entre normes contraaires concerne deux séries normatives, les unes guidant l'action administrative, les autres protégeant les droits et libertés des personnes": on retrouve ici l'idée que contrôle de proportionnalité reste, après tout, d'abord l'instrument de conciliation entre libertés individuelles et intérêt général...

(44) Conseil d'Etat 15 mars 1968, Syndicat national des automobilistes, R.p.188; AJDA 1968, p.355. On voit dans cet arrêt un contrôle qui n'est pas sans rappeler celui du bilan, bien avant la date. Voir aussi: Conseil d'Etat 26 mai 1975, Jaillard, RDP 1977, p.243; Conseil d'Etat 23 mars 1973, Association dite "Les droits du piéton", AJDA 1973, p.267.

(45) Conseil d'Etat Ass 8 décembre 1978, Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés et autres (G.I.S.T.I.), arrêt précité: "il résulte des principes

Autrement dit, il est en général vrai que "si l'on admet l'existence d'un droit jurisprudentiel, il faut aussitôt ajouter que ce qui est jurisprudentiel dans ce droit ce n'est que son expression et non sa création"(46).

D'autre part, il convient surtout de souligner qu'en tout état de cause, qu'ils soient d'origine textuelle ou jurisprudentielle, les "commandements d'optimisation" restent une condition de l'intervention du contrôle de proportionnalité qui lui est antérieure et extérieure: ce sera après avoir "dégagé" une telle norme que le juge administratif pourra (et devra) procéder à sa conciliation avec les normes qui s'y opposent. Ainsi, pour reprendre l'exemple de l'arrêt G.I.S.T.I., c'est parce que, et une fois que, le juge administratif affirme que "les étrangers résidant régulièrement en France ont, comme les nationaux, le droit de mener une vie familiale normale" qu'il concilie ce "principe général du droit" avec les exigences de l'ordre public: "s'il appartient au Gouvernement (...) de définir les conditions d'exercice de ce droit pour en concilier le principe avec les nécessités tenant à l'ordre public et à la protection sociale des étrangers et de leur famille, ledit gouvernement ne peut interdire par voie de mesure générale l'occupation d'un emploi par les membres des familles des ressortissants étrangers (...) "(47).

En tout état de cause, et c'est là l'essentiel du point de vue du contrôle de proportionnalité, ces normes juridiques peuvent, de même qu'en Allemagne, être à la fois applicables et non déterminantes de la licéité finale d'une espèce donnée, sans que cette "non détermination" suppose leur exclusion(48). C'est cette impossibilité de sacrifier l'une de ces normes antagonistes, cette nécessité d'effectuer une conciliation entre elles, concrètement opposées, mais simultanément applicables et à rang normatif égal, qui rend l'intervention du contrôle de proportionnalité indispensable, peu importe si ses normes sont elles-mêmes d'origine jurisprudentielle ou non.

L'erreur qui doit être évitée ici est donc, avant tout, d'estimer qu'il y aurait, finalement, choix entre ces normes antagonistes. C'est ce qu'affirme G. Lino Di Qual quand il soutient, à propos de l'exercice par le maire de ses pouvoirs de police portant atteinte à la liberté de réunion, que ce dernier "doit ainsi sacrifier l'une des deux lois"(49). Or quand l'autorité administrative procède à l'interdiction d'une réunion, ce n'est pas parce qu'elle prétend ne pas devoir respecter le principe de la liberté de réunion; et de même, quand il y a annulation d'une mesure d'interdiction de réunion, cela ne signifie pas que le juge se montre indifférent pour les impératifs de l'ordre public, ni bien sûr qu'il affirme la

généraux du droit et, notamment du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 auquel se réfère la Constitution du 4 octobre 1958 (...).

(46) J. MEKHANTAR, Le contrôle juridictionnel de la proportionnalité..., thèse précitée, p.655.

(47) Conseil d'Etat Ass 8 décembre 1978, Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés et autres (G.I.S.T.I.), arrêt précité.

(48) Cf. titre 2, chapitre 2, section 2, §1.

(49) G. LINO DI QUAL, La compétence liée, thèse, LGDJ 1964, p.116. C'est aussi l'opinion que semble soutenir, de façon surprenante, M. CRUCIS: Les combinaisons de normes..., thèse précitée, p.232.

priorité générale du principe de la liberté de la réunion sur les exigences de l'ordre public(50): seulement il doit, eu égard aux circonstances concrètes de l'affaire, décider laquelle des normes - commandements d'optimisation ("liberté de réunion" ou "protection de l'ordre public") doit, cette fois-ci, entraîner la in fine légalité de la décision.

Autrement dit il faut, pour distinguer conciliation et choix entre normes, dissocier les niveaux abstrait et concret du contrôle juridictionnel(51): si au niveau concret, factuel, il y a effectivement choix, en revanche au niveau abstrait, normatif, il y a application simultanée des normes à concilier. Les normes applicables ne sont ici jamais "écartées" ou "sacrifiées"; ce sont leurs conséquences concrètes qui peuvent (et doivent) l'être dans la mesure où elles sont exclusives les unes des autres. Car en effet on ne peut, par exemple, en même temps permettre une réunion et l'interdire.

En définitive, il ne peut y avoir contrôle juridictionnel sur la base de "principes"(52) ou "commandements d'optimisation" antinomiques sans qu'il y ait intervention du contrôle de proportionnalité; bref, c'est la nature même de ces normes qui se révèle être la condition suffisante du contrôle de proportionnalité.

Cette nature est aussi sa condition nécessaire. En effet, s'il ne saurait y avoir conciliation de "principes" sans contrôle de proportionnalité, il n'est pas non plus possible de rencontrer le contrôle de proportionnalité autrement que pour la mise en œuvre des cette catégorie de normes: sa présence nécessite, suppose le besoin d'une conciliation normative.

Certes, M. Crucis soutient que si cette situation est la règle, il est néanmoins des cas où le contrôle de proportionnalité est utilisé sans "qu'il y soit question d'une quelconque conciliation entre normes antagonistes"(53). La raison en serait, alors, que "la régularité du contenu de l'acte est appréciée au regard de la base juridique laquelle ne contient (...) que le but à atteindre"(54).

En réalité, l'auteur ne procède à cette affirmation que pour se démentir aussitôt: il souligne en effet que même s'il se présente sous la forme de la simple confrontation du contenu d'une mesure au but poursuivi, c'est à dire en examinant l'acte "au regard de sa seule réglementation", le contrôle de proportionnalité peut toujours tenir "à l'objectif de conciliation qu'il dissimule en

(50) Et c'est essentiellement pour cette raison, soit dit en passant, que l'intervention du juge par le biais de contrôle de proportionnalité ne crée pas de nouveau cas de compétence liée: voir le deuxième paragraphe de la même section.

(51) Dans la mesure où l'on procède à cette dissociation, on peut être d'accord avec P. WEIL quand il souligne que "on a souvent parlé de conciliation: on ne peut cependant concilier ce qui est fondamentalement contradictoire et hétérogène. C'est donc un arbitrage toujours discutable qu'il a fallu réaliser" (Le droit administratif, ouvrage précité, p.18).

(52) Rappelons encore que l'on utilise ici le terme "principe" dans le sens déjà analysé de "commandement d'optimisation" et non dans celui de norme simplement générale: pour cette signification et aussi pour celle que l'on donne au terme "règle", voir titre 2, chapitre 2, section 2, §1. Bien entendu, il s'agit là d'une modeste clarification terminologique et non d'une définition qui prétendrait représenter toutes les positions de la jurisprudence et la doctrine.

(53) H.M. CRUCIS, Les combinaisons de normes..., thèse précitée, p.213.

(54) Ibid, p.213.

même temps qu'il le permet"(55). Et M. Crucis de citer B. Genevois qui, tout en proposant de "contrôler l'adéquation de la mesure d'interdiction d'une publication étrangère aux fins poursuivies par le Ministre de l'Intérieur", s'appuyait sur l'opposabilité des articles 10 et 18 de la Convention de sauvegarde des Droits de l'homme et des libertés fondamentales et, constatant que ladite Convention n'était pas applicable en l'espèce, il relevait alors que "c'est dans le cadre d'un contrôle qui, pour le moment au moins, demeure un contrôle restreint que nous examinerons la pertinence des deux motifs d'interdiction qui ont été invoqués (...) "(56). Autrement dit, pour M. Crucis même, le juge peut parfaitement se fonder sur des normes d'optimisation non directement applicables pour conduire son contrôle de proportionnalité - conciliation.

Or si la démarche qui consiste à pondérer une norme au vue d'une autre norme non immédiatement applicable est concevable, pourquoi ne pourrait-on pas "voir" dans les exemples de "proportionnalité sans conciliation" cités par l'auteur, une pondération au vue de tels principes non explicitement avoués? Rien nous semble y faire obstacle, d'autant que la "conciliation entre normes" n'est pas forcément toujours une "conciliation entre textes" bien définis et que le [seul] texte immédiatement applicable peut lui même comporter une obligation claire de pondération normative: c'est notamment le cas de l'exemple principal cité en la matière par M. Crucis(57).

Conclusion du paragraphe: Bien que la particularité de leur nature juridique ne soit pas explicitement reconnue, les "principes - commandements d'optimisation" constituent un pan essentiel du droit public français. Ils sont la condition suffisante et nécessaire du contrôle de proportionnalité, dont il convient maintenant d'examiner de plus près les traits propres.

(55) Ibid, p.213.

(56) B. GENEVOIS, conclusions sous Conseil d'Etat Ass 30 janvier 1980, Ministre de l'Intérieur / S.A. Librairie François Maspero, AJDA 1980, p.242[244].

(57) Il s'agit de la décision du Conseil constitutionnel n° 82-137 DC du 25 février 1982 précitée, à l'occasion de laquelle on a déjà pu constater la nécessité de conciliation entre le principe de libre administration des collectivités et celui du respect des prérogatives de l'Etat imposée par l'article 72 de la Constitution immédiatement applicable: voir section 1, §1. Quant aux autres exemples cités, tous tirés de la jurisprudence fiscale, on peut parfaitement considérer que quand le Conseil d'Etat affirme que le taux d'une majoration de retard doit être apprécié au regard "du but en vue duquel de telles majorations sont instituées" (Conseil d'Etat Ass 28 mai 1976 Centre technique des conserves de produits agricoles / Ets Gregory, AJDA 1977, p.94 note MODERNE), ou que le taux d'une redevance ne doit pas être "manifestement inadapté aux buts d'intérêt économique et social que le gouvernement a assignés à l'association qui en est bénéficiaire" (Conseil d'Etat Se 14 mars 1975, S.A. Quiblier et Fils, AJDA 1976, p.213 note MODERNE), il opère en réalité une pondération entre les intérêts de l'Etat ou de l'association et ceux des destinataires des mesures, contrôle somme toute assez semblable à celui effectué dans tous les cas de conciliation entre libertés individuelles et intérêt général déjà traités.

§2. Commandements d'optimisation et mise en œuvre du contrôle de proportionnalité: du niveau des normes au niveau des faits

Quand Marcel Waline notait en 1930 que le "pouvoir discrétionnaire pour apprécier l'opportunité des mesures à prendre disparaît (...) lorsque l'administration se trouve avoir à juger, pour apprécier son pouvoir de prendre telle décision, un véritable conflit de lois. Dans ce cas, en effet, il arrive ceci, que telle mesure n'est légale qu'à la condition d'être opportune"(58), il donnait naissance en France à une théorie dont il est à peine besoin de souligner, au vu des développements antérieurs, l'étonnante compatibilité avec la théorie du contrôle de proportionnalité telle qu'elle vient d'être exposée: c'est en effet, on l'a vu, ce "conflit de lois" qui entraîne le contrôle de proportionnalité, même si ce dernier peut paraître se confondre en l'appréciation en opportunité de l'autorité compétente.

Ceci étant, il faut bien sûr "adapter" quelque peu la thèse de l'éminent juriste aux conditions d'intervention du juge telles qu'on a pu les faire apparaître, afin qu'elle soit entièrement compatible avec elles.

En premier lieu, il convient de rappeler que par "lois" on entend ici "principes", "commandements d'optimisation", normes nécessitant conciliation, et pas n'importe quelle règle de droit, qui aurait pu entretenir avec la norme opposée des rapports d'exclusion.

Ensuite, il faut souligner que par "contrôle de l'opportunité" il ne faut pas comprendre la suppression de la liberté d'action de l'autorité compétente, encore moins la création d'une "compétence liée" pour l'avenir. La conciliation normative qui a lieu à la suite du conflit présenté, n'aura pas comme effet la création d'une nouvelle règle de droit régissant l'action ultérieure de la puissance publique en la matière, mais bien plus la détermination de la juste solution en droit du litige donné, et de lui seul.

Hormis ces points, il y a dans les dires de Marcel Waline une idée d'une grande importance qui apparaît en filigrane: le rapport subtil qu'entretient la distinction entre contrôle *in abstracto* et *in concreto* avec le contrôle de proportionnalité.

Que voit-on en effet?

- D'abord, une situation conflictuelle entre deux (ou plusieurs) normes juridiques *in abstracto*;

- ensuite, on voit que ce conflit en droit ne peut être résolu au seul niveau abstrait, juridique;

- finalement, qu'il peut, et doit, être résolu au niveau concret, même si cela implique l'examen du choix effectué par l'autorité compétente, à travers l'évaluation du "poids" des éléments factuels qui l'on déterminé.

Mais ce contrôle *in concreto* n'est pas un contrôle de l'opportunité. En effet, et ceci a été parfaitement vu par Marcel Waline, le "contrôle de l'opportunité" du juge en la matière n'est pas un contrôle *ex nihilo*, qui pose lui

(58) M. WALINE, Le pouvoir discrétionnaire de l'administration et sa limitation par le contrôle juridictionnel, article précité, p.222.

même arbitrairement ses conditions d'intervention. C'est le conflit normatif au niveau abstrait qui le fonde, et l'exige. En d'autres termes, la nécessité du contrôle de proportionnalité tient "à ce que les textes en contradiction ne peuvent permettre de résoudre, en eux-mêmes, la contrariété qui les oppose l'un à l'autre. Par conséquent, le juge est tenu de "descendre dans l'arène" aux fins de résoudre la contradiction, démarche rendue d'autant plus nécessaire que la solution du conflit n'est pas de faire privilégier par principe l'une des deux normes, mais au contraire de les concilier"(59).

C'est pour cette raison que l'on croit pouvoir affirmer qu'en exerçant le contrôle de proportionnalité le juge ne supprime pas le pouvoir discrétionnaire de l'autorité contrôlée. Si l'on accepte qu'elle avait un tel pouvoir de "libre appréciation" en dépit de la présence d'un "tissu normatif" qui s'imposait à elle en la matière avant l'intervention juridictionnelle, elle le conserve tout naturellement après. Et de son côté le juge n'aura fait qu'exercer le pouvoir qui lui appartient, c'est-à-dire mettre en œuvre des normes qui lui sont extérieures, et antérieures.

Certes, même si le juge fait tout ce qui dépend de lui pour exercer ce contrôle le plus objectivement possible - prendre en compte le poids propre de la norme en question, l'intensité ou la durée de l'atteinte etc - son intervention pourra toujours apparaître subjective, et dans une certaine mesure elle ne pourra que l'être.

Mais, étant permise par le tissu normatif, cette intervention ne pourra jamais être considérée comme arbitraire en droit, et même le passage d'un cas de figure non contrôlé à un contrôle normal, s'effectuera sans exercice de pouvoir normatif *ex nihilo*. C'est à cet égard que l'on peut affirmer avec S. Rials que "l'erreur de la doctrine est d'assimiler non-contrôle et pouvoir discrétionnaire [alors que] la jurisprudence semble plutôt démontrer qu'il y a des compétences liées(60) que le juge pour des raisons particulières ne souhaite pas contrôler"(61).

Bref, si le juge constitutionnel poursuit sa mission juridictionnelle naturelle en procédant à la conciliation entre les normes constitutionnelles, le juge administratif ne se substitue pas non plus à la mission propre à l'administration quand il effectue également, à son niveau, une conciliation normative; et tout en pouvant constituer une manifestation du "pouvoir discrétionnaire" du juge, l'exercice du contrôle de proportionnalité dans un domaine donné n'étouffe pas pour autant celui de la puissance publique.

Ce trait essentiel du contrôle de proportionnalité, effectué à cause de l'existence et de la nature de normes qui lui sont extérieures et donc hétérogène, est aussi la raison principale pour laquelle on a pas cru utile d'aborder en détail le débat relatif à son rang juridique au sein du droit positif français. Certes il peut être, théoriquement, implicite ou explicite, "entier" ou "réduit". Mais du point de vue de son existence et des effets qu'il entraîne, ceci est de peu d'importance: on l'a vu, si le juge souhaite tirer toutes les conséquences des normes qui supposent son intervention, il exercera forcément un contrôle de proportionnalité, qu'il le

(59) H.M. CRUCIS, Les combinaisons de normes..., thèse précitée, p.212.

(60) Etant entendu que par "compétence liée" on comprend "matière contrôlée".

(61) S. RIALS, Le juge administratif français..., thèse précitée, p.238.

dise ou pas; s'il ne le fait pas, il abandonnera à la puissance publique le soin de déterminer seule, en droit aussi, la portée des normes concernées(62).

Quelle que soit sa forme d'intervention, le contrôle de proportionnalité aura par ailleurs, dans le cas où il est exercé, la nature juridique d'une "règle", au sens où on a pu opposer cette notion à celle de "principe" ou "commandement d'optimisation"(63): on ne saurait donc lui accorder le "statut" normatif d'un "principe général du droit" comme peuvent l'être la plupart des droits fondamentaux(64).

En revanche, rien n'empêche de reconnaître un "principe général de proportionnalité", comme cela a déjà été fait pour certaines de ses formes (article 8 de la Déclaration des droits de 1789), afin de lui donner un poids et une légitimité plus évidents(65). Mais même dans un tel cas de figure, cela risque de ne pas être d'une importance capitale: on l'a déjà vu, les résultats concrets de l'intervention du contrôle de proportionnalité en Allemagne et en France ne sont pas très différents malgré la différence apparemment considérable de sa présentation contentieuse et de son rang normatif.

Conclusion du paragraphe, de la section, du chapitre et du titre: En dépit d'une impression initiale de solutions diamétralement opposées, les contentieux allemand et français du contrôle de proportionnalité apparaissent désormais très proches. Mais il nous semble pas devoir détecter là une contradiction. Il a suffi, en réalité, d'adopter une approche différente, plus précisément, d'examiner la jurisprudence française sous l'angle utilisée en Allemagne pour appréhender le contrôle de proportionnalité. L'"efficacité" de cette approche en tant que mire d'examen de la proportionnalité française ne doit pas nous étonner: elle est due à la constatation commune de l'existence de normes qu'on a définies comme "commandements d'optimisation".

Le contrôle de proportionnalité exercé par le juge français, utile et même nécessaire pour mettre en œuvre ces normes, peut ainsi prétendre, bien qu'en employant des voies a priori opposées à celles empruntées par le juge allemand, à un système qui, s'il apparaît moins cohérent, n'en est pas pour autant moins efficace.

(62) Ainsi son refus, là où il est pratiqué comme par exemple (encore dans plusieurs cas) en Angleterre, se traduit par l'abandon du "droit de regard" juridictionnel quant au fond de la matière concernée: cf. partie I, titre 1, chapitre 2, section 2, sous section 2, §1, A.

(63) Voir à ce sujet titre 2, chapitre 2, section 2, §1.

(64) Qui sont, eux, à la fois des droits subjectifs et des "commandements d'optimisation": liberté d'aller et venir, liberté de réunion, de l'association, de commerce et de l'industrie; droit au respect de la vie privée, droit de la propriété, de la grève etc...

(65) Le "principe de proportionnalité" serait alors un principe général du droit au sens où Y. GAUDEMET souligne que "(...) matériellement, un principe se caractérise comme une règle première, de portée suffisamment large, et comprenant virtuellement, à titre de conséquences, une théorie de règles juridiques qui se justifient par référence à ce principe" (Les méthodes..., thèse précitée, p.36).

CONCLUSION DE LA DEUXIEME PARTIE

Les développements qui ont précédé nous ont amené à constater l'existence du contrôle de proportionnalité au sein de tous les systèmes juridiques examinés, même si c'est à des degrés variés.

Mais surtout le plus important est, croit-on, la mise en évidence de la nature du mécanisme mis en œuvre lors de ce contrôle: un mécanisme de conciliation normative, donc juridique à part entière.

Ceci est vrai non seulement de l'Allemagne et de la France, mais aussi de l'Angleterre. A ce propos, les diverses techniques d'intervention du contrôle de proportionnalité, et notamment celle de la reasonableness "cachent", sous un couvert plus "convenable" comme celui de la "raison", une conciliation normative: liberté d'exercice d'une profession et nécessités de la discipline professionnelle(1), liberté de la circulation et sécurité publique(2), droit à gérer sa propriété et contraintes urbanistiques(3).

Pourtant si la surveillance de l'appréciation effectuée par la puissance publique peut être la même, quant à ses résultats, lorsqu'elle est effectuée sous le couvert de la "raison" ou en vertu de dispositions normatives comme sur le Continent, elle est nettement moins "aventureuse" sous sa deuxième forme. C'est peut-être ceci que motive, avant tout, les partisans d'une introduction ouverte du contrôle de proportionnalité Outre-Manche(4).

En effet, on a déjà pu montrer que le refus du juge d'effectuer un contrôle de proportionnalité pour l'examen d'une compétence a priori discrétionnaire aboutissait nécessairement à l'abdication de tout "droit de regard" de sa part. On voit maintenant que le choix d'appliquer ce contrôle ne l'amène pas pour autant en dehors de sa compétence "naturelle". Exerçant un contrôle que l'on a déjà qualifié de "juridique", il respecte à la fois son rôle au sein de la séparation des pouvoirs, et sa mission de gardien de la légalité et de protecteur de tous les intérêts juridiques en présence.

(1) Cf. R. / Barnsley Metropolitan Borough Council ex parte Hook [1976] 1 WLR p.1052, arrêt précité.

(2) Cf. R. / St. Albans Crown Court ex parte Cinnamond [1981] QB p.480, arrêt précité.

(3) Cf. Dormer / Newcastle upon Tyne Cpn. [1940] 2 KB p.204 et Niarchos Ltd / Secretary of State for the Environment [1977] 76 LGR p.480, arrêts précités.

(4) Cf. par exemple l'article précité de J. JOWELL et A. LESTER, Proportionality: Neither Novel nor Dangerous (= proportionnalité: ni nouvelle ni dangereuse...). Voir supra, partie I, titre 3, chapitre 2, §1.

CONCLUSION GENERALE

L'étude qui arrive ici à son terme ne prétend pas avoir cerné tous les aspects du contrôle de proportionnalité en France, en Allemagne et en Angleterre. En effet, s'agissant d'un sujet aussi vaste et riche, tant en raison de la multitude de ses formes que de la diversité des juridictions examinées, une extrême modestie est de rigueur. Tout au plus espère-t-on avoir souligné l'existence, sous une forme ou sous une autre et à des degrés divers, de ce contrôle au sein des systèmes juridiques examinés et avoir mis en lumière certains de ses traits les plus marquants.

Mais ce travail avait également une deuxième ambition, celle de rechercher la nature juridique commune du mécanisme de contrôle étudié. Sur ce point, plus difficile et plus subjectif aussi, l'humilité s'impose encore davantage. On pense néanmoins pouvoir avancer quelques propositions à ce sujet.

Les explications potentielles du contrôle de proportionnalité que l'on a recensé étaient au nombre de trois: un moyen souple de contrôle de l'appréciation discrétionnaire de la puissance publique, dans le but d'une "surveillance" sans heurts majeurs; une pondération entre les libertés et l'intérêt général qui le limite, avec le souci prioritaire de préserver l'essentiel de la liberté face à un interventionnisme étatique nécessaire mais potentiellement dangereux; finalement, un mécanisme général de pondération normative, tenant plus à la nature des normes qui s'opposent plutôt qu'à la volonté souveraine du juge.

C'est clairement cette dernière explication qui a eu notre faveur. Elle nous a semblé être, contrairement à la première thèse possible, suffisamment explicative et plus à même d'exposer la totalité des cas de figure examinés, ce que la deuxième explication avancée ne permettait pas.

Peut-on dire pour autant, par delà ces similitudes, que l'on tend vers un "modèle" réellement commun du contrôle de proportionnalité, notamment à travers une reconnaissance explicite de celui-ci sous la forme d'un "principe général"? Une telle évolution nous paraît possible(1), voire même souhaitable(2). De toute façon, comme on l'a déjà démontré, la mise en œuvre du contrôle de proportionnalité s'opère - déjà - selon un mécanisme commun et pour résoudre de nécessités essentiellement identiques: celles de la conciliation normative.

Cette constatation quant à la communauté conceptuelle du contrôle de proportionnalité nous amène d'ailleurs, en élargissant le débat, à formuler deux remarques concernant le contrôle juridictionnel en général.

La plus importante nous semble être celle de la légitimité juridique que le contrôle de proportionnalité - conciliation normative confère à l'examen, par le

(1) L'influence de la Cour européenne des droits de l'homme et surtout de la Cour de justice des Communautés européennes peut être essentielle sur ce point.

(2) Notamment par le "surplus" de clarté qu'une reconnaissance *eo nomine* apporterait au contrôle de proportionnalité.

juge, de toute appréciation apparemment discrétionnaire des actes des autres pouvoirs constitués.

On a en effet eu plusieurs fois l'occasion, le long de cette étude, de rappeler les deux thèses doctrinales qui tendent à expliquer le contrôle juridictionnel de l'appréciation a priori discrétionnaire de la puissance publique: l'une conférant à l'extension du contrôle juridictionnel le caractère d'un rétrécissement incessant du domaine du pouvoir discrétionnaire - du législateur ou de l'administration -, l'autre acceptant la possibilité d'un contrôle "à volonté" sans négation du caractère "discrétionnaire" de la compétence contrôlée(3).

On a pu constater qu'en dépit de ces efforts le problème principal restait entier. Dans le premier cas, il n'y a pas d'explication satisfaisante du "pouvoir normatif" du juge, seulement sa simple constatation. Dans l'autre, outre l'utilisation d'une acrobatie logique - négation de l'"effet normatif" d'une intervention juridictionnelle reconnue comme non prévue par le "tissu normatif" existant, il manque la justification juridique: en vertu de quoi, sinon d'une norme, le juge contrôlerait-il le pouvoir discrétionnaire? On aboutit ainsi, dans les deux cas, à l'image incontournable d'un "passager sans titre"(4), qui pourtant "tient tous les pouvoirs à la gorge"(5).

Or avec la théorie proposée du contrôle de proportionnalité les deux points de vue se rencontrent: le pouvoir discrétionnaire peut être contrôlé sans pour autant disparaître, dans la mesure où ce contrôle peut se fonder sur la nature de normes préexistantes(6); et le contrôle juridictionnel peut être étendu tout en demeurant juridiquement légitime.

Cela dit, comme on a pu l'évoquer, l'absence d'un quelconque "arbitraire juridictionnel" ne saurait faire oublier la nécessité de l'admissibilité "politique" du contrôle juridictionnel. On revient ici au problème plusieurs fois traité du "gouvernement des juges", autrement dit de la légitimité du contrôle des choix d'un organe élu - même indirectement - par un autre qui, lui, ne bénéficie a priori d'aucune assise démocratique(7).

C'est, on le sait, cette limite qui a le plus souvent stoppé les ardeurs du juge, que cela soit d'ailleurs à l'égard d'actions "répressives"(8) ou "progressistes"(9) de la puissance publique.

(3) Voir notamment supra partie I, titre 1, chapitre 1, section 1, sous-section 2, §2: les développements qu'on y trouve à propos du juge administratif français pourraient aisément être étendus pour englober le contrôle juridictionnel en général.

(4) J. HARDY, Le statut doctrinal de la jurisprudence en droit administratif français, article précité.

(5) M. HAURIOU, Précis de droit constitutionnel, 2e éd., Sirey, Paris 1929, p.240.

(6) Cf. supra, sp. partie II, titre 3, chapitre 2, section 2.

(7) "Comment expliquer, souligne le Doyen VEDEL au sujet du juge constitutionnel, que des juges non élus, désignés par des détenteurs d'une partie du pouvoir politique, puissent s'opposer à ce qui est, dans la personne de ses représentants, la nation souveraine": Le Conseil constitutionnel, gardien du droit positif ou défenseur de la transcendance des droits de l'Homme, Pouvoirs 1988, n° 45, p.149.

(8) Rappelons la réaction politique qui a suivi l'arrêt précité de l'assemblée du Conseil d'Etat Canal, Robin et Godot.

(9) Citons par exemple l'opposition entre la Supreme Court et le pouvoir politique américain à l'époque de la New Deal; mais il est vrai, d'une manière générale,

Or à ce propos - c'est notre deuxième remarque - on a le sentiment que les mentalités ont beaucoup évolué. Même si notre thèse ne saurait être contrée sur l'actualité, comment rester insensible à la constatation de l'attente manifestée en France à l'égard du Conseil d'Etat, tant par l'opinion publique que par le pouvoir politique, lorsqu'il a eu à se prononcer sur un choix de société par exemple dans l'affaire dite des "ichadors"(10) De même, comment ignorer la vague de contestation en Italie qui secoue le pouvoir politique élu et contre lequel la société demande au juge de se mobiliser?

Dans de telles conditions, il n'est nullement interdit de se demander si l'on s'achemine pas, comme le soutient avec force D. Rousseau, vers une "légitimité fondée sur la notion nouvelle de démocratie constitutionnelle"(11), accordant une place d'exception au juge.

Certes on est conscient que cette situation peut revêtir à terme un certain danger et qu'elle constitue, tout au moins, la manifestation d'un malaise peu enviable; ainsi le juge pourrait se voir amené à endosser un rôle qui n'est pas toujours son rôle naturel.

Ceci étant, les faits sont les faits. Et pour remplir cette tâche, le juge a aujourd'hui des outils et des possibilités dont il ne disposait pas auparavant: il peut notamment, entre autres, exercer un contrôle de fond juridiquement autorisé en utilisant le contrôle de proportionnalité tel que l'on a présenté.

Dans ce contexte juridique et politique, une idée semble faire son chemin; de l'éventualité redoutée, négative du "gouvernement des juges", on se dirige peut-être vers une réalité vécue de façon positive: le gouvernement du droit.

Si alors vient le temps où il reviendra effectivement au juge de réaliser l'idéal de l'antiquité, à savoir la "volonté constante et perpétuelle d'attribuer à chacun son dû"(12), on ne pourra qu'être frappé, encore une fois, de "l'extraordinaire stabilité" des "instruments intellectuels (...) qui, depuis plusieurs siècles, ont soutenu et encadré la pensée juridique occidentale"(13).

que tout pouvoir politique a tendance à accuser de "rôle politique" le pouvoir judiciaire quand ses actions le gênent...

(10) Cf. l'avis du Conseil d'Etat du 27 novembre 1989 sur le port du voile islamique à l'école publique et le principe de laïcité, AJDA 1990, p.39 et le circulaire du 12 décembre 1989 du Ministre d'Etat, Ministre de l'Education nationale, de la jeunesse et des sports, JO du 15 décembre 1989, p.15577.

(11) Droit du contentieux constitutionnel..., ouvrage précité, sp. p.382s. L'auteur se réfère au seul juge constitutionnel, mais c'est naturellement le pouvoir judiciaire tout entier qui se trouverait encore plus renforcé.

(12) Institutes de Justinien, cf. l'introduction de la thèse.

(13) Y. GAUDEMET, Les méthodes du juge administratif, thèse précitée, p.268.

BIBLIOGRAPHIE GENERALE

I. TRAITES, MANUELS, COURS

- ACHTERBERG, N.
Allgemeines Verwaltungsrecht, 3e éd., R.v.Decker & C.F. Müller, Heidelberg 1988.
- AUBY, J. M. - DRAGO, R.
Contentieux administratif, tome 2, LGDJ, Paris 1984.
- CANE, P.
Introduction to administrative law, Clarendon Law Series, Londres 1986.
- CHAPUS, R.
Droit administratif général, 6e éd., deux vol., Montchrestien, Paris 1992.
- CRAIG, P.
Administrative law, Londres 1983.
- DE SMITH, S.
Judicial Review of administrative action, 4e éd., Stevens and Sons, Londres 1980 (réimpression 1987).
- DUGUIT, L.
Traité de droit constitutionnel, 5 vol., 2e et 3e éd., Fontemoing, Paris 1921-1929.
- EISENMANN, C.
Cours de droit administratif, 2 vol., LGDJ, Paris 1983 (réédition).
- FORSTHOFF, E.
Traité de droit administratif allemand, traduit de l'allemand par Michel FROMONT, Bruylant, Bruxelles 1969.
- HAURIOU, M.
- *Précis de droit administratif*, 1e éd., Sirey, Paris 1893; 12e éd. (par A. HAURIOU), Sirey, Paris 1933.
- *Précis de droit constitutionnel*, 2e éd., Sirey, Paris 1929 (réédition CNRS, Paris 1965).
- JELLINEK, W.
Verwaltungsrecht, 3e éd., Springer, Berlin 1931.

JENNINGS, W. I.
The Law and the Constitution, 2e éd., University of London Press Ltd., Londres 1959.

KOCH, H.-J.
Allgemeines Verwaltungsrecht, Alfred Metzner Verlag, Frankfurt 1984.

LAUBADERE, A. DE, par VENEZIA, J.C. et GAUDEMET, Y.
Traité de droit administratif, tome 1, 12e éd., LGDJ, Paris 1992.

MAURER, H.
Allgemeines Verwaltungsrecht, 6e éd., München 1988.

MAYER, O.
Deutsches Verwaltungsrecht, 3e éd., 1924 (réédition Berlin 1969).

MÜNCH, I. VON, (sous la direction de)
Besonderes Verwaltungsrecht, 8e éd., Walter de Gruyter, Berlin 1988.
 Contributions de: I. V. MÜNCH, P. BADURA, R. BREUER, K. H. FRIAUF, I. V. MÜNCH, O. KIMMINICH, D. RAUSCHNING, T. OPPERMAN, F. RULAND, W. RUDOLF, J. SALZWEDEL, E. SCHMIDT-ABMANN.

PÜTTNER, G.
Besonderes Verwaltungsrecht, 2e éd., Werner Verlag, Düsseldorf 1984.

VEDEL, G. - DELVOLVE, P.
Droit administratif, 2 vol., 11e éd., PUF, Paris 1990.

WADE, H.W.R.
Administrative law, 6e éd., Clarendon Press, Oxford 1988.

II. AUTRES OUVRAGES (Thèses, ouvrages généraux et spécialisés, ouvrages collectifs etc.)

ADENAUER, P.
Raumplanung und Enteignung in England, thèse, Münster 1981.

AGOSTINI, E.
Droit comparé, PUF, Paris 1988.

ALEX, R.
Theorie der Grundrechte, thèse, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 1985.

ALLEN, C.K.
Law and Order, Stevens and Sons, Londres 1945.

AUBY, J. M. - BON, P.
Droit administratif des biens, Dalloz, Paris 1991.

AUBY, J. M. - FROMONT, M.
Les recours juridictionnels contre les actes administratifs spécialement économiques dans le droit des Etats-membres de la C.E.E. (colloque tenu au Conseil d'Etat français en octobre 1970 par les juridictions administratives des six états de la communauté et portant sur le contrôle juridictionnel de la politique économique dans ces états), Dalloz, Paris 1971.

AUFFERMANN, P.
Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Arbeits- und Sozialversicherungsrecht, thèse, Würzburg 1975.

BAUER, D.
Rechtliche und tatsächliche Bedeutung der Generalklausel im Bauordnungsrecht, thèse, München 1981.

BAUMGARTNER, D.
Sozialbindung des Eigentums und Enteignung in Frankreich, thèse, Bonn 1976.

BEATSON, J. - MATTHEWS, M. H.
Administrative Law, Cases and Materials, 2e éd., Clarendon press, Oxford 1989.

BEGUIN, J. C.
Le contrôle de constitutionnalité des lois en R.F.A., Economica, Paris 1982.

BERG, G. H. VON
Handbuch des Deutschen Polizeirechts, 2e éd., Hannover 1802.

BERGER, V.
Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, Sirey, Paris 1989.

BETHGE, H.
Zur Problematik von Grundrechtskollisionen, Verlag Franz Vahlen, München 1977.

BIENVENU, J. J.
L'interprétation juridictionnelle des actes administratifs et des lois: sa nature et sa fonction dans l'élaboration du droit administratif, thèse, Paris II, Paris 1979 (deux tomes).

BÖTSCH, K. W.
Das Recht zu bauen in deiner Verfassungs- und Verwaltungsrechtlichen Ausgestaltung, thèse, Würzburg 1969.

BOULOUIS, J.

Droit institutionnel des Communautés européennes, 3e éd., Montchrestien, Paris 1991.

BOULOUIS, J. - CHEVALLIER, R.-M.

Grands arrêts de la Cour de justice des Communautés européennes, tome 1, 5e éd.; tome 2, 3e éd., Dalloz, Paris 1991.

BOURGOIS, J. P.

L'erreur manifeste d'appréciation (La décision administrative, le juge et la force de l'évidence), thèse, L'espace juridique, Lille 1988.

CARRE DE MALBERG, R.

Contribution à la théorie générale de l'Etat, 2 vol., Sirey, Paris 1920 - 1922 (réédition C.N.R.S. 1962).

CHEVALLIER, J.

Sur l'élaboration historique du principe de la séparation de la jurisprudence administrative et de l'administration active, LGDJ, Paris 1970.

CLAUSSEN, H. R. - JANZEN, W.

Bundesdisziplinarordnung, Carl Heymanns Verlag KG, Köln 1985.

COING, H.

Die obersten Grundsätze des Rechts: Ein Versuch zur Neugründung des Naturrechts, Schriften der Süddeutschen Juristen-Zeitung, Heidelberg 1947.

COHEN-JONATHAN, G.

La Convention européenne des Droits de l'homme, Economica, Paris 1989.

COLLECTIF:

Xème Congrès international de droit comparé, Budapest 1978, sur le contrôle de proportionnalité; rapports dactylographiés par A. BONNARD, E. CAPPACCIOLI, P. DAGTOGLOU, F. DELPEREE, M. FROMONT, J.F. GARNER, T. STEIN, K. HEILBRONNER (voir rubrique III).

COLLECTIF:

INSTITUT FRANÇAIS DES SCIENCES ADMINISTRATIVES,

Le pouvoir discrétionnaire et le juge administratif, cahier n°16, Cujas, Paris 1978.

*Publication du colloque du 5 mars 1977 à Paris: Interventions de J. KAHN, D. LOSCHAK, D. LABETOULLE, P. WEIL, A. DE LAUBADERE, J. C. VENEZIA, P. HUET, G. BRAIBANT, P. DONDOUX, J. M. WOERHRLING, C. HEUMANN, L. MOUREAU, B. CHENOT, F. DREYFUS

COLLECTIF:

Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in europäischen Rechtsordnungen, C.F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg 1985.

*Publication du colloque franco-allemand du 26 novembre 1982 à Strasbourg: Interventions de H. KUTSCHER, G. RESS, F. TEITGEN, F. ERMACORA, G. UBERTAZZI

COLLECTIF:

Verwaltungsermessens im modernen Staat, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 1986.

*Publication du colloque du 19 septembre 1985 à Göttingen: Interventions de C. STARCK, M. BULLINGER, P.P. CRAIG, Y. GAUDEMET, R. RHINOW.

COLLECTIF:

Les pouvoirs discrétionnaires des Etats membres de la Communauté européenne dans le domaine de politique économique et leurs limites en vertu du Traité CEE, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 1987.

*Publication du colloque du 14 mai 1987 à Florence: Interventions de O. WULFF, G. SLYNN, J. SEDEMUND, M. CASPARI, G. MARENCO, F. CAPELLI, R. LAUWAARS, M. HILF, R. KOVAR, H. BRONKHORST, J. SCHWARZE, M. FROMONT, J.L. DEWOST, I. WAN BAEI.

CRAIG, P.

Public Law and Democracy in the United Kingdom and the United States of America, Oxford University Press, Oxford 1991.

CRUCIS, H.M.

Les combinaisons de normes dans la jurisprudence administrative française, contribution à l'étude du pouvoir normatif du juge de l'excès de pouvoir (préface R. HOSTIOU), thèse, LGDJ, Paris 1991.

DAVID, R.

Le droit anglais, 6e éd., PUF, collection Que sais-je?, Paris 1991.

DECHSLING, R.

Das Verhältnismäßigkeitsgebot: Eine Bestandsaufnahme der Literatur zur Verhältnismäßigkeit staatlichen Handelns, thèse, Verlag Franz Vahlen, München 1989.

DELVOLVE, P.

Le principe d'égalité devant les charges publiques (préface du doyen G. VEDEL), thèse, LGDJ, Paris 1969.

DENNING, A. Lord

- *Freedom Under the Law*, Stevens (the Hamlyn Lectures), Londres 1940.

- *The Discipline of Law*, Butterworths, Londres 1979.

- *The Closing Chapter*, Butterworths, Londres 1983.

DICEY, A. V.

- *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 10e éd., Mackmillan Press Ltd., Londres 1959 (réimpression 1982).

- *Introduction à l'étude du droit constitutionnel*, traduction française de A. BATUT et G. JEZE, Giard et Brière, Paris 1902.

DRUESNE, G.
Droit matériel et politiques de la Communauté européenne, 2e éd., PUF, Paris 1991.

DUBISSON, M.
La distinction entre la légalité et l'opportunité dans la théorie du recours pour excès de pouvoir (préface C. EISENMANN), thèse, LGDJ, Paris 1958.

EHMKE, H.
"Ermessen" und "unbestimmter Rechtsbegriff" im Verwaltungsrecht, J.C.B. Mohr, Tübingen 1960.

EMERY, C.T. - SMYTHE, B.
Judicial Review, Sweet & Maxwell, Londres 1986.

EURIEULT, C.
But et motifs des actes administratifs, thèse Paris I, Paris 1972.

FAVOREU, L. - PHILIP, L.
Les grandes décisions du Conseil constitutionnel, 6e éd., Sirey, Paris 1991.

FLEINER, F.
Les principes généraux du droit administratif allemand, traduction C. Eisenmann [titre original: Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts], Sirey, Paris 1933.

FLOGAÏTIS, S.
Administrative law et droit administratif, LGDJ, Paris 1986.

FORSTHOFF, E.
- Zur Problematik der Verfassungsauslegung, Kehlhammer, Stuttgart 1964.

- Rechtsstaat im Wandel, Verfassungsrechtliche Abhandlungen 1950-1964, Kehlhammer, Stuttgart 1964.

FORTSAKIS, T.
Conceptualisme et empirisme en droit administratif français, thèse, LGDJ, Paris 1987.

FRENZEL, M.
Das öffentliche Interesse als Voraussetzung der Enteignung, Duncker & Humblot, Berlin 1978.

FROMONT, M.
- La répartition des compétences entre les tribunaux civils et administratifs en droit allemand, thèse, LGDJ, Paris 1960.

- L'intervention des pouvoirs publics dans la vie économique, PUF, Paris 1978.

FROMONT, M. - RIEG, A.
Introduction au droit allemand, tome 1, Cujas, Paris 1978, tome 2, Cujas, Paris 1984.

GAUDEMET, Y.
Les méthodes du juge administratif, thèse, LGDJ, Paris 1972.

GEITMANN, R.
Bundesverfassungsgericht und "offene" Normen, thèse, Berlin 1971.

GENEVOIS, B.
La jurisprudence du Conseil Constitutionnel - Principes directeurs, STH, Paris 1988.

GNEIST, R. VON
Der Rechtsstaat und die Verwaltungsgerichte in Deutschland, Julius Springer, Berlin 1879.

GOLDENBERG, L.
Le Conseil d'Etat, juge de fait. Etude sur l'administration des juges, thèse, Paris 1932.

GORDON, R. J. F.
Judicial Review: Law and Procedure, Sweet and Maxwell, Londres 1985.

GRANT, M.
Urban Planning Law, Sweet & Maxwell, Londres 1982.

GUSSECK, L.
Die Zumutbarkeit- ein Beurteilungsmaßstab?, Duncker & Humblot, Berlin 1972.

HÄBERLE, P.
- Öffentliches Interesse als juristisches Problem, Athenäum Verlag, Bad Homburg 1970.

- Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz, Zugleich ein Beitrag zum institutionellen Verständnis der Grundrechte und zur Lehre vom Gesetzesvorbehalt, 3e éd., Heidelberg 1983.

HALSBURY'S LAWS OF ENGLAND (encyclopédie juridique)
4e éd., Londres 1972 (mise à jour 1989).

HAMSON, C. J.
- Executive Discretion and Judicial Control, An Aspect of the French Conseil d'Etat, Stevens and Sons (the Hamlyn Lectures), Londres 1954.

- *Pouvoir discrétionnaire et contrôle juridictionnel de l'administration, Considérations sur le Conseil d'Etat statuant au Contentieux*, traduction par A. COCÂTRE-ZILGIEN, Préface R. CASSIN, LGDJ, Paris 1958.

HAVERKATE, G.
Rechtsfragen des Leistungsstaats: Verhältnismäßigkeitsgebot und Freiheitsschutz im leistenden Staatshandeln, J.C.B. Mohr, Tübingen 1983.

HESSE, K.
Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 14e éd., Heidelberg 1984.

HEWART OF BURY, Lord
The New Despotism, Ernest Benn, Londres 1929.

HIRSCHBERG, L.
Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, Verlag Otto Schwartz & Co, Göttingen 1981.

HOSCH, R. - KOCH, H.-J.
Baurecht, Raumordnungs- und Landesplanungsrecht, Richard Boorberg Verlag, Stuttgart 1988.

JAKOBS, M.C.
Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit: Mit einer exemplarischen Darstellung seiner Geltung im Atomrecht, Carl Heymanns Verlag KG, Köln 1985.

JANZEN, W. - CLAUSSEN, H. R.
Bundesdisziplinarordnung, Carl Heymanns Verlag KG, Köln 1985.

JEANNEAU, B.
Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative, thèse, Sirey, Paris 1954.

JELLINEK, G.
System der sybjektiven öffentlichen Rechte, 2e éd., Tübingen 1905.

JOUANJAN, O.
Le principe d'égalité devant la loi en droit allemand, thèse, Economica, Paris 1992.

JOWELL J. - OLIVER, D. (sous la direction de)
New directions in Judicial Review: current legal problems, Stevens and Sons, Londres 1988.

KLEIN, W.
Zum Begriff des öffentlichen Interesses, thèse, Münster 1969.

KOCH, H.-J.
Unbestimmte Rechtsbegriffe und Ermessensermächtigungen im Verwaltungsrecht: Eine logische und semantische Studie zur Gesetzesbindung der Verwaltung, Alfred Metzner Verlag, Frankfurt 1979.

KÖNIG, K. (sous la direction de)
L'administration publique en RFA, Economica, Paris 1983.

KONDOGIORGA-THEOCHAROPOULOU, D.
Le principe de proportionnalité en droit public interne (en grec: Η Αρχή της αναλογικότητας στο εσωτερικό δημόσιο δίκαιο), Sakkoulas, Salonique 1989.

KRAUSS, R. VON
Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. In seiner Bedeutung für die Notwendigkeit des Mittels im Verwaltungsrecht, Hamburg 1955.

LADEUR, K.-H.
"Abwägung" - Ein neues Paradigma des Verwaltungsrechts, Campus Verlag, Frankfurt 1984.

LAGASSE, D.
L'erreur manifeste d'appréciation en droit administratif, essai sur les limites du pouvoir discrétionnaire de l'administration, thèse, Bruylant, Bruxelles 1986.

LANGHEINEKEN, U.
Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts unter besonderer Berücksichtigung der Judikature zu Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG, thèse, Freiburg 1972.

LARENZ, K.
- Richtiges Recht: Grundzüge einer Rechtsethik, Verlag C.H. Beck, München 1979.

- *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Springer-Verlag, Berlin 1983.

LEIBHOLTZ, G. - RINCK, H.J. - HESSELBERGER, D.
Grundgesetz (Kommentar an Hand der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts), 6e éd., Köln 1989.

LERCHE, P.
Übermaß und Verfassungsrecht. Zur Bindung des Gesetzgebers an die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und der Erforderlichkeit, Köln 1961.

LETTERON, R.
L'administré et le droit à l'information, thèse Paris X, Nanterre 1987.

LINO DI QUAL, G.
La compétence liée, thèse, LGDJ, Paris 1964.

LONG M., WEIL P., BRAIBANT G., DELVOLVE P., GENEVOIS B., *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 9e éd., Sirey, Paris 1990.

LÜCKE, J.
Die (Un-)Zumutbarkeit als allgemeine Grenze öffentlich-rechtlicher Pflichten des Bürgers, Berlin 1973.

MALZ, F.
Umweltplanung und Grundgesetz: Grundrechte und Verfassungsgrundsätze in ihren normativen Anforderungen an die Planung als Problem des Städtebaus, Duncker & Humblot, Berlin 1982.

MAKRIDIMITRIS, A.
Rationality in administration - outline of a Weberian Perspective, thèse, Athènes 1985.

MANGOLDT, H. VON - KLEIN, F. - STARCK, C.
Das Bonner Grundgesetz Kommentar, 3e éd., München 1985.

MASSOT, J. - MARIMBERT, J.
Le Conseil d'Etat, La Documentation française, Paris 1988.

MATTERA, A.
Le marché unique européen, ses règles, son fonctionnement, 2e éd., Jupiter, Paris 1990.

MAUNZ, T. - DÜRIG, G. - HERZOG, R.
Grundgesetz Kommentar, München, 4 vol. sur feuilles mobiles.

MEKHANTAR, J.
Le contrôle de proportionnalité dans l'action unilatérale de l'administration, thèse Paris II, Paris 1990.

MESTRE, A.
Le Conseil d'Etat protecteur des prérogatives de l'administration, thèse, LGDJ, Paris 1974.

MÜNCH, I. VON
Grundgesetz Kommentar, tome 1, 3e éd., München 1985; tomes 2 et 3, 2e éd., München 1983.

NÜSSGENS, K. - BOUJONG, K.-H.
Eigentum, Sozialbindung, Enteignung, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München 1987.

ODENT, R.
Contentieux administratif, 6 fascicules, Les cours de droit, Paris 1977 - 1981.

PACTEAU, B.
Le juge de l'excès de pouvoir et les motifs de l'acte administratif, thèse, LGDJ, Paris 1977.

PAVLOPOULOS, P.
La directive en droit administratif, thèse, LGDJ, Paris 1978.

PERELMAN, C.
Le raisonnable et le déraisonnable en droit, LGDJ, Paris 1984.

PERNICE, I.
Grundrechtsgehalte im Europäischen Gemeinschaftsrecht: Ein Beitrag zum gemeinschaftsimmanenten Grundrechtsschutz durch den Europäischen Gerichtshof, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 1979.

PHILIPPE, X.
Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative françaises, thèse Aix-Marseille III, Aix-en-Provence 1989.

PICARD, E.
La notion de police administrative, thèse, LGDJ, Paris 1984.

PILTZ, V.
Grundzüge des Bauordnungsrechts, Verlag W. Kohlhammer, Stuttgart 1985.

PLAGEMANN, H. - TIETZSCH, R.
"Stand der Wissenschaft" und "Stand der Technik" als unbestimmte Rechtsbegriffe, J.C.B. Mohr, Tübingen 1980.

RENGELING, H.-W.
- Rechtsgrundsätze beim Verwaltungsvollzug des Europäischen Gemeinschaftsrechts: Zu den Grundlagen des Verwaltungsvollzuges sowie zur Theorie und Konkretisierung der Rechtsgrundsätze unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsvergleichung, Carl Heymanns Verlag KG, Köln 1977.

- Die immissionsschutzrechtliche Vorsorge, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 1982.

RIALS, S.
Le juge administratif français et la technique du standard, thèse, LGDJ, Paris 1980.

ROBSON, W.A.
Justice and Administrative Law, A Study of the British Constitution, 3e éd., Stevens and Sons, Londres 1951.

ROUSSEAU, D.

- *Le contrôle de l'opportunité de l'action administrative par le juge administratif*, thèse Poitiers, Poitiers 1979.

- *Droit du contentieux constitutionnel*, 2e éd., Montchrestien, Paris 1992 (préface du doyen VEDEL).

ROUSSEAU, D. - SUDRE, F. (sous la direction de)

Conseil constitutionnel et Cour Européenne des Droits de l'Homme, STH, Nancy 1991.

* Publication du colloque du 20 janvier 1989 à Montpellier: Interventions de M.A. EISSEN, L. FAVOREU, J. GICQUEL, D. LOSCHAK, F. LUCHAIRE, P. ROLLAND, D. ROUSSEAU, F. SUDRE.

RUBEL, R.

Planungsermessen: Norm- und Begründungsstruktur, Alfred Metzner Verlag, Frankfurt 1982.

SCHLINK, B.

Abwägung im Verfassungsrecht, Berlin 1976.

SCHMITT, C.

Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924 - 1954. Materialien zu einer Verfassungslehre, 2e éd., Berlin 1973.

SINGH, M.P.

German administrative law in Common Law perspective, Springer-Verlag, Berlin 1986.

SCHNEIDER, H.

Die Güterabwägung des Bundesverfassungsgerichts bei Grundrechtskonflikten, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 1979.

SCHULTE, B.

Rechtsgüterschutz durch Bauordnungsrecht, Duncker & Humblot, Berlin 1982.

SCHWABE, J.

Probleme der Grundrechtsdogmatik, Darmstadt 1977.

SCHWARTZ, B. - WADE, H.W.R.

Legal Control of Government, Administrative Law in Britain and the United States, Butterworths, Londres 1972.

SCHWARZE, J.

Europäisches Verwaltungsrecht, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 1988.

SIEGHART, M. A.

Government by Decree, A Comparative Study of the History of the Ordinance in English and French Law, Stevens and Sons, Londres 1950.

TEITGEN-COLLY, C.

La légalité de l'intérêt financier dans l'action administrative, Economica, Paris 1981.

THORNTON, P.

Public Order Law, including the Public Order Act 1986, Financial Training Ltd., Londres 1987.

TROPER, M.

La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française, thèse, 2e éd., LGDJ, Paris 1980.

TRUCHET, D.

Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'Etat, thèse, LGDJ, Paris 1977.

VEDEL, G.

Essai sur la notion de cause en droit administratif français, thèse, Sirey, Paris 1934.

VENEZIA, J. C.

Le pouvoir discrétionnaire, thèse, LGDJ, Paris 1959.

VERRIER, J.

Le contrôle des motifs en droit administratif, thèse, Paris II, Paris 1976.

WADE, H.W.R.

Constitutional Fundamentals, Stevens and Sons (The Hamlyn Lectures), Londres 1980.

WEIL, P.

Le droit administratif, 11e éd., PUF, collection Que sais-je?, Paris 1991.

WICK, C. L.

Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Sozialversicherungsrecht, thèse, Juris Druck & Verlag, Zürich 1976.

WIEDMANN, H.

Das Planungsermessen des § 1 Abs. 7 BBauG als Unterfall des allgemeinen Verwaltungsermessens, thèse, München 1977.

III. ARTICLES. NOTES. CONCLUSIONS. CONTRIBUTIONS DIVERSES

ABBELA, P.
Note sous Conseil d'Etat 18 octobre 1989, Commune d'Aigueperse, LPA 1990, n°49, p.3.

ABRAHAM, R.
Conclusions sous Conseil d'Etat Ass 19 avril 1991, Belgacem et Babas, R.p.152.

ALDERSON, J. C.
Police and Public Order, Public Administration 1985, p.435.

ALLAN, T. R. S.
Pragmatism and Theory in Public Law, Law Quarterly Review 1988, p.422.

AMSELEK, P.
- Réflexions critiques autour de la conception kelsenienne de l'ordre juridique, RDP 1978, p.5.

- Norme et loi, Archives de philosophie du droit 1980, p.89.

- Le rôle de la pratique dans la formation du droit: Aperçus à propos de l'exemple du droit public français, RDP 1983, p.1471.

- Kelsen et les contradictions du positivisme juridique, Archives de philosophie du droit 1983, p.271.

ATIAS, C. - LINOTTE, D.
Le mythe de l'adaptation du droit au fait, D. 1977, p.251.

AUBY, J.M.
- Le contrôle juridictionnel du degré de gravité d'une sanction disciplinaire (note sous Conseil d'Etat 9 juin 1978, Lebon), RDP 1979, p.227.

- Le contrôle juridictionnel du degré de gravité d'une sanction disciplinaire (note sous Conseil d'Etat 7 novembre 1979, Mme Boury Nauron) RDP 1980, p.1449.

AUTEXIER, C.
- République fédérale d'Allemagne, Les ordonnances et les délégations législatives, RFDA 1987, p.748.

- Traduction uniforme des dénominations des juridictions de la R.F.A., RFDA 1985, p.76.

BADINTER, R. - GENEVOIS, B.
Normes de valeur constitutionnelle et degré de protection des droits fondamentaux, Rapport présenté à la VIIIe conférence des Cours constitutionnelles européennes (Ankara, 7-10 mai 1990), RFDA 1990, p.317.

BADURA, P.
Le rôle de la jurisprudence en droit public allemand, Journées de la Société de Législation Comparée 1984, p.289.

BAILEY, S.
Wilfully Obstructing the Freedom to Protest?, Public Law 1987, p.495.

BARTLSPERGER, R.
Leitlinien zur Regelung der gemeinschaftsrechtlichen Umweltverträglichkeitsprüfung unter Berücksichtigung der Straßenplanung, Deutsches Verwaltungsblatt 1987, p.1.

BAUMERT, M.
Bundesbeauftragter, Verfahrensbeschleunigung und Waffengleichheit im Asylverfahren, Die Öffentliche Verwaltung 1988, p.459.

BEATSON, J.
- The scope of Judicial Review for Error of Law, Journal of Legal Studies 1984, p.22.

- "Public" and "Private" in English Administrative Law, Law Quarterly Review 1987, p.34.

BECKER, H. J.
Das verfassungsmäßige Prinzip der Verhältnismäßigkeit, Das Recht im Amt 1977, p.212.

BECKMANN, M.
Zur Vereinbarkeit bergrechtlicher Duldungspflichten mit dem verfassungsgebotenen Grundeigentümerschutz, Die öffentliche Verwaltung 1988, p.893.

BELL, J.
- Droit public et droit privé: une nouvelle distinction en droit anglais, RFDA 1985, p.399.

- Le juge administratif anglais est-il un juge politique?, RIDC 1986, p.791.

- The expansion of judicial review over discretionary powers in France, Public Law 1986, p.99.

- L'organisation du contentieux administratif en Grande Bretagne, EDCE 1987, p.215.

- *Aspects de l'évolution récente du droit administratif en Angleterre*, EDCE 1987, p.228.

- *Equality in the Case-Law of the Conseil Constitutionnel*, Public Law 1987, p.426.

BELOFF, M.
The Boundaries of Judicial Review in Directions in Judicial Review, Stevens and Sons, Londres 1988, p.14.

BENDA, E.
Frieden und Verfassung, Archiv des öffentlichen Rechts 1984, p.1.

BENDER, B.
- *Nukleartechnische Risiken als Rechtsfrage*, Die öffentliche Verwaltung 1980, p.633.

- *Verhältnismäßigkeit und Verneindbarkeit des Verwaltungshandelns*, Neue Juristische Wochenschrift 1955, p.938.

BINGHAM, T. Sir
Should Public Law Remedies be discretionary?, Public Law 1991, p.64.

BLECKMANN, A.
L'Etat de droit dans la Constitution de la R.F.A., Pouvoirs n° 22 (R.F.A.), Paris 1982, p.8.

BLOM - COOPER, L.
The new face of Judicial Review: Administrative changes in Order 53, Public Law 1982, p.250.

BLUMENBERG, H.
Neuere Entwicklungen zu Struktur und Inhalt des Abwägungsgebots im Bauplanungsrecht, Deutsches Verwaltungsblatt 1989, p.86.

BOBBIO, N.
Kelsen et les sources du droit, Archives de philosophie du droit 1982, p.135.

BOCKEL, A.
- *Contribution à l'étude du pouvoir discrétionnaire de l'administration*, AJDA 1978, p.355.

- *Actualité et perspectives du contrôle de l'interventionnisme économique*, AJDA 1983, p.8.

BONNER, D. - STONE, R.
The Public Order Act 1986: Steps in the Wrong Direction?, Public Law 1987, p.203.

BONICHOT, J.-C.
Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire dans l'expulsion et l'extradition des étrangers, RIDC 1986, p.689.

BONNARD, A.
Le principe de proportionnalité en droit public suisse, rapport pour la Suisse lors du Xème Congrès international de droit comparé, Budapest 1978.

BONNARD, R.
La théorie de la formation du droit par degrés dans l'œuvre d'Adolf Merkel, RDP 1928, p.668.

BOULOUIS, J.
Note sous Conseil constitutionnel n° 86-208 DC des 1 et 2 juillet 1986, AJDA 1987, p.263.

BOYLE, A. E.
Political Broadcasting, Fairness and Administrative Law, Public Law 1986, p.562.

BOYNTON, J. (Sir)
Judicial Review of Administrative Decisions - a Background Paper, Public Administration 1986, p.147.

BRADLEY, A.W.
Openness, Discretion and Judicial Review, Public Law 1986, p.508.

BRAIBANT, G.
- *Conclusions sous Conseil d'Etat Se 13 novembre 1970, Sieur Lambert*, R.p.665.

- *Conclusions sous Conseil d'Etat Ass 28 mai 1971, Ministre de l'Équipement et du Logement / Fédération de défense des personnes concernées par le projet actuellement dénommé "ville Nouvelle Est"*, R.p.409; AJDA 1971 p.463; RA 1971 p.422.

- *Le principe de proportionnalité*, in *Mélanges offerts à Marcel Waline, Le juge et le droit public*, LGDJ, Paris 1974, tome 1, p.297.

- *Le droit et l'équité dans la protection des citoyens à l'égard de l'administration*, in *Mélanges Léo Hamon*, Economica, Paris 1982, p.99.

BREUER, R.
Gefahrenabwehr und Risikovorsorge im Atomrecht, Deutsches Verwaltungsblatt 1978, p.828.

BULLINGER, M.
Le pouvoir discrétionnaire de l'Administration en République fédérale d'Allemagne (traduction P. CHENUT), RFDA 1988, p.439 (partie I); RFDA 1988, p.684 (partie II).

CALDERARO, N.
Conclusions sous Tribunal administratif de Nice 17 décembre 1987, Mouvement niçois pour la défense des sites et du patrimoine et autres, RFDA 1990, p.234.

CANARIS, C.W.
Verstöße gegen das Übermaßverbot im Recht der Geschäftsfähigkeit und im Schadenersatzrecht, Juristenzeitung 1987, p.993.

CAPACCIOLI, E.
Le principe de proportionnalité, rapport pour l'Italie lors du Xème Congrès international de droit comparé, Budapest 1978, p.12.

CARTY, H.
The Legality of Peaceful Picketing on the Highway, Public Law 1984, p.600.

CHABANOL, D.
Contrôle de légalité et liberté de l'administration, AJDA 1984, p.14.

CHARBONNEAU, S.
Norme juridique et norme technique, Archives de philosophie du droit 1983, p.283.

CHEVALLIER, J.
L'Etat de droit, RDP 1989, p. 366.

CORAIL, J.-L. DE
- La notion d'activité dans le domaine de l'administration économique. Sa définition et son utilisation par le juge administratif, in *Mélanges offerts à Paul Cousinet*, éd. Université des Sciences sociales de Toulouse, Toulouse 1974, p.117.

- Le juge administratif et la qualification des interventions de l'Etat dans le domaine de l'économie, in *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Cujas, Paris 1975, p.299.

COSTA, J. P.
Le principe de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil d'Etat, AJDA 1988, p.434.

CRIPPS, Y.
Protection from Adverse Treatment by Employers: A Review of the Position of Employees who Disclose Information in the Belief that Disclosure is in the Public Interest, Law Quarterly Review 1985, p.506.

DAËL, S.
Conclusions sous Conseil d'Etat 29 avril 1988, Cuaz / Conseil National de l'ordre des médecins, AJDA 1988, p.400.

DAGTOGLOU, P.
Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Griechischen Verwaltungsrecht, rapport pour la Grèce lors du Xème Congrès international de droit comparé, Budapest 1978, p.4.

DAHLINGER, E.
Gilt der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit auch im Bereich des Leistungsverwaltung?, Die öffentliche Verwaltung 1966, p.818.

DAVID R.
- Les caractères originaux de la pensée juridique anglaise et américaine, Archives de philosophie du droit 1970, p.3.

- La doctrine, la raison, l'équité, Revue de la Recherche Juridique 1986, p.109.

DEBBASCH, C.
Déclin du contentieux administratif?, D. 1967, p.95.

DELPEREE, F.
Le principe de proportionnalité en droit public, rapport pour la Belgique lors du Xème Congrès international de droit comparé, Budapest 1978, p.16.

DELVOLVE, P.
- Service public et liberté publiques, RFDA 1985, p.1.
- Existe-t-il un contrôle de l'opportunité?, rapport du Colloque des 21 - 22 janvier 1988 "Conseil constitutionnel et Conseil d'Etat", LGDJ - Montchrestien, Paris 1989, p.269.

DENNING, A, Sir
The Way of an Iconoclast, The Journal of the Society of Public Teachers of Law 1959-60.

DIPLOCK, Lord
Administrative Law: Judicial Review Reviewed, A lecture in memory of professor de Smith, Cambridge Law Journal 1974, p.213.

DISTEL, M.
Aspects de l'évolution du contrôle juridictionnel de l'administration en Grande Bretagne, RIDC 1982, p.41.

DONDOUX, P.
Conclusions sous Conseil d'Etat Se 29 juin 1979, Malardel, R.p.294.

DREYFUS, F.
Les limitations du pouvoir discrétionnaire par l'application du principe de proportionnalité: à propos de trois jugements du Tribunal administratif de l'O.I.T., RDP 1974, p.691.

DUPEYROUX, O.

L'indépendance du Conseil d'Etat statuant en contentieux, RDP 1983, p.565.

DUTHEIL DE LA ROCHERE, J.

Contrôle juridictionnel et nouvelles protections en Grande - Bretagne, Annuaire Européen d'Administration Publique 1983, p.161.

DUTHEIL DE LA ROCHERE, J. - JOWELL J.

Les juges et le contrôle de l'administration en Grande Bretagne, RDP 1979, p.1059.

EISENMANN, C.

Note sous Conseil d'Etat Se 6 novembre 1933, Arrighi, Dame Coudert, D. 1938, III, p.6.

- Le droit administratif et le principe de légalité, EDCE 1957, p.25.

EISSEN, M. A.

Le principe de proportionnalité dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, rapport présenté lors de la visite d'une délégation de la Cour au Conseil d'Etat les 14 et 15 juin 1988, EDCE 1989, p.274.

EMERY, C.

Appellate Jurisdiction to correct Errors of Law, Law Quarterly Review 1987, p.264.

EMERY, C. - SMITH, B.

Error of Law in Administrative Law, Law Quarterly Review 1984, p.612.

ERRERA, R.

Changes in Judicial Review: an Outsider's Reflections, Public Administration 1986, p.189.

FAUGERE, J.-P.

Conclusions sous Conseil d'Etat Ass 29 juin 1990 (deux espèces), Préfet du Doubs et M. Imambaccus, RFDA 1990, p.530.

FAVOREU, L.

- Les cent premières annulations prononcées par le conseil constitutionnel, RDP 1987, p.443.

- Le droit constitutionnel jurisprudentiel (chronique de jurisprudence constitutionnelle, mars 1986 - mars 1989), RDP 1989, p.412.

FELDMAN, D.

Judicial Review: A Way of controlling Government?, Public Administration 1988, p.21.

FISCHER, A.

- La justice administrative allemande, RDP 1968, p.1060.

- Le contrôle juridictionnel de la légalité de l'action administrative en République fédérale d'Allemagne, RFAP 1984 (n° 30), p.7.

FORSYTH, C. F.

- Beyond O'Reilly v Mackman: The Foundations and Nature of Procedural Exclusivity, Cambridge Law Journal 1985, p.415.

- The Scope of Judicial Review: "Public Duty" not "Source of Power", Public Law 1987, p.356.

FRANC, M.

Conclusions sous Conseil d'Etat 27 mai 1981, Wahnape, AJDA 1981, p.476.

FREDMAN, S. - MORRIS, G.

Civil Servants: A Contract of Employment?, Public Law 1988, p.58.

FROMM, G.

Praktische Probleme des Planfeststellungsverfahrens beim Eisenbahn- und Straßenbahnbau, Die öffentliche Verwaltung 1988, p.1035.

FROMONT, M.

- Chroniques de jurisprudence de la R.F.A.:
RDP 1969, p.197; RDP 1969, p.621; RDP 1969, p.896; RDP 1970, p.535; RDP 1970, p.1353; RDP 1971, p.1411; RDP 1972, p.135; RDP 1972, p.1107; RDP 1972, p.1443; RDP 1975, p.109; RDP 1976, p.187; RDP 1977, p.335; RDP 1977, p.1283; RDP 1978, p.395; RDP 1978, p.1549; RDP 1979, p.1645; RDP 1980, p.117; RDP 1981, p.363; RDP 1981, p.973; RDP 1982, p.1042; RDP 1983, p.929; RDP 1984, p.1555; RDP 1987, p.1199; RDP 1989, p.91; RDP 1991, p.121; RDP 1992, p.1043.

- Le principe de proportionnalité, rapport pour la France lors du Xème Congrès international de droit comparé, Budapest 1978, p.5.

- Le juge constitutionnel, Pouvoirs n° 22 (R.F.A.), Paris 1982, p.41.

- Contrôle Juridictionnel et nouvelles protections en R.F.A., Annuaire Européen d'Administration Publique 1983, p.60.

- République fédérale d'Allemagne: l'Etat de droit, RDP 1984, p.1203.

FUNKE, H. F.

Die Lenkbarkeit von Abwägungsvorgang und Abwägungsergebnis zugunsten des Umweltschutzes, Deutsches Verwaltungsblatt 1987, p.511.

GARNER, J. F.

- *The principle of proportionality*, rapport pour l'Angleterre lors du Xème Congrès international de droit comparé, Budapest 1978, p.12.

- *The Wednesbury Principle*, Solicitors' Journal n° 129, 1985, p.839.

GAUDEMET, P.

La séparation des pouvoirs: mythe et réalité, D. 1961, chr., p.121.

GAUDEMET, Y.

- *Le pouvoir discrétionnaire de l'administration moderne*, in *Verwaltungsermessen im modernen Staat*, Nomos Verlagsgesellschaft, Tübingen 1986, p.113.

- *Les bases constitutionnelles du contentieux administratif*, RDP 1987, p.1341.

- *L'indépendance des professeurs d'université, principe commun des droits constitutionnels européens*, D. 1984, p.125; RFDA 1984, p.100.

- *Le règlement intérieur des entreprises selon la jurisprudence administrative récente*, RFDA 1987, p.863.

GENEVOIS, B.

Conclusions sous Conseil d'Etat Ass 30 janvier 1980, Ministre de l'Intérieur / S.A. librairie F. Maspero, AJDA 1980, p.242.

GENTOT, M.

Conclusions sous Conseil d'Etat 22 février 1974, Adam et autres, RDP 1975, p.486.

GENZ, M.

Zur Verhältnismäßigkeit von Grundrechtseingriffen, Neue Juristische Wochenschrift 1968, p.1600.

GERARD, P.

Les tribunaux administratifs britanniques, AJDA 1991, p.3.

GERN, A.

Die Ermessensreduzierung auf Null, Deutsches Verwaltungsblatt 1987, p.1194.

GERONDAS, A.

Le principe de proportionnalité en droit allemand (en grec: Η Αρχή της αναλογικότητας στο γερμανικό δίκαιο), To Syndagma 1983, p.20.

GOGUEL, F.

Objet et portée de la protection des droits fondamentaux: Conseil Constitutionnel français, RIDC 1980, p.433.

GOHIN, O.

Le droit des examens et des concours. Les apports de la jurisprudence récente, RDP 1988, p.1467.

GOLDRING, J.

Contrôle de l'administration et Rule of Law en Australie, RFAP 1984, p.45.

GRABITZ, E.

Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, Archiv des öffentlichen Rechts 1973, p.569.

GRIEF, N.

The domestic impact of the European Convention of Human Rights as mediated through Community Law, Public Law 1991, p.555.

GRIFFITHS, J.

Australian Administrative Law: Institutions, Reforms and Impact, Public Administration 1985, p.445.

GROSSER, A.

Cours constitutionnelles et valeurs de référence. A propos de décisions sur l'avortement, Pouvoirs n° 13 (Le Conseil constitutionnel), Paris 1991, p.124.

GUEVEL, D.

Séparation des pouvoirs: mythe ou Mythe?, LPA n° 116, 1990, p.4.

GUIBAL, M.

De la proportionnalité, AJDA 1978, p.477.

GURUSWAMY, L. D.

English Law and Administration: Recalling a Jurisprudential Legacy, Law Quarterly Review 1986, p.424.

GURUSWAMY, L. D. - TROMANS, S.

Judicial Review: The Great Leap Forward?, New Law Journal, n° 137, 1987, p.597.

HABIB, L.

La notion d'erreur manifeste d'appréciation dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel, RDP 1986, p.695.

HABSCHEID, W.

Les cours supérieures en RFA et la distinction du fait et du droit devant les juridictions suprêmes en France et en Allemagne, RIDC 1968, p.79.

HAILBRONNER, K.

The principle of proportionality, rapport de synthèse lors du Xème Congrès international de droit comparé, Budapest 1978.

HARDY, J.

Le statut doctrinal de la jurisprudence en droit administratif français, RDP 1990, p.453.

HAURIOU, A.

Le pouvoir discrétionnaire et sa justification, in *Mélanges R. Carré de Malberg*, Sirey, Paris 1933, p.231.

HAURIOU, M.

- *Note sous Conseil d'Etat 31 janvier 1902*, *Grazzietti*, S. 1903, III, p.113.

- *Note sous Conseil d'Etat 4 avril 1914*, *Gomel*, S. 1917, III, p.25.

HENRY, J. P.

Une nouvelle fonction pour l'erreur manifeste, AJDA 1979, p.17.

HEUMANN, C.

Dix ans de jurisprudence du Conseil d'Etat, EDCE 1976, p.17.

HOGSON, J.

Domaine du contrôle juridictionnel de l'administration, EDCE 1986, p.253.

HOSTIOU, R.

A propos de la liberté d'expression cinématographique, in *Mélanges Charlier*, Paris 1981, p.793.

HUBER, H.

- *Über den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Verwaltungsrecht*, Zeitschrift für schweizerisches Recht 1977, p.1.

- *Der Immissionsschutz im Brennpunkt modernen Verwaltungsrechts: Fünfzehn Jahre Bundes-Immissionsschutzgesetz*, Archiv des öffentlichen Rechts 1989, p.252.

JACKSON, P.

Licences, Natural Justice and Public Law, Law Quarterly Review 1986, p.24.

JAQUE, J. P.

Communauté européenne et Cour européenne des droits de l'homme, in *L'Europe et le droit*, in *Mélanges en hommage à Jean Boulouis*, Dalloz, Paris 1991, p.325.

JOWELL J. - LESTER A.

- *Beyond Wednesbury: Substantive Principles of Administrative Law*, Public Law 1987, p.368.

- *Proportionality: Neither Novel, nor Dangerous*, in *New directions in Judicial Review, current legal problems*, Stevens and Sons, Londres 1988, p.51.

KAHN, J.

- *Conclusions sous Conseil d'Etat 22 novembre 1967*, *Dlle Chevreau*, Droit Ouvrier 1968, p.113.

KERRY, M. Sir

Administrative Law and Judicial Review - the Practical Effects of Developments over the last 25 Years on Administration in Central Government, Public Administration 1986, p.163.

KINDER, P.

Sur la liberté de la presse en Grande Bretagne (de l'affaire Sunday Times à l'affaire Harriet Harman), RDP 1983, p.285.

KOCH, H.-J.

- *Das Abwägungsgebot im Planungsrecht*, Deutsches Verwaltungsblatt 1983, p.1125.

- *Abwägungsvorgang und Abwägungsergebnis als Gegenstände gerichtlicher Plankontrolle*, Deutsches Verwaltungsblatt 1989, p.399.

KÖNIG, H.-G.

- *Verfassung und Verwaltung im Eingriffsrecht*, Bayerische Verwaltungsblätter 1983, p.161.

- *Der Grundsatz vom Vorbehalt des Gesetzes und die Ergänzung des Normbestands für Eingriffsakte*, Bayerische Verwaltungsblätter 1988, p.171.

KOOPMANS, T.

European Public Law: Reality and Prospects, Public Law 1991, p.53.

KORNPROBST, B.

- *La compétence liée*, RDP 1961, p.60.

- *L'erreur manifeste*, D. 1965, chr., p.121.

LABETOULLE, D.

- *Conclusions sous Conseil d'Etat 20 novembre 1974*, *Epoux Thony et époux Hartmann-Six*, RA 1975, p.373.

- *Conclusions sous Conseil d'Etat Se 23 mars 1979*, *Commune de Bouchemaine*, R.p.127; AJDA 1979, p.80.

LAGRANGE, L.

La jurisprudence sociale de la Cour Européenne des Droits de l'Homme, LPA 1990, n° 57, p.3.

LATOURNERIE, R.

- *Conclusions sous Conseil d'Etat 5 juillet 1929*, *Ministre du travail*, RDP 1931, p.319.

- *Essai sur les méthodes juridictionnelles du Conseil d'Etat*, in *Livre jubilaire du Conseil d'Etat*, Sirey, Paris 1952, p.177.

- *Sur un Lazare juridique: bulletin de santé de la notion de service public; agonie, convalescence ou jouvence*, EDCE 1960, p.61.

LAUBADERE, A. DE

Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire dans la jurisprudence récente du Conseil d'Etat, in *Mélanges offerts à Marcel Waline, Le juge et le droit public*, tome 2, LGDJ, Paris 1974, p.531.

LEBRETON, G.

L'origine des cas d'ouverture du REP d'après les remontrances des parlements au XVIII^e siècle, RDP 1986, p.1599.

LEFAS, A.

Essai de comparaison entre le concept de "natural justice" en droit administratif anglo-saxon et les "principes généraux du droit" ainsi que les "règles générales de procédure" correspondants en droit administratif français, RIDC 1978, p.745.

LEMASURIER, J.

Vers un nouveau principe général du Droit ? Le principe du bilan coûts-avantages, in *Mélanges offerts à Marcel Waline, Le juge et le droit public*, tome 2, LGDJ, Paris 1974, p.551.

LINOTTE, D.

Déclin du pouvoir jurisprudentiel et ascension du pouvoir juridictionnel en droit administratif, AJDA 1980, p.632.

LOHMANN, H.

Die Praktikabilität des Gesetzvollzuges als Auslegungstopos im Verwaltungsrecht, Archiv des öffentlichen Rechts 1975, p.415.

LÜCKE, J.

Die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und der Zumutbarkeit, Die öffentliche Verwaltung 1974, p.769.

MARX, F.

Le juge et l'exécutif en Grande Bretagne, RDP 1977, p.1237.

Mck LAWS, J. G.

Judicial Review: The Ghost in the Machine: Principle in Public Law, Public Law 1989, p.28.

MESCHERIAKOFF, A.-S.

La notion de principe général du droit dans la jurisprudence récente, AJDA 1976, p.600.

MICHOUD, L.

Etude sur le pouvoir discrétionnaire, Revue générale de l'Administration, 1914, tome III, p.6s.; 1915, tome I, p.5s.

MICLO, F.

Le principe d'égalité et la constitutionnalité des lois, AJDA 1982, p.115.

MORISOT, M.

Conclusions sous Conseil d'Etat Ass 20 octobre 1972, Société Civile Sainte Marie de l'Assomption, R.p.657; RDP 1973, p.843.

MULLER, P.

Le principe de proportionnalité, Zeitschrift für schweizerisches Recht 1978, p.197.

NERI, S.

Le principe de proportionnalité dans la jurisprudence de la Cour relative au droit communautaire agricole, R.T.D.E. n°3, 1981, p.652.

OERTZEN, H. J.

Le contrôle juridictionnel de l'administration, in *L'administration publique en R.F.A.*, Economica, Paris 1983, p.361.

OLIVER, D.

Is the Ultra Vires Rule the Basis of Judicial Review?, Public Law 1987, p.543.

ORTLOFF, K. -M.

Die Entwicklung des Bauordnungsrechts, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 1989, p.615.

OSSENBUHL, F.

Der polizeiliche Ermessens- und Beurteilungsspielraum: Zur Dogmatik von Gefahrenabwehrentscheidungen, Die öffentliche Verwaltung 1976, p.463.

OTIS, G.

The Public/Private Distinction in Canadian Constitutional Law, Public Law 1987, p.516.

PARKER, E.

State and official Liability, Harvard Law Review 1905, p.335.

PASBECQ, C.

De la frontière entre la légalité et l'opportunité dans la jurisprudence du juge de l'excès de pouvoir, RDP 1980, p.803.

PEIRIS, G. L.

- Wednesbury unreasonableness: the expanding canvas, Cambridge Law Journal 1986, p.30.

- *The Administrative Appeals Tribunal of Australia: the first decade*, Legal Studies 1986, p.303.

- *Jurisdictional Review and Judicial Policy: the Evolving Mosaic*, Law Quarterly Review 1987, p.66

- *Judicial Review and immigration policy: Emerging Trends*, Legal Studies 1988, p.20.

PERELMAN, C.

Le raisonnable et le déraisonnable en droit, Archives de philosophie du droit 1978, p.35.

PFEIFER, M.

Regeln und Prinzipien im Bauplanungsrecht: Überlegungen zu einem inneren System der Abwägungslehre am Beispiel des Grundsatzes der Konfliktbewältigung, Deutsches Verwaltungsblatt 1989, p.337.

PICARD, E.

Commentaire de la décision du Conseil constitutionnel n° 92-312 DC du 2 septembre 1992, JCP 1993, I, n°3645, p.43.

PÜTTNER, G.

Der Rechtsstaat und seine offenen Probleme, Die öffentliche Verwaltung 1989, p.137.

RAWLINGS, H. F.

Judicial Review and the "Control of Government", Public Administration 1986, p.135.

REID, Lord

The Judge as Law Maker, Journal of the Society of Public Teachers of Law 1972-73, p.26.

REGLADE, M.

Du prétendu contrôle juridictionnel de l'opportunité en matière de recours pour excès de pouvoir, RDP 1925, p.363.

RIALS, S.

Sur une distinction contestable et un trop réel déclin, AJDA 1981, p.115.

RIEGEL, R.

Die Bedeutung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit und der Grundrechte für das Polizeirecht, Bayerische Verwaltungsblätter 1980, p.557.

RIVERO, J.

- *Le juge administratif français: un juge qui gouverne*, D. 1951, chr., p.21.

- *Le juge administratif: Gardien de la légalité administrative ou gardien administratif de la légalité?*, in *Mélanges offerts à Marcel Waline, Le juge et le droit public*, LGDJ, Paris 1974, tome 2, p.701.

ROMIEU, J.

- *Conclusions sous Conseil d'Etat 30 novembre 1906*, Jacquin, R.p.862.

- *Conclusions sous Conseil d'Etat 10 février 1905*, Tomaso Grecco, R.p.139; D. 1906, p.381.

ROUGEVIN BAVILLE, M.

- *Conclusions sous Conseil d'Etat Ass 18 juillet 1973*, Ville de Limoges, RDP 1974, p.559.

- *Conclusions sous Conseil d'Etat Se 25 janvier 1980*, Cadiaga, R.p.44.

ROUSSEAU, D.

Chronique de jurisprudence constitutionnelle juillet 1989 - août 1991, RDP 1992, p.37.

RUPP, H.

Objet et portée de la protection des droits fondamentaux dans la jurisprudence du Tribunal constitutionnel fédéral allemand, RIDC 1980, p.449.

SAVINAS - HUBERTY, M.H.

La notion de compatibilité et le droit de l'urbanisme, LPA 1991, n° 22, p.2.

SCHMITT, C.

Die Tyrannei der Werten, in *Säkularisation und Utopie*, Festschrift für E. Forsthoff, Berlin 1967, p.37.

SCHMIDT-EICHSTAEDT, G.

Ermessen, Beurteilungsspielraum und eigenverantwortliches Handeln der Verwaltung, Archiv des öffentlichen Rechts 1973, p.173.

SIEDENTORF, H.

L'administration publique de la République Fédérale d'Allemagne, Annuaire Européen d'Administration Publique 1987, p.27.

STARCK, C.

La jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale concernant les droits fondamentaux, RDP 1988, p.1263.

STEIN, T.

Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, rapport pour l'Allemagne lors du Xème Congrès international de droit comparé, Budapest 1978.

SUNKIN, M.

What is happening to Applications for Judicial Review?, Modern Law Review 1987, p.432.

TEITGEN, F.

Le principe de proportionnalité en droit français, in Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in europäischen Rechtsordnungen, C.F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg 1985, p.53.

TIMSIT, G.

Compétence liée et principe de légalité, D. 1964, chr., p.217.

THOMANN, M.

Un modèle de rationalité idéologique: le "rationalisme" des Lumières, Archives de philosophie du droit 1978, p.131.

TROPER, M.

La pyramide est toujours debout, RDP 1978, p.1523.

TURPIN, D.

La loi du 6 juillet 1992 sur la zone d'attente des ports et aéroports, LPA 1992, n° 134, p.11.

VEDEL, G.

- *Les bases constitutionnelles du droit administratif*, EDCE 1954, p.21.

- *Le Conseil constitutionnel, gardien du droit positif ou défenseur de la transcendance des droits de l'homme*, Pouvoirs n° 13 (Le Conseil constitutionnel), Paris 1991, p.209.

VEDEL, G. (sous la présidence de)

Rapport remis au Président de la République le 15 février 1993 par le Comité consultatif pour la révision de la Constitution, JO du 16 février 1993, p.2537.

VERGES, J

Droits fondamentaux de la personne et principes généraux du droit communautaire, in *L'Europe et le droit. Mélanges en hommage à Jean Boulouis*, Dalloz, Paris 1991, p.513.

VIDAL-DURUPTY, A.

Regards sur l'administration allemande, RA 1984, p.190.

VILLEY, M.

Travaux récents sur les droits de l'homme, Archives de philosophie du droit 1981, p.411.

WACHSMANN, P.

Note sous Conseil constitutionnel n° 90-283 DC du 8 janvier 1991, AJDA 1991, p.382.

WADE, H.W.R.

Procedure and Prerogative in Public Law, Law Quarterly Review 1985, p.180.

WAHLENDORF, H.A.

Les notions de right reason et de reasonable man en droit anglais, Archives de philosophie du droit 1978, p.43.

WALINE, J.

L'évolution du contrôle de l'administration depuis un siècle, RDP 1984, p.1327.

WALINE, M.

- *Le pouvoir discrétionnaire de l'administration et sa limitation par le contrôle juridictionnel*, RDP 1930, p.197.

- *Etendue et limites du contrôle du juge administratif sur les actes de l'administration*, EDCE 1956, p.25.

WARBRICK, C.

Reasonableness and the Decision to Extradite: Re Kirkwood, Public Law 1984, p.539.

WASS, D.

Checks and Balances in Public Policy Making, Public Law 1987, p.181.

WENDT, R.

Der Garantiegehalt der Grundrechte und das Übermaßverbot, Archiv des öffentlichen Rechts 1979, p.414.

WILBERFORCE, Lord

Traits caractéristiques du droit anglais, rapport britannique lors de la rencontre entre des membres de Hautes juridictions d'Outre-Manche et de membres du Conseil d'Etat (septembre 1986), EDCE 1987, p.244.

WITTIG, P.

Zum Standort des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im System des Grundgesetzes, Die öffentliche Verwaltung 1968, p.817.

WOLFF, H. J.

Rechtsgrundsätze und verfassungsgestaltende Grundentscheidungen als Rechtsquellen, in *Festschrift für W. Jellinek*, München 1955, p.33.

WOOLF, H. Sir

- *Public Law - Private Law: Why the divide? A personal view*, Public Law 1986, p.220.

- *Judicial Review: A possible Programme for Reform*, Public Law 1992, p.221.

ZIMMERLI, V.

Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im öffentlichen Recht, Zeitschrift für schweizerisches Recht 1978, p.1.

TABLE DES MATIERES

PREFACE	XVII
INTRODUCTION GENERALE	1
PREMIERE PARTIE. DECRIRE LES DIVERGENCES DU CONTROLE DE PROPORTIONNALITE.....	11
TITRE 1. La proportionnalité implicite: France.....	13
Chapitre 1. Le contrôle de proportionnalité, moyen d'étendre le contrôle juridictionnel sur le pouvoir discrétionnaire de l'administration	14
Section 1. Pouvoir discrétionnaire et juge administratif: rappel	14
Sous-section 1. La séparation des fonctions aux dépens du pouvoir judiciaire	15
§1. Une certaine idée de la séparation des pouvoirs.....	15
A. Loi et séparation des pouvoirs	15
a. Balance des pouvoirs.....	17
b. Spécialisation des autorités.....	18
B. Séparation des pouvoirs et juge.....	19
§2. Une certaine conception des rapports entre l'administration et son juge	20
A. La compréhension française du pouvoir discrétionnaire	21
a. Pouvoir discrétionnaire et norme juridique.....	21
b. La manifestation du pouvoir discrétionnaire n'est pas à confondre avec son origine	22
B. La position de principe du rôle du juge administratif: le butoir théorique de l'opportunité	23

Sous-section 2. La réalité du contrôle juridictionnel	26
§1. Le rôle effectif de la jurisprudence.....	27
A. Le rôle prétorien du Conseil d'Etat.....	27
B. Le détachement du juge administratif de la norme écrite.....	28
§2. La délimitation du pouvoir discrétionnaire par le juge administratif.....	29
A. Le juge peut réduire le pouvoir discrétionnaire	30
B. Le juge peut-il "contrôler" le pouvoir discrétionnaire?.....	33
Section 2. L'intervention du rapport de proportionnalité dans le	
contrôle juridictionnel de l'administration.....	38
Sous-section 1. Proportionnalité et doctrine.....	39
§1. La vision traditionnelle du contrôle de proportionnalité.....	40
A. Les représentants de cette position doctrinale	40
a. La conception de R. Latournerie.....	40
b. La conception de G. Braibant	41
c. La conception de M. Guibal	42
d. La conception d'A. Bockel	42
e. La conception de J. P. Costa.....	43
f. La conception de J. Mekhantar.....	44
g. Les conceptions dégagées des manuels	44
B. Les points essentiels de la conception traditionnelle du contrôle	
de proportionnalité: une amorce de critique.....	48
a. Quant au domaine d'intervention du contrôle de proportionnalité.....	48
b. Quant aux moyens d'intervention du contrôle de proportionnalité	49
c. Quant au mécanisme du contrôle de proportionnalité.....	49
§2. La vision "large" du contrôle de proportionnalité.....	50
A. La conception de J. J. Bienvenu.....	50
B. La conception de X. Philippe.....	51
Sous-section 2. Une notion à visages multiples	54
§1. Proportionnalité - appréciation et pouvoir discrétionnaire:	
la proportionnalité moyen "autonome" de contrôle.....	54
§2. Proportionnalité - interprétation et contrôle normal:	
la proportionnalité moyen de qualification.....	56
§3. Premières conclusions sur le contrôle de proportionnalité: un moyen	
de contrôle potentiellement étendu, à la maîtrise du juge.....	59

Chapitre 2. La mise en œuvre du contrôle de proportionnalité.	63
Section 1. Les techniques juridictionnelles permettant l'intervention	
du contrôle de proportionnalité.....	63
Sous-section 1. Les techniques d'intervention de la	
proportionnalité - interprétation	64
§1. Le détournement de pouvoir	64
§2. La qualification juridique des faits.....	66
A. L'interprétation des normes écrites.....	67
a. Une condition légale supplémentaire.....	67
b. Une aide à l'interprétation d'un concept qualificateur.....	67
B. L'interprétation des principes généraux du droit.....	69
a. La mise en œuvre du principe d'égalité	69
b. L'interprétation des autres principes généraux du droit	71
§3. L'erreur manifeste de qualification.....	73
Sous-section 2. Les techniques d'intervention de la	
proportionnalité - appréciation	75
§1. L'erreur manifeste d'appréciation.....	75
§2. Le contrôle de la nécessité ou l'interdiction d'excès.....	78
§3. Le contrôle du bilan "coûts-avantages"	81
A. La technique du bilan.....	81
a. Absence de séparation entre intérêts publics et intérêts	
privés.....	81
b. Evaluation des avantages et des inconvénients	83
B. Combinaison de l'interdiction d'excès et du bilan	84
Section 2. La portée du contrôle de proportionnalité.....	86
Sous-section 1. Les domaines d'intervention du contrôle de	
proportionnalité	86
§1. Les mesures de police administrative.....	86
§2. Les "droits du travail"	89
A. Le droit de grève et le contrôle des entreprises privées.....	89
B. Le contentieux des salariés protégés	90
§3. La fonction publique.....	92
§4. Le contentieux de l'urbanisme.....	94
A. L'expropriation pour cause d'utilité publique.....	95
B. L'expansion du contrôle du bilan	97
C. Les autres domaines de l'urbanisme.....	99

Sous-section 2. Les effets de l'application du contrôle de proportionnalité	102
§1. Un contrôle ponctuel et empirique	102
A. Un contrôle généralisé?	102
B. Un contrôle arbitraire?	105
§2. Une surveillance discrète de l'appréciation administrative	107
A. Un contrôle adapté au cas concret	107
B. Une logique d'ensemble: un contrôle souple du pouvoir discrétionnaire	110

TITRE 2. La proportionnalité principe constitutionnel affiché: Allemagne

Chapitre 1. Le contrôle de proportionnalité, instrument d'équilibre entre intérêts privés et intérêt général dans le cadre du contrôle de la constitutionnalité

Section 1. Des préoccupations concurrentes: la protection des droits subjectifs et de l'efficacité étatique	118
§1. Le souci d'une protection efficace des droits subjectifs	119
A. La primauté du droit et du juge	119
a. Un terrain doctrinal et normatif favorable au pouvoir judiciaire	120
b. "Démocratie combattante" et place du pouvoir judiciaire	124
B. Les droits fondamentaux, limite de l'action étatique	126
a. Les droits fondamentaux garantis par la Constitution: des droits publics subjectifs directement opposables	126
b. Extension du nombre et de la signification des droits fondamentaux: un système de valeurs objectives	130
§2. Le souci de l'efficacité étatique	134
A. La conception allemande de l'intérêt général, motif de limitation des libertés	135
a. Une notion concrète	135
b. Une notion monolithique	136
c. Une notion absolue	137
B. La limitation des droits reconnus par la Constitution pour des motifs d'intérêt général	138
a. Les limitations proprement constitutionnelles	139

b. La limite de la loi	140
Section 2. Le contrôle de proportionnalité, limite aux restrictions des libertés reconnues par la Constitution	143
§1. Un mécanisme de modération au service de la liberté individuelle	144
A. Fondement du principe de Verhältnismäßigkeit: la nature même des droits fondamentaux	144
B. Pondération entre liberté et intérêt général	147
C. Mise en œuvre par le juge constitutionnel	149
§2. Un principe constitutionnel incontesté	153
A. Droits fondamentaux soumis à des limitations légales sans directive constitutionnelle précise	153
B. Droits fondamentaux soumis à des limitations légales uniquement sous certaines conditions constitutionnelles	154
C. Droits fondamentaux ne pouvant être limités en vertu d'une loi	155
Chapitre 2. La portée du contrôle constitutionnel de la proportionnalité	159
Section 1. L'application du contrôle de proportionnalité	160
§1. Les éléments du principe de Verhältnismäßigkeit	160
A. Le contrôle de l'aptitude	161
B. Le contrôle de la nécessité	163
C. Le contrôle de la proportionnalité au sens strict	166
§2. Une intervention générale du principe constitutionnel de Verhältnismäßigkeit	168
A. Intervention du contrôle de proportionnalité à tous les niveaux de l'activité normative	169
B. Contrôle in concreto	172
Section 2. Les effets: un contrôle rigoureux	174
§1. L'ampleur des effets de l'application du principe de Verhältnismäßigkeit par le juge constitutionnel allemand	174
A. Application directe	174
a. La liberté générale de la personne	175
b. Les autres libertés de la personne	178
c. Les libertés économiques	180
d. Le principe d'égalité	182
B. Effets indirects	184

§2. Les limites du contrôle constitutionnel de Verhältnismäßigkeit.....	186
A. Limites conceptuelles	186
a. Confusion terminologique et épistémologique	187
b. Conflit entre droits fondamentaux	189
B. Limites pratiques (de mise en œuvre).....	190
TITRE 3. La proportionnalité refusée: Angleterre.....	195
Chapitre 1. Les conséquences d'une tradition d'empirisme.....	196
Section 1. L'insularité du droit anglais: une spécificité héréditaire	196
§1. Le refus du droit romain	197
A. Un droit jurisprudentiel	197
a. Prépondérance de la "Common Law".....	198
b. La règle du précédent ("Stare decisis")	199
B. Un droit procédural	201
§2. L'impossible refus de la summa divisio continentale (droit public - droit privé)	203
A. Le système des prerogative writs.....	204
B. Dicey et la Rule of Law: l'orgueil du système unitaire anglais.....	206
C. La pesanteur de l'héritage diceyen	208
Section 2. La spécificité actuelle du droit administratif anglais.....	210
§1. L'évolution	211
A. Contrôle juridictionnel et contrôle de l'administration: le système des administrativen tribunals.....	211
a. Présentation et le rôle des administrativen tribunals.....	212
b. Une jurisprudence des administrativen tribunals?.....	212
B. Contrôle juridictionnel de l'administration et droit administratif: la création de la procédure de Judicial Review.....	214
§2. La profondeur de l'évolution: le droit administratif anglais et le pouvoir discrétionnaire	217
A. La distinction légalité - opportunité traditionnelle: le principe d'"ultra vires"	218
B. Le principe traditionnel de contrôle de l'action administrative semble dépassé	219
C. La distinction légalité - opportunité n'est que partiellement dépassée	222

Chapitre 2. La problématique anglaise sur le contrôle de proportionnalité	226
Section 1. Vers un nouveau cas d'ouverture?.....	226
§1. Le débat doctrinal	227
§2. La réponse jurisprudentielle: un refus, au moins apparent.....	231
A. La règle générale: pas de contrôle de proportionnalité	232
B. La porte ouverte à l'application expresse?	235
C. Le refus demeure dominant.....	236
Section 2. Les raisons du refus	239
§1. La conception anglaise du contrôle de proportionnalité	239
§2. L'opposition de cette idée avec la fonction qu'est encore celle de la Judicial Review	241
CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE.....	245
DEUXIEME PARTIE. DEGAGER LA CONVERGENCE DU CONTROLE DE PROPORTIONNALITE	247
Chapitre préliminaire. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et des juridictions communautaires: un début de convergence.....	249
Section 1. Un principe incontesté du contrôle juridictionnel du juge européen et communautaire.....	250
§1. Cour européenne des droits de l'homme et contrôle de proportionnalité	250
§2. Cour de justice des Communautés européennes et contrôle de proportionnalité	258
Section 2. Les influences réciproques dans la mise en œuvre du contrôle de proportionnalité	265
§1. Influence des juridictions européennes sur l'application du contrôle de proportionnalité par les juridictions nationales	265
§2. Influence des juridictions nationales sur la conception de proportionnalité véhiculée par le juge européen	270
A. La logique de la liberté individuelle face à l'intérêt général	271

B. La logique du bilan coûts-avantages et du contrôle du pouvoir discrétionnaire	274
--	-----

TITRE 1. La proportionnalité souterraine en Angleterre: l'impossibilité du refus du contrôle de proportionnalité..... 279

Chapitre 1. Les techniques juridictionnelles pouvant servir comme vecteur du contrôle de proportionnalité..... 280

Section 1. Le contrôle de proportionnalité - interprétation..... 281	
§1. "Bad faith"	281
§2. "No evidence / irrelevant considerations" (matérialité des faits).....	283
§3. Interprétation d'un "concept qualificateur".....	287
§4. "Estoppel"	290

Section 2. Le contrôle de "reasonableness": un contrôle de proportionnalité - appréciation?	293
§1. Reasonableness et interdiction d'excès	294
§2. Reasonableness et proportionnalité-bilan?.....	295

Chapitre 2. La pratique du contrôle de proportionnalité à travers les différents types de contentieux..... 299	
§1. Le domaine des libertés	299
§2. Les mesures d'"urbanisme".....	301
§3. Les mesures d'interventionnisme économique	304

TITRE 2. La jurisprudence administrative et la mise en cause du concept allemand de proportionnalité..... 309

Chapitre 1. La mise en œuvre du principe constitutionnel de Verhältnismäßigkeit par le juge administratif..... 313	
§1. Le contrôle des décisions de police administrative.....	314
A. Police générale	314
B. Plus particulièrement: la police des étrangers	317
§2. Mesures de police et interventionnisme économique.....	321

Chapitre 2. L'adaptation du modèle constitutionnel allemand de contrôle de proportionnalité..... 326

Section 1. L'"Abwägungsgebot" ou "principe de pondération" urbanistique

§1. Un "contrôle de proportionnalité" spécifique à l'urbanisme	328
A. Développement du contrôle de l'Abwägungsgebot.....	330
B. Nature juridique de l'Abwägungsgebot	333
a. L'Abwägungsgebot se rapproche au Verhältnismäßigkeitsgebot.....	333
b. L'Abwägungsgebot contient le Verhältnismäßigkeitsgebot.....	335
c. L'Abwägungsgebot adapte le Verhältnismäßigkeitsgebot aux nécessités du contrôle juridictionnel en matière d'urbanisme.....	335
§2. Abwägung = bilan? une réponse affirmative nuancée.....	336
A. Les inconvénients apparents de l'Abwägungsgebot.....	337
B. Le dépassement des difficultés.....	340
Section 2. L'unité du contrôle de proportionnalité..... 343	
§1. Commandements d'optimisation et nécessité de pondération	344
§2. Pondération juridique entre "principes"	348

TITRE 3. La jurisprudence du Conseil constitutionnel et l'adaptation du concept français de proportionnalité..... 353

Chapitre 1. Le contrôle de proportionnalité moyen de protection des libertés: rapprochement avec la logique allemande du contrôle de Verhältnismäßigkeit

Section 1. La jurisprudence constitutionnelle française et le contrôle de proportionnalité	356
§1. Le juge constitutionnel français et l'existence du contrôle de proportionnalité	356
A. Normes constitutionnelles et contrôle de proportionnalité	357
B. Jurisprudence constitutionnelle et contrôle de proportionnalité.....	358
a. Consécration jurisprudentielle des droits fondamentaux	359
b. Consécration jurisprudentielle des motifs d'intérêt général limitant les droits fondamentaux	362
c. Nécessité d'un mécanisme juridictionnel de pondération entre normes constitutionnelles.....	363
§2. Le juge constitutionnel français et la mise en œuvre du contrôle	

de proportionnalité pour la protection des libertés individuelles	367
A. Techniques juridictionnelles de mise en œuvre: les outils du	
contrôle constitutionnel de proportionnalité.....	367
a. Le contrôle de proportionnalité - appréciation	367
1. Nature du mécanisme du contrôle de proportionnalité - appréciation...	368
2. Les techniques de mise en œuvre de la proportionnalité -	
appréciation	370
b. Le contrôle de proportionnalité - interprétation	373
B. Domaines d'intervention: les contentieux du contrôle de	
proportionnalité - liberté.....	377
a. La liberté individuelle	377
b. Les autres droits et libertés de la personne.....	380
c. Les libertés économiques.....	381
Section 2. La jurisprudence administrative française et le rapprochement	
avec la conception allemande du contrôle de proportionnalité - liberté.....	384
§1. La protection des libertés: la logique allemande.....	384
§2. Les différents éléments constitutifs du contrôle: la technique	
allemande	391
 Chapitre 2. Le contrôle de proportionnalité moyen de	
conciliation entre principes juridiques: rapprochement avec la	
logique allemande de pondération.....	395
Section 1. La "conciliation" entre normes: constante du contrôle	
juridictionnel, tant constitutionnel qu'administratif	396
§1. Le juge constitutionnel et la pondération entre principes	
juridiques	396
§2. Le juge administratif et la pondération entre intérêts	
juridiquement protégés	403
A. Pondération entre intérêts.....	403
B. Pondération entre normes.....	404
Section 2. La nature du processus de conciliation entre normes:	
commandements d'optimisation et contrôle de proportionnalité	406
§1. Les commandements d'optimisation, condition nécessaire et	
suffisante de l'intervention du contrôle de proportionnalité.....	407
§2. Les commandements d'optimisation et la mise en œuvre du	
contrôle de proportionnalité: du niveau des normes au niveau des faits	412

CONCLUSION DE LA DEUXIEME PARTIE.....	415
CONCLUSION GENERALE.....	417
BIBLIOGRAPHIE GENERALE	421
TABLE DES MATIERES	453

LGDJ - EJA
N° éditeur: 2386

Fondée par
Marcel Waline
Professeur honoraire
à l'Université de droit,
d'économie et de sciences
sociales de Paris,
membre de l'Institut

BIBLIOTHÈQUE
DE DROIT
PUBLIC
TOME 179

Dirigée par
Georges Vedel
Doyen honoraire
de la Faculté de droit
et des sciences économiques
de Paris

Le contrôle de proportionnalité exercé par les juges constitutionnel et administratif français, allemand et anglais semble de prime abord, pour des raisons historiques, fort différent. Cette impression première s'explique par la diversité des systèmes juridiques étudiés, qui sont représentatifs des trois «écoles» de la pensée juridique occidentale : latine, germanique et anglo-saxonne.

Pourtant, ce sentiment se dissipe à mesure que l'on se penche sur la question. On perçoit alors qu'il y a au contraire une évolution allant dans le sens de la convergence du contrôle de proportionnalité, inhérente à son essence commune, même s'il existe sous des formes et des degrés variés dans les trois pays décrits. Il y a d'abord un premier vecteur de rapprochement entre les concepts nationaux, qui résulte de la pénétration croissante de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et de la Cour de justice des Communautés européennes, qui mettent en œuvre, l'une et l'autre, un contrôle de proportionnalité affiché.

Mais c'est davantage le souci d'apporter des réponses aux mêmes préoccupations qui amène les pays étudiés à exercer un contrôle de proportionnalité voisin, *parce que* utilisé dans la même ultime finalité : c'est en effet le besoin de «résolution» en droit d'un conflit entre principes de même rang normatif, opposés mais simultanément applicables dans une espèce donnée, qui entraîne nécessairement l'intervention du contrôle de proportionnalité pour déterminer, au plan factuel, la licéité finale du cas d'espèce.

