



HAL
open science

Les sens locaux de la proportionnalité: une étude comparée des discours juridiques français, anglais et grec

Afroditi Marketou

► To cite this version:

Afroditi Marketou. Les sens locaux de la proportionnalité: une étude comparée des discours juridiques français, anglais et grec. Droit. European University Institute, 2018. Français. NNT: . tel-03335946

HAL Id: tel-03335946

<https://theses.hal.science/tel-03335946v1>

Submitted on 6 Sep 2021

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



Les sens locaux de la proportionnalité

Une étude comparée des discours juridiques français, anglais et grec

Afroditi Ioanna MARKETOU

Traduction de la thèse soumise au jury pour approbation en vue de l'obtention du grade de Docteur en Sciences juridiques de l'Institut Universitaire Européen

Florence, 19 septembre 2018

Institut Universitaire Européen
Département des Sciences juridiques

Les sens locaux de la proportionnalité
Une étude comparée des discours juridiques français, anglais et grec

Afroditi Ioanna Marketou

Traduction de la thèse soumise au jury pour approbation en vue de
l'obtention du grade de Docteur en Sciences juridiques
de l'Institut Universitaire Européen

Membres du jury

Bruno de Witte (Institut Universitaire Européen et Maastricht University, directeur de thèse)

Loïc Azoulay (Sciences Po Paris)

Jacco Bomhoff (London School of Economics)

Guillaume Tusseau (Sciences Po Paris)

© Afroditi Ioanna Marketou, 2018

Aucune partie de cette thèse ne peut être copiée, reproduite ou distribuée
sans la permission préalable de l'auteur

ABRÉVIATIONS

AED	Anotato Eidiko Dikastirio (Grèce)
AP	Areios Pagos (Grèce)
Ass.	Assemblée
AVC	accident vasculaire cérébral
BBC	British Broadcasting Corporation
CA	Court of Appeal (Royaume-Uni)
Cass.	Cour de cassation (France)
CE	Conseil d'État (France)
CEE	Communautés économiques européennes
CEDH	Convention européenne pour la sauvegarde des droits de l'homme et des libertés du citoyen
CJCE	Cour de Justice des Communautés européennes
CJUE	Cour de Justice de l'Union européenne
civ.	chambre civile
comm.	chambre commerciale
coll.	collection
Cour EDH	Cour européenne des droits de l'homme
CRA	Constitutional Reform Act
crim.	chambre criminelle
CUP	Cambridge University Press
DEf	Dioikitiko Efeteio (Grèce)
DPr	Dioikitiko Protodikeio (Grèce)
DStr	Dioikitiko Stratodikeio (Grèce)
ECA	European Communities Act
éd.	édition

Ef	Efeteio (Grèce)
ES	Elegktiko Synedrio (Grèce)
FMI	Fonds monétaire international
FOIA	Freedom of Information Act
GAJA	Grands arrêts de la jurisprudence administrative
GDCC	Grandes décisions du Conseil constitutionnel
HC	High Court (Royaume-Uni)
HL	House of Lords (Royaume-Uni)
HRA	Human Rights Act
IBA	Independent Broadcasting Authority
LGDJ	Librairie générale du droit et de la jurisprudence
MoU	Memorandum of Understanding
MPr	Monomeles Protodikeio (Grèce)
nb	note de bas de page
OUP	Oxford University Press
PUF	Presses universitaires de France
QPC	question prioritaire de constitutionnalité
SC	Supreme Court (Royaume-Uni)
StE	Symvoulia tis Epikrateias (Grèce)
TCE	Traité instituant la Communauté européenne
TCFA	Tribunal constitutionnel fédéral allemand (Allemagne)
TFUE	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
TUE	Traité sur l'Union européenne
UE	Union européenne
vol.	volume

“When *I* use a word,” Humpty Dumpty said, in rather a scornful tone, “it means just what I choose it to mean — neither more nor less.”

“The question is,” said Alice, “whether you *can* make words mean so many different things.”

“The question is,” said Humpty Dumpty, “which is to be master — that’s all.”

Lewis Carroll
Alice's Adventures in Wonderland, 1865

When logic and proportion have fallen sloppy dead
And the White Knight is talking backwards
And the Red Queen's “Off with her head!”
Remember what the dormouse said:
Feed your head, feed your head!

Grace Slick and Jefferson Airplane
White Rabbit, 1966

SOMMAIRE

INTRODUCTION	9
PARTIE I. LA DIFFUSION DE LA PROPORTIONNALITÉ	45
CHAPITRE 1. La diffusion de la proportionnalité en droit public français : <i>plus ça change plus c'est la même chose</i>	55
CHAPITRE 2. La diffusion de la proportionnalité en droit public anglais : <i>continuity and change</i>	113
CHAPITRE 3. La diffusion de la proportionnalité en droit public grec : <i>η θροιαμβευτική πορεία</i>	169
Conclusion de la partie : La fonction expressive de la proportionnalité	213
PARTIE II. LES ATTENTES ATTACHÉES À LA PROPORTIONNALITÉ	217
CHAPITRE 4. La quête d'une science du droit	229
CHAPITRE 5. La quête d'un droit public anglais	277
CHAPITRE 6. La quête d'« une espèce de magie compatissante »	331
Conclusion de la partie : La proportionnalité et la négociation de l'autonomie du droit	371
PARTIE III. LES MANIFESTATIONS LOCALES DE L'EUROPÉANISATION	385
CHAPITRE 7. L'institution d'une culture des droits fondamentaux	397
CHAPITRE 8. La construction d'un marché commun	439
CHAPITRE 9. Désintégration	479
Conclusion de la partie : Proportionnalité, rationalisme et pluralisme normatif	507
CONCLUSION GÉNÉRALE	513
BIBLIOGRAPHIE	525
TABLE DE LA JURISPRUDENCE	565
TABLE DES MATIÈRES	591

REMERCIEMENTS

Ce travail n'aurait jamais été achevé sans les précieux conseils et commentaires de Bruno De Witte, auquel je souhaite exprimer toute ma reconnaissance. Je remercie aussi Matthias Kumm pour sa direction pendant les premières étapes de ce projet de recherche.

J'ai eu l'opportunité d'étudier à l'Institut Universitaire Européen en tant qu'étudiante boursière de l'État grec (Fondation des Bourses Helléniques). Mon expérience à l'Institut a été précieuse. Je remercie Loïc Azoulai et Claire Kilpatrick pour leurs commentaires concernant ma recherche, ainsi que pour leurs séminaires qui ont nourri ma réflexion.

La LSE a été un environnement de travail accueillant et stimulant. J'ai notamment eu la chance de pouvoir échanger sur mon travail avec Jacco Bomhoff, Conor Gearty, Kai Möller et Thomas Poole, ce qui m'a permis d'affiner ma recherche.

Les derniers stades de la rédaction de cette thèse sont presque devenus un plaisir grâce à Mathieu Touzeil-Divina, que je remercie pour son soutien et ses commentaires. Je remercie aussi Stavros Tsakyrakis, Constantinos Yannakopoulos, Antonio Marzal, Antonin Sopena et Andrew Wright pour des débats stimulants sur la proportionnalité.

Je souhaite exprimer ma gratitude aux membres de l'Institut Maurice Hauriou qui m'ont chaleureusement accueillie ces dernières années, où, de retour en France, j'ai achevé ce travail. Je remercie particulièrement Sebastiaan Van Ouwerkerk et Hussein Makki pour leurs relectures critiques. Je suis aussi reconnaissante aux amis et collègues qui m'ont soutenue lors de la traduction de la thèse en français, tâche difficile, parfois épuisante : Hugo Avvenire, Guillaume Carayre, Marc Cottureau, Jonas Guibert, Zakia Mestari, Jean-Philippe Suraud, Catherine Réveillère, Charles Réveillère et Sebastiaan Van Ouwerkerk.

Ce travail doctoral n'aurait pu être mené à bien sans le soutien et les commentaires de Vincent Réveillère. Je le remercie sincèrement d'avoir été une source d'inspiration et de réflexion aux cours de ces dernières années. Cette thèse lui est dédiée.

Ma famille et mes amis ont influencé ce travail beaucoup plus qu'ils ne l'imaginent. Je suis particulièrement reconnaissante à Agni, Kostakis et Maria pour avoir rendu ma vie à Londres si heureuse. Loutraki et ses habitants sporadiques méritent aussi ma plus sincère gratitude.

Les collègues et amis qui ont contribué à ce travail ne portent, bien entendu, aucune responsabilité pour les erreurs et coquilles demeurant dans les pages qui suivent.

INTRODUCTION

Les notions de proportion et de justice sont communément liées dans l'imaginaire populaire. Dans la pensée juridique, la notion de proportion se retrouve dès l'Antiquité dans la philosophie d'Aristote ; elle a ensuite été discutée par des auteurs majeurs, comme Saint Thomas d'Aquin ou Grotius. Beccaria l'utilise de manière célèbre pour exprimer une exigence d'équité dans la détermination des peines. Si elle est ancienne, la métaphore de la proportion n'a toutefois jamais été aussi répandue que dans le constitutionnalisme se développant après la seconde guerre mondiale. Le principe de proportionnalité a tout d'abord été appliqué dans la jurisprudence constitutionnelle allemande. Par la suite, les cours constitutionnelles de nombreuses démocraties libérales se sont mises à interpréter leur propre constitution comme imposant une exigence de proportionnalité lorsque des limites sont apportées aux droits individuels.

Aujourd'hui, la proportionnalité est beaucoup plus qu'une métaphore de la justice pour les constitutionnalistes. Elle est de plus en plus perçue comme un modèle de raisonnement juridique, comme une véritable théorie, et même comme le paradigme émergent du constitutionnalisme global. La proportionnalité est alors vue comme un outil avancé de la science constitutionnelle ; sa généralisation est annoncée comme naturelle et irrésistible. Depuis le début du XXI^{ème} siècle, la proportionnalité se trouve au cœur d'une théorie prescriptive de défense des droits de l'homme à prétention universelle, développée à la suite du travail de Robert Alexy. En droit comparé, elle est communément utilisée comme un exemple de transplant juridique illustrant la convergence des différents systèmes juridiques dans le monde entier, sinon en Europe.

La recherche conduite dans cette thèse est guidée par l'intuition que, bien que les juristes à travers le monde raisonnent de plus en plus en termes de proportionnalité, ils n'appliquent pas nécessairement un modèle universel. Au contraire, il semblerait que la proportionnalité puisse revêtir des sens très différents, et ce, même au sein d'un seul système juridique. Pourtant, la littérature consacrée à la proportionnalité, que cela soit en théorie du droit ou en droit comparé, s'est peu intéressée aux différences gouvernant l'usage de la proportionnalité. Cela s'explique sans doute par la présomption, largement partagée, que les différents acteurs juridiques utilisant la terminologie de la proportionnalité à travers le monde se réfèrent au principe de proportionnalité tel qu'il est utilisé en Allemagne ou tel qu'il a été théorisé par Robert Alexy et ses disciples.

De manière différente, nous pensons que l'identification des sens locaux de la proportionnalité est cruciale si l'on veut comprendre sa propagation, apprécier le succès du modèle proposé par Robert Alexy et évaluer les possibilités de

convergence entre les systèmes juridiques. En utilisant des outils développés en droit comparé, en histoire intellectuelle et en anthropologie culturelle, nous proposons de voir la proportionnalité comme un type de discours juridique, c'est-à-dire comme une façon de parler que différents acteurs juridiques à travers le monde ont trouvé utile pour formuler leurs arguments juridiques. Ceci conduit à déplacer le centre d'intérêt de la recherche : de la proportionnalité comme un modèle de raisonnement à la proportionnalité comme un *langage*. La recherche entreprise dans cette thèse consiste en une étude approfondie et comparative de l'utilisation du langage de la proportionnalité parmi les acteurs juridiques en France, en Angleterre et en Grèce. Les sens locaux de la proportionnalité ne seront pas conçus simplement comme des applications imparfaites d'un modèle global, ils seront vus comme reflétant les cultures au sein desquelles ils évoluent, les chemins d'évolution culturelle propres à chaque système juridique et les trajectoires locales d'européanisation.

1. Le succès de la proportionnalité

Née dans la doctrine administrativiste prussienne de la fin du XVIII^{ème} siècle, la proportionnalité s'affirme comme une méthode de contrôle juridictionnel au milieu du siècle suivant, avec la création des cours administratives en Prusse. Elle a été introduite en droit constitutionnel allemand après la seconde guerre mondiale participant à un mouvement plus général de « constitutionnalisation » de l'ordre juridique et de « juridictionnalisation » croissante du politique. À la fin des années soixante, la proportionnalité a été reconnue comme un principe constitutionnel dans la jurisprudence du Tribunal constitutionnel fédéral allemand (TCFA). Les juges constitutionnels allemands l'ont conçue comme un cadre de raisonnement structuré en étapes permettant de mettre en balance les droits constitutionnels en conflit dans les affaires portées devant eux.

Au cours des décennies suivantes, les juges de nombreuses démocraties libérales ont interprété leur constitution comme incluant un principe de proportionnalité. La proportionnalité et le langage des droits fondamentaux qui l'accompagne se sont ainsi répandus à travers l'Europe mais également au-delà. Parmi les États qui ont adopté la proportionnalité, il est possible de citer le Canada, la Turquie, l'Afrique du Sud, Israël ou la Nouvelle Zélande. Au-delà du droit public interne, la proportionnalité est aussi appliquée en droit international et en droit humanitaire. Au cours des années soixante-dix, la Cour Européenne des Droits de l'Homme (Cour EDH) et la Cour de Justice des Communautés Européennes (CJCE) ont consacré la proportionnalité comme une condition de légalité lorsque des restrictions soient apportées aux droits garantis par leurs ordres juridiques respectifs¹.

¹ Concernant la propagation de la proportionnalité, V. BARAK A., *Proportionality: Constitutional Rights and Their Limitations*, Cambridge, CUP, coll. « Cambridge studies in constitutional law », 2012, p. 175-210 ; STONE SWEET A. et J. MATHEWS, « Proportionality Balancing and Global Constitutionalism », *Columbia Journal of Transnational Law*, 2008, vol. 47, p. 97-111.

Ainsi est-il possible de dire que nous sommes entrés, en droit constitutionnel, dans un « âge de la mise en balance². » La proportionnalité est considérée comme « un critère universel de constitutionnalité³ », « un élément fondateur du constitutionnalisme global⁴ » ou un « potentiel candidat pour construire une grammaire globale de la constitutionnalité⁵. » Pour Kai Möller, la proportionnalité est « le concept central en matière de droits constitutionnels aujourd'hui⁶ ». En dépit de l'exceptionnalisme états-unien – le principe n'y a pas été adopté malgré les nombreuses propositions internes en ce sens –, l'idée la plus communément répandue chez les constitutionnalistes est celle d'une convergence des démocraties contemporaines vers un modèle constitutionnel commun, dans lequel la proportionnalité jouerait un rôle central. David Beatty a été jusqu'à voir dans la proportionnalité la règle ultime sur laquelle le raisonnement juridique est fondé. Il conçoit la proportionnalité comme « une part constitutive, immuable, de toute constitution⁷ ». La proportionnalité est, en quelque sorte, devenue la « grande idée » constitutionnelle, au sens d'un « concept focal » du discours constitutionnel global⁸. La littérature en la matière est abondante⁹. Mattias Kumm suggère même que l'utilité de la proportionnalité pourrait transcender les limites de l'analyse juridique pour fournir un modèle pour la décision politique et le raisonnement pratique en général¹⁰.

Theorie der Grundrechte [Théorie des droits fondamentaux] de Robert Alexy est une référence centrale pour l'étude de la proportionnalité. Publié en 1985, l'ouvrage offre une systématisation générale de la doctrine de la proportionnalité et lui donne une assise théorique solide¹¹. Depuis sa traduction en anglais au début des années deux mille¹², la théorie de l'auteur allemand a connu un succès considérable. Elle a été adoptée par de nombreux auteurs à travers le monde qui l'ont développée dans

² ALEINIKOFF A., « Constitutional Law in the Age of Balancing », *Yale Law Journal*, 1987, vol. 96, n° 5, p. 943-1005.

³ BEATTY D., *The Ultimate Rule of Law*, Oxford ; New York, OUP, 2004, p. 162.

⁴ STONE SWEET A. et J. MATHEWS, « Proportionality Balancing and Global Constitutionalism », *op. cit.*, p. 160.

⁵ KLATT M. et M. MEISTER, *The Constitutional Structure of Proportionality*, Oxford, OUP, 2012, p. 3.

⁶ MÖLLER K., « Balancing and the structure of constitutional rights », *International Journal of Constitutional Law*, 2007, vol. 5, n° 3, p. 13.

⁷ BEATTY D., *The Ultimate Rule of Law*, *op. cit.*, p. 176.

⁸ GEERTZ C., *The Interpretation of Cultures: selected essays*, New York, Basic Books, 2000, p. 3 reprenant l'expression de Susanne Langer.

⁹ V., par exemple, HUSCROFT G., B. MILLER, et G. WEBBER (dir.), *Proportionality and the Rule of Law: Rights, Justification, Reasoning*, New York, CUP, 2014 ; JACKSON V. et M. TUSHNET (dir.), « Part II: Proportionality and the United States », V. JACKSON et M. TUSHNET (dir.), *Proportionality: new frontiers, new challenges*, Cambridge ; New York, CUP, 2017, p. 75-196.

¹⁰ KUMM M., *Democracy is Not Enough: Rights, Proportionality and the Point of Judicial Review*, Rochester, NY, Social Science Research Network, 2009, p. 10. V. aussi « Is the Structure of Human Rights Practice Defensible? Three Puzzles and Their Resolution », V. JACKSON et M. TUSHNET (dir.), *Proportionality: New Frontiers, New Challenges*, Cambridge ; New York, CUP, 2017, p. 30-50. La croyance selon laquelle la proportionnalité est un cadre utile pour les décisions publiques plus généralement se retrouve de manière récurrente dans la littérature sur la proportionnalité. Pour un autre exemple, V. JACKSON V., « Proportionality and Equality », V. JACKSON et M. TUSHNET (dir.), *Proportionality: New Frontiers, New Challenges*, Cambridge ; New York, CUP, 2017, p. 148-170. Sur l'usage en pratique de la proportionnalité par des acteurs politiques constitutionnels au-delà des cours, V. MICHELMAN F., « Proportionality Outside the Courts with Special Reference to Popular and Political Constitutionalism », V. JACKSON et M. TUSHNET (dir.), *Proportionality: New Frontiers, New Challenges*, Cambridge ; New York, CUP, 2017, p. 13-29.

¹¹ ALEXY R., *Theorie der Grundrechte*, Baden-Baden, Nomos, 1985.

¹² ALEXY R., *A Theory of Constitutional Rights*, traduit par Julian RIVERS, Oxford ; New York, OUP, 2002.

différentes directions¹³. Inspiré par l'approche interprétative de Ronald Dworkin¹⁴, Robert Alexy et ceux qui se sont inscrits à sa suite ont cherché à reconstruire la pratique des cours constitutionnelles, c'est-à-dire, à proposer une description de cette pratique qui lui corresponde [*fit*] tout en la justifiant [*justifi*]. Dans cette reconstruction, lorsqu'une norme infra constitutionnelle restreint un droit constitutionnel, sa validité dépend du test de proportionnalité. Ce test est en général présenté comme une structure de raisonnement en quatre étapes : il comprend un contrôle de la légitimité du but de la mesure en cause, un examen du caractère approprié des moyens choisis, un contrôle de la nécessité des restrictions et, enfin, l'appréciation de la proportionnalité *stricto sensu*. Ce dernier stade du contrôle de proportionnalité se traduit par une entreprise de pesée : les valeurs constitutionnelles affectées négativement par la mesure sont mises en balance avec les valeurs que la mesure favorise.

La littérature dominante perçoit la proportionnalité comme une « structure » qui se veut objective et matériellement neutre au regard des différentes théories politico-morales¹⁵. En raison de cette revendication de neutralité matérielle, les défenseurs de la proportionnalité cherchent l'application généralisée du modèle qu'ils présentent dans tous les régimes qu'ils considèrent raisonnables¹⁶. Alors que le but initial de Robert Alexy était de fournir une théorie relative aux droits fondamentaux en Allemagne, la littérature concernant la proportionnalité a entrepris de chercher « une théorie prescriptive applicable aux démocraties constitutionnelles de façon générale¹⁷ ». La fonction assignée à la proportionnalité est de libérer les cours des contraintes traditionnelles du raisonnement juridique et de permettre aux juges de développer un raisonnement transparent et structuré, fondé sur les droits. D'après ses défenseurs, la proportionnalité renforcerait la nécessité de justifier la législation et accroîtrait la transparence des décisions de justice. Dans son application, le juge assumerait une mission de « contestation socratique¹⁸ » du processus de décision politique, qui permettrait la participation plus active des individus, sans pour autant

¹³ Pour quelques exemples parmi les plus célèbres au sein d'une littérature abondante, V. MÖLLER K., *The Global Model of Constitutional Rights*, Oxford, OUP, coll. « Oxford constitutional theory », 2012 ; KLATT M. et M. MEISTER, *The Constitutional Structure of Proportionality*, *op. cit.* ; CONTIADES X. et A. FOTIADOU, « Social Rights in the age of proportionality: Global economic crisis and constitutional litigation », *International Journal of Constitutional Law*, 2012, n° 10, p. 660-686 ; BERNAL PULIDO C., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 3^e éd., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007 ; RIVERS J., « Proportionality and Variable Intensity of Review », *CLJ*, 2006, vol. 65, n° 1, p. 174 ; BEATTY D., *The Ultimate Rule of Law*, *op. cit.*

¹⁴ DWORKIN R., *Law's Empire*, London, Fontana, coll. « Fontana master guides », 1986.

¹⁵ Pour une présentation plus détaillée du raisonnement structuré en étapes de la proportionnalité, V. *infra*, Partie I, Introduction.

¹⁶ Sur le caractère structurel de l'analyse en termes de proportionnalité, V. ALEXY R., « On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison », *Ratio Juris*, 2003, vol. 16, n° 4, p. 433-449 ; KUMM M., « What Do You Have in Virtue of Having a Constitutional Right? On the Place and Limits of the Proportionality Requirement », 2006, Paper 46, coll. « New York University Public Law and Legal Theory Working Papers ».

¹⁷ KUMM M., « Constitutional rights as principles: On the structure and domain of constitutional justice. A review essay on A Theory of Constitutional Rights », *International Journal of Constitutional Law*, 2004, vol. 2, n° 3, p. 575.

¹⁸ KUMM M., « The Idea of Socratic Contestation and the Right to Justification: The Point of Rights-Based Proportionality Review », *Law and Ethics of Human Rights*, 2010, vol. 41, n° 2, p. 141. Dans le même sens, BARAK A., *Proportionality*, *op. cit.*, p. 472 s. ; MÖLLER K., *The Global Model of Constitutional Rights*, *op. cit.*, p. 108.

compromettre la protection des droits fondamentaux¹⁹. David Beatty va encore plus loin et argue que la proportionnalité, en se concentrant sur les faits, « peut se prévaloir d'une objectivité et d'une intégrité qu'aucun autre modèle de contrôle juridictionnel ne peut atteindre²⁰. » Ainsi permettrait-elle aux juges d'atténuer les conflits entre la majorité et la minorité sur des questions sociales sensibles en leur témoignant un égal respect²¹. Pour David Beatty, la proportionnalité « tient lieu de principe optimisateur permettant à chaque constitution d'être la meilleure qu'elle puisse être²² ».

Le droit comparé joue un rôle important dans les écrits des théoriciens de la proportionnalité parce qu'il offre une base empirique à leurs allégations. Les études comparatives concernant la proportionnalité s'intéressent à de nombreux contextes juridiques : les États-Unis et le Canada, mais aussi Israël, l'Inde, le Japon, l'Afrique du Sud, les pays européens et les Cours internationales²³. Toutefois, les auteurs n'adoptent en général pas une véritable approche comparative. Ils ne cherchent pas tant à comparer différentes règles, divers juges ou certains modes de raisonnement qu'à montrer le succès de la proportionnalité ou à nourrir leur modèle théorique d'exemples concrets. La littérature concernant la proportionnalité est ainsi restée à l'écart des débats sur la théorie et la méthode en droit comparé. Il en résulte qu'aux yeux du comparatiste, la méthodologie suivie pose en général de nombreux problèmes. Les auteurs se limitent le plus souvent à la recherche effrénée de similarité, ne sélectionnant que les exemples qui confirment leurs hypothèses²⁴. Parfois, ils distordent la signification des pratiques locales pour les intégrer dans les catégories prédéfinies de leur théorie. Le recours à la proportionnalité par un juge dans différents contextes est vu comme une confirmation du succès de la proportionnalité, peu important alors les différences dans son application et dans ses conséquences. Il est significatif que dans certains cas, même en l'absence du recours au langage de la proportionnalité, et même dans le cas d'un rejet explicite, les concepts et méthodes locaux sont présentés comme synonymes ou équivalents à la structure en étapes du modèle de la proportionnalité²⁵.

¹⁹ V. par exemple : Mattias Kumm, « Political Liberalism and the Structure of Rights: On the Place and Limits of the Proportionality Requirement », *Law, rights and discourse: the legal philosophy of Robert Alexy*, Oxford, Hart, 2007, p. 131 ; « The Idea of Socratic Contestation and the Right to Justification: The Point of Rights-Based Proportionality Review », *op. cit.* ; *Democracy is Not Enough*, *op. cit.* ; « What Do You Have in Virtue of Having a Constitutional Right? On the Place and Limits of the Proportionality Requirement », *op. cit.*

²⁰ BEATTY D., *The Ultimate Rule of Law*, *op. cit.*, p. 171.

²¹ *Ibid.*, p. 159 s.

²² *Ibid.*, p. 163.

²³ BARAK A., *Proportionality*, *op. cit.* ; SCHLINK B., « Proportionality », M. ROSENFELD et A. SAJÓ (dir.), *The Oxford handbook of comparative constitutional law*, Oxford, OUP, 2012, p. 718-737 ; MÖLLER K., *The Global Model of Constitutional Rights*, *op. cit.* ; BEATTY D., *The Ultimate Rule of Law*, *op. cit.*

²⁴ Ce qui correspondrait au mode de sélection des cas relevant de ce que Ran Hirschl nomme le « cherry picking ». HIRSCHL R., « The Question of Case Selection in Comparative Constitutional Law », *The American Journal of Comparative Law*, 2005, vol. 53, n° 1, p. 153.

²⁵ Les auteurs prennent-ils ainsi souvent des exemples tirés de la jurisprudence de la Cour suprême états-unienne alors que cette cour a rejeté la proportionnalité comme mode de raisonnement applicable de manière générale. V. en ce sens, JACKSON V., « Constitutional Law in an Age of Proportionality », *Yale Law Journal*, 2015, vol. 124, n° 8, p. 3094-3196 ; BARAK A., *Proportionality*, *op. cit.* ; BEATTY D., *The Ultimate Rule of Law*, *op. cit.*

Il est largement accepté que la proportionnalité est « l'un des transplants juridiques les plus réussis de la seconde moitié du vingtième siècle²⁶ ». Son succès est en général expliqué par sa fonction dans le paradigme émergent du droit constitutionnel global. Les défenseurs de la proportionnalité la combinent avec une conception des droits constitutionnels comme des valeurs, interprétés alors de façon très large, pour inclure des activités triviales ou même illégales, ainsi que les droits sociaux. Dans cette approche, les droits ne sont pas simplement des obligations de ne pas faire pour l'État, comme dans la tradition libérale, ils contiennent aussi des obligations positives pour les autorités publiques et s'appliquent à la régulation des relations privées. Ainsi, dans cette perspective, l'ensemble des politiques publiques sont affectées par les droits constitutionnels²⁷. Pour Robert Alexy, la mise en balance et la proportionnalité résultent nécessairement de la structure même des droits constitutionnels. L'idée est que leur nature toujours expansive implique de revenir sur la priorité spéciale qu'ils pouvaient avoir sur des considérations de politique publique ; leur extension implique de limiter leur portée. Il en résulte que, en suivant Robert Alexy, et à la différence de la tradition libérale, les droits ne sont pas des règles dont le contenu est prédéfini mais des principes. En tant que tels, ils impliquent une réalisation optimale dépendant du contexte normatif et factuel de chaque cas. La mise en balance en application du modèle de la proportionnalité est la méthode permettant cette optimisation²⁸.

Même les auteurs contestant la nécessité conceptuelle de l'analyse de proportionnalité pour assurer la protection juridictionnelle des droits la présentent comme désirable. C'est par exemple le cas d'Alec Stone Sweet et de Jud Mathews qui cherchent à rendre compte du succès de la proportionnalité dans les démocraties constitutionnelles contemporaines à partir d'une analyse stratégique. Ces auteurs affirment que la proportionnalité est « la meilleure procédure disponible » pour mettre en balance des droits constitutionnels²⁹. Selon eux, sa fonction est d'atténuer les problèmes de légitimité dans les affaires politiques majeures, qui surviennent communément dans le contentieux relatif aux droits fondamentaux³⁰. Différemment, Kai Möller justifie et promeut la propagation mondiale de la proportionnalité et de la vision alexyenne des droits constitutionnels en proposant une théorie morale des

²⁶ KUMM M., « Constitutional rights as principles », *op. cit.*, p. 574, 595. V. aussi MÖLLER K., « US Constitutional Law, Proportionality, and the Global Model », V. JACKSON et M. TUSHNET (dir.), *Proportionality: New Frontiers, New Challenges*, Cambridge ; New York, CUP, 2017, p. 103, qui se réfère au « succès mondial » de la proportionnalité.

²⁷ En ce sens, V. MÖLLER K., *The Global Model of Constitutional Rights*, *op. cit.*, p. 110.

²⁸ V. ALEXY R., *A Theory of Constitutional Rights*, *op. cit.*, p. 66 s. ; ALEXY R., « Constitutional Rights, Balancing and Rationality », *Ratio Juris*, 2003, vol. 16, n° 2, p. 131-140. V. aussi KLATT M. et M. MEISTER, *The Constitutional Structure of Proportionality*, *op. cit.*, p. 8. Sur la perception des droits qu'ont les défenseurs de la proportionnalité, V. *infra*, Partie II, Introduction. L'affirmation d'une connexion nécessaire entre les principes et la mise en balance dans le cadre du contrôle de proportionnalité a été critiquée, V. MÖLLER K., « Balancing and the structure of constitutional rights », *op. cit.*, p. 458. Aharon Barak rejette aussi la nécessité conceptuelle de la mise en balance pour appliquer les principes, V. *Proportionality*, *op. cit.*, p. 240-241.

²⁹ STONE SWEET A. et J. MATHEWS, « Proportionality Balancing and Global Constitutionalism », *op. cit.*, p. 76 ; MATHEWS J. et A. STONE SWEET, « All Things in Proportion? American Rights Doctrine and the Problem of Balancing », *Emory Law Journal*, 2011, vol. 60, n° 4, p. 5.

³⁰ STONE SWEET A. et J. MATHEWS, « Proportionality Balancing and Global Constitutionalism », *op. cit.*

droits, assise sur le concept d'autonomie³¹. Quant à Vlad Perju, en se concentrant sur la motivation des décisions de justice, il affirme que la séduction de la théorie de la proportionnalité réside dans son « éthos intégratif », c'est-à-dire dans sa prétention à combiner la prise en compte des faits et du contexte de chaque cas avec l'application d'une structure formelle qui favoriserait la prédictibilité des décisions de justice³². Enfin, dans une étude plus empirique, le juge Aharon Barak affirme que, « bien que la proportionnalité ne soit pas la seule façon de réaliser les droits constitutionnels, c'est de loin la meilleure solution disponible³³ ».

2. La proportionnalité : une lingua franca ?

La proportionnalité n'est pas le premier modèle juridique d'aspiration universaliste. Nous pensons particulièrement aux efforts déployés pour dégager les règles fondamentales communes en droit européen des contrats. Pour autant, ces efforts ont rencontré de vigoureuses critiques de la part des juristes de droit comparé. Les partisans de l'harmonisation ont été dénoncés comme partageant une vision instrumentale du droit qui manque d'attention envers les différentes pratiques juridiques et les mentalités locales qu'elles expriment³⁴. La théorie sur la proportionnalité n'a toutefois pas encore fait l'objet d'une telle critique. Le scepticisme à son égard est le plus souvent formulé de façon abstraite, dans des termes philosophiques ou politiques. Classiquement, la proportionnalité est critiquée pour son incompatibilité à la conception traditionnelle libérale des droits et pour sa propension à favoriser les prérogatives des juges au détriment de corps démocratiquement élus³⁵. Dans une contribution récente, Mark Tushnet conteste les mérites de la proportionnalité par rapport aux méthodes classiques de raisonnement juridique, du point de vue du réalisme juridique états-unien. Selon cet auteur, la proportionnalité « n'a pas les ressources pour empêcher un avocat habile de transformer un cas facile en apparence en un cas difficile³⁶. »

Les critiques ont poussé les auteurs défendant la proportionnalité à affiner leur modèle, afin que les juges puissent prendre en considération la nature de certains droits ou accorder une marge de manœuvre plus grande aux décideurs publics dans certains contextes. Ainsi, Mattias Kumm et Alec Walen mettent en évidence l'influence de contraintes morales dans l'application du principe de proportionnalité,

³¹ MÖLLER K., *The Global Model of Constitutional Rights*, op. cit.

³² PERJU V., « Proportionality and freedom—An essay on method in constitutional law », *Global Constitutionalism*, 2012, vol. 1, n° 2, p. 350.

³³ BARAK A., *Proportionality*, op. cit., p. 226.

³⁴ V., notamment, LEGRAND P., « European Legal Systems are not Converging », *International & Comparative Law Quarterly*, 1996, vol. 45, n° 1, p. 52-81.

³⁵ V., par exemple, TSAKYRAKIS S., « Proportionality: An Assault on Human Rights? », 2008, Paper 9, coll. « New York School Jean Monnet Working Paper Series » ; WEBBER G., « Proportionality and Absolute Rights », V. JACKSON et M. TUSHNET (dir.), *Proportionality: New Frontiers, New Challenges*, Cambridge ; New York, CUP, 2017, p. 51-74. Sur le criticisme qu'a suscité la proportionnalité, V. *infra*, Partie II, Introduction.

³⁶ TUSHNET M., « Making Easy Cases Harder », V. JACKSON et M. TUSHNET (dir.), *Proportionality: New Frontiers, New Challenges*, Cambridge ; New York, CUP, 2017, p. 309.

particulièrement en rapport avec la dignité humaine³⁷. Les tenants de la proportionnalité reconnaissent aussi parfois que le modèle de la proportionnalité n'est pas approprié pour la réalisation des droits-créances ou que les autorités décisionnaires doivent bénéficier d'un grand degré de discrétion dans les domaines de politique économique et sociale³⁸. Dans leur ouvrage sur la structure de la proportionnalité, Matthias Klatt et Moritz Meister analysent différents types et différents degrés de discrétion en fonction de l'incertitude des questions factuelles et morales rencontrées lors du contrôle de proportionnalité et en fonction de la fiabilité des appréciations de l'autorité contrôlée au regard de celles-ci³⁹. Dans une démarche proche, Julian Rivers et Alan Brady proposent des théories de déférence et d'auto-limitation, permettant de prendre en compte des facteurs institutionnels, notamment l'expertise particulière ou la légitimité du décideur initial⁴⁰. Les études mentionnées ci-dessus rendent compte de l'influence de facteurs contextuels affectant l'application de la proportionnalité et proposent des façons de systématiser et de canaliser cette influence. Ainsi, il est communément accepté que, selon la matière, la tradition juridique et le contexte institutionnel, l'intensité ou la structure même du contrôle de proportionnalité puisse varier, notamment parce que le juge peut s'attacher à une étape plutôt qu'à une autre.

En raison de sa flexibilité, la proportionnalité acquiert les caractéristiques d'une *lingua franca* et sa diffusion ravive « l'aspiration libérale à un ordre juridique mondial⁴¹. » Elle semble assez générale pour s'adapter aux divergences locales et assez abstraite pour transcender les conflits institutionnels, tant à l'intérieur qu'à l'extérieur des frontières étatiques⁴². Les juges qui parlent cette langue commune accèderaient ainsi à une « communauté mondiale des juges », mettant en œuvre un dialogue transnational sur des valeurs universellement partagées⁴³. Les juges qui la rejettent, au contraire, sont vus ne comprenant pas ce qu'implique leur propre pratique dans une démocratie constitutionnelle libérale.

³⁷ KUMM M. et A. WALLEN, « Human Dignity and Proportionality: Deontic Pluralism in Balancing », G. HUSCROFT, B. MILLER et G. WEBBER (dir.), *Proportionality and the Rule of Law: Rights, Justification, Reasoning*, New York, CUP, 2014, p. 67-89.

³⁸ KUMM M., « Constitutional rights as principles », *op. cit.*, p. 586 ; KLATT M. et M. MEISTER, *The Constitutional Structure of Proportionality*, *op. cit.*, p. 5.

³⁹ KLATT M. et M. MEISTER, *The Constitutional Structure of Proportionality*, *op. cit.*, p. 6.

⁴⁰ RIVERS J., « Proportionality and Variable Intensity of Review », *op. cit.* ; BRADY A., *Proportionality and Deference under the UK Human Rights Act: An Institutionally Sensitive Approach*, Cambridge, CUP, 2012. Pour une approche institutionnelle de l'application de la proportionnalité en droit international, V. PIRKER B., *Proportionality Analysis and Models of Judicial Review: A Theoretical and Comparative Study*, Groningen, Europa Law Pub, coll. « European administrative law series », 2013.

⁴¹ KAHN P., « Comparative Constitutionalism in a New Key », *Michigan Law Review*, 2004, vol. 101, p. 2679.

⁴² En ce sens, V. COHEN-ELIYA M. et I. PORAT, *Proportionality and Constitutional Culture*, Cambridge, CUP, coll. « Cambridge studies in constitutional law », 2013, p. 103 s. V. aussi : LASSER M., *Judicial Transformations: The Rights Revolution in the Courts of Europe*, Oxford ; New York, OUP, 2009, p. 3.

⁴³ COHEN-ELIYA M. et I. PORAT, *Proportionality and Constitutional Culture*, *op. cit.*, p. 134 s. Les auteurs citent Anne-Marie Slaughter.

La propagation de la proportionnalité et des droits fondamentaux annoncerait « une société a-historique fondé sur des standards universels⁴⁴. » Kai Möller, par exemple, propose un « modèle global » de droits constitutionnels à partir de la reconstruction des pratiques juridiques à travers le monde⁴⁵. Matthias Kumm défend le caractère universel de la théorie des droits fondamentaux de Robert Alexy⁴⁶. Bernhard Schlink affirme quant à lui qu'« il n'y a rien d'intrinsèquement allemand dans les racines du principe de proportionnalité et que l'introduction du principe dans d'autres contextes constitutionnels n'est pas non plus le transfert d'un principe allemand. C'est une réponse à un problème juridique universel⁴⁷. » Cet auteur va plus loin et considère la proportionnalité comme faisant « partie d'une structure profonde de la grammaire constitutionnelle qui forme la base de tous les langages et cultures constitutionnels⁴⁸ ».

Les acteurs juridiques argumentent de plus en plus en termes de proportionnalité et la pression poussant à l'adoption du modèle structuré de la proportionnalité par les cours et les décideurs publics se fait de plus en plus sentir⁴⁹. Alors que le modèle proposé par Robert Alexy était présenté comme cherchant à reconstruire une pratique juridique nationale, il est de plus en plus perçu comme le modèle correct de toute pratique juridique. La métaphore du droit comme proportionnalité est progressivement « littéralisée » ; la proportionnalité devient du droit et contribue à constituer les savoirs juridiques⁵⁰.

Une partie importante des débats se concentrent sur le fait de savoir si les États-Unis doivent ou non adopter ce modèle⁵¹. Les auteurs procèdent souvent à la schématisation des pratiques du contrôle juridictionnel en matière de droits fondamentaux. Le plus souvent, le modèle allemand, parfois présenté comme le modèle européen voire le modèle global, est confronté au modèle états-unien pour souligner son caractère séduisant⁵² ou même pour affirmer son caractère supérieur en termes de cohérence, de transparence et de moralité⁵³. Les hésitations états-uniennes

⁴⁴ MUIR-WATT H., « Globalization and Comparative Law », M. REIMANN et R. ZIMMERMANN (dir.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford, OUP, 2006, p. 729.

⁴⁵ MÖLLER K., *The Global Model of Constitutional Rights*, op. cit.

⁴⁶ KUMM M., « Is the Structure of Human Rights Practice Defensible? Three Puzzles and Their Resolution », op. cit.

⁴⁷ SCHLINK B., « Proportionality », op. cit., p. 729.

⁴⁸ *Ibid.*, p. 736.

⁴⁹ Pour une compilation des études consacrées à la proportionnalité dans différents contextes nationaux et en Europe, V. RANCHORDAS S. et B.W.N. DE WAARD, *The Judge and the Proportionate Use of Discretion: A Comparative Study*, London ; New York Routledge, 2015. Sur les États-Unis, V., par exemple, SULLIVAN T. et R. FRASE, *Proportionality Principles in American Law: Controlling Excessive Government Actions*, Oxford ; New York, OUP, 2009. BREYER S., *Making Our Democracy Work: A Judge's View*, New York, Knopf, 2010, p. 163-171 ; JACKSON V., « Constitutional Law in an Age of Proportionality », op. cit.

⁵⁰ Sur la littéralisation d'une métaphore pour faire sens du savoir juridique et du raisonnement juridique, V. RILES A., *A New Agenda for the Cultural Study of Law: Taking on the Technicalities*, Rochester, NY, Social Science Research Network, 2004, p. 1008 s.

⁵¹ JACKSON V. et M. TUSHNET (dir.), « Part II: Proportionality and the United States », op. cit.

⁵² COHEN-ELIYA M. et I. PORAT, *Proportionality and Constitutional Culture*, op. cit., Conclusion.

⁵³ V. MATHEWS J. et A. STONE SWEET, « All Things in Proportion? American Rights Doctrine and the Problem of Balancing », op. cit. ; MÖLLER K., *The Global Model of Constitutional Rights*, op. cit., p. 15 s. ; JACKSON V.,

à adopter la proportionnalité et le paradigme global des droits de l'homme sont perçues comme une résistance à ce qui est conçu comme une évolution irrésistible. Les explications données à cette résistance vont du caractère traditionnellement isolationniste et archaïque du droit constitutionnel états-unien à ses origines historiques ou au contexte politique qui a forgé son évolution⁵⁴.

Toutefois, au moins jusqu'à une période récente, la plupart des juridictions à travers le monde ne construisaient pas les questions soulevées par le contrôle juridictionnel comme des conflits de droits fondamentaux, pas plus qu'elles ne présentaient les solutions données à ceux-ci comme résultant d'une mise en balance. C'est notamment le cas en Europe où le modèle global de la proportionnalité et des droits fondamentaux est pourtant censé avoir son origine. Duncan Kennedy a d'ailleurs montré l'importante influence des doctrines états-uniennes de droit privé sur la mise en balance dans le développement de la rhétorique sur la proportionnalité⁵⁵. Ce que les promoteurs de la proportionnalité ont tendance à oublier est le caractère spécifique et contingent du modèle qu'ils décrivent.

Notre thèse ne traite pas de la désirabilité morale de la proportionnalité ni de ses mérites comme méthode de contrôle juridictionnel. Plus simplement, il s'agit d'un « plaider pour un soupçon d'empirisme » dans les débats concernant la proportionnalité⁵⁶. Les affirmations concernant son succès mondial ou son échec doivent prendre en compte son usage en pratique par les cours et les autres acteurs dans différents contextes. Les théoriciens de la proportionnalité s'accordent d'ailleurs aussi sur la nécessité d'une recherche sur les pratiques juridiques⁵⁷. Frederick Schauer la décrit comme « un programme empirique qui demande encore du temps – ainsi qu'une cohorte de chercheurs formés empiriquement – pour que l'enquête soit achevée⁵⁸ ». Nous ne sommes certainement pas une telle cohorte et notre but n'est pas d'offrir une étude empirique générale et exhaustive de l'application de la proportionnalité à travers le monde. Plus modestement, nous chercherons à montrer, à partir d'une étude approfondie de trois systèmes juridiques, que les travaux en droit

« Proportionality and Equality », *op. cit.*

⁵⁴ Sur ce sujet, V. IGNATIEFF M., *American Exceptionalism and Human Rights*, Princeton, NJ, Princeton University Press, 2005 ; COHEN-ELIYA M. et I. PORAT, « The Administrative Origins of Constitutional Rights and Global Constitutionalism », V. JACKSON et M. TUSHNET (dir.), *Proportionality: New Frontiers, New Challenges*, Cambridge ; New York, CUP, 2017, p. 75-100.

⁵⁵ KENNEDY D., « A Transnational Genealogy of Proportionality in Private Law », R. BROWNSWORD, H. MICKLITZ, L. NIGLIA et S. WEATHERILL (dir.), *The Foundations of European Private Law*, Oxford ; Portland, Or, Hart, 2011, p. 185-220.

⁵⁶ Nous paraphrasons ici TUSSEAU G., « A Plea for a Hint of Empiricism in Constitutional Theory: A Comment on Cesare Pinelli's Constitutional Reasoning and Political Deliberation », *German Law Journal*, 2013, vol. 14, n° 8, p. 1183-1194.

⁵⁷ V., par exemple, GARDBAUM S., « Positive and Horizontal Rights: Proportionality's Next Frontier or a Bridge Too Far? », V. JACKSON et M. TUSHNET (dir.), *Proportionality: New Frontiers, New Challenges*, Cambridge ; New York, CUP, 2017, p. 221 s. ; PERJU V., « Proportionality and Stare Decisis: Proposal for a New Structure », V. JACKSON et M. TUSHNET (dir.), *Proportionality: New Frontiers, New Challenges*, Cambridge ; New York, CUP, 2017, p. 201.

⁵⁸ SCHAUER F., « Proportionality and the Question of Weight », G. HUSCROFT, B. MILLER et G. WEBBER (dir.), *Proportionality and the Rule of Law: Rights, Justification, Reasoning*, New York, CUP, 2014, p. 185.

comparé offrent des outils très utiles pour enquêter sur le sens de la proportionnalité et sur les raisons de sa diffusion.

3. Les différences dans l'application de la proportionnalité

Personne ne nie que des différences existent dans l'application de la proportionnalité au sein des différentes pratiques juridiques. Toutefois, lorsqu'il s'agit de reconstruire le sens de la proportionnalité, ces différences ne sont le plus souvent pas prises au sérieux⁵⁹. Ainsi, les juges qui utilisent le terme sont généralement perçus comme se référant au modèle global de la proportionnalité. Si l'on trouve des variations dans les raisonnements mis en œuvre, elles sont le plus souvent attribuées à la flexibilité de la structure de la proportionnalité, dont l'application peut être limitée à seulement certaines étapes⁶⁰. Un autre facteur souvent avancé pour expliquer les divergences est que la théorie de la proportionnalité ne propose qu'une structure analytique qui serait matériellement neutre. Les solutions données dans les cas particuliers dépendraient alors largement de la théorie morale adoptée par le juge et de la perception locale des droits fondamentaux⁶¹. Ainsi, les échecs de la proportionnalité sont le plus souvent attribués à la timidité excessive et aux biais subjectifs des juges qui l'appliquent ou, plus généralement, à « une mauvaise pratique juridictionnelle⁶² ».

Les partisans de la proportionnalité ont d'ailleurs la prudence de n'attribuer les bienfaits découlant de son adoption qu'à la seule application *correcte* du modèle. Ainsi, les phrases vantant les mérites de la proportionnalité sont en général complétées par une proposition précisant que cela ne vaut que « quand elle est correctement appliquée » ou « proprement déployée ». Un solide agencement institutionnel et une forte légitimité des juridictions sont souvent présentés comme des conditions importantes de félicité pour la théorie de la proportionnalité⁶³. Ainsi, Kai Möller insiste par exemple sur le fait que le contrôle juridictionnel et la proportionnalité ne

⁵⁹ Aharon Barak, par exemple, explique que « beaucoup de systèmes juridiques recourent aujourd'hui à la proportionnalité, tout en lui donnant un contenu propre à leur système ». Cela ne l'empêche pas d'affirmer dans la phrase suivante que « les systèmes sont très similaires ». Son ouvrage décrit donc ce que l'auteur perçoit comme la « conception universelle du concept de proportionnalité dans les démocraties constitutionnelles », en s'appuyant essentiellement sur le modèle Alexyen. V. *Proportionality*, *op. cit.*, p. 181 and 4 resp. De manière similaire, alors que Alec Stone Sweet et Jud Mathews insistent sur le fait que « les juges formulent la *PA* [ce qui fait référence à la *proportionality analysis*] en fonction de leurs propres objectifs lorsqu'ils l'utilisent », ils considèrent toujours néanmoins que le modèle de la proportionnalité et sa fonction dans le contrôle juridictionnel est à peu près similaire dans les différents systèmes juridiques. V. « Proportionality Balancing and Global Constitutionalism », *op. cit.*, p. 162.

⁶⁰ Alec Stone Sweet et Jud Mathews, observant par exemple que, « dans sa forme complète, l'analyse implique quatre étapes », tout en notant en bas de page que des cours importantes utilisent un test en trois étapes. V. « Proportionality Balancing and Global Constitutionalism », *op. cit.*, p. 75.

⁶¹ Pour une explication de différentes variations, V. par exemple KUMM M., « Is the Structure of Human Rights Practice Defensible? Three Puzzles and Their Resolution », *op. cit.*

⁶² KHOSLA M., « Proportionality: An assault on human rights?: A reply », *International Journal of Constitutional Law*, 2010, vol. 8, n° 2, p. 308 ; KLATT M. et M. MEISTER, « Proportionality—a benefit to human rights? Remarks on the I·CON controversy », *International Journal of Constitutional Law*, 2012, vol. 10, n° 3, p. 7.

⁶³ Le terme « félicité » est utilisé pour accentuer l'aspect performatif de la théorie de la proportionnalité. Sur les conditions de félicité des actes de langage, V. AUSTIN J., *How to Do Things with Words*, 2^e éd., Oxford, Clarendon Press, 1975.

peuvent atteindre leurs objectifs que lorsqu'ils sont exercés par « des cours bien conçues et travaillant dans le cadre de bonnes règles procédurales⁶⁴ ».

Certains auteurs, accordant plus d'importance aux pratiques juridiques, mettent en évidence des divergences dans l'application de la proportionnalité. Dieter Grimm distingue l'application de la proportionnalité en Allemagne de son application au Canada. Il observe que la Cour suprême canadienne n'applique pas l'étape de la mise en balance et procède à un examen plus intrusif de l'exigence d'un but légitime⁶⁵. Julian Rivers va plus loin en schématisant deux conceptions de la proportionnalité. La première, qu'il présente comme la conception « limitatrice [*state-limiting*] », n'implique pas de mise en balance entre des intérêts concurrents. À la place de cela, le contenu des droits est prédéfini selon un raisonnement juridique classique : soit ils sont absolus, soit ils nécessitent la protection d'une substance minimale [*minimum core*]. Julian Rivers distingue cette conception, traditionnellement appliquée par les cours britanniques, de la conception « optimisatrice [*optimising*] » de la proportionnalité que l'on peut trouver dans la pratique des cours européennes continentales. L'auteur prend l'exemple de la jurisprudence de la Cour EDH, qui recourt selon lui de façon « endémique » à la mise en balance⁶⁶.

Si leurs approches sont différentes, tant Julian Rivers que Dieter Grimm s'accordent sur la supériorité du modèle allemand. Dieter Grimm conclut que « l'effet disciplinant et rationalisant, qui est l'avantage du test de proportionnalité », est réduit quand ses quatre étapes ne sont pas appliquées de façon ordonnée⁶⁷. De même Julian Rivers considère que le test anglais de *Wednesbury* est un « brouillon grossier de la proportionnalité⁶⁸. » Pour le dire brièvement, dans la littérature dominante consacrée à la proportionnalité, les divergences observées dans les pratiques juridiques sont invariablement reléguées à « un *modus deficiens* de l'uniformité⁶⁹ ».

Le consensus sur la désirabilité du modèle allemand de la proportionnalité est lié à l'omniprésence de la métaphore de la mise en balance et à la conception instrumentale du droit qui la sous-tend⁷⁰. Alors que la prise de décision juridique est de plus en plus vue comme impliquant nécessairement une mise en balance des droits constitutionnels, la proportionnalité apparaît comme supérieure à tout autre modèle de raisonnement pour optimiser les droits en conflit. Sa structure analytique est présentée comme permettant de rationaliser le raisonnement juridique dans ce contexte conflictuel et de le rendre plus transparent. C'est ce que montre bien l'analyse d'Alec Stone Sweet et Jud Mathews sur la diffusion de la proportionnalité.

⁶⁴ MÖLLER K., *The Global Model of Constitutional Rights*, op. cit., p. 128.

⁶⁵ GRIMM D., « Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence », *University of Toronto Law Journal*, 2007, vol. 57, n° 2, p. 383-397.

⁶⁶ RIVERS J., « Proportionality and Variable Intensity of Review », op. cit., p. 187.

⁶⁷ GRIMM D., « Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence », op. cit., p. 397.

⁶⁸ RIVERS J., « Proportionality and Variable Intensity of Review », op. cit., p. 187.

⁶⁹ LEGRAND P., « The Same and the Different », P. LEGRAND et R. MUNDAY (dir.), *Comparative legal studies: traditions and transitions*, Cambridge ; New York, CUP, 2003, p. 245.

⁷⁰ Sur le rapport entre la mise en balance et l'instrumentalisme, V. BOMHOFF J., *Balancing Constitutional Rights: The Origins and Meanings of Postwar Legal Discourse*, Cambridge, CUP, 2013, p. 17-18.

Ils concluent leur étude en évoquant brièvement les modèles alternatifs et observent que la Cour suprême états-unienne en particulier a développé une « approche compliquée, bariolée des droits ». Pour autant, dans leur perspective, les complexités de la doctrine de la Cour suprême sont le résultat d'« actes initiaux de mise en balance qui sont ensuite figés comme des catégories ou des précédents⁷¹ ». Les auteurs expriment leur préférence pour la proportionnalité comme méthode de décision, parce qu'elle rend la mise en balance explicite et ouvre la négociation entre les parties. De la même façon, Julian Rivers remarque que « le caractère inévitable de la mise en balance de droits avec l'intérêt public signifie que, en pratique, elle se glisse subrepticement » dans l'application de la conception « limitatrice » de la proportionnalité. « Puisqu'elle passe inaperçue », continue-t-il, « elle n'est pas contrôlée⁷². » Au contraire, la conception « optimisatrice » de la proportionnalité accroîtrait la transparence dans la prise de décision juridique et exposerait la mise en balance à la critique.

Toutefois, concevoir le raisonnement juridique comme impliquant nécessairement une mise en balance et choisir la proportionnalité comme la méthode permettant de la réaliser est loin d'être neutre ou naturel. Cette structure de raisonnement contraint en effet l'argumentation juridique d'une façon particulière tout en lui donnant de nouvelles possibilités. Lorsqu'elle est introduite dans différents contextes juridiques, la proportionnalité implique une évolution des règles préexistantes. Elle entraîne une évolution des catégories, des concepts, des distinctions et des modes de raisonnement locaux que les acteurs tiennent parfois pour fondamentaux⁷³. Évaluer si ces changements sont souhaitables ou non n'est pas simplement une question morale ou philosophique abstraite. Cela dépend également du sens de ce que la proportionnalité remplace et du sens de la proportionnalité elle-même, sens qui n'est ni universel ni intemporel.

En réalité, une étude de la pratique montre que les cas où l'usage de la proportionnalité par les acteurs juridiques correspond véritablement à la structure en étapes décrite par les tenants de la proportionnalité sont rares. Tellement rares, à dire vrai, que ces cas où la proportionnalité est correctement appliquée peuvent apparaître comme le fruit d'un « très grand hasard⁷⁴ ». Dans les divers contextes où elle est employée, la proportionnalité n'est en effet pas nécessairement perçue comme une structure en étapes pour mettre en balance des droits constitutionnels. Dans la plupart des cas, elle n'implique ni mise en balance ni raisonnement par étape. Dans certains cas, elle n'est pas employée par les organes juridictionnels mais simplement par la doctrine. Dans d'autres, la proportionnalité n'est même pas mise en rapport

⁷¹ STONE SWEET A. et J. MATHEWS, « Proportionality Balancing and Global Constitutionalism », *op. cit.*, p. 164.

⁷² RIVERS J., « Proportionality and Variable Intensity of Review », *op. cit.*, p. 187.

⁷³ Le qualificatif « local » appliqué aux acteurs juridiques est utilisé plutôt que celui de « national » pour accentuer la nature contingente des frontières du discours juridique et des systèmes juridiques. En effet, les frontières des systèmes juridiques ne coïncident pas nécessairement avec des frontières nationales et peuvent évoluer au cours du temps.

⁷⁴ MONTESQUIEU, *De l'Esprit des lois*, Paris, Flammarion, 1979, vol. I, p. 3, cité par KAHN-FREUND O., « On Uses and Misuses of Comparative Law », *The Modern Law Review*, 1974, vol. 37, n° 1, p. 6. Montesquieu utilisait cette phrase pour dire que cela serait « un très grand hasard » que les lois d'une nation puissent être adaptées pour une autre.

avec les droits fondamentaux. Dans une contribution récente, Jacco Bomhoff montre que la proportionnalité, mais aussi les concepts qui sont mis en relation avec elle, comme « l'exceptionnalisme états-unien », peuvent revêtir des sens très différents, même au sein des études de droit comparé, selon les branches du droit qui sont comparées⁷⁵. Ainsi, la tendance à percevoir la proportionnalité comme le moyen européen, voire global, de procéder à la mise en balance des droits est trompeuse.

L'approche que nous adoptons se distingue de la littérature dominante sur la proportionnalité dans la mesure où elle ne cherche, ni à améliorer le modèle de la proportionnalité en l'affinant, ni à identifier les variables qui affectent son application en pratique. À la place de cela, nous proposons de considérer les différences dans l'application du modèle comme un objet digne d'enquête en lui-même. Roger Cotterrell remarque qu'« il se peut que les différences entre les droits et les systèmes juridiques ne soient pas simplement contingentes ; elles peuvent aussi exprimer les caractéristiques profondes de la culture qui les produit⁷⁶ ». Le droit n'est pas simplement un instrument pour optimiser les droits fondamentaux, ni le simple outil pour le bon fonctionnement d'un régime démocratique. C'est aussi l'expression de croyances et de valeurs locales. Il exprime des modes de penser propres et des aspirations particulières à une certaine culture. Dans cette perspective, les règles juridiques ne sont pas conçues comme les moyens techniques ou scientifiques d'atteindre les fins assignées par une raison universelle. Elles expriment plutôt les représentations particulières à un certain monde social, sa propre perception des problèmes et des solutions qui peuvent leur être apportées. Elles font « partie d'une façon particulière d'imaginer le réel⁷⁷ ».

L'enquête que nous proposons dans cette thèse porte sur la fonction expressive du droit, comme une « forme d'imagination sociale⁷⁸. » Notre objectif est de rendre moins énigmatiques les perceptions locales de la proportionnalité que la littérature dominante présente comme déviantes ou incorrectes. Cette recherche adopte une perspective ethnographique dans le sens où elle cherche à comprendre le droit et la proportionnalité tels qu'ils sont localement perçus et non à les expliquer causalement en suivant un modèle ou une théorie préconçus. Comme le résume Clifford Geertz : « du sens, pour faire court, et non de la machinerie⁷⁹ ».

Dans cette perspective, l'étude des différences revêt une importance cruciale pour comprendre la diffusion de la proportionnalité. Alors que la cohérence des discours locaux est largement négligée dans la littérature relative à la proportionnalité,

⁷⁵ BOMHOFF J., « Beyond Proportionality: Thinking Comparatively about Constitutional Review and Punitiveness », V. JACKSON et M. TUSHNET (dir.), *Proportionality: New Frontiers, New Challenges*, Cambridge ; New York, CUP, 2017, p. 148-170. L'auteur analyse les travaux de droit comparé portant sur la proportionnalité dans les champs du droit pénal et du contentieux public en matière de droits fondamentaux.

⁷⁶ COTTERRELL R., « Is it so Bad to be Different? Comparative Law and the Appreciation of Diversity », E. ÖRÜCÜ et D. NELKEN (dir.), *Comparative law: a handbook*, Oxford ; Portland, Or, Hart, 2007, p. 135.

⁷⁷ GEERTZ C., « Local Knowledge: Fact and Law in Comparative Perspective », *Local knowledge: further essays in interpretive anthropology*, 3^e éd., New York, Basic Books, 1983, p. 173.

⁷⁸ *Ibid.*, p. 232.

⁷⁹ *Ibid.*

elle joue un rôle central pour comprendre l'adoption d'une certaine forme de proportionnalité par les acteurs locaux et pour expliquer les attentes qu'ils y attachent. Le contexte façonne la signification et la fonction de la proportionnalité. Une recherche comparative ne doit pas sacrifier l'infinie diversité des sens locaux de la proportionnalité à la promotion d'un modèle global uniforme. Les modèles intemporels et universels sont le produit de la philosophie juridique et de la théorie du droit⁸⁰. Les juristes comparatistes sont de plus en plus conscients du risque d'ethnocentrisme, de l'« assujettissement de l'autre à soi-même » qui sous-tend toute théorie à prétention universelle⁸¹. Une étude des différences a l'avantage du pluralisme. En respectant l'altérité juridique, elle refuse de hiérarchiser les différentes façons de penser le droit.

Ainsi, notre but n'est pas de déterminer quelle version de la proportionnalité est préférable ou la plus adaptée à chacun des contextes étudiés. Nous ne cherchons pas non plus à défendre la diversité contre l'émergence d'un constitutionnalisme et d'un modèle de la proportionnalité globaux. Sans adopter une posture prescriptive sur la proportionnalité, les droits fondamentaux ou le droit constitutionnel, nous suggérons simplement que les choses sont plus complexes que ce que laisse entendre la littérature dominante relative à la proportionnalité. En ce sens, l'étude que nous proposons dans cette thèse est une enquête portant sur la « variété infiniment riche d'expériences humaines et sur ses expressions juridiques particulières » dans différentes versions locales de la proportionnalité⁸².

4. *La proportionnalité comme transfert juridique*

Vlad Perju fait partie des auteurs ayant mis en évidence l'influence du contexte sur l'application de la proportionnalité. Il ne considère pas la proportionnalité comme inhérente à la notion de constitution ni comme nécessaire au contrôle juridictionnel des droits fondamentaux mais invite à la considérer comme un transfert juridique. Il soutient que si la proportionnalité traverse les frontières, sa forme ne doit pas être prise pour donnée. Selon lui, « la particularité et les mérites de la proportionnalité ne dépendent pas de la préservation de sa structure formelle actuelle, mais plutôt de l'existence d'une structure formelle⁸³. » C'est précisément le caractère versatile de la proportionnalité qui aurait favorisé sa diffusion spectaculaire à travers le monde.

Vlad Perju considère que le succès de la proportionnalité comme transplant juridique dans un environnement comme celui des États-Unis implique son adaptation afin de se fondre suffisamment dans les standards locaux de justification des décisions juridiques. Selon lui, l'obstacle principal au succès de la proportionnalité aux États-Unis est l'exigence locale très forte de stabilité doctrinale.

⁸⁰ KRYGIER M., « Law as Tradition », *Law and Philosophy*, 1986, vol. 5, n° 2, p. 237-262.

⁸¹ LEGRAND P., « The Same and the Different », *op. cit.*, p. 310.

⁸² COTTERRELL R., « Is it so Bad to be Different? Comparative Law and the Appreciation of Diversity », *op. cit.*, p. 152.

⁸³ PERJU V., « Proportionality and Stare Decisis: Proposal for a New Structure », *op. cit.*, p. 203.

Ainsi propose-t-il une « expérimentation » qui reprendrait la structure de la proportionnalité en ajoutant une étape finale à l'analyse⁸⁴. Cette dernière étape impliquerait que le juge compare le résultat de son contrôle de proportionnalité aux précédents pour évaluer l'effet du résultat sur la doctrine du *stare decisis*. Cela permettrait à la proportionnalité d'accomplir sa fonction de justification et de transparence dans le contexte du droit constitutionnel états-unien, sans pour autant remettre en cause le caractère rationnel du raisonnement qu'elle implique⁸⁵.

Le travail de Vlad Perju montre que la littérature sur les transplants juridiques peut offrir un cadre pour comprendre comment les règles, les institutions, les concepts et les méthodes juridiques changent lorsqu'elles circulent d'un système à un autre. Au cours des années soixante-dix, Alan Watson a montré que, contrairement à la perception traditionnelle du droit comme encastrée dans une histoire et dans une société, le transfert de règles et d'institutions juridiques d'un système à un autre constitue la forme la plus commune de changement juridique depuis l'antiquité. Il explique cela notamment par le fait que le droit est l'œuvre d'élites juridiques isolées de la société, ce qui rendrait le transfert des règles et institutions juridiques « socialement facile »⁸⁶. C'est pour exprimer cette facilité que l'auteur a emprunté à la biologie la métaphore de la transplantation. Pour lui, « les règles juridiques ne sont en général pas conçues pour la société particulière dans laquelle elles opèrent et [...] ceci n'est pas très préoccupant⁸⁷. »

En accentuant l'importance des influences étrangères sur les réformes juridiques, Alan Watson a offert de nouvelles perspectives aux études de droit comparé : l'étude du droit des autres peut être une source d'inspiration parce qu'il peut avoir élaboré des solutions pour des problèmes communs. Ainsi, l'étude des transplants juridiques s'inscrit plus généralement dans le courant du fonctionnalisme en droit comparé. Dans cette perspective, les mêmes problèmes se retrouvent dans différents contextes juridiques et l'accent est mis sur les solutions données à ces problèmes à différents moments et dans différents contextes, afin de dégager celles qui seraient les plus efficaces ou les plus adaptées. À un niveau plus abstrait, le but du droit comparé serait de mettre en évidence la communication entre les systèmes juridiques nationaux, et finalement de promouvoir leur harmonisation voire leur unification⁸⁸.

La littérature sur les transplants juridiques a longtemps été limitée au champ du droit privé. L'encastrement du droit public, et particulièrement du droit constitutionnel, dans les contextes socio-politiques locaux était vu comme une

⁸⁴ *Ibid.*

⁸⁵ *Ibid.*, p. 214 s.

⁸⁶ WATSON A., *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*, 2^e éd., Athènes, Ga, University of Georgia Press, 1974, p. 95.

⁸⁷ *Ibid.*, p. 96.

⁸⁸ L'étude la plus célèbre qui relève du courant fonctionnaliste en droit comparé est celle de Konrad Zweigert et Hein Kötz, V. ZWIEGERT K. et H. KÖTZ, *An introduction to comparative law*, Amsterdam ; New York, North-Holland Pub., 1977. Pour une présentation et une discussion intéressante des approches fonctionnalistes, V. GRAZIADEI M., « The functionalist heritage », P. LEGRAND et R. MUNDAY (dir.), *Comparative legal studies: traditions and transitions*, Cambridge ; New York, CUP, 2003, p. 100-127.

entrave à la transplantation de règles ou d'institutions dans ce domaine⁸⁹. Pourtant, l'émergence du paradigme du droit constitutionnel global a encouragé les auteurs de droit constitutionnel comparé à penser aux influences étrangères. Il est souvent tenu que si les transferts entre juridictions constitutionnelles sont possibles, ce processus est moins mécanique qu'en droit privé. Les comparatistes ont alors cherché de nouvelles métaphores pour l'exprimer, telles que l'emprunt, la migration ou la fertilisation croisée⁹⁰. Inspiré par ces travaux, Vlad Perju propose de voir la proportionnalité comme un transplant qui doit être adapté aux besoins de l'environnement d'accueil⁹¹. S'il ne prend pas comme données les étapes qui composent la structure de la proportionnalité, il semble toutefois considérer comme données la forme de la proportionnalité comme une structure en étapes et sa fonction, qui serait de favoriser la réactivité du juge aux besoins locaux de justification. La culture juridique états-unienne, ou plutôt l'« environnement », pour reprendre les termes de l'auteur, est alors vu comme une variable qui peut être prise en compte au sein du modèle de la proportionnalité.

Toutefois, comme l'observe Roger Cotterrell, « dans différents systèmes juridiques, les valeurs, les traditions et les sentiments locaux peuvent colorer différemment la définition de la fonction des [règles, des institutions et des concepts juridiques], l'importance qui leur est accordé et les critères de leur succès⁹². » Dans le cas du droit constitutionnel états-unien, Jacco Bomhoff a par exemple montré que la mise en balance a été perçue comme une doctrine anti-formaliste dangereuse, permettant de dissimuler les décisions politiques des juges⁹³. La méfiance envers la mise en balance permet de saisir la résistance des juristes états-uniens à son inclusion dans un raisonnement rationnel structuré en étapes, tel que le proposent les tenants de la proportionnalité. Paul Kahn explique également que les juristes états-uniens voient la proportionnalité avec suspicion⁹⁴. L'auteur compare le constitutionnalisme états-unien à une religion et explique que la volonté souveraine du peuple, exprimée par le texte constitutionnel, joue le rôle d'un mythe fondateur dans la pensée constitutionnelle états-unienne. La mission de la Cour suprême est de parler au nom du peuple, de la même façon que la mission d'un prêtre peut être de parler au nom de Dieu. Cela permet de saisir l'importance du texte constitutionnel et du précédent dans la doctrine constitutionnelle états-unienne, parfois au détriment d'autres considérations que le contrôle de proportionnalité privilégie, comme l'équité ou la rationalité de la justification des décisions de justice. L'approche fonctionnaliste de Vlad Perju néglige le sens local particulier que revêtent la proportionnalité et la mise en balance dans le contexte états-unien. La défiance des juristes locaux envers la proportionnalité doit être placée dans un contexte plus large pour être comprise. En

⁸⁹ V., particulièrement, KAHN-FREUND O., « On Uses and Misuses of Comparative Law », *op. cit.*

⁹⁰ V., par exemple, CHOUDHRY S. (dir.), *The Migration of Constitutional Ideas*, Cambridge, CUP, 2006.

⁹¹ En effet, l'auteur insiste sur l'utilisation de la métaphore de transplant qui lui permet de mettre en évidence l'utilité de la littérature de droit comparé pour saisir la circulation de la proportionnalité.

⁹² COTTERRELL R., « Is it so Bad to be Different? Comparative Law and the Appreciation of Diversity », *op. cit.*, p. 136.

⁹³ BOMHOFF J., *Balancing Constitutional Rights: The Origins and Meanings of Postwar Legal Discourse*, *op. cit.*

⁹⁴ KAHN P., « Comparative Constitutionalism in a New Key », *op. cit.*, p. 2698 s.

attribuant cette défiance à une exigence de stabilité doctrinale sans plus de discussion, Vlad Perju manque l'essentiel du « savoir local » qu'elle traduit⁹⁵.

Moshe Cohen-Eliya et Iddo Porat sont plus sensibles à la perception locale du droit ainsi qu'à la cohérence des discours juridiques locaux. Dans *Proportionality and Constitutional Culture*, ils confrontent le système états-unien à des systèmes où la proportionnalité jouit d'un statut de principe constitutionnel. Pour ce faire, ils opposent deux idéaux-types de culture constitutionnelle : la « culture de l'autorité » et la « culture de la justification ». Ils soutiennent que dans le cas de la culture de l'autorité, la légitimité de l'action publique résulte de l'autorisation qui est faite à l'autorité compétente d'exercer un pouvoir, alors que dans le cas de la culture de la justification, la légitimité de l'action publique repose sur l'exercice rationnel et raisonnable de ce pouvoir. Moshe Cohen-Eliya et Iddo Porat estiment que la proportionnalité est un « élément indispensable de – même inhérent à – la culture de la justification⁹⁶ ». Dans leur approche, une telle culture de la justification est caractérisée par une perception des droits très proche de l'exigence d'optimisation proposée par Robert Alexy. Les droits, comme valeurs matérielles, sont largement détachés du texte constitutionnel. Ils sont conçus de façon très large : ils incluent tous les domaines couverts par l'action publique et ont vocation à guider le contrôle juridictionnel de celle-ci. Au contraire, le refus de la Cour suprême états-unienne d'adopter la proportionnalité est expliqué par la culture de l'autorité qui sous-tend ses décisions. Cette culture s'oppose au pouvoir du juge de mettre en balance des valeurs concurrentes. Le droit public réside essentiellement dans la délimitation du domaine de compétence de chaque autorité publique et les textes constitutionnels demeurent la référence principale du contrôle de constitutionnalité. Les droits sont définis comme des impératifs catégoriques d'abstention et certains domaines de l'action publique échappent complètement au contrôle juridictionnel.

Moshe Cohen-Eliya et Iddo Porat partagent le même enthousiasme envers la proportionnalité que les adeptes de la théorie alexyenne. S'ils reconnaissent le caractère historique de la proportionnalité, née dans le contexte de la doctrine formaliste prussienne, ils affirment qu'elle a par la suite évolué en droit allemand pour acquérir un caractère universel. Dans leur conception, la proportionnalité est encore comprise comme un raisonnement en étapes permettant d'offrir un cadre structuré pour mettre en balance des droits fondamentaux. Perçue comme exprimant des idéaux universels de cohérence, de systématisation et de logique, elle peut s'adapter aisément à différents contextes. Ainsi Moshe Cohen-Eliya et Iddo Porat comparent-ils la proportionnalité à une espèce d'oiseau qui, bien qu'ayant évolué dans un certain environnement, a développé certaines caractéristiques « qui le rendent adaptable à tous les types d'environnement⁹⁷ ». Bien qu'ils n'utilisent pas la métaphore du transplant, la métaphore de l'oiseau n'est pas très différente de la façon dont Alan Watson avait décrit les transferts juridiques : « [d]e même que quasiment

⁹⁵ GEERTZ C., « Local Knowledge: Fact and Law in Comparative Perspective », *op. cit.*, p. 231.

⁹⁶ COHEN-ELIYA M. et I. PORAT, *Proportionality and Constitutional Culture*, *op. cit.*, p. 126.

⁹⁷ *Ibid.*, p. 156.

personne n'avait pensé à la roue, une fois inventée, ses avantages deviennent visibles et elle peut être largement utilisée, de la même façon, des règles juridiques peuvent être inventées par seulement quelques peuples ou nations et, une fois inventées, leur valeur peut être appréciée, et les règles elles-mêmes peuvent être adoptées pour servir les besoins de nombreuses nations⁹⁸ ». Que l'analogie relève de la biologie ou des inventions techniques, dans les deux cas la proportionnalité semble faire partie d'une « science occulte du constitutionnalisme ayant vocation à unir toutes les constitutions libérales, comme des variations d'un thème commun⁹⁹ ».

5. *La proportionnalité, la culture juridique et l'intégration européenne*

L'étude de Moshe Cohen-Eliya et Iddo Porat a le mérite de souligner le rôle central de la culture dans la diffusion de la proportionnalité¹⁰⁰. Dans leur perspective, le droit est encastré dans des perceptions locales de la société, de la démocratie et de la raison. Ainsi, la culture de l'autorité serait animée par le scepticisme envers la rationalité humaine et par une vision pluraliste de la société ; le processus démocratique serait conçu comme une lutte politique permanente entre différents groupes d'intérêts. Au contraire, la conception de la démocratie qui sous-tendrait la culture de la justification serait matérielle, dans le sens où elle impliquerait une exigence minimale de rationalité ou de moralité dans l'expression des opinions politiques. Dans ce contexte, le contrôle juridictionnel serait animé par une perception rationnelle du droit et du savoir juridique ; il s'agirait presque d'une entreprise scientifique. Les auteurs suggèrent que le traumatisme de la seconde guerre mondiale a entraîné le passage d'une culture de l'autorité à une culture de la justification en Europe¹⁰¹. Dans un article récent, ils affinent cet argument en observant que le développement du droit constitutionnel dans l'Europe d'après-guerre s'est appuyé sur une doctrine et une pratique de droit administratif déjà existante. Ils suggèrent que l'influence du droit administratif sur le droit constitutionnel européen pourrait expliquer le succès de la proportionnalité en Europe et son échec aux États-Unis, où le droit constitutionnel était une discipline bien établie avant même l'émergence du droit administratif¹⁰².

L'encastrement du droit dans une culture est au cœur des débats en théorie et méthodologie du droit comparé. Pierre Legrand a critiqué de manière célèbre la métaphore du transplant ou de la greffe juridique, qui, selon lui, trahit une conception positiviste des règles juridiques, les réduisant simplement à des ensembles d'énoncés propositionnels déconnectés des représentations sociales. En effet, il est commun que les adeptes du courant fonctionnaliste en droit comparé considèrent que des règles voyagent d'une société à l'autre tout en étant « également chez elles

⁹⁸ WATSON A., *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*, op. cit., p. 100.

⁹⁹ KAHN P., « Comparative Constitutionalism in a New Key », op. cit., p. 2684.

¹⁰⁰ Toutefois, ces auteurs n'expliquent pas véritablement ce qu'ils entendent par culture. Pour une critique sur ce point, V. SCHNEIDERMAN D., « Proportionality and Constitutional Culture », *International Journal of Constitutional Law*, 2015, vol. 13, n° 3, p. 769-773.

¹⁰¹ COHEN-ELIYA M. et I. PORAT, *Proportionality and Constitutional Culture*, op. cit., p. 122 s.

¹⁰² COHEN-ELIYA M. et I. PORAT, « The Administrative Origins of Constitutional Rights and Global Constitutionalism », op. cit.

partout¹⁰³ ». Au contraire, Pierre Legrand perçoit les règles juridiques comme « incorporant des formes culturelles » dont la transplantation est tout simplement impossible¹⁰⁴. Dans cette perspective, si une règle peut franchir les frontières, ce n'est pas le cas de sa signification dans une culture particulière. En effet, cela impliquerait la transposition de l'ensemble du langage et de la culture du système d'origine. Pour Pierre Legrand :

« si les mots peuvent passer les frontières, une rationalité et une moralité différentes interviennent pour donner sens et effectivité aux mots empruntés : la culture hôte continue à articuler ses interrogations morales suivant ses standards de justification traditionnels. Ainsi, les mots de la formule importée sont inévitablement revêtus d'un sens local différent, ce qui la rend *ipso facto* une règle différente¹⁰⁵. »

Pour cet auteur, tout transplant juridique mène donc à un métissage idiosyncratique résultant de la domestication du concept, de la règle, de l'institution ou de l'idée initiale. La métaphore de la greffe ou du transplant n'est rien d'autre qu'un « aplanisseur commode des différences¹⁰⁶. »

La conception du droit comme une construction culturelle conduit donc Pierre Legrand à nier la désirabilité et la possibilité même d'une convergence effective entre les systèmes juridiques, et ce, y compris dans le contexte de l'intégration européenne¹⁰⁷. Dans sa perspective, « toute tentative de globalisation se traduit inévitablement en une expérience originale de 'glocalisation'¹⁰⁸ ». Cela s'explique par l'incommensurabilité des approches épistémologiques sous-tendant les différentes cultures juridiques. Opposant le *common law* et le *civil law* en particulier, Pierre Legrand suggère qu'ils sont séparés par un « clivage *primordial* – une *summa differentia*¹⁰⁹, » qui résulte de leur appréhension complètement différente de ce qu'est le savoir juridique. Toute compréhension réciproque entre les juristes de ces deux cultures serait alors impossible¹¹⁰, puisqu'il n'y a pas de cadre commun pour mesurer et évaluer les prémisses méthodologiques qui les séparent. Le *civil law* et le *common law* seraient en conséquence « irrémédiablement inconciliables¹¹¹. » Ce refus d'une commensurabilité épistémologique entre différentes cultures juridiques conduit Pierre Legrand à nier la possibilité de la comparaison juridique comme entreprise scientifique¹¹². Le comparatiste ne pourrait tout simplement pas comprendre le sens du droit étranger

¹⁰³ LEGRAND P., « The impossibility of legal transplants », *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 1997, vol. 4, p. 113.

¹⁰⁴ *Ibid.*, p. 116.

¹⁰⁵ *Ibid.*, p. 115.

¹⁰⁶ *Ibid.*, p. 122.

¹⁰⁷ LEGRAND P., « European Legal Systems are not Converging », *op. cit.*, p. 62.

¹⁰⁸ LEGRAND P., « Public Law, Europeanisation and Convergence », P. BEAUMONT, C. LYONS et N. WALKER (dir.), *Convergence and Divergence in European Public Law*, Oxford ; Portland, Or., Hart, 2002, p. 251 ; V. aussi LEGRAND P., « European Legal Systems are not Converging », *op. cit.* (référence omise).

¹⁰⁹ LEGRAND P., « European Legal Systems are not Converging », *op. cit.*, p. 63.

¹¹⁰ *Ibid.*, p. 76.

¹¹¹ LEGRAND P., « The Same and the Different », *op. cit.*, p. 245.

¹¹² *Ibid.*, p. 254.

de la même façon que le comprennent les juristes locaux, puisque son immersion dans une perspective entièrement interne est impossible en pratique. Toute entreprise comparatiste serait en conséquence réduite à conclure à l'altérité du droit étranger¹¹³.

L'approche de Pierre Legrand a été critiquée comme trop radicale ; elle serait animée par un « pessimisme épistémologique naïf¹¹⁴ ». Les comparatistes ont aussi vu dans les travaux de cet auteur le danger que représente une certaine essentialisation de la culture : étant perçue comme dotée d'une homogénéité et d'une stabilité unitaire, elle pourrait être opposée à toute tentative de changement social¹¹⁵. Pierre Legrand, en faisant de l'État-nation le lieu privilégié de la formation de l'identité culturelle ne voit pas les asymétries de pouvoir et de savoir que les cultures juridiques nationales reproduisent et perpétuent. Son approche présente donc le danger que la culture soit invoquée pour arrêter la discussion (comme un « *discussion stopper* »), voire même pour arrêter la réflexion (tel un « *thought stopper*¹¹⁶ »). Inclure une règle ou un concept dans le champ de la culture juridique lui conférerait une sorte de noblesse traditionnelle et exclurait la possibilité même de le contester ou de le réformer sans chercher à comprendre comment il est lié au contexte social et politique entourant le droit.

Pierre Legrand a aussi été critiqué pour avoir sous-estimé l'importance des mouvements et des réseaux transnationaux ou supranationaux qui contribuent à former les identités collectives. Ceci se perçoit bien dans son refus de considérer que le droit de l'Union européenne et ses juristes puissent participer à la constitution d'une culture juridique propre, dans laquelle les acteurs étatiques peuvent trouver de nouvelles ressources pour contester les mentalités et les pratiques dominantes dans leur sphère nationale¹¹⁷. Au lieu de cela, Pierre Legrand semble tenir pour évident que l'europanisation, comme d'autres instances de globalisation, « n'opère que dans un monde déraciné de marchés¹¹⁸ ».

Si son approche a donc pu faire l'objet de critiques sérieuses, la difficulté soulevée par Pierre Legrand relative à la possibilité de comparer n'en demeure pas moins fondamentale. Comment le droit comparé peut-il rendre compte de

¹¹³ *Ibid.*, p. 282 s.

¹¹⁴ VAN HOECKE M., « Deep Level Comparative Law », M. VAN HOECKE (dir.), *Epistemology and methodology of comparative law*, Oxford, Hart, coll. « European Academy of Legal Theory series », 2004, p. 8, cité par COTTERRELL R., « Comparative Law and Legal Culture », M. REIMANN et R. ZIMMERMANN (dir.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford ; New York, OUP, 2006, p. 710-737, note 70.

¹¹⁵ NELKEN D., « Comparatists and Transferability », P. LEGRAND et R. MUNDAY (dir.), *Comparative legal studies: traditions and transitions*, Cambridge ; New York, CUP, 2003, p. 446 ; « Disclosing/Invoking Legal Culture: An Introduction », *Social & Legal Studies*, 1995, vol. 4, p. 443 s. ; COTTERRELL R., « Comparative Law and Legal Culture », *op. cit.*, p. 729 ; GLENN P., « Legal Cultures and Legal Traditions », M.V. HOECKE (dir.), *Epistemology and Methodology of Comparative Law: Epistemology and Methodology of Comparative Law*, London, Bloomsbury Publishing, 2004, p. 14 s.

¹¹⁶ Le terme est repris à Hilary Putnam qui l'utilise pour la séparation stricte entre les faits et les valeurs. V. *The Collapse of the Fact/Value Dichotomy and Other Essays*, Cambridge, MA ; London, Harvard University Press, 2002, p. 44.

¹¹⁷ WALKER N., « Culture, Democracy and the Convergence of Public Law: Some Scepticisms about Scepticism », P. BEAUMONT, C. LYONS et N. WALKER (dir.), *Convergence and Divergence in European Public Law*, Oxford ; Portland, Or., Hart, 2002, p. 262 s.

¹¹⁸ LEGRAND P., « Public Law, Europeanisation and Convergence », *op. cit.*, p. 254.

l'encastrement du droit dans la culture sans pour autant éliminer toute possibilité de communication entre systèmes et d'intégration par le droit ? La question revêt une importance particulière dans le cadre d'une étude sur la proportionnalité. Non seulement parce que la proportionnalité a précisément pour but l'intégration des intérêts minoritaires dans le processus de décision politique, mais aussi en raison de son rôle crucial dans le processus d'intégration européenne. Le principe de proportionnalité occupe en effet une place centrale, tant dans la jurisprudence de la Cour EDH que de la CJUE. Son application par ces juridictions supranationales est un des mécanismes juridiques fondamentaux contribuant à la réalisation des droits et des objectifs supranationaux. Les Cours européennes encouragent les acteurs nationaux à raisonner dans les termes de la proportionnalité et imposent même dans certains cas l'application de la proportionnalité comme une obligation juridique. Appliquée en tant que principe de droit européen dans le droit interne, la proportionnalité déconstruit les catégories nationales, remet en cause des distinctions traditionnelles et transforme des modes de penser bien établis. Nier la dynamique transformatrice et intégratrice de la proportionnalité dans le contexte du droit européen reviendrait à négliger un aspect majeur de sa diffusion. Cela serait aussi exclure de l'étude un élément important des cultures juridiques nationales elles-mêmes : la vision de l'Europe qu'entretiennent les acteurs locaux.

Cependant, le fait que l'adoption de la proportionnalité ne soit pas toujours volontaire mais procède dans certains cas de la conformation avec des obligations supranationales ne nous renseigne pas sur la façon dont la proportionnalité est localement comprise et appliquée. En effet, quand bien même il est imposé par le droit européen, un transfert juridique n'entraîne pas nécessairement une application harmonisée. Il déploie sa dynamique intégrative différemment dans chaque contexte, en fonction des habitudes locales de changement juridique et des visions locales de l'intégration européenne. Pour donner un exemple, même dans le cadre des traités supranationaux, la proportionnalité est appliquée différemment selon que la culture hôte adopte une conception dualiste ou moniste du rapport entre son ordre juridique national et les ordres juridiques européens. Les catégorisations et typologies concernant les transplants juridiques selon leur mode d'adoption, si elles sont pertinentes lorsque l'on cherche à expliquer la cause de la diffusion de la proportionnalité comme règle ou comme technique, sont de peu de recours lorsque l'on s'interroge sur le sens local de la proportionnalité¹¹⁹. Comment saisir la dynamique transformatrice de la proportionnalité sans pour autant négliger les particularités locales de la façon dont elle se déploie ?

La théorie autopoïétique du droit proposée par Gunther Teubner est une tentative de dépasser l'opposition entre l'affirmation de l'autonomie du droit et son encastrement culturel. À ce titre, elle permet de rendre compte du changement juridique en donnant leur place aux pratiques locales. Poursuivant la théorie des

¹¹⁹ Pour une telle typologie, V. COHN M., « Legal Transplant Chronicles: The Evolution of Unreasonableness and Proportionality Review of the Administration in the United Kingdom », *American Journal of Comparative Law*, 2010, vol. 58, p. 591-592.

systèmes de Niklas Luhmann, Gunther Teubner conçoit le droit comme un système discursif qui rencontre la société sous la forme d'« une multiplicité fragmentée de discours¹²⁰ ». Dans les sociétés modernes, la professionnalisation du monde juridique et la technicité de ses sources expliquent la fermeture opérationnelle du sous-système juridique par rapport aux autres sous-systèmes sociaux que le droit cherche à réguler. L'autonomie du droit s'exprime dans « l'auto-référence normative et dans la récursivité » sur lesquelles le droit fonde son discours¹²¹. Concrètement cela se manifeste par le fait que les juristes recourent typiquement à des arguments s'appuyant sur l'autorité de la loi ou sur le précédent plutôt qu'à des arguments ayant trait aux conséquences sociales de certaines solutions.

Dans ce contexte, le fait que la proportionnalité soit parfois imposée en tant qu'obligation *juridique* par les cours supranationales acquiert une importance toute particulière. En effet, c'est précisément l'autonomie du droit qui rend la convergence possible entre les systèmes nationaux. Ainsi que le remarque Gunther Teubner, « les sous-systèmes sociaux définissent leurs frontières dans les termes de leur propre logique et de leur propre tradition, indépendamment de la définition politique des frontières locales, régionales ou nationales¹²² ». Toujours est-il que l'autonomie du droit n'est pas absolue, attendu que le droit, comme tout système opérationnellement fermé, est « structurellement couplé » à son contexte et utilise des influences externes, provenant du monde social, politique ou autre pour construire ou changer ses propres structures¹²³. Le droit est étroitement lié à d'autres fragments de la société et ces liens sociaux se manifestent dans des « processus de couplage [*binding arrangements*] » relativement stables avec les structures du pouvoir social¹²⁴.

Les outils conceptuels développés dans le cadre de l'approche de Gunther Teubner pour appréhender la relation complexe entre le droit et son contexte social se révèlent très utiles pour une étude culturelle du droit. Ils permettant de penser le changement juridique et, dans le contexte de l'intégration européenne, une certaine convergence, sans pour autant négliger les logiques distinctes des différents systèmes étudiés. En effet, alors que Gunther Teubner accepte la possibilité de transferts juridiques, il rejette la métaphore du transplant comme trop simpliste. Dans sa perspective, les transferts juridiques sont mieux décrits comme des « irritants juridiques », c'est-à-dire comme « un bruit extérieur provoquant des perturbations non contrôlées dans le jeu de relation entre les discours¹²⁵ ». En tant qu'influence externe, ils provoquent des changements discursifs et « irritent » les processus de

¹²⁰ TEUBNER G., « Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Differences », *Modern Law Review*, 1998, vol. 61, p. 11 (p. 21). Sur l'utilité de l'approche de Gunther Teubner pour étudier les transferts juridiques, V. NELKEN D., « Comparatists and Transferability », *op. cit.*, p. 459 s.

¹²¹ TEUBNER G., « Legal Irritants », *op. cit.*, p. 16.

¹²² FRIEDMAN L. et G. TEUBNER, « Legal Education and Legal Integration: European Hopes and American Experience », M. CAPPELLETTI, M. SECCOMBE et J. WEILER (dir.), *Integration Through Law*, Berlin, de Gruyter, 1986, vol. I:3 Forces and Potential for a European Identity, p. 363.

¹²³ TEUBNER G., « The Two Faces of Janus: Rethinking Legal Pluralism », *Cardozo Law Review*, 1991-1992, vol. 13, p. 1446.

¹²⁴ TEUBNER G., « Legal Irritants », *op. cit.*, p. 17.

¹²⁵ *Ibid.*, p. 12.

couplage du droit à d'autres systèmes. Toutefois, les liens sociaux du droit « réapparaissent sous une nouvelle forme dans laquelle ils sont à peine discernables¹²⁶ ». Le changement demeure interne au système juridique, celui-ci reconstruisant complètement la règle, l'institution ou le concept transféré¹²⁷. Le concept d'« irritant juridique » se révèle donc être un outil précieux pour décrire comment un transfert juridique change la culture locale, tout en étant lui-même transformé lorsqu'il rencontre les structures profondes de cette culture.

6. Problématique : comparer les sens locaux de la proportionnalité

Les transferts juridiques offrent une riche opportunité d'étudier l'encastrement du droit dans son contexte local parce qu'ils expriment la logique interne des systèmes impliqués. Ainsi que l'observe Gunther Teubner, les transferts, de manière générale, « ne créent pas une nouvelle unité entre les discours en cause, ils contribuent simplement à les lier en transcendant leurs frontières, tout en respectant celles-ci, en les réaffirmant même. Malgré leur dénomination identique, ils sont des constructions purement internes à chaque discours concerné¹²⁸. » Les transferts peuvent donc fournir ce que Pierre Legrand nomme une « communauté sémantique ou une interface dialogique » qui permet la comparaison et la traduction entre différentes cultures juridiques¹²⁹. Il est d'ailleurs significatif que cet auteur utilise le raisonnable [*reasonableness*] et la proportionnalité comme exemple d'une telle communauté qui, dans sa perspective, montre les différences irréductibles entre les représentations du juge et du contrôle juridictionnel en *common law* et en *civil law*. L'étude des transferts juridiques est probablement le champ où le droit comparé peut le mieux déployer sa « fonction subversive » à l'égard de dogmes, de modes de penser et de tabous juridiques bien établis¹³⁰. En raison de sa diffusion spectaculaire et de l'importance qu'elle joue dans la rhétorique du constitutionnalisme global, la proportionnalité offre une chance unique pour entreprendre cette tâche. Les variations dans son usage révèlent les aspects particuliers de la vision du monde que partagent les acteurs juridiques nationaux, mais aussi les acteurs transnationaux et supranationaux utilisant la proportionnalité, comme la CJUE, la Cour EDH ou les théoriciens de la proportionnalité eux-mêmes.

Jacco Bomhoff a montré que la construction de « sens locaux » des arguments juridiques peut donner lieu à une comparaison très fructueuse des systèmes dans lesquels ceux-ci sont utilisés¹³¹. Prenant l'exemple de la mise en balance aux États-Unis et en Allemagne, il montre que les acteurs juridiques locaux utilisent cette métaphore commune de façon très différente. La différence réside principalement dans la mesure où les acteurs de chaque système conçoivent la mise en balance

¹²⁶ *Ibid.*, p. 18.

¹²⁷ *Ibid.*, p. 12.

¹²⁸ TEUBNER G., « Two Faces of Janus », *op. cit.*, p. 1458. C'est l'auteur qui souligne.

¹²⁹ LEGRAND P., « The Same and the Different », *op. cit.*, p. 283.

¹³⁰ MUIR-WATT H., « La fonction subversive du droit comparé », *RIDC*, 2000, vol. 52, n° 3, p. 503-527.

¹³¹ BOMHOFF J., « Comparing Legal Argument », M. ADAMS et J. BOMHOFF (dir.), *Practice and theory in comparative law*, Cambridge ; New York, CUP, 2012, p. 74 s.

comme entraînant une évaluation de nature politique¹³². La proportionnalité comme un argument de mise en balance spécifique permet de préciser la comparaison et d'identifier d'autres sources de différences entre les contextes juridiques étudiés. En effet, dans l'application de la proportionnalité, les divergences peuvent très bien résulter des perceptions locales de la mise en balance, mais aussi de tabous juridiques locaux concernant le rôle du juge, son pouvoir d'identifier et de critiquer les buts politiques des autorités contrôlées, d'évaluer des moyens de politique publique ou de considérer des faits. En outre, en raison de sa perception théorique comme une structure de raisonnement, l'application de la proportionnalité exprime l'importance relative que les acteurs locaux accordent aux structures linguistiques du droit. Des différences dans la pratique de la proportionnalité révèlent des oppositions de style entre les raisonnements juridiques des acteurs supranationaux, transnationaux et nationaux. Enfin, dans le champ du droit européen en particulier, les obligations formelles d'appliquer le principe de proportionnalité peuvent faire apparaître des cas de résistance à la proportionnalité, qui n'auraient pas pu être caractérisées comme telles sans cela.

Pierre Legrand compare le processus de transfert juridique à un auteur qui trouve pratique de citer des auteurs étrangers. Dans sa perspective, les transferts sont seulement « une stratégie rhétorique impliquant l'acte ordinaire de répétition comme méthode discursive habilitante¹³³ ». L'étude de la réaction des acteurs juridiques face à cette stratégie et, plus généralement, les débats que les transferts juridiques provoquent dévoilent les perceptions locales de ce qui constitue un argument juridique couronné de succès. De cette façon, l'étude des sens locaux des arguments juridiques révèle ce que les acteurs locaux attendent du droit. Le travail de Jacco Bomhoff montre que chaque discours juridique a ses propres critères pour évaluer les arguments juridiques et ses propres voies alternatives d'argumentation¹³⁴. Il en résulte que le succès ou l'échec d'un transfert juridique est relatif ; il dépend du point de vue adopté¹³⁵.

Cela est particulièrement pertinent pour l'étude comparative de la proportionnalité. En raison de la place centrale qu'occupe l'analyse de l'exceptionnalisme états-unien dans la littérature en la matière, les auteurs ont tendance à supposer que, là où elle a été adoptée, la proportionnalité est un transplant réussi. Le recours à la proportionnalité par les cours européennes supranationales a certainement contribué à nourrir cette croyance, qui est aussi renforcée par le fait que les acteurs juridiques locaux sont souvent enthousiastes envers la proportionnalité et se réfèrent de plus en plus au modèle européen de la proportionnalité ainsi qu'à Robert Alexy. Pour l'écrire brièvement, la proportionnalité

¹³² BOMHOFF J., *Balancing Constitutional Rights: The Origins and Meanings of Postwar Legal Discourse*, op. cit. ; BOMHOFF J., « Genealogies of Balancing as Discourse », *Law & Ethics of Human Rights*, avril 2010, n° 4, p. 108.

¹³³ LEGRAND P., « The impossibility of legal transplants », *op. cit.*, p. 121.

¹³⁴ BOMHOFF J., « Comparing Legal Argument », *op. cit.*, p. 84 s.

¹³⁵ V. aussi NELKEN D., « Comparatists and Transferability », *op. cit.*, p. 452 s.

n'est pas seulement un transfert, il s'agit d'un transfert qui est le plus souvent *conçu* comme tel, tant par les acteurs nationaux que transnationaux.

Cette caractéristique distingue la proportionnalité parmi les arguments relatifs à la mise en balance et en fait un lieu très privilégié d'expression des imaginaires locaux. Face à la diversité des sources possibles, l'assignation d'une provenance à la proportionnalité est révélatrice. Au sein des systèmes nationaux, les acteurs juridiques privilégient en général tel ou tel contexte, exprimant ainsi des modèles plus généraux de changement juridique. La proportionnalité peut en effet être présentée comme un transfert venant d'Allemagne, d'Europe, mais aussi de France, de Suisse et même d'autres disciplines comme la philosophie, les mathématiques ou la finance. Les sources d'influence traditionnelles d'un système juridique jouent un rôle important dans la détermination du contexte source. Le choix peut aussi s'expliquer par les différentes caractéristiques de la proportionnalité qui sont accentuées ou non, telles que sa structure analytique, son contenu matériel ou le type de contrôle juridictionnel qu'elle entraîne. En outre, la version de la proportionnalité que les acteurs locaux choisissent d'adopter exprime leur vision de la façon dont le discours juridique local *peut* changer et ce qu'ils attendent d'une telle transformation. La diversité observée dans les usages de la proportionnalité indique que les attentes locales attachées à son application diffèrent tant des objectifs d'intégration européenne, portés par les institutions européennes, que de l'objectif d'optimisation des droits fondamentaux qui, selon les défenseurs de la proportionnalité, serait universellement partagé. Des asymétries dans l'usage de la proportionnalité existent non seulement entre les systèmes juridiques, mais aussi en leur sein, entre les différentes branches du droit ou entre les différents acteurs (académiques, juges, avocats ou législateur). L'étude de ces asymétries donne des informations intéressantes sur le rôle que jouent les différents acteurs juridiques dans le processus local de changement juridique.

Le travail présenté dans cette thèse est une étude de cas approfondie concernant l'usage de la proportionnalité en France, en Angleterre et en Grèce. Le choix de ces systèmes juridiques s'explique par différentes raisons. Sur un plan pratique, des considérations liées à notre connaissance de ces systèmes, de leur langue et de leurs juridictions ont joué un rôle que nous ne saurions taire. En effet, dans l'approche que nous adoptons, l'étude d'un système ne saurait se faire sans une connaissance intime de la culture juridique étudiée, ce qui implique d'en connaître la langue, mais aussi d'avoir une certaine familiarité avec le monde académique, la manière d'enseigner et de comprendre le droit propre à chaque contexte, ce qui aurait été difficile voire impossible sans une certaine immersion au sein des cultures juridiques choisies.

Des raisons d'ordre épistémologique ont également joué un rôle crucial dans ce choix. Tout d'abord, et contrairement à l'intérêt souvent porté au cas états-unien, il s'agit de s'intéresser à des juridictions qui ont déjà adopté la proportionnalité, et dans lesquelles la proportionnalité peut se trouver au cœur des débats, voire être perçue comme un mode de raisonnement hégémonique. La comparaison permet donc d'identifier les similarités et les différences entre les processus locaux de réception de

la proportionnalité, les préconceptions que les acteurs juridiques locaux en avaient et la place qu'elle occupe dans les contextes étudiés. Ensuite, la France, l'Angleterre et la Grèce sont toutes sujettes à la juridiction de la CJUE et de la Cour EDH. Ainsi, la comparaison de l'application du principe de proportionnalité dans le domaine du droit européen permet de s'intéresser aux similarités et aux différences entre les dynamiques locales d'intégration européenne et à la façon dont elles sont perçues¹³⁶. Enfin, les systèmes juridiques choisis ont connu des changements socio-politiques plus ou moins importants qui affectent le droit. En France, la déclaration récente d'un état d'urgence, prorogé pendant près de deux ans, témoigne d'un contexte de crise majeur. En Angleterre, le Brexit cristallise les tendances eurosceptiques qui se sont progressivement affirmées au cours des dernières décennies. En Grèce, la crise de la zone euro a entraîné des bouleversements politiques et sociaux majeurs. Il sera intéressant de voir comment ces crises ont pu colorer le sens local de la proportionnalité dans chaque cas.

Au-delà de ces raisons, il fallait s'assurer que la comparaison puisse être réalisable et fructueuse : les cas choisis nous ont semblé suffisamment proches pour être comparables mais suffisamment différents pour que la comparaison soit intéressante. La France est l'idéal-type de la tradition de *civil law* et l'Angleterre de celle de *common law*, ces deux systèmes juridiques ont tous les deux un passé ancien et glorieux, attirant souvent l'attention des comparatistes. Ils partagent un certain isolationnisme et ils font plutôt partie des systèmes exportant leurs modèles que des systèmes se construisant par des références externes. Au contraire, la Grèce est un ordre juridique relativement récent qui s'inscrit dans la tradition de *civil law*. Les juristes locaux ont eu recours à de nombreuses références disparates venant d'ailleurs, de France, des États-Unis, du Royaume-Uni et d'Allemagne essentiellement. La Grèce attire rarement l'attention de juristes externes, sans doute en raison de difficultés linguistiques, mais aussi en raison de l'influence limitée du modèle administratif et judiciaire grec.

Ces différences se retrouvent également dans le rôle joué par ces États dans le processus d'intégration européenne. La France et le Royaume-Uni se trouvent parmi les membres fondateurs du Conseil de l'Europe et ont exercé une influence importante dans l'architecture et l'orientation politique des organisations européennes, bien que les positions défendues par la France et le Royaume-Uni, tant historiquement qu'actuellement, ont souvent pu être opposées. Au contraire, le processus d'intégration européenne n'a véritablement commencé en Grèce qu'au milieu des années soixante-dix et le pays est toujours resté à la périphérie de l'Europe, au sens propre comme au sens figuré. La nature de la relation entre ces trois ordres

¹³⁶ V. HIRSCHL R., « The Question of Case Selection in Comparative Constitutional Law », *op. cit.* En suivant la classification de l'auteur, notre étude pourrait être rangée dans les études des « cas marginaux [*outlier cases*] » (V. p. 146 s.). En effet, l'application de la proportionnalité et l'appartenance à l'UE et au Conseil de l'Europe sont en général vues comme des facteurs de convergence entre les systèmes juridiques. Ainsi, des divergences dans l'utilisation de la proportionnalité en France, en Angleterre et en Grèce indiquent que d'autres facteurs, notamment la culture juridique, affectent l'application de la proportionnalité. Toutefois, contrairement à Ran Hirschl, notre but n'est pas de fournir une explication causale de la pratique juridique.

juridiques et l'Europe est différente : le Royaume-Uni étant en principe un système dualiste, alors que la France et la Grèce relèvent d'un système moniste, au moins au niveau des textes. Le choix de ces trois États permet donc une enquête sur la manière dont les différentes cultures et trajectoires d'europanisation, au-delà de l'opposition entre le *common law* et le *civil law*, ont affecté les sens locaux de la proportionnalité et donné forme à un processus de convergence juridique en Europe.

Les questions de recherche qui ont guidé ce travail sont les suivantes : qu'est-ce que les juristes français, anglais et grecs font lorsqu'ils parlent le langage de la proportionnalité et qu'attendent-ils de l'usage de ce langage particulier ? Qu'est-ce que les sens locaux de la proportionnalité révèlent des cultures juridiques dans lesquelles ils ont été forgés et comment la proportionnalité a-t-elle affecté les modèles locaux d'évolution culturelle ? Enfin, qu'est-ce que l'application de la proportionnalité dans le champ du droit de l'UE et de la CEDH peut nous apprendre sur les perceptions locales de l'Europe et de l'intégration européenne ?

7. Hypothèses théoriques et méthodologiques : une étude culturelle du droit

Si la proportionnalité prolifère dans la littérature de droit constitutionnel comparé, il n'est pas toujours facile de savoir ce qu'elle signifie. Les auteurs la décrivent comme une méthode, un cadre, un principe, un idéal voire même la règle de droit ultime. Récemment, Vicki Jackson a distingué la proportionnalité dans un sens matériel, comme un idéal ou un principe, de la proportionnalité comme un raisonnement en étape¹³⁷. C'est plutôt ce second sens qui est important pour les théoriciens de la proportionnalité dans la mesure où la plupart des auteurs attribuent à la proportionnalité des mérites liés au processus spécifique de raisonnement qu'elle entraîne.

Malgré cette préoccupation relative au contenu ou à la structure analytique de la proportionnalité, le constat unanime de son succès s'appuie essentiellement sur l'omniprésence du *langage* de la proportionnalité¹³⁸. En effet, c'est parce que des cours, partout à travers le monde, se réfèrent explicitement à la proportionnalité comme à un principe constitutionnel et s'expriment en termes de proportionnalité que les auteurs parlent de la réussite de la proportionnalité comme transplant. Si la littérature ne tient en général pas la diffusion de la proportionnalité comme donnée, elle ne questionne en revanche le plus souvent pas la signification, la forme et la fonction de la proportionnalité à partir du moment où le terme est utilisé. Autrement dit, les études pertinentes ont tendance à assimiler la diffusion du langage de la proportionnalité à la diffusion du raisonnement en étapes spécifique au modèle

¹³⁷ JACKSON V., « Constitutional Law in an Age of Proportionality », *op. cit.*, p. 3098.

¹³⁸ Stephen Gardbaum remarque que si les auteurs voyaient une application de la proportionnalité même en l'absence de la terminologie de la proportionnalité, cela signifierait que « la domination de la proportionnalité serait principalement obtenue par la stipulation ». V. « Positive and Horizontal Rights: Proportionality's Next Frontier or a Bridge Too Far? », *op. cit.*, p. 223. V. BOMHOFF J., « Genealogies of Balancing as Discourse », *op. cit.*, p. 112, faisant la même remarque concernant la mise en balance et la proportionnalité.

alexien et, dans certains cas, à la diffusion d'un paradigme plus général des droits fondamentaux et d'une culture de la justification¹³⁹.

Différemment, nous suggérons dans cette thèse de partir de la seule concession que fait Pierre Legrand à la littérature relative aux transplants : « au mieux, ce qui peut être transféré d'une juridiction à l'autre est, littéralement, une formule de mots *dénuée de sens*¹⁴⁰ ». Les juristes de droit comparé, comme les linguistes ou les historiens, savent bien que les mêmes mots peuvent revêtir des significations très différentes à travers l'espace et à travers le temps. Dans une approche minimaliste des transferts juridiques, la proportionnalité n'est donc qu'une forme de langage, une façon de parler ; son identification passe essentiellement par l'usage d'un certain vocabulaire : les termes *proportion* et *proportionnalité* et leurs traductions, *proportion* ou *proportionality* en anglais ou *αναλογία* ou *αναλογικότητα* en grec. En l'absence de ces termes, d'autres caractéristiques structurelles peuvent indiquer le recours au langage de la proportionnalité, comme un raisonnement structuré en étapes contenant des formules telles que *nécessaire et approprié*, *necessary and appropriate*, *αναγκαίο και κατάλληλο* et leurs synonymes dans les différents contextes étudiés. Le recours aux termes *conciliation* ou *pesée*, *balancing*, *balance* ou *weighing* et *συμφιλίωση* ou *στάθμιση* peuvent aussi indiquer le langage de la proportionnalité lorsqu'ils sont combinés avec d'autres marqueurs, comme la référence à la jurisprudence allemande ou européenne ou bien la présence d'un raisonnement structuré en étapes. Comprise de cette façon, l'étude comparée de l'usage de la proportionnalité dans différents contextes juridiques peut se voir comme une sorte d'histoire intellectuelle. Son but est, à partir de la reconstruction de manières de parler, de « dévoiler des univers mentaux¹⁴¹ ». Toutefois, au lieu de reconstruire des anciens usages du langage, le droit comparé reconstruit des usages étrangers, qui peuvent être récents ou actuels.

Les mots ne prennent sens que lorsqu'ils sont insérés dans un discours et, dans le cas du droit, au sein d'un discours juridique. Alors que la proportionnalité se retrouve dans des sphères juridiques distinctes, elle est mise en relation avec des catégories, des concepts et des techniques de raisonnement existants au sein de ces sphères, qui peuvent être très différents entre eux. Elle a ainsi pu être présentée comme quasiment synonyme du *contrôle de nécessité* en France et de la *αρχή του ήττονος επαχθούς μέτρου* en Grèce. Elle a aussi pu être vue comme l'opposé d'autres formes de raisonnement, comme, et seulement pour un temps, le standard de *Wednesbury* en Angleterre. Ce n'est qu'au sein d'un discours particulier que le langage de la proportionnalité acquiert une certaine fonction dans l'argumentation juridique : la proportionnalité devient ainsi un *head of review*, un *standard* ou une *αρχή*. En d'autres termes, c'est l'insertion de la proportionnalité dans un langage plus large, une

¹³⁹ Bomhoff appelle cette démarche « l'assimilation entre discours et raisonnement » (“discourse/process assimilation”) in « Genealogies of Balancing as Discourse », *op. cit.*

¹⁴⁰ LEGRAND P., « The impossibility of legal transplants », *op. cit.*, p. 120 (c'est l'auteur qui souligne).

¹⁴¹ BRETT A., « What is Intellectual History Now? », D. CANNADINE (dir.), *What is History Now?*, New York, Palgrave Macmillan, 2002, p. 128.

« structure de contenu » dans les termes de l'historien du droit Yan Thomas¹⁴², ou un « système de signification » dans ceux de Jack Balkin¹⁴³, qui lui donne son contenu juridique.

Toute enquête sur la proportionnalité doit donc commencer par l'étude de ses relations avec les concepts et catégories préexistants dans les discours juridiques dans lesquels elle s'insère¹⁴⁴. Ces relations peuvent être établies par l'étude des textes législatifs et constitutionnels, des travaux académiques, ainsi que des délibérations, des opinions et des décisions juridictionnelles. Bien qu'en pratique la proportionnalité se trouve surtout utilisée dans le champ des droits fondamentaux, elle ne s'y limite pas nécessairement. Le champ de la recherche ne sera donc pas restreint *a priori* aux droits fondamentaux. Tous les usages de la proportionnalité comme langage juridique seront étudiés, à partir du moment où ils peuvent éclairer sa signification.

Cette recherche peut être vue comme présentant une dimension ethnographique, dans le sens où les pratiques de raisonnement locales et les représentations du monde établies au niveau local sont prises au sérieux. Toutefois, elle ne prend pas la forme d'une étude de terrain, comme par exemple celle qui a été menée par Bruno Latour pour le Conseil d'État français¹⁴⁵. Nous étudierons essentiellement des matériaux traditionnels pour les juristes, mentant une enquête à travers ce qu'Alain Pottage nomme « les propres vestiges archéologiques du droit¹⁴⁶ ». Délimité ainsi, le discours juridique étudié ici est principalement le fait d'acteurs appartenant à ce qu'Alan Watson nomme les élites juridiques. Dans le même sens, Pierre Legrand souligne que l'analyse comparative du droit est aussi « une cratologie, c'est-à-dire, une étude du pouvoir¹⁴⁷ ». Toutefois, les acteurs juridiques *nationaux* ne monopolisent pas le discours juridique et son sens. Les frontières des communautés juridiques sont parfois plus étendues, ou au contraire plus restreintes, que les frontières nationales. Nous considérerons l'usage de la proportionnalité par les cours européennes ou par les acteurs transnationaux comme également juridique et non (ou non seulement) comme dicté par une certaine rationalité économique.

Dans chaque configuration, différents groupes d'acteurs s'approprient la proportionnalité qui se trouve ainsi dans divers types de discours. La pertinence de l'étude de ces types de discours peut donc varier selon les contextes. Alors qu'en France les analyses les plus sophistiquées de la proportionnalité se trouvent plutôt dans les écrits extra-juridictionnels, en Angleterre, les juges ont initialement joué un rôle très important dans le développement de la signification de la proportionnalité,

¹⁴² THOMAS Y., « La langue du droit romain. Problèmes et méthodes », *Archives de Philosophie du Droit*, 1973, vol. 18, p. 111.

¹⁴³ BALKIN J., « The Hohfeldian Approach to Law and Semiotics », *U. Miami L. Rev.*, 1990, n° 44, p. 1121.

¹⁴⁴ Sur cette méthode de sémiotique juridique, V. BALKIN J., « The Hohfeldian Approach to Law and Semiotics », *op. cit.* ; BALKIN J., « The Promise of Legal Semiotics », *Texas Law Review*, 1991, vol. 69, p. 1831. Pour une des rares applications en droit comparé, V. BOMHOFF J., « Genealogies of Balancing as Discourse », *op. cit.*

¹⁴⁵ LATOUR B., *La fabrique du droit : une ethnographie du conseil d'État*, Paris, La Découverte, 2002.

¹⁴⁶ POTTAGE A., « Law after Anthropology: Object and Technique in Roman Law », *Theory, Culture & Society*, 2014, vol. 31, n° 2-3, p. 150.

¹⁴⁷ LEGRAND P., « Public Law, Europeanisation and Convergence », *op. cit.*, p. 237.

ce n'est que récemment que les universitaires ont repris la main dans ce domaine. Le recours au langage de la proportionnalité dans les textes des normes, comme la Constitution, les lois et les décisions administratives, donne aussi des indices sur le contenu de la proportionnalité et sur son importance en tant que mode de raisonnement dans un contexte particulier. Ce type d'usage est plus commun en Grèce que dans les autres cas : la proportionnalité y occupe même une place de choix dans le texte constitutionnel depuis la révision de 2001. Enfin, bien que cette étude ne se concentre pas sur le droit de l'Union européenne et de la CEDH, le recours au langage de la proportionnalité par les cours de Luxembourg et de Strasbourg et les réactions doctrinales qu'il suscite seront étudiés afin d'identifier différentes dynamiques d'intégration européenne.

Les concepts, catégories et distinctions juridiques utilisés au sein d'un système juridique reflètent, et contribuent à construire, une façon de voir le monde, d'imaginer le réel et de caractériser le social, en un mot : un « *découpage du monde*¹⁴⁸ » propre aux juristes locaux. Les différentes visions du monde sont elles-mêmes fondées sur des narrations locales, des représentations collectives partagées du passé. Comme les mythes, ces narrations sont utilisées par les acteurs juridiques pour expliquer le présent et pour aspirer au futur¹⁴⁹. Elles donnent forme aux représentations, tabous et rituels spécifiques ; à des modes de penser le droit et la connaissance juridique locaux ; à des « programmes mentaux collectifs » que les acteurs juridiques mettent en œuvre lorsqu'ils interprètent un texte ou lorsqu'ils produisent un argument juridique¹⁵⁰. En d'autres termes, le droit reflète et constitue une culture juridique particulière. La culture juridique définit « le royaume des possibles » pour l'argumentation et la signification en droit ; elle définit « l'horizon ultime de ce qui peut plausiblement être considéré comme convaincant sur le plan rhétorique et acceptable sur le plan moral¹⁵¹ ».

Toutefois, la culture juridique ne saurait être vue comme figée une fois pour toutes ni pensée comme un ensemble cohérent. La réception de la proportionnalité par les différents discours juridiques affecte la façon dont les acteurs juridiques pensent le droit et ses relations avec la société ; elle est elle-même affectée par la culture dans laquelle elle s'insère. La proportionnalité remodèle les narrations locales et elle est elle-même réinventée en leur sein. Dans les différentes configurations étudiées, la proportionnalité peut être comprise comme un test, une méthode ou un principe, selon ce qui est important pour les acteurs juridiques locaux, selon ce qui peut être considéré comme une source de droit dans un certain système ou selon la façon locale de produire le savoir juridique, ce que Rodolfo Sacco nomme les « *legal formants*¹⁵² ». Le succès ou l'échec de la proportionnalité est en définitive évalué en

¹⁴⁸ Expression empruntée à THOMAS Y., « La langue du droit romain. Problèmes et méthodes », *op. cit.*, p. 113.

¹⁴⁹ LÉVI-STRAUSS C., « The Structural Study of Myth », *The Journal of American Folklore*, 1955, vol. 68, n° 270, p. 430.

¹⁵⁰ LEGRAND P., « European Legal Systems are not Converging », *op. cit.*, p. 56.

¹⁵¹ LEGRAND P., « Public Law, Europeanisation and Convergence », *op. cit.*, p. 241.

¹⁵² SACCO R., « Legal Formants: A Dynamic Approach To Comparative Law », *American Journal of Comparative Law*, 1991, vol. 39, p. 1 ; 343.

fonction de ce que les acteurs locaux attendent de son usage et des critères prévalant localement pour évaluer l'argumentation juridique¹⁵³. Dans des contextes juridiques différents, des sens différents sont assignés à la proportionnalité. Au-delà d'être un outil d'optimisation des droits, elle peut aussi être un vecteur de modernisation ou de rationalisation. Qui plus est, le sens de la modernisation ou de la rationalisation peut aussi être compris très différemment selon les systèmes juridiques ou selon les époques.

Le recours au terme culture ne postule pas la cohérence interne des visions locales du monde se trouvant au sein d'un contexte culturel. David Nelken insiste sur le fait que la culture juridique est le produit de contingences historiques et que ses contradictions internes laissent place à l'interprétation et à la manipulation des acteurs locaux, à la lutte et au désaccord¹⁵⁴. Pour le dire avec les termes de Clifford Geertz : « les éléments de la négation d'une culture se trouvent, avec une force plus ou moins importante, inclus en elle-même¹⁵⁵ ». La pratique de la proportionnalité exprime les incohérences internes des cultures juridiques locales. Une étude de son évolution dans chaque contexte montre que le sens de la proportionnalité est constamment l'objet de négociations et de changements. Différents groupes (les avocats, les juges, les universitaires ou les pouvoirs publics) s'approprient la proportionnalité à différents moments ; elle est insérée dans différents débats locaux concernant le formalisme, les droits fondamentaux, le droit européen, les prérogatives de puissance publique ou le pouvoir juridictionnel. Des asymétries ou des incohérences dans son usage, des critiques classiques et des méthodes alternatives spécifiques à certains contextes, peuvent traduire des désaccords plus fondamentaux se trouvant au sein d'une même culture juridique¹⁵⁶. Prenant l'exemple de la proportionnalité et du raisonnable [*reasonableness*] au Royaume-Uni, Margit Cohn a montré que l'étude historique de l'évolution de la proportionnalité comme transfert juridique permettait de mieux comprendre les tensions traversant traditionnellement sa culture juridique d'accueil¹⁵⁷. Notre objectif est de développer cette analyse et de montrer comment les récits locaux de la proportionnalité reflètent son sens local spécifique et ce que les acteurs locaux attendent de son usage. La comparaison des sens locaux de la proportionnalité nous instruit sur les cultures juridiques dans lesquelles elle est transférée et où elle évolue, ainsi que sur leur éventuelle convergence.

Le recours au terme culture permet de faire le lien entre le droit comparé et des travaux relevant de l'anthropologie culturelle et de l'histoire intellectuelle. Il met l'accent sur le fait que le droit est un système culturel et que, comme la science, la

¹⁵³ BOMHOFF J., « Comparing Legal Argument », *op. cit.*, p. 84 s.

¹⁵⁴ NELKEN D., « Defining and Using the Concept of Legal Culture », E. ÖRÜCÜ et D. NELKEN (dir.), *Comparative law: a handbook*, Oxford ; Portland, Or, Hart, 2007, p. 114.

¹⁵⁵ GEERTZ C., *The Interpretation of Cultures*, *op. cit.*, p. 404 s., not. p. 406.

¹⁵⁶ Sur l'importance des controverses passées pour reconstruire le sens d'un argument juridique et les attentes que les acteurs y attachent, V. BOMHOFF J., « Comparing Legal Argument », *op. cit.*, p. 81 s. L'auteur se réfère à l'approche contextualiste en histoire intellectuelle. Sur la « structure cristalline » des débats juridiques, V. BALKIN J., « The Crystalline Structure of Legal Thought », *Rutgers Law Review*, 1986, vol. 39, p. 1.

¹⁵⁷ COHN M., « Legal Transplant Chronicles », *op. cit.*

politique, l'économie ou la religion, il propose une vision complète du monde. Paul Kahn explique que « de l'intérieur du droit, nous pouvons voir la science et la politique – le droit offre une compréhension des deux. Mais il le fait sans pour autant se fondre dans l'un ou dans l'autre¹⁵⁸. » Compris de la sorte, le droit comparé peut être conçu comme une entreprise d'interprétation et de traduction culturelle, attentive aux propres structures du droit¹⁵⁹. Il ne cherche pas à reconstruire les théories morales cachées derrière les décisions de justice utilisant la proportionnalité, pas plus que les idéologies politiques qui sous-tendent les travaux doctrinaux sur la proportionnalité. Son but est de comprendre le raisonnement et les doctrines juridiques dans leur propre contexte, de les représenter de façon intelligible en montrant leur logique culturelle propre.

La culture juridique n'est ni universelle ni individuelle ; elle est liée à l'identité d'une communauté juridique particulière et elle participe à la construction de l'imaginaire d'elle-même que se construit cette communauté¹⁶⁰. Bien sûr, les communautés juridiques sont situées au sein d'une société plus large et d'une époque déterminée. La culture juridique est influencée par le monde social, économique et politique qui l'entoure. Néanmoins, cette influence se manifeste de façon très différente selon des chemins locaux d'évolution culturelle, qui eux-mêmes dépendent des attentes que les acteurs juridiques attachent au droit, ainsi que de la façon dont ils perçoivent la relation du discours juridique avec d'autres discours. Alors que la science cherche à expliquer et à prévoir les causes extra-juridiques de l'évolution du droit et ses effets sur son environnement social, l'interprétation de la culture juridique cherche essentiellement à « donner sens » aux concepts, aux règles et aux techniques juridiques eux-mêmes¹⁶¹. De ce point de vue, l'étude des sens locaux de la proportionnalité est très différente de la plupart des analyses en sociologie ou en science politique, qui portent sur sa diffusion ou, de manière plus générale, sur la diffusion du constitutionnalisme global¹⁶².

Cela ne signifie pas pour autant que l'interprétation des cultures juridiques ne soit que l'interprétation des textes normatifs ou une forme d'analyse doctrinale similaire à celle qui est pratiquée par de nombreux acteurs locaux des systèmes étudiés. L'objet de la recherche entreprise n'est pas de construire trois théories générales de la proportionnalité, une pour chaque contexte national, pour ensuite faire la liste des similarités et des différences entre celles-ci. Au lieu de cela, nous cherchons à révéler ce qui est pris pour donné dans chaque contexte local, c'est-à-dire à nous intéresser aux aspects du raisonnement juridique qui jouent un rôle

¹⁵⁸ KAHN P., « Comparative Constitutionalism in a New Key », *op. cit.*, p. 2686 s., not. 2692.

¹⁵⁹ GEERTZ C., « Local Knowledge: Fact and Law in Comparative Perspective », *op. cit.*, p. 218.

¹⁶⁰ ANDERSON B.R.O., *Imagined Communities: Reflections on the Origin and Spread of Nationalism*, London ; New York, Verso, 1991.

¹⁶¹ GEERTZ C., *The Interpretation of Cultures*, *op. cit.*, p. 13.

¹⁶² Pour un exemple d'une telle étude, V. HIRSCHL R., *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Cambridge, MA ; London, Harvard University Press, 2004.

fondamental pour les juristes locaux mais qui ne sont pas exprimés, précisément parce qu'ils font partie du sens commun propre à un certain contexte¹⁶³.

Ainsi le matériau de la recherche ne se limite-t-il pas à ce que les acteurs locaux désignent comme des « grands textes » ou des « grandes décisions » concernant la proportionnalité. Le sens local de la proportionnalité se trouve également en s'intéressant à des éléments que les acteurs locaux tiennent pour inintéressants. Les échecs des arguments en termes de proportionnalité, les théories et les affaires négligées, les *obiter* étrangement rédigés et voués à l'oubli, les évolutions structurelles inaperçues de la proportionnalité elle-même ou du contexte dans lequel elle s'insère, les erreurs communes d'interprétation des décisions concernant la proportionnalité sont, pour notre enquête, tout aussi importants que la proclamation solennelle du principe dans la Constitution. Comme le résume Clifford Geertz, la sagesse commune « est effrontément et sans excuse *ad hoc*. Elle se traduit en épigrammes, proverbes, *obiter dicta*, blagues, anecdotes, contes moraux – un cliquetis d'énoncés microscopiques –, non pas en doctrines formelles, en théories axiomatiques ou en dogmes architectoniques¹⁶⁴. » La proportionnalité est sans pareil pour révéler ce que les acteurs juridiques locaux considèrent comme donné, parce qu'elle se présente elle-même comme relevant du sens commun, elle serait inhérente au raisonnement juridique. Ainsi des proverbes tels que « on ne tue pas un moineau avec un canon » sont souvent mobilisés pour justifier son usage.

Difficile à saisir et en perpétuel mouvement, le sens de la proportionnalité n'en est pas moins public. Il ne coïncide pas toujours avec ce qu'un acteur local peut avoir « en tête » lorsqu'il recourt au langage de la proportionnalité, ni d'ailleurs avec ce que comprendra son interlocuteur. Dans les termes d'Annabel Brett, « la publicité du langage fait obstacle à son appropriation complète pour servir les fins d'un agent individuel¹⁶⁵ ». Le but de la recherche entreprise dans cette thèse n'est pas de spéculer sur les sources d'inspirations personnelles des juristes ni sur leurs références intellectuelles lorsque celles-ci ne sont pas explicites ou retraçables en raison du contexte dans lequel ils s'expriment. En outre, il faut rappeler que ce n'est pas parce qu'un juge ou un universitaire se réfère à la proportionnalité comme un principe permettant l'optimisation des droits qu'il l'utilise en fait comme telle. Même lorsqu'ils recourent à la proportionnalité comme un langage transnational, les acteurs juridiques locaux la comprennent et l'utilisent dans un sens particulier, en fonction des contraintes que le contexte discursif dans lequel ils s'inscrivent leur impose. Pour identifier et donner sens aux significations locales que prend la proportionnalité, il faut se débarrasser de notre propre perception de la proportionnalité comme un transplant.

¹⁶³ Sur cet aspect de la culture, V. COTTERRELL R., « Comparative Law and Legal Culture », *op. cit.*, p. 722 ; WHITMAN J., « The neo-Romantic turn », P. LEGRAND et R. MUNDAY (dir.), *Comparative legal studies: traditions and transitions*, Cambridge ; New York, CUP, 2003, p. 315.

¹⁶⁴ GEERTZ C., « Common Sense as a Cultural System », *Local knowledge: further essays in interpretive anthropology*, 3^e éd., New York, Basic Books, 1983, p. 90.

¹⁶⁵ BRETT A., « What is Intellectual History Now? », *op. cit.*, p. 123.

Il ne s'agit en aucun cas de dire que les systèmes juridiques sont complètement isolés ou que les influences extra frontalières n'existent pas. Les juristes voyagent et lisent les auteurs étrangers. Ils les traduisent même parfois dans leur propre langage juridique, avec souvent le but de provoquer des évolutions. La diffusion même de la proportionnalité atteste bien de cette promiscuité juridique entre les différents systèmes. L'étude culturelle du droit n'exclut en rien la possibilité d'étudier de telles influences ni d'ailleurs l'éventualité d'une convergence entre les systèmes. Les contextes juridiques multiples dans lesquels la proportionnalité a été utilisée inscrivent dans son usage leur propre logique et la chargent d'un « bagage » sémantique particulier. À mesure que la proportionnalité se diffuse, son « bagage » sémantique peut aussi traverser les frontières¹⁶⁶. Dans certains cas, la proportionnalité est en effet très proche du raisonnement structuré en étapes décrit par la littérature sur la proportionnalité et joue un rôle de protection juridictionnelle des droits qui n'est pas très différent de celui qui est décrit par le paradigme global des droits fondamentaux.

Dans le cas des cours européennes supranationales en particulier, la proportionnalité acquiert une dynamique propre et entraîne une certaine adaptation des discours juridiques nationaux. Toutefois, les acteurs juridiques locaux répondent différemment aux pressions venant de l'Europe ou d'ailleurs, suivent des modes de changement juridique locaux et développent une compréhension locale de l'europanisation ou de la globalisation de leur système juridique. Notre objet n'est pas de nier le rôle des ordres européens ou d'autres dynamiques intégratives portées par la proportionnalité. Il s'agit plutôt de montrer que ces dynamiques opèrent de façon beaucoup plus complexe que ce qui est habituellement présenté dans la rhétorique dominante sur la convergence entraînée par la proportionnalité.

Le présent travail se découpe en trois parties. Dans la **première partie**, il s'agit de décrire la diffusion de la proportionnalité en France, en Angleterre et en Grèce. Cette partie retrace historiquement l'émergence de la proportionnalité, son évolution dans chacun de ces contextes et la façon dont elle a été introduite dans les structures discursives locales. Elle montre que, bien que la proportionnalité ait provoqué des changements discursifs dans chacun des systèmes juridiques étudiés, elle a rarement pris la forme d'une structure de raisonnement en étapes destinée à la protection juridictionnelle des droits fondamentaux. Dans certains cas, le langage de la proportionnalité n'est même pas véritablement utilisé par les juges mais ne se trouve que dans la reconstruction doctrinale de leur discours. Dans d'autres, bien que ce langage soit utilisé par les juges, il n'implique pas de mise en balance des droits ou intérêts en cause dans l'affaire devant eux. Enfin, il arrive parfois que la proportionnalité ne soit même pas connectée aux droits fondamentaux.

L'objet de la **deuxième partie** est de donner sens aux trois récits de la diffusion de la proportionnalité décrits dans la première partie en reconstruisant les contextes culturels dans lesquels ils s'inscrivent. Cette partie propose trois sens culturels

¹⁶⁶ *Ibid.*

spécifiques pour la proportionnalité dans le but de rendre les différences entre ses versions locales moins énigmatiques. Elle cherche à montrer que les attentes des acteurs juridiques relativement à la proportionnalité comme transfert ne consistent pas en l'optimisation des droits fondamentaux avancée par la littérature dominante sur la proportionnalité ; ces attentes sont bien plus diversifiées et propres à chaque contexte. Cette partie souligne aussi que, sous l'impulsion de la proportionnalité, les cultures locales ont connu des évolutions conduisant à une certaine modernisation, une certaine rationalisation et une certaine européanisation. Le sens que revêtent ces termes varie toutefois à travers l'espace et le temps, ainsi que les réactions que la proportionnalité a provoquées, sont très différents dans chaque cas, parfois même opposés.

La **troisième partie** porte sur le rôle de la proportionnalité dans le processus d'intégration européenne. Elle montre que les jurisprudences de la CJUE et de la Cour EDH sur la proportionnalité acquièrent une fonction spécifique liée à la réalisation d'objectifs supranationaux promus par ces cours. Alors que ces jurisprudences entraînent l'obligation juridique pour les cours nationales de se conformer à un modèle de la proportionnalité uniforme, cela n'a pas toujours conduit à la convergence, encore moins à l'harmonisation, et ce même dans le domaine du droit européen. La proportionnalité déploie sa dynamique européenne différemment dans chacun des contextes étudiés, selon les chemins locaux de changement juridique, les narrations locales de l'intégration européenne et les visons particulières de l'Europe, qui évoluent eux-mêmes au cours du temps.

PARTIE I

LA DIFFUSION DE LA PROPORTIONNALITÉ

La structure analytique de la proportionnalité. Les adeptes de la théorie de Robert Alexy décrivent la proportionnalité comme une méthode permettant d'optimiser la protection des droits constitutionnels, conçus comme des principes. Ils la conçoivent comme un modèle de raisonnement et d'argumentation utilisé à chaque fois qu'une loi ou une norme inférieure porte atteinte à un principe constitutionnel¹⁶⁷. Ainsi, si la proportionnalité est principalement destinée à servir aux juges, elle peut être utilisée par d'autres autorités jouissant d'un pouvoir normatif. En théorie, la proportionnalité fait partie d'un raisonnement en deux volets : tout d'abord, le décideur constate l'existence d'une restriction à un droit constitutionnel ; ensuite, il procède à un examen concret de la constitutionnalité de cette restriction en suivant le test de proportionnalité. Ce test est un cadre argumentatif qui « vise à la clarification du concept de droit constitutionnellement protégé¹⁶⁸ » ; il offre une façon de structurer l'argumentation en présence de tels droits. Il est composé de quatre étapes, chacune imposant la prise en compte de différentes considérations factuelles et morales. Comme il a été dit, la structure de la proportionnalité se veut neutre au regard des solutions matérielles auxquelles doit conduire l'application du test. Dans les termes de Matthias Kumm, elle offre « un peu plus qu'une liste des critères individuellement nécessaires et collectivement suffisants » pour l'évaluation de la légitimité des restrictions concernant les droits fondamentaux¹⁶⁹.

Les auteurs s'accordent généralement sur le fait que l'application correcte de la proportionnalité impose un contrôle en quatre étapes. La validité d'une norme infra-constitutionnelle qui restreint un droit constitutionnel dépend de la légitimité de son but, du caractère adapté des moyens choisis pour l'atteindre, de la nécessité de la restriction qu'elle entraîne et de sa proportionnalité *stricto sensu*. Le contrôle du but légitime et de la proportionnalité *stricto sensu* permettent, dans la mesure du possible, l'optimisation des droits fondamentaux d'un point de vue normatif, au sein d'un système juridique particulier. Le contrôle de l'adaptation et de la nécessité permettent, dans la mesure du possible, l'optimisation des droits fondamentaux d'un point de vue factuel, dans un cas particulier¹⁷⁰. Selon la théorie de la proportionnalité, la distinction entre les différentes étapes du contrôle de proportionnalité est importante, puisque chacune a une fonction spécifique. Ce n'est qu'après s'être assuré que les conditions posées par le premier stade du contrôle sont remplies que le décideur peut avancer au deuxième, et ainsi de suite. La légitimité et l'expertise de l'autorité contrôlée affectent l'intensité du contrôle au sein des différentes étapes. Sur ce point, la théorie de Robert Alexy a considérablement bénéficié des analyses

¹⁶⁷ BARAK A., *Proportionality: constitutional rights and their limitations*, Cambridge, CUP, coll.« Cambridge studies in constitutional law », 2012, p. 151.

¹⁶⁸ MÖLLER K., « Balancing and the structure of constitutional rights », *International Journal of Constitutional Law*, 2007, vol. 5, n° 3, p. 458.

¹⁶⁹ KUMM M., *Democracy is Not Enough: Rights, Proportionality and the Point of Judicial Review*, Rochester, NY, Social Science Research Network, 2009, p. 6.

¹⁷⁰ ALEXY R., « Constitutional Rights, Balancing and Rationality », *Ratio Juris*, 2003, vol. 16, n° 2, p. 135 s.

d'auteurs adoptant une approche plus sensible au contexte institutionnel qui entoure le contrôle de proportionnalité¹⁷¹.

i. Le but légitime. Lors du contrôle du but légitime, le décideur s'assure que la limitation du droit en cause répond à un besoin suffisant, à savoir la sauvegarde de valeurs sociales fondamentales. Pour être légitime, le but de la mesure contrôlée doit être fondé sur la constitution, que ce soit directement ou indirectement. Dans une société démocratique, l'intérêt public ou la protection des droits d'autrui constituent des buts légitimes qui peuvent être poursuivis même au détriment des droits fondamentaux¹⁷². Le décideur initial peut choisir le degré de satisfaction de la valeur constitutionnelle qu'il va poursuivre au détriment des droits fondamentaux. Le respect de ces droits en effet impose leur conciliation avec des valeurs antagonistes.

L'identification du but d'un acte présuppose un processus d'interprétation, dont la nature est débattue dans la littérature concernant la proportionnalité. Certains auteurs soutiennent que le but des mesures contrôlées doit être identifié de façon objective. Cela implique que, même dans le cas de détournement de pouvoir, l'acte contrôlé peut échapper à la censure si, étant donné ses effets, il promeut un but légitime¹⁷³. D'autres auteurs, au contraire, défendent la nature subjective du contrôle du but, ce qui éliminerait tout cas de détournement de pouvoir¹⁷⁴. Selon la théorie de la proportionnalité, le contrôle de la légitimité du but n'implique pas la mise en balance des principes ou valeurs concurrents mais s'analyse en un contrôle de la qualification juridique de la situation en présence de laquelle le décideur initial a pris l'acte contrôlé. La catégorie des buts légitimes est généreusement définie pour accorder une large discrétion aux autorités publiques, qui peuvent poursuivre une grande variété de buts dans le cadre de leur politique publique¹⁷⁵. Pour autant, l'étude de la pratique montre que les juges procèdent souvent à une pondération des principes ou valeurs antagonistes dès ce stade du contrôle de proportionnalité¹⁷⁶.

ii. Le caractère approprié des mesures. L'exigence d'adaptation entraîne le juge à apprécier la capacité de la mesure en cause à atteindre le but poursuivi. Ce stade vise à censurer toute limitation à un droit constitutionnel qui n'entraîne pas un gain pour un autre principe constitutionnel. Pour que le critère de l'adaptation soit rempli, il suffit que les moyens choisis par le décideur principal contribuent à atteindre le but

¹⁷¹ V. notamment KLATT M. et M. MEISTER, *The constitutional structure of proportionality*, Oxford, OUP, 2012, p. 4 and 6 ; RIVERS J., « Proportionality and Variable Intensity of Review », *CLJ*, 2006, vol. 65, n° 1, p. 174.

¹⁷² Selon l'approche des droits adoptée par les auteurs, ces catégories peuvent être conçues comme plus larges ou coextensives avec celle des droits fondamentaux. Par exemple, Kai Möller lie la catégorie des buts légitimes à l'objectif ultime de la protection de l'autonomie personnelle. V. MÖLLER K., *The global model of constitutional rights*, Oxford, OUP, coll.« Oxford constitutional theory », 2012, p. 183. Matias Klatt et Mauritz Meister acceptent que toutes les valeurs constitutionnelles puissent constituer des buts légitimes susceptibles à justifier la limitation des droits fondamentaux. V. KLATT M. et M. MEISTER, *The constitutional structure of proportionality*, *op. cit.*, p. 23 s.

¹⁷³ V. RIVERS J., « Proportionality and Variable Intensity of Review », *op. cit.*, p. 196.

¹⁷⁴ V. BARAK A., *Proportionality*, *op. cit.*, p. 285 s.

¹⁷⁵ KLATT M. et M. MEISTER, *The constitutional structure of proportionality*, *op. cit.*, p. 48 s.

¹⁷⁶ Les juridictions canadiennes, sud-africaines et états-uniennes sont typiquement mentionnées comme appliquant ce type de raisonnement. V. STONE SWEET A. et J. MATHEWS, « Proportionality Balancing and Global Constitutionalism », *Columbia Journal of Transnational Law*, 2008, vol. 47, p. 112 s. ; BARAK A., *Proportionality*, *op. cit.*, p. 245 s. ; 277 s.

poursuivi, même de façon limitée, ou qu'ils soient susceptibles de contribuer à l'atteindre dans l'avenir. Le contrôle de l'adaptation des mesures est ainsi exclusivement factuel et n'implique pas une pesée des valeurs en cause dans l'affaire. Il est comparable au contrôle de « *rational basis* » exercé par la Cour suprême des États-Unis. L'appréciation du caractère approprié des mesures se fait au moyen de prévisions, de probabilités factuelles et sociales ; il n'exige pas de certitude. Ainsi, le contrôle à ce stade s'analyse en un contrôle de la fiabilité [*reliability*] des appréciations ou prévisions factuelles du décideur initial, fiabilité que celui-ci a la charge d'établir en fournissant des éléments l'attestant à l'autorité de contrôle¹⁷⁷.

Il résulte de cette analyse que les deux premières étapes de la proportionnalité portent sur les motifs de l'autorité contrôlée et non sur le contenu de l'acte lui-même. Alec Stone Sweet et Jud Mathews observent que le contrôle du but légitime et de l'adaptation sont souvent utilisés par les cours pour « montrer leur respect » aux évaluations de politique publique du législateur¹⁷⁸.

iii. La nécessité des mesures. La troisième étape de l'analyse de proportionnalité consiste en un contrôle de la nécessité de l'acte contrôlé, au cours duquel le juge examine l'existence de mesures alternatives à celles choisies par le décideur initial. Sont qualifiées des mesures alternatives seulement celles qui contribuent à atteindre le but public poursuivi aussi efficacement, « d'un point de vue quantitatif, qualitatif et en termes de probabilités¹⁷⁹ ». Pour qu'elle conduise le juge à la censure de l'acte contrôlé, une mesure doit être moins restrictive, compte tenu « du champ de la limitation, de son effet, de sa durée et de la probabilité de son occurrence¹⁸⁰ ». Ces éléments sont appréciés objectivement et ne concernent en rien l'état d'esprit de l'autorité contrôlée. Ainsi, un progrès technologique peut engendrer *a posteriori* l'inconstitutionnalité d'une disposition législative, s'il permet d'atteindre le but public poursuivi par des moyens moins restrictifs. Les mesures alternatives ne doivent par ailleurs pas augmenter le coût de la poursuite du but d'intérêt général en cause ni compromettre la réalisation d'autres valeurs constitutionnelles. Elles ne doivent pas non plus engendrer des charges ou des dommages pour d'autres parties. Ainsi, les interdictions générales et absolues sont généralement disproportionnées seulement dans les cas où un examen individuel de chaque cas d'espèce ne serait pas trop coûteux¹⁸¹. Dans la théorie de la proportionnalité, le contrôle de nécessité est souvent rapproché au contrôle de « *narrowly-tailored* » exercé par les juges constitutionnels

¹⁷⁷ V. BARAK A., *Proportionality, op. cit.*, p. 303 s. Concernant la notion de fiabilité [*reliability*], V. RIVERS J., « Proportionality, Discretion and the Second Law of Balancing », G. PAVLAKOS (dir.), *Law, rights and discourse: the legal philosophy of Robert Alexy*, Oxford, Hart, 2007, p. 167 ; KLATT M. et M. MEISTER, *The constitutional structure of proportionality, op. cit.*, p. 109 s.

¹⁷⁸ STONE SWEET A. et J. MATHEWS, « Proportionality Balancing and Global Constitutionalism », *op. cit.*, p. 163-164.

¹⁷⁹ BARAK A., *Proportionality, op. cit.*, p. 324.

¹⁸⁰ *Ibid.*, p. 326.

¹⁸¹ V. *Ibid.*, p. 317. Concernant les tests d'adaptation et de nécessité, V. aussi les développements de MÖLLER K., *The global model of constitutional rights, op. cit.*, p. 193 s.

états-unis, bien que les auteurs relèvent qu'il s'agit d'un contrôle plus large¹⁸². La littérature accorde une importance particulière à ce stade de l'analyse de proportionnalité. Dans certains systèmes, il s'agit du cœur du contrôle de proportionnalité puisque les juges procèdent souvent à une mise en balance implicite des valeurs antagonistes au cours de cette étape¹⁸³.

iv. La mise en balance. Tandis que les trois premières étapes du contrôle servent à l'identification des véritables conflits entre principes constitutionnels, l'exigence de proportionnalité au sens strict implique la résolution de tels conflits¹⁸⁴. À ce stade, le décideur examine si l'importance de la limitation au droit constitutionnel en cause est proportionnée à l'importance des gains que la mesure contrôlée apporte au regard de son but. En d'autres termes, le raisonnement à cette étape consiste en une mise en balance fondée sur l'évaluation de la gravité de l'atteinte aux droits constitutionnels. Lors de son contrôle, le juge prend en compte les différentes mesures alternatives identifiées au stade de nécessité¹⁸⁵. Robert Alexy a schématisé de façon célèbre la mise en balance par la Loi de la mise en balance [*Law of Balancing*] : « plus le degré d'insatisfaction d'un principe, ou de préjudice porté à celui-ci, est important, plus le besoin de satisfaire un autre principe doit être important¹⁸⁶. » La Loi de la mise en balance est aussi illustrée par une formule mathématique, appelée « formule de la pesée [*weight formula*] ».

La métaphore de la mise en balance pour décrire le raisonnement pratique et juridique est récurrente depuis l'Antiquité. Elle représente la décision dans un cas d'espèce comme le résultat d'une comparaison entre des valeurs ou principes concurrents, au moyen de la pesée de leur importance respective. Dans la théorie alexyenne, la métaphore de la mise en balance est davantage concrétisée et présuppose une évaluation des degrés de satisfaction et de non satisfaction des principes en conflit. Pour autant, les auteurs insistent sur le fait que le raisonnement auquel ils font référence n'implique pas un bilan coût-avantages prenant la forme d'une quantification benthamienne des valeurs en cause ; au lieu de cela, il implique une confrontation des arguments relevant de la morale et de la raison pratique¹⁸⁷. Ainsi, à cette étape du contrôle, le décideur s'engage inévitablement dans un raisonnement pratique.

¹⁸² V. KUMM M., « Constitutional rights as principles: On the structure and domain of constitutional justice. A review essay on A Theory of Constitutional Rights », *International Journal of Constitutional Law*, 2004, vol. 2, n° 3, p. 580 ; BARAK A., *Proportionality*, *op. cit.*, p. 333.

¹⁸³ C'est le cas pour la CJUE et la Cour EDH par exemple. V. STONE SWEET A. et J. MATHEWS, « Proportionality Balancing and Global Constitutionalism », *op. cit.*, p. 163 s.

¹⁸⁴ V. MÖLLER K., *The global model of constitutional rights*, *op. cit.*, p. 181.

¹⁸⁵ ALEXY R., *A theory of constitutional rights*, traduit par Julian RIVERS, Oxford ; New York, OUP, 2002, p. 401.

¹⁸⁶ *Ibid.*, p. 102. La loi de la mise en balance a été reformulée et raffinée par certains auteurs. V., par exemple, KLATT M. et M. MEISTER, *The constitutional structure of proportionality*, *op. cit.* ; BARAK A., *Proportionality*, *op. cit.*, p. 340 s.

¹⁸⁷ ALEXY R., *A theory of constitutional rights*, *op. cit.*, p. 13, 99, 409 ; KLATT M. et M. MEISTER, *The constitutional structure of proportionality*, *op. cit.*, p. 57 et note 74. V. aussi WALDRON J., « Fake Incommensurability. A response to Professor Schauer », *Hastings Law Journal*, 1994, vol. 45, p. 813-824. Sur la distinction de différents types de raisonnement de mise en balance, V. MÖLLER K., *The global model of constitutional rights*, *op. cit.*, p. 137 s.

La proportionnalité impose aux juges de rendre explicite l'échelle de valeur qui sous-tend leurs décisions. Les droits et les principes constitutionnels ne jouissant pas de la même importance, avant de procéder à la comparaison des degrés de satisfaction ou de non-satisfaction des différentes valeurs en cause dans l'affaire devant lui, le décideur doit assigner des poids à ces valeurs à un niveau plus abstrait, selon leur importance respective dans la société¹⁸⁸. Robert Alexy propose une échelle triadique des degrés d'importance sociale: léger, moyen et grave¹⁸⁹. Ensuite, la satisfaction ou la non-satisfaction des valeurs dans les faits de l'espèce est évaluée selon la même échelle.

Les théoriciens de la proportionnalité distinguent généralement deux types de mise en balance : « définitionnelle » et *ad hoc*. La mise en balance « définitionnelle » conduit le juge à définir une norme relativement abstraite qu'il pourra ensuite appliquer dans d'autres affaires, sans procéder à nouveau à une opération de mise en balance ; la mise en balance *ad hoc* implique un raisonnement par cas qui prend en compte les circonstances particulières de chaque affaire dans le choix de la norme à appliquer¹⁹⁰. Les adeptes de la théorie alexyenne défendent ce deuxième type de raisonnement pour procéder à la mise en balance¹⁹¹. En effet, la proportionnalité implique une confrontation du juge à la configuration particulière des valeurs en jeu dans l'affaire qui lui est présentée. Ainsi, elle exclue toute hiérarchie préétablie entre normes constitutionnelles ainsi que, plus généralement, l'application d'un raisonnement de dogmatique juridique classique, basé sur des catégories ou des précédents.

Ceci résulte de la vision particulière du raisonnement juridique, partagée par les auteurs en la matière, comme un « cas spécifique » de raisonnement pratique, qui obéit à des contraintes formelles et institutionnelles particulières¹⁹². La théorie de la proportionnalité vise à libérer les juges de ces contraintes et à orienter les décisions juridictionnelles vers la justification matérielle. Le rôle des sources formelles du droit dans l'argumentation juridique varie selon les auteurs. David Beatty, par exemple, rejette tout argument résultant d'une interprétation stricte des textes juridiques ou des

¹⁸⁸ ALEXY R., *A theory of constitutional rights*, *op. cit.*, p. 105 ; KUMM M., « What Do You Have in Virtue of Having a Constitutional Right? On the Place and Limits of the Proportionality Requirement », 2006, Paper 46, coll.« New York University Public Law and Legal Theory Working Papers », p. 21 s. ; KLATT M. et M. MEISTER, *The constitutional structure of proportionality*, *op. cit.*, p. 22 s. ; TSAKYRAKIS S., « Proportionality: An Assault on Human Rights? », 2008, Paper 9, coll.« New York School Jean Monnet Working Paper Series », p. 5 s.

¹⁸⁹ ALEXY R., *A theory of constitutional rights*, *op. cit.*, p. 401 ; « Constitutional Rights, Balancing and Rationality », *op. cit.*, p. 136.

¹⁹⁰ ALEINIKOFF A., « Constitutional Law in the Age of Balancing », *Yale Law Journal*, 1987, vol. 96, n° 5, p. 948. La distinction a été introduite par Nimmer, cité par Aleinikoff, note 28.

¹⁹¹ ALEXY R., « On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison », *Ratio Juris*, 2003, vol. 16, n° 4, p. 433-449. Pour une présentation du concept de droit qui sous-tend la théorie de Robert Alexy, V. ALEXY R., « On the Concept and the Nature of Law », *Ratio Juris*, 2008, vol. 21, n° 3, p. 281-299.

¹⁹² ALEXY R., *A theory of legal argumentation: the theory of rational discourse as theory of legal justification*, traduit par Ruth ADLER et traduit par Neil MCCORMICK, 2^e éd., Oxford ; New York, Clarendon Press ; OUP, 2010, p. 212 s. ; KLATT M. et M. MEISTER, *The constitutional structure of proportionality*, *op. cit.*, p. 51 s. ; KUMM M., « What Do You Have in Virtue of Having a Constitutional Right? On the Place and Limits of the Proportionality Requirement », *op. cit.*, p. 3 s. and 12 s.

précédents et propose de se focaliser sur les faits de chaque cas¹⁹³. La majorité des auteurs, par contraste, accordent un rôle plus ou moins important aux sources formelles du droit et à la sécurité juridique. Ainsi, suivant Robert Alexy, un système évolué de contrôle de constitutionnalité construit au fil des cas « un réseau relativement complet et dense de normes », qui guide le raisonnement du juge et la répartition de la charge d'argumentation et de preuve entre les parties¹⁹⁴. Les textes de la constitution ou de la loi peuvent aussi être pris en compte lors de la délimitation du pouvoir discrétionnaire de l'autorité contrôlée, afin de déterminer l'intensité du contrôle du juge.

La littérature se réjouissant de la diffusion de la proportionnalité est fondée sur l'idée que celle-ci a approximativement la même signification dans les systèmes où elle est appliquée. Cette idée sous-tend l'analyse d'Aharon Barak, qui déclare que le but de son ouvrage est, au moyen d'une description de la pratique dans plusieurs systèmes, d'offrir la « conception universelle du concept de proportionnalité dans les démocraties constitutionnelles¹⁹⁵ ». Vlad Perju soutient que malgré les différences dans son application, la structure formelle de l'analyse de la proportionnalité est restée relativement stable lors de sa circulation dans le monde. Suivant les termes de cet auteur, « presque partout, du moins au niveau des juridictions nationales, les juges structurent leur analyse en utilisant la structure formelle en quatre étapes¹⁹⁶. » Se focalisant sur les méthodes du juge, David Beatty argue que, peu importe la matière ou la nature du droit invoqué, « le test est toujours le même¹⁹⁷ ». Bernhard Schlink va jusqu'à suggérer que la diffusion de la proportionnalité a un « effet de standardisation » des différentes cultures constitutionnelles dans lesquelles elle s'insère¹⁹⁸. Dans le même sens, Moshe Cohen-Eliya et Iddo Porat observent que, comme « une doctrine logique, cohérente et systématique », la proportionnalité pourrait remplacer des doctrines locales, qui sont pensées et remodelées au fil du temps pour mieux s'adapter à leur environnement¹⁹⁹. Pour illustrer cet « impérialisme doctrinal » de la proportionnalité, les auteurs mobilisent encore une fois l'exemple d'une espèce d'oiseau universellement adaptable, « qui migre au-delà de son environnement naturel et chasse les espèces indigènes de son nouvel environnement²⁰⁰. »

Trois récits sur la proportionnalité. L'étude de l'émergence et de l'évolution de la proportionnalité en France, en Angleterre et en Grèce montre qu'il s'agit en

¹⁹³ BEATTY D., *The ultimate rule of law*, Oxford ; New York, OUP, 2004, p. 72 s.

¹⁹⁴ ALEXY R., *A theory of constitutional rights*, op. cit., p. 376.

¹⁹⁵ BARAK A., *Proportionality*, op. cit., p. 4.

¹⁹⁶ PERJU V., « Proportionality and Stare Decisis: Proposal for a New Structure », V. JACKSON et M. TUSHNET (dir.), *Proportionality: New Frontiers, New Challenges*, Cambridge ; New York, CUP, 2017, p. 1. Proportionality as Legal Transplant.

¹⁹⁷ BEATTY D., *The ultimate rule of law*, op. cit., p. 160.

¹⁹⁸ SCHLINK B., « Proportionality », M. ROSENFELD et A. SAJÓ (dir.), *The Oxford handbook of comparative constitutional law*, Oxford, OUP, 2012, p. 736.

¹⁹⁹ COHEN-ELIYA M. et I. PORAT, *Proportionality and constitutional culture*, Cambridge, CUP, coll. « Cambridge studies in constitutional law », 2013, p. 150.

²⁰⁰ *Ibid.*

effet d'une doctrine impérialiste qui se diffuse sans cesse dans différents systèmes juridiques et tend à remplacer, ou du moins reformuler, des modes de raisonnement locaux qui préexistent à sa réception. Dans certains contextes, la proportionnalité devient un raisonnement hégémonique, prenant la forme d'une méthode scientifique qui ne saurait tolérer de méthode alternative. Au premier regard, cette diffusion spectaculaire de la proportionnalité peut être vue comme traduisant le succès du modèle global : puisque les acteurs juridiques, et notamment les juges, se réfèrent à la proportionnalité, ils *doivent* appliquer la structure analytique décrite par les théoriciens de ce modèle. Néanmoins, suivant en cela les travaux de Jacco Bomhoff, on doit noter que l'utilisation du langage de la proportionnalité n'implique pas nécessairement un raisonnement suivant la structure alexyenne²⁰¹. Étudier la proportionnalité comme une forme de langage et s'intéresser à son insertion dans les structures linguistiques locales conduit à nuancer ce succès. L'observation de la pratique révèle que l'utilisation que font les acteurs locaux de la proportionnalité est très différente de la structure professée par la théorie de la proportionnalité. L'impérialisme de la proportionnalité en tant que doctrine n'implique en rien son application logique, cohérente et systématique.

Le but de cette partie est d'établir un « état de lieux » des différentes formes et fonctions assignées au langage de la proportionnalité au cours du temps dans les trois systèmes étudiés. L'analyse propose trois récits de l'émergence et de la diffusion de la proportionnalité en tant que langage juridique, c'est à dire en tant que façon de parler adoptée par les juristes locaux. Les acteurs juridiques en France, en Angleterre et en Grèce n'ont pas toujours raisonné en termes de proportionnalité. Si, dans certains cas, des concepts homonymes, ou presque, existaient dans les écrits juridiques, ils ne faisaient pas partie des « toiles de signification » locales et connaissaient pas une dynamique propre. Depuis les années soixante-dix, sous l'influence de la rhétorique des droits fondamentaux et de la jurisprudence des cours européennes supranationales, la proportionnalité a acquis son propre contenu dans les contextes juridiques étudiés. Toutefois, l'utilisation qu'en ont fait les acteurs juridiques n'a été ni uniforme ni stable. La signification de la proportionnalité est déterminée par les contextes discursifs dans lesquels elle est insérée.

L'étude porte sur la forme et la fonction de la proportionnalité dans le raisonnement juridique en France, en Angleterre et en Grèce, ainsi que sur sa mise en relation avec des concepts, catégories ou modes de raisonnement existants dans ces contextes. Nous proposons d'identifier le changement discursif que l'utilisation de la proportionnalité a engendré. Quel type de raisonnement implique la référence à la proportionnalité ? S'agit-il d'un principe matériel, d'un standard de l'erreur manifeste ou d'un *head of review* des actes publics ? Son application est-elle autonome ou combinée avec celle d'autres règles, principes ou méthodes ? Est-elle absorbée par des concepts existants ou implique-t-elle un mode de raisonnement nouveau ? Enfin, comment ces caractéristiques ont-elles changé au fil du temps ?

²⁰¹ BOMHOFF J., « Genealogies of Balancing as Discourse », *Law & Ethics of Human Rights*, avril 2010, n° 4, p. 114 s.

L'insertion de la proportionnalité dans un système peut affecter non seulement le contenu des concepts et des normes juridiques, mais aussi la perception du rôle et du pouvoir du juge, ainsi que les procédures et les méthodes de contrôle juridictionnel. C'est pour cela que l'étude du contenu sémantique de la proportionnalité est couplée à un récit de la place qu'elle occupe dans le discours juridique local et des réactions qu'elle provoque au sein des juristes. Quand et dans quel contexte la proportionnalité fait-elle son apparition ? Est-elle reçue avec enthousiasme ou provoque-t-elle la suspicion et la critique des juristes locaux ? Est-elle utilisée par les juges ou par d'autres acteurs, et dans quels types de cas ou procédures ? Jouit-elle d'une valeur constitutionnelle ou s'agit-il d'un concept théorique, utilisé dans l'analyse et la systématisation de la pratique ? Y a-t-il un décalage entre la façon dont les juges appliquent la proportionnalité et la façon dont la doctrine la perçoit ? Ces questions sont étroitement liées à la tradition juridique et aux narrations dominantes qui entourent l'émergence et l'évolution de la proportionnalité dans chaque contexte. Au fil de cette analyse, nous essaierons d'identifier les relations entre la diffusion de la proportionnalité et des évolutions plus générales, comme la « constitutionnalisation » de l'ordre juridique, la diffusion des droits fondamentaux ou l'intensification du contrôle juridictionnel.

Du point de vue du droit comparé, le but de cette partie est relativement modeste : il s'agit d'identifier les similitudes et les différences entre les versions locales de la proportionnalité et le modèle transnational décrit par les adeptes de la théorie alexyenne qui, à ce stade de l'analyse, joue le rôle d'un *tertium comparationis*. De cette façon, les récits présentés ici permettent d'identifier des points communs dans l'utilisation du langage de la proportionnalité qui orienteront l'analyse par la suite.

La diffusion de la proportionnalité en France est caractérisée par une recherche constante de continuité entre la proportionnalité et des concepts et méthodes préexistants. Ainsi, l'utilisation du langage de la proportionnalité n'a pas emporté de changements radicaux dans les modes de raisonnement existants mais a plutôt conduit à l'incorporation de la proportionnalité en leur sein (**Chapitre 1**). La relation de la proportionnalité avec les concepts et méthodes existants a aussi été décisive dans le contexte anglais, où la proportionnalité a toujours été définie par rapport au standard de *Wednesbury unreasonableness*. Pour autant, les juristes anglais n'ont pas toujours cherché à établir la continuité entre la proportionnalité et les modes de raisonnement traditionnels. En réalité, c'est le développement de la proportionnalité comme concept autonome qui lui a conféré une dynamique radicale en droit anglais (**Chapitre 2**). Différemment, les structures discursives existantes n'ont guère affecté la diffusion de la proportionnalité en droit grec. Dès son apparition dans la jurisprudence du Conseil d'État, la proportionnalité a été reçue avec enthousiasme par les juristes locaux et s'est vite propagée dans le discours juridique grec. Depuis 2001, elle est explicitement proclamée dans la Constitution et, dans sa version alexyenne, elle devient une méthode de raisonnement hégémonique dans la pensée juridique locale. Toutefois, l'utilisation de la proportionnalité en pratique est plus nuancée (**Chapitre 3**).

CHAPITRE 1

La diffusion de la proportionnalité en droit public français : *plus ça change plus c'est la même chose*²⁰²

Introduction. Un juriste français lisant ce travail risque d'être surpris, voire quelque peu frustré par le récit qui suit. Il est en effet communément accepté dans le contexte français que limiter l'étude d'un concept juridique aux instances dans lesquelles il a été *explicitement* appliqué par le juge est une erreur méthodologique des plus graves. Ceci est d'autant plus le cas pour la proportionnalité. Ainsi, en commençant sa contribution sur ce thème, Grégory Kalflèche souligne que, si le juge « emploie parfois le terme de 'proportionné', limiter les cas du contrôle de proportionnalité aux arrêts qui le font serait une erreur méthodologique²⁰³. » De façon similaire, pour Jean-Baptiste Duclerq « [i]l fait peu de doute que traiter, à proprement parler, de 'l'origine' de la proportionnalité en se focalisant sur la consécration d'un terme, est un leurre. L'idée n'a pas eu besoin d'être nommée pour avoir été pensée et trouver des applications dans le réel. Ainsi, l'émergence de la proportionnalité dans les pays de tradition germanique, s'analyse plutôt comme un foyer de diffusion d'une notion qui préexistait²⁰⁴. »

Pour la plupart des publicistes, la proportionnalité représente beaucoup plus qu'un discours utilisé dans la motivation des décisions de justice et dans la pratique juridique ; elle représente un principe qui trouve sa source dans la pensée aristotélicienne et sous-tend certaines des maximes juridiques romaines les plus répandues²⁰⁵. Le juge poursuit la réalisation de ce principe en utilisant diverses méthodes de raisonnement. La proportionnalité ne peut donc pas être réduite aux formules et aux expressions utilisées dans la motivation des décisions de justice, puisqu'elle existe indépendamment de celles-ci. Son essence n'est accessible qu'au moyen d'une recherche qui remonterait à ses origines et qui exigerait non seulement l'étude de la jurisprudence contemporaine, mais aussi de son application dans d'autres ordres juridiques et dans d'autres périodes historiques, et même de son utilisation dans d'autres disciplines. Seule une telle recherche permettrait, selon une

²⁰² Expression utilisée par GRAZIADEI M., « Comparative Law as the Study of Transplants and Receptions », M. REIMANN et R. ZIMMERMANN (dir.), *Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford, OUP, 2006, p. 462. L'auteur s'inspire de l'ouvrage de KARR A., *Plus ça change et plus c'est la même chose : notes de voyage*, Nice, A. Gilletta, 1871.

²⁰³ KALFLÈCHE G., « Le contrôle de proportionnalité exercé par les juridictions administratives », *Les petites affiches*, 2009, n° 46, p. 46 avant note 3.

²⁰⁴ DUCLERQ J.-B., *Les mutations du contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, LGDJ, 2015, p. 1-2. V. aussi PHILIPPE X., *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative françaises*, Paris, Économica, 1990, p. 7 s.

²⁰⁵ V., par exemple, MUZNY P., « Proportionnalité », J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, H. GAUDIN et J.-P. MARGUENAUD (dir.), *Dictionnaire des droits de l'homme*, Paris, PUF, 2008, p. 810-814.

opinion dominante en France, l'identification et l'appréhension des manifestations contemporaines de la proportionnalité. En bref, la croyance est forte parmi les juristes locaux que la proportionnalité est antérieure à son apparition en tant que langage, qu'elle a depuis toujours été présente dans la jurisprudence et la législation, et qu'elle continue d'exister en droit positif, même quand les sources officielles ne s'y réfèrent pas de façon explicite. Selon cette même ligne de pensée, la reconnaissance et l'application explicites récentes de la proportionnalité sont vues comme une évolution naturelle du droit français et témoignent de l'« irrésistible ascension » du principe de proportionnalité²⁰⁶.

L'approche adoptée ici se distingue du sens commun juridique français, en ce qu'elle prend au sérieux le discours des juristes et son évolution. Le but de ce chapitre n'est pas de démontrer que des idées ou des méthodes de raisonnement similaires à ceux désignés par le terme de « proportionnalité » n'existaient pas avant son émergence. Plus simplement, à la suite de travaux en histoire intellectuelle et en linguistique, nous cherchons à montrer que la façon dont la pensée juridique est exprimée est importante. Selon Annabel Brett, « 'penser' cela revient simplement à utiliser des mots d'une façon spécifique dans un horizon linguistique particulier²⁰⁷. » Les idées n'existent pas indépendamment du texte où elles sont formulées ; la langue dans laquelle les juristes s'expriment participe à la constitution de leur pensée. Dans cette perspective, si des idées, des méthodes ou des concepts juridiques similaires ou comparables à la proportionnalité existaient avant son émergence en tant que langage, la présente enquête ne concerne que *leur expression particulière* en termes de proportionnalité. Ce n'est qu'à partir des années soixante-dix que les publicistes français ont trouvé convenable d'utiliser le langage de la proportionnalité. Pour quelles raisons ? Qu'est-ce que ce langage a ajouté aux structures linguistiques existantes ? Comment a-t-il évolué ? À quels acteurs juridiques a-t-il le plus servi et pourquoi ? Plus généralement, que *font* les juristes français quand ils utilisent le langage de la proportionnalité ?

Au-delà du choix de ne considérer que les usages explicites du principe de proportionnalité, le lecteur français pourrait aussi être surpris de voir cités certains travaux, réalisés par Guy Braibant, Michel Guibal, Xavier Philippe ou Valérie Goesle-Bihan, plutôt que d'autres, comme les travaux classiques d'auteurs qui se sont intéressés aux méthodes du juge, comme Yves Gaudemet, Stephan Rials ou Jean Rivero. Cette originalité n'est pas le résultat d'un refus excentrique de prendre en compte les travaux que les juristes locaux considèrent comme importants, ni la conséquence de l'adoption d'un point de vue complètement externe et critique vis-à-vis de la littérature locale. Au contraire, la doctrine française nous a été cruciale pour comprendre le contexte juridique dans lequel la proportionnalité a été reçue, ainsi que les distinctions, les concepts et les contraintes existantes qui ont influencé son usage.

²⁰⁶ MARTENS P., « L'irrésistible ascension du principe de proportionnalité », *Présence du droit public et des droits de l'homme : mélanges offerts à Jacques Velu*, Bruxelles, Bruylant, 1992, p. 49-68.

²⁰⁷ BRETT A., « What is Intellectual History Now? », D. CANNADINE (dir.), *What is History Now?*, New York, Palgrave Macmillan, 2002, p. 117.

L'absence de référence systématique à certains des grands textes concernant les méthodes du juge est plutôt liée aux présupposés méthodologiques de la présente thèse : il s'agit de prendre comme objet les analyses juridiques seulement dans la mesure où elles utilisent le langage de la proportionnalité. C'est seulement dans la seconde moitié des années soixante-dix que la proportionnalité attire l'attention de la doctrine et fait l'objet de nombreuses publications, avant de retomber dans l'oubli quelques années après. En effet, pendant les années quatre-vingt et quatre-vingt-dix, les travaux académiques concernant la proportionnalité sont restés très rares et se sont en grande partie limités au champ du droit comparé.²⁰⁸

Différentes raisons peuvent expliquer ce désintérêt. Tout d'abord, par sa nature abstraite, quasi philosophique, la proportionnalité était perçue comme un sujet de recherche insolite pour les juristes français. S'intéresser à la proportionnalité pouvait conduire à s'éloigner du champ de l'analyse technique du droit pour s'aventurer dans d'autres champs disciplinaires. Le concept de proportionnalité était d'ailleurs rarement utilisé dans les textes juridiques officiels. Ensuite, une autre raison pouvant expliquer la rareté des études en la matière dans le contexte français était la perception de la proportionnalité comme une règle de bon sens. La recherche sur le sujet était cette fois perçue comme traduisant un manque d'originalité : elle reviendrait à affirmer l'existence et le succès d'une méthode tenue comme déjà omniprésente. En 1997, Valérie Goesel-Le Bihan observait que la proportionnalité était une « [t]echnique classique, voire banale, qui devrait dès lors décourager l'analyste, dont le rôle consisterait tout au plus à enregistrer, au fil des décisions rendues, le succès croissant d'un moyen de contrôle venu d'outre-Rhin²⁰⁹. » La proportionnalité était alors censée exister partout, seules ses implications techniques restant à déterminer. Partant, tout pouvait être vu comme une manifestation du principe et tout travail de systématisation était sujet à la critique de ne pas en avoir considéré telle ou telle application.

Ce n'est qu'à partir la fin des années quatre-vingt-dix, et surtout la fin des années deux mille, que la proportionnalité a de nouveau attiré l'attention des juristes français. Ce regain d'intérêt intervient concomitamment à la diffusion du principe dans le discours des juges et plus particulièrement celui du Conseil constitutionnel. Pour autant, la perception de la proportionnalité comme une idée ou une valeur omniprésente n'a pas disparu. Ainsi, les premiers travaux en la matière demeurent particulièrement influents et font partie de la compréhension commune de la proportionnalité en France.

Le but de ce chapitre est de décrire comment la proportionnalité est apparue et a évolué en tant que langage en droit public français. Quand le vocabulaire de la proportionnalité a-t-il commencé à être employé dans ce contexte ? Quel est son contenu et sa relation avec des concepts, distinctions et méthodes existants ? Son

²⁰⁸ DUCLERQ J.-B., *Les mutations du contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, p. 17 s.

²⁰⁹ GOESEL-LE BIHAN V., « Réflexion iconoclaste sur le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel », *RFDC*, 1997, p. 227.

usage correspond-il au modèle global de la proportionnalité ? Quels sont les acteurs juridiques qui utilisent le plus la proportionnalité ? Sa réception dans le discours juridique français peut-elle être liée à des évolutions plus générales du droit public dans ce contexte ? Avant de répondre à ces questions, il est nécessaire, dans un but pédagogique, de préciser certains éléments de base sur le contrôle juridictionnel de l'action publique en France. Si ces éléments peuvent sembler aller de soi au lecteur familier avec le système juridique français, ils sont préalables à la compréhension des développements qui suivent pour les lecteurs qui ne sont pas familiers avec ce système auxquels s'adresse également la thèse. De même, nous présenterons dans les chapitres suivants les éléments nécessaires à la compréhension des développements de la thèse concernant les systèmes anglais et grec pour un lecteur non spécialiste de ces systèmes juridiques.

La France fait partie des « mauvais élèves » de la proportionnalité et a pendant longtemps résisté à sa dynamique envahissante. Ceci est en grande partie lié aux particularités du droit public français qui empêchaient sa réception en tant que structure analytique pour la protection juridictionnelle des droits fondamentaux. Ainsi, la proportionnalité a pendant longtemps eu un contenu particulier dans ce contexte, très différent de celui décrit par la théorie de Robert Alexy (**Section 1**). Le retentissement des droits fondamentaux et l'ascension du pouvoir des juges ont par la suite conduit à l'importation de la proportionnalité en tant que principe étranger, destiné à servir au juge dans la mise en balance des droits fondamentaux. Pour autant, des particularités locales ont persisté dans son application (**Section 2**).

Section 1. La proportionnalité comme principe du droit administratif

Le contrôle juridictionnel des autorités publiques en France. Le contrôle juridictionnel en France était pendant longtemps limité à l'action de l'administration. En effet, selon la tradition révolutionnaire, la loi – *expression de la volonté générale* – est infaillible et ne peut pas faire l'objet d'un contrôle de la part du juge. La méfiance à l'égard de l'autorité judiciaire est en général expliquée comme une réaction aux pouvoirs étendus des *Parlements* sous l'Ancien Régime. Elle est le corollaire d'une perception stricte de la séparation des pouvoirs qui a pendant longtemps dominé la pensée juridique française, traditionnellement attribuée à Montesquieu²¹⁰. Selon cette perception, les institutions politiques de l'État sont indépendantes et spécialisées dans la fonction qui leur est impartie par la Constitution. Les pouvoirs ne sont pas équilibrés, le Parlement, détenteur du pouvoir législatif, étant suprême et les autres institutions étant chargés de la mission d'exécution effective des lois. Ainsi, l'ordre

²¹⁰ Sous l'Ancien Régime, les *Parlements* étaient des juridictions qui jouissaient de pouvoirs importants. Certes, cette perception classique de la séparation des pouvoirs a été contestée en doctrine. Rappelons toutefois que ce qui nous intéresse ici est la représentation dominante, quand bien même elle serait contestable. Sur la relecture de Montesquieu, V. EISENMANN C., « L'Esprit des lois et la séparation des pouvoirs », *Mélanges Raymond Carré de Malberg*, Paris, Duchemin, 1933, p. 165-192 ; TROPER M., *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, Paris, LGDJ, 1973.

juridique français est traditionnellement empreint d'un fort *légitimisme*, ce que François Génay a présenté de façon célèbre comme « le fétichisme de la loi écrite²¹¹ ».

Le juge – *la bouche de la loi*, dans les termes de Montesquieu – décide quasiment exclusivement sur la base de sources formelles qui sont censées être claires et précises. Dans ce contexte, le droit est présenté comme un ordre parfait et complet. Tout doute concernant l'objectivité et l'exactitude des décisions juridictionnelles est éliminé, ce qui exclut les opinions dissidentes. Les motivations des décisions de justice sont, pour le lecteur non familier avec le système français, étonnamment laconiques : elles prennent la forme d'un syllogisme déductif et consistent traditionnellement en une seule phrase. De cette façon, les décisions de justice donnent l'impression que la solution dans le cas concret résulte d'une application mécanique du code ou de la règle générale et abstraite. Cette représentation du juge et du système juridique, maintes fois critiquée, parfois même caricaturée par les observateurs externes, a pendant longtemps rassuré les juristes locaux face à la crainte d'un « gouvernement des juges²¹². » La limitation du juge à l'application fidèle de la loi a pendant longtemps assuré sa légitimité²¹³.

La stricte perception de la séparation des pouvoirs, qui a dominé en France depuis la Révolution de 1789, implique l'incompétence des juges judiciaires pour connaître les litiges auxquels l'administration fait partie. Ce type de litiges a été soumis au jugement des autorités juridictionnelles relevant du pouvoir exécutif. Ainsi comprise donc, la séparation des pouvoirs a entraîné la séparation des ordres juridictionnels administratif et judiciaire. L'établissement du Conseil d'État en tant que juridiction indépendante de l'administration et chargée de son contrôle a été le fruit d'une évolution laborieuse qui s'est achevée à la fin du XIX^e siècle. Pour les publicistes français, il n'est nullement choquant de voir le Conseil d'État, le juge de la légalité de l'action administrative et la juridiction suprême de l'ordre administratif, conseiller le gouvernement²¹⁴. D'ailleurs, ce sont traditionnellement les juges judiciaires, sous la juridiction suprême de la Cour de cassation, qui sont en France les garants de la liberté individuelle²¹⁵.

²¹¹ GÉNY F., *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris, LGDJ, 1919, p. 70.

²¹² LASSER M., *Lasser M., Judicial Transformations: The Rights Revolution in the Courts of Europe*, Oxford ; New York, OUP, 2009, p. 35 s. et 44 s. ; LASSER M., *Judicial Deliberations: A Comparative Analysis of Judicial Transparency and Legitimacy*, Oxford ; New York, OUP, coll. « Oxford studies in European law », 2004. L'expression a été utilisée pour la première fois par Édouard Lambert pour décrire le système nord-américain de contrôle juridictionnel : V. *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis : l'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*, Paris, Giard, 1921.

²¹³ Pour une critique classique de ce style de motivation comme une façon pour les juges de masquer leur pouvoir politique, V. TROPER M., « La motivation des décisions constitutionnelles », C. PERELMAN et P. FORTIERS (dir.), *La motivation des décisions de justice*, Bruxelles, Bruylant, 1978, p. 287-302.

²¹⁴ Les membres du Conseil d'État n'ont pas nécessairement reçu une formation de juriste. Hauts fonctionnaires, ils travaillent également dans « l'administration active », les cabinets ministériels, voire des entreprises publiques ou privées selon le gré des détachements. Sur ce point, V. LATOUR B., *La fabrique du droit : une ethnographie du conseil d'État*, Paris, La Découverte, 2002.

²¹⁵ Article 66 de la Constitution de 1958.

Le recours pour excès de pouvoir. Les actes administratifs unilatéraux sont attaqués par les administrés concernés devant le Conseil d'État et, depuis 1953, devant les tribunaux administratifs, par la voie du *recours pour excès de pouvoir*. Le juge exerce son contrôle au nom du principe de légalité et se borne à l'appréciation de la compatibilité de l'action publique aux normes supérieures. Ainsi, le contrôle juridictionnel présente un caractère particulièrement formel et fragmenté.

C'est notamment grâce aux commentaires d'arrêts et aux notes de jurisprudence que le droit administratif a été élaboré comme un système cohérent et intelligible. La compilation des *Grands Arrêts de la Jurisprudence Administrative (GAJA)* figure certainement parmi les livres les plus influents en droit public français²¹⁶. Ceci est lié au fait que la systématisation du droit et de la jurisprudence, ce que les juristes français appellent la *doctrine*, n'est pas seulement l'œuvre des académiques mais aussi des praticiens et des membres du Conseil d'État eux-mêmes, ces derniers étant d'ailleurs parfois désignés comme la « doctrine organique ». Ainsi, certains *commissaires du gouvernement*, des conseillers traditionnellement représentant l'intérêt public devant cette juridiction, ont souvent assumé le rôle des « faiseurs des systèmes » dans leurs conclusions²¹⁷.

Le juge prononce l'annulation d'un acte administratif seulement en présence de défauts légalement définis, appelés *cas d'ouverture*. En ce qui concerne la légalité externe, à savoir la forme de l'acte en cause, il s'agit de l'incompétence de l'autorité qui l'a édicté, des vices de forme et des vices de procédure. Concernant la légalité interne, qui présuppose un examen matériel de l'acte concerné, mis à part les rares cas de détournement de pouvoir, où le juge censure l'utilisation de la puissance publique à des fins illégitimes, les actes de l'administration peuvent être annulés pour une erreur dans l'interprétation de la norme qui institue la compétence de l'autorité contrôlée (*erreur de droit*) ou pour une incompatibilité de la décision contestée aux normes supérieures (*violation directe de la loi*²¹⁸). La considération des faits était initialement exclue de l'appréciation de la légalité, qui consistait en une confrontation pure et simple de normes se situant à différents niveaux dans la hiérarchie des normes. Pour autant, le juge administratif s'est progressivement reconnu le pouvoir de contrôler l'existence matérielle et la qualification juridique des faits pris en compte par l'administration²¹⁹.

Le pouvoir du juge dans l'appréciation des faits varie selon la marge de manœuvre accordée par la loi à l'autorité contrôlée. Ainsi, quand la loi définit

²¹⁶ CASSIN R., M. WALINE, P. WEIL, L. MARCEAU, et G. BRAIBANT, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 1^{re} éd., Paris, Sirey, 1956. Cet ouvrage, fréquemment actualisé, est écrit par des professeurs de droit et des membres du Conseil d'État.

²¹⁷ RIVERO J., « Apologie pour les “faiseurs de systèmes” », *Recueil Dalloz*, 1951, p. 99.

²¹⁸ LAFERRIÈRE É., *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, vol. 2, Paris, Berger-Levrault et Cie, 1887, p. 496 s. ; pour une présentation plus récente, V. PLESSIX B., *Droit administratif général*, Paris, LexisNexis, 2016, p. 1390 s.

²¹⁹ V. CE, 4 avril 1914, *Gomel*, n° 55125, ECLI:FR:CEORD:1914:55125.19140404, pour la qualification juridique des faits et CE, 14 janvier 1916, *Camino*, n° 59619, ECLI:FR:CEORD:1916:59619.19160114, pour l'existence matérielle des faits. Sur ce point, V. GOLDENBERG L., *Le Conseil d'État, juge du fait*, Paris, Dalloz, 1932.

précisément les conditions dans lesquelles l'administration doit prendre une certaine décision (*compétence liée*), le juge exerce un contrôle normal des motifs de fait qui fondent celle-ci. Néanmoins, la loi délègue parfois à l'administration le pouvoir d'apprécier s'il est opportun d'agir ou de choisir le type de décision qu'il est opportun de prendre (*pouvoir discrétionnaire*). C'est notamment le cas quand le législateur mentionne de façon abstraite les objectifs de l'action administrative, tels que l'utilité publique ou la sauvegarde de l'ordre public. Dans ces cas, l'étendue de la compétence juridictionnelle est déterminé par la distinction entre *légalité* et *opportunité* : si le juge peut toujours censurer un acte fondé sur des faits matériellement inexistantes, il ne peut pas se substituer à l'autorité contrôlée dans l'appréciation de l'adéquation de cet acte aux circonstances qui justifient son édicton, ni contester son opportunité pour poursuivre certaines fins. Ainsi, la présence d'un pouvoir discrétionnaire de l'administration a pendant longtemps exclu le contrôle de la qualification juridique des faits²²⁰.

L'évolution des méthodes du juge. Pour autant, le passage de l'État libéral à l'État industriel et commercial a entraîné l'intervention accrue des autorités publiques dans la vie économique et sociale²²¹. Le droit administratif classique, fondé sur la définition claire et abstraite de la compétence administrative par la loi, a progressivement été perçu comme inadapté à la réalité de l'action publique. Les autorités administratives se sont reconnues des nouveaux pouvoirs à la marge de la loi et des procédures légalement définies, qui étaient souvent perçues comme trop complexes ou trop lentes pour permettre une action étatique efficace. En réponse, le juge administratif a inventé des nouvelles méthodes pour contrôler ces pouvoirs. Pour les juristes français donc, l'évolution des techniques juridictionnelles au cours du XX^e siècle témoigne de la poursuite d'un nouvel équilibre entre pouvoir discrétionnaire et légalité, c'est-à-dire entre l'exigence d'efficacité de l'action publique, qui implique une certaine liberté de l'administration, et la protection des droits des individus, qui impose l'encadrement de l'action administrative par la loi²²². Depuis l'arrêt *Benjamin*, le juge administratif a requis la stricte nécessité des mesures de police²²³. Néanmoins, à partir du milieu du siècle, les spécialistes de la matière sentent s'accroître un écart entre l'évolution de la pratique administrative et les méthodes du juge. La délimitation du contrôle juridictionnel par des règles inflexibles et absolues est de plus en plus perçue comme inadaptée aux nouveaux modes d'action de l'administration. En conséquence, un discours alternatif, plus sensible à la pratique institutionnelle, se développe progressivement en doctrine.

²²⁰ PLESSIX B., *Droit administratif général*, *op. cit.*, p. 1409-1411.

²²¹ Pour une description de cette évolution, V. not. BOCKEL A., « Contribution à l'étude du pouvoir discrétionnaire de l'administration », *AJDA*, 1978, p. 355 ; LEMASURIER J., « Vers un nouveau principe général du droit ? Le principe "bilan-coût-avantages" », *Mélanges offerts à Marcel Waline : le juge et le droit public*, Paris, LGDJ, 1974, vol. II, p. 551-562.

²²² V., par exemple, BOCKEL A., « Contribution à l'étude du pouvoir discrétionnaire de l'administration », *op. cit.*, p. 360.

²²³ CE, 19 mai 1933, *Benjamin*, n° 17413 ; 17520, ECLI:FR:CEORD:1933:17413.19330519.

Ceci est plus évident dans les conclusions des commissaires du gouvernement, qui occupent une position médiane entre le style de rédaction formel des décisions de justice et les opinions doctrinales défendant la prise en compte du contexte dans le raisonnement juridique. C'est en suivant leurs conclusions que le Conseil d'État a su imposer de nouvelles exigences procédurales aux autorités publiques, comme l'obligation de communiquer les motifs d'un acte administratif au juge, l'obligation de justifier certains actes, ou bien des garanties concernant le caractère contradictoire de la procédure de prise de décision²²⁴. Depuis le début des années soixante, le juge administratif a affirmé son pouvoir de sanctionner les erreurs manifestes dans l'appréciation des motifs de fait d'un acte administratif, même en cas de pouvoir discrétionnaire²²⁵. Ainsi, les appréciations factuelles de l'administration sortent de la sphère de l'opportunité pour devenir un aspect de la légalité de son action contrôlé par le juge administratif.

Malgré ces avancées importantes, l'idée de l'inviolabilité de la loi a persisté dans la pensée juridique française et ses marques sont toujours discernables aujourd'hui. Par exemple, les juges ordinaires refusent d'examiner la constitutionnalité des lois postérieures à l'entrée en vigueur de la Constitution. Qui plus est, en application de la théorie de la « *loi écran* », ils refusent aussi de contrôler la constitutionnalité des actes administratifs se bornant à une application de la loi²²⁶. Enfin, jusqu'à la fin des années quatre-vingt, le Conseil d'État appliquait cette même théorie pour restreindre le champ du contrôle de conventionnalité, bien que, selon l'article 55 de la Constitution, les traités ont une autorité supérieure à celle de la loi.

L'émergence d'un contrôle de constitutionnalité des lois. Une des nouveautés de la Vème République a été l'institution du Conseil constitutionnel, chargé de la mission de contrôler la constitutionnalité des lois. Pour autant, initialement, le Conseil était essentiellement pensé comme une arme de l'exécutif vis-à-vis du Parlement et son évolution en une véritable juridiction a été lente. Sa saisine est pendant longtemps restée un privilège réservé à un nombre limité de hauts personnages de l'État (le Président de la République, le Premier ministre et les présidents des chambres parlementaires). Elle faisait partie de la procédure législative et ne pouvait avoir lieu qu'*a priori*, avant la promulgation de la loi. Ceci est lié à la mission principale du Conseil, qui était la préservation et la clarification des frontières entre la loi et le règlement et non la protection des droits des citoyens. C'est pour cela que, jusqu'à récemment, les éléments essentiels du contradictoire faisaient défaut à la procédure devant lui. La nature institutionnelle spéciale du Conseil se manifeste toujours aujourd'hui dans la nomination politique de ses membres, qui n'ont pas nécessairement une expertise juridique et ne sont que rarement issus de la magistrature judiciaire ou administrative.

²²⁴ LEMASURIER J., « Vers un nouveau principe général du droit ? Le principe "bilan-coût-avantages" », *op. cit.*, p. 553 s.

²²⁵ CE, 15 février 1961, *Lagrange*, Rec. 121. V. LONG M., P. WEIL, G. BRAIBANT, P. DELVOLVÉ, et B. GENEVOIS, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 21^e éd., Paris, Dalloz, 2017 n° 27.8.

²²⁶ CE, 6 novembre 1936, *Arrighi*, n° 41221, Rec. C.E. 966.

Du point de vue de sa mission, le Conseil a été imaginé comme une cour constitutionnelle kelsénienne par excellence²²⁷. Le contrôle qu'il exerce est traditionnellement représenté comme une confrontation abstraite de normes, qui ne laisse pas de place pour des considérations extra-juridiques. Les appréciations factuelles sont censées être hors de son domaine. Pendant longtemps les décisions du Conseil étaient très concises ; suivant la forme syllogistique sur le modèle du Conseil d'État, elles se composaient d'une seule phrase, divisée en *visas* (introduisant les normes de référence) et *considérants* (introduisant les étapes du syllogisme). La perception formelle du contrôle de constitutionnalité qui a traditionnellement dominé la pensée juridique française est aussi liée au fait que, jusqu'en 1971, la Constitution ne comprenait pas un catalogue de droits et libertés qui pourrait servir comme norme de référence au contrôle matériel de la loi. Si la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen (DDHC) et les Préambules des Constitutions de 1946 et de 1958 proclamaient certains droits individuels et sociaux, la valeur juridique de ces textes n'était pas bien définie.

Le langage des droits fondamentaux, en plein épanouissement au-delà des frontières françaises, avait du mal à pénétrer les catégories formelles du discours constitutionnel interne. En effet, depuis la décision *IVG*, le Conseil constitutionnel a insisté sur une stricte séparation entre le contrôle de constitutionnalité et le contrôle de conventionnalité des lois²²⁸. Tout cela témoigne de l'insularité du système juridique français, qui peut surprendre les observateurs externes. Il arrive que les juristes français ne parlent pas de langues étrangères et, en tout état de cause, une partie importante d'entre eux ne lit que rarement la littérature anglophone. Cette faible considération pour les travaux en langue étrangère de la doctrine française est liée à des caractéristiques traditionnelles de la production du savoir juridique dans ce contexte, comme l'institutionnalisation de la recherche en « Écoles » ou les particularités du concours d'agrégation qui donne accès aux postes de professeurs des universités²²⁹.

L'évolution de la jurisprudence constitutionnelle. En contrepartie du formalisme irriguant le droit public français, les juges ont souvent recouru à des normes objectives non-écrites, telles que les principes généraux du droit et les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République (PFRLR), mentionnés dans la Préambule de 1946. C'est Conseil d'État qui a en premier « découvert » de tels principes et qui les a intégrés au *bloc de légalité*, à savoir aux normes de référence du contrôle de légalité²³⁰. Le Conseil constitutionnel a suivi l'exemple de la juridiction

²²⁷ Sur la perception initiale et l'évolution du Conseil Constitutionnel, V. STONE SWEET A., *The Birth of Judicial Politics in France: the Constitutional Council in Comparative Perspective*, New York, OUP, 1992.

²²⁸ Décision n° 74-54 DC du 15 janvier 1975, *Loi relative à l'interruption volontaire de la grossesse (IVG I)*, ECLI:FR:CC:1975:74.54.DC, cons. 3 et 4.

²²⁹ Sur ce point, V. AUDREN F. et J.-L. HALPÉRIN, *La culture juridique française : entre mythes et réalités : XIXe-XXe siècles*, Paris, CNRS, 2013.

²³⁰ V., par exemple, CE (Ass.), 26 octobre 1945, *Aramu*, n° 77726, Rec. 213 (concernant les droits de la défense) ; CE, 11 juillet 1956, *Amicale des Annamites de Paris*, n° 26638, Rec. 317 (concernant la liberté d'association). Selon le discours du juge et la doctrine traditionnelle, les principes généraux du droit préexistent à leur reconnaissance explicite par le juge, qui les découvre lors d'un processus d'interprétation des sources juridiques formelles.

administrative en conférant une valeur constitutionnelle à des normes non-écrites. En 1971, dans sa décision *Liberté d'association*²³¹, il a reconnu la valeur constitutionnelle du Préambule de la Constitution de 1958 et de celui de la Constitution de 1946, en attribuant à la liberté d'association le statut de PFRLR. Quelques années plus tard, il a aussi reconnu la valeur constitutionnelle des textes auxquels le Préambule de 1958 fait référence, notamment la DDHC. Depuis, le Conseil a souvent recouru à des normes constitutionnelles non-écrites, comme les principes de valeur constitutionnelle ou les objectifs de valeur constitutionnelle, dans la motivation de ses décisions. Ainsi, les normes de référence du contrôle de constitutionnalité s'étendent à un ensemble hétéroclite de textes, règles, principes et objectifs non-écrits, communément désigné sous le nom de *bloc de constitutionnalité*²³².

Dans les années qui ont suivi, le Conseil a subi une transformation institutionnelle significative²³³. L'instauration de la saisine parlementaire en 1974 a donné aux députés et aux sénateurs de l'opposition la possibilité de déclencher le contrôle de constitutionnalité. Depuis lors, et surtout dans des périodes de grandes réformes, la saisine du Conseil a constitué une arme de l'opposition politique contre les décisions importantes, telles que les nationalisations, les privatisations ou les réformes de la presse. Initialement pensé comme un défenseur du pouvoir de l'exécutif, le Conseil s'est affirmé comme un acteur politique majeur et un médiateur entre la majorité et l'opposition parlementaire. Au même moment, sa nature juridictionnelle s'est progressivement affirmée. La doctrine a joué un rôle particulièrement important dans cette évolution. Depuis le milieu des années quatre-vingt, notamment sous l'influence de l'École d'Aix et du doyen Favoreu, la jurisprudence du Conseil constitutionnel a été systématiquement étudiée et, du moins jusqu'aux années deux mille, rarement critiquée²³⁴.

Ainsi, au cours des dernières décennies du siècle précédent, le contentieux constitutionnel s'est établi comme une nouvelle branche d'un droit public en pleine évolution²³⁵. Cela a contribué à l'enrichissement des méthodes du Conseil et à l'affirmation de la Constitution dans l'ensemble de l'ordre juridique. La collection des *Grandes décisions du Conseil constitutionnel* a été pour la première fois publiée en 1975²³⁶. La cohérence de la jurisprudence constitutionnelle a aussi été renforcée au moyen de l'élaboration des considérants de principe, qui se stabilisent au fil de la jurisprudence

²³¹ Décision n° 71-44 DC, 16 juillet 1971, *Liberté d'association*, ECLI:FR:CC:1971:71.44.DC.

²³² FAVOREU L., « Le principe de constitutionnalité, essai de définition d'après la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Mélanges Charles Eisenmann*, 1975, p. 33-48, qui reprend Claude Emeri, « Le bloc de la constitutionnalité », RDP 1970, p. 608.

²³³ STONE SWEET A., *The Birth of Judicial Politics in France*, *op. cit.* ; RIVERO J., « Fin d'un absolutisme », *Pouvoirs*, 1991, n° 13, p. 5-16.

²³⁴ V. sur ce point STONE SWEET A., *The Birth of Judicial Politics in France*, *op. cit.*, p. 94 s.

²³⁵ Sur le processus de « juridictionnalisation » du Conseil constitutionnel, V. BASTIEN F., « Une revendication de juridiction. Compétence et justice dans le droit constitutionnel de la Ve République », *Politix*, 1990, vol. 3, n° 10-11, p. 92-109.

²³⁶ FAVOREU L. et L. PHILIP, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Paris, Dalloz-Sirey, 1975. Il est intéressant de noter que, à la différence du GAJA, le GDCC est exclusivement l'œuvre d'universitaires. Cela est lié au fait que les membres du Conseil constitutionnel n'ont pas nécessairement une expertise juridique et ne font pas partie de la doctrine de la même façon que les membres du Conseil d'État.

du Conseil et sont appris par les étudiants des facultés de droit dans le cadre de l'enseignement du droit constitutionnel. Depuis 1996, le service juridique du Conseil publie des commentaires détaillés de ses décisions sur le site officiel de l'institution.

L'influence du droit administratif, et notamment le transfert des méthodes du Conseil d'État à la matière constitutionnelle, a progressivement rendu les juristes français familiers avec l'idée que le législateur, autrefois souverain, n'est qu'une autorité constituée, qui jouit seulement d'une large marge d'appréciation dans la réalisation des valeurs, objectifs et exigences constitutionnels²³⁷. Dans un fameux *obiter dictum* datant de 1985, le Conseil a énoncé que la loi « n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution²³⁸ ». Notamment sous l'influence du doyen Vedel, membre du Conseil et figure dominante de la doctrine publiciste française, le juge constitutionnel a progressivement affirmé les bases constitutionnelles de toutes les branches du droit, imposant ainsi de nouvelles contraintes à l'exercice du pouvoir législatif²³⁹. La constitutionnalisation de l'ordre juridique et le passage de l'*État légal* à l'*État de droit*, en partie pour faire face aux exigences du droit européen, a développé l'intérêt de spécialistes d'autres disciplines juridiques pour le droit constitutionnel²⁴⁰.

Ces évolutions se reflètent dans l'usage de la proportionnalité dans le discours juridique français. Le langage de la proportionnalité est apparu en droit administratif au début des années soixante-dix, dans le contexte plus général d'un certain mécontentement face aux méthodes de contrôle du Conseil d'État (§1). C'est la doctrine qui a défendu la reconnaissance explicite de la proportionnalité en tant que principe général. Les juges administratifs, au contraire, soucieux de ne pas excéder les limites de leur compétence, se sont montrés plutôt réticents vis-à-vis du nouveau concept. Cela n'a pas empêché les auteurs d'analyser les méthodes du juge comme des instances d'un contrôle de proportionnalité occulte (§2). Dans le processus de constitutionnalisation de l'ordre juridique, le Conseil constitutionnel a affirmé la valeur constitutionnelle du principe de proportionnalité en matière de sanctions et de mesures de police, ce qui a conduit à la propagation du langage de la proportionnalité dans la jurisprudence des juridictions ordinaires (§3).

1. L'émergence en droit administratif

L'absence d'un concept juridique de proportionnalité jusqu'aux années soixante-dix. Selon une narration dominante, si la proportionnalité n'est pas explicitement reconnue comme un principe général en droit public français, elle a toujours été là, sous-jacente, dans l'ordre juridique depuis 1789 et a été appliquée par

²³⁷ VEDEL G., « Réflexions sur quelques apports de la jurisprudence du Conseil d'État à la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Mélanges René Chapus*, Paris, LGDJ; Lextenso, 1992, p. 647-671 ; VEDEL G., « Excès de pouvoir législatif et excès de pouvoir administratif », *Cahiers du Conseil Constitutionnel*, 1996 1997, n° 1-2.

²³⁸ Décision n° 85-197 DC, 23 août 1985, *Loi sur l'évolution de la Nouvelle Calédonie*, ECLI:FR:CC:1985:85.197.DC, cons. 27.

²³⁹ VEDEL G., *Les bases constitutionnelles du droit administratif*, Paris, Économica, 1986.

²⁴⁰ V., par exemple, MOLFESSIS N., *Le Conseil constitutionnel et le droit privé*, Paris, LGDJ, 1997.

le juge administratif depuis le début du XX^{ème} siècle. L'arrêt *Benjamin*, instaurant un contrôle de nécessité sur les mesures de police, est souvent présenté comme son application la plus emblématique. Pour autant, l'observation de la façon dont les juristes locaux s'expriment révèle que, jusqu'aux années soixante-dix, leurs références à la proportionnalité étaient très rares. En effet, dans l'arrêt *Benjamin* le Conseil d'État n'a pas utilisé le vocabulaire de la proportionnalité, pas plus d'ailleurs que ne l'ont fait les commentateurs contemporains de l'arrêt, comme Achille Mestre²⁴¹. Le terme « proportionnalité » n'apparaît pas non plus dans le commentaire de l'arrêt dans la première édition du *GAJA* en 1956 et probablement dans aucun autre commentaire de ce volume. En effet, ce n'est qu'à partir des années soixante-dix que la proportionnalité a émergé en tant que concept du droit public français, tout d'abord dans le cadre du droit de l'expropriation.

L'émergence de la théorie du bilan. Les faits de l'affaire *Ville Nouvelle Est* ont eu lieu dans le contexte d'un certain mécontentement de la doctrine avec les méthodes traditionnelles du juge administratif. Dans le milieu des années soixante, le gouvernement décide de mettre en place une « expérience d'urbanisme²⁴² », à savoir la construction d'un complexe universitaire et d'un complexe urbain de plus de 20 000 résidences à l'est de Lille. Le projet, dont le coût dépasse le montant d'un milliard de francs, entraîne l'expropriation d'un espace de 500 hectares dans lequel se trouvent plusieurs habitations. Suivant la procédure administrative en la matière, une enquête est menée pour certifier l'utilité publique du projet. Malgré la forte opposition de la population et des élus locaux, ainsi que de la presse, le ministre déclare l'utilité publique de l'opération. Cette déclaration a été déférée devant le Tribunal administratif de Lille, qui l'a annulé pour des motifs procéduraux. Les juges ont estimé que le dossier administratif ne comprenait pas tous les éléments nécessaires, tels que définis par un décret de 1959. Le ministre a alors introduit un recours contre la décision du tribunal devant le Conseil d'État.

Dans ses conclusions devant l'assemblée, le Commissaire du gouvernement Guy Braibant a proposé à ses collègues d'abandonner la décision de la juridiction inférieure. Selon lui, la question posée par l'affaire *Ville Nouvelle Est* n'était pas une question de procédure, mais de légalité interne²⁴³. Les administrés soutenaient que la destruction d'environ cent habitations était un prix excessif pour la réalisation du projet et que, de ce fait, celui-ci était illégal. Guy Braibant a souligné que l'application de la jurisprudence constante du Conseil à l'époque conduirait au rejet de ces arguments. En effet, jusqu'en 1971, le Conseil se bornait à une affirmation abstraite de l'utilité de l'expropriation, après un examen des buts d'intérêt public invoqués par l'autorité contrôlée. La localisation concrète du projet et ses conséquences n'étaient pas prises en compte dans son contrôle²⁴⁴. Si l'utilité publique était définie par la loi

²⁴¹ MESTRE A., « Note sous CE, 19 mai 1933, *Benjamin* », *Rec. Sirey*, 1934, vol. 3, p. 1.

²⁴² BRAIBANT G., Conclusions sur CE Ass., 28 mai 1971, *Ville Nouvelle Est*, *Rev. Adm.*, 1971, n° 142, p. 422.

²⁴³ *Ibid.*, p. 424-425.

²⁴⁴ *Ibid.*, p. 424 s. ; WALINE J., « Le rôle du juge administratif dans la détermination de l'utilité publique justifiant l'expropriation », *Mélanges offerts à Marcel Waline : le juge et le droit public*, Paris, LGDJ, 1974, p. 817. Voir aussi le commentaire de la décision publié sur le site officiel du Conseil d'Etat: 28 mai 1971 - *Ville Nouvelle-Est*,

comme une condition de légalité de l'expropriation, cette notion était beaucoup trop vague et indéterminée pour lier la compétence de l'administration²⁴⁵. Ainsi, selon une jurisprudence constante, le choix des terres expropriées était une question concernant l'*opportunité* de la déclaration d'utilité publique, qui échappait au contrôle du Conseil, juge de la *légalité*. Dans l'affaire *Ville Nouvelle Est*, un autre élément poussait le juge à maintenir cette position classique : à la suite des plaintes de la population locale, l'administration avait modifié le plan initial de l'opération pour exempter plus de deux cents habitations de démolition.

Pour autant, la timidité traditionnelle du juge vis-à-vis la notion d'utilité publique avait été maintes fois critiquée par la doctrine, qui y voyait un formalisme excessif, peu adapté à l'évolution de la pratique administrative. Guy Braibant a rappelé à ses collègues que l'image de la procédure d'expropriation comme impliquant une simple confrontation de l'intérêt général à la propriété privée était dépassée. Pendant deux siècles, la notion d'utilité publique s'était étendue pour comprendre des objectifs parfois liés seulement de façon indirecte à l'intérêt public. Des intérêts privés derrière l'expropriation pouvaient peser plus dans l'appréciation administrative que les intérêts publics affectés par celle-ci²⁴⁶. C'est pour ces raisons que le Commissaire du gouvernement a proposé la redéfinition de la notion d'utilité publique, qui ne devrait plus être constatée *in abstracto*, mais appréciée dans les circonstances concrètes de l'affaire. Pour Guy Braibant, cette appréciation impliquerait de « mettre en balance ses inconvénients avec ses avantages, son coût avec son rendement, ou comme diraient les économistes, sa désutilité avec son utilité²⁴⁷. » Le coût d'un projet pourrait, selon lui, être d'ordre financier mais aussi d'ordre social.

L'assemblée plénière du Conseil d'État a suivi les conclusions de son Commissaire du gouvernement et a émis ce qui deviendra par la suite un considérant de principe :

« Une opération ne peut être légalement déclarée d'utilité publique que si les atteintes à la propriété privée, le coût financier et éventuellement les inconvénients d'ordre social qu'elle comporte ne sont pas excessifs eu égard à l'intérêt qu'elle présente²⁴⁸. »

Ainsi, le *bilan coût-avantages* a explicitement été annoncé comme une technique de contrôle du juge administratif, concernant les déclarations d'utilité publique préalables à l'expropriation. En l'espèce, après examen des pièces du dossier, le Conseil a confirmé le caractère d'utilité publique de la Ville Nouvelle Est. Selon les juges, « dans ces conditions, compte tenu de l'importance de l'ensemble du projet, la

<http://www.conseil-etat.fr/Decisions-Avis-Publications/Decisions/Les-decisions-les-plus-importantes-du-Conseil-d-Etat/28-mai-1971-Ville-Nouvelle-Est>, consulté le 3 décembre 2017.

²⁴⁵ DE LAUBADÈRE A., « Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire dans la jurisprudence récente du Conseil d'État français », *Mélanges offerts à Marcel Waline : le juge et le droit public*, Paris, LGDJ, 1974, p. 537 s. ; BOCKEL A., « Contribution à l'étude du pouvoir discrétionnaire de l'administration », *op. cit.*, p. 366 s. ; not. 367.

²⁴⁶ BRAIBANT G., Conclusions sur CE Ass., 28 mai 1971, *Ville Nouvelle Est*, *op. cit.*, p. 425-426.

²⁴⁷ *Ibid.*, p. 426.

²⁴⁸ CE (Ass.), 28 mai 1971, *Ville Nouvelle Est*, *Rev. Adm.*, p. 427, n° 78825, ECLI:FR:CEASS:1971:78825.19710528.

circonstance que son exécution implique que disparaissent une centaine de maisons d'habitations n'est pas de nature à retirer à l'opération son caractère d'utilité publique²⁴⁹. » Le Conseil a utilisé le même raisonnement dans certains arrêts rendus la même année, toujours pour affirmer que les désavantages des projets déferés à son contrôle n'étaient pas assez sérieux pour les priver de leur caractère d'utilité publique²⁵⁰.

La doctrine a été enthousiaste face à cette nouvelle technique du bilan. Certains auteurs ont vu dans la jurisprudence du Conseil la reconnaissance d'un nouveau principe général du droit, qui imposerait de mettre en balance les coûts et les avantages de l'action administrative²⁵¹. Si la technique du bilan n'a pas entraîné dans ces cas la remise en cause de l'action de l'administration, l'abandon du formalisme traditionnel pour des solutions considérées comme plus réalistes et efficaces a généralement été vu comme un progrès²⁵².

Théorie du bilan et proportionnalité. Il est intéressant de noter que, dans ces premières applications du bilan, le juge n'a pas utilisé le vocabulaire de la proportionnalité pour désigner la mise en balance des intérêts antagonistes à laquelle il a procédé. La connexion entre bilan et proportionnalité a eu lieu seulement un an plus tard, dans les conclusions d'un autre Commissaire du gouvernement. Examinant la construction d'une autoroute aux alentours de Nice, Michel Morisot propose à ses collègues de procéder à un contrôle concret de l'utilité publique du projet²⁵³. Selon lui, même dans les cas où la procédure administrative préalable n'est pas entachée d'illégalité, les juges doivent procéder eux-mêmes à l'appréciation de l'utilité publique de l'opération, en prenant en compte non seulement son coût financier, mais aussi son coût social. Suivant les mots du Commissaire du gouvernement, « la notion d'utilité publique est relative. On ne peut l'apprécier et, par conséquent, la contrôler, sans en considérer tous les éléments, ce qui conduit à faire le bilan des aspects positifs et négatifs de l'opération²⁵⁴. » Le Commissaire du gouvernement continue :

« La légalité de l'exercice d'un pouvoir de contrainte suppose que les atteintes portées aux droits et intérêts publics ou privés, restent proportionnées au profit que, dans l'intérêt général, l'on peut attendre de la contrainte exercée²⁵⁵ ».

La proportionnalité a officiellement été connectée à la mise en balance des intérêts. Michel Morisot a appliqué ce raisonnement dans les faits de l'espèce et a examiné en détail les avantages et les coûts du projet en question. Malgré son utilité incontestable

²⁴⁹ *Ibid.*, p. 428.

²⁵⁰ Sur ce point, V. MORISOT M., Conclusions sur CE Ass., 20 octobre 1972, *Société Sainte-Marie-de-l'Assomption*, RDP, 1973, p. 847.

²⁵¹ LEMASURIER J., « Vers un nouveau principe général du droit ? Le principe "bilan-coût-avantages" », *op. cit.*

²⁵² WALINE J., « Le rôle du juge administratif dans la détermination de l'utilité publique justifiant l'expropriation », *op. cit.*, p. 812.

²⁵³ MORISOT M., Conclusions sur CE Ass., 20 octobre 1972, *Société Sainte-Marie-de-l'Assomption*, *op. cit.*, p. 843.

²⁵⁴ *Ibid.*, p. 848.

²⁵⁵ *Ibid.*

pour les usagers et les résidents de Nice, l'autoroute troublerait gravement le fonctionnement de l'Hôpital Sainte-Marie-de-l'Assomption et compromettrait donc un autre intérêt : la santé publique. Selon le Commissaire du gouvernement, « [f]aute d'avoir assuré cette nécessaire conciliation de deux intérêts publics, l'administration nous paraît avoir entaché sa décision d'excès de pouvoir »²⁵⁶. Dans l'affaire *Société civile Sainte-Marie-de-l'Assomption*, l'assemblée du Conseil d'État a partiellement suivi les conclusions du Commissaire du gouvernement Morisot. La déclaration d'utilité publique a été annulée, puisque la construction de l'autoroute porterait atteinte à l'intérêt général²⁵⁷. Pour autant, le Conseil n'a fait aucune référence aux termes de « proportionnalité » ou de « proportion ».

Ce n'est qu'après une autre année que le Conseil s'est explicitement référé à la proportionnalité dans la mise en œuvre de la technique du bilan. Dans l'arrêt *Grassin*, le juge administratif a statué que la construction d'un aéroport à la Peyratte n'était pas une opération d'utilité publique. Il a jugé que les avantages du projet seraient moindres, alors que son coût était « hors de proportion avec les ressources financières de la commune »²⁵⁸. De façon similaire, en 1974, le Conseil a annulé la déclaration d'utilité publique des travaux d'aménagement d'un chemin communal en Corse. En effet, il résultait des pièces du dossier que le but poursuivi par l'aménagement du chemin était simplement le désenclavement de deux habitations appartenant à la même famille. Le juge a considéré que le projet apporterait aux propriétés adjacentes « une gêne hors proportion avec l'intérêt » que pouvait présenter le désenclavement en cause. Ainsi, il ne pouvait pas être considéré comme servant un but d'intérêt général²⁵⁹.

La proportionnalité en tant que principe général en doctrine. En 1974, deux influentes contributions ont demandé une reconnaissance explicite du « principe de proportionnalité » par le Conseil d'Etat²⁶⁰. La première est l'œuvre de Françoise Dreyfus, Maîtresse de conférences à Paris ; la deuxième, celle de Guy Braibant, qui a reconstruit son raisonnement dans ses conclusions sur l'affaire *Ville Nouvelle Est* comme une application du principe de proportionnalité. Selon ces auteurs, la proportionnalité impose l'existence d'une « juste proportion » entre trois éléments : la situation de fait, la décision administrative et son but²⁶¹. En d'autres termes, il s'agirait là d'une exigence légale d'adaptation de l'action administrative à ses fins, qui serait appréciée selon les circonstances de l'espèce.

²⁵⁶ *Ibid.*, p. 853.

²⁵⁷ CE (Ass.), 20 octobre 1972, *Société civile Sainte-Marie-de-l'Assomption*, n° 78829, ECLI:FR:CEASS:1972:78829.19721020.

²⁵⁸ CE (Ass.), 26 octobre 1973, *Sieur Grassin*, n° 81977, ECLI:FR:CEASS:1973:81977.19731026.

²⁵⁹ CE, 4 octobre 1974, n° 86978, ECLI:FR:CESJS:1974:86978.19741004.

²⁶⁰ 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. 691-719 ; BRAIBANT G., « Le principe de proportionnalité », *Mélanges offerts à Marcel Waline : le juge et le droit public*, Paris, LGDJ, 1974, vol. II, p. 297-306.

²⁶¹ BRAIBANT G., « Le principe de proportionnalité », *op. cit.*, p. 298 ; DREYFUS F., « Les limitations du pouvoir discrétionnaire par l'application du principe de proportionnalité », *op. cit.*, p. 695-696.

Guy Braibant souligne que l'application de la proportionnalité n'est pas « seulement une question d'efficacité » mais l'application « d'une règle de bon sens²⁶² ». Le Commissaire du gouvernement utilise la fameuse image de Georg Jellinek, du recours à un canon pour tuer un moineau et, ce faisant, lie le principe à la notion d'équité et à une exigence de modération dans l'exercice de la puissance publique²⁶³. Dans le même esprit, Françoise Dreyfus décrit la proportionnalité comme une méthode pour éliminer les abus de l'administration et pour « séparer le juste de l'injuste²⁶⁴ ». Une interprétation similaire de la notion proportionnalité se trouve dans l'étude de Louis Dubouis sur l'abus de droit²⁶⁵, ainsi que, dans un contexte différent, dans certains des premiers arrêts de la CJCE²⁶⁶.

Tant Françoise Dreyfus que Guy Braibant « lisent » le développement des méthodes du Conseil d'État depuis les années trente comme une manifestation de l'idée de la proportionnalité. Ainsi, l'exigence de nécessité imposée en matière de restrictions à la liberté individuelle, le contrôle de l'erreur manifeste ou le contrôle des circonstances exceptionnelles sont décrits comme des instances d'un contrôle de proportionnalité. Selon Guy Braibant, « le juge administratif français a, en somme, appliqué le principe de proportionnalité sans le savoir, ou, plus exactement, sans le dire²⁶⁷ ». Pour la première fois, la proportionnalité est liée en doctrine à des méthodes de contrôle préexistantes ; son utilisation en tant que concept permet d'établir une certaine cohérence dans l'évolution de la jurisprudence administrative.

Le but de ces auteurs était d'encourager la juridiction administrative suprême à suivre l'exemple de juges étrangers. Françoise Dreyfus cite trois décisions du Tribunal administratif de l'OIT, où la proportionnalité a été appliquée en matière de sanctions disciplinaires. Selon l'auteure, le Conseil d'État étant traditionnellement une source d'inspiration pour les juridictions internationales, les principes développés par ces dernières pourraient, en retour, être importés et appliqués dans la jurisprudence interne sans bouleverser ses lignes directrices²⁶⁸. Guy Braibant souligne aussi que la proportionnalité a été appliquée par le Tribunal administratif de l'OIT (sans omettre de rappeler que c'était le Conseiller d'État Letourneur qui présidait la juridiction). Il ajoute que le principe jouit d'un statut constitutionnel en Allemagne et en Suisse. Les deux auteurs mettent en exergue le fait que ce ne serait pas la première fois que le Conseil s'inspirerait des solutions jurisprudentielles étrangères, le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation ayant été importé quelques années auparavant de Genève²⁶⁹.

²⁶² BRAIBANT G., « Le principe de proportionnalité », *op. cit.*, p. 298.

²⁶³ *Ibid.*

²⁶⁴ DREYFUS F., « Les limitations du pouvoir discrétionnaire par l'application du principe de proportionnalité », *op. cit.*, p. 703.

²⁶⁵ DUBOUIS L., *La théorie de l'abus de droit et la jurisprudence administrative*, Paris, LGDJ, 1962, p. 402.

²⁶⁶ CJCE, C-8/55, 26 novembre 1956, *Fédération Charbonnière de Belgique c. Haute Autorité*, ECLI:EU:C:1956:11 : « En application d'une règle de droit généralement admise, une telle réaction indirecte de la Haute Autorité à un acte illicite des entreprises devrait être proportionnée à l'envergure de celui-ci. »

²⁶⁷ BRAIBANT G., « Le principe de proportionnalité », *op. cit.*, p. 299.

²⁶⁸ DREYFUS F., « Les limitations du pouvoir discrétionnaire par l'application du principe de proportionnalité », *op. cit.*, p. 691-692.

²⁶⁹ *Ibid.*, p. 692 ; BRAIBANT G., « Le principe de proportionnalité », *op. cit.*, p. 306.

L'institution de la proportionnalité comme concept du droit public français. Les contributions doctrinales de 1974, et notamment celle de Guy Braibant, ont consolidé la connexion de la proportionnalité à la nécessité et au bilan. Depuis, les conclusions du Commissaire du gouvernement Braibant sur l'arrêt *Ville Nouvelle Est* sont considérées comme un point de référence pour l'étude du concept et sont citées dans toute analyse portant sur la question. De cette façon, la proportionnalité a été inscrite dans la narration anti-formaliste de l'évolution des méthodes du juge administratif. Selon Françoise Dreyfus, sa reconnaissance explicite en tant que principe général du droit administratif français serait opportune « dans l'état actuel de la jurisprudence du Conseil d'État²⁷⁰. » Depuis, la proportionnalité est perçue comme un outil qui pourrait servir au juge dans la délimitation du pouvoir discrétionnaire de l'administration.

Ceci a donné une certaine autonomie à la proportionnalité en tant que concept du droit public français et l'a instituée comme un objet que les systématisations techniques de la doctrine doivent prendre en compte. En 1978, Michel Guibal a publié un article intitulé « De la proportionnalité²⁷¹ », dans lequel il utilise le concept pour critiquer la pratique des juridictions françaises. Cet auteur définit la proportionnalité comme une valeur de l'action publique, dont la réalisation est conditionnée par des contraintes institutionnelles et pratiques. Selon lui, l'application correcte du contrôle de proportionnalité consiste dans la mise en balance des coûts et des avantages des décisions administratives, suivant les méthodes d'autres disciplines, telles que l'économie et les finances. Michel Guibal identifie différents « degrés » du contrôle de proportionnalité, selon son intensité : le premier degré imposerait au juge la sanction des disproportions manifestes entre la situation de fait et la décision contrôlée ; le second degré imposerait de chercher une proportion raisonnable, un certain équilibre entre les coûts et les avantages de la décision contrôlée ; le troisième degré imposerait la recherche d'une « stricte concordance » entre les coûts et les avantages de la décision contrôlée²⁷². Suivant cette analyse, Michel Guibal caractérise le contrôle exercé par le Conseil d'État comme « fictif » et « embryonnaire²⁷³ ». Dans le même sens, Jean-Jacques Bienvenu a utilisé l'année suivante le terme d'« échelle de proportionnalité²⁷⁴ » pour décrire l'intensité variable du contrôle de proportionnalité.

À la fin des années soixante-dix, la proportionnalité était donc déjà un concept autonome du droit public français et avait trouvé ses premiers défenseurs. Pour autant, son rôle était beaucoup plus important en doctrine que dans le raisonnement juridictionnel. Cette asymétrie entre la perception doctrinale de la proportionnalité et son utilisation en pratique par les juges a persisté plus qu'une décennie.

²⁷⁰ DREYFUS F., « Les limitations du pouvoir discrétionnaire par l'application du principe de proportionnalité », *op. cit.*, p. 699.

²⁷¹ GUIBAL M., « De la proportionnalité », *AJDA*, 1978, p. 477.

²⁷² *Ibid.*, p. 485.

²⁷³ *Ibid.*

²⁷⁴ BIENVENU J.-J., *L'interprétation juridictionnelle des actes administratifs et des lois : sa nature et sa fonction dans l'élaboration du droit administratif*, Paris II, thèse, 1979, vol. II, p. 116.

2. L'absence des textes officiels, l'omniprésence en doctrine

L'échec du principe de proportionnalité en jurisprudence. En dépit des attentes de la doctrine, le Conseil d'État a longtemps hésité à reconnaître explicitement la proportionnalité comme une norme de référence de son contrôle. Si le terme « proportion » était souvent utilisé en matière d'urbanisme, d'expropriation, d'impôts et de rémunération des agents publics, il désignait dans la majorité des cas une équation mathématique. Loin d'être reconnue comme un principe régissant les restrictions aux libertés, la proportionnalité traduisait plutôt une exigence de prudence financière. Selon une formule typiquement utilisée par le Conseil, une opération était privée de son caractère d'utilité publique, quand son coût financier était « hors de proportion avec les ressources » de la commune ou de l'établissement public qui l'entreprenait²⁷⁵. Dans certains cas, le Conseil affirmait que le projet n'était pas « hors de proportion au regard de l'intérêt qu'il présente », pour ajouter directement après, « compte tenu du coût financier de l'opération²⁷⁶ ». Les cas où la proportionnalité était employée en tant que concept impliquant des évaluations morales étaient très rares voire inexistantes²⁷⁷. Dans certains contextes, notamment en matière d'impôt, la version « arithmétique » de la proportionnalité avait acquis une certaine autonomie, ce qui faisait dire à la doctrine qu'il s'agissait d'un « principe particulier²⁷⁸ ».

La proportionnalité n'avait pas trouvé sa place en tant que principe général du droit public français. Elle n'était mentionnée qu'exceptionnellement dans des sources juridiques formelles. Toutefois, même dans ce cas, les juges n'utilisaient pas le vocabulaire de la proportionnalité lorsqu'ils appliquaient ces textes, préférant à cela l'application des concepts ou formules existants. À titre d'exemple, en droit du travail, l'exigence de proportionnalité imposée par la loi aux mesures affectant les droits des employés était classiquement traduite par le Conseil en un contrôle de nécessité²⁷⁹. De façon similaire, en droit de la consommation, la loi exigeait la proportionnalité des restrictions sur la production et la diffusion des produits dangereux par rapport aux risques auxquelles elles répondent. En application de ce texte, le Conseil exerçait classiquement un contrôle de l'erreur manifeste sur les appréciations factuelles de l'administration²⁸⁰. En 1978, le Conseil d'État a étendu son contrôle sur la sévérité des sanctions disciplinaires, une évolution perçue par la doctrine comme l'application du principe de proportionnalité en matière de

²⁷⁵ CE, 6 juillet 1977, n° 00267, ECLI:FR:CESSR:1977:00267.19770706.

²⁷⁶ CE, 13 février 1981, n° 14148, 14170, 14171, 14172, ECLI:FR:CESSR:1981:14148.19810213.

²⁷⁷ La recherche des mots-clés sur la base des données du site officiel du Conseil d'État donne un seul cas avant 1990: CE, 21 octobre 1988, *Syndicat des avocats de France*, n° 70066, ECLI:FR:CESSR:1988:70066.19881021 ; V. aussi CE, 2 octobre 1991, n° 65758, ECLI:FR:CESSR:1991:65758.19911002.

²⁷⁸ PHILIPPE X., *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative françaises*, *op. cit.*, p. 88.

²⁷⁹ CE, 12 juin 1987, n° 75276, ECLI:FR:CESSR:1987:75276.19870612, concernant l'article L.122-35 du code du travail.

²⁸⁰ V., par exemple, CE, 28 janvier 1987, n° 37945, ECLI:FR:CESSR:1987:37945.19870128, concernant l'article 1 de la loi n° 78-23 du 10 janvier 1978, concernant la protection et l'information des consommateurs de produits et de services.

sanctions²⁸¹. Pour autant, dans ce domaine aussi, c'est un contrôle de l'erreur manifeste qu'exerçaient les juges ; la proportionnalité n'était pas explicitement mentionnée. Si « proportionnalité » était un terme couramment utilisé dans le discours des juristes français, elle ne correspondait pas à un type de raisonnement ni à une structure analytique particuliers dans la jurisprudence du Conseil d'État. Différentes méthodes du juge administratif étaient regroupées sous son nom.

Des observations similaires valent pour le Conseil constitutionnel. L'ascension des droits fondamentaux pendant les années quatre-vingt dans la jurisprudence de la rue Montpensier semblait offrir un cadre propice à la propagation de la proportionnalité dans ce domaine. Les constitutionnalistes français la percevaient comme une technique pour la conciliation des droits antagonistes et la décrivaient comme le principe qui se « cachait » derrière la transposition du contrôle de l'erreur manifeste en droit constitutionnel²⁸². Néanmoins, le juge constitutionnel n'exprimait pas son raisonnement dans les termes de la proportionnalité. Si elle était parfois employée, c'était dans son sens mathématique, comme une exigence concernant la représentation des employés aux conseils administratifs des établissements publics²⁸³ ou celle des citoyens aux élections locales et nationales²⁸⁴. La proportionnalité ne désignait pas une norme ni un principe constitutionnel, pas plus qu'elle n'impliquait une structure de raisonnement particulière. Le Conseil a même parfois refusé explicitement d'imposer une exigence de proportionnalité au législateur, en invoquant les « difficultés arithmétiques qu'aurait entraînées une formule respectant strictement la proportionnalité²⁸⁵ ». Selon les termes choisis par Georges Vedel, « le législateur de la tradition républicaine n'a jamais respecté une égalité millimétrée²⁸⁶. »

La proportionnalité dans la doctrine administrative pendant les années quatre-vingt. Privée d'ancrage en droit positif, du moins pendant les années quatre-vingt, la proportionnalité ne suscitait guère l'intérêt de la doctrine. Si son application au moyen d'autres méthodes et concepts était un lieu commun du droit administratif, les spécialistes ne lui consacraient pas les analyses techniques et assidues que l'on trouve habituellement en la matière. En 1990, Xavier Philippe a exprimé son étonnement devant cette indifférence de la doctrine vis-à-vis d'un concept perçu comme donné et familier²⁸⁷. L'on trouve en effet pendant les années quatre-vingt seulement deux études sur la proportionnalité, toutes les deux produites dans un contexte transnational. La première, écrite par l'avocat parisien renommé, Francis

²⁸¹ CE, 9 juin 1978, *Sieur Lebon*, n° 05911, ECLI:FR:CESJS:1978:05911.19780609.

²⁸² TURPIN D., « Le traitement des antinomies des droits de l'homme par le Conseil constitutionnel », *Droits*, 1985, n° 2, p. 94, cité par ; DRAGO G., « La conciliation entre principes constitutionnels », *Recueil Dalloz*, 1991, p. 265 ; V. aussi BIENVENU J.-J., « Note sous décision n° 85-192 DC », *AJDA*, 1985, p. 485.

²⁸³ Décision n° 83-162 DC, 20 juillet 1983, *Loi relative à la démocratisation du secteur public*, ECLI:FR:CC:1983:83.162.DC.

²⁸⁴ Décision n° 86-218 DC, 18 novembre 1986, *Loi relative à la délimitation des circonscriptions pour l'élection des députés*, ECLI:FR:CC:1986:86.218.DC.

²⁸⁵ Décision n° 83-162, précitée, cons. 63.

²⁸⁶ Voir la délibération du Conseil constitutionnel du 7 juillet 1987, p. 39, consultée le 3 décembre 2017, http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/decisions/PV/pv1987-07-07.pdf.

²⁸⁷ PHILIPPE X., *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative françaises*, op. cit., p. 7.

Teitgen, a été présentée dans une conférence sur le thème du « principe général de la proportionnalité dans l'ordre juridique européen », avant d'être publiée dans un ouvrage principalement écrit en allemand²⁸⁸. La deuxième, écrite par Jean-Paul Costa, Conseiller d'État, puis membre et président de la Cour EDH, était initialement un discours présenté dans une rencontre entre le Conseil d'État, le Conseil constitutionnel et la Cour de Strasbourg²⁸⁹.

Malgré son absence du discours des juges et des sources officielles du droit, ces deux auteurs affirment l'existence d'un principe général de proportionnalité en droit public français : « mais le principe existe bien », insiste par exemple Jean-Paul Costa²⁹⁰. Dans ces études, la proportionnalité représente « une règle non écrite ou pour laquelle [le juge] use de périphrases²⁹¹ ». Définie largement comme une relation entre la « trilogie » situation de fait – décision attaquée – finalité de l'action administrative, elle ferait partie « de ces concepts transversaux qui imprègnent, de façon implicite, toute l'action de l'administration, et recourent largement le contrôle exercé sur elle par le juge administratif²⁹². » La proportionnalité était supposée omniprésente, malgré l'absence de reconnaissance explicite. Elle était perçue comme équivalente aux méthodes de contrôle existantes, le terme proportionnalité était conçu comme un synonyme de l'erreur manifeste ou du contrôle de la nécessité. Il faisait écho à une sorte de valeur ou d'idéal moral qui permettait la reconstruction des différentes techniques du juge administratif en un ensemble cohérent, donnant ainsi un sens à l'évolution de la jurisprudence. Il est intéressant de noter que la jurisprudence du bilan a progressivement été négligée dans les études du concept.

La thèse de Xavier Philippe sur la proportionnalité. En continuité avec ces écrits, la thèse de Xavier Philippe sur la proportionnalité a été publiée en 1990. Membre de l'École d'Aix, l'auteur se situait dans le camp anti-formaliste de la doctrine administrative. Ceci explique son sujet d'étude non dénué d'excentricité pour un lecteur contemporain, le fait qu'il n'ait pas suivi le plan traditionnel en deux parties – deux sous-parties, ainsi que la place que sa thèse accorde à l'étude des sciences sociales et des systèmes étrangers et internationaux. Dans son travail, Xavier Philippe adopte une définition large de la proportionnalité comme « l'exigence d'une relation logique et cohérente entre deux ou plusieurs éléments²⁹³ ». Selon lui, la proportionnalité serait « avant tout un caractère », elle correspondrait à ce qui est proportionnel. Dans ce sens, elle serait inhérente à des concepts comme la nécessité, la normalité, l'harmonie, l'équilibre et l'excès ; elle serait alors omniprésente, « susceptible de se glisser dans les règles juridiques les plus courantes²⁹⁴ ».

²⁸⁸ TEITGEN F., « Le principe de proportionnalité en droit français », H. KUTSCHER, G. RESS et F. TEITGEN (dir.), *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in europäischen Rechtsordnungen*, Heidelberg, Müller, 1985, p. 53-65.

²⁸⁹ COSTA J.-P., « Le principe de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil d'État », *AJDA*, 1988, p. 434-437.

²⁹⁰ *Ibid.*, p. 434.

²⁹¹ *Ibid.*

²⁹² *Ibid.*

²⁹³ PHILIPPE X., *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative françaises*, op. cit., p. 8.

²⁹⁴ *Ibid.*, p. 7.

La proportionnalité est décrite comme une « notion diluée et disparate » qui peut investir plusieurs formes²⁹⁵. Une contribution majeure de Xavier Philippe est la distinction entre deux aspects de la proportionnalité. D'une part, le *principe* de proportionnalité ou la proportionnalité normative, qui représente une valeur poursuivie par l'action publique, un standard de cohérence, de rationalité ou d'efficacité, une « norme non-écrite » qui s'impose à tout pouvoir normatif²⁹⁶. D'autre part, le *contrôle* de proportionnalité ou la proportionnalité interprétative, qui désigne une notion encore plus vaste. Il s'agit non seulement des instances où le juge examine la proportionnalité de la décision contestée à ses fins, mais aussi de tous les cas dans lesquels la proportionnalité est un instrument utilisé par le juge pour exercer un contrôle plus efficace. En d'autres termes, le contrôle de proportionnalité serait un élément du raisonnement juridictionnel et ferait partie des méthodes du juge, même si son utilisation reste souvent implicite²⁹⁷. Ainsi, dans l'œuvre de Xavier Philippe, la proportionnalité traduit le caractère relatif des normes juridiques ; elle exprime le fait que, tant dans leur production que dans leur application, toute autorité publique, et notamment le juge, doit prendre en compte des considérations extra-juridiques.

La distinction entre *principe* et *contrôle* introduite par Xavier Philippe a accentué le décalage entre la perception doctrinale de la proportionnalité et son utilisation en pratique. Suivant cet auteur, le contrôle de proportionnalité s'exerce au moyen des méthodes déjà existantes relevant du contrôle matériel, telles que le contrôle de l'existence matérielle des faits, l'erreur manifeste, le bilan ou la nécessité²⁹⁸. C'est précisément le caractère malléable de la proportionnalité qui en fait « une arme ultime » contre les abus de la puissance publique²⁹⁹. Ce qui caractérise pour l'auteur le contrôle de proportionnalité est la recherche d'un équilibre, que ce soit institutionnel, entre les pouvoirs du juge et ceux des autorités contrôlées, ou substantiel, entre des normes antagonistes³⁰⁰. De cette façon, la proportionnalité permettrait d'assurer la cohérence entre des méthodes de contrôle distinctes, une cohérence que l'École d'Aix s'efforçait alors d'établir.

Une autre contribution majeure de la thèse de Xavier Philippe est la transposition de la réflexion sur la proportionnalité en droit constitutionnel. Adoptant une démarche caractéristique de l'École d'Aix à l'époque (et aujourd'hui dominante en droit public français), l'auteur souligne l'influence de la jurisprudence administrative sur les méthodes du juge constitutionnel, particulièrement en ce qui concerne l'application de la proportionnalité³⁰¹. Suivant cette ligne de pensée, la proportionnalité s'imposerait non seulement à l'administration, mais aussi au législateur. En d'autres termes, comme l'administration, le législateur devrait être

²⁹⁵ *Ibid.*, p. 61.

²⁹⁶ *Ibid.*, p. 9 ; 24 s.

²⁹⁷ *Ibid.*, p. 9-10 ; cette idée été déjà exprimée dans certaines analyses du concept. V. notamment TEITGEN F., « Le principe de proportionnalité en droit français », *op. cit.*

²⁹⁸ PHILIPPE X., *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative françaises*, *op. cit.*, p. 159 s.

²⁹⁹ *Ibid.*, p. 420.

³⁰⁰ Sur la recherche d'un équilibre, V. *Ibid.*, p. 109-110 ; 113-115 ; 198 s.

³⁰¹ *Ibid.*, p. 436 s.

cohérent, rationnel et efficace. Xavier Philippe parle d'une exigence de « bonne législation », sur le modèle de celle de « bonne administration³⁰² ». Si le Parlement jouit d'une plus large marge de manœuvre que l'administration dans l'exercice de ses pouvoirs³⁰³, ceux-ci restent encadrés par la Constitution et le contrôle de proportionnalité exercé par le juge constitutionnel. Ainsi, la proportionnalité assurerait une « fonction d'unification » de toutes les branches du droit public³⁰⁴.

En continuité avec les analyses des années quatre-vingt, Xavier Philippe relève l'importance des circonstances entourant l'application de la proportionnalité. Selon l'auteur, le contrôle de proportionnalité ne peut pas être automatique, puisque l'application du concept de proportionnalité rejette « tout esprit de système³⁰⁵ ». En conséquence, l'intensité du contrôle varierait en fonction des exigences d'expertise institutionnelle, plus présentes dans certaines matières, telles que la politique économique³⁰⁶. En droit constitutionnel, le rôle de la proportionnalité serait plus important en matière de droits et libertés constitutionnels, où l'aspect matériel de la Constitution est plus prononcé³⁰⁷. Inhérente à la notion des droits et libertés fondamentaux, la proportionnalité assumerait la fonction cruciale du relais entre la définition abstraite d'un droit et la conciliation de son exercice avec des valeurs antagonistes³⁰⁸.

La thèse de Xavier Philippe est une œuvre académique majeure qui a grandement contribué à la propagation du langage de la proportionnalité en droit public français. Sa reconnaissance en tant qu'œuvre pionnière est unanime en doctrine. Xavier Philippe a prévu, voire guidé des évolutions importantes de la jurisprudence constitutionnelle et du contrôle des pouvoirs du Parlement. Son travail a lié dans le contexte français la proportionnalité au langage des droits fondamentaux, qui se répandait à l'époque dans la jurisprudence constitutionnelle. Ce n'est pas un hasard si l'étude présente certains traits importants de la *lingua franca* des droits fondamentaux : rejet du formalisme, aspiration de cohérence et d'équilibre, prise au sérieux du droit comparé.

On peut dire que la thèse de Xavier Philippe fait partie du sens commun des juristes français sur la proportionnalité. En effet, c'est cette thèse qui a établi comme dominante l'analyse des méthodes du Conseil constitutionnel en termes de proportionnalité et de mise en balance. Depuis sa publication, la proportionnalité est communément perçue comme une technique pour la conciliation des valeurs constitutionnelles³⁰⁹, qui se manifesterait à travers l'utilisation, de plus en plus récurrente dans la jurisprudence constitutionnelle, des standards comme celui des

³⁰² *Ibid.*, p. 412.

³⁰³ *Ibid.*, p. 147.

³⁰⁴ *Ibid.*, p. 427.

³⁰⁵ *Ibid.*, p. 416.

³⁰⁶ *Ibid.*, p. 395.

³⁰⁷ *Ibid.*, p. 342 s.

³⁰⁸ *Ibid.*, p. 83 ; 105 s.

³⁰⁹ DRAGO G., « La conciliation entre principes constitutionnels », *op. cit.*

« atteintes excessives³¹⁰ » ou de la « gêne excessive³¹¹ » à des droits, libertés ou exigences constitutionnelles³¹². Cette perception est renforcée par le langage utilisé par le Conseil lui-même ; en effet, dans la motivation de ses décisions, le juge constitutionnel se réfère parfois à « l'équilibre que le respect de la Constitution impose d'assurer entre les nécessités de l'ordre public et la sauvegarde de la liberté individuelle³¹³ ». C'est d'ailleurs en s'inspirant de ces évolutions doctrinales, que le Conseil a explicitement affirmé la valeur constitutionnelle de la proportionnalité, dans un sens toutefois plus restreint que celui que Xavier Philippe lui donnait.

3. L'affirmation des bases constitutionnelles de la proportionnalité

Proportionnalité et nécessité des peines. Nous avons vu que jusqu'aux années soixante-dix, la proportionnalité n'était pas un concept du droit public français. Toutefois, elle était loin d'être inconnue par les juristes locaux. Georges Vedel la rangeait déjà en 1960 parmi les principes garantis dans l'article 8 DDHC³¹⁴. En effet, de façon paradoxale, avant son application quelque peu technique dans la jurisprudence du bilan, la proportionnalité avait un contenu qui était moralement chargé : elle désignait une exigence de modération en matière de peines qui, selon une présentation communément répandue, aurait été théorisée par les philosophes modernes, avant d'être reprise dans les textes révolutionnaires. Pour autant, dans ce sens abstrait, la proportionnalité restait un idéal d'ordre moral ou politique et ne trouvait pas d'application dans la jurisprudence. Il est à ce titre significatif que, pendant les années soixante, le Conseil d'État refusait de façon explicite et constante de contrôler la proportionnalité des sanctions administratives³¹⁵. Jusqu'au milieu des années quatre-vingt, la connexion de la proportionnalité à la DDHC n'était d'ailleurs pas établie dans la jurisprudence constitutionnelle non plus. Même quand l'article 8 DDHC était invoqué devant le Conseil constitutionnel, et même quand les requérants contestaient la sévérité des peines instituées par la loi, c'était le principe de légalité et non pas de proportionnalité des peines qu'utilisait le juge constitutionnel³¹⁶.

Les premières applications de la proportionnalité dans la jurisprudence constitutionnelle. C'est dans le cadre de la constitutionnalisation de l'ordre juridique

³¹⁰ Décision n° 92-316 DC, 20 janvier 1993, *Loi relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques*, ECLI:FR:CC:1993:92.316.DC, cons. 16 ; Décision n° 93-323 DC, 5 août 1993, *Loi relative aux contrôles et vérifications d'identité*, ECLI:FR:CC:1993:93.323.DC, cons. 16.

³¹¹ Décision n° 93-325 DC, 13 août 1993, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France*, ECLI:FR:CC:1993:93.325.DC, cons. 104.

³¹² V. par exemple GOESEL-LE BIHAN V., « Réflexion iconoclaste sur le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel », *op. cit.* ; ROUSSEAU D., *Droit du contentieux constitutionnel*, 6^e éd., Paris, Montchrestien, 2001, p. 137.

³¹³ Décision n° 93-323 DC, précitée, cons. 15 ; Décision n° 97-389 DC, 22 avril 1997, *Loi portant diverses dispositions relatives à l'immigration*, ECLI:FR:CC:1997:97.389.DC, cons. 72.

³¹⁴ VEDEL G., « Note sous CE, 12 février 1960, *Société Eky* », *J.C.P.*, 1960, II, p. 11629. L'auteur mentionne la proportionnalité parmi les principes consacrés dans l'article 8 DDHC s'appliquant en droit pénal.

³¹⁵ CE, 13 octobre 1967, n° 71629, ECLI:FR:CEORD:1967:71629.19671013 ; CE, 12 juillet 1969, n° 72648, ECLI:FR:CEORD:1969:72648.19690712.

³¹⁶ V. par exemple Décision n° 84-176 DC, 25 juillet 1984, *Loi modifiant la loi du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle et relative à certaines dispositions applicables aux services de communication audiovisuelle soumis à autorisation*, ECLI:FR:CC:1984:84.176.DC.

que la base constitutionnelle de la proportionnalité en tant que principe du droit administratif a été affirmée par le Conseil constitutionnel. La première référence au principe se trouve dans la décision 86-215 DC³¹⁷. La loi déferée devant le Conseil avait comme but de « lutter contre la criminalité et la délinquance ». Pour ce faire, elle prévoyait, entre autres mesures répressives, une période de sûreté, durant laquelle les personnes condamnées ne pourraient pas voir leur peine réduite. Les sénateurs de l'opposition contestaient la compatibilité de ces dispositions au principe de nécessité des peines. Pour le rapporteur de l'affaire, Léon Jozeau-Marigné, le problème de droit constitutionnel qui se posait était de savoir si les principes de la Déclaration de 1789 étaient applicables aussi dans le stade de l'exécution des peines ou concernaient seulement leur prononciation par le juge. Plus particulièrement, le rapporteur soutenait que le principe en cause en l'espèce était la proportionnalité des peines. Ainsi a-t-il proposé un considérant de principe étendant l'application de la proportionnalité au stade de l'exécution des peines³¹⁸.

Il faut noter que Léon Jozeau-Marigné considérait l'application de la proportionnalité au stade de la prononciation des peines comme donnée, en dépit de l'absence de référence explicite au principe dans la jurisprudence constitutionnelle. Ceci n'a pas échappé à l'attention de Georges Vedel. Si le doyen, à l'époque membre du Conseil, était d'accord avec Léon Jozeau-Marigné en ce qui concernait la substance de ses arguments, il s'opposait à la formulation concrète de la décision dans les termes choisis par le rapporteur. Georges Vedel relevait que la proportionnalité n'apparaissait nulle part dans le texte constitutionnel, et que jusqu'à là, les décisions du Conseil la concernant étaient prononcées en termes de nécessité. Selon lui, en matière de droit pénal, les appréciations du législateur touchaient à des considérations de moralité publique. Dans ces cas délicats, « le Conseil ne [devrait] pas paraître donner des leçons au législateur³¹⁹ ». En l'absence d'erreur manifeste d'appréciation donc, le juge ne devait pas censurer la loi. Georges Vedel proposait à ses collègues de se borner à une application du principe de nécessité, déjà appliqué par les juges administratifs dans le cadre du contrôle des mesures de police. Selon lui, une éventuelle référence à la proportionnalité reviendrait à un appel à la morale et serait trop audacieuse. Le doyen Vedel précisait que, s'il avait lui-même défendu la connexion de la proportionnalité à la DDHC en 1960, il la percevait comme une valeur morale et non pas une norme constitutionnelle sanctionnable³²⁰.

Les arguments de Georges Vedel ont finalement été entendus par ses collègues ; la référence au principe de proportionnalité a été omise dans la motivation officielle de la décision du Conseil. Néanmoins, le Conseil a affirmé qu'

³¹⁷ Décision n° 86-215 DC, 3 septembre 1986, *Loi relative à la lutte contre la criminalité et la délinquance*, ECLI:FR:CC:1986:86.215.DC.

³¹⁸ V. la délibération du 3 septembre 1986, p. 20, non disponible sur le site internet du Conseil (je remercie Vincent Réveillère de m'avoir procuré une copie de la délibération).

³¹⁹ *Ibid.*, p. 20.

³²⁰ *Ibid.*, p. 21.

« en l'absence de disproportion manifeste entre l'infraction et la peine encourue, 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 ; qu'aucune disposition du titre premier de la loi n'est manifestement contraire au principe posé par l'article 8 de la Déclaration de 1789³²¹ ».

Bien que la proportionnalité ne soit pas reconnue explicitement en tant que principe constitutionnel, le vocabulaire de la proportionnalité a pour la première fois été employé dans le contrôle de l'erreur manifeste. Ainsi a-t-il acquis un contenu juridique et une fonction particulière dans le raisonnement du Conseil : désormais la disproportion manifeste est un critère pour l'identification et la censure des sanctions manifestement contraires au principe de nécessité.

Un an plus tard, l'utilisation du standard de disproportion manifeste dans la décision *Loi de finances pour 1988* a été célébrée par la doctrine comme la première application du principe de proportionnalité en droit constitutionnel français³²². La loi déferée devant le Conseil interdisait la divulgation des revenus des personnes dans la presse et, dans un but dissuasif, prévoyait que l'amende encourue pour la violation de cette interdiction serait égale au montant des revenus divulgués. Les députés de l'opposition contestaient la compatibilité de cette disposition au principe de nécessité des peines, au principe d'égalité devant la loi et à la liberté d'expression. Dans sa jurisprudence antérieure, le Conseil constitutionnel avait déjà élargi le champ d'application du principe de nécessité des peines, pour y soumettre des sanctions qui n'étaient pas strictement pénales³²³. En l'espèce, il a statué que le champ d'application de l'article 8 DDHC ne couvre « pas seulement les peines prononcées par les juridictions répressives mais s'étend à toute sanction ayant le caractère d'une punition même si le législateur a laissé le soin de la prononcer à une autorité de nature non judiciaire³²⁴ ». Les juges ont par ailleurs décidé qu'

« en prescrivant que l'amende fiscale encourue en cas de divulgation du montant du revenu d'une personne [...] sera, en toute hypothèse, égale au montant des revenus divulgués, l'article 92 de la loi de finances pour 1988 édicte une sanction qui pourrait, dans nombre de cas, revêtir un caractère manifestement disproportionné³²⁵ ».

³²¹ Décision n° 86-215, précitée, cons. 7.

³²² Décision n° 87-237 DC, 30 décembre 1987, *Loi de finances pour 1988*, ECLI:FR:CC:1987:87.237.DC,

³²³ Décision n° 82-155 DC, 30 décembre 1982, *Loi de finances rectificative pour 1982*, ECLI:FR:CC:1982:82.155.DC, cons. 33. Dans la Décision n° 86-215, précitée, le Conseil commence son raisonnement par l'affirmation que le principe annoncé dans l'article 8 DDHC ne concerne pas seules les peines mais s'applique aussi sur la période de détention préventive (cons. 3). V. aussi GENEVOIS B., « L'application du principe de proportionnalité aux amendes fiscales (à propos de la décision du Conseil Constitutionnel n° 87-237 DC du 30 décembre 1987) », *RFD.A*, 1988, vol. 2, n° 4, p. 353.

³²⁴ Décision n° 87-237 DC, précitée, cons. 14-15.

³²⁵ *Ibid.*, cons. 16.

La disproportion manifeste a alors été établie comme critère de la violation du principe de nécessité des peines, le Conseil appliquant ce standard pour censurer des sanctions qui, dans certaines circonstances, pourraient s'avérer excessivement sévères.

L'attribution d'un statut constitutionnel à la proportionnalité des peines et des sanctions. La reconnaissance explicite de la proportionnalité par le Conseil constitutionnel un an plus tard n'a pas été célébrée, ni même débattue par les juristes locaux ; elle a été perçue comme une évolution naturelle. Dans sa décision *Conseil supérieur de l'audiovisuel*, le Conseil a reconnu en principe le pouvoir des autorités administratives indépendantes d'infliger des sanctions, tout en posant certaines conditions pour l'exercice de ce pouvoir. Malgré l'absence d'argumentation sur ce point de la part des requérants, le juge constitutionnel a mentionné la proportionnalité parmi ces conditions. Selon les termes utilisés dans la décision :

« Considérant que le pouvoir d'infliger les sanctions énumérées à l'article 42-1 est conféré au Conseil supérieur de l'audiovisuel qui constitue une instance indépendante ; qu'il résulte des termes de la loi qu'aucune sanction ne revêt un caractère automatique ; que, comme le prescrit l'article 42-6, toute décision prononçant une sanction doit être motivée ; que la diversité des mesures susceptibles d'être prises sur le fondement de l'article 42-1 correspond à la volonté du législateur de proportionner la répression à "la gravité du manquement" reproché au titulaire d'une autorisation ; que le principe de proportionnalité doit pareillement recevoir application pour l'une quelconque des sanctions énumérées à l'article 42-1 ; [...] qu'un même manquement ne peut donner lieu qu'à une seule sanction administrative, qu'elle soit légale ou contractuelle ; qu'il résulte du libellé de l'article 42-1 (3^o) qu'une sanction pécuniaire ne peut se cumuler avec une sanction pénale³²⁶ ».

La proportionnalité a été solennellement reconnue par le juge constitutionnel comme une exigence constitutionnelle en matière de sanctions administratives. Dans un commentaire, le secrétaire général du Conseil constitutionnel Bruno Genevois, éminent Conseiller d'État qui a depuis lors été président de la section du contentieux, a lu dans les considérants mis en exergue l'institution d'« une théorie d'ensemble des sanctions administratives ». Cette théorie résulterait de l'extension de garanties jusque-là réservées au droit pénal (principalement celles qui résultent de l'article 8 de la DDHC) à l'ensemble des sanctions imposées par la puissance publique³²⁷. Partie intégrante de cette théorie, la proportionnalité imposerait à l'administration de diversifier les sanctions selon la gravité des faits reprochés. Depuis, le Conseil applique cette version de la proportionnalité en matière de sanctions, tant criminelles

³²⁶ Décision n° 88-248 DC, 17 janvier 1989, *Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication*, ECLI:FR:CC:1989:88.248.DC, cons. 30.

³²⁷ GENEVOIS B., « Le Conseil constitutionnel et la définition des pouvoirs du Conseil supérieur de l'audiovisuel », *RFDA*, 1989, p. 222. L'auteur considérait que la seule différence entre la nécessité et la proportionnalité était que cette dernière impliquait l'application rétroactive de la sanction la plus favorable.

qu'administratives. Son contenu a progressivement été spécifié dans la jurisprudence postérieure du Conseil³²⁸.

Bien qu'elles partagent le même nom, la proportionnalité des peines et la proportionnalité théorisée par Robert Alexy sont très différentes. En effet, en contraste avec le modèle alexyen, la version de la proportionnalité appliquée par le juge constitutionnel français ne concerne qu'indirectement les droits constitutionnels et n'implique pas un raisonnement structuré en étapes. Ces différences, surprenantes à premier égard, apparaissent moins énigmatiques quand on considère que l'attribution d'un statut constitutionnel à la proportionnalité en France n'a pas tant été le produit d'une influence externe que d'une évolution *interne* au droit public français. En effet, elle faisait partie du processus de « constitutionnalisation » de l'ordre juridique, annoncé par le doyen Vedel quelques décennies auparavant. Loin d'être une technique de conciliation des valeurs constitutionnelles antagonistes, la proportionnalité en droit constitutionnel français jouait le rôle d'une « base constitutionnelle » du droit administratif, par l'extension des normes applicables au droit pénal. En cette qualité, avec d'autres principes, tels que le principe des droits de la défense ou le principe de légalité, elle était destinée à participer à la construction d'un « système conceptuel unique » permettant l'analyse des toutes les branches du droit³²⁹.

Cela étant, l'influence externe n'était pas totalement absente de la reconnaissance de la proportionnalité en tant que principe de valeur constitutionnelle, ni d'ailleurs, plus généralement, du processus de constitutionnalisation de l'ordre juridique. En effet, si l'extension des principes du droit pénal à l'ensemble des sanctions publiques peut être vue comme une évolution systémique du droit public français, elle est aussi en conformité avec les préceptes de la Cour de Strasbourg. De cette façon, la proportionnalité participait au processus de rapprochement du droit français avec la jurisprudence européenne en matière de droits fondamentaux.

L'application de la proportionnalité en tant que principe protecteur des libertés publiques. C'est à l'occasion de la décision *Loi d'orientation et de programmation relative à la sécurité*, rendue quatre ans après la décision *Conseil supérieur de l'audiovisuel*, que le Conseil constitutionnel a reconnu la valeur constitutionnelle du principe de proportionnalité dans le cas de restrictions administratives aux libertés publiques³³⁰. La loi contestée devant le Conseil habilitait l'administration à prendre des mesures de

³²⁸ V. par exemple Décision n° 89-260 DC, 28 juillet 1989, *Loi relative à la sécurité et à la transparence du marché financier*, ECLI:FR:CC:1989:89.260.DC, cons. 22. Dans cette décision, les juges ont précisé le contenu de la proportionnalité en cas de pluralité de sanctions. Pour d'autres décisions du Conseil appliquant cette version de la proportionnalité, V. Décision n° 93-325 DC, précitée, cons. 37 s. ; Décision n° 94-345 DC, 29 juillet 1994, *Loi relative à l'emploi de la langue française*, ECLI:FR:CC:1994:94.345.DC, cons. 26 f; Décision n° 99-411 DC, 16 juin 1999, *Loi portant diverses mesures relatives à la sécurité routière et aux infractions sur les agents des exploitants de réseau de transport public de voyageurs*, ECLI:FR:CC:1999:99.411.DC ; Décision n° 97-395 DC, 30 décembre 1997, *Loi de finances pour 1998*, ECLI:FR:CC:1997:97.395.DC, cons. 39.

³²⁹ VEDEL G., « Introduction », *L'unité du droit : mélanges en hommage à Roland Drago*, Paris, Economica, 1996, p.

³³⁰ Décision n° 94-352 DC, 18 janvier 1995, *Loi d'orientation et de programmation relative à la sécurité*, ECLI:FR:CC:1995:94.352.DC.

police dans le but de sauvegarder l'ordre public³³¹. Plus spécifiquement, la loi autorisait la vidéo-surveillance et la confiscation d'objets qui pourraient servir comme projectiles en cas de manifestations. Les députés requérants contestaient la compatibilité de ces dispositions au principe de proportionnalité, qu'ils invoquaient en tant qu'exigence de nécessité en matière de police. Bien que, comme cela a été écrit précédemment, le juge administratif refusait de se référer explicitement à la proportionnalité dans ce domaine, le gouvernement n'a pas contesté l'application du principe dans cette affaire³³².

Le Conseil constitutionnel initie son raisonnement en déclarant que la préservation de l'ordre public et la recherche des auteurs d'infractions sont des « objectifs de valeur constitutionnelle » nécessaires à la sauvegarde d'autres droits et valeurs constitutionnels. Il en résulte que le Parlement a le pouvoir d'habiliter l'administration à prendre des mesures restreignant des libertés, même constitutionnellement garanties³³³. Toutefois, ce pouvoir accordé à l'administration doit être accompagné de certaines garanties pour les individus. C'est parmi ces garanties que l'on trouve la proportionnalité qui, selon le Conseil, impose que les mesures de police administrative soient strictement limitées dans le temps et dans l'espace et qu'elles demeurent « proportionnées aux nécessités que font apparaître les circonstances³³⁴ ». Le juge consacre donc explicitement la proportionnalité comme une norme constitutionnelle qui s'impose aux mesures de la puissance publique portant atteinte aux libertés. En l'espèce, son application s'est traduite par une réserve d'interprétation : d'après les juges, « le législateur doit être entendu » comme ayant limité le champ des dispositions en cause à la lumière du principe de proportionnalité³³⁵. Cette interprétation restrictive n'a toutefois pas sauvé la loi de l'inconstitutionnalité. Le Conseil continue en affirmant que, si le législateur a le pouvoir d'interdire le port et le transport d'objets pouvant constituer une arme durant des manifestations, l'extension de cette interdiction à « tous les objets pouvant être utilisés comme projectile [...], est de nature par sa formulation générale et imprécise à entraîner des atteintes excessives à la liberté individuelle³³⁶ ». Ainsi conclut-il que les dispositions contestées sont contraires à la Constitution.

Ainsi, c'est seulement à la fin du XXème siècle que la proportionnalité est établie comme un principe protecteur des libertés en droit constitutionnel français. Bien que sa fonction soit plus proche de celle qui lui est attribuée par Robert Alexy, sa forme et son contenu en sont encore complètement différents. En effet, dans cette nouvelle version, la proportionnalité est très similaire à l'exigence de « *narrowly tailored* », appliquée par les juristes anglo-saxons en présence de mesures attentatoires aux

³³¹ *Ibid.*, cons. 17.

³³² V. le recours, accessible sur <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/1995/94-352-dc/saisine-par-60-senateurs.103240.html>, ainsi que les observations du Gouvernement <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/1995/94-352-dc/observations-du-gouvernement.103239.html>.

³³³ Décision n° 94-352 DC, précitée, cons. 3 et 4.

³³⁴ *Ibid.*, cons. 17.

³³⁵ *Ibid.*

³³⁶ *Ibid.*, cons. 18.

libertés. Elle ne concerne pas les restrictions contrôlées elles-mêmes, mais plutôt leur *champ d'application* et impose la censure de mesures excessivement générales. En d'autres termes, la proportionnalité correspond à un standard de stricte nécessité, principalement adressé à l'administration. En tant que tel, elle sert au juge ordinaire plutôt qu'au juge constitutionnel.

En conformité avec la jurisprudence constitutionnelle, depuis la fin des années quatre-vingt, le juge administratif emploie en effet le standard de disproportion manifeste dans son contrôle du contenu des sanctions disciplinaires³³⁷. L'application de ce même standard a été étendue au contrôle des sanctions administratives, où il persiste de nos jours³³⁸. Dans certains cas, l'influence de la jurisprudence constitutionnelle n'est pas loin d'être reconnue explicitement dans les arrêts du juge administratif³³⁹. Pendant les années quatre-vingt-dix, le langage de la proportionnalité s'est aussi étendu au contrôle traditionnel de la nécessité des mesures de police³⁴⁰.

Cela étant, les évolutions décrites ci-dessus n'ont, de manière générale, pas été perçues par la doctrine comme ayant emporté un changement radical en droit administratif. Certes, l'application explicite de la proportionnalité a incontestablement conduit le juge à un contrôle plus intense de l'action administrative. Pour autant, ce contrôle était en continuité avec ses méthodes antérieures. Pendant longtemps, la proportionnalité n'impliquait pas la mise en balance explicite des droits constitutionnels ; elle fonctionnait donc plutôt comme un standard unitaire exigeant la nécessité ou le caractère raisonnable des mesures contrôlées. Son appréciation était une question de fait. Ainsi, jusqu'à récemment, le Conseil d'État rejetait-il constamment l'application de la proportionnalité en cassation au motif que « le juge de cassation n'apprécie pas si la sanction prononcée est proportionnée à la gravité de la faute³⁴¹ ».

Le potentiel de la proportionnalité était contraint par le formalisme traditionnel du droit administratif français et par le style de rédaction laconique des motivations de justice. Il semble que l'impulsion décisive pour la propagation de la proportionnalité en droit français soit venue de l'étranger.

³³⁷ CE, 13 octobre 1989, n° 84133, ECLI:FR:CESJS:1989:84133.19891013.

³³⁸ CE, 8 décembre 1995, n° 158676, ECLI:FR:CESSR:1995:158676.19951208. Sur ce point, V. GAUDEMET Y., *Droit administratif*, Paris, LGDJ : Lextenso, 2015, p. 425. Le contrôle de la disproportion manifeste n'a été que récemment abandonné en matière de sanctions disciplinaires, au profit d'un contrôle normal de proportionnalité. V. CE (Ass.), 13 novembre 2013, n° 347704, ECLI:FR:CEASS:2013:347704.20131113.

³³⁹ CE, 28 juillet 1999, n° 202606, 203438, 203487, 203541, 203589, ECLI:FR:CESSR:1999:202606.19990728. Dans cette affaire le Conseil annule les dispositions attaquées, considérant qu'elles avaient « institué un régime de sanction qui pourrait être, dans nombre de cas, manifestement disproportionné ».

³⁴⁰ CE, 21 janvier 1994, n° 120043, ECLI:FR:CESSR:1994:120043.19940121 ; CE, 20 octobre 1995, n° 154868, ECLI:FR:CESSR:1995:154868.19951020.

³⁴¹ CE, 1 mars 1989, n° 86306, ECLI:FR:CESSR:1989:86306.19890301 ; CE, 14 novembre 1990, n° 100899, ECLI:FR:CESSR:1990:100899.19901114. Cette jurisprudence a été abandonnée récemment. V. CE (Ass.), 30 décembre 2014, n° 381245, ECLI:FR:CEASS:2014:381245.20141230.

Section 2. L'importation de la proportionnalité en matière de droits fondamentaux

Les influences externes sur le contrôle juridictionnel français. L'intégration européenne a provoqué des changements importants du système juridique français et a remis en cause certains modes de raisonnement locaux³⁴².

Depuis le milieu des années quatre-vingt, les condamnations de la part des juridictions supranationales, et notamment de la Cour de Strasbourg, ont eu un fort retentissement parmi les juristes français³⁴³. Puisque le Conseil constitutionnel insistait sur la stricte séparation entre le contrôle de conventionnalité et le contrôle de constitutionnalité faite en 1975, il est revenu aux juges administratifs et judiciaires d'adapter le droit applicable aux exigences du droit européen. Dans sa fameuse décision *Jacques Vabre*, rendue en 1975, la Cour de cassation a écarté l'application d'une loi incompatible aux traités européens et postérieure à ceux-ci³⁴⁴. Le Conseil d'État a suivi la même voie, après une longue résistance, dans la décision *Nicolo* du 20 octobre 1989³⁴⁵. Depuis lors, les requérants peuvent invoquer l'incompatibilité des normes législatives au droit international et européen, au moyen d'une exception d'inconventionnalité. Si leurs arguments sont acceptés, la juridiction interne doit écarter l'application de la loi française dans le cas d'espèce. En ce qui concerne les actes administratifs, une éventuelle incompatibilité au droit international et européen conduit la juridiction interne à annuler l'acte en cause ou à enjoindre l'administration de l'abroger. Ainsi, depuis les années quatre-vingt-dix, les traités internationaux et supranationaux ont permis d'offrir un catalogue de droits mobilisable par les juges administratif et judiciaire même lorsqu'une loi est directement ou indirectement en cause. C'est dans ce contexte que le discours des droits fondamentaux a connu un retentissement sans précédent en France³⁴⁶.

Le Conseil constitutionnel a aussi participé au long processus d'harmonisation du droit national aux exigences européennes de protection des droits fondamentaux (au-delà de son rôle en tant que juge des élections) à travers l'interprétation et l'application des normes constitutionnelles. Depuis les années quatre-vingt, la motivation des décisions constitutionnelles témoigne de l'influence, timide mais

³⁴² Pour une analyse plus approfondie de l'influence externe sur l'ordre juridique français, V. LASSER M., *Judicial Transformations, op. cit.*, chapitres 3 et 4.

³⁴³ La France a reconnu le droit de recours individuel devant la Cour EDH en 1981. La première décision issue de cette procédure en 1986 a déclaré le droit français incompatible à la Convention. V. Cour EDH, *Bozano c. France*, 18 décembre 1986, n° 9990/82. Plus généralement, concernant l'application de la CEDH par les juges et autorités publiques français, V. GIRARD D., *La France devant la Cour européenne des droits de l'Homme : contribution à l'analyse du comportement étatique devant une juridiction internationale*, Thèse de doctorat, Université Paul Cézanne, Aix-en-Provence, 2011.

³⁴⁴ Cass, 24 mai 1975, *Société des cafés Jacques Vabre*, n° 73-13556, *Bull. ch. mixte*, n° 4, 6.

³⁴⁵ CE (Ass.), 20 octobre 1989, *Nicolo*, n° 108243, ECLI:FR:CEASS:1989:108243.19891020. Par ailleurs, le Conseil constitutionnel appliquait déjà la CEDH en tant que juge des élections : V. Décision n° 88-1113 AN, 8 novembre 1988 A.N., *Seine-Saint-Denis (6ème circ.)*, ECLI:FR:CC:1988:88.1113.AN.

³⁴⁶ LASSER M., *Judicial Transformations, op. cit.*, p. 247 s.

croissante, du discours des droits fondamentaux sur le juge constitutionnel³⁴⁷. Au fil de l'évolution de sa jurisprudence, le Conseil a su représenter la Constitution comme un ordre de valeurs et la production législative comme une instance de conciliation entre exigences constitutionnelles antagonistes.

La jurisprudence constitutionnelle, autrefois formelle et technique, s'est progressivement orientée vers les « usagers de la justice constitutionnelle », à savoir les citoyens et l'opinion publique³⁴⁸. Depuis les années quatre-vingt-dix, sous l'impulsion de l'École d'Aix, le droit comparé a progressivement été perçu comme un outil indispensable à la compréhension du droit constitutionnel et de la jurisprudence du Conseil. C'est en dehors des frontières nationales que les juristes français se sont mis à chercher les concepts et les théories qui serviraient à la systématisation des décisions constitutionnelles. La comparaison du Conseil aux cours constitutionnelles européennes les plus puissantes, telles que la *Corte costituzionale* ou le *Bundesverfassungsgericht*, est devenue de plus en plus fréquente, participant à sa reconnaissance comme un véritable juge constitutionnel³⁴⁹.

L'accroissement du pouvoir juridictionnel. Ces évolutions ont généré des changements profonds dans la perception française du contrôle juridictionnel des autorités publiques et, plus généralement, du rôle du juge. La protection des droits fondamentaux a été progressivement reconnue comme une source de nouveaux pouvoirs, mais aussi d'une légitimité renforcée pour les juges³⁵⁰. Depuis les années deux-mille, la Constitution, longtemps considérée comme un texte technique relatif à l'organisation des pouvoirs publics, est également décrite comme une « charte jurisprudentielle des droits et libertés³⁵¹. » La doctrine abandonne progressivement le paradigme légaliste qui dominait le droit public français ; des courants théoriques remettant en cause le formalisme classique, tels que l'herméneutique juridique ou la théorie réaliste de l'interprétation, acquièrent une influence grandissante³⁵². Les juges sont de plus en plus perçus comme des institutions politiques³⁵³.

³⁴⁷ Sur l'expansion du discours des droits fondamentaux en droit constitutionnel, V. l'intéressante contribution de ETOA S., « La terminologie des « droits fondamentaux » dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *CRDF*, 2011, n° 9, p. 23-29.

³⁴⁸ VEDEL G., « Le Conseil constitutionnel, gardien du droit positif ou défenseur de la transcendance des droits de l'homme », *Pouvoirs*, 1988, vol. 45, p. 152.

³⁴⁹ Pour des exemples de travaux comparant le juge constitutionnel français à ses homologues étrangers, V. XYNOPOULOS G., *Le contrôle de proportionnalité dans le contentieux de la constitutionnalité et de la légalité en France, en Allemagne et en Angleterre*, Paris, LGDJ, 1995 ; DI MANNO T., *Le juge constitutionnel et la technique des décisions « interprétatives » en France et en Italie*, Paris, Economica, 1999 ; PARDINI J.-J., *Le juge constitutionnel et le « fait » en Italie et en France*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2001.

³⁵⁰ LASSER M., *Judicial Transformations*, *op. cit.*, p. 10 ; V., par exemple, ROUSSEAU D., « La démocratie continue », *Le Débat*, 1997, n° 96, p. 73-88.

³⁵¹ ROUSSEAU D., *Droit du contentieux constitutionnel*, 9^e éd., Paris, Montchrestien, 2010, p. 449 ; dans le même sens, V. MATHIEU B. et M. VERPEAUX, *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, Paris, LGDJ, coll. « Manuels », 2002, p. 19.

³⁵² V., par exemple, ROUSSEAU D., *Droit du contentieux constitutionnel*, *op. cit.*, p. 144 s. ; 445 s. TROPER M., *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, PUF, coll. « Leviathan », 1994.

³⁵³ V. MEUNIER J., *Les pouvoirs du Conseil constitutionnel. Essai d'analyse stratégique*, Paris ; Bruxelles, LGDJ ; Bruylant, 1994.

Cela est le corollaire d'une affirmation croissante du pouvoir normatif des juges en droit positif, comme l'attestent la reconnaissance par le législateur au Conseil d'État du pouvoir d'adresser des injonctions à l'administration ou l'affirmation par lui-même de son pouvoir de reporter les effets de ses décisions³⁵⁴. Qui plus est, suivant de nombreuses condamnations par la Cour de Strasbourg à cet égard, la procédure du référé-liberté a été instaurée en 2000, permettant la protection effective des droits fondamentaux, notamment au moyen de la suspension des actes administratifs portant une atteinte manifestement illégale aux libertés publiques³⁵⁵. Des évolutions comparables s'observent dans l'office de la Cour de cassation³⁵⁶. En ce qui concerne le Conseil constitutionnel, l'accroissement de son pouvoir se perçoit dans l'utilisation de plus en plus récurrente de la technique des *réserves d'interprétation*. Importée de l'Italie, elle permet au juge d'imposer des interprétations des normes législatives aux juges ordinaires et aux autorités publiques. Il est d'ailleurs significatif que, depuis 2000, le Conseil constitutionnel n'hésite pas à citer sa propre jurisprudence dans les visas de ses décisions³⁵⁷.

L'accroissement du pouvoir des juges a entraîné la revendication d'une certaine participation des citoyens à l'élaboration des décisions juridictionnelles. Cela a notamment conduit à l'introduction d'éléments du contradictoire au sein de la procédure, traditionnellement inquisitoire, devant les juridictions administratives. Cette évolution dans la façon de concevoir le procès a provoqué des changements institutionnels importants. Conformément à la jurisprudence de la Cour EDH, le rôle du commissaire du gouvernement a été considérablement transformé, du moins au niveau des apparences. Si, devant le Conseil d'État, le représentant de l'intérêt général – aujourd'hui appelé *rapporteur public* pour éviter qu'il n'apparaisse comme un défenseur du gouvernement – assiste en principe au délibéré, il ne peut plus y prendre part³⁵⁸.

La QPC. Malgré ces évolutions, le formalisme a persisté en droit constitutionnel français et a parfois conduit à des solutions incohérentes. En raison de l'impossibilité de saisir le Conseil constitutionnel *a posteriori*, la conformité de la loi promulguée avec les droits et libertés que la Constitution garantit ne pouvait pas être contrôlée. En revanche, depuis les arrêts *Jacques Vabre* et *Nicolo* les juges judiciaires et administratifs se sont approprié la protection des droits fondamentaux en contrôlant la compatibilité de la loi à la CEDH. Le slogan ironique « prééminence

³⁵⁴ CE (Ass.), 11 mai 2004, *Assoc. AC ! et a.*, n° 255886, ECLI:FR:CEASS:2004:255886.20040511.

³⁵⁵ Sur l'évolution du Conseil d'État, on peut lire son vice-président (qui, précisons-le pour les lecteurs non familiers avec le système français, assure la présidence de la juridiction suprême de l'ordre administratif), V. SAUVÉ J.-M., « Le Conseil d'État, une cour suprême administrative », Intervention lors de la remise des prix à la Faculté de droit de l'Université de Strasbourg, 9 décembre 2014.

³⁵⁶ Cette évolution est très bien décrite par LASSER M., *Judicial Transformations*, *op. cit.*

³⁵⁷ V. Décision n° 2004-490 DC, 12 février 2004, *Loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française*, ECLI:FR:CC:2004:2004.490.DC.

³⁵⁸ V. not. Cour EDH, *Kress c. France*, 7 juin 2001, n° 39594/98. Au Conseil d'État, le rapporteur public assiste au délibéré, sauf demande contraire d'une partie ; devant les autres juridictions administratives, il n'assiste pas au délibéré.

constitutionnelle, impotence juridictionnelle » témoigne du « malaise » que cette situation a pu provoquer chez les constitutionnalistes français³⁵⁹.

La réforme constitutionnelle de 2008 a cherché à remédier à ce problème en instaurant une procédure de contrôle de constitutionnalité *a posteriori* : la *question prioritaire de constitutionnalité* (QPC). Le nouvel article 61-1 de la Constitution a donné la possibilité aux justiciables de demander à ce qu'une disposition législative qui leur est opposée soit examinée par le Conseil constitutionnel, en vue d'apprécier sa compatibilité « aux droits et libertés que la Constitution garantit³⁶⁰. » Les juridictions ordinaires jouent le rôle de filtre, rejetant le renvoi des questions privées de caractère sérieux ou nouveau³⁶¹. Toute disposition législative déclarée inconstitutionnelle est abrogée *ex nunc*, le Conseil ayant toutefois la possibilité de reporter les effets de sa décision dans le temps.

Il n'est pas douteux que la QPC participe à un mouvement plus général de réorientation de l'ordre constitutionnel français vers l'individu. Ceci est d'abord observable au niveau des apparences. Les décisions QPC ne se voient pas seulement attribuées un numéro, mais aussi un nom, le plus souvent le nom du requérant dans le litige au principal ou celui du sujet traité. D'ailleurs, depuis 2016, le Conseil constitutionnel ne raisonne plus en considérants, ce qui rend la motivation des décisions constitutionnelles plus accessible aux profanes. À un niveau plus substantiel, l'accès du juge constitutionnel aux faits a été renforcé, que ce soit par l'établissement d'une procédure contradictoire minimale ou par l'attribution de certains pouvoirs d'instruction³⁶². En outre, la QPC a favorisé l'ouverture du Conseil à l'international. Les décisions du juge constitutionnel portent désormais directement sur les droits des individus et sont soumises au contrôle des juridictions supranationales. En 2013, abandonnant une jurisprudence constante pendant quasiment quarante ans, le Conseil a renvoyé une question préjudicielle à la CJUE³⁶³. Cette ouverture au-delà des frontières nationales a aussi augmenté la visibilité du Conseil à l'étranger, ses décisions les plus importantes sont désormais traduites dans plusieurs langues européennes.

L'objectif de la QPC était notamment une certaine réappropriation du champ des droits fondamentaux par la Constitution française. Quelques mois après sa mise en vigueur en 2010, le président du Conseil constitutionnel se réjouissait ainsi : « notre État de droit a été complété, le contrôle de conventionnalité a retrouvé sa

³⁵⁹ Ce slogan était par exemple souvent utilisé par Bertrand Mathieu, lors de son cours de Droit constitutionnel, Master 2, Droit public fondamental, Université Paris I, 2010. V. aussi DE BECHILLON D., « De quelques incidences du contrôle de la conventionnalité internationale des lois par le juge ordinaire (Malaise dans la Constitution) », *RDA*, 1998, p. 225.

³⁶⁰ Article 61-1 de la Constitution 1958.

³⁶¹ ROUSSEAU D. et J. BONNET, *L'essentiel de la QPC : mécanisme et mode d'emploi, commentaires des principales décisions*, Paris, Gualino ; Lextenso, 2011.

³⁶² ROUSSEAU D., « Le procès constitutionnel », *Pouvoirs*, 2011, vol. 137-La Question prioritaire de constitutionnalité, p. 47-55.

³⁶³ Décision n° 2013-314P QPC, 4 avril 2013, *M. Jeremy F.*, ECLI:FR:CC:2013:2013.314P.QPC.

place subsidiaire³⁶⁴. » Depuis, la procédure du contrôle *a posteriori* a connu un succès sans précédent. En légèrement plus que sept ans, le Conseil a rendu plus de 650 décisions QPC, un nombre impressionnant si l'on songe qu'il atteint quasiment les 750 décisions rendues suivant la procédure du contrôle *a priori* depuis 1958³⁶⁵. La nouvelle procédure a provoqué un regain significatif d'intérêt doctrinal pour le Conseil et rares sont les constitutionnalistes qui n'ont pas montré leur enthousiasme vis-à-vis du « big bang juridictionnel » généré par la QPC³⁶⁶. Pour autant, ce climat d'enthousiasme général contraste avec la timidité du juge constitutionnel dans l'application de la nouvelle procédure. Après cinq ans de pratique, moins d'un cinquième des décisions QPC avaient abouti à une déclaration d'inconstitutionnalité partielle ou totale. À ceci il faut ajouter que seulement 20% des demandes de QPC faites devant les juges administratifs et judiciaires ont été renvoyées devant le Conseil³⁶⁷.

Le déclin des droits fondamentaux. D'ailleurs, l'efficacité de la QPC est remise en cause aujourd'hui par le déclin du langage des droits fondamentaux, dans le contexte des attentats terroristes récents. Depuis 2015, ce déclin se manifeste notamment dans la déclaration et la prolongation de l'état d'urgence, à la marge de la légalité constitutionnelle et de la protection européenne des droits fondamentaux. Si l'état d'urgence a pris fin deux ans après son entrée en vigueur, des pouvoirs de police importants prévus pour cette situation exceptionnelle ont été transposés dans la législation « normale ». Le déclin des droits fondamentaux dans la pratique constitutionnelle française s'est accompagné d'une méfiance croissante de la doctrine envers le Conseil constitutionnel. Les études contemporaines qui cherchent à établir la cohérence de la jurisprudence constitutionnelle ou d'en tirer des enseignements pédagogiques deviennent de plus en plus rares alors que les insuffisances de son raisonnement sont souvent dénoncées³⁶⁸.

Les évolutions décrites ci-dessus affectent l'usage de la proportionnalité par les juristes français. En parallèle de la constitutionnalisation de l'ordre juridique interne, l'influence croissante du droit européen dans la sphère nationale a donné un nouvel élan au discours de la proportionnalité. Avec l'ouverture de l'ordre juridique français au droit européen, la proportionnalité est dotée d'un nouveau contenu : il s'agit dès lors d'une méthode européenne de contrôle juridictionnel (§1). Depuis le milieu des années quatre-vingt-dix, la proportionnalité a particulièrement bénéficié de l'influence

³⁶⁴ DEBRÉ J.-L., « Protection des libertés et QPC », Discours au Conseil national des Barreaux, Nantes, 21 octobre 2011.

³⁶⁵ Données issues d'une recherche sur la base de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2017/sommaire-2017.148476.html>, le 18 juillet 2017.

³⁶⁶ ROUSSEAU D., « La question prioritaire de constitutionnalité : un big bang juridictionnel ? », *RDP*, 2009, n° 3, p. 631-644.

³⁶⁷ MAUGUE C., « La QPC : 5 ans déjà, et toujours aucune prescription en vue », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2015, n° 47, p. 11-26.

³⁶⁸ V., entre autres, CHAMPEIL-DESPLATS V., « Le Conseil constitutionnel a-t-il une conception des libertés publiques ? », *Jus Politicum*, 2012, n° 7 ; GOESEL-LE BIHAN V., « Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel, technique de protection des libertés publiques ? », *Jus Politicum*, 2012, vol. 7.

grandissante du droit comparé sur le droit constitutionnel français. Le langage des droits fondamentaux étant en pleine expansion, les constitutionnalistes français ont commencé à reconstruire les décisions du Conseil constitutionnel comme des applications d'un test de proportionnalité en différents étapes. L'application explicite de la proportionnalité comme structure de raisonnement en matière de droits fondamentaux ne s'est pas faite attendre (§2). Cela étant, l'étude de la jurisprudence constitutionnelle montre que, si l'application de la proportionnalité a parfois permis un contrôle plus poussé de l'action législative, elle n'a pas entraîné des changements radicaux dans les méthodes du juge. En droit constitutionnel comme ailleurs, la proportionnalité n'est pas appliquée de façon cohérente et son contenu est très différent du modèle avancé par Robert Alexy (§3).

1. L'application dans le cadre du contrôle de conventionnalité

L'émergence de la proportionnalité dans le cadre du contrôle de conventionnalité. Nous avons vu que, jusqu'aux années quatre-vingt-dix, la proportionnalité était privée de contenu spécifique dans la jurisprudence du Conseil d'État. Tel était également le cas dans le champ d'application du droit européen, dont l'influence dans l'ordre juridique français était alors très limitée. En effet, la loi, expression de la volonté générale, échappait au contrôle du juge, que cela soit au regard des normes constitutionnelles ou des normes internationales et européennes. Par ailleurs, la théorie de la loi écran empêchait la contestation de la compatibilité au droit européen de la plupart des actes administratifs.

Même dans les cas où le Conseil d'État acceptait de contrôler un acte administratif au regard des libertés de circulation garanties par le droit communautaire, la question était le plus souvent formulée dans les termes de la discrimination en raison de la nationalité. Autrement dit, c'était plutôt l'intention discriminatoire de l'autorité contrôlée qui était sanctionnée que la proportionnalité des mesures en cause. Les effets des normes internes sur les libertés de circulation n'étaient pas examinés³⁶⁹. En ce qui concerne la CEDH, celle-ci n'était pas directement appliquée par les juridictions administratives ni même souvent invoquée par les administrés. Ses dispositions vagues et abstraites n'étaient pas perçues comme imposant des contraintes spécifiques aux autorités nationales. D'ailleurs, la jurisprudence de la Cour de Strasbourg a pendant longtemps été peu connue des juristes français, qui procédaient à une interprétation littérale de la Convention sans considérer les arrêts de la Cour³⁷⁰. La Cour de cassation refusait également d'exercer un contrôle de proportionnalité, et ceci même lorsque les requérants invoquaient la proportionnalité en tant que principe du droit européen³⁷¹.

C'est seulement après la reconnaissance de la primauté du droit international sur la loi interne que la proportionnalité a trouvé un nouveau champ d'application en

³⁶⁹ V., par exemple, CE, 17 décembre 1986, n° 76115 et 77265, ECLI:FR:CESSR:1986:76115.19861217.

³⁷⁰ GIRARD D., *La France devant la Cour européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 25.

³⁷¹ V., par exemple, Cass. crim., 12 mars 1991, n° 90-83545 concernant le droit communautaire ; 11 juillet 1990, n° 89-86852 concernant la CEDH.

droit français, dans le contexte du contrôle de conventionnalité. Cette évolution a eu d'abord lieu en matière de droits garantis par la CEDH. En 1991, dans deux affaires décidées le même jour, le Conseil d'État a annulé pour la première fois une mesure administrative sur la base de l'article 8 CEDH³⁷². Jusque-là, la juridiction administrative suprême s'était constamment refusé le pouvoir de contrôler la compatibilité des mesures d'expulsion aux droits garantis par la Convention européenne. Traditionnellement, les autorités publiques jouissaient d'un pouvoir discrétionnaire étendu dans ce domaine de « haute police³⁷³ ». Après la condamnation pour plusieurs vols de M. Belgacem, citoyen algérien, le ministre de l'intérieur l'a enjoint à quitter le territoire français. M. Belgacem contestait la compatibilité de cette mesure à la Convention, arguant qu'il était né en France et qu'il n'avait pas d'attache familiale dans le pays dont il était national. En effet, sa famille, et notamment son père, dont il assumait partiellement la charge, habitaient en France. Dans l'arrêt *Belgacem*, en suivant les conclusions de son Commissaire du gouvernement, le Conseil d'État abandonne son attitude déferente vis-à-vis de l'administration et procède à l'examen concret de la situation du requérant. Selon les juges :

« il ressort des pièces du dossier que, compte tenu de son comportement, postérieurement aux condamnations prononcées [...], la mesure d'expulsion prise à l'encontre de M. [Belgacem] a, eu égard à la gravité de l'atteinte portée à sa vie familiale, excédé ce qui était nécessaire à la défense de l'ordre public ; que, dans ces conditions, elle a été prise en violation de l'article 8 de la convention précitée³⁷⁴ ».

De façon similaire, le Conseil d'État a appliqué la Convention dans l'affaire *Babas* pour arriver à une solution différente. Les juges ont conclu que la reconduite à la frontière de Mme Babas alors qu'elle se trouvait en état de grossesse « n'a[va]it pas porté au droit de l'intéressée au respect de sa vie familiale une atteinte disproportionnée aux buts en vue desquels a été pris ledit arrêté³⁷⁵ ». Depuis, le standard de disproportion est utilisé dans l'application de l'article 8 CEDH, source d'un contentieux toujours croissant : le contentieux des étrangers. Le Conseil d'État a étendu ce type de contrôle à l'application d'autres droits de la Convention, comme la liberté d'expression³⁷⁶. Dans les années quatre-vingt-dix, la Cour de cassation a aussi adopté le langage de la proportionnalité en droit pénal et dans l'application des droits de la CEDH, tels que le droit de propriété³⁷⁷. Ainsi, à la fin du siècle précédent, la proportionnalité a acquis un nouveau contenu en droit public français : celui d'une

³⁷² CE (Ass.), 19 avril 1991, *M. Belgacem*, n° 107470, ECLI:FR:CEASS:1991:107470.19910419 ; 19 avril 1991, *Mme Babas*, n° 117680, ECLI:FR:CEASS:1991:117680.19910419.

³⁷³ SAUVÉ J.-M., « Le Conseil d'État et l'application de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales », Intervention dans le cadre du colloque organisé par l'Université Paris 3 Sorbonne Nouvelle au Sénat, 9 avril 2010.

³⁷⁴ V. CE (Ass.), 19 avril 1991, *M. Belgacem*, précité.

³⁷⁵ V. CE (Ass.), 19 avril 1991, *Mme Babas*, précité.

³⁷⁶ CASSIA P. et E. SAULNIER, « Le Conseil d'Etat et la Convention européenne des droits de l'homme », *AJDA*, 1997, p. 411, section « Les modalités d'utilisation de la CEDH par le Conseil d'Etat ».

³⁷⁷ Cass. comm., 1 octobre 1996, n° 94-18845 ; Cass. civ. 3, 19 juin 1996, n° 94-70323 ; Cass. comm., 8 décembre 1992, n° 90-20258.

méthode européenne de contrôle, appliquée par les juridictions internes dans le champ de la CEDH³⁷⁸. En tant que telle, la proportionnalité a conduit à une très importante augmentation du pouvoir des juges ordinaires.

La proportionnalité européenne perçue comme un synonyme des méthodes existantes. Les arrêts *Belgacem* et *Babas* sont généralement considérés comme les premières applications de la proportionnalité en France, en tant que principe assurant la protection des droits fondamentaux européens³⁷⁹. Il est toutefois intéressant de constater que c'est seulement dans l'affaire de Mme Babas que le vocabulaire de la proportionnalité a réellement été utilisé. Pour décider l'affaire de M. Belgacem, le juge a simplement étendu l'application du contrôle de nécessité qu'il appliquait traditionnellement en matière de police. En d'autres termes, le standard de nécessité utilisé dans le cas *Belgacem* et celui de disproportion utilisé dans le cas *Babas* sont perçus comme synonymes ou équivalents par la doctrine publiciste française. Ceci montre que, bien que la proportionnalité ait acquis un nouveau contenu au cours des années quatre-vingt-dix en tant que principe ou technique européen, son application n'emportait pas de changements radicaux par rapport aux méthodes juridictionnelles préexistantes. En réalité, elle s'analysait en un *contrôle de proportionnalité* similaire à celui qui était déjà exercé par les juridictions internes.

L'assimilation du contrôle de proportionnalité européen au contrôle de proportionnalité interne se constate aussi dans les domaines où le standard de disproportion était déjà employé par les juridictions nationales. Par exemple, en matière de sanctions administratives, le Conseil d'État a pendant longtemps continué à appliquer le standard de « disproportion manifeste », contrairement à la Cour de Strasbourg qui appliquait un contrôle normal de proportionnalité et ceci, même quand les requérants invoquaient la Convention³⁸⁰. La proportionnalité européenne étant interprétée comme l'exigence d'un contrôle de proportionnalité à la française, l'application de la CEDH a permis la propagation du langage de la proportionnalité dans des cas purement internes, et parfois même l'intensification des méthodes de contrôle existantes³⁸¹.

L'application de la proportionnalité dans le champ du droit communautaire. L'influence du droit communautaire sur le droit français suit une

³⁷⁸ Le terme proportionnalité est utilisé en ce sens par CASSIA P. et E. SAULNIER, « Le Conseil d'Etat et la Convention européenne des droits de l'homme », *op. cit.* ; MARKUS J.-P., « Le contrôle de conventionnalité des lois par le Conseil d'État », *AJDA*, 1999, p. 99.

³⁷⁹ V., par exemple, SAUVÉ J.-M., « Le principe de proportionnalité, protecteur des libertés », Intervention à l'Institut Portalis, Aix-en-Provence, 17 mars 2017, note 50.

³⁸⁰ D'ailleurs, dans ces cas le Conseil ne mentionne la Convention que dans les normes de référence de son contrôle, sans s'y référer dans la motivation de sa décision. V., par exemple, CE, 28 juillet 1999, n° 202606, 203438, 203487, 203541, 203589, ECLI:FR:CESSR:1999:202606.19990728.

³⁸¹ V., par exemple, CE, 6 décembre 1993, n° 124984, ECLI:FR:CESSR:1993:124984.19931206 : le Conseil s'est référé à une atteinte disproportionnée au droit de circuler librement, garanti par l'ordre juridique français ; CE, 12 juillet 1993, n° 121337, ECLI:FR:CESSR:1993:121337.19930712 : le Conseil a rejeté le caractère d'utilité publique d'une opération qui portait une atteinte disproportionnée à la propriété des requérants.

trajectoire similaire³⁸². Cela peut être illustré en matière de droit de la consommation. En 1999, les autorités françaises ont décidé la suspension de la mise sur le marché et le retrait de certains jouets et articles de puériculture destinés à être mis en bouche par les enfants de bas âge. Cet arrêté de police a été déféré devant le Conseil d'État par les producteurs de ces jouets qui contestaient sa légalité, tant en droit interne qu'en droit communautaire.

Depuis les années soixante-dix, le code de la consommation habilitait l'administration à prendre des mesures restrictives, à condition qu'elles soient « proportionnées au danger présenté par les produits et les services ». La loi avait été amendée pour préciser que de telles mesures « ne peuvent avoir pour but que de prévenir ou de faire cesser le danger en vue de garantir ainsi la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre dans le respect des engagements internationaux de la France³⁸³ ». Dans sa jurisprudence antérieure, le Conseil d'État avait traduit cette exigence de proportionnalité en un contrôle de l'erreur manifeste portant sur les appréciations factuelles des autorités concernées. En l'espèce aussi, il souligne que le caractère nuisible des produits en cause sur la santé des jeunes enfants est établi au moyen d'évaluations scientifiques. Ainsi, en estimant que la diffusion de ces produits doit être suspendue, l'administration n'a pas procédé à « une appréciation manifestement inexacte de la gravité du danger [en cause] non plus que de son caractère immédiat³⁸⁴ ». Pour autant, les juges ne se bornent pas à cette affirmation. Ils ajoutent que « la mesure édictée n'est pas disproportionnée au regard des risques que représentent les produits considérés pour la santé des jeunes consommateurs³⁸⁵ ». Si l'utilisation du terme « disproportionnée » n'implique pas de justification particulière et ne semble donc pas avoir d'incidence sur le raisonnement du juge, elle témoigne de la propagation du langage de la proportionnalité qu'a entraînée l'introduction du droit communautaire dans l'ordre juridique national³⁸⁶.

Après avoir contrôlé la compatibilité de l'acte en cause au droit interne, le Conseil répond aux arguments des requérants concernant la violation des libertés communautaires. Il est intéressant que le Conseil n'exerce pas un contrôle distinct de proportionnalité à cet égard et n'estime pas non plus nécessaire de poser une question préjudicielle à la CJCE sur le sujet. Le contrôle de proportionnalité exercé dans le cadre de l'application de la législation nationale a été jugé suffisant pour satisfaire aux exigences communautaires. Les juges commencent par citer les dispositions des traités garantissant la liberté de circulation des produits et celles de la directive n° 92/59/CEE du Conseil. Ils relèvent que les articles du droit primaire permettent des mesures nationales restrictives, justifiées par des raisons de protection de la santé et de la vie des personnes. Ils mettent également l'accent sur le fait que la directive en cause, qui a pour objectif la sûreté des produits mis sur le marché, laisse à

³⁸² V., en ce sens, SIRINELLI J. et B. BERTRAND, « La proportionnalité », J.-B. AUBY (dir.), *L'influence du droit européen sur les catégories du droit public*, Paris, Dalloz, 2010, p. 628.

³⁸³ V. l'article L. 221-9 code de la consommation, abrogé au 1^{er} juillet 2016.

³⁸⁴ CE, 28 juillet 2000, n° 212115 et 212135, ECLI:FR:CESSR:2000:212115.20000728.

³⁸⁵ *Ibid.*

³⁸⁶ V. aussi CE, 29 décembre 1999, n° 206945, ECLI:FR:CESSR:1999:206945.19991229.

cette fin une certaine marge de manœuvre aux autorités nationales pour prendre des mesures appropriées. Les juges concluent que « l'arrêté attaqué, justifié par les exigences de protection de la santé des jeunes enfants et par les risques que présentent les produits en cause » ne méconnaît pas les obligations découlant du communautaire.

L'application déferente de la proportionnalité. La confusion entre contrôle de proportionnalité européen et contrôle de proportionnalité français était typique de la jurisprudence³⁸⁷. Si elle a parfois conduit les juges à un contrôle plus poussé de l'action publique, elle comportait un compromis évident du point de vue de la rigueur structurelle et de l'intensité du contrôle européen. L'exercice d'un contrôle de la proportionnalité en étapes, autrement dit d'un *proportionality analysis*, était incompatible avec le style traditionnellement formel et laconique des juridictions françaises. Dans les décisions du Conseil d'État, la proportionnalité ne ressemblait pas à la structure de raisonnement employée par les cours supranationales. Elle correspondait plutôt à une exigence de seuil : son respect était évalué dans les circonstances factuelles de l'espèce. Ainsi, la traditionnelle réticence des juges publics français à entrer dans l'examen des faits caractérisait l'application de la proportionnalité dans le champ du droit européen aussi.

En matière de protection du droit à la vie familiale, un des domaines d'application de la proportionnalité par excellence, le Conseil d'État considérerait la durée et l'importance des liens familiaux invoqués par les requérants, l'attachement de ceux-ci à leur pays de nationalité et le risque pour l'ordre public que provoquait leur présence sur le territoire français. Dans l'affaire *Babas*, par exemple, avant de conclure à la proportionnalité de la mesure de reconduite à la frontière, les juges ont tenu compte « de l'ensemble des circonstances de l'espèce, et notamment de la durée et des conditions de séjour de Mme [Babas] en France³⁸⁸ ». Il faut d'ailleurs relever que les juges n'avaient accès à ces éléments qu'indirectement, au moyen du dossier de l'affaire constitué par l'administration.

Autrement dit, l'application de la proportionnalité restait une question de fait, en premier lieu traitée par l'administration. L'utilisation du terme « disproportionnée » n'impliquait pas la mise en balance explicite de valeurs antagonistes. Dans l'affaire *Babas*, la juridiction française a évalué la proportionnalité de l'arrêté contesté par rapport « aux buts en vue desquels [il] a été pris³⁸⁹ ». Pour autant, ces buts n'ont été mentionnés nulle part dans la motivation de l'arrêt. En tant que standard négatif, la disproportion ne conduisait que rarement à l'annulation de la décision attaquée. Dans leur étude en la matière, Paul Cassia et Emmanuelle Saulnier décrivent la jurisprudence du Conseil d'État comme reposant « sur l'idée peu réaliste que les

³⁸⁷ V., par exemple, CE, 15 avril 1996, n° 142020, ECLI:FR:CESSR:1996:142020.19960415 (sur la protection de l'environnement et de la liberté de circulation) ; CE, 6 janvier 1997, n° 162553, ECLI:FR:CESJS:1997:162553.19970106 (sur la définition de créneaux d'horaires pour les vols au départ ou à destination de l'aéroport d'Orly).

³⁸⁸ V. CE (Ass.), 19 avril 1991, *Mme Babas*, précité.

³⁸⁹ *Ibid.*

mesures d'éloignement ne porteraient pas, par nature, atteinte à la vie familiale de l'étranger, puisque rien n'interdit à sa famille de quitter le territoire pour le suivre³⁹⁰ ».

Les observations qui précèdent valent également pour l'application de la proportionnalité dans le champ du droit communautaire. Certes, le Conseil d'État a parfois été plus attentif au raisonnement de la CJCE, exerçant un contrôle de proportionnalité plus poussé et structurant son argumentation en étapes³⁹¹. Toutefois, ces cas sont restés rares, le Conseil ne percevant pas l'application du test de proportionnalité comme une obligation découlant du droit communautaire, et ce même quand la Cour de Luxembourg l'invitait à le faire³⁹². Classiquement, le juge administratif examinait la légitimité des buts poursuivis par les autorités contrôlées et se bornait à une affirmation lapidaire de la proportionnalité des mesures contestées, sans autre justification. C'est pourquoi certains auteurs ont caractérisé l'application de la proportionnalité en matière de libre circulation au sens du droit communautaire comme « superficielle », « parfaitement dogmatique » et « arbitraire³⁹³ ».

De même, l'application de la proportionnalité par la Cour de cassation au cours des années quatre-vingt-dix pourrait être qualifiée de formaliste, timide et lapidaire³⁹⁴. En raison de la nature factuelle des considérations qu'entraîne la proportionnalité, son application est en premier lieu le domaine des juges du fond. Ceci limite considérablement la possibilité de l'invoquer devant le juge de cassation³⁹⁵.

La négligence des différences structurelles entre les versions française et européenne de la proportionnalité. L'idée selon laquelle la proportionnalité en tant que technique européenne serait équivalente aux méthodes préexistantes des juridictions internes transpire la majorité des études des années quatre-vingt-dix en la matière. Dans son article concernant le principe de proportionnalité, Michel Fromont, spécialiste du droit allemand, souligne que le principe de proportionnalité consacré dans la jurisprudence des cours européennes est sous-jacent aux méthodes des juridictions françaises, notamment dans le cas du contrôle de nécessité des mesures de police. Ainsi, suivant cet auteur, la différence principale entre la proportionnalité du droit européen et celle du droit français réside simplement dans l'absence de la reconnaissance explicite du principe dans le contexte national. Pour

³⁹⁰ CASSIA P. et E. SAULNIER, « Le Conseil d'État et la Convention européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, note 71 ; les auteurs citent DENIS-LINTON M., Conclusions sur CE, 10 avril 1992, *Aykan, Marzjini et Minin*, RFD A, 1993, p. 543.

³⁹¹ CE (Ass.), 8 avril 1998, n° 161411, ECLI:FR:CEASS:1998:161411.19980408.

³⁹² V., par exemple, CJUE, C-100/01, 26 novembre 2002, *Oteiza Olaizabal*, ECLI:EU:C:2002:712, para. 43-44. Dans cette affaire la Cour a invité le Conseil d'État à effectuer un contrôle d'adéquation, de nécessité et de proportionnalité. En application de cette décision, le Conseil a affirmé la proportionnalité des mesures contestées sans structurer sa justification selon le modèle de la proportionnalité. Voir CE, 23 avril 2003, n° 206913, ECLI:FR:CESSR:2003:206913.20030423.

³⁹³ SIRINELLI J. et B. BERTRAND, « La proportionnalité », *op. cit.*, p. 636.

³⁹⁴ V., par exemple, Cass. crim., 18 mai 1994, n° 92-86386 concernant l'application du droit communautaire. Pour un exemple de l'application de la CEDH, V. Cass. crim., 19 mars 1996, n° 94-81420.

³⁹⁵ Cass. crim., 10 mars 1993, n° 91-86197.

l'auteur, ceci compromet l'application cohérente de la proportionnalité par les juridictions internes.³⁹⁶

Au cours des années quatre-vingt-dix, la proportionnalité au sens européen et au sens du droit interne était souvent présentée tant par les juges que par la doctrine comme équivalentes. Malgré son application variable, la proportionnalité était perçue comme un principe ou une notion unitaire. Ainsi, la Cour de cassation a pu parfois se référer au « principe général de la proportionnalité de la sanction à la faute, consacré par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, par le traité de Rome et par la Déclaration des droits de l'homme³⁹⁷ ». L'absence de distinction entre les différentes versions du principe de proportionnalité illustre la tendance plus générale des juristes français à être plus attentifs au contenu matériel des normes qu'à l'analyse structurelle des énoncés juridiques. Les formules les plus elliptiques des juridictions internes ont été interprétées comme relevant d'un « contrôle plénier » de proportionnalité, comportant une mise en balance des valeurs en cause³⁹⁸.

Dans sa perception dominante pendant les années quatre-vingt-dix, la proportionnalité est un principe libéral exigeant la modération de la puissance publique. Elle est alors liée à une perception des droits individuels partagée par les États européens. L'accentuation du caractère libéral et européen de la proportionnalité a conduit à progressivement détacher le concept de la technique du bilan coût-avantages. En effet, l'application de cette technique, forgée dans le contexte particulier du droit administratif français, n'est pas directement connectée aux droits fondamentaux³⁹⁹. L'opération du droit européen dans la sphère juridique nationale n'a pas radicalement changé les méthodes du juge français, mais elle a établi comme dominante la perception de la proportionnalité en tant que méthode définie par référence au droit européen et comparé. Si ce lien n'est pas véritablement justifié par la similarité des pratiques des juges français et étrangers, il va jouer un rôle fondamental puisque c'est désormais en dehors des frontières nationales que les publicistes français se sont mis à chercher le contenu de la proportionnalité et la façon « correcte » de l'appliquer.

³⁹⁶ V. FROMONT M., « Le principe de proportionnalité », *AJDA*, 1995, n° spécial, p. 156-165. En ce sens, MARKUS J.-P., « Le contrôle de conventionnalité des lois par le Conseil d'État », *op. cit.* Jean-Paul Markus semble concevoir le contrôle de proportionnalité et le contrôle de conventionnalité comme étant en continuité avec les méthodes du Conseil d'État. V. aussi ZILLER J., « Le Principe de proportionnalité », *AJDA*, 1996, spécial, p. 185-188. Si Jacques Ziller est plus sensible aux différences entre l'application de la proportionnalité en France et ailleurs, il rejette l'idée d'une exception française en la matière. Cet auteur ne considère pas que des différences structurelles dans le raisonnement de la proportionnalité impliquent une différence matérielle au niveau de la protection des droits fondamentaux.

³⁹⁷ Cass. civ. 1, 13 février 1996, n° 93-12750.

³⁹⁸ MARKUS J.-P., « Le contrôle de conventionnalité des lois par le Conseil d'État », *op. cit.*, avant la nb 129.

³⁹⁹ V. FROMONT M., « Le principe de proportionnalité », *op. cit.* ; ZILLER J., « Le Principe de proportionnalité », *op. cit.* Selon Michel Fromont et Jacques Ziller, seuls les cas où la proportionnalité est appliquée en tant que principe protecteur des droits sont des instances du « contrôle de proportionnalité ».

2. L'adoption d'un contrôle en étapes : le transfert du « proportionality analysis »

La théorie allemande de la proportionnalité en France. L'influence croissante du droit comparé et la propagation du langage des droits fondamentaux ont ouvert la voie au transfert du modèle allemand de la proportionnalité en droit constitutionnel français. Depuis le milieu des années quatre-vingt-dix, les auteurs français ont commencé à utiliser la structure de raisonnement en étapes pour systématiser la jurisprudence constitutionnelle. Le premier à le faire a été Georges Xynopoulos, dans son étude comparée de l'application de la proportionnalité en droit public allemand, français et anglais⁴⁰⁰. Si l'auteur, suivant ses prédécesseurs français sur ce point, analyse la pratique en la matière au regard du concept de pouvoir discrétionnaire, il conçoit la proportionnalité comme une technique juridictionnelle conduisant à la mise en balance de valeurs ou intérêts antagonistes. Georges Xynopoulos regroupe sous le label de proportionnalité différentes méthodes du juge administratif, telles que la nécessité ou le bilan. Selon lui, ce que ces méthodes ont en commun est leur fonction : assurer la meilleure réalisation des droits par les autorités publiques, y compris le législateur. En effet, l'auteur considère la proportionnalité comme naturellement liée au nouveau rôle du juge en tant que garant des droits fondamentaux.

Depuis 1997, Valérie Goesel-Le Bihan a aussi utilisé la structure de raisonnement en étapes pour offrir une reconstruction de la jurisprudence du Conseil constitutionnel⁴⁰¹. Suivant une hypothèse qui se voulait « iconoclaste », l'intensité du contrôle de proportionnalité et l'étape de raisonnement appliqué varierait selon l'importance du droit en cause, mais aussi selon d'autres facteurs, tels que le statut de l'objectif poursuivi par le législateur. L'intensité variable du contrôle de proportionnalité justifierait l'emploi de méthodes et des concepts différents par le juge constitutionnel, tels que l'erreur manifeste, le standard « manifestement inapproprié », le contrôle de nécessité ou le contrôle d'adéquation. Pour Valérie Goesel-Le Bihan, la proportionnalité pourrait constituer un cadre pour revisiter la théorie des droits fondamentaux sous-jacente à la jurisprudence constitutionnelle.

Malgré leurs objectifs différents, ces deux auteurs ont utilisé la théorie allemande de la proportionnalité pour reconstruire le raisonnement du juge constitutionnel de façon à représenter celui-ci comme le garant des droits fondamentaux. Ceci attribuait un nouveau prestige à la jurisprudence constitutionnelle et au Conseil lui-même. L'application de la proportionnalité par le Conseil comme technique conduisant à la protection des droits fondamentaux n'a pas tardé.

L'application de la proportionnalité par le Conseil comme technique conduisant à la protection des droits fondamentaux. En 2000, le Parlement a voté un projet de loi restreignant la concentration des chaînes de télévision.

⁴⁰⁰ XYNOPOULOS G., *Le contrôle de proportionnalité dans le contentieux de la constitutionnalité et de la légalité en France, en Allemagne et en Angleterre*, *op. cit.*

⁴⁰¹ GOESEL-LE BIHAN V., « Réflexion iconoclaste sur le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel », *op. cit.*

L'opposition a déféré la loi devant le Conseil, invoquant notamment son caractère « disproportionné par rapport à l'objectif constitutionnel de préservation du pluralisme⁴⁰² ». Ce n'était pas la première fois que les requérants invitaient le Conseil à exercer un contrôle de proportionnalité sur des atteintes aux droits fondamentaux. Si cette stratégie argumentative a été récurrente dans les années quatre-vingt-dix, le plus souvent, le juge optait pour un raisonnement de dogmatique juridique classique, par exemple en se référant à la « substance » des droits en cause⁴⁰³. Concernant la liberté d'entreprendre en particulier, le Conseil déclarait qu'il ne s'agissait pas d'une liberté générale ou absolue, avant d'examiner si les dispositions déférées avaient pour conséquence « d'en dénaturer la portée⁴⁰⁴ ».

Néanmoins, dans ce cas particulier, les juges ont suivi un raisonnement quelque peu différent. Après avoir affirmé la valeur constitutionnelle de la liberté d'entreprendre, garantie par l'article 4 de la DDHC, ils ont précisé que le législateur pouvait y apporter « des limitations justifiées par l'intérêt général ou liées à des exigences constitutionnelles ». En effet, selon le Conseil, il appartient au Parlement de concilier les principes et les règles constitutionnels applicables à la communication audiovisuelle, « compte tenu des contraintes techniques et des nécessités économiques d'intérêt général propres à ce secteur⁴⁰⁵ ». Le pouvoir du Parlement n'est pas pour autant illimité. Dans le même considérant, le Conseil a pris le soin de préciser qu'

« il incombe au législateur, en fixant les règles tendant à la préservation du caractère pluraliste des courants d'expression socioculturels, de veiller à ce que leur application ne limite pas la liberté d'entreprendre dans des proportions excessives au regard de l'objectif constitutionnel du pluralisme⁴⁰⁶ ».

La proportionnalité est donc présentée comme une méthode permettant la conciliation des valeurs constitutionnelles, selon des considérations techniques et économiques. Si elle prend toujours la forme d'un standard ou d'une exigence de seuil, sa fonction n'est pas très différente de celle que la théorie de Robert Alexy lui confère : son application par le juge conduit à la protection des droits fondamentaux.

Qui plus est, les termes de la décision du Conseil indiquent que l'intensité du contrôle de proportionnalité varierait selon les circonstances. Comme dans la théorie alexyenne, l'application de la proportionnalité par le juge constitutionnel se caractériserait ainsi par une certaine flexibilité, afin de permettre la prise en compte de facteurs extra-juridiques, d'ordre institutionnel ou autre. En effet, avant de

⁴⁰² Décision n° 2000-433 DC, 27 juillet 2000, *Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication*, ECLI:FR:CC:2000:2000.433.DC, cons. 38.

⁴⁰³ V. par exemple la Décision n° 90-284 DC, 16 janvier 1991, *Loi relative au conseiller du salarié*, ECLI:FR:CC:1991:90.284.DC, cons. 2-3.

⁴⁰⁴ Décision n° 89-254 DC, 4 juillet 1989, *Loi modifiant la loi n° 86-912 du 6 août 1986 relative aux modalités d'application des privatisations*, ECLI:FR:CC:1989:89.254.DC, cons. 5.

⁴⁰⁵ Décision 2000-433 DC, précitée, cons. 40.

⁴⁰⁶ *Ibid.*

procéder à leur contrôle, les juges ont pris soin de souligner que leur pouvoir d'appréciation et de décision n'était pas de la même nature que celui du Parlement. Ils ne sauraient se substituer à ce dernier pour rechercher si les objectifs de la loi en cause auraient pu être atteints par des mesures alternatives, moins restrictives pour les libertés. C'est ce qui a justifié la limitation de leur contrôle à la sanction des mesures « manifestement inappropriées » à l'objectif visé⁴⁰⁷. Jusque-là, le standard d'inadaptation manifeste avait été utilisé de façon autonome dans la jurisprudence constitutionnelle, comme une méthode de contrôle en soi. Au contraire, en l'espèce, il a été annexé au contrôle de proportionnalité pour en devenir une modalité : il a permis un examen minimal de l'adéquation des mesures contestées au but poursuivi. Le Conseil s'est finalement rangé au choix du législateur, puisque le but des restrictions était de faire face aux « nouvelles données techniques » liées à la diffusion numérique des services de télévision privés⁴⁰⁸.

Quelques mois après, la proportionnalité a conduit à la censure des dispositions contrôlées. La loi déferée devant le Conseil habilitait les autorités municipales de Paris, Lyon et Marseille à soumettre tout changement de destination d'un local commercial ou artisanal entraînant une modification de la nature de l'activité à une autorisation administrative. Pour justifier ces mesures restrictives, le gouvernement invoquait l'objectif de « sauvegarde de la diversité commerciale des quartiers ». Si le Conseil a admis le caractère d'intérêt général de cette finalité, il a conclu que les mesures en cause apportaient, « tant au droit de propriété qu'à la liberté d'entreprendre [...], une atteinte disproportionnée à l'objectif poursuivi⁴⁰⁹ ».

Le contenu de la proportionnalité comme une technique pour la protection juridictionnelle des droits fondamentaux s'est progressivement consolidé. Selon une jurisprudence qui est devenue constante en matière de liberté d'entreprendre pendant les années deux-mille :

« il est loisible au législateur d'apporter à la liberté d'entreprendre [...] des limitations liées à des exigences constitutionnelles ou justifiées par l'intérêt général, à la condition qu'il n'en résulte pas d'atteintes disproportionnées au regard de l'objectif poursuivi⁴¹⁰ ».

La proportionnalité s'est rapidement propagée à d'autres domaines⁴¹¹. C'est notamment le cas dans l'application du principe d'égalité : le Conseil exige que toute dérogation à ce principe soit justifiée par des motifs d'intérêt général, qu'elle se fonde sur des critères objectifs et rationnels en fonction des buts du législateur et qu'elle ne

⁴⁰⁷ *Ibid.*, cons. 41 s.

⁴⁰⁸ *Ibid.*, cons. 42.

⁴⁰⁹ Décision n° 2000-436 DC, 7 décembre 2000, *Loi relative à la solidarité et au renouvellement urbain*, ECLI:FR:CC:2000:2000.436.DC, cons. 20.

⁴¹⁰ Décision n° 2000-439 DC, 16 janvier 2001, *Loi relative à l'archéologie préventive*, ECLI:FR:CC:2001:2000.439.DC, cons. 14.

⁴¹¹ Décision n° 2001-452 DC, 6 décembre, 2001, *Loi portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier*, ECLI:FR:CC:2001:2001.452.DC, cons. 7.

soit pas disproportionnée au regard de son effet attendu⁴¹². Le raisonnement du juge ressemble de plus en plus à un *proportionality analysis*, au sens d'un syllogistique structuré en étapes bien définies⁴¹³. Cela se perçoit d'ailleurs par le fait que l'influence des cours étrangères et supranationales utilisant déjà ce type de raisonnement devient de plus en plus explicite dans les dossiers documentaires des décisions du Conseil. Cela a préparé le transfert de la structure de la proportionnalité dans la jurisprudence constitutionnelle quelques années par la suite.

La réception de la proportionnalité en tant que test structuré en trois étapes. Les considérations extra-juridiques étant cruciales dans l'application de la proportionnalité, il était attendu que l'instauration de la QPC lui donne un nouvel élan. Pour autant, c'est dans la procédure du contrôle *a priori* que le Conseil constitutionnel a pour la première fois annoncé la proportionnalité en tant que *proportionality analysis*.

L'affaire *Rétention de sûreté* concerne les mesures de rétention ou de surveillance de sûreté prévues dans une loi de 2008⁴¹⁴. Les mesures en cause, imposées par le juge pénal après l'exécution d'une peine de réclusion criminelle de longue durée, concernent des personnes considérées comme particulièrement dangereuses à cause d'un trouble grave de la personnalité. Le but des mesures est de prévenir la récidive dans le cas de crimes particulièrement graves, tels que le meurtre, la torture ou le viol. Elles impliquent des restrictions sérieuses aux libertés de la personne concernée, pouvant aller jusqu'à son placement en centre socio-médico-judiciaire.

Les députés et les sénateurs de l'opposition contestaient la compatibilité des mesures en cause à la présomption d'innocence et au principe *non bis in idem*. Ils relevaient d'ailleurs que la possibilité de renouveler les mesures restrictives indéfiniment, en raison d'une probabilité de récidive, était manifestement disproportionnée et qu'elle portait atteinte à la liberté individuelle et à la protection de la dignité de la personne humaine. Enfin, ils avançaient que des mesures alternatives, telles que le suivi socio-judiciaire ou la surveillance judiciaire, existaient déjà dans le code de procédure pénale, ce qui rendait la rétention et la surveillance de sûreté contraires au principe de nécessité des peines.

Le Conseil constitutionnel a rejeté les arguments tirés de la méconnaissance des principes de droit pénal, les mesures contestées n'ayant, selon lui, pas un caractère répressif. Il relève que la rétention et la surveillance de sûreté ont pour but la prévention des crimes par des personnes souffrant d'un trouble grave de la personnalité et s'appliquent indépendamment de la question de culpabilité⁴¹⁵.

⁴¹² Décision n° 2007-555 DC, 16 août 2007, *Loi en faveur du travail, de l'emploi et du pouvoir d'achat*, ECLI:FR:CC:2007:2007.555.DC, cons. 3.

⁴¹³ Décision n° 2005-528 DC, 15 décembre 2005, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2006*, ECLI:FR:CC:2005:2005.528.DC, cons. 15 ; Décision n° 2007-555 DC, précitée, cons. 3 s.

⁴¹⁴ Décision n° 2008-562 DC, 21 février 2008, *Loi relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental*, ECLI:FR:CC:2008:2008.562.DC.

⁴¹⁵ *Ibid.*, cons. 1-12.

Cela étant, les juges ne se limitent pas à ce contrôle purement externe des dispositions attaquées mais procèdent à un examen détaillé de leur contenu. Selon la motivation de leur décision :

« la rétention de sûreté et la surveillance de sûreté doivent respecter le principe, résultant des articles 9 de la Déclaration de 1789 et 66 de la Constitution, selon lequel la liberté individuelle ne saurait être entravée par une rigueur qui ne soit nécessaire ; [...] il incombe en effet au législateur d'assurer la conciliation entre, d'une part, la prévention des atteintes à l'ordre public nécessaire à la sauvegarde de droits et principes de valeur constitutionnelle et, d'autre part, l'exercice des libertés constitutionnellement garanties ; [...] les atteintes portées à l'exercice de ces libertés doivent être adaptées, nécessaires et proportionnées à l'objectif de prévention poursuivi⁴¹⁶ ».

Le Conseil a donc annoncé la proportionnalité comme une structure de raisonnement consistant en trois étapes, permettant de contrôler les restrictions législatives aux libertés. Cette version de la proportionnalité était nouvelle dans la jurisprudence constitutionnelle, où la proportionnalité recouvrait jusqu'alors le recours à des standards unitaires.

Ce qui est le plus surprenant, peut-être encore plus que l'annonce d'un raisonnement de proportionnalité par étape, est que le juge a effectivement structuré sa décision de la sorte. Le Conseil consacre les dix considérants suivants de sa décision à un examen successif de l'adéquation, de la nécessité et de la proportionnalité des mesures contestées. Le *proportionality analysis* a conduit au contrôle détaillé des dispositions législatives. Cela représente un changement important par rapport au style traditionnel des décisions constitutionnelles, qui jusqu'à récemment suivait la forme d'un syllogisme unitaire. L'influence des cours constitutionnelles étrangères, et notamment de la Cour de Karlsruhe, est d'ailleurs explicitement reconnue dans le commentaire de la décision aux *Cabiers*⁴¹⁷. Comme le révèle le dossier documentaire, la CEDH et la jurisprudence de la Cour de Strasbourg ont également été prises en considération par les juges⁴¹⁸.

La prolifération de la proportionnalité. L'instauration d'un contrôle de constitutionnalité *a posteriori* a offert de nouvelles possibilités pour l'application de la proportionnalité. Depuis 2008, le Conseil a employé le triple test dans plus de vingt décisions, la plupart d'entre elles ayant été rendues dans le cadre de la QPC. La motivation des décisions dans lesquelles la proportionnalité est employée sont parfois très détaillées, puisqu'elles consistent en une analyse distincte en trois étapes de

⁴¹⁶ *Ibid.*, cons. 13.

⁴¹⁷ « Commentaire de la décision n° 2008-562 DC du 21 février 2008 », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 24, p. 5, consulté le 4 décembre 2017, http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/download/2008562DCccc_562dc.pdf.

⁴¹⁸ *Dossier documentaire*, Décision n° 2008-562 DC, consulté le 4 décembre 2017 <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/download/2008562DCdoc.pdf>.

toutes les dispositions législatives contestées. La structure de la proportionnalité trouve son domaine principal d'application en matière de conciliation des objectifs constitutionnels, notamment dans les cas où la prévention des atteintes à l'ordre public a un effet sur des droits et libertés constitutionnellement garantis, telles que la liberté d'expression et de communication, la liberté individuelle, la liberté d'aller et de venir et le droit au respect de la vie privée et familiale. En outre, le triple test est parfois mobilisé dans le contrôle des inéligibilités électorales⁴¹⁹ ou des dérogations au principe d'égalité⁴²⁰. Dans certains domaines, la proportionnalité s'est substituée à des méthodes de raisonnement préexistantes, telles que la protection en forme d'effet cliquet parfois reconnue en matière de liberté de presse⁴²¹.

La structure tripartite de la proportionnalité a également gagné la jurisprudence du Conseil d'État, tant dans le contrôle de légalité que dans le contrôle de conventionnalité⁴²². Quant à la Cour de cassation, si elle exprime rarement son propre raisonnement en termes de proportionnalité, elle ne manque pas d'imposer un contrôle de proportionnalité approfondi et bien structuré aux juges inférieurs⁴²³. Le langage de la proportionnalité prolifère dans la jurisprudence des juges ordinaires et dans les arguments que les avocats leur présentent. Son importance ne cesse d'augmenter en pratique et on observe une explosion d'intérêt académique à son égard au cours des dix dernières années⁴²⁴. Le plus souvent, la doctrine critique l'application de la proportionnalité par les juridictions françaises et appelle à une

⁴¹⁹ Décision n° 2008-24 ELEC, 28 mai 2008, Observations du Conseil constitutionnel relatives aux élections législatives des 10 et 17 juin 2007, ECLI:FR:CC:2008:2008.24.ELEC.

⁴²⁰ Décision n° 2016-620 QPC, 30 mars 2017, *Société EDI-TV [Taxe sur la publicité diffusée par les chaînes de télévision]*, ECLI:FR:CC:2017:2016.620.QPC.

⁴²¹ Décision n° 2009-580 DC, 10 juin 2009, *Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet*, ECLI:FR:CC:2009:2009.580.DC, cons. 15.

⁴²² CE (Ass.), 16 octobre 2011, *Association pour la promotion de l'image et autres*, n° 317827, ECLI:FR:CEASS:2011:317827.20111026, concernant le contrôle de conventionnalité. CE (Ass.), 21 décembre 2012, *Société Groupe Canal Plus et autres*, n° 362347, ECLI:FR:CEASS:2012:362347.20121221, concernant le contrôle de légalité. Sur ce point, V. SAUVÉ J.-M., « Le principe de proportionnalité, protecteur des libertés », *op. cit.*

⁴²³ V., par exemple, Cass. soc., 11 mai 2010, n° 08-45307 ; Cass. soc., 17 mars 2015, n° 13-27142 ; Cass. civ. 1, 14 avril 2016, n° 14-29981. V. aussi JEULAND E., « Réforme de la Cour de cassation. Une approche non utilitariste du contrôle de proportionnalité », *La semaine juridique*, 2016, Regards d'universitaires sur la réforme de la Cour de cassation-conférence débat 24 novembre 2015, supplément au n° 1-2, p. 20-26.

⁴²⁴ V. Conseil constitutionnel, « La proportionnalité dans la jurisprudence constitutionnelle », Libreville, 2008 ; *Les petites affiches*, 2009, n° 46 ; BOUSTA R., « La spécificité du contrôle constitutionnel français de proportionnalité », *RIDC*, 2007, n° 4, p. 859 ; *Ibid.* ; KOUMPLI C., « Un essai sur la clarification de l'inférence : État de droit - principe de proportionnalité », 8^e Congrès mondial de l'Association internationale de Droit constitutionnel, Mexico, 6-10 décembre 2010 ; GOESEL-LE BIHAN V., « Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel », *Cahiers du Conseil Constitutionnel*, 2007, n° 22, Dossier : Le réalisme en droit constitutionnel ; GOESEL-LE BIHAN V., « Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel, technique de protection des libertés publiques ? », *Jus Politicum*, 2012, vol. 7 ; PRÉLOT P.-H., « L'actualité de l'arrêt Benjamin », *RFDA*, 2013, n° 5, p. 1020-1023 ; DUCLERQ J.-B., *Les mutations du contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, *op. cit.* ; JAMIN C., « Juger et motiver. Introduction comparative à la question du contrôle de proportionnalité en matière de droits fondamentaux », *Cour de cassation*, 30 mars 2015, accessible sur <https://www.courdecassation.fr/> ; DE BÉCHILLON D., « Observations sur le contrôle de proportionnalité », *La semaine juridique*, 2016, Regards d'universitaires sur la réforme de la Cour de cassation-conférence débat 24 novembre 2015, supplément au n° 1-2, p. 27-29 ; JEULAND E., « Réforme de la Cour de cassation. Une approche non utilitariste du contrôle de proportionnalité », *op. cit.* ; SAUVÉ J.-M., « Le principe de proportionnalité, protecteur des libertés », *op. cit.* ; VIGNEAU V., « Libres propos d'un juge sur le contrôle de proportionnalité », *Recueil Dalloz*, 2017, p. 123.

utilisation plus cohérente et transparente de celle-ci, à l’instar des cours supranationales et étrangères⁴²⁵.

Si la proportionnalité a pendant longtemps été un concept réservé au droit public⁴²⁶, dans sa nouvelle version en tant que structure de raisonnement elle devient une forme de connaissance que publicistes et privatistes se partagent. Sa dynamique devient ainsi envahissante. Aujourd’hui c’est en droit privé que la proportionnalité provoque des changements radicaux. Elle est même considérée comme un des facteurs principaux de la transformation institutionnelle de la Cour de cassation⁴²⁷. En effet, contrairement au modèle de raisonnement traditionnel de cette juridiction, qui représente l’application des sources du droit dans des cas concrets comme un processus mécanique, la proportionnalité exige une argumentation développée et une considération détaillée des faits et des conséquences des décisions de justice. Ainsi pose-t-elle des défis importants pour le juge de cassation⁴²⁸.

Il semble donc que, après une longue période de résistance, l’ordre juridique français soit entré dans l’ère de la proportionnalité. Cela ne s’est toutefois fait que par la construction d’une conception de la proportionnalité particulière.

3. La spécificité de la proportionnalité « à la française »

L’exclusion des faits du contrôle de proportionnalité. Il s’agit à présent de se demander plus en détail les conséquences qu’entraîne le transfert du *proportionality analysis*. Comment a-t-il affecté le raisonnement du juge constitutionnel et, plus généralement, les méthodes des juges français ?

Un élément qui surprend le lecteur de la décision *Rétention de sûreté* précédemment discutée est l’absence de faits. En effet, la première étape du raisonnement du juge, le contrôle de l’adéquation, se limite à un examen du champ d’application des dispositions en question. Le Conseil constitutionnel commence par l’identification de l’objectif des mesures contestées, à savoir la prise en charge médicale, sociale ou psychologique des personnes particulièrement dangereuses dont la récidive est très probable. Par la suite, les juges précisent que, eu égard au caractère restrictif des mesures, « la définition [de leur] champ d’application [...] doit être en adéquation avec l’existence d’un [...] trouble de la personnalité ». Après une investigation des types de criminels susceptibles de se voir infliger la mesure, les juges

⁴²⁵ BOUSTA R., « Contrôle constitutionnel de proportionnalité : la “spécificité” française à l’épreuve des évolutions récentes », *RFDC*, 2011, p. 913 ; GOESEL-LE BIHAN V., « Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel, technique de protection des libertés publiques ? », *op. cit.* ; JAMIN C., « Juger et motiver », *op. cit.* ; DUCLERQ J.-B., *Les mutations du contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, *op. cit.* ; JEULAND E., « Réforme de la Cour de cassation. Une approche non utilitariste du contrôle de proportionnalité », *op. cit.*

⁴²⁶ SEUBE J.-B., « Le contrôle de proportionnalité exercé par le juge judiciaire : Présentation générale », *Les petites affiches*, 2009, n° 46, p. 86.

⁴²⁷ Sur ce point, V. *La semaine juridique*, 2016, Regards d’universitaires sur la réforme de la Cour de cassation-conférence débat 24 novembre 2015, supplément au n° 1-2.

⁴²⁸ ZENATI-CASTAING F., « La juridictionnalisation de la Cour de cassation », *RTD Civ.*, 2016, p. 511 ; V. aussi JAMIN C., « Juger et motiver », *op. cit.*

concluent que « eu égard à l'extrême gravité des crimes visés et à l'importance de la peine prononcée par la cour d'assises, le champ d'application de la rétention de sûreté apparaît en adéquation avec sa finalité⁴²⁹ ».

Les « garanties » accordées par le code de procédure pénale jouent également un rôle important dans l'appréciation constitutionnelle de l'adéquation des mesures. La loi prévoit l'examen des personnes affectées, au moins un an avant leur libération, par une commission pluridisciplinaire. Cette commission propose le placement des individus pour une période minimale de six semaines dans un service spécialisé chargé de l'évaluation pluridisciplinaire de leur dangerosité, qui est assortie d'une expertise réalisée par deux médecins. Selon le Conseil, « ces dispositions constituent des garanties adaptées pour réserver la rétention de sûreté aux seules personnes particulièrement dangereuses parce qu'elles souffrent d'un trouble grave de la personnalité⁴³⁰ ». Le juge constitutionnel affirme l'adéquation de la rétention et de la surveillance de sûreté, sans fournir aucun élément de justification qui permet d'établir leur efficacité à atteindre la finalité annoncée.

Des observations similaires valent pour le contrôle de nécessité que le Conseil a exercé dans la même décision. Les juges constitutionnels commencent leur raisonnement en énonçant que la mesure de rétention de sûreté « ne saurait constituer une mesure nécessaire que si aucune mesure moins attentatoire à [la liberté individuelle] ne peut suffisamment prévenir la commission d'actes portant gravement atteinte à l'intégrité des personnes⁴³¹ ». Malgré cette affirmation, dont l'audace est surprenante pour une décision du Conseil, le contrôle juridictionnel mis en œuvre par la suite se limite à un examen formel du champ d'application de la loi et des garanties prévues par celle-ci. Le Conseil observe que la mesure de rétention est définie par le législateur comme une mesure exceptionnelle. Après un long examen de la procédure prévue pour placer une personne dans un centre socio-médico-judiciaire, il statue que les dispositions déferées devant lui « garantissent que la juridiction régionale de la rétention de sûreté ne pourra ordonner une mesure de rétention de sûreté qu'en cas de stricte nécessité⁴³² ». Sur ce point, le Conseil émet une réserve d'interprétation pour déléguer le contrôle de nécessité au juge d'application de la loi :

« il appartiendra, dès lors, à la juridiction régionale de la rétention de sûreté de vérifier que la personne condamnée a effectivement été mise en mesure de bénéficier, pendant l'exécution de sa peine, de la prise en charge et des soins adaptés au trouble de la personnalité dont elle souffre ; que, sous cette réserve, la rétention de sûreté applicable aux

⁴²⁹ Décision n° 2008-562 DC, précitée, cons. 14-15.

⁴³⁰ *Ibid.*

⁴³¹ *Ibid.*, cons. 17.

⁴³² *Ibid.*, cons. 18.

personnes condamnées postérieurement à la publication de la loi déferée est nécessaire au but poursuivi⁴³³ ».

Ainsi, les juges constitutionnels se contentent d'imposer une exigence de stricte nécessité dans l'application de la rétention de sûreté, sans pour autant examiner l'efficacité de la mesure dans la réhabilitation des personnes concernées ni rechercher s'il existe de solutions alternatives, portant moins atteinte aux libertés en cause tout en étant également efficaces dans la prévention de la récidive pour les crimes concernés.

La proportionnalité en tant que contrôle du *narrowly tailored*. Si, au niveau des apparences, le raisonnement du Conseil constitutionnel est très semblable au modèle professé par Robert Alexy et les adeptes de sa théorie, une étude plus approfondie révèle des différences fondamentales entre ces deux versions de la proportionnalité. Contrairement au raisonnement conséquentialiste qu'implique la proportionnalité alexyenne, le Conseil s'intéresse uniquement aux normes ; c'est le champ d'application et les garanties de la loi en cause qui jouent le rôle majeur dans sa décision finale. En réalité, ce n'est pas les effets des mesures contestées sur les droits constitutionnels qui sont examinés, ni l'efficacité de ces mesures dans la poursuite de leur but. D'ailleurs, un tel examen serait difficile dans le cadre du contrôle *a priori*. Dans l'affaire *Rétention de sûreté*, comme dans d'autres affaires où le triple test a été appliqué, le contrôle juridictionnel doit s'analyser comme un examen du caractère *narrowly tailored* des dispositions déferées : le juge s'assure que celles-ci s'appliqueront seulement dans les cas où cela est nécessaire, ni plus, ni moins. Cette « spécificité » française dans l'application de la proportionnalité a été identifiée par la doctrine, qui parle d'une interprétation formelle ou d'une « procéduralisation » du principe dans la jurisprudence constitutionnelle⁴³⁴.

Il en résulte que le type de raisonnement suivi par le Conseil dans l'application de la proportionnalité n'a en réalité rien de nouveau pour la jurisprudence constitutionnelle. En effet, le contrôle du champ d'application et des garanties de la loi fait partie des méthodes traditionnelles du juge constitutionnel et est appliquées depuis les années soixante-dix, bien avant que le langage de la proportionnalité ne gagne ce domaine⁴³⁵. D'ailleurs, la limitation du contrôle juridictionnel au niveau des normes est en pleine cohérence avec l'image traditionnelle du Conseil comme cour kelsénienne. En distinguant explicitement les trois étapes de la proportionnalité, le juge constitutionnel annonce l'introduction d'une nouvelle méthode juridictionnelle ; pour autant, dans l'application de cette méthode, il est resté dans son rôle traditionnel de répartition des compétences entre le Parlement, l'exécutif et le juge ordinaire.

⁴³³ *Ibid.*, cons. 21. Le Conseil a suivi un raisonnement très similaire dans le considérant 23, concernant la durée des mesures.

⁴³⁴ BOUSTA R., « La spécificité du contrôle constitutionnel français de proportionnalité », *op. cit.*, p. 875. V. aussi BOUSTA R., « Contrôle constitutionnel de proportionnalité : la "spécificité" française à l'épreuve des évolutions récentes », *op. cit.*

⁴³⁵ Pour un exemple célèbre où ce mode de raisonnement est suivi, V. la Décision n° 79-105 DC, 25 juillet 1979, *Loi modifiant les dispositions de la loi n° 74-696 du 7 août 1974 relatives à la continuité du service public de la radio et de la télévision en cas de cessation concertée du travail*, ECLI:FR:CC:1979:79.105.DC (concernant le droit de grève).

Selon un raisonnement habituellement suivi par le Conseil dans ce contexte, il incombe aux autorités d'application de la loi de s'assurer du caractère proportionné des mesures contestées⁴³⁶.

L'exclusion des valeurs du contrôle de proportionnalité. Une autre particularité de la décision *Rétention de sûreté* est que la solution matérielle à laquelle le juge est arrivé n'avait rien de révolutionnaire non plus. Cela explique d'ailleurs que la décision ait fortement été critiquée par la doctrine constitutionnelle, et ceci malgré le fait qu'elle soit incluse dans la collection des *Grandes décisions*. En effet, le long et détaillé contrôle de proportionnalité auquel le juge a procédé n'a entraîné aucune remise en cause générale des choix du Parlement. Cela alors que les mesures en cause vont à l'encontre d'un des éléments les plus fondamentaux du droit pénal français, à savoir son caractère répressif. L'examen formel et fragmenté du champ et des modalités d'application de certaines dispositions, auquel le Conseil procède, donne l'impression d'un juge qui « filtre le moustique et laisse passer le chameau⁴³⁷. »

Tout cela indique que le contrôle de proportionnalité tel qu'appliqué par le Conseil constitutionnel exclut non seulement la considération des faits et des conséquences, mais aussi des valeurs. En effet, ce contrôle n'implique pas la contestation des choix normatifs du Parlement. Il est significatif que la première étape du modèle alexyen, le contrôle des buts du législateur, ne fasse pas partie de la version française de la proportionnalité. Le plus souvent, la légitimité des objectifs poursuivis par la loi est affirmée *in abstracto*, à travers leur rattachement à des notions indéterminées, comme l'ordre public, les objectifs de valeur constitutionnelle ou l'intérêt général⁴³⁸. Le Conseil, qui ne dispose pas d'un « pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement », ne met pas en cause les choix politiques ou moraux de ce dernier⁴³⁹.

L'exclusion des valeurs est aussi évidente dans l'application du contrôle de la proportionnalité *stricto sensu*. Dans l'affaire *Rétention de sûreté*, la troisième étape du raisonnement du juge, n'est pas très différente des deux étapes précédentes : le juge se livre à un contrôle des garanties prévues par la loi. Il réitère le rôle de la commission pluridisciplinaire et des experts dans la procédure d'application des mesures, avant d'examiner la composition de la juridiction compétente pour les

⁴³⁶ Dans le même sens, V. BOUSTA R., « La spécificité du contrôle constitutionnel français de proportionnalité », *op. cit.*, p. 866-867.

⁴³⁷ V. RIVERO J., « Note sous décision n° 80-127 DC », *AJDA*, 1981, p. 275 ; WACHSMANN P., « Des chameaux et des moustiques. Réflexions critiques sur le Conseil constitutionnel », V. CHAMPEIL-DESPLATS et N. FERRE (dir.), *Billet d'humeur en l'honneur de Danièle Lochak*, Paris, LGDJ, 2007, p. 279, cité par CHAMPEIL-DESPLATS V., « Le Conseil constitutionnel a-t-il une conception des libertés publiques ? », *Jus Politicum*, 2012, n° 7 note 89.

⁴³⁸ BOUSTA R., « Contrôle constitutionnel de proportionnalité : la "spécificité" française à l'épreuve des évolutions récentes », *op. cit.* ; BOUSTA R., « La spécificité du contrôle constitutionnel français de proportionnalité », *op. cit.*

⁴³⁹ Voir, par exemple, Décision n° 2010-2 QPC, 11 juin 2010, *Loi dite "anti-Perruche"*, ECLI:FR:CC:2010:2010.2.QPC, cons. 4 ; Décision n° 2008-564 DC, 19 juin 2008, OGM, ECLI:FR:CC:2008:2008.564.DC, cons. 34 ; Décision n° 2012-249 QPC, 16 mai 2012, *Société Cryo-Save France [Prélèvement de cellules du sang de cordon ou placentaire ou de cellules du cordon ou du placenta]*, ECLI:FR:CC:2012:2012.249.QPC, cons. 7-8.

prononcer et les droits procéduraux accordées aux personnes concernées. Enfin, il souligne que les mesures restrictives peuvent être levées à tout moment par le juge de la rétention de sûreté, après considération des circonstances de droit ou de fait. Le Conseil conclut que :

« dès lors, le législateur a assorti la procédure de placement en rétention de sûreté de garanties propres à assurer la conciliation qui lui incombe entre, d'une part, la liberté individuelle dont l'article 66 de la Constitution confie la protection à l'autorité judiciaire et, d'autre part, l'objectif de prévention de la récidive poursuivi⁴⁴⁰ ».

Contrairement au modèle « global » de la proportionnalité ou à sa version dans la jurisprudence de la Cour de Karlsruhe, l'application de la proportionnalité par le Conseil constitutionnel n'implique pas la mise en balance de valeurs constitutionnelles antagonistes. C'est le législateur et non le juge qui doit assurer la conciliation entre les règles et les principes de valeur constitutionnelle qui s'appliquent dans le cas d'espèce. En continuité avec sa perception traditionnelle en droit administratif, la proportionnalité en droit constitutionnel peut donc s'analyser en une exigence factuelle d'adaptation aux circonstances. Par conséquent, son application incombe aux autorités d'application de la loi, qui sont en prise directe avec le cas d'espèce et ont accès aux faits.

L'application de la proportionnalité dans le contexte de l'état d'urgence.

Le formalisme et la réserve du Conseil constitutionnel vis-à-vis du législateur sont encore plus évidents dans la série des cas portant sur les pouvoirs de police étendus accordés à l'administration dans le cadre de l'état d'urgence. Dans ce contexte, un grand nombre des mesures restrictives, notamment des perquisitions et des saisies administratives ou de assignations à résidence, ont été contestées au moyen de la QPC. Si le Conseil reconnaît généralement le caractère restrictif des mesures en cause pour les droits et les libertés des requérants dans ces affaires, il ne conteste jamais la légitimité de la déclaration de l'état d'urgence en principe. Selon une jurisprudence constante en la matière :

« la Constitution n'exclut pas la possibilité pour le législateur de prévoir un régime d'état d'urgence ; [...] il lui appartient, dans ce cadre, d'assurer la conciliation entre, d'une part, la prévention des atteintes à l'ordre public et, d'autre part, le respect des droits et libertés reconnus à tous ceux qui résident sur le territoire de la République⁴⁴¹ ».

⁴⁴⁰ Décision n° 2008-562 DC, précitée, cons 22.

⁴⁴¹ Décision n° 2015-527 QPC, 22 décembre 2015 *M. Cédric D.* [Assignations à résidence dans le cadre de l'état d'urgence], ECLI:FR:CC:2015:2015.527.QPC, cons. 8 ; V. aussi Décision n° 2017-624 QPC, 16 mars 2017, *M. Sofiyon I.* [Durée maximale de l'assignation à résidence dans le cadre de l'état d'urgence], ECLI:FR:CC:2017:2017.624.QPC, cons. 13 ; Décision n° 2016-536 QPC, 19 février 2016, *Ligue des droits de l'homme* [Perquisitions et saisies administratives dans le cadre de l'état d'urgence], ECLI:FR:CC:2016:2016.536.QPC, cons. 5 ; Décision n° 2016-600 QPC, 2 décembre 2016, *M. Raïme A.* [Perquisitions administratives dans le cadre de l'état d'urgence III], ECLI:FR:CC:2016:2016.600.QPC, cons. 6.

Dans certains cas, le juge constitutionnel semble imposer des limites au pouvoir du législateur, en rappelant que l'état d'urgence est « un régime de pouvoirs exceptionnels dont les effets doivent être limités dans le temps et l'espace et qui contribue à prévenir le péril imminent ou les conséquences de la calamité publique auxquels le pays est exposé⁴⁴² ». Pour autant, ce rappel n'a jamais amené le Conseil à un contrôle de la nécessité de la déclaration de l'état d'urgence sur le territoire français ni de sa prolongation pour un peu moins de deux ans. L'attitude du Conseil est donc quelque peu différente de ce que l'on attendrait d'une cour constitutionnelle dans une « culture de justification ».

La conciliation des valeurs constitutionnelles antagonistes étant une compétence du Parlement, le contrôle de proportionnalité se borne à un examen des garanties procédurales prévues par la législation⁴⁴³. Le Conseil prononce parfois des réserves d'interprétation concernant le champ d'application des mesures contestées⁴⁴⁴. Il arrive même que ce contrôle formel mène à la censure de certaines dispositions⁴⁴⁵. Pour autant, dans la plupart des cas, l'application du principe de proportionnalité est déléguée aux juridictions ordinaires. Le juge constitutionnel exige classiquement que l'application des mesures restrictives soit justifiée et proportionnée aux raisons l'ayant motivée dans le cadre de l'état d'urgence. Selon la jurisprudence constante en la matière, « le juge administratif est chargé de s'assurer que cette mesure est adaptée, nécessaire et proportionnée à la finalité qu'elle poursuit⁴⁴⁶ ». En principe, les pouvoirs de police étendus de l'administration dans le cadre de l'état d'urgence ont donc été jugés compatibles aux droits et libertés que la Constitution garantit.

Plus ça change, plus c'est la même chose. Ainsi, le développement retentissant de la proportionnalité en droit constitutionnel français n'a pas radicalement remis en cause le formalisme traditionnel des décisions de justice, pas plus qu'il n'a poussé le Conseil constitutionnel à revenir sur sa réserve traditionnelle vis-à-vis des choix du Parlement. Les considérations de fait et de valeur restent externes au contrôle de proportionnalité. Les commentateurs attentifs de la jurisprudence constitutionnelle observent que l'affirmation explicite de la proportionnalité en tant que méthode de contrôle en 2008 n'est qu'« une apparence trompeuse d'innovation⁴⁴⁷ ». Il est d'ailleurs significatif que la structure de la proportionnalité a été pour la première fois annoncée dans le cadre du contrôle *a*

⁴⁴² Décision n° 2016-536 QPC, précitée, cons. 12.

⁴⁴³ *Ibid.*, cons. 9-11.

⁴⁴⁴ Décision n° 2017-624 QPC, précitée, cons. 17.

⁴⁴⁵ Ceci a notamment été le cas pour la possibilité donnée à l'autorité administrative de copier toutes les données informatiques auxquelles elle a pu accéder au cours d'une perquisition, sans intervention du juge, V. Décision n° 2016-536 QPC, précitée, cons. 14. Concernant la possibilité de l'administration de conserver ces données informatiques, V. Décision n° 2016-600 QPC, précitée, cons. 16. Récemment, le Conseil a censuré la criminalisation de la consultation habituelle de sites internet terroristes, V. Décision n° 2016-611 QPC, 10 février 2017, *M. David P. [Délict de consultation habituelle de sites internet terroristes]*.

⁴⁴⁶ Décision n° 2015-527 QPC, précitée, cons. 12 ; Décision n° 2017-624 QPC, précitée, cons. 17 ; Décision n° 2016-536 QPC, précitée, cons. 10. Voir aussi CE (Ass.), 6 juillet 2016, n° 398234, ECLI:FR:CEASS:2016:398234.20160706.

⁴⁴⁷ BOUSTA R., « Contrôle constitutionnel de proportionnalité : la "spécificité" française à l'épreuve des évolutions récentes », *op. cit.*, p. 14.

priori. Le raisonnement du juge au sein de son application reste abstrait et objectif et n'empêche pas de changements radicaux par rapport aux méthodes de contrôle préexistantes.

Jusqu'à récemment, l'adoption de la structure de raisonnement tripartite de la proportionnalité n'avait pas apporté de changements radicaux dans les méthodes des juges ordinaires non plus. Tant en droit public qu'en droit privé, la proportionnalité restait une question factuelle dont l'appréciation était déléguée aux juridictions inférieures ou aux autorités d'application de la loi, selon les circonstances de l'espèce⁴⁴⁸. Dans le cadre du référé-liberté, le Conseil d'État, soucieux de ne pas excéder sa compétence en tant que juge de l'urgence, se refusait le pouvoir d'apprécier la proportionnalité des mesures restrictives attaquées. Malgré l'utilisation du langage de proportionnalité, son contrôle se bornait à la vérification de la réalité et de la gravité des risques des troubles à l'ordre public invoqués par l'administration⁴⁴⁹. Il portait donc sur les motifs de l'exercice des pouvoirs de police de l'administration et non sur l'objet et les effets des actes contestés.

L'application incohérente de la proportionnalité. Les méthodes du juge n'ayant pas radicalement changé, il semblerait que la seule innovation apportée par la décision *Rétention de sûreté* soit finalement l'établissement de la proportionnalité en tant que structure de raisonnement appliquée au contrôle des mesures restrictives des droits et libertés. Néanmoins, dans la jurisprudence postérieure, le triple test n'est pas appliqué de façon constante. L'annonce des étapes de l'analyse de proportionnalité conduit rarement le juge à structurer son raisonnement selon celles-ci. Quand le Conseil constitutionnel ne délègue pas leur application aux juridictions ordinaires, le respect des exigences d'adaptation, de nécessité et de proportionnalité est le plus souvent affirmé dans une seule phrase, après une référence au but du législateur et au champ d'application des normes concernées⁴⁵⁰.

Privée de sa fonction principale de mise en balance de valeurs constitutionnelles antagonistes, la proportionnalité perd son intégrité structurelle. Le vocabulaire de la proportionnalité n'implique alors pas une forme ni une intensité de contrôle particulière. Le plus souvent, son utilisation consiste en l'emploi du standard de « disproportion », dont l'application, censée être évidente, n'appelle pas la

⁴⁴⁸ V. Cass. civ. 1, 5 juillet 2017, n° 16-22183 ; CE, 9 novembre 2015, *Le Mur (Dieudonné)*, n° 376107, ECLI:FR:CESSR:2015:376107.20151109, cons. 6. En ce sens, Jean-Marc Sauvé souligne que le changement apporté par l'application du triple test de la proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil d'État est « plus formel que substantiel ». V. SAUVÉ J.-M., « Le principe de proportionnalité, protecteur des libertés », *op. cit.*

⁴⁴⁹ V. CE ord., 9 janvier 2014, *Ministre de l'intérieur c/ Société Les Productions de la Plume et M. Dieudonné M'Bala M'Bala*, ECLI:FR:CEORD:2014:374508.20140109, n° 374508, cons. 5 s. ; CE ord., 6 février 2015, *Commune de Cournon d'Auvergne*, n° 387726, ECLI:FR:CEORD:2015:387726.20150206, cons. 5 s., (sur le spectacle de Dieudonné) ; V. aussi CE ord., 26 août 2016, *Ligue des droits de l'homme et autres - association de défense des droits de l'homme collectif contre l'islamophobie en France*, n° 402742, 402777, ECLI:FR:CEORD:2016:402742.20160826, cons. 5s. (sur le burkini) et CE ord., 27 janvier 2016, *Ligue des droits de l'homme et autres*, n° 396220, ECLI:FR:CEORD:2016:396220.20160127, cons. 8 (sur la prorogation de l'état d'urgence). Cela a changé avec l'ordonnance *Gonzalez-Gomez*, sur laquelle V. *infra*, Partie III, chapitre 9.1.

⁴⁵⁰ Décision n° 2008-571 DC, 11 décembre 2008, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2009*, ECLI:FR:CC:2008:2008.571.DC, cons. 14.

justification du juge. L'absence de transparence de la jurisprudence en la matière est accentuée par le fait que le Conseil alterne entre un contrôle minimal et un contrôle plein de proportionnalité, sans donner d'explications sur le standard appliqué⁴⁵¹.

Dans certaines matières, on peut discerner quelques modes de raisonnement typiques dans la jurisprudence constitutionnelle. C'est notamment le cas en matière de droit au respect de la vie privée. Le Conseil constitutionnel a souvent exigé que les atteintes portées par le législateur soient « justifié[s] par un motif d'intérêt général et mis[es] en œuvre de manière adéquate et proportionnée à cet objectif⁴⁵². » De façon similaire, concernant le droit de propriété, après un raisonnement de dogmatique juridique classique, où le juge censure des éventuelles privations de ce droit, il déclare que « les atteintes portées à ce droit doivent être justifiées par un motif d'intérêt général et proportionnées à l'objectif poursuivi⁴⁵³ ». Néanmoins, même ces formulations concises du *proportionality analysis* ont été abandonnées dans les cas concernant les perquisitions et saisies administratives dans le cadre de l'état d'urgence. Dans cette série des cas, le juge constitutionnel s'est généralement limité à affirmer, sans justification supplémentaire, que le législateur avait opéré « une conciliation qui n'est pas manifestement déséquilibrée entre [les droits et libertés constitutionnels en cause] et l'objectif de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public⁴⁵⁴ ».

L'incohérence dans l'application de la proportionnalité est accentuée du fait de la persistance de sa version traditionnelle en tant que règle mathématique en matière d'imposition ou de sanction⁴⁵⁵. Dans la décision *Loi de finances pour 2003*, le Conseil a même appliqué la proportionnalité en tant que principe de prudence financière, un raisonnement qui fait écho à la jurisprudence du bilan élaborée par le Conseil d'État⁴⁵⁶. De plus, depuis 2005, la Charte de l'environnement a été annexée au Préambule de la Constitution de 1958, en ajoutant ainsi encore une version de la proportionnalité dans le discours constitutionnel français. En effet, dans son article 5, la Charte impose aux autorités publiques de veiller à l'adoption « de mesures provisoires et proportionnées » afin de parer à la réalisation d'un dommage qui pourrait affecter de manière grave et irréversible l'environnement⁴⁵⁷.

Si la proportionnalité connaît un retentissement sans précédent en droit constitutionnel français, sa forme et sa fonction résultent donc plus des circonstances

⁴⁵¹ V., par exemple, Décision n° 2010-71 QPC, 26 novembre 2010, *Mlle Danielle S. [Hospitalisation sans consentement]*, ECLI:FR:CC:2010:2010.71.QPC, cons. 32 où le juge applique un standard de disproportion manifeste ; V. aussi Décision n° 2013-318 QPC, 7 juin 2013, *M. Mohamed T. [Activité de transport public de personnes à motocyclette ou tricycle à moteur]*, ECLI:FR:CC:2013:2013.318.QPC, cons. 14.

⁴⁵² V., par exemple, Décision n° 2016-591 QPC, 21 octobre 2016, *Mme Helen S. [Registre public des trusts]*, ECLI:FR:CC:2016:2016.591.QPC, cons. 3.

⁴⁵³ Décision n° 2015-524 QPC, 2 mars 2016, *M. Abdel Manane M. K. [Gel administratif des avoirs]*, ECLI:FR:CC:2016:2015.524.QPC, cons. 14.

⁴⁵⁴ Décision n° 2016-600 QPC, précitée, cons. 21 ; Décision n° 2016-536 QPC, précitée, cons. 12.

⁴⁵⁵ V., par exemple, Décision n° 2008-564 DC, précitée, cons. 34.

⁴⁵⁶ Décision n° 2002-464 DC, 22 décembre 2001, *Loi de finances pour 2003*, ECLI:FR:CC:2002:2002.464.DC, cons. 34.

⁴⁵⁷ Pour une application de cette version de la proportionnalité, V. Décision n° 2008-564 DC, précitée, cons. 18.

de l'espèce que d'une conception fixe, partagée par l'ensemble des juristes locaux. Son succès n'a pas été accompagné d'une théorie générale des droits constitutionnels. Son application semble dépendre de la façon dont le juge choisit de formuler le problème constitutionnel devant lui. Même les auteurs qui étaient les plus optimistes concernant la possibilité d'établir la cohérence de la jurisprudence constitutionnelle expriment des doutes sur la rationalité des choix du Conseil⁴⁵⁸. Quant aux plus sceptiques, notamment les réalistes et les normativistes, quand ils s'intéressent à la proportionnalité, c'est pour la classer parmi les armes argumentatives des juges constitutionnels dans leur effort de légitimer leurs décisions⁴⁵⁹. À l'instar du discours des droits fondamentaux qui l'entoure, l'utilisation de la proportionnalité dans les décisions constitutionnelles laisse le lecteur avec une image « impressionniste » de son contenu et de sa fonction : construite au cas par cas, elle imposée comme relevant de l'évidence aux destinataires de la jurisprudence constitutionnelle⁴⁶⁰.

La confusion générale concernant le contenu de la proportionnalité est encore plus forte dans la jurisprudence des juges ordinaires. Il est significatif à cet égard que plusieurs auteurs de la doctrine comprennent la proportionnalité comme une méthode d'équité dont la mobilisation pose un problème par rapport au principe de sécurité juridique⁴⁶¹. En droit privé, l'application de la proportionnalité est caractérisée par « des tâtonnements, des approximations et des hésitations » concernant sa forme et son ampleur⁴⁶². À titre d'exemple, la question majeure de savoir si la proportionnalité jouit d'un effet horizontal dans les relations entre personnes privées n'est pas clairement tranchée. La Cour de cassation n'applique d'ailleurs pas le triple test de la proportionnalité, une attitude qui a récemment provoqué la critique de la Cour EDH⁴⁶³. Malgré les appels des privatistes français en faveur d'un test de proportionnalité « propre à la Cour de cassation⁴⁶⁴ », force est de constater que celui-ci n'a toujours pas été véritablement inventé. En droit administratif, l'application incohérente de la proportionnalité donne l'impression

⁴⁵⁸ V., par exemple, GOESEL-LE BIHAN V., « Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel », *op. cit.*, p. 277 : « La complexité du tableau que dessine la jurisprudence récente n'en est pas moins réelle, au point que l'existence d'une rationalité – consciente ou non – de détail de la jurisprudence constitutionnelle peut parfois être mise en doute ».

⁴⁵⁹ V. BRUNET P., « Le juge constitutionnel est-il un juge comme les autres ? Réflexions méthodologiques sur la justice constitutionnelle », Institut de recherches Carré de Malberg, *La notion de « justice constitutionnelle »*, Paris, Dalloz, 2005 (pour les réalistes). L'analyse de Pierre Brunet concerne la technique de mise en balance en droit constitutionnel plus généralement. En ce qui concerne les normativistes, V. KOUMPLI C., « Un essai sur la clarification de l'inférence », *op. cit.*

⁴⁶⁰ CHAMPEIL-DESPLATS V., « Le Conseil constitutionnel a-t-il une conception des libertés publiques ? », *op. cit.*, not. section I.

⁴⁶¹ Pour quelques exemples, V. CADIET L., « Introduction », *La semaine juridique*, 2016, Regards d'universitaires sur la réforme de la Cour de cassation-conférence débat 24 novembre 2015, supplément au n° 1-2, p. 13 ; LOUVEL B., « Réflexions à la Cour de cassation : contribution à la refondation de la Justice », *La semaine juridique*, 2016, Regards d'universitaires sur la réforme de la Cour de cassation – conférence débat 24 novembre 2015, supplément au n° 1-2, p. 1. *Contra* DE BECHILLON D., « Observations sur le contrôle de proportionnalité », *op. cit.*

⁴⁶² SEUBE J.-B., « Le contrôle de proportionnalité exercé par le juge judiciaire : Présentation générale », *op. cit.*, p. 86.

⁴⁶³ CJUE, *Henrioud c. France*, 5 novembre 2015, n° 21444/11.

⁴⁶⁴ JEULAND E., « Réforme de la Cour de cassation. Une approche non utilitariste du contrôle de proportionnalité », *op. cit.*, p. 20.

d'une méthode « protéiforme et en mutation⁴⁶⁵ ». Les efforts des publicistes pour trouver une cohérence en la matière se traduisent par des systématisations techniques et complexes qui donnent le « vertige » et « mal à la tête » à ceux qui cherchent à les comprendre⁴⁶⁶.

Plus ça change, plus c'est la même chose. Les avancées les plus importantes du contrôle juridictionnel français ont eu lieu sans recours au langage de la proportionnalité. Quand ce langage a finalement gagné la jurisprudence, il n'a pas apporté des changements importants par rapport aux méthodes juridictionnelles préexistantes. Même l'introduction de la structure tripartite de la proportionnalité n'a pas conduit les juges français à argumenter explicitement sur les valeurs ni à considérer explicitement les faits et les conséquences dans leur décisions. Loin de guider le juge pendant la mise en balance des droits constitutionnels, la proportionnalité consiste en un raisonnement formaliste similaire à celui qui préexistait son apparition. Loin d'augmenter la transparence du raisonnement juridictionnel, son application variable provoque la confusion. La proportionnalité n'a d'ailleurs pas toujours de fonction précise dans le raisonnement juridictionnel et, dans certaines matières, son application n'est qu'indirectement liée aux droits fondamentaux. L'utilisation du langage de la proportionnalité en France est très loin de ce que professe la théorie alexyenne ; c'est d'ailleurs pourquoi les auteurs locaux parlent avec raison d'une spécificité française sur ce point.

Cela n'a toutefois pas empêché les juristes français de considérer la proportionnalité comme une notion omniprésente, qui aurait toujours guidé l'évolution du contrôle juridictionnel. En réalité, depuis son apparition dans les années soixante-dix, la proportionnalité a servi beaucoup plus l'analyse doctrinale de la jurisprudence que la justification des décisions de justice elles-mêmes. Sa fonction est d'établir la continuité de la jurisprudence, en faisant écho à une valeur morale ou politique. Conçue comme une méthode juridictionnelle, elle regroupe sous son nom toutes les instances où le juge applique la loi de façon réaliste à la recherche d'un certain équilibre. C'est pour cela que, dans le contexte français, le concept de *contrôle de proportionnalité* est plus important que celui de *principe de proportionnalité*.

Il semble donc qu'en droit français, la proportionnalité ne représente pas un outil juridictionnel qui circulerait entre juridictions, mais plutôt une *connaissance*, voire un *sens commun* partagés par les juristes locaux. Elle fait partie de l'appareil conceptuel leur permettant de déchiffrer, de reconstruire et d'influencer la pratique juridictionnelle qu'ils décrivent. Les choses sont très différentes dans le contexte anglais, où la proportionnalité est un outil juridique concret et bien défini, dont la fonction rompt avec les modes et les méthodes de raisonnement préexistants.

⁴⁶⁵ KALFLÈCHE G., « Le contrôle de proportionnalité exercé par les juridictions administratives », *op. cit.*

⁴⁶⁶ SEUBE J.-B., « Le contrôle de proportionnalité exercé par le juge judiciaire : Présentation générale », *op. cit.*, p. 86.

CHAPITRE 2

La diffusion de la proportionnalité en droit public anglais : *continuity and change*⁴⁶⁷

Introduction. L'histoire de la proportionnalité en droit public anglais est une histoire de transformation continue, transformation du contenu, de la forme et de la fonction que prend le langage de la proportionnalité, mais aussi de la culture dans laquelle il est utilisé. À l'origine, la proportionnalité était une notion marginale qui recevait peu d'intérêt de la part des juristes locaux. Aujourd'hui, au contraire, elle est devenue une notion centrale qui fait l'objet de nombreux débats doctrinaux et contribue même à changer de façon importante la manière dont ces débats s'expriment. Ce chapitre propose un récit du parcours singulier de la proportionnalité dans le contexte anglais.

L'analyse se concentre sur la motivation des décisions de justice et, dans ce sens, coïncide largement avec la narration dominante des juristes anglais sur la diffusion de la proportionnalité. En effet, contrairement à leurs collègues français, qui perçoivent la proportionnalité comme une valeur irriguant les normes et les méthodes juridiques, les juristes du *common law* l'ont dès l'origine perçue comme un outil concret et ils ont accordé de l'importance aux changements structurels que son utilisation emporte sur le raisonnement du juge, notamment dans le cadre du contrôle juridictionnel des autorités publiques⁴⁶⁸. Dans leurs études concernant l'application de la proportionnalité par les juridictions internes, ils ont généralement cherché les similarités et les différences entre la proportionnalité et les modes de raisonnement traditionnels, notamment le standard de *Wednesbury unreasonableness*. La forme et la fonction de la proportionnalité dans la motivation des décisions de justice a toujours fait partie du contenu conceptuel du terme « proportionnalité ». Les études juridiques sur le sujet sont pendant longtemps restées fidèles à la description de la pratique jurisprudentielle, au détriment de la construction d'une théorie cohérente de la proportionnalité qui guiderait son application.

Ainsi, les juristes anglais ne devraient en principe pas être surpris en lisant ce chapitre. Ce qui le distingue d'une étude classique sur la proportionnalité dans ce contexte est le détail de l'analyse de certaines étapes de son évolution, ainsi que

⁴⁶⁷ Cette expression est souvent utilisée par les juristes locaux dans la description de l'évolution de la constitution du *common law*. V. ALLISON J., *The English Historical Constitution: Continuity, Change and European Effects*, Cambridge, CUP, 2007, p. 205 ; QVORTRUP M. (dir.), *The British Constitution: Continuity and Change: A Festschrift for Vernon Bogdanor*, Oxford, Hart, 2013.

⁴⁶⁸ À cet égard, il est significatif que, dans son étude du système français datant de 1986, John Bell distingue le contrôle de l'erreur manifeste de la proportionnalité, contrairement au sens commun français à l'époque. V. BELL J., « The Expansion of Judicial review over Discretionary Powers in France », *PL*, 1986, p. 99-121.

l'absence de prise de position sur le débat « *proportionality v. Wednesbury*⁴⁶⁹ ». La question de la propagation de la proportionnalité dans le *common law*, qui concentre l'essentiel de l'attention des juristes anglais, sera discutée dans la deuxième partie de ce travail.

Le droit anglais ne disposant pas d'une juridiction distincte de droit public, dérogoire du droit commun, c'est en droit privé que l'on trouve les premières utilisations du vocabulaire de la proportionnalité. Pourtant, les débats sur la proportionnalité ont très vite acquis une importance particulière dans le cadre du contrôle juridictionnel de l'administration. Les juristes anglais ont commencé à percevoir la proportionnalité comme un concept du droit public, même quand elle était utilisée dans le cadre du droit privé. Aujourd'hui, c'est en droit public, et plus précisément en droit constitutionnel, que la proportionnalité exerce sa dynamique transformatrice. Cela explique le titre de ce chapitre.

Toutefois, suivant le conseil de Lord Wilberforce, le terme « droit public » est ici utilisé avec précaution. Dans ce contexte, il ne désigne pas une catégorie distincte de normes et de procédures, comme c'est le cas dans les systèmes de *civil law*. Il faut insister sur le fait que, « en principe, le droit public anglais ne s'attache pas aux principes mais aux recours⁴⁷⁰ ». À ce titre, certains observateurs de la tradition du *common law* considèrent que le transfert de l'opposition entre droit public et droit privé dans le contexte anglais est la « transplantation irréfléchie » d'une distinction étrangère⁴⁷¹.

Par ailleurs, le lecteur aura peut-être noté que cette analyse porte sur le droit public *anglais*. Si des observations similaires pourraient souvent s'appliquer au Pays de Galles, à l'Irlande du Nord et même à l'Écosse, l'étude de ces pays impliquerait nécessairement la considération de leurs particularités institutionnelles, doctrinales et culturelles. Certes, ceci rendrait l'analyse plus complète mais aussi plus compliquée. Le choix d'exclure l'étude des régions décentralisées du Royaume-Uni n'implique aucun jugement sur l'intérêt que celles-ci présenteraient, mais découle plutôt du souci de délimiter le champ de la recherche.

L'intérêt des juristes anglais pour la proportionnalité est caractérisé par un *crescendo* impressionnant. Pendant les années soixante-dix, il n'y a pas d'écrits consacrés à son étude, on trouve seulement quelques utilisations éparses du vocabulaire de la proportionnalité dans la jurisprudence. Si les travaux des premiers promoteurs de la proportionnalité sont parus dans les années quatre-vingt, l'utilisation du langage de la proportionnalité reste très limitée durant cette période, tant dans la jurisprudence que dans les écrits académiques. Pendant les années

⁴⁶⁹ V., par exemple, l'étude de DAVIS A. et J. WILLIAMS, « Proportionality in English law », S. RANCHORDÁS et B.W.N. de WAARD (dir.), *The Judge and the Proportionate Use of Discretion: A Comparative Study*, Abington, Routledge, 2015, p. 73-108, qui comprend tous ces éléments.

⁴⁷⁰ *Davy c. Spelthorne Borough Council* [1983] 3 All ER 278 (CA, 13 octobre 1983), p. 285, cité par ALLISON J., *A Continental Distinction in the Common Law: A Historical and Comparative Perspective on English Public Law*, Oxford ; New York, OUP, 1996, p. 12.

⁴⁷¹ *Ibid.*, p. 108.

quatre-vingt-dix, la proportionnalité commence à attirer l'intérêt des juristes et fait son apparition dans la plupart des manuels de droit administratif. Pour autant, pendant une décennie, les juges rejettent son application dans le cadre du contrôle juridictionnel de l'administration, ce qui contrarie son épanouissement conceptuel. En effet, pour les juristes anglais, une théorie de la proportionnalité détachée des modes de raisonnement observés dans les décisions juridictionnelles serait difficile à imaginer. Initialement le retentissement de la proportionnalité en droit public anglais a donc trouvé un obstacle majeur dans le formalisme analytique qui caractérise traditionnellement la pensée juridique dans ce contexte (**Section 1**). C'est seulement depuis l'incorporation de la CEDH en droit interne que la proportionnalité a acquis une dynamique propre, pour finalement être considérée aujourd'hui comme une notion cruciale du droit public anglais, tant en doctrine qu'en pratique (**Section 2**).

Section 1. La proportionnalité avant le *Human Rights Act*

L'héritage de Dicey. Le droit anglais est un cas bien connu de résistance au succès de la proportionnalité. Cela, comme d'autres traits de l'exceptionnalisme anglais, est souvent imputé à la tradition diceyenne. Bien que les écrits d'Albert Venn Dicey, mort en 1922, soient considérés comme excentriques par les commentateurs contemporains, ils ont eu une énorme influence sur le droit anglais et sur le *common law*, au point que leur auteur est aujourd'hui présenté comme « le haut prêtre de l'orthodoxie constitutionnelle⁴⁷² ». Les fondements de l'approche diceyenne du droit constitutionnel sont le principe de souveraineté parlementaire [*parliamentary sovereignty*] et le règne de la loi [*rule of law*].

Le principe de souveraineté parlementaire désigne la souveraineté de la Couronne en matière législative, qui s'exerce au sein du Parlement ; ce que les anglais appellent *Crown-in-Parliament*. La justification de ce principe repose sur la croyance que le processus démocratique assure la liberté des citoyens. Dans ce contexte, l'idée de souveraineté exclut tout type de contrôle de constitutionnalité sur l'action du Parlement. D'ailleurs, le Royaume-Uni ne possède pas de constitution écrite et les actes parlementaires ne lient pas les Parlements futurs. C'est l'agencement de freins et contrepoids [*checks and balances*], au sein de la procédure parlementaire mais aussi dans le fonctionnement du régime, qui garantissent la protection effective des droits civils.

Quant au principe du *rule of law*, le règne du droit, il peut être vu comme l'équivalent anglais de l'État de droit. Traditionnellement, il n'implique pas le respect de normes matérielles, mais seulement formelles et procédurales. Il n'impose pas de valeurs particulières à l'action publique ; il s'agit plutôt d'une aspiration politique qui exige principalement l'égalité devant la loi et l'absence de pouvoir ou de sanction arbitraire, l'exclusion de la raison d'État et l'uniformité des juridictions chargées de la

⁴⁷² LOUGHLIN M., *Public Law and Political Theory*, Oxford ; New York, Clarendon Press ; OUP, 1992, p. 140 ; cité par WALTERS M., « Dicey on Writing the Law of the Constitution », *Oxford Journal of Legal Studies*, 2012, vol. 32, n° 1, p. 23.

résolution des litiges. Comme l'explique Martin Loughlin, le règne du droit désigne l'aspiration pour le règne *universel* du droit *ordinaire*⁴⁷³.

Le principe d'égalité est central dans la tradition diceyenne. Il est entendu dans sa version formelle et exclut une séparation entre droit privé et droit public, à la française. Les agents publics sont jugés par les juges ordinaires et la responsabilité étatique s'engage selon les règles du droit commun. Albert Venn Dicey critiquait le droit administratif français, rejetant l'importation d'un corps séparé de normes, qui serait appliqué par des juridictions spécialisées pour garantir les privilèges des agents de l'État. Selon la constitution du *common law*, c'est seulement la Couronne (et parfois ses agents) qui jouissent d'immunité juridictionnelle. D'ailleurs le *Crown Proceedings Act* de 1947, qui a considérablement limité l'étendue de cette immunité, a attribué à la Couronne une personnalité privée dans le cadre des procédures juridictionnelles⁴⁷⁴.

Tout cela explique l'hostilité avec laquelle les juristes anglais ont reçu la création des tribunaux administratifs au début du XX^e siècle. Ces tribunaux sont des institutions publiques ayant la compétence de trancher des litiges de droit administratif dans certains domaines définis par la loi. Le but de leur instauration a été d'accroître l'efficacité de l'administration naissante et de la rendre plus légitime. Si leur fonction se rapproche de celle des juridictions ordinaires, les règles et les procédures qui leur sont applicables sont différentes des règles et des procédures juridictionnelles. Du fait de cette particularité, le *Lord Chief Justice* au moment de leur instauration les a présentés comme une forme de « nouveau despotisme »⁴⁷⁵.

Un système de règles juridiques spéciales s'appliquant aux agents de l'État était difficile à concevoir en droit anglais, notamment parce que pendant longtemps ce droit ne disposait pas d'un concept d'État⁴⁷⁶. Il est significatif que le langage juridique anglais ne comprenne pas de terme tel que « *Rechtsstaat* » en allemand, « *État de droit* » en français ou « *Κράτος Δικαίου* » en grec. Cela est le corollaire d'une autre caractéristique de la pensée juridique anglaise : sa répugnance traditionnelle envers les abstractions et la théorie. Les Constitutions françaises sont le produit d'une rupture avec l'Ancien régime, qui a conduit à l'imposition, par le haut, d'une structure administrative fondée sur des principes rationalistes. De façon très différente, l'évolution de la constitution anglaise a été incrémentale. Edmund Burke imagine la constitution comme quelque chose de mystique, émanant de la société⁴⁷⁷. Bien qu'Albert Venn Dicey ne partage pas cet « enthousiasme religieux », il attribue une

⁴⁷³ LOUGHLIN M., *The British Constitution: A Very Short Introduction*, Oxford, OUP, coll. « Very short introductions », 2013, p. 31 s.

⁴⁷⁴ Sur le concept de la Couronne et son évolution sous l'influence continentale, V. ALLISON J., *The English Historical Constitution*, *op. cit.*, p. 46-73.

⁴⁷⁵ HEWART G., *The New Despotism*, Westport, Conn, Greenwood Press, 1945. La première édition date de 1929.

⁴⁷⁶ Il est intéressant que, dans ses écrits, Albert Venn Dicey utilise le terme gouvernement pour désigner le Parlement et non pas la Couronne. V. ALLISON J., *A Continental Distinction in the Common Law*, *op. cit.*, p. 72 s.

⁴⁷⁷ LOUGHLIN M., *The British constitution*, *op. cit.*, p. 7-9.

importance considérable aux conventions de la constitution et aux principes de moralité constitutionnelle⁴⁷⁸. Dans les termes de John Allison, la constitution anglaise

« s'adapte au changement ou aux innovations mais reste rassurante dans sa continuité formelle. Sa rationalité est pragmatique. Elle implique la conservation des formes, au profit de l'apparence et du progrès graduel, le maintien partiel de l'ancien pendant que le nouveau est établi, testé et raffiné ou développé davantage⁴⁷⁹. »

La pensée juridique anglaise est animée par une vision instrumentale et pragmatique du droit, qui « pendant longtemps était regardée comme la version anglaise, sobre et consciencieuse, des Lumières⁴⁸⁰ ».

L'*ultra vires* et la fonction correctrice des juges. Le *common law* ne comprend pas « ces déclarations et définitions des droits si chères aux constitutionnalistes étrangers⁴⁸¹ ». Les seuls droits traditionnellement reconnus par les juges sont des droits subjectifs, découlant notamment de la responsabilité civile ou de contrats. Le droit administratif anglais a traditionnellement mis l'accent sur les compétences des autorités publiques (ce que les juristes locaux appellent *jurisdiction*) et leurs devoirs en cas d'erreur, non sur les droits des administrés. En effet, suivant l'orthodoxie d'Albert Venn Dicey, la raison d'être du contrôle juridictionnel de l'action publique est l'élimination des actes pris par une autorité au-delà de ses compétences, ce que les juristes anglais traduisent souvent en utilisant l'expression latine *ultra vires*. Le rôle des juridictions est la supervision de l'administration pour assurer le respect de la volonté souveraine du Parlement. D'ailleurs, selon l'orthodoxie diceyenne, l'existence d'un pouvoir accordé par la loi exclut le contrôle du juge sur la façon dont ce pouvoir a été exercé. Seul le Parlement peut conférer aux juridictions du *common law* le pouvoir d'examiner en appel les décisions administratives.

La volonté du Parlement est cherchée dans le sens ordinaire des termes utilisés dans la loi. Autrement dit, l'interprétation juridictionnelle des lois est littérale et consiste en une espèce d'analyse exégétique ; elle ne procède pas d'une recherche de leur esprit ou de la volonté de leur auteur historique. Pendant longtemps, le formalisme analytique de la pensée juridique anglaise a donc exclu la prise en compte du but de la loi en cause du processus d'interprétation (ce que les juristes locaux appellent *purposive interpretation*). Selon les termes utilisés par Lord Scarman, « nous ne sommes pas gouvernés par les intentions du Parlement mais par ses actes⁴⁸² ». Cette règle générale trouve des manifestations plus concrètes et techniques : l'article 9 du

⁴⁷⁸ DICEY A.V., *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 9^e éd., London, Macmillan and Co, 1939, p. cxxvi.

⁴⁷⁹ ALLISON J., *The English Historical Constitution*, *op. cit.*, p. 72.

⁴⁸⁰ HART H.L.A., *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford ; New York, Clarendon Press ; OUP, 1983, p. 48, cité par ATIYAH P., *Pragmatism and Theory in English Law*, London, Sweet & Maxwell, 1987, p. 2 ; plus généralement, V. *Ibid.*, p. 1 s.

⁴⁸¹ DICEY A.V., *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, *op. cit.*, p. 197, cité par ATIYAH P., *Pragmatism and Theory in English Law*, *op. cit.*, p. 23 note 53.

⁴⁸² *Duport Steels LTD vs Sirs* [1980] 1 All ER 529 (HL, 3 janvier 1980).

Bill of Rights concernant l'immunité juridictionnelle du Parlement a pendant longtemps exclu toute référence des juges au *Hansard*, la transcription officielle des débats parlementaires. Le Parlement souverain n'ayant pas d'obligation de justifier ses actes, si les juges reconstruisaient le sens d'une loi en se référant au discours d'un ministre, cela reviendrait à attribuer un pouvoir normatif suprême à un membre du *Cabinet*.

Ainsi, selon l'orthodoxie constitutionnelle du *common law*, les juges n'ajoutent rien à l'intention du Parlement telle qu'exprimée dans la loi, mais se contentent de l'appliquer. Cette idée a pendant longtemps sous-tendu la souveraineté parlementaire et la perception anglaise de la séparation des pouvoirs. Dans cette tradition, les juges n'exercent pas un pouvoir politique et, contrairement à ce que croient généralement les juristes de *civil law*, ils ne sont pas non plus censés exercer de pouvoir normatif. Même dans les cas où ils font évoluer le *common law*, ils prétendent traditionnellement ne faire que le déclarer⁴⁸³. John Griffith observe que les juges anglais « ne perçoivent pas leur rôle comme radical, ni même réformiste, seulement (à l'occasion) correctif⁴⁸⁴ ».

La fonction de « *mistake avoidance*⁴⁸⁵ » du contrôle juridictionnel de l'administration explique l'accent mis sur les recours et les réparations. Les requérants déclenchent les procédures de *judicial review*, le terme qui désigne le contrôle juridictionnel de l'action publique dans ce contexte, pour chercher l'édition d'ordres exécutoires, traditionnellement appelés *writs*. Parmi ceux-ci, l'ordre le plus communément utilisé est celui de *certiorari*, qui implique l'annulation d'une décision *ultra vires*, alors que ceux de *prohibition* et *mandamus* adressent des injonctions aux autorités publiques conformément à la loi. Initialement, les *writs* étaient une prérogative de la Couronne dans l'exercice de ses pouvoirs de supervision de l'administration. D'ailleurs, dans les décisions de *judicial review*, la Couronne est toujours mentionnée en tant que partie à la procédure agissant au nom du requérant. Dans le cadre du *judicial review*, le juge peut aussi accorder les réparations générales du *common law*, comme les déclarations, injonctions et compensations⁴⁸⁶.

Le juge comme arbitre. Traditionnellement, ce sont les droits subjectifs qui fonctionnent comme des « *gateways* » du droit administratif. Leur violation conduit le juge à accorder des réparations qui, de ce fait, ont un caractère individuel. L'individualisme qui irrigue le droit administratif anglais se manifeste aussi dans le caractère contradictoire de la procédure de *judicial review* : les juges ont accès aux questions juridiques et factuelles en cause à travers les arguments des parties. Le contrôle juridictionnel de l'administration est exercé par les juridictions de droit commun et ressemble à un jeu, dans lequel le juge prend le rôle de l'arbitre⁴⁸⁷. Pendant longtemps, il examinait seulement la compétence de l'autorité en cause et la

⁴⁸³ GRIFFITH J., *The Politics of the Judiciary*, 2^e éd., London, Fontana, coll. « Fontana originals », 1981, p. 281.

⁴⁸⁴ *Ibid.*, p. 7-8.

⁴⁸⁵ CRAIG P., *Administrative Law*, 8^e éd., London, Sweet & Maxwell, 2016, p. 1.

⁴⁸⁶ *Ibid.*, p. 25.

⁴⁸⁷ ALLISON J., *A Continental Distinction in the Common Law*, *op. cit.*, p. 216.

procédure qu'elle avait suivie pour prendre sa décision. Les juges s'assuraient avant tout que l'autorité contrôlée avait agi dans les limites de sa compétence telle que définie par la loi.

Une fois cette compétence affirmée, ils se bornaient à l'examen du respect de la *natural justice*, à savoir des principes d'équité procédurale. Qui plus est, pendant longtemps ces principes ne valaient pas pour l'ensemble de l'action de l'administration mais seulement pour les procédures de nature juridictionnelle⁴⁸⁸. Traditionnellement, le contenu de la décision attaquée était exclu du contrôle du juge, même dans les cas d'abus de pouvoir. À cet égard, les juges n'intervenaient que dans des cas très exceptionnels. Les *dicta* de Lord Greene dans l'affaire *Wednesbury* jouissent d'un renommé mondial : les juges n'interviennent que quand une décision est « si déraisonnable qu'aucune autorité raisonnable n'aurait pu la prendre⁴⁸⁹ ».

L'image du juge comme arbitre est liée au rôle crucial de l'indépendance de la justice dans ce contexte. Patrick Atiyah relève qu'il y a une « croyance profondément anglaise selon laquelle un appareil judiciaire indépendant avec le pouvoir d'édicter des ordres exécutoires [est] plus important que toutes les grandes déclarations théoriques sur les Droits de l'Homme⁴⁹⁰ ». Contrairement aux systèmes de *civil law*, l'indépendance de la justice n'est pas garantie au moyen d'une séparation formelle ou organique des pouvoirs. Pour prendre un exemple bien connu, pendant longtemps, la *House of Lords*, composée de pairs héréditaires et nommés, était à la fois la chambre haute du Parlement britannique et la juridiction suprême du pays dans certains domaines. Si ses fonctions juridictionnelles étaient attribuées à un comité spécial, l'*Appellate Committee*, les membres de ce comité, les *Law Lords*, étaient aussi membres du Parlement et assumaient parfois des fonctions législatives après avoir quitté leurs fonctions juridictionnelles. De façon similaire, pendant longtemps, l'office du *Lord Chancellor* était caractérisé par une confusion fonctionnelle. Tout en étant haut fonctionnaire et membre de la chambre haute du Parlement, le *Lord Chancellor* assumait des fonctions juridictionnelles importantes, notamment la présidence des *Law Lords*. L'indépendance des juges anglais, loin d'être fondée sur leur spécialisation et sur leur expertise, résulte plutôt de leur impartialité et du fait qu'ils veillent à l'application effective de la loi en partenariat avec le Parlement⁴⁹¹.

La construction d'un droit public anglais. Toutefois, progressivement, le fondement traditionnel du *judicial review* a cessé de correspondre au paysage institutionnel qui l'entourait. Alors que l'orthodoxie diceyenne présumait la toute-puissance du Parlement et son contrôle effectif de l'appareil étatique, le Premier ministre a commencé à jouir dans les faits d'un « statut monarchique nouveau »,

⁴⁸⁸ CRAIG P., *Administrative Law*, op. cit., para. 12-001 s.

⁴⁸⁹ *Associated Provincial Picture Houses Ltd c. Wednesbury Corporation* [1948] 1 KB 223 (CA, Civil Division, 7 novembre 1947), p. 234.

⁴⁹⁰ ATIYAH P., *Pragmatism and Theory in English Law*, op. cit., p. 22.

⁴⁹¹ LOUGHLIN M., *The British constitution*, op. cit., p. 90-95.

cumulant une légitimité démocratique et un contrôle effectif des députés de son parti et du gouvernement⁴⁹².

Après la Seconde Guerre Mondiale, une nouvelle justification des pouvoirs de contrôle du juge a émergé : l'élimination des abus de la part des autorités publiques⁴⁹³. Dans une analyse stimulante, Martin Loughlin décrit la transformation graduelle du principe du *rule of law*, d'une aspiration politique dont la réalisation était laissée à la prudence du Parlement, à un principe juridique réalisé par les juridictions du *common law*⁴⁹⁴. Le contrôle juridictionnel de l'action publique s'est affirmé comme une exigence constitutionnelle générale, indépendamment de l'existence d'une loi d'habilitation ou de délégation de compétence. D'ailleurs, la lettre des dispositions applicables et la volonté du Parlement ont cessé de déterminer le processus d'interprétation juridictionnelle de la loi. Dans *Anisminic*, la Chambre des Lords, au moyen d'une interprétation *contra legem*, a affirmé son propre pouvoir de contrôler l'action administrative en cause, en contradiction directe avec la lettre de la loi et la volonté explicite du Parlement⁴⁹⁵.

Ces évolutions ont été concomitantes d'une intensification du contrôle du juge sur l'administration. En plus du respect des règles formelles, les cours ont de plus en plus veillé au respect de principes d'équité. Dans *Ridge c. Baldwin*, la Chambre des Lords a étendu l'application des principes de *natural justice* à l'action non-juridictionnelle de l'administration⁴⁹⁶. Dans *Padfield*, elle a procédé au contrôle de l'exercice par l'administration de sa propre compétence, malgré le fait que la formulation lapidaire de la loi qui l'instituait laissait place à une large marge de manœuvre⁴⁹⁷. Dans *Anisminic*, les Lords ont affirmé leur pouvoir de sanctionner toute erreur dans l'interprétation de la loi par l'autorité contrôlée, même quand elle ne concerne pas l'étendue de son pouvoir mais son contenu⁴⁹⁸. Depuis, les juges évaluent le respect des conditions de fait posées par la loi pour l'exercice des pouvoirs de l'administration (il s'agit de la doctrine du *collateral fact*, similaire au contrôle de la qualification juridique des faits auquel procèdent les juridictions administratives françaises⁴⁹⁹). Cela étant, il doit être précisé que les juges ne sanctionnent que les erreurs apparentes *on the face of the record*, à savoir celles qui peuvent être établies au moyen d'un examen des pièces du dossier sans besoin de preuves supplémentaires.

Ces trois affaires – « La Sainte Trinité des années soixante⁵⁰⁰ » – ont marqué la construction jurisprudentielle du droit public anglais. C'est au cours de cette période qu'apparaissent les premières études systématiques du droit administratif et du

⁴⁹² *Ibid.*, p. 53 s., not. 62 ; V. aussi CRAIG P., *Administrative Law*, *op. cit.*, para. 1-002 à 1-0016.

⁴⁹³ V. les conférences influentes de DENNING A., *Freedom under the Law*, London, Stevens and Sons, 1949.

⁴⁹⁴ LOUGHLIN M., *The British constitution*, *op. cit.*, p. 98.

⁴⁹⁵ *Anisminic Ltd c. Foreign Compensation Commission* [1968] UKHL 6 (HL, 17 décembre 1968).

⁴⁹⁶ *Ridge c. Baldwin* [1964] AC 40 (HL, 14 mars 1963).

⁴⁹⁷ *R c. Minister of Agriculture and Fisheries, ex parte Padfield* [1968] UKHL 1 (HL, 14 février 1968).

⁴⁹⁸ *Anisminic*, précité.

⁴⁹⁹ Sur la correspondance entre *collateral fact* et le contrôle français de la qualification juridique des faits, V. Partie II, chapitre 4(1).

⁵⁰⁰ POOLE T., « The Reformation of English Administrative Law », *CLJ*, 2009, vol. 68, n° 1, p. 142.

contrôle juridictionnel de l'administration⁵⁰¹. Le droit public s'est progressivement affirmé en tant que discipline, disposant même de sa propre revue académique⁵⁰².

Le système de *judicial review*. La distinction entre droit public et droit privé a été établie non seulement au niveau conceptuel, mais aussi procédural. Depuis la fin des années soixante-dix, l'Ordre 53 des *Rules of the Supreme Court* – l'équivalent anglais du code de procédure civile – a été interprété comme instituant une procédure spéciale de *judicial review*, au moyen de laquelle les requérants pouvaient obtenir l'édition de *writs* à l'égard de l'administration. Par la suite, le *Senior Courts Act* de 1981 a explicitement prévu une procédure de *judicial review* en deux étapes. Dans un premier temps, la *High Court* examine si le requérant établit un intérêt à agir suffisant ; si c'est le cas, il lui accorde le permis de demander, dans un second temps, l'examen de son cas par la *Queen's Bench Division*. Au sein de cette juridiction, une section spéciale, le *Crown Office list*, a été dédiée au contrôle de l'administration. Depuis 2000, cette section s'appelle *Administrative Court*. Les décisions de *judicial review* peuvent être contestées en appel devant la Cour d'appel et, en dernier ressort, devant la Chambre des Lords. En 2009, les fonctions juridictionnelles de la haute chambre du Parlement ont été transférées à la Cour suprême.

L'institution d'une procédure spéciale de *judicial review* cherche à préserver certaines garanties procédurales au profit de l'administration. À titre d'exemple, les demandes de *judicial review* doivent répondre à des délais plus strictes et les *affidavits* constituent le moyen de preuve principal, la procédure du contre-interrogatoire étant en principe exclue. Dans *O'Reilly c. Mackman*, Lord Diplock a même annoncé un « principe d'exclusivité », selon lequel les décisions de droit public pourraient être contestées exclusivement en application de la procédure de *judicial review*⁵⁰³. Néanmoins, il faut se garder d'une assimilation irréfléchie et trompeuse entre ce principe et la séparation des juridictions à la française. En effet, à la différence des systèmes continentaux, le droit public anglais n'est pas délimité selon un critère formel ou organique ; c'est la nature des fonctions exercées par l'autorité contrôlée en l'espèce qui définit le caractère public ou privé de ses décisions au cas par cas⁵⁰⁴. D'ailleurs, en dépit du principe d'exclusivité annoncé dans l'affaire *O'Reilly*, des questions de droit public peuvent être soulevées par exception au cours d'une procédure pénale ou civile, en l'absence d'une demande de *judicial review*.

Il n'en reste pas moins que le contrôle juridictionnel de l'administration enclenche en principe l'application d'une procédure spéciale. Qui plus est, il implique aussi des chefs de contrôle spécifiques, les *heads of review*. À la différence des cas d'ouverture français, dont la catégorisation repose sur les caractéristiques de l'acte contrôlé, la définition des chefs de contrôle du *common law* est axée sur le pouvoir du

⁵⁰¹ DE SMITH S.A., *Judicial Review of Administrative Action*, New York, Oceana Publications, 1959 ; WADE W. et C. FORSYTH, *Administrative Law*, Oxford ; New York, Clarendon Press ; OUP, 1961 ; DE SMITH S.A., *Constitutional and Administrative Law*, London, Penguin Books, 1971.

⁵⁰² La revue *Public law* a été publiée par Sweet & Maxwell pour la première fois en 1956.

⁵⁰³ [1983] UKHL 1 (HL, 25 novembre 1983).

⁵⁰⁴ *R. c. Panel on Takeovers and Mergers, ex parte Datafin PLC* [1987] QB 815 (CA, Civil Division, 5 décembre 1986).

juge, il s'agit donc plutôt de cadres argumentatifs. Les chefs de contrôle spécifiques au *judicial review* ont été systématisés en 1984. Dans *GCHQ*, Lord Diplock a déclaré : « j'appellerais le premier chef de contrôle, illégalité [*illegality*], le deuxième, irrationalité [*irrationality*] et le troisième, vice de procédure [*procedural impropriety*]⁵⁰⁵ ».

Sous le chef d'illégalité, les juges sanctionnent ce que les juristes anglais appellent les « erreurs de droit ». Cette notion est un peu plus large que son faux-ami français : elle comprend non seulement les erreurs dans l'interprétation de la loi qui établit la compétence administrative, mais aussi les erreurs dans l'appréciation ou la qualification juridique des faits par l'autorité en cause. En résumé, le chef d'illégalité concerne la façon dont l'autorité en cause a entendu le contenu et l'étendue de son pouvoir ou de son obligation. Il a progressivement évolué pour englober la sanction du détournement de pouvoir de l'administration, ainsi que le caractère inapproprié des considérations qu'elle a prises en compte dans l'exercice de ce pouvoir⁵⁰⁶. Le chef d'irrationalité concerne le contenu de la décision contrôlée et correspond au standard traditionnel de *Wednesbury unreasonableness*. Enfin, les vices de forme sont des atteintes aux principes d'équité procédurale s'imposant à l'action de l'administration. L'établissement des chefs de contrôle spécifiques à l'action de l'administration a parfois entraîné la reconnaissance de droits ou intérêts spécifiques au droit public, comme les attentes légitimes [*legitimate expectations*] des individus au regard la procédure administrative⁵⁰⁷.

En 1963, Lord Reid s'excusait : « nous ne disposons pas d'un système de droit administratif développé – peut-être parce que jusqu'à très récemment nous n'en avons pas besoin⁵⁰⁸ ». En contraste, au milieu des années quatre-vingt, le droit administratif anglais était déjà un système propre, résultant d'un bricolage sophistiqué des concepts, constructions doctrinales et outils juridiques du *common law*. Ce système a acquis sa propre dynamique ; le contrôle juridictionnel de l'administration n'a pas cessé de s'étendre et de s'intensifier, parfois en défiant des traditions bien établies, héritées de la monarchie traditionnelle. Dans *GCHQ*, Lord Diplock a déclaré que les pouvoirs administratifs du gouvernement étaient sujets à la supervision générale des cours du *common law*, même quand ils n'ont pas leur source dans la loi⁵⁰⁹. De cette façon, la Chambre des Lords a renversé la longue tradition de l'immunité juridictionnelle des agents de la Couronne.

L'influence croissante des droits garantis par le droit européen. Depuis les années soixante-dix, l'évolution des ordres juridiques supranationaux a donné un nouvel élan au contrôle juridictionnel de l'administration. Le *European Communities Act* de 1972 (*ECA*) a transposé les traités fondateurs des Communautés européennes en droit interne. La section 2(1) dans sa formulation d'aujourd'hui prévoit :

⁵⁰⁵ *Council of Civil Service Unions v. Minister for the Civil Service* [1984] 3 All ER 935 (HL, 22 novembre 1984), p. 950, *per* Lord Diplock. Ce cas est connu sous le nom *GCHQ*, qui sera utilisé ici.

⁵⁰⁶ TAYLOR G., « Judicial Review of Improper Purposes and Irrelevant Considerations », *CLJ*, 1976, vol. 35, n° 2, p. 272-292 ; V. aussi CRAIG P., *Administrative Law*, *op. cit.*, para. 17-001 s. ; 17-009 s.

⁵⁰⁷ *O'Reilly v. Mackman*, précité et *GCHQ*, précité.

⁵⁰⁸ *Ridge v. Baldwin*, précitée, p. 72, *per* Lord Reid.

⁵⁰⁹ *GCHQ*, précitée, *per* Lord Diplock.

« Tout [...] droit, pouvoir, responsabilité, obligation et restriction créés par ou découlant des Traités au fil du temps, et tout [...] recours et procédure prévus par ou découlant des Traités au fil du temps qui, conformément aux Traités, doit jouir d'un effet juridique ou être employé dans le Royaume-Uni sans acte de promulgation ou de transposition, doit être reconnu et invocable, et doit être appliqué, reçu ou suivi ; l'expression "droit de l'UE opposable [*enforceable EU right*]" et des expressions similaires seront interprétées comme se référant à un droit régi par la présente sous-section⁵¹⁰. »

Cette disposition a rendu le droit communautaire directement applicable en droit interne. Depuis, l'invocation des droits et libertés prévus par les traités ou le droit dérivé n'a pas cessé d'augmenter. La section 3 du *ECA* dispose que les juridictions internes doivent interpréter le droit européen en conformité avec la jurisprudence de la Cour de Luxembourg et institue la procédure de la question préjudicielle.

L'influence formelle du droit communautaire s'est conjuguée à l'influence informelle (du point de vue du droit anglais) d'un autre ordre juridique supranational en pleine évolution : celui de la CEDH. En 1965, le Royaume-Uni a permis le recours individuel devant la Cour de Strasbourg. Les nombreuses condamnations de la part de cette juridiction pour des violations des droits de l'homme ont provoqué le mécontentement des juristes locaux, qui percevait comme « ennuyeux et embarrassant » le fait que la Convention soit plus efficace dans la protection des droits que le *common law*⁵¹¹. La campagne politique pour l'incorporation des droits garantis par la Convention dans le droit anglais a de plus en plus trouvé de défenseurs dans le camp des juristes⁵¹². En 1974, dans ses écrits extra-juridictionnels, Lord Scarman a observé que les traités internationaux des droits de l'homme « reflètent une marée d'opinion ascendante qui, d'une façon ou d'une autre, devra être prise en compte dans le système juridique anglais⁵¹³ ». En absence d'incorporation, le droit interne s'est harmonisé aux préceptes de Strasbourg au moyen de l'évolution jurisprudentielle du *common law*. Le concept de droits fondamentaux [*fundamental human rights*] a émergé dans la jurisprudence⁵¹⁴. En présence de tels droits, les juges exercent un contrôle plus intense, un « examen soucieux » de l'action publique, ce que les juristes anglais appellent « *anxious scrutiny* ». À partir du milieu des années quatre-vingt-dix, les droits fondamentaux apparaissent aussi dans les manuels de droit administratif⁵¹⁵.

⁵¹⁰ Consulté le 4 décembre 2017 <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1972/68/contents>.

⁵¹¹ CRAIG P., *Administrative Law*, *op. cit.*, para. 18-003.

⁵¹² V., par exemple, ZANDER M., *A bill of rights?*, London, Rose in association with the British Institute of Human Rights, 1979.

⁵¹³ SCARMAN L., *English Law: The New Dimension*, London, Stevens Publishing, coll. « Hamlyn Lecture Series », 1975, p. 14 ; cité par HICKMAN T., *Public Law After the Human Rights Act*, Oxford, Hart, 2010, p. 18 note 25.

⁵¹⁴ V. *Bugdaycay c. Secretary of State for the Home Department* [1986] UKHL 3 (HL, 19 février 1986). LAWS J., « Is the High Court the Guardian of fundamental constitutional rights? », *Commonwealth Law Bulletin*, 1992, vol. 18, p. 1385-1396.

⁵¹⁵ V., par exemple, CRAIG P., *Administrative Law*, 3^e éd., London, Sweet & Maxwell, 1994, p. 421.

Toutefois, la protection juridictionnelle des droits fondamentaux a pendant longtemps butté sur un obstacle majeur : le principe de souveraineté parlementaire. Dans le cadre du contrôle juridictionnel de l'action publique, ce principe trouve son expression exemplaire dans la distinction entre *review* et *appeal* qui se rapproche de la distinction entre appel et cassation en droit français, sans toutefois complètement coïncider avec celle-ci. Hormis les cas où la loi le prévoit, les juges n'ont pas le pouvoir de reconsidérer un acte administratif dans son ensemble en fonction des circonstances ; leur rôle n'est pas celui d'une juridiction d'appel mais celui d'une juridiction de contrôle et de surveillance. En tant que tel, il se limite à la sanction de la loi. Ainsi, en principe, les juges ne peuvent pas se substituer à l'autorité contrôlée dans l'évaluation des effets ou de l'opportunité de ses actes. Autrement dit, le contrôle juridictionnel des *merits* de l'action administrative est tabou en droit public anglais, même dans les cas où l'acte administratif en cause porte atteinte aux droits fondamentaux. Depuis les années soixante-dix, le *ECA* a offert une base législative suffisante pour l'application effective des droits et libertés européens et a donné le pouvoir aux juges d'évaluer les effets de l'action publique à ces droits et libertés dans le champ d'application des traités. Toutefois, l'absence d'incorporation de la CEDH a pendant longtemps empêché l'application effective des droits de cette Convention.

L'utilisation de la proportionnalité dans le discours juridique anglais reflète les évolutions décrites ci-dessus. La proportionnalité est apparue dans le contexte du contrôle juridictionnel de l'administration, dans la période de construction d'un droit public anglais proprement dit. Pour autant, le formalisme diceyen a pendant longtemps contraint sa dynamique en tant que concept autonome. Initialement, la proportionnalité n'était qu'une nuance du contrôle de *reasonableness* et restait absorbée par les structures traditionnelles du raisonnement du juge (§1). L'ouverture du droit anglais au droit des communautés européennes a conduit à la reconnaissance de la proportionnalité comme chef de contrôle [*head of review*] indépendant, appliqué dans le champ des traités et par référence à la jurisprudence de la CJUE (§2). C'est toutefois la connexion de la proportionnalité à la CEDH qui lui a conféré une dynamique plus forte. Elle a de plus en plus été entendue comme une méthode pour la mise en balance des droits fondamentaux. En tant que telle, elle a également acquis ses premiers défenseurs (§3). Toutefois, la Chambre des Lords a rejeté l'application de la proportionnalité en matière de contrôle juridictionnel de l'administration. Cela a conduit les juristes anglais à chercher une continuité entre la Convention et le *common law*, sans passer par la reconnaissance de la proportionnalité comme chef de contrôle indépendant (§4).

1. Une nuance du standard de *reasonableness*

La proportionnalité comme synonyme du raisonnable [*reasonableness*].

La proportionnalité fait sa première apparition dans le discours juridique anglais en 1976, dans l'affaire *Hook*⁵¹⁶. M. Hook, vendeur sur le marché local de Barnsley, a uriné sur le trottoir après la fermeture des toilettes publiques. Un agent de la sécurité

⁵¹⁶ R. v. *Barnsley MBC, ex parte Hook* [1976] 1 W.L.R. 1052 (CA, Civil Division, 20 février 1976).

l'a aperçu et réprimandé, ce qui a provoqué des insultes de la part de M. Hook en réponse. Le lendemain, le gestionnaire du marché a mis fin à l'autorisation de vente dont bénéficiait M. Hook, qui, en conséquence, a perdu son travail. M. Hook a demandé l'annulation de cette décision devant la *High Court*. Si sa demande a été rejetée en première instance, la Cour d'appel lui a donné raison. Pour arriver à cette solution, Lord Justice Denning et Sir John Pennycuik ont pris en compte les droits de la défense de M. Hook résultant des exigences procédurales de *natural justice*, mais aussi l'asymétrie entre le caractère trivial de l'infraction que le requérant avait commise et la sévérité de la sanction qui lui avait été infligée. Selon Lord Justice Denning, « la cour peut intervenir par la voie du *certiorari*, si une sanction est tout à fait excessive et hors de proportion par rapport aux circonstances⁵¹⁷. » De façon similaire, Sir John Pennycuik a argué qu'« un incident isolé et trivial à la fin d'une journée de travail n'est manifestement pas une bonne raison pour justifier la privation de M. Hook de son autorisation et, indirectement, de ses moyens de subsistance, un acte drastique de manière disproportionnée⁵¹⁸. »

Dans les années qui ont suivi, le langage de la proportionnalité a infiltré des cas en dehors du contexte de *judicial review*, notamment des cas nécessitant une mise en balance d'intérêts ou de considérations antagonistes. Il a été employé en matière de peines⁵¹⁹, de répartition des frais de justice⁵²⁰, ainsi qu'en droit privé, en présence des relations de dépendance ou d'asymétries de pouvoir⁵²¹. Dans ces affaires, la proportionnalité est généralement utilisée en tant qu'indice du raisonnable [*reasonableness*]. En effet, comme l'a relevé Tom Hickman, l'exigence du raisonnable est imposée non seulement à l'action de l'administration, mais aussi à l'exercice de certains droits privés⁵²². Dans *Louisville*, par exemple, la proportionnalité a été appliquée en matière d'obligations contractuelles⁵²³. Il s'agissait d'un refus de la part du propriétaire d'un bien immobilier de consentir à la succession des bailleurs. Dans un de ses premiers jugements dans la Cour d'appel, Lord Justice Balcombe a décidé que

« si, généralement, le propriétaire doit seulement considérer ses propres intérêts dans l'affaire, il peut exister des cas où la disproportion entre son bénéfice et le dommage causé au bailleur par son refus de consentement

⁵¹⁷ *Ibid.*, p. 1057.

⁵¹⁸ *Ibid.*, p. 1063.

⁵¹⁹ *V. R. c. Slater (Terence Clifford)* (1979) 1 Cr App R (S) 349 (CA, Criminal Division, 4 décembre 1979); *R. c. Thompson (David William)* (1983) 5 Cr App R (S) 303 (CA, Criminal Division, 5 septembre 1983).

⁵²⁰ *A Co c. K Ltd* [1987] 3 All ER 377 (CA, Civil Division, 8 juillet 1987).

⁵²¹ *V.*, par exemple, *Roman c. Roman*, (CA, Civil Division) 1989, non publié, en matière de droit de la famille ; *Customs and Excise Commissioners c. Viva Gas Appliances Ltd* [1984] 1 All ER 112 (HL, 24 novembre 1983), en matière de droit de propriété ; *St Marylebone Property Co Ltd c. Tesco Stores Ltd & others* [1988] 27 EG 72 (HC, Chancery Division, 9 octobre 1987), en matière de droit des contrats.

⁵²² HICKMAN T., *Public Law After the Human Rights Act*, *op. cit.*, chapter 7, p. 194 s.

⁵²³ *International Drilling Fluids Ltd c. Louisville Investments (Uxbridge) Ltd* [1986] 1 Ch. 513 (CA, Civil Division, 20 novembre 1985).

à une succession est telle, qu'il serait déraisonnable pour le propriétaire de refuser d'y consentir⁵²⁴. »

La proportionnalité des peines dans le cadre du *judicial review*. Si la proportionnalité a occasionnellement été utilisée en droit privé, elle a été oubliée pour presque une décennie en matière de *judicial review* après l'affaire *Hook*. Elle a de nouveau commencé à être utilisée comme standard dans le contrôle juridictionnel de l'administration en 1984. Les cas où elle est employée à cette époque ont en commun l'existence d'une forme de peine ou de sanction pour une infraction ou un comportement antérieur. Dans l'affaire *Benwell*, un agent pénitentiaire invoquait le caractère disproportionné de la sanction disciplinaire de licenciement qui lui avait été infligée, en arguant qu'elle était une sanction déguisée de son activité syndicale⁵²⁵. L'affaire *Assegai* concernait la décision d'une autorité locale d'interdire à un individu l'accès à ses locaux⁵²⁶. Enfin, dans *Nolan*, les autorités de Manchester Metropolitan University avaient décidé d'éliminer un étudiant pour triche aux examens, une décision dont la proportionnalité était contestée par ce dernier⁵²⁷. Pendant les années quatre-vingt, cette version de la proportionnalité était aussi mentionnée dans certains manuels de droit administratif⁵²⁸.

Faut-il en conclure que l'on peut parler de *proportionality of penalties* comme on parlerait de proportionnalité des peines et des sanctions en droit français ? Cela est possible, dans la mesure où Lord Justice Denning exprimait son admiration pour le droit administratif français dans ses écrits extra-juridictionnels⁵²⁹. En tout état de cause, ce qui importe ici est que la proportionnalité a été perçue comme synonyme des standards de contrôle existants. En effet, dans *Hook*, la décision de principe, Lord Justice Denning s'est appuyé sur des décisions antérieures de la Cour d'appel pour soutenir que le juge pouvait intervenir en cas de disproportion. Pour autant, dans ces décisions, la Cour d'appel n'avait pas utilisé le vocabulaire de la proportionnalité, mais s'était référée à des sanctions « excessives » ou « déraisonnables⁵³⁰ ». Dans *Benwell*, Justice Hodgson a exigé un seuil très élevé de disproportion pour que le juge puisse se prononcer sur le contenu d'une décision administrative : selon les termes qu'il a utilisés, une sanction disciplinaire doit être « tellement disproportionnée à l'infraction qu'elle doit être perverse⁵³¹ ». Cette référence à la perversité fait certainement écho à l'application traditionnelle du standard de *Wednesbury*

⁵²⁴ *Ibid.*, p. 521.

⁵²⁵ *R. c. Secretary of State for the Home Department, ex parte Benwell* [1985] 1 Q.B. 554 (HC, Queen's Bench Division, 24 mai 1984).

⁵²⁶ *R. c. London Borough of Brent, ex parte Assegai*, (CA, Civil Division, 11 juin 1987), *The Times* 18 juin 1987.

⁵²⁷ *R. c. Manchester Metropolitan University, ex parte Nolan* (HC, Queen's Bench Division, 15 juillet 1993), non publié ; V. aussi *R. c. Warwick Crown Court, ex parte Smalley* [1987] 1 W.L.R. 237 (HC, Queen's Bench Division, 10 juin 1986). Généralement, V. CRAIG P., « Unreasonableness and Proportionality in UK Law », E. ELLIS (dir.), *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*, 1^{re} éd., London, Bloomsbury Publishing, 1999, p. 91 s.

⁵²⁸ V. CRAIG P., *Administrative Law*, 2^e éd., London, Sweet & Maxwell, 1989, p. 287, qui mentionne seulement cette version de la proportionnalité.

⁵²⁹ DENNING A., *Freedom under the Law*, *op. cit.*, p. 115 s. ; 122 s. ; cité par ALLISON J., *A Continental Distinction in the Common Law*, *op. cit.*, p. 178.

⁵³⁰ Le juge s'est référé à *R. c. Northumberland Compensation Appeal Tribunal, ex parte Shaw* [1952] 1 K.B. 338 (CA, Civil Division, 19 décembre 1951), p. 350. V. *Hook*, précitée, p. 1057.

⁵³¹ *Benwell*, précitée, p. 569.

unreasonableness. D'ailleurs, la connexion entre les deux standards est explicite dans les *dicta* de Lord Justice Woolf, dans l'affaire *Smalley* :

« que l'on approche le sujet sur la base de la décision *Wednesbury* [...] ou du test de la proportionnalité, si ce test fait déjà partie du droit de ce pays en ce qui concerne les pouvoirs de la présente cour dans l'exercice de sa compétence en matière de contrôle juridictionnel de l'administration, je suis arrivé à la conclusion que la réponse devait être la même [...] »⁵³². »

Selon les mots du même juge dans l'affaire *Assegai*, « quand la réponse est à ce point hors de proportion par rapport à sa cause, ceci constitue une indication très claire de déraisonnable dans le sens de la décision *Wednesbury*⁵³³. » Enfin, dans la décision *Nolan*, Justice Sedley a utilisé les termes « rationnel » et « proportionné » comme synonymes⁵³⁴.

L'« absorption » conceptuelle de la proportionnalité. Dans ses premières utilisations en droit anglais, la proportionnalité n'est donc pas autonome sur le plan conceptuel ; elle est absorbée par le concept de raisonnable qui préexiste dans le *common law* et est appliquée de façon interchangeable avec lui. Plus encore, la disproportion est synonyme du déraisonnable⁵³⁵. En effet, dans ces cas précoces, l'application de la proportionnalité s'analyse comme l'emploi d'un standard négatif et unitaire et non d'une grille d'analyse en étapes. Ceci est lié à la fonction de la proportionnalité, qui n'est pas la protection des droits fondamentaux, mais le confinement de l'exercice d'un pouvoir ou d'un droit dans ses contours légaux.

En droit administratif en particulier, le caractère exceptionnel du standard de déraisonnable attribue à celui-ci une signification spéciale, différente de celle qu'il a dans d'autres domaines ou dans la vie ordinaire. Ceci se manifeste dans l'ajout fréquent de l'épithète « *Wednesbury*⁵³⁶ ». En effet, l'anomalie à laquelle le terme « *Wednesbury unreasonableness* » fait référence est apparente à toute personne raisonnable. Ainsi, l'application de ce standard n'appelle pas de justification de la part du juge. Il est significatif à cet égard que Lord Greene ait défini le *Wednesbury unreasonableness* de façon tautologique : la décision en cause devait être « si déraisonnable qu'aucune autorité raisonnable n'aurait jamais pu la prendre⁵³⁷ ». De façon similaire, l'application du standard de disproportion dans les décisions de *judicial review* n'appelle pas de justification spéciale. Dans la décision *Smalley*, par exemple, le juge a simplement réitéré les considérations que l'autorité contrôlée a prises en compte, avant de conclure que la décision en cause n'était pas disproportionnée à un point qui la rendrait déraisonnable. En effet, pour que le juge

⁵³² *Smalley*, précitée, p. 245.

⁵³³ *Assegai*, précitée.

⁵³⁴ *Nolan*, précitée.

⁵³⁵ Ce contenu de la proportionnalité est mentionné dans « Proportionality », Q. HOGG (dir.), *Halsbury's Laws of England*, London, Butterworths, 1989, vol.1, p. 144.

⁵³⁶ TAGGART M., « Reinventing Administrative Law », N. BAMFORTH et P. LEYLAND (dir.), *Public law in a multi-layered constitution*, Oxford ; Portland, Or, Hart, 2003, p. 251.

⁵³⁷ *Wednesbury*, précité. V. JOWELL J. et A. LESTER, « Beyond *Wednesbury*: Substantive Principles of Administrative Law », *Commonwealth Law Bulletin*, 1988, vol. 14, p. 861.

sanctionne la décision attaquée, la disproportion devrait être évidente, pour que toute personne raisonnable puisse la discerner. Comme le déraisonnable, la disproportion désigne un seuil qui n'est dépassé que dans des cas exceptionnels.

Contrainte par des concepts et des constructions doctrinales préexistants, le potentiel de la proportionnalité est alors très limité et elle n'attire pas l'attention de la doctrine. William Wade et Christopher Forsyth ne l'ont même pas mentionnée dans le long catalogue des catégories de déraisonnable qu'ils ont inclus dans leur manuel d'*Administrative Law*⁵³⁸. C'est sa connexion au droit européen qui a conduit à ce que la proportionnalité soit dotée d'un contenu spécifique et acquiert une dynamique propre dans le raisonnement juridique local.

2. *Un chef de contrôle [head of review] du droit communautaire*

L'application de la proportionnalité en tant que principe du droit communautaire. Le *ECA* a permis le transfert de la proportionnalité en tant que test pour la protection des droits et libertés garantis par le droit communautaire. Si elle avait été maintes fois invoquée dans les arguments des parties, ce n'est que dans l'affaire *Goldstein* en 1980 que la proportionnalité a été appliquée pour la première fois par une juridiction anglaise en matière de droit communautaire⁵³⁹. Une loi datant de 1968 avait interdit l'importation de dispositifs radiotéléphoniques émettant à une fréquence particulière. Cette restriction était justifiée par des raisons d'intérêt général : l'utilisation de cette longueur d'ondes affecterait le fonctionnement d'appareils importants pour la coordination des services publics, notamment des aéroports, des hôpitaux ou de la police. M. Goldstein, poursuivi pénalement pour avoir frauduleusement importé de tels dispositifs, a basé sa défense sur le fait que la prohibition en cause était contraire à l'article 30 TCE (aujourd'hui article 36 TFUE). Le juge de première instance a admis que les mesures équivalaient à une restriction quantitative des importations et a procédé à l'examen de la proportionnalité. Pour autant, il a été convaincu que la restriction était justifiée et a déclaré M. Goldstein coupable du contournement frauduleux de l'interdiction en cause⁵⁴⁰.

En appel, M. Goldstein a reproché au juge de première instance de ne pas avoir suffisamment questionné la nécessité des mesures en cause, et notamment de ne pas s'être interrogé sur l'existence de mesures alternatives, moins restrictives pour les libertés de circulation, qui seraient aussi efficaces dans la poursuite du but du législateur. Son appel étant rejeté, l'affaire est arrivée en cassation devant la Chambre des Lords. Bien que le fond de l'affaire ne soit pas en cause, Lord Diplock a trouvé

⁵³⁸ WADE W. et C. FORSYTH, *Administrative Law*, 6^e éd., Oxford ; New York, Clarendon Press ; OUP, 1988, p. 416 s.

⁵³⁹ *Regina c. Goldstein* [1982] 1 W.L.R. 804 (CA, Criminal Division, 2 avril 1982); [1983] 1 W.L.R. 151 (HL, 20 janvier 1983).

⁵⁴⁰ V. sur ce point la décision de la Cour d'appel, précitée. Il est intéressant de noter la différence entre l'approche du juge anglais et celle des juges français dans l'application des articles des traités concernant les restrictions quantitatives sur l'importation des produits. En effet, comme on l'a vu, les juges français ont pendant longtemps sanctionné de telles restrictions seulement quand l'intention du législateur était protectionniste. Ainsi, ils n'appliquaient pas un test de proportionnalité sous l'article 30 TCE (aujourd'hui article 36 TFUE).

l'occasion d'annoncer pour la première fois en droit anglais les trois étapes de la proportionnalité :

« afin de permettre à un État de se prévaloir de la dérogation à l'article 28 prévue par l'article 30, il est nécessaire de fournir des éléments concernant : (1) l'identification des différents problèmes que les mesures restrictives contestées visaient à prévenir ; (2) la preuve que ces problèmes n'auraient pas pu être traités de façon également efficace au moyen de mesures moins restrictives pour la liberté de commerce ; et (3) la preuve que ces mesures n'étaient pas disproportionnées sévères, eu égard au sérieux des problèmes auxquels ils étaient destinés à faire face. Cette dernière considération correspond au concept de « proportionnalité » du droit communautaire (principalement dérivé du droit allemand). En anglais ordinaire, il signifie : « Il ne faut pas utiliser un marteau à vapeur pour casser une noix, alors qu'un casse-noix suffit⁵⁴¹. »

L'application de la proportionnalité par référence à la jurisprudence de la CJUE. Malgré sa formulation tripartite dans les *dicta* de Lord Diplock, le contrôle juridictionnel enclenché par l'application de l'article 30 TCE (aujourd'hui article 36 TFUE) dans la jurisprudence postérieure n'a pas toujours impliqué un *proportionality analysis* bien structuré. Dans l'affaire *Bell Line* en 1984, par exemple, la proportionnalité a abouti à un contrôle de nécessité⁵⁴². Les autorités britanniques avaient interdit l'importation de lait par des ports qui, en raison de leur position géographique, étaient utilisés essentiellement par les exportateurs irlandais. Pour justifier cette mesure, le gouvernement invoquait des raisons de santé publique : les services des ports concernés ne seraient pas expérimentés pour effectuer des contrôles hygiéniques. La *High Court* a déclaré les mesures contraires au droit communautaire, estimant que l'exclusion des ports en cause de la liste des ports autorisés à importer de lait n'était pas nécessaire. En effet, l'importation de lait était soumise à une exigence d'autorisation préalable, pour la délivrance de laquelle les autorités portuaires devaient fournir des certifications concernant leurs capacités de contrôle hygiénique. La *High Court* a donc considéré que les restrictions déjà en place étaient suffisantes pour garantir la protection de la santé et qu'aucun critère objectif ne justifiait l'exclusion des ports irlandais, dont les services étaient déjà expérimentés dans l'importation de lait. La décision du gouvernement a été annulée en tant que restriction déguisée des échanges commerciaux⁵⁴³. De façon similaire, dans *Pharmaceutical Society*, la proportionnalité a été mentionnée comme un principe excluant les interdictions générales, quand des mesures moins restrictives sont

⁵⁴¹ *Regina c. Goldstein* (HL), précitée, p. 154-5.

⁵⁴² *R c. Minister of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte Bell Line* [1984] 2 C.M.L.R. 502 (HC, Queen's Bench Division, 9 avril 1984).

⁵⁴³ *Ibid.*, para. 18 s., not. para. 26.

disponibles⁵⁴⁴. Enfin, dans *Roberts*, Justice Popplewell a appliqué la proportionnalité comme un test d'adaptation et de nécessité⁵⁴⁵.

L'application de la proportionnalité en tant que test de nécessité dans ces affaires des années quatre-vingt n'est pas surprenante ; c'est en effet précisément de cette façon que la CJUE applique la proportionnalité depuis la fin des années soixante-dix en matière de libertés de circulation⁵⁴⁶. À ce stade, le contenu de la proportionnalité dans le discours juridique anglais était principalement défini par référence à la jurisprudence communautaire. Comme la CJUE, les cours du *common law* attribuaient à la proportionnalité des formes différentes en fonction de la matière : peines et sanctions, non-discrimination, politique commune ou libertés de circulation⁵⁴⁷. Le parallélisme était consolidé par le fait que, dans l'application de la proportionnalité, les juges anglais considéraient de façon extensive et détaillée les décisions de la CJUE dans leurs opinions. D'ailleurs, ils ont renvoyé à plusieurs reprises des questions préliminaires sur le sujet, quand ils estimaient que la jurisprudence de la Cour de Luxembourg n'était pas claire⁵⁴⁸.

L'application de la proportionnalité par référence à la jurisprudence de la CJUE est le corollaire du fait que la proportionnalité était elle-même un chef de contrôle [*head of review*] de droit communautaire ; elle était appliquée par la voie du *ECA* 1972 et seulement dans le champ d'application de cette loi. Elle s'est répandue en droit anglais sous l'impulsion des avocats des compagnies multinationales, qui cherchaient à exempter leurs clients des restrictions nationales au commerce et des sanctions qui assortissaient leur violation⁵⁴⁹.

En ce qui concerne le droit administratif plus particulièrement, la proportionnalité en tant que test de droit communautaire était perçue comme un chef de contrôle *différent* des chefs traditionnels, et notamment du standard de *Wednesbury unreasonableness*. Cette différence était toujours relevée par les juges, même quand le contrôle de proportionnalité européen concernait les intentions de l'autorité contrôlée. On a vu que, dans *Bell Line*, la *High Court* a annulé la décision du gouvernement en raison de sa nature discriminatoire. Justice Forbes a admis que « s'il

⁵⁴⁴ R. c. *The Pharmaceutical Society of Great Britain, ex parte Association of Pharmaceutical Importers* [1987] 3 C.M.L.R. 951 (CA, Civil Division, 30 juillet 1987).

⁵⁴⁵ R. c. *Minister of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte Roberts* [1991] 1 C.M.L.R. 555 (HC, Queen's Bench Division, 11 novembre 1990).

⁵⁴⁶ Sur ce point, V. *infra*, Partie III, chapitre 6.1.

⁵⁴⁷ V., par exemple, *Rainey c. Greater Glasgow Health Board* [1987] IRLR 26 (HL, 27 novembre 1986); R. c. *Secretary of State for Education, ex parte Schaffter* [1987] IRLR 53 (HC, Queen's Bench Division, 1 janvier 1987).

⁵⁴⁸ V. *Customs and Excise Commissioners c. ApS Samex (Hanil Synthetic Fiber Industrial Co Ltd, third party)* [1983] 1 All ER 1042 (HC, Queen's Bench Division, 14 décembre 1982). Pour certains exemples de renvois préjudiciels sur la proportionnalité, V. R. c. *Minister of Agriculture, Fisheries and Food and another, ex parte Fédération Européenne de la Santé Animale (Fedesa) and others* [1988] 3 C.M.L.R. 207 (HC, Queen's Bench Division, 19 février 1988); R. c. *Intervention Board for Agricultural Produce, ex parte ED&F Man (Sugar) Ltd* [1984] 3 C.M.L.R. 633 (HC, Queen's Bench Division, 18 juin 1984), *Rochdale Borough Council c. Anders* [1988] 3 All ER 490 (HC, Queen's Bench Division, 23 mai 1988); *Pharmaceutical Society*, précité.

⁵⁴⁹ Un avocat célèbre qui a mobilisé à plusieurs reprises la proportionnalité dans son argumentation est Arthur Hugh Vaughan. V. par exemple, *Bell Line, Pharmaceutical Society* et l'affaire concernant l'ouverture des commerces le dimanche, sur laquelle V. *infra*, Partie III, chapitre 6.4.

s'agissait d'une application ordinaire des principes de *Wednesbury*, [il] trouverait peut-être difficile de statuer que le Ministre s'était trompé à un point qui justifie que sa décision soit sanctionnée⁵⁵⁰. » Néanmoins, le juge a considéré l'examen de cette question superfétatoire, parce que le contrôle qu'impliquait la proportionnalité était plus intrusif.

La jurisprudence *Bell Line* a été suivie par la suite. Même dans les cas où le droit communautaire laissait une large marge d'appréciation aux autorités nationales, la proportionnalité impliquait un contrôle plus intense que le standard interne de l'irrationalité⁵⁵¹. Dans l'affaire *Roberts*, Justice Popplewell a déclaré que la proportionnalité était un contrôle de l'exactitude des appréciations de l'autorité contrôlée. Dans son application, la cour devait substituer sa propre opinion à celle de l'autorité contrôlée, comme si elle était compétente pour prendre la décision en premier lieu, « comme s'il s'agissait d'une action de droit civil⁵⁵². » Avec le temps, la distinction entre le concept de proportionnalité en droit communautaire et celui du *common law* s'est consolidée. Le contrôle de proportionnalité a de plus en plus été distingué de celui de l'irrationalité, puisqu'il concernait de moins en moins les intentions des autorités contrôlées et se focalisait plus sur les conséquences de leurs actes du point de vue des libertés de circulation⁵⁵³.

Le problème de l'accès du juge aux faits. L'évaluation des conséquences des décisions contrôlées a certainement représenté une nouveauté pour les juges anglais, habitués à des questions de forme et de procédure. C'est notamment le cas en droit pénal, où les exigences de preuve sont spécifiques et le problème de l'accès du juge aux faits crucial. La question s'était déjà posée dans l'affaire *Goldstein*. Dans l'application de la proportionnalité, le juge de première instance avait examiné des éléments de preuve relatifs à l'existence et à l'importance de l'intérêt public poursuivi par la loi, considérant qu'il s'agissait là d'une question de droit décidée par lui seul sans la participation du jury. M. Goldstein y voyait un vice de procédure en première instance, puisque, selon lui, la proportionnalité était une question mixte de droit et de fait, qui devait être décidée par le jury. Ses arguments ont été rejetés, tant en appel qu'en cassation. La section 3(1) du *ECA* 1972 déclare :

« Aux fins des procédures juridictionnelles, toute question concernant le sens ou l'effet des Traités ou la validité, le sens ou l'effet des instruments communautaires devra être traitée comme une question de droit (et, si elle n'est pas renvoyée à la Cour européenne, elle devra être déterminée

⁵⁵⁰ V. *Bell Line*, précitée, para. 17.

⁵⁵¹ V., par exemple, *R. c. Secretary of State for the Environment, ex parte NALGO* [1992] 5 Admin.L.R. 785 (HC, Queen's Bench Division, 20 décembre 1991), p. 800-801. V. GREEN N., « Proportionality and the Supremacy of Parliament in the UK », E. ELLIS (dir.), *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*, London, Bloomsbury Publishing, 1999, p. 145, not. 150 et jurisprudence citée.

⁵⁵² *Roberts*, précitée, para. 79. Pour autant, la question de la proportionnalité n'a pas été déterminante dans cette affaire.

⁵⁵³ *WH Smith Do-It-All Ltd c. Peterborough City Council* [1991] 4 All ER 193 (HC, Queen's Bench Division, 4 juin 1990).

en tant que telle, conformément aux principes posés dans la jurisprudence pertinente de la Cour européenne⁵⁵⁴). »

La situation était compliquée puisque, selon la jurisprudence de la CJUE, une fois l'entrave aux libertés de circulation constatée, il incombe à l'autorité contrôlée de justifier les mesures restrictives aux libertés de circulation et notamment d'en prouver la proportionnalité en fait. Lord Diplock, suivi par ces collègues sur ce point, a résolu cette contradiction apparente en déclarant que la proportionnalité était « une question concernant le sens ou l'effet d'un des traités. Ainsi, elle entr[ait] bel et bien dans le champ d'application de la section 3(1) du *European Communities Act* de 1972⁵⁵⁵. »

Toutefois, l'application de la proportionnalité ne posait pas seulement des problèmes de preuve. Plus généralement, les appréciations qu'implique le contrôle de proportionnalité, en grande partie factuelles, étaient difficilement conciliables avec la perception classique du juge dans le cadre du *judicial review*. En effet, le système contradictoire traditionnellement appliqué dans les procédures juridictionnelles du *common law* était mal adapté aux questions de fait polycentriques et complexes posées par les disputes de droit public⁵⁵⁶. Dans l'affaire *Bell Line*, Justice Forbes a refusé la transformation de son office, en vertu du droit communautaire, en « une espèce de tribunal d'instruction ». Il a toutefois relevé que la Cour de Justice avait délégué aux juges internes l'examen de la justification des restrictions nationales. Pour lui, il serait « très remarquable [...], qu'aucune juridiction dans ce pays ne soit autorisée à accepter l'invitation de la Cour européenne⁵⁵⁷. » Justice Forbes continue :

« Il est clair que – si pour certains cela est malheureux, cela est néanmoins inévitable – la présente cour est conduite à un processus d'appréciation des faits. En effet, il ressort clairement de certaines décisions de la Chambre des Lords que les dispositions sur le contre-interrogatoire des auteurs d'affidavits etc. impliquent que, dans certains cas, la présente cour pourrait être obligée d'apprécier les faits, du moins si cela est nécessaire afin de délimiter sa compétence. Je ne crois pas que ce pays doive être laissé dans une situation où, si la décision d'un Ministre est nettement contraire au droit communautaire [...], les bénéficiaires des droits résultant du droit communautaire soient privés de tout moyen de les faire valoir⁵⁵⁸. »

L'ambiguïté de la nature de la proportionnalité, entre fait et droit, a pendant longtemps semé la confusion parmi les juristes anglais. Dans la jurisprudence postérieure, la question de la compétence de la CJUE s'est posée dans le cadre du renvoi préjudiciel. Suivant une jurisprudence constante en la matière, les juges

⁵⁵⁴ *Goldstein*, précitée, p. 156.

⁵⁵⁵ *Ibid.*

⁵⁵⁶ Sur ce point, V. ALLISON J., *A Continental Distinction in the Common Law*, *op. cit.*, p. 183 s.

⁵⁵⁷ *Bell Line*, précitée, para. 20.

⁵⁵⁸ *Ibid.*, p. 21.

internes devaient décider toute question de fait *avant* le renvoi à la CJUE⁵⁵⁹. Pour autant, dans *Pharmaceutical Society*, la Cour d'appel a introduit une exception à cette règle. L'affaire concernait une directive issue par le *Pharmaceutical Society of Great Britain*, qui interdisait aux pharmaciens de substituer les médicaments importés des pays-membres des Communautés européennes à ceux prescrits dans le Royaume-Uni, même s'il s'agissait de médicaments identiques du point de vue thérapeutique. L'examen de la proportionnalité de cette directive impliquait des appréciations complexes concernant les effets des médicaments en question ou les impacts de la directive sur la liberté de circulation. La Cour d'appel a décidé de renvoyer à la Cour de Justice, sans avoir décidé au préalable sur ces points de fait⁵⁶⁰.

Malgré les problèmes complexes que son application soulevait, jusqu'à la fin des années quatre-vingt-dix la proportionnalité n'a pas fait l'objet d'analyses académiques. Il s'agissait, pour les juristes anglais, tout simplement d'un chef de contrôle de droit communautaire ; c'était d'ailleurs dans ce sens qu'elle était mentionnée dans les dictionnaires juridiques⁵⁶¹. Son application par référence à la jurisprudence de la Cour de Justice lui conférait une intégrité conceptuelle et une clarté quant à son champ d'application. Sa perception en tant que principe du droit communautaire excluait *a priori* son « débordement » dans les cas du *common law*. Toutefois, parallèlement à ces évolutions, la proportionnalité a commencé à être dotée d'un autre contenu, dont le potentiel subversif était beaucoup plus radical pour le droit anglais.

3. La connexion à la CEDH

Continuité et rupture. L'application de la proportionnalité par la voie du *ECA* a produit un mouvement de généralisation du vocabulaire de la proportionnalité dans les cas purement internes. Comme on l'a vu, ce n'est qu'à partir du milieu des années quatre-vingt que les juges anglais ont redécouvert *Hook* et ont commencé à utiliser la proportionnalité dans le cadre du *judicial review*. Initialement, l'origine européenne de la proportionnalité n'excluait pas sa synonymie avec le standard de *Wednesbury*. Dans certains cas, les juristes anglais interprétaient le principe de proportionnalité du droit communautaire comme une exigence de raisonnable⁵⁶². D'ailleurs, la CJUE elle-même a parfois appliqué la proportionnalité de cette façon. Dans ses conclusions sur *Henn et Darby*, par exemple, l'Avocat général Warner a déclaré que, dans certains contextes, « le "raisonnable" et la "proportionnalité" sont des notions identiques ou du moins la proportionnalité est un aspect du raisonnable⁵⁶³. »

Pour autant, comme cela été écrit précédemment, la proportionnalité s'est avec le temps progressivement distinguée du *Wednesbury*, en ce qu'elle ne se limitait pas à

⁵⁵⁹ *Bulmer (HP) Ltd c. Bollinger SA* [1974] 2 All ER 1226 (CA, Civil Division, 22 mai 1974), *per* Lord Denning Master of the Rolls.

⁵⁶⁰ Concernant la compétence de la CJUE, V. *Pharmaceutical Society*, précitée, para. 28-30.

⁵⁶¹ V. "Proportionality," *Halsbury's Laws of England* (London: Butterworths, 1989).

⁵⁶² BROWN N., « General Principles of Law and the English Legal System », M. CAPPELLETTI et N. BROWN (dir.), *New perspectives for a common law of Europe = Nouvelles perspectives d'un droit commun de l'Europe*, Leiden; London, Sijthoff, coll. « Publications of the European University Institute », 1978, p. 177.

⁵⁶³ Conclusions sur C-34/79, 14 décembre 1979, *Henn et Darby*, ECLI:EU:C:1979:295, p. 3830, se référant à Neville Brown, *op. cit.* En anglais : "'reasonableness" and "proportionality" are the same concept."

un contrôle de la rationalité de l'autorité contrôlée mais qu'elle impliquait aussi une évaluation des impacts des décisions publiques par rapport à des valeurs matérielles, notamment les droits et libertés européens. Ceci a conduit à lier l'application de la proportionnalité au concept de droits fondamentaux qui émergeait dans la jurisprudence de l'époque. La constitution anglaise ne comprenant pas de catalogue de droits, la proportionnalité a été liée à un autre ordre juridique européen en pleine évolution, celui de la CEDH. Lors des premières applications de la proportionnalité dans ce contexte, la Cour de Strasbourg a condamné le Royaume-Uni pour des violations à la liberté d'expression⁵⁶⁴. Ces décisions ont surpris, voire choqué les juristes anglais, pour lesquels le *common law* était le berceau des droits civils. Depuis, les juges internes ont pris en compte la jurisprudence de la Cour EDH et ont adopté un langage qui lui faisait écho, notamment en se référant à une mise en balance des droits antagonistes ou à l'exigence d'un besoin social impérieux pour restreindre les droits de l'homme⁵⁶⁵.

L'affaire *Spycatcher*. Dans la série d'affaires *Spycatcher*, la proportionnalité a trouvé sa première application en tant que principe de la CEDH. Cela est à mettre au crédit de certains *barristers* et juges renommés. Les affaires en cause, qui ont attiré l'attention de l'opinion publique, concernaient la publication des informations contenues dans *Spycatcher*, un livre écrit par un ancien agent des services secrets du Royaume-Uni, dans les journaux *The Guardian* et *The Observer*. Le livre décrivait, entre autres choses, l'infiltration de services secrets par des agents étrangers. Le procureur général, après avoir cherché la suspension de diffusion de *Spycatcher* en Australie, a demandé aux juges anglais l'édiction de mesures provisoires contre les journaux britanniques. Anthony Lester et David Pannick, représentant les journaux, ont appuyé leur argumentation en défense sur l'article 10 CEDH, protégeant la liberté de la presse et la liberté d'expression⁵⁶⁶.

Dans la première décision sur l'affaire, en 1987, Justice Millett, après une pesée des intérêts publics en conflit dans l'affaire, a ordonné les mesures restrictives demandées par le procureur général. D'un côté, la liberté d'information du public par la presse, notamment dans des cas de soupçons concernant la légalité du comportement des agents publics, pesait en faveur de la publication. De l'autre, le besoin d'efficacité et de confidentialité des services secrets, dans l'intérêt de la sécurité nationale, pesait en faveur des restrictions. Le juge a finalement imposé une exigence de *narrowly tailored* à l'interdiction de publication, en permettant la publication des informations déjà divulguées au cours du procès en Australie. Dans

⁵⁶⁴ V., notamment, Cour EDH, *Handyside c. RU*, 7 décembre 1976, n° 5493/72 ; *The Sunday Times c. RU*, 26 avril 1979, n° 6538/74.

⁵⁶⁵ *Schering Chemicals Ltd. c. Falkman Ltd. and others* [1982] Q.B. 1 (CA, Civil Division, 27 janvier 1981) ; *Attorney General c. British Broadcasting Corporation* [1980] 3 W.L.R. 109 (HL, 12 juin 1980).

⁵⁶⁶ Cette analyse concerne seulement la série des cas concernant les mesures provisoires. L'affaire *Spycatcher* est beaucoup plus complexe et comprend plusieurs jugements sur le fond.

ses termes, « les restrictions imposées par la cour ne devraient pas excéder les nécessités strictes de l'intérêt qu'on cherche à préserver⁵⁶⁷. »

En appel, Sir Donaldson a confirmé la décision du juge inférieur, en se référant explicitement au principe de proportionnalité. Selon ses mots :

« En matière du devoir de confidentialité, pour que la publication ne soit pas interdite, l'intérêt public justifiant la préservation [du caractère confidentiel] doit être vaincu par un intérêt public antagoniste. Dans certains cas, l'intérêt public lié à la préservation du caractère confidentiel sera trivial et l'intérêt public lié à la publication sera important. Pour autant, dans la mise en balance de ces intérêts publics antagonistes ou, plus précisément peut-être, ces aspects antagonistes d'un intérêt public unique, la nature et les circonstances, tant du devoir de confidentialité que de la publication en question, doivent être examinés avec beaucoup d'attention. C'est à cela que le terme principe de proportionnalité fait référence – la restriction ou l'absence de restriction est-elle proportionnée à l'appréciation générale de l'intérêt public⁵⁶⁸ ? »

La proportionnalité a été explicitement appliquée en tant que principe régissant l'exercice du pouvoir du juge en matière de mesures provisoires. En effet, dans ce domaine les juges procédaient traditionnellement à une *balance of convenience*, à savoir une appréciation et pesée des avantages et inconvénients selon les circonstances. Dans les *dicta* de Sir Donaldson, la proportionnalité offre une méthode pour effectuer cette appréciation : elle désigne précisément une mise en balance des « intérêts publics antagonistes ou, plus précisément peut-être, des aspects antagonistes d'un intérêt public unique ». Ainsi, la forme et la fonction de la proportionnalité dans cette affaire sont très proches de ce que préconise la théorie alexyenne. La proportionnalité est un type de raisonnement juridictionnel qui implique la mise en balance de valeurs concurrentes. Dans son application, le juge doit prendre en compte des considérations factuelles et normatives. Elle conduit à une meilleure protection des libertés, en imposant des exigences plus strictes à leurs limitations.

En juillet 1987, l'ouvrage *Spycatcher* a été publié aux États-Unis ; des copies individuelles de l'ouvrage pouvaient être obtenues au Royaume-Uni. D'ailleurs, certains passages avaient déjà été publiés dans le *Sunday Times*, qui était poursuivi en justice pour outrage à la juridiction [*contempt of court*]. En vue des circonstances nouvelles, *The Guardian* et *The Observer* ont demandé l'interruption des interdictions de publication prononcées à leur égard. En première instance, Sir Browne-Wilkinson a joint les affaires et a commencé leur examen par citer les *dicta* de Sir Donaldson sur le principe de proportionnalité. Il relève que le dommage que le procureur général essaie de prévenir a déjà eu lieu, puisque le livre est accessible à toute personne

⁵⁶⁷ *Attorney General c. Guardian Newspapers Ltd and others, Attorney General c. The Observer Ltd. and others* [1989] 2 F.S.R. 3 (juge des référés, HC, Chancery Division, 11 juillet 1986 – CA, 25 juillet 1986), p. 14.

⁵⁶⁸ *Ibid.*, p. 22.

intéressée⁵⁶⁹. Le procureur général arguait aussi que la diffusion de *Spycatcher* dans le Royaume-Uni encouragerait à suivre l'exemple de son auteur. Pour autant, Sir Browne-Wilkinson a trouvé cet intérêt trop insignifiant. En effet, il souligne que, si la liberté de la presse n'est pas absolue, on doit lui porter seulement les atteintes qui sont inévitables. Après une mise en balance explicite des considérations antagonistes dans l'affaire, le juge conclut que l'existence d'un « intérêt public suffisant » n'a pas été établie et lève les injonctions qui pesaient sur les demandeurs⁵⁷⁰.

Toutefois, la décision de Sir Browne-Wilkinson a été renversée en appel. Les *Lord Justices* ont décidé que, les arguments du procureur général n'étant pas manifestement infondés, le juge des mesures provisoires ne pouvait pas priver le litige au principal de son objet. Ainsi, ils ont maintenu l'interdiction de publication pesant sur les journaux et ont même supprimé l'exemption accordée par Justice Millet concernant les informations divulguées au cours du procès en Australie. Quand l'affaire a été portée devant la Chambre des Lords, Anthony Lester et David Pannick ont terminé leur plaidoirie pour le *Sunday Times* avec les mots suivants : « ce cas réclame un certain sens de proportion⁵⁷¹. » Avec une majorité de trois contre deux, les Lords ont confirmé la décision d'appel. Dans leurs opinions, Lord Brandon et Lord Ackner ont réitéré le raisonnement de la Cour d'appel. Lord Templeman a même été plus loin en déclarant que les restrictions en cause étaient « nécessaires dans une société démocratique » dans l'intérêt de la sécurité nationale, citant la décision *Sunday Times* de la Cour EDH⁵⁷². Selon ce juge, puisque la vérité des allégations incluses dans *Spycatcher* était douteuse, si elles étaient publiées dans les journaux, les membres honnêtes des services secrets ne pourraient pas se défendre publiquement sans violer leur devoir de confidentialité.

La suite de l'affaire *Spycatcher*. Dans son opinion dissidente, Lord Bridge avait prévu les conséquences de cette décision de la Chambre des Lords : « si le gouvernement décide de lutter pour maintenir l'interdiction jusqu'au bout, il fera face à une condamnation inévitable et humiliante de la part de la Cour européenne des droits de l'homme de Strasbourg⁵⁷³. » La condamnation et l'humiliation n'ont pas tardé. Dans sa décision datant de 1991, à la suite d'un contrôle de proportionnalité, la Cour EDH a déclaré l'interdiction de la publication des extraits de *Spycatcher* après juillet 1987 contraire à la Convention⁵⁷⁴. Selon les juges de Strasbourg, l'intérêt de sécurité nationale invoqué par le gouvernement et l'office du juge des mesures provisoires n'étaient pas suffisants pour justifier l'atteinte portée aux libertés de l'article 10. Le fait que la Chambre de Lords ait pris en compte la Convention dans sa décision n'a pas mis celle-ci à l'abri des juges européens.

⁵⁶⁹ *Attorney General c. Guardian Newspapers Ltd and others; and related appeals* [1987] 1 W.L.R. 1248 (juge des référés, CA, Civil Division, 24 juillet 1987 - HL, 13 août 1987), p. 1269, *per* Browne-Wilkinson.

⁵⁷⁰ *Ibid.*, p. 1270.

⁵⁷¹ *Attorney General c. Guardian Newspapers Ltd and others; and related appeals*, précité (HL, 13 août 1987), mentionné par Lord Ackner, p. 1300.

⁵⁷² *Ibid.*, p. 1297, *per* Lord Templeman.

⁵⁷³ *Ibid.*, p. 1286, *per* Lord Bridge.

⁵⁷⁴ Cour EDH, *Observer and Guardian c. RU*, 26 novembre 1991, n° 13585/88.

Si l'affaire *Spycatcher* ne restera pas dans l'histoire comme une grande décision en ce qui concerne l'application de la Convention en droit anglais. Elle marque toutefois une étape fondamentale. C'est dans cette affaire que la proportionnalité a été pour la première fois officiellement liée à la CEDH. Depuis, l'usage de la proportionnalité comme un principe protecteur des droits fondamentaux s'est répandu dans les écrits de la doctrine et est devenu dominant en droit anglais. Pendant que *Spycatcher* était en cours au principal, Anthony Lester et un autre *barrister* renommé, Jeffrey Jowell, ont publié un article dans le *Commonwealth Law Bulletin*⁵⁷⁵, dans lequel ils encourageaient les juges anglais à appliquer la proportionnalité pour sanctionner les restrictions injustifiables des droits fondamentaux, conformément à la CEDH. Dans une autre contribution, Jeffrey Jowell et Dawn Oliver faisaient la même connexion entre la proportionnalité et les droits fondamentaux⁵⁷⁶, connexion que l'on retrouve aussi dans les écrits extra-juridictionnels de Sir John Laws⁵⁷⁷. La proportionnalité a acquis ses premiers enthousiastes ; depuis, la pression pour son application n'a pas cessé de croître, tant en doctrine qu'en pratique. Si cette application était possible dans le cadre des mesures provisoires et du *balance of convenience*, les choses étaient beaucoup plus compliquées dans les affaires de *judicial review*.

L'appel au changement. Comme on l'a vu, dans le contexte classique du contrôle juridictionnel de l'administration, la proportionnalité était utilisée comme un indice ou un aspect du chef d'irrationalité. Cette assimilation aux standards traditionnels compromettait sérieusement sa fonction et sa dynamique. Au contraire, les défenseurs de la proportionnalité la définissaient *par opposition* au *Wednesbury*, elle permettrait le dépassement de ce dernier⁵⁷⁸. En effet, ils la percevaient comme une exigence matérielle d'équité ou de justice et relevaient que, même si une décision n'atteint pas le standard de *Wednesbury* dans sa perversité, elle peut toujours constituer un abus de pouvoir sanctionné sous la proportionnalité⁵⁷⁹. Ainsi, dans cette perspective, la proportionnalité, en tant que principe protecteur des droits, ne pouvait s'appliquer qu'au moyen d'un chef de contrôle [*head of review*] indépendant, *ajouté* aux chefs traditionnels de *judicial review*. Cela avait été déjà envisagé par Lord Diplock dans *GCHQ* :

« Je pense que le contrôle juridictionnel de l'administration a évolué aujourd'hui pour atteindre un niveau [...] où l'on peut facilement classifier les raisons sur la base desquelles l'action de l'administration est sujette au contrôle du juge sous trois chefs. Le premier, je l'appellerais "illégalité" ; le deuxième, "irrationalité" ; et le troisième, "vice de procédure". Ceci étant, des évolutions ultérieures pourraient au fil du temps ajouter des chefs supplémentaires au cas par cas. Je pense

⁵⁷⁵ JOWELL J. et A. LESTER, « Beyond *Wednesbury* », *op. cit.*

⁵⁷⁶ JOWELL J. et A. LESTER, « Proportionality: Neither Novel nor Dangerous », J. JOWELL et D. OLIVER (dir.), *New directions in judicial review*, London, Stevens, coll. « Current legal problems series », 1988, p. 51.

⁵⁷⁷ LAWS J., « Is the High Court the Guardian of fundamental constitutional rights? », *op. cit.*

⁵⁷⁸ JOWELL J. et A. LESTER, « Beyond *Wednesbury* », *op. cit.*, p. 860.

⁵⁷⁹ BINGHAM T., « "There is a World Elsewhere": The Changing Perspectives of English Law », *ICLQ*, 1992, vol. 41, p. 513.

particulièrement à l'adoption possible dans le futur du principe de "proportionnalité" qui est reconnu dans le droit administratif de plusieurs membres de la Communauté économique européenne⁵⁸⁰. »

La décision *GCHQ* a généré une certaine confusion sur les modalités d'application de la proportionnalité dans les cas de *judicial review*. Dans certaines affaires, les juges l'appliquaient comme un aspect du *Wednesbury*, tandis que, dans d'autres, ils rejetaient simplement son application en absence d'autorité l'établissant comme un chef de contrôle interne⁵⁸¹. Dans *Pegasus*, par exemple, après l'échec de certains pilotes roumains aux examens organisés par la *Civil Aviation Authority*, les autorités britanniques ont suspendu leur permis d'effectuer des vols charter⁵⁸². Les requérants contestaient cette décision et invoquaient la proportionnalité comme « un aspect du raisonnable⁵⁸³ ». En examinant l'affaire, Justice Schiemann a rappelé la généalogie européenne de la proportionnalité, qu'il a interprétée comme une exigence d'équilibre entre les droits individuels et l'intérêt public. Toutefois, le juge a conclu que ce n'était pas ce degré de contrôle intrusif qui devait être appliqué aux faits de l'espèce ; en considérant que « l'absence totale de proportionnalité » était équivalente à l'irrationalité dans le sens du *Wednesbury*, il a appliqué la proportionnalité comme un aspect de ce dernier standard⁵⁸⁴. Ce n'est que dans l'affaire *Brind* que la Chambre des Lords a clarifié le rôle de la proportionnalité dans le cadre du *judicial review*.

4. *Le rejet en judicial review*

L'affaire *Brind*. L'affaire *Brind* concernait des directives du gouvernement britannique interdisant à la British Broadcasting Corporation (BBC) et à l'Independent Broadcasting Authority (IBA) de diffuser des discours prononcés par des membres des organisations de l'Irlande du Nord supposément terroristes. L'intérêt public invoqué pour justifier ces mesures était la sécurité publique, la prévention des crimes et la protection des droits d'autrui. Selon l'affidavit d'un membre du gouvernement, la diffusion directe des discours des personnes soupçonnées d'être terroristes était susceptible de choquer son audience ou même d'encourager le crime et de provoquer le désordre. Les requérants, représentés par les avocats Anthony Lester et David Pannick, défendaient que la décision du gouvernement était contraire à la CEDH, puisqu'elle était hors de proportion avec le problème auquel elle s'appliquait.

Dans le *Queen's Bench*, Lord Justice Watkins a accepté que le ministre doive prendre en compte l'article 10 de la Convention dans l'exercice de ses pouvoirs. Toutefois, il a refusé d'appliquer la proportionnalité en tant que chef de contrôle indépendant, puisque, selon lui, cela l'aurait conduit à substituer sa propre opinion à

⁵⁸⁰ *GCHQ*, précitée, p. 950.

⁵⁸¹ V., par exemple, *R. c. Bournemouth Crown Court, ex parte Jobson and another* (HC, Queen's Bench Division) CO/1917/89.

⁵⁸² *R. c. Secretary of State for Transport, ex parte Pegasus Holidays (London) Ltd and another* [1989] 2 All ER 481 (HC, Queen's Bench Division, 7 août 1987).

⁵⁸³ *Ibid.*

⁵⁸⁴ *Ibid.*

celle de l'autorité compétente. Pour autant, la jurisprudence de Strasbourg a joué un rôle dans son évaluation de la légalité de l'action publique en question. Lord Justice Watkins a examiné si le ministre avait invoqué un « besoin social impérieux » pour la limitation de la liberté d'expression et s'il avait fourni des éléments de preuve pour l'existence d'un tel besoin. Pour le reste, il s'est borné à la sanction d'une éventuelle disproportion manifeste, qui aurait indiqué que la décision du ministre était déraisonnable dans le sens du *Wednesbury*. Selon Lord Justice Watkins, la décision contrôlée n'était pas entachée d'une telle disproportion et était donc légale⁵⁸⁵.

Au sein de la Cour d'appel, Lord Donaldson s'est montré plus réticent à suivre les préceptes de Strasbourg. Il a commencé par déclarer que, si les obligations internationales du Royaume-Uni peuvent être prises en compte dans l'interprétation des dispositions législatives ambiguës, elles ne peuvent rien ajouter à l'intention que le Parlement a clairement exprimée dans la loi. Par conséquent, Lord Donaldson a conclu que « la doctrine de la proportionnalité n'a pas sa place en droit anglais en tant que chef séparé pour le contrôle juridictionnel de l'action administrative, puisqu'elle n'est qu'un aspect du test de raisonnable⁵⁸⁶. »

L'application de la proportionnalité perçue comme contraire aux fondements du *judicial review*. La Chambre des Lords a confirmé cette décision⁵⁸⁷. Selon l'opinion des *Law Lords* :

« à moins que le Parlement n'incorpore la Convention dans le droit interne, une option qui, c'est bien connu, jouit d'un fort soutien, il semble [...] qu'il n'y ait à présent pas de base pour que la doctrine de la proportionnalité, telle qu'appliquée par la Cour européenne, puisse être suivie par les cours de ce pays⁵⁸⁸. »

L'application de la proportionnalité soulevait d'abord la question de l'incorporation des traités internationaux en droit interne. Les juges ont considéré qu'imposer au ministre l'obligation de prendre en compte la Convention reviendrait à incorporer la Convention « par la petite porte⁵⁸⁹ ». Ainsi, on trouve au cœur du refus des Lords d'appliquer la proportionnalité le principe de la souveraineté du Parlement. Si les traités internationaux déployaient leurs effets juridiques en droit interne sans incorporation, cela reviendrait à habiliter l'exécutif à légiférer simplement en les signant⁵⁹⁰.

L'application de la proportionnalité en tant que chef de contrôle interne se heurtait au principe de la souveraineté du Parlement d'une autre façon encore. Contrairement à la volonté du Parlement, elle mènerait le juge à substituer sa propre

⁵⁸⁵ *R. c. Secretary of State for the Home Department, ex parte Brind & another*, The Times 30 mai 1989 (HC, Queen's Bench Division).

⁵⁸⁶ *R. c. Secretary of State for the Home Department, ex parte Brind* [1990] 1 All ER 469 (CA, Civil Division, 6 décembre 1989).

⁵⁸⁷ *R. c. Secretary of State for the Home Department, ex parte Brind* [1991] 1 A.C. 696 (HL, 7 février 1991).

⁵⁸⁸ *Ibid.*, p. 762 *per* Lord Ackner. V. aussi, *Ibid.*, *per* Lord Lowry et Lord Roskill.

⁵⁸⁹ *Ibid.*, p. 762 *per* Lord Ackner.

⁵⁹⁰ HUNT M., *Using Human Rights Law in English Courts*, Oxford, Hart, 1997, p. 7 s.

opinion à celle des autorités compétentes, « très souvent élues⁵⁹¹ ». En d'autres termes, l'application de la proportionnalité était perçue comme contraire à une distinction fondamentale dans le système de contrôle juridictionnel anglais : la distinction entre *review* et *appeal*. Dans les mots de Lord Ackner :

« si le test de proportionnalité correspond à un contrôle plus intense que le test de *Wednesbury*, une enquête sur l'opportunité de l'action administrative [*the merits*] et son évaluation sont inévitables. La formulation adoptée par M. Pannick (l'adjoint de M. Lester) – le Ministre pourrait-il conclure raisonnablement que la directive en cause était nécessaire – implique nécessairement une mise en balance des raisons pour et contre cette décision, tout en laissant [au Ministre] “une marge d'appréciation”, mettant en œuvre le concept européen de tolérance accordée à l'autorité investie d'un pouvoir discrétionnaire⁵⁹². »

L'adoption de la proportionnalité en tant que chef de contrôle du *common law* bouleverserait la répartition des compétences traditionnelle, reflétée dans le critère de *Wednesbury*⁵⁹³. En effet, en ce qui concerne le contrôle des *merits*, ce dernier critère était « la pierre de touche de l'intervention judiciaire légitime⁵⁹⁴ ». La proportionnalité en tant que test impliquant la mise en balance de valeurs antagonistes va à l'encontre des principes les plus fondamentaux du système de contrôle juridictionnel anglais.

La décision *Brind* a été suivie par les juridictions inférieures. Dans l'affaire *Absalom*, un agent de police contestait la proportionnalité d'une sanction disciplinaire qui lui avait été infligée⁵⁹⁵. Justice Popplewell a rappelé que la fonction des juges était une fonction de supervision, refusant ainsi d'appliquer la proportionnalité en tant que chef de contrôle indépendant. D'ailleurs le juge n'a pas considéré que la décision en cause soit perverse dans le sens du *Wednesbury*. Dans la décision *Cox*, le même juge a rejeté les arguments relevant de la proportionnalité avancés par un détenu dont la mise en liberté provisoire avait été annulée⁵⁹⁶. L'affaire *Colman* concernait le cas d'un médecin agréé qui souhaitait exercer la médecine holistique en dehors du système de santé publique⁵⁹⁷. Le Conseil général des médecins lui ayant refusé la permission de faire la publicité de sa pratique, le médecin a contesté cette décision comme disproportionnée. Pour autant, la Cour d'appel a refusé d'appliquer la proportionnalité, rappelant que son rôle était la supervision et non le réexamen de la décision attaquée.

La fragmentation conceptuelle de la proportionnalité. Le rejet de la proportionnalité en tant que chef de contrôle interne a provoqué sa fragmentation

⁵⁹¹ *Brind* (HL, 7 février 1991), précitée, p. 762 *per* Lord Ackner.

⁵⁹² *Ibid.*

⁵⁹³ V. aussi ELLIOTT M., « The Human Rights Act 1998 and the Standard of Substantive Review », *CLJ*, 2001, vol. 60, n° 2, p. 301.

⁵⁹⁴ CRAIG P., *Administrative Law*, *op. cit.*, para. 21-004.

⁵⁹⁵ *R. c. Chief Constable of Kent and another, ex parte Absalom*, 6 mai 1993, (HC, Queen's Bench Division), non publié.

⁵⁹⁶ *R. c. Secretary of State for the Home Department, ex parte Cox, The Independent* 8 octobre 1991.

⁵⁹⁷ *R. c. General Medical Council, ex parte Colman* [1990] 1 All ER 489 (CA, Civil Division, 6 décembre 1989). V. aussi NALGO, précité.

conceptuelle en jurisprudence. Quand son application jouissait d'une base légale, à savoir dans le champ du *ECA*, la proportionnalité était appliquée comme un chef de contrôle indépendant. Au contraire, quand les principes du *common law* étaient applicables, l'application indépendante de la proportionnalité était rejetée ; au maximum, la proportionnalité était appliquée comme un aspect du raisonnable. La dichotomie entre la proportionnalité européenne et la proportionnalité interne peut s'illustrer dans la décision de Justice Popplewell dans l'affaire *International Stock Exchange*⁵⁹⁸. Après avoir suspendu pour plus de deux ans les transactions ayant pour objet les actions de Titaghur Plc., International Stock Exchange les a radiées de la cote de la Bourse du Royaume-Uni, sans donner l'occasion aux actionnaires de Titaghur Plc. d'être entendus préalablement. Examinant cette décision en *judicial review*, Justice Popplewell déclare : « en ce qui concerne le droit anglais interne, [la proportionnalité] n'est pas un principe indépendant et il n'est pas approprié pour un juge de première instance de faire le premier pas dans l'incorporation de la doctrine⁵⁹⁹ ». Ce raisonnement a conduit le juge à prendre en compte la proportionnalité seulement comme un aspect du *Wednesbury*. Pour autant, en ce qui concerne le droit communautaire, Justice Popplewell a appliqué un contrôle plus strict de proportionnalité.⁶⁰⁰

La fragmentation conceptuelle de la proportionnalité pendant les années quatre-vingt-dix se manifeste dans les formes et fonctions variables dont elle est investie, selon les circonstances de l'affaire. En droit privé, par exemple, où le rôle traditionnel des juges du *common law* est de mettre en balance des intérêts antagonistes, la proportionnalité était appliquée de façon très similaire à sa version développée dans la jurisprudence de Strasbourg⁶⁰¹. De même, les juges prenaient en compte la jurisprudence strasbourgeoise quand ils recouraient à la Convention pour résoudre les ambiguïtés du *common law*. Dans *Derbyshire*, par exemple, en présence des décisions contradictoires sur la capacité d'une autorité locale de poursuivre en justice un journal pour diffamation, la Cour d'appel a appliqué l'article 10 et a effectué une mise en balance des intérêts en cause en utilisant le test de proportionnalité. Pour les juges, l'attribution d'une telle possibilité aux autorités publiques constituerait une atteinte excessive à la liberté d'expression⁶⁰².

Néanmoins, la diffusion de la proportionnalité en tant que principe protecteur des droits fondamentaux était confinée à un champ très limité, et ceci se reflétait dans son développement conceptuel. Ainsi, dans les manuels de droit administratif, la proportionnalité était principalement analysée comme principe du droit

⁵⁹⁸ R c. *International Stock Exchange of the UK and the Republic of Ireland Ltd, ex parte Else* [1993] B.C.C. 11 (HC, Queen's Bench Division, 20 juillet 1992).

⁵⁹⁹ *Ibid.*, p. 26.

⁶⁰⁰ *Ibid.*, p. 25 s. V. aussi R c. *Secretary of State for Health, ex parte Eastside Cheese Company (a firm)* [1999] 3 C.M.L.R. 123 (CA, Civil Division, 1 juillet 1999).

⁶⁰¹ V., par exemple, *Attorney General c. The Observer Ltd and others*, analysé précédemment.

⁶⁰² *Derbyshire County Council c. Times Newspapers Ltd. and others* [1992] Q.B. 770 (CA, Civil Division, 19 février 1992), p. 813. Sur l'application limitée de la CEDH devant les juridictions anglaises avant le HRA, V. HUNT M., *Using Human Rights Law in English Courts, op. cit.*

communautaire⁶⁰³. Pour les juristes anglais, la proportionnalité restait un concept d'application limitée, « un *will-o'-the-wisp* étranger⁶⁰⁴ ». Mis à part les écrits de ses défenseurs, qui encourageaient son adoption en droit interne, la littérature anglaise était peu préoccupée du « *Euro-speak* » de la proportionnalité⁶⁰⁵. Qui plus est, son rejet en tant que chef de contrôle interne menaçait son autonomie conceptuelle. Dans un article paru en 1992, Sophie Boyron a décrit la proportionnalité comme synonyme de l'erreur manifeste d'appréciation français. Ainsi, l'auteure suggère que le transfert du principe en droit administratif anglais est une « traduction erronée », puisque les origines de la proportionnalité remontent à la notion anglo-saxonne de raisonnable⁶⁰⁶. De façon similaire, dans une contribution extra-juridictionnelle datant de 1999, Lord Hoffmann allègue que la classification de la proportionnalité en tant que chef de contrôle indépendant, séparé de l'irrationalité, est une « erreur analytique », puisque, pour lui, la proportionnalité est seulement une méthode pour identifier et justifier l'établissement du caractère irrationnel de certaines décisions⁶⁰⁷.

La recherche d'une certaine continuité. Les années quatre-vingt-dix ont été une « période frustrante » pour les juges anglais, qui ne pouvaient pas appliquer la proportionnalité en droit interne, tout en sachant que leurs décisions seraient critiquées à Strasbourg⁶⁰⁸. En effet, la Cour EDH a maintes fois reproché un défaut de proportionnalité aux mesures nationales⁶⁰⁹. Les juges internes essayaient d'aligner leur jurisprudence sur la Convention, sans appliquer explicitement le test de la proportionnalité. Dans l'impossibilité d'harmoniser leur jurisprudence à celle de Strasbourg du point de vue formel, ils cherchaient une certaine continuité au niveau des méthodes du juge. Dans *Brind*, par exemple, Lord Bridge affirme qu'en examinant le caractère raisonnable de la décision du gouvernement, les juges « ont tout à fait le pouvoir de partir de l'hypothèse que toute restriction à la liberté d'expression doit être justifiée et que seul un important intérêt public concurrent serait suffisant pour justifier une telle restriction⁶¹⁰. » De façon similaire, dans la même affaire, Lord Templeman exerce un contrôle proche de la proportionnalité, tout en prétendant appliquer le test du *common law* en la matière⁶¹¹.

Cette pratique des juges anglais s'observe aussi dans d'autres cas datant de la même période. Dans *ITF*, Lord Cooke, soulignant le caractère tautologique des dicta de Lord Greene dans *Wednesbury*, déclare : « les juges sont entièrement habitués à

⁶⁰³ V. CRAIG P., *Administrative Law, op. cit.*, p. 411 s. ; WADE W. et C. FORSYTH, *Administrative Law, op. cit.*, p. 403 ; SMITH S.A.D., H. WOOLF, J. JOWELL, et A. LE SUEUR, *Judicial Review of Administrative Action*, 5^e éd., London, Sweet & Maxwell, 1995, para. 13-070 s.

⁶⁰⁴ TAGGART M., « Proportionality, Deference, *Wednesbury* », *New Zealand Law Review*, 2008, p. 424. Emphase ajoutée.

⁶⁰⁵ HOFFMANN L., « The Influence of the European Principle of Proportionality upon UK Law », E. ELLIS (dir.), *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*, 1^{re} éd., London, Bloomsbury Publishing, 1999, p. 109.

⁶⁰⁶ BOYRON S., « Proportionality in English Administrative Law: A Faulty Translation? », *Oxford Journal of Legal Studies*, 1992, vol. 12, n° 2, p. 237-264.

⁶⁰⁷ HOFFMANN L., « The Influence of the European Principle of Proportionality upon UK Law », *op. cit.*, p. 109.

⁶⁰⁸ NEUBERGER D., « The role of judges in human rights jurisprudence: a comparison of the Australian and UK experience », conférence at the Supreme Court of Victoria, Melbourne, 8 août 2014, para. 4.

⁶⁰⁹ *Campbell c. RU*, 25 mars 1992, n° 13590/88 ; *McLeod c. RU*, 23 septembre 1998, n° 24755/94.

⁶¹⁰ V. *Brind* (HL), précitée, p. 748-749.

⁶¹¹ *Ibid.*, per Lord Templeman.

laisser à l'administration une sphère appropriée de pouvoir discrétionnaire. Avec respect, il me semble qu'ils n'ont pas besoin d'être mis en garde à cet égard par des circonlocutions réprobatrices ». Ainsi propose-t-il une formulation plus flexible du test de *Wednesbury* : « peu importe la rubrique sous laquelle l'affaire sera placée, la question ici est réduite à mes yeux à savoir si le chef de police a atteint l'équilibre qu'il lui était loisible d'atteindre, de façon juste et raisonnable⁶¹² ». Dans *Chesterfield Properties*, Justice Laws souligne que le « principe de *Wednesbury* » impose à l'autorité compétente la mise en balance des droits individuels et des intérêts publics concurrents en l'espèce. De cette façon, le juge assimile l'exigence de rationalité de la décision contrôlée à l'obligation faite à l'autorité compétente de justifier dans les faits l'atteinte portée aux droits fondamentaux⁶¹³.

Comme cela sera montré par la suite, ces instances de contrôle juridictionnel ne sont pas très différentes de la façon dont la Cour EDH applique la proportionnalité. D'ailleurs, les formules utilisées par les juges anglais font directement écho à la jurisprudence de Strasbourg⁶¹⁴. Dans la littérature anglaise, cette application « intensifiée » des standards internes du *judicial review* est décrite comme une application de la proportionnalité « en tous points sans la nommer [*in all but name*⁶¹⁵] ».

La continuité entre la proportionnalité européenne et les standards de contrôle juridictionnel internes n'était pas seulement établie dans le contexte de la Convention mais aussi dans celui du droit communautaire⁶¹⁶. En effet, malgré leur perception en tant que chefs de contrôle indépendants, la proportionnalité du *ECA* et le *Wednesbury unreasonableness* ont de plus en plus été compris comme impliquant le même genre de raisonnement juridictionnel, notamment dans les cas où le droit communautaire laissait une marge d'appréciation aux autorités nationales. Dans *ITF*, par exemple, Lord Slynn se réfère à la distinction entre proportionnalité et rationalité qui résulte de la décision *Brind* de la Chambre des Lords. Pour autant, il déclare par la suite qu'en raison de la marge d'appréciation que la CJCE accorde souvent aux autorités nationales, « peu importe le test adopté [proportionnalité ou *Wednesbury*], et même s'il y a une différence concernant la charge de la preuve, le résultat est le même⁶¹⁷. » Cette remarque de Lord Slynn permet d'illustrer l'évolution qu'a subie la proportionnalité depuis ses premières applications dans le champ du droit communautaire. En effet, comme cela a été écrit ci-dessus, dans les années quatre-vingt, la plupart des juristes anglais s'accordaient sur le fait que la proportionnalité européenne impliquait un

⁶¹² R. c. *Chief Constable of Sussex, ex parte International Trader's Ferry Ltd (ITF)* [1998] UKHL 40 (HL, 11 novembre 1998), per Lord Cooke.

⁶¹³ *Chesterfield Properties Plc c. Secretary of State for the Environment* [1998] 76 P. & C.R. 117 (HC, Queen's Bench Division, 24 juillet 1997), p. 132.

⁶¹⁴ Sur ce point, V. *infra*, Partie III, chapitre 5.1.

⁶¹⁵ HUNT M., *Using Human Rights Law in English Courts*, op. cit., p. 216 ; KAVANAGH A., *Constitutional Review under the UK Human Rights Act*, Cambridge, CUP, 2009, p. 268 ; CRAIG P., *Administrative Law*, op. cit., p. 624 s. V. *infra*, chapitre 4.4.

⁶¹⁶ V. *Gough and another c. Chief Constable of the Derbyshire Constabulary* [2002] EWCA Civ 351 (CA, Civil Division, 20 mars 2002), para. 62 s. ; B. c. *SSH D* [2000] Imm. A. R. 478 (CA, Civil Division, 18 mai 2000).

⁶¹⁷ V. R. c. *Chief Constable of Sussex, ex parte International Trader's Ferry Ltd (ITF)*, précité.

contrôle plus strict que le *Wednesbury unreasonableness*, même en présence d'une marge d'appréciation.

Le rejet de la proportionnalité en tant que chef de contrôle indépendant dans la jurisprudence a emporté sa dilution dans les standards du *common law*. Les juristes anglais ont de plus en plus conçu la proportionnalité comme une doctrine appliquée au moyen de concepts traditionnels. Cela a conduit à la priver de sa clarté et de son intégrité conceptuelle. C'est l'incorporation de la CEDH en droit anglais qui a de nouveau donné à la proportionnalité son autonomie conceptuelle.

Section 2. L'application de la proportionnalité dans le champ du *Human Rights Act*

La constitutionnalisation du *common law* avant le *Human Rights Act*. Jusqu'à la fin du siècle précédent, les débats sur la proportionnalité n'ont donc pas provoqué un changement formel dans les chefs de contrôle traditionnels. Il n'en reste pas moins que ces débats manifestent un changement important dans les structures linguistiques du *common law* : l'émergence du langage des droits fondamentaux. Depuis la fin des années quatre-vingt, les droits fondamentaux sont sortis de la sphère de la philosophie pour acquérir un contenu juridique, d'abord visible dans les écrits de certains académiques et praticiens⁶¹⁸. L'idée que les droits de l'homme n'avaient pas besoin d'être reconnues par la loi mais pourraient être incorporées de façon incrémentale dans le *common law*, au moyen de l'application évolutive des concepts indigènes par les juges, a été de plus en plus partagée parmi les juristes locaux. Cette idée a trouvé aussi des expressions en jurisprudence. Dans l'affaire *Leech*, par exemple, c'est un droit du *common law*, le droit du détenu à un avocat, qui a été caractérisé comme « fondamental » ; sur la base de cette qualification, il a été interprété largement pour inclure dans son champ la libre correspondance du détenu avec son avocat⁶¹⁹.

La reconnaissance de normes matérielles dans le *common law* manifeste l'effort des juges anglais pour harmoniser le droit interne avec les traités internationaux garantissant les droits fondamentaux, sans toutefois rompre avec leur tradition constitutionnelle. Pour autant, cette démarche a eu d'importantes implications conceptuelles. Suivant une évolution déjà préconisée par les adeptes des théories interprétatives du droit, notamment Trevor Allan et Jeffrey Jowell, le *rule of law* a

⁶¹⁸ JOWELL J. et A. LESTER, « Proportionality: Neither Novel nor Dangerous », *op. cit.* ; JOWELL J. et A. LESTER, « Beyond *Wednesbury* », *op. cit.* ; SMITH S.A.D., H. WOOLF, J. JOWELL, et A. LE SUEUR, *Judicial Review of Administrative Action*, *op. cit.* ; HUNT M., *Using Human Rights Law in English Courts*, *op. cit.* Concernant les écrits extra-juridictionnels des juges, V. BROWNE-WILKINSON N., « The Infiltration of a Bill of Rights », *PL*, 1992, p. 397 ; LAWS J., « Is the High Court the Guardian of fundamental constitutional rights? », *op. cit.* ; LAWS J., « Law and Democracy », *PL*, 1995, p. 72 ; SEDLEY S., « Human Rights: a Twenty-First Century Agenda », *PL*, 1995, p. 386 ; BINGHAM T., « The European Convention on Human Rights: Time to Incorporate », *The Business of Judging Selected Essays and Speeches*, Oxford, OUP, 2000, p. 131.

⁶¹⁹ *R. c. Secretary of State for the Home Department, ex parte Leech* [1994] Q.B. 198 (CA, Civil Division, 19 mai 1993) ; V. aussi *R. c. Lord Chancellor, ex parte Witham* [1998] 2 W.L.R. 849 (HC, Queen's Bench Division, 7 mars 1997).

progressivement acquis un contenu matériel pour devenir un principe général de la constitution britannique⁶²⁰. Pendant les années quatre-vingt-dix, dans leurs opinions et leurs écrits extra-juridictionnels, les juges anglais ont développé toute une « philosophie libérale du constitutionnalisme du *common law*⁶²¹ ». En 1992, Lord Browne-Wilkinson a souligné que le *common law* pouvait offrir un catalogue de droits partiel, au moyen de son développement par le juge. Le juge a proposé d'utiliser à cette fin une technique similaire à celle des réserves d'interprétation françaises, la *presumption of statutory interpretation*. Cette technique équivaut à la présomption que, en l'absence d'indication contraire claire et précise de la loi, le Parlement n'a pas l'intention de porter atteinte aux droits fondamentaux⁶²². Lord Browne-Wilkinson a même suivi sa propre proposition dans l'affaire *Pierson*, conduisant la Chambre des Lords à annoncer qu'elle prendrait en compte des considérations de justice dans la reconstruction de la volonté présumée du Parlement⁶²³. Dans la même direction, une année plus tard, dans l'affaire *Simms*, Lord Hoffmann a proclamé le principe général de légalité, selon lequel « tout pouvoir général de décision conféré par la loi est présumé soumis au respect des libertés civiles fondamentales⁶²⁴. » On assiste ainsi à la transformation de la légalité, d'une qualité formelle des décisions publiques elle devient un principe matériel, imposant la protection de certaines valeurs, parmi lesquelles les droits fondamentaux occupent une place centrale.

La mise en question de la souveraineté du Parlement. Ces évolutions sont difficilement conciliables avec la perception traditionnelle de la souveraineté du Parlement. L'approche d'Albert Venn Dicey est de plus en plus perçue comme une « vérité partielle et trompeuse⁶²⁵ », inadaptée à la pratique juridictionnelle. Albert Venn Dicey est d'ailleurs probablement devenu l'auteur anglais le plus critiqué dans la littérature locale. En effet, dans la perception classique du *judicial review* comme visant à faire respecter la volonté du Parlement aux autorités publiques, il était difficile d'expliquer le fait que les juges imposent des principes de justice matérielle nullement écrits dans la loi. Il était d'autant plus difficile d'expliquer l'application de tels principes dans des cas où le pouvoir de l'autorité contrôlée ne dérivait aucunement de la loi. Les juristes anglais ont progressivement pris conscience du fait que les juges non seulement mettaient en œuvre, mais aussi complétaient la volonté du Parlement telle qu'exprimée dans la loi⁶²⁶. Le concept de souveraineté a dû être réinventé afin de rendre compte de ce nouveau pouvoir judiciaire. Déjà en 1991,

⁶²⁰ Sur cette évolution, V. CRAIG P., « Formal and Substantive Conceptions of the Rule of Law: an Analytical Framework », *PL*, 1997, p. 467.

⁶²¹ V. HICKMAN T., *Public Law After the Human Rights Act*, *op. cit.*, p. 20 ; V., par exemple, LAWS J., « Law and Democracy », *op. cit.* ; LAWS J., « Is the High Court the Guardian of fundamental constitutional rights? », *op. cit.*

⁶²² BROWNE-WILKINSON N., « The Infiltration of a Bill of Rights », *op. cit.*

⁶²³ *R. c. Secretary of State for the Home Department, ex parte Pierson* [1998] A.C. 539 (HL, 24 juillet 1997).

⁶²⁴ *R. c. Secretary of State for the Home Department, ex parte Simms & O'Brien* [1999] 3 W.L.R. 328 (HL, 8 juillet 1999).

⁶²⁵ TURPIN C., *British Government and the Constitution: Text, Cases and Material*, 4^e éd., Cambridge, CUP, 1999, p. 39 ; cité par GALE M., « The UK's Uncodified Constitution – Parliamentary Sovereignty and the Rise of Common Law Constitutionalism », *University of Pennsylvania Journal of International Law*, novembre 2017 <http://pennjil.com/the-uks-uncodified-constitution-parliamentary-sovereignty-and-the-rise-of-common-law-constitutionalism/>, note 13 ; V. aussi HUNT M., *Using Human Rights Law in English Courts*, *op. cit.* ; SEDLEY S., « Human Rights: a Twenty-First Century Agenda », *op. cit.* ; CRAIG P., « Competing models of judicial review », *PL*, 1999.

⁶²⁶ CRAIG P., *Administrative Law*, *op. cit.*, para. 19-028.

Lord Bridge a souligné que, à côté de la souveraineté de la Reine dans son Parlement, existait la souveraineté des cours de la Reine dans l'application de la loi⁶²⁷. La souveraineté a ainsi cessé d'être un concept unitaire, « une question de pure vérité⁶²⁸ », pour devenir un pouvoir réparti parmi les institutions étatiques. Les références à une « souveraineté bi-polaire » du Parlement et des juges, devant lesquels le gouvernement serait responsable, est devenue récurrente dans le discours juridique anglais⁶²⁹.

L'approche diceyenne du *judicial review* rendait aussi difficilement compte du rôle du droit communautaire dans la sphère interne. Avec l'affaire *Factortame*, en 1990, la Chambre des Lords a affirmé son pouvoir d'écartier l'application des lois contraires au droit communautaire⁶³⁰. Il était depuis accepté que, si le Parlement pouvait toujours déroger au droit communautaire et même retirer le *ECA*, pour ce faire, sa volonté devait être clairement exprimée dans la loi. En d'autres termes, il a été admis que le Parlement pouvait lier les Parlements futurs, du moins en imposant des exigences formelles et procédurales au retrait ou à la modification des lois qui incorporent le droit européen. Ceci a encore rendu nécessaire la réinvention du concept de souveraineté parlementaire, qui ne pouvait plus correspondre à un pouvoir absolu. Selon les *dicta* fameux de Lord Bridge, « quelle que soit la limitation de sa souveraineté que le Parlement a accepté en mettant en vigueur le *European Communities Act* de 1972, elle était entièrement volontaire⁶³¹. » La possibilité de limiter la souveraineté du Parlement, jusqu'alors inconcevable sous la constitution anglaise, a été perçue comme un changement constitutionnel majeur par les juristes locaux. Dans les termes de Sir William Wade, la constitution « se pliait au vent du changement⁶³² ».

Le *HRA* et la réforme constitutionnelle. Le *Human Rights Act (HRA)*, voté en 1998, a confirmé et accéléré ces évolutions⁶³³. Selon le gouvernement travailliste qui l'a proposée, la loi avait comme but de « ramener les droits [de l'homme] à la maison⁶³⁴ », afin qu'ils puissent être directement appliqués par les juridictions internes. Le *HRA* a conféré valeur juridique aux droits protégés par la CEDH, ainsi qu'aux clauses relatives à leur limitation. De plus, il a prévu la possibilité de déroger aux dispositions de la Convention en vertu de l'article 15 de la CEDH. L'article 13 de la Convention, concernant le droit à un recours effectif, n'a pas été incorporé, puisque le *HRA* lui-même était censé instaurer des recours effectifs contre les violations de la Convention. La section 2 du *HRA* impose aux juridictions et

⁶²⁷ Lord Bridge in *X. c. Morgan-Grampian* [1991] 1 A.C. 1 (HL, 4 avril 1990), cité par LOUGHLIN M., *The British constitution*, *op. cit.*, p. 99.

⁶²⁸ ALLISON J., *The English Historical Constitution*, *op. cit.*, p. 106.

⁶²⁹ SEDLEY S., « Human Rights: a Twenty-First Century Agenda », *op. cit.*

⁶³⁰ *R. c. Secretary of State for Transport, ex p Factortame Ltd* [1991] 1 AC 603 (HL, 11 octobre 1990).

⁶³¹ *Ibid.*, p. 658.

⁶³² WADE W., « The Basis of Legal Sovereignty », *CLJ*, novembre 1955, vol. 13, n° 2, p. 191 ; cité par ALLISON J., *The English Historical Constitution*, *op. cit.*, p. 112 note 52.

⁶³³ CRAIG P., *Administrative Law*, *op. cit.*, para. 18-012.

⁶³⁴ Labour White Paper, consulté le 19 avril 2018, https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/263526/rights.pdf

tribunaux internes de « prendre en compte » la jurisprudence de Strasbourg dans leur interprétation de la Convention. L'entrée en vigueur du *HRA* en 2000 a consacré les droits de la CEDH en tant que normes matérielles du droit public anglais, ce qui a entraîné le développement rapide du langage des droits fondamentaux dans ce contexte.

Le *HRA* impose le respect effectif des droits de l'homme dans le champ d'application de la CEDH, ni plus, ni moins. Ainsi, les droits du *HRA* jouissent d'une protection horizontale contre les personnes privées, seulement dans la mesure où la Convention jouit d'une telle protection. La loi s'applique aussi à l'action privée des autorités publiques. En ce qui concerne le *judicial review*, la violation des droits de la Convention constitue un nouveau cas d'illégalité des décisions publiques ou de l'omission de prendre une décision. La section 6 déclare qu'« il est illégal pour une autorité publique d'agir de façon incompatible avec un droit de la Convention. » Le *HRA* emporte des changements importants dans la procédure de *judicial review*. En effet, en vertu de la section 7, les droits qu'il proclame sont invocables seulement par les victimes des violations de la CEDH, telles qu'elles sont définies dans l'article 34 de cette Convention. Cette condition de recevabilité est plus restrictive que l'intérêt suffisant à agir généralement exigé dans le cas du *judicial review*. Enfin, la section 8 accorde un large pouvoir aux juges de réparer de façon « juste et appropriée » les violations de la Convention.

Un des changements les plus fondamentaux entraîné par le *HRA* est l'attribution au juge du pouvoir de contrôler la compatibilité de la loi aux droits fondamentaux. À cet égard, le *HRA* marque un compromis délicat entre, d'un côté, le besoin de protéger les droits et libertés et de respecter les obligations internationales du Royaume-Uni et, de l'autre, le principe de souveraineté parlementaire. La section 3 établit une présomption d'interprétation de la loi en conformité avec les droits de la CEDH⁶³⁵. Cela veut dire que les juges, dans leur interprétation des dispositions législatives, ont l'obligation de présumer que le Parlement a voulu se conformer aux préceptes de la Convention. Si une interprétation conforme à la Convention est impossible, les juridictions supérieures ont le pouvoir de déclarer la loi incompatible à la Convention selon la section 4. De telles déclarations d'incompatibilité n'affectent pas la validité de la loi en cause et ne lient pas les parties du procès à l'occasion duquel elles sont prononcées. Toutefois, elles ouvrent la voie pour l'amendement simplifié de la loi par le gouvernement, suivant la procédure prévue par la section 10. Enfin, la section 19 introduit l'exigence d'une déclaration de compatibilité à la Convention, qui accompagne tout projet de loi. Désormais, si le gouvernement souhaite soumettre un projet au vote du Parlement en dépit de son incompatibilité à la Convention, il doit le déclarer explicitement.

L'introduction des droits fondamentaux dans l'ordre juridique anglais implique la reconnaissance d'un pouvoir politique au juge, ce qui a nécessité des changements importants du point de vue de l'indépendance de la justice. À cet égard, le

⁶³⁵ Sur ce point, V. KAVANAGH A., *Constitutional Review under the UK Human Rights Act*, *op. cit.*, p. 91 s.

Constitutional Reform Act de 2005 (*CRA*) a introduit une perception formelle de la séparation des pouvoirs d'inspiration continentale⁶³⁶. Plus particulièrement, dans sa Partie III, la loi a transféré les pouvoirs juridictionnels de la Chambre des Lords à la Cour suprême. Si cette cour, qui a commencé à assumer ses fonctions en 2009, était initialement composée par les *Law Lords* du comité spécial de la chambre haute du Parlement, le *CRA* définit que ses membres sont nommés par la Reine après consultation du Premier ministre et ne sont pas nécessairement des pairs. La volonté de consolider la séparation formelle des pouvoirs est également évidente dans la transformation de l'office du *Lord Chancellor*, qui a été privé de ses pouvoirs juridictionnels.

Le nouveau pouvoir politique des juges impose l'accessibilité de la procédure juridictionnelle et des décisions de justice au public, ce qui explique le souci croissant de transparence des juridictions britanniques au cours des dernières décennies. Ainsi, la Cour suprême dispose d'un site internet à jour, où elle publie les communications de ses décisions les plus importantes à la presse⁶³⁷. D'ailleurs, les juges anglais, jusqu'à récemment enfermés dans leur rôle d'arbitre détaché des problèmes sociaux, jouissent aujourd'hui d'une célébrité croissante et il n'est plus rare de les voir s'exprimer en public⁶³⁸.

La proportionnalité joue un rôle crucial dans les évolutions décrites ci-dessus. Avec l'adoption du *HRA*, les auteurs anglais voient sa consécration en tant que principe constitutionnel. Après quelques hésitations initiales, l'opinion a prévalu que la proportionnalité implique un contrôle plus intensif que le test traditionnel de *Wednesbury*. Par conséquent, son application en tant que chef de contrôle [*head of review*] indépendant signale un changement constitutionnel important : désormais ce sont les juges et non le Parlement ou le gouvernement qui sont responsables de la définition du contenu des droits constitutionnels (§1). Dans le champ d'application du *HRA*, la proportionnalité est un test structuré en étapes permettant d'évaluer l'effet des décisions publiques (§2). Si elle implique une extension importante des pouvoirs du juge, le concept de *deference* permet encore aux juristes anglais de distinguer son office de celui des autorités contrôlées (§3).

1. La réception de la proportionnalité en matière de droits de l'homme

Le changement de l'office du juge. Le *HRA* a imposé la proportionnalité en tant que chef de contrôle dans le domaine des droits fondamentaux. Les juristes locaux ont vu dans cette évolution un des changements les plus importants, voire le changement le plus important, que la nouvelle loi apportait. Généralement, la proportionnalité a été perçue comme un test plus intense et plus sophistiqué que le standard traditionnel de *Wednesbury*. Contrairement à leurs collègues français, les

⁶³⁶ ALLISON J., *The English Historical Constitution*, *op. cit.* Introduction.

⁶³⁷ <https://www.supremecourt.uk/index.html>

⁶³⁸ Lord Neuberger, par exemple, ancien président de la Cour suprême, écrit souvent des articles dans les journaux et prononce fréquemment des discours en public. V., notamment, « The role of judges in human rights jurisprudence: a comparison of the Australian and UK experience », *op. cit.* ou « Proportionate costs », *The Law Society. Fifteenth Lecture*, 29 mai 2012.

juristes anglais ont accordé une grande importance à sa structuration en étapes et ont toujours été sensibles à ses implications techniques⁶³⁹. En effet, nombreuses études du début des années deux mille présentent la proportionnalité comme une grille de raisonnement et encouragent les juges à l'appliquer de façon cohérente⁶⁴⁰. Dans son étude en la matière, Jeffrey Jowell met l'accent sur le fait que la proportionnalité implique un changement dans les règles concernant la charge de la preuve : à chaque fois qu'une atteinte à un droit fondamental est constatée au premier abord, l'autorité contrôlée est chargée de prouver que sa mesure est justifiée. Force est de constater que la nouvelle version de la proportionnalité instaurée par le *HRA* est très proche de la théorie alexyenne, en ce qui concerne sa forme, sa fonction et ses modalités techniques d'application.

Avant l'entrée en vigueur du *HRA*, Jeffrey Jowell avait déjà prévu que la proportionnalité, conçue comme une méthode pour la mise en balance des valeurs antagonistes dans chaque cas concret, servirait au juge dans son nouvel office de protection des droits fondamentaux⁶⁴¹. En effet, les décisions rendues immédiatement après l'adoption de la loi témoignent déjà d'un changement dans la façon dont les juges perçoivent leur rôle. La première application de la proportionnalité en tant que principe constitutionnel a eu lieu avant l'entrée en vigueur du *HRA*, dans l'affaire *de Freitas* qui ne concerne pas le droit interne⁶⁴². Une loi de l'État d'Antigua et Barbuda a interdit toute expression d'opinion sur des questions politiques controversées par les fonctionnaires de cet État. M. de Freitas, qui était affecté par ces mesures, reproche à ces dispositions une restriction disproportionnée de ses libertés, notamment la liberté d'expression, la liberté d'assemblée pacifique et la liberté d'association, garanties par la Constitution du pays. En réponse, le gouvernement argue que la Constitution permet des restrictions aux droits des fonctionnaires, à condition qu'elles soient « raisonnablement nécessaires pour l'accomplissement approprié de leurs fonctions » et « raisonnablement justifiables dans une société démocratique ». L'affaire est arrivée au *Privy Council*, juridiction composée des hauts juges du Royaume-Uni et d'autres pays du Commonwealth qui examine les jugements de certaines juridictions du Commonwealth en dernier ressort.

L'opinion de Lord Clyde, qui a obtenu l'accord de la majorité de ses collègues, commence par souligner le rôle spécial des fonctionnaires dans une société démocratique, tout en précisant que ce rôle ne justifie pas en lui-même des atteintes

⁶³⁹ ELLIOTT M., « The Human Rights Act 1998 and the Standard of Substantive Review », *op. cit.* ; FORDHAM M. et T. DE LA MARE, « Identifying the Principles of Proportionality », J. JOWELL et J. COOPER (dir.), *Understanding human rights principles*, Oxford ; Portland, Or, Hart, coll. « Justice series », 2001, p. 27 ; HUNT M., *Using Human Rights Law in English Courts*, *op. cit.*

⁶⁴⁰ BROWNE-WILKINSON N., « The Infiltration of a Bill of Rights », *op. cit.*, p. 229 ; 233-234 ; LAWS J., « The Limitations of Human Rights », *PL*, 1998, p. 262, 265 ; CRAIG P., « Unreasonableness and Proportionality in UK Law », *op. cit.* ; WONG G., « Towards the Nutcracker Principle, Reconsidering the Objections to Proportionality », *PL*, 2000, p. 92 ; PANNICK D., « Principles of Interpretation of Convention Rights under the Human Rights Act and the Discretionary Area of Judgment », *PL*, 1998, p. 549.

⁶⁴¹ JOWELL J., « Beyond the Rule of Law: Towards Constitutional Judicial Review », *PL*, 2000, p. 678 s.

⁶⁴² *Elloy de Freitas c. Permanent Secretary of Ministry of Agriculture, Fisheries, Lands and Housing and others* [1999] 1 A.C. 69 [Privy Council (Antigua and Barbuda), 30 juin 1998].

aux droits fondamentaux. Au contraire, selon le juge, « un équilibre approprié » doit être obtenu entre l'intérêt du fonctionnement régulier et efficace des services publics et les droits des fonctionnaires⁶⁴³. Dans son examen de la justification des limitations en cause, Lord Clyde et ses collègues ont appliqué un test de proportionnalité structuré en trois étapes : la restriction devait avoir un objectif suffisamment important, elle devait présenter un lien rationnel avec cet objectif et les mesures adoptées ne devaient pas excéder ce qui était nécessaire pour son accomplissement. Si les juges ont trouvé que les deux premiers critères étaient satisfaits en l'espèce, ils ont considéré que, du fait de son caractère trop général, la restriction imposée aux fonctionnaires d'Antigua et Barbuda « soulevait une question de proportionnalité⁶⁴⁴. » Selon eux, le manque de considération pour les circonstances spéciales de chaque affaire ne pouvait pas être justifié dans une société démocratique.

La proportionnalité et les standards du *common law* : un *continuum* ?

Pour arriver à la solution de l'affaire *de Freitas*, le *Privy Council* a cité des décisions de diverses juridictions : de la CEDH jusqu'aux juridictions anglaises, en passant par les cours canadiennes. En ce qui concerne la proportionnalité plus particulièrement, les juges se sont référés à la façon dont d'autres juridictions du Commonwealth ont interprété des clauses similaires à la clause de « raisonnablement justifiable dans une société démocratique » de la Constitution d'Antigua et Barbuda. Ils ont d'abord cité une décision sud-africaine, où la Cour suprême avait adopté un test de proportionnalité, en s'inspirant de la jurisprudence canadienne. Toutefois, tant le test appliqué par la Cour suprême de l'Afrique du Sud que celui appliqué par la Cour suprême du Canada incluaient une étape de raisonnement additionnelle que le *Privy Council* n'a pas appliquée : non seulement la restriction en cause devait être appropriée et nécessaire, mais elle ne devait également pas avoir « un effet sévère de manière disproportionnée » sur les personnes affectées⁶⁴⁵. Ce dernier critère de disproportion avait été absorbé par le test de nécessité dans la jurisprudence du Zimbabwe, sur laquelle le *Privy Council* s'est finalement fondé pour formuler son propre test de proportionnalité⁶⁴⁶. Il est intéressant de noter, comme l'a fait Margit Cohn, que, dans sa première application par les juridictions britanniques en tant que principe constitutionnel, la proportionnalité a été importée d'autres pays du Commonwealth⁶⁴⁷. La connexion à l'Europe continentale était seulement indirecte et informelle, passant par l'influence de Strasbourg et de Karlsruhe sur la jurisprudence canadienne et sud-africaine.

⁶⁴³ *Ibid.*, p. 76.

⁶⁴⁴ *Ibid.*, p. 80.

⁶⁴⁵ *Ibid.*

⁶⁴⁶ V. aussi *Thomas c. Baptiste* [2000] 2 A.C. 1 [Privy Council (Trinidad and Tobago), 17 mars 1999] (en application de la clause de procès équitable de la Constitution de ce pays).

⁶⁴⁷ V. COHN M., « Legal Transplant Chronicles », *op. cit.*, p. 621. Pour autant, il faut noter que *de Freitas* ne concernait pas le droit anglais. En effet, le raisonnement du juge exprime la particularité du contexte constitutionnel d'Antigua et Barbuda qui, contrairement à la constitution anglaise, possède un catalogue des droits extensif, ainsi qu'une clause spécifique régissant les limitations à ces droits. Si la référence à une « société démocratique » fait certainement écho à la CEDH, l'Antigua et Barbuda ne sont pas des parties signataires à cette Convention ; cette clause est plutôt le résultat de l'influence des pays du Commonwealth.

L'affaire *Daly* est souvent considérée comme la première application de la proportionnalité dans le cadre du *HRA*. Pourtant, la proportionnalité avait déjà été appliquée dans l'affaire *Mahmood*, mais il est vrai, pas en tant que chef de contrôle indépendant⁶⁴⁸. Cette affaire concernait les mesures d'éloignement de M. Mahmood après le rejet de sa demande d'asile. M. Mahmood arguait que les mesures des autorités d'immigration britanniques portaient une atteinte disproportionnée à son droit de mener une vie familiale normale, puisqu'il était marié à une ressortissante du Royaume-Uni, avec qui il avait deux enfants. La *High Court* a rejeté la demande de M. Mahmood, en acceptant que les mesures en question servaient l'intérêt public de contrôle de l'immigration. Les faits de l'espèce avaient eu lieu avant l'entrée en vigueur du *HRA*. C'est pour cette raison que, en appel, Lord Justices Laws et May n'ont pas appliqué la proportionnalité mais les principes traditionnels du *common law*, tout en les ajustant au contexte des droits fondamentaux. Les juges ont statué que la décision du gouvernement contre M. Mahmood était raisonnable dans le sens du *Wednesbury*. En réponse aux arguments des requérants tirés du *HRA* et de la CEDH, Lord Justice Laws a conclu que, même si la Convention avait été applicable en l'espèce, la décision du gouvernement aurait été conforme à l'article 8. À cet égard, il a observé que les décisions rendues dans le cadre du le *HRA* « forment un continuum avec ce que le *common law* a déjà dit⁶⁴⁹. »

L'idée de l'existence d'un continuum entre la CEDH et le *common law* sous-tend aussi l'opinion de Lord Phillips. En contraste avec ses collègues, Lord Phillips a considéré que, puisque le gouvernement alléguait avoir pris en compte l'article 8 de la Convention, les juges devaient contrôler la façon dont la CEDH avait été appliquée. Pour autant, l'application directe de la CEDH n'aurait pas conduit le juge à une solution différente. Lord Phillips observe que, dans l'application du *HRA*, comme dans l'application des principes et droits du *common law*, le rôle de la cour reste un rôle de supervision, et son contrôle porte seulement sur le caractère raisonnable de la décision portée à son jugement. Toutefois, l'exigence du respect des droits fondamentaux conduit à un « examen soucieux [*anxious scrutiny*] » des décisions publiques à chaque fois qu'un tel droit est en cause. Ainsi, pour Lord Phillips, la seule différence entre la proportionnalité et le *Wednesbury* est que, dans l'application de la première, les juges ne doivent pas se confiner à l'exigence d'une « justification en fait » pour conclure à la légalité de la décision contrôlée mais doivent aussi contrôler sa nécessité en fait. Selon les termes utilisés par Lord Phillips dans son opinion :

« dans son examen soucieux d'une décision de l'exécutif portant atteinte aux droits de l'homme, la cour, tout en appliquant un test objectif, se pose la question de savoir si l'autorité qui a pris la décision en cause pouvait raisonnablement conclure que l'atteinte était nécessaire pour atteindre un ou plusieurs buts légitimes reconnus par la Convention. Dans son contrôle de nécessité dans ce contexte, la cour doit prendre en

⁶⁴⁸ *R c. Secretary of State for the Home Department, ex parte Mahmood* [2001] 1 W.L.R. 840 (CA, Civil Division, 8 décembre 2000).

⁶⁴⁹ *Ibid.*, para. 30.

compte la jurisprudence européenne, en conformité avec la section 2 de la loi de 1998⁶⁵⁰. »

Après une étude extensive de la jurisprudence de Strasbourg en la matière, Lord Phillips a dégagé les principes applicables en l'espèce. Selon lui, l'appréciation selon laquelle il était nécessaire d'éloigner le requérant dans le but de contrôler l'immigration, était une appréciation que le gouvernement pouvait raisonnablement faire⁶⁵¹.

Du *Wednesbury* à la proportionnalité : un changement constitutionnel fondamental. La question de la continuité entre la proportionnalité et le *Wednesbury* a été examinée plus en détail dans *Daly*, où l'application de la proportionnalité et du HRA ont fait l'unanimité au sein de la Chambre des Lords⁶⁵². Cette affaire concernait la conventionnalité de la politique gouvernementale imposant aux détenus des centres carcéraux d'être absents pendant que les agents pénitentiaires perquisitionnent leur cellule et leur correspondance. Lord Steyn n'était pas d'accord avec les opinions de ses collègues à la Cour d'appel dans *Mahmood*. Selon lui, il y a une « différence substantielle » entre les appareils conceptuels traditionnels du *common law* et le test de proportionnalité⁶⁵³. Lord Steyn souligne que les trois critères de la proportionnalité annoncés et appliqués dans *de Freitas* sont « plus précis et plus sophistiqués que les chefs de contrôle traditionnels⁶⁵⁴ ». En se basant sur des études académiques sur le sujet il procède à la comparaison des deux types de contrôle pour conclure que, si la proportionnalité et la rationalité se recoupent souvent et conduisent aux mêmes solutions, ce n'est pas toujours le cas. L'intensité du test de proportionnalité est « un peu plus importante ». En effet, suivant Lord Steyn, même l'« examen soucieux » effectué jusque-là en matière de droits fondamentaux n'implique pas un contrôle aussi intrusif que « la double exigence d'un besoin social impérieux et de la proportionnalité réelle avec le but légitimement poursuivi⁶⁵⁵ ». Les deux types de contrôle ne se distinguent pas seulement par leur intensité mais aussi par leur qualité. Dans les termes de Lord Steyn, contrairement au contrôle traditionnel de rationalité, la proportionnalité peut conduire la cour à « évaluer l'équilibre » que l'autorité contrôlée a établi entre les différents intérêts et considérations concurrents en l'espèce et à examiner « le poids respectif » qu'elle a accordé à ceux-ci⁶⁵⁶.

Ainsi, il est clair après *Daly* que le principe de proportionnalité ne confine pas l'évaluation du juge à la question de la rationalité de la décision contrôlée ; plus encore, la proportionnalité peut conduire la cour à substituer sa propre appréciation à

⁶⁵⁰ *Ibid.*, para. 40.

⁶⁵¹ Ces *dicta* ont été suivis dans l'affaire *Isiko & Anor*, R (*On Application of*) *c. Secretary Of State For Home Department* [2000] EWCA Civ 346 (CA, Civil Division, 20 décembre 2000) et dans l'affaire *R c. Secretary of State for the Home Department, Ex p Samaroo* [2000] EWHC Admin 435 (HC, Queen's Bench Division, 20 décembre 2000). V. *R c. Secretary of State for the Home Department, ex parte Daly* [2001] UKHL 26 (HL, 23 mai 2001), para. 25, *per* Lord Steyn.

⁶⁵² *Daly*, précité.

⁶⁵³ *Ibid.*, para. 26.

⁶⁵⁴ *Ibid.*, para. 27.

⁶⁵⁵ *Ibid.*

⁶⁵⁶ *Ibid.*

celle de l'autorité compétente. Par conséquent, la proportionnalité implique un changement constitutionnel fondamental : dans le cadre du *HRA*, les cours déterminent non seulement l'interprétation des termes de la Convention et le champ de protection des droits garantis par celle-ci, mais aussi la proportionnalité des atteintes à ces droits⁶⁵⁷. En d'autres termes, dans le cadre du *HRA*, le pouvoir judiciaire acquiert le pouvoir et la responsabilité de décider « une question essentiellement constitutionnelle, à savoir, si la mesure [en cause] remplit les exigences constitutives d'une démocratie moderne⁶⁵⁸. »

La décision *Daly* est la décision de principe en matière de droits du *HRA*. Dans celle-ci, la Chambre des Lords a accepté l'application de la proportionnalité en droit public comme principe et chef de contrôle indépendant⁶⁵⁹. C'est cette affaire qui établit la proportionnalité comme le test correct pour décider si les limitations mises à des droits fondamentaux sont « nécessaires dans une société démocratique⁶⁶⁰ ». C'est cette même affaire qui a consolidé le contenu de la proportionnalité en tant que type de contrôle plus intense que le standard traditionnel de *Wednesbury*. Depuis la décision *Daly*, la proportionnalité prolifère en matière de droits de l'homme et fait l'objet d'analyses sophistiquées et de débats académiques nombreux. Qui plus est, la proportionnalité est considérée comme un facteur crucial de la transformation du droit public anglais en un ordre de droits fondamentaux, ce qui est largement dû à son application cohérente et rigoureuse en jurisprudence.

2. *La structure de la proportionnalité dans les affaires de judicial review*

Une structure bien définie. Contrairement à ses premières applications en droit administratif anglais, où la proportionnalité consistait en un standard unitaire de disproportion, elle est perçue et appliquée depuis le vote du *HRA* comme une structure de raisonnement en étapes. En tant que telle, elle est utilisée par le juge pour évaluer la légalité de l'action publique en matière de droits fondamentaux. L'application du test de proportionnalité par les juridictions anglaises sera illustrée par la présentation de certains cas perçus comme importants par les juristes locaux.

Le contrôle de proportionnalité dans le cadre du *HRA* fait partie d'un raisonnement en deux volets, similaire à celui suivi par la Cour de Strasbourg ou celui préconisé par les adeptes du modèle alexyen : les juges n'entrent dans l'examen de proportionnalité qu'après avoir certifié qu'une autorité publique a porté atteinte à un droit fondamental. En effet, le contrôle de proportionnalité concerne précisément la justification de telles atteintes. Jusqu'à récemment, la version dominante du principe de proportionnalité dans ce contexte imposait que toute mesure portant atteinte à un droit fondamental devait répondre à un « besoin social impérieux » et devait être

⁶⁵⁷ CRAIG P., *Administrative Law*, *op. cit.*, para. 18-041 s. KAVANAGH A., *Constitutional Review under the UK Human Rights Act*, *op. cit.*, p. 239 s. V. aussi Lord Bingham in *R c. Headteacher and Governors of Denbigh High School, ex parte Begum* [2006] UKHL 15 (HL, 22 mars 2006), p. 30.

⁶⁵⁸ JOWELL J., « Beyond the Rule of Law: Towards Constitutional Judicial Review », *op. cit.*, p. 680.

⁶⁵⁹ HICKMAN T., *Public Law after the Human Rights Act*, *op. cit.*, p. 173.

⁶⁶⁰ *Regina c. Shaylor* [2003] 1 A.C. 247 (HL, 21 mars 2002), para. 33.

appropriée et nécessaire pour atteindre son but⁶⁶¹. Cette dernière exigence de nécessité était aussi appelé proportionnalité « au sens strict⁶⁶² ». Sur ce point, le modèle anglais divergeait du modèle alexyen, dont la dernière étape, appelée proportionnalité *stricto sensu*, est séparée du test de nécessité et implique la pesée des valeurs antagonistes dans le cas d'espèce.

Les exigences de but légitime et de rationalité. Le critère du but légitime implique la recherche de la nécessité ou du besoin « impérieux » à laquelle la mesure répond, à l'instar de la jurisprudence de la Cour EDH. Souvent le but des mesures contrôlées est défini dans des termes généraux et abstraits, ce qui pousse les juges à se plier aux choix des autorités compétentes⁶⁶³. Pour autant, quand les juges doutent de la nécessité des mesures contrôlées, ils n'hésitent pas à procéder à une définition très concrète et détaillée de leur objectif, ce qui leur permet par la suite d'apprécier l'existence de mesures alternatives, moins restrictives pour les libertés. Dans *Lambert*, par exemple, Lord Steyn a décrit de façon très détaillée le problème auquel la loi visait à faire face :

« typiquement, des passeurs, revendeurs et trafiquants de drogues cachent habilement de la drogue dans un container, ce qui permet à la personne en possession du container de dire qu'elle n'était pas au courant de son contenu. Cette ligne de défense est très commune et pose des vraies difficultés à la police et aux juges d'instruction⁶⁶⁴. »

Après avoir identifié le problème ainsi, Lord Steyn a procédé à un examen détaillé avant d'affirmer que l'ingérence dans les règles concernant la charge de la preuve et dans la présomption d'innocence du requérant était objectivement justifiée.

L'examen de la légitimité du but des mesures attaquées est parfois difficile à distinguer de la deuxième étape du contrôle de proportionnalité, à savoir du test de rationalité. L'affaire *Belmarsh Prison* en offre un bon exemple⁶⁶⁵. À la suite des attaques terroristes de septembre 2001, le Parlement a voté l'*Anti-terrorism, Crime and Security Act* de 2001. Dérogeant à l'article 5 de la CEDH, cette loi a prévu la possibilité pour les autorités britanniques de détenir sans procès ou de déporter des ressortissants étrangers soupçonnés de constituer une menace pour la sécurité nationale. Pour justifier cette dérogation, le gouvernement a invoqué l'article 15 de la CEDH et la menace d'attaques terroristes qui pesait sur le Royaume-Uni. Plusieurs institutions et organisations pour la défense des droits de l'homme et notamment le comité compétent du Parlement avaient exprimé leurs doutes concernant la nécessité de la

⁶⁶¹ *De Freitas, Daly, Samaroo*, précités ; KAVANAGH A., *Constitutional Review under the UK Human Rights Act*, *op. cit.*, p. 234.

⁶⁶² *Ibid.*, p. 235.

⁶⁶³ *V. R c. Attorney General and another, ex parte Countryside Alliance and others* [2007] UKHL 52 (HL, 28 novembre 2007). Dans cette affaire, les requérants cherchaient à obtenir une définition plus précise du but législatif, ce qui a été rejeté par la cour.

⁶⁶⁴ *Regina c. Lambert*, précitée, para. 36 *per* Lord Steyn.

⁶⁶⁵ *A and others c. Secretary of State for the Home Department; X and another c. Secretary of State for the Home Department* [2004] UKHL 56 (HL, 16 décembre 2004). V. aussi WADE W., *Administrative Law*, 9^e éd., Oxford ; New York, OUP, 2004, p. 366.

dérogação et sa compatibilité à la Convention. S'appuyant sur leurs rapports, les requérants contestaient la proportionnalité des mesures en cause⁶⁶⁶. En réponse, le gouvernement alléguait que les terroristes internationaux d'Al Qaeda constituaient un « danger public menaçant la vie de la nation », dans le sens de l'article 15, en invoquant des éléments de preuve partiellement confidentiels.

Dans son examen de la légitimité du but de la dérogation, Lord Bingham commence par observer que les requérants n'ont pas prouvé que les autorités contrôlées avaient mal interprété les obligations résultant de la Convention. En effet, la jurisprudence pertinente de Strasbourg laisse une large marge de manœuvre aux gouvernements nationaux pour déterminer s'il existe un danger public justifiant une dérogation aux dispositions de la CEDH. D'ailleurs, selon le juge, cette évaluation est « éminemment politique », puisqu'elle se fonde sur une prédiction du comportement des personnes humaines, sur laquelle peuvent exister des désaccords raisonnables⁶⁶⁷. Le juge conclut donc qu'il ne doit pas substituer sa propre appréciation sur ce point à celle du gouvernement. Ainsi, il considère que le but invoqué est suffisamment important pour justifier une dérogation à l'article 5 de la Convention.

Lord Bingham procède ensuite à l'examen des autres étapes de la proportionnalité. Les requérants contestaient la rationalité des restrictions, c'est à dire leur caractère approprié au but poursuivi. Plus précisément, ils avançaient que, s'appliquant seulement à des ressortissants étrangers, les mesures visaient plus le contrôle de l'immigration que la prévention des attaques terroristes. D'ailleurs, selon eux, la politique du gouvernement consistant à permettre que des terroristes soupçonnés puissent quitter le pays n'était pas cohérente avec l'objectif de prévenir des attaques futures. En accord avec ces arguments, Lord Bingham observe que, en ce qui concerne la menace terroriste, les ressortissants britanniques posent qualitativement le même problème que les ressortissants étrangers. D'ailleurs, selon le juge, les motifs avancés par l'exécutif n'expliquent pas « pourquoi un terroriste qui représente une menace sérieuse pour le Royaume-Uni cesse de représenter une telle menace sur la rive française de la Manche ou ailleurs⁶⁶⁸. » Au contraire, les mesures contrôlées pouvaient être expliquées comme mesures de contrôle de l'immigration. À la suite de ce raisonnement, Lord Bingham propose à ses collègues de déclarer la loi incompatible à la Convention et notamment au principe de proportionnalité : « le choix d'une mesure relative à l'immigration pour répondre à un problème de sécurité conduit inévitablement à ne pas faire traiter le problème de façon adéquate⁶⁶⁹. » La majorité des Lords se sont joints à l'opinion de Lord Bingham.

Lord Hoffman s'est accordé avec ses collègues sur le caractère disproportionné des mesures contrôlées. Pour autant, il estimait que les mesures échouaient dès la première étape de la proportionnalité, à savoir l'exigence d'un but légitime. Selon lui,

⁶⁶⁶ En effet, les *Law Lords* ont unanimement accepté que l'exigence de stricte nécessité imposée par l'article 15 aux dérogations à la Convention implique un contrôle de proportionnalité.

⁶⁶⁷ *A and others*, précitée, para. 28-29.

⁶⁶⁸ *Ibid.*, para. 30 s.

⁶⁶⁹ *Ibid.*, para. 43.

même si l'on accepte qu'il existe une menace terroriste sans examiner les éléments de preuve confidentiels invoqués par le gouvernement, l'article 15 exige que cette menace soit suffisamment grave pour mettre en question la vie de la nation :

« Certes, le gouvernement a le devoir de protéger la vie et la propriété de ses citoyens. Pour autant, il s'agit d'un devoir qui s'impose à lui de façon permanente et qu'il doit remplir sans annihiler nos libertés constitutionnelles. Il peut y avoir des nations trop fragiles ou morcelées pour résister à un acte de violence grave. Mais ce n'est pas le cas du Royaume-Uni. [...] La violence terroriste, aussi grave soit elle, ne menace pas nos institutions politiques, pas plus que notre existence en tant que communauté civile. [...] Cette nation a su faire face à l'adversité, elle a survécu à la destruction physique et à des pertes humaines considérables. Je ne sous-estime pas la capacité de groupes de terroristes fanatiques à tuer et détruire, mais ils ne menacent pas la vie de la nation. Il y avait du suspens pour savoir si l'on survivrait à Hitler, mais il n'y a pas de doute que nous survivrons à Al-Qaeda⁶⁷⁰. »

Ainsi, selon l'opinion de Lord Hoffmann, l'intérêt légitime que servait la dérogation à l'article 5 n'était pas suffisamment important. Il n'était donc pas nécessaire d'examiner la rationalité des mesures en cause, leur compatibilité à la Convention étant exclue dès la première étape du contrôle de proportionnalité.

Les étapes de l'examen de la nécessité et de la « mise en balance ». Dans la version qui dominait jusqu'à récemment en jurisprudence, la dernière étape de la proportionnalité était le contrôle de nécessité, qui permettait à la cour de sanctionner des mesures excessives. Les interdictions générales et absolues [*blanket prohibitions*], là où une interdiction partielle suffirait pour atteindre le but d'intérêt général poursuivi, sont l'exemple typique des mesures qui peuvent être annulées à ce stade. C'est le cas de la décision *R c. A* concernant un incident de viol, dans lequel l'accusé fondait sa défense sur le consentement allégué de la victime. Au soutien de ses arguments, l'accusé évoquait des éléments qui prouvaient qu'il avait déjà eu des rapports sexuels avec la victime quelques jours avant l'incident pour lequel il était poursuivi. Toutefois, la législation anglaise imposait l'irrecevabilité de tels éléments de preuve, dans le but de protéger les victimes de violences sexuelles⁶⁷¹. Examinant la compatibilité de ces dispositions au droit à un procès équitable, Lord Slynn a observé qu'il s'agissait d'une interdiction générale et absolue d'apporter des éléments de preuve qui, néanmoins, pouvaient être pertinents pour décider l'affaire. Selon les termes utilisés par le juge, « bien que la loi poursuive des buts désirables, les méthodes adoptées équivalaient à un excès législatif [*legislative overkill*]⁶⁷². »

Lord Slynn a souligné que, s'il devait suivre les règles traditionnelles du *common law* en matière d'interprétation, il conclurait inévitablement à l'incompatibilité de la loi

⁶⁷⁰ *Ibid.*, para. 95-96.

⁶⁷¹ *Regina c. A (No 2)* [2002] 1 A.C. 45 (HL, 17 mai 2001).

⁶⁷² *Ibid.*, p. 67.

en cause à la Convention. Pour autant, la section 3 du *HRA* imposait une présomption d'interprétation de la loi en conformité avec la Convention, ce qui, selon le juge, impliquait d'accepter tous les éléments de preuve dont la pertinence devait être établie à l'occasion d'un examen concret⁶⁷³. Il est évident que, de façon similaire à la technique des réserves d'interprétation du Conseil constitutionnel, les présomptions d'interprétation sous l'article 3 du *HRA* attribuent un pouvoir normatif important au juge ; celui-ci peut aller jusqu'à la neutralisation de la disposition législative contrôlée.

La version anglaise de la grille de proportionnalité comprend une ambiguïté en ce qui concerne la mise en balance des valeurs antagonistes, qui, jusqu'à récemment, était généralement censée avoir lieu lors du contrôle de nécessité⁶⁷⁴. Dans *Huang*, les avocats des requérants soutenaient que la formulation du test de proportionnalité retenue dans *de Freitas* était erronée parce qu'elle avait négligé cette dernière étape du contrôle de proportionnalité⁶⁷⁵. En considérant cet argument, Lord Bingham se réfère à son opinion dans *Razgar* pour souligner que la proportionnalité « doit toujours inclure l'instauration d'un juste équilibre, inhérent dans toute la Convention, entre les droits de l'individu et les intérêts de la communauté. » Ce qui, selon lui, implique que « la sévérité et les conséquences de l'ingérence appelleront une évaluation attentive lors du contrôle de nécessité⁶⁷⁶. » Cela étant, Lord Bingham continue en précisant que l'effet des mesures attaquées sera disproportionné en tout état de cause, dans les cas où l'individu est totalement privé de son droit de mener une vie familiale normale. De cette façon, le juge a détaché le critère de disproportion du test de nécessité.

Depuis cette décision, certains juges ont annoncé dans leurs opinions une quatrième étape du contrôle de proportionnalité consistant dans la mise en balance des intérêts et valeurs antagonistes en cause. Dans *Bank Mellat*, Lord Reed s'est référé à la décision *Oakes* de la Cour suprême du Canada pour souligner qu'

« il y a une distinction significative qui doit être faite [...] entre la question de savoir si un objectif particulier est en principe suffisamment important pour justifier les limitations à un droit particulier (première étape), et la question de savoir si, après avoir déterminé que des mesures moins sévères ne sont pas disponibles pour obtenir l'objectif, l'effet de l'atteinte au droit est disproportionné aux bénéfices que la mesure attaquée est susceptible d'apporter (quatrième étape⁶⁷⁷). »

Si la dernière étape de la proportionnalité implique un jugement de valeur, elle reste distincte du contrôle du but légitime en raison du caractère *ad hoc* de l'évaluation du juge, qui est étroitement liée aux faits de l'espèce. En même temps, elle reste aussi

⁶⁷³ *Ibid.*, p. 68.

⁶⁷⁴ KAVANAGH A., *Constitutional Review under the UK Human Rights Act*, *op. cit.*, p. 235-236.

⁶⁷⁵ *Huang c. Secretary of State for the Home Department; Kashmiri c. Same* [2007] 2 A.C. 167 (HL, 21 mars 2007).

⁶⁷⁶ *Ibid.*, para. 19.

⁶⁷⁷ *Bank Mellat c. Her Majesty's Treasury (No. 2)* [2013] UKSC 39 (SC, 19 juin 2013), para. 74.

distincte du contrôle de nécessité, puisque ce dernier ne concerne que les effets de la décision en cause, sans considérer l'importance de son but. Ainsi, la structure anglaise de la proportionnalité a été davantage raffinée, se rapprochant encore plus du modèle global présenté dans la théorie alexyenne.

En tout état de cause, il est intéressant de noter que la mise en balance des intérêts en cause n'était explicite ni dans *Huang* ni dans *Bank Mellat*⁶⁷⁸. En réalité, si la quatrième étape de la proportionnalité a été détachée du contrôle de nécessité dans ces décisions, elle a été réduite à l'interdiction de porter atteinte à la « substance » du droit en cause. Dans ce sens, l'application de la proportionnalité dans ces affaires se rapproche de la jurisprudence de la Cour EDH en la matière⁶⁷⁹. D'autres décisions anglaises font référence à un contenu minimum ou à un noyau des droits garantis par la Convention. Dans *Roth*, par exemple, Lord Justice Simon Brown a annoncé que l'entrave au droit en cause ne devait pas imposer une charge excessive à l'individu concerné. En analysant cette exigence, le juge s'est référé à « un minimum irréductible des droits de la Convention », avant de préciser que, « aussi impérieux soit le but social poursuivi, la mesure dans laquelle on peut légitimement sacrifier l'intérêt de l'individu pour l'obtenir connaît des limites⁶⁸⁰. » Cette référence à un contenu minimum des droits implique un raisonnement de dogmatique juridique classique, il exclut donc la mise en balance de valeurs antagonistes, telle que professée par les adeptes de la théorie alexyenne : l'intensité de l'entrave au droit en cause n'est pas comparée au degré d'accomplissement du but légitime selon une échelle explicite de valeurs⁶⁸¹.

Si la proportionnalité n'a pas transformé le juge anglais en un « Socrate moderne », son application dans le cadre du *HRA* a entraîné une extension importante des pouvoirs de celui-ci.

3. *La singularité de la proportionnalité*

La proportionnalité : une version sophistiquée des méthodes existantes ?

Il s'agit ici de s'interroger sur la façon dont la proportionnalité a affecté les concepts, structures et méthodes du *judicial review* anglais.

⁶⁷⁸ Dans l'affaire *Bank Mellat*, la Cour suprême a évalué le juste équilibre obtenu par l'autorité en cause, en vue des exigences de rationalité s'imposant à l'action publique : V. *per* Lord Sumption, not. para. 20. D'ailleurs, initialement, la perception orthodoxe de la proportionnalité dans la littérature académique ne comprenait pas non plus une étape de mise en balance des droits et valeurs antagonistes. V. JOWELL J., « Beyond the Rule of Law: Towards Constitutional Judicial Review », *op. cit.* Si cet auteur décrit la dernière étape de la proportionnalité comme un contrôle portant sur les effets de la décision attaquée, ce contrôle n'implique pas une pesée explicite des valeurs, puisqu'il n'impose pas la comparaison entre le but légitime poursuivi et l'entrave au droit fondamental en cause.

⁶⁷⁹ Sur ce point, V. *infra*, Partie III, chapitre 5.1.

⁶⁸⁰ *International Transport Roth GmbH and others v. Secretary of State for the Home Department* [2003] Q.B. 728 (CA Civil Division, 22 février 2002), para. 28-9.

⁶⁸¹ Ces observations devraient être nuancées après la fameuse affaire *Nicklinson*, dans laquelle certains juges de la Cour suprême ont procédé à la mise en balance explicite des valeurs en cause, sur la base des considérations à la fois juridiques, morales et factuelles. R. c. *Ministry of Justice, ex parte Nicklinson and another*; R. c. *The Director of Public Prosecutions, ex parte AM*; R. c. *The Director of Public Prosecutions, ex parte AM* [2014] UKSC 38 (SC, 25 juin 2014). Sur cette affaire, V. *infra*, Partie II, chapitre 4.6.

Au premier abord, les deux premières étapes de la proportionnalité semblent consister en une version plus sophistiquée des méthodes de contrôle existantes. En effet, le contrôle du but légitime correspond dans un grand nombre de cas aux erreurs de droit, traditionnellement sanctionnées sous le chef de contrôle [*head of review*] d'illégalité. De façon similaire, l'établissement du caractère approprié ou rationnel de la mesure se recoupe dans de nombreux cas avec le détournement de pouvoir ou le caractère non approprié des considérations prises en compte par l'autorité contrôlée⁶⁸². Néanmoins, des différences importantes persistent entre ces méthodes de contrôle traditionnelles et les deux premières étapes de la proportionnalité. Tout d'abord, l'exigence de proportionnalité n'est pas seulement adressée à l'administration mais aussi au législateur. Ainsi, la recherche des objectifs de la loi à l'occasion du processus d'interprétation [*purposive interpretation*], jusqu'alors exceptionnelle dans le *common law*, devient une des méthodes principales du juge.

Qui plus est, le champ du contrôle de proportionnalité est beaucoup plus vaste que celui des méthodes traditionnelles : il englobe toute l'action publique justiciable devant la CEDH. Les droits fondamentaux connaissant une extension continue, le contrôle du but légitime impose aux autorités publiques – le Parlement y compris – l'obligation de fournir une justification légitime de leurs décisions, ce qui n'existait pas dans le cadre du *judicial review* anglais⁶⁸³. En effet, quand l'autorité contrôlée n'invoque aucun intérêt pour justifier une ingérence aux droits fondamentaux, la mesure en cause est censurée par le juge, sans examen de ses effets potentiellement bénéfiques⁶⁸⁴.

D'ailleurs, ce n'est pas seulement l'étendue du contrôle mais aussi sa nature qui est différente. En droit administratif anglais, les motifs de la décision contrôlée sont traditionnellement définis de façon concrète par la loi ou dégagés par le juge au moyen d'un processus de reconstruction du sens de l'énoncé législatif. Le juge censure des « erreurs » de l'autorité contrôlée dans la façon dont elle a compris sa compétence. Au contraire, les buts légitimes permis par la CEDH sont des notions vagues et indéterminées, telles que la « sécurité nationale », « la protection de la morale » ou « la protection des droits et libertés d'autrui ». En contraste avec son rôle traditionnellement « correctif », dans le cadre du *HRA*, le juge substitue son propre point de vue à celui des autorités contrôlées dans l'appréciation de la légitimité du but des mesures en cause. Le contrôle des motifs de l'autorité contrôlée cesse d'être une question technique pour devenir une question de qualification impliquant nécessairement, et de manière évidente, un jugement de valeur.

Un contrôle des effets. Cela étant, les deux premières étapes du contrôle de proportionnalité n'introduisent pas un changement radical par rapport aux méthodes de contrôle traditionnelles du *judicial review* anglais. En réalité, ce qui distingue le plus

⁶⁸² Concernant les contraintes pesant sur l'exercice du pouvoir discrétionnaire de l'administration dans le *common law*, V. CRAIG P., *Administrative Law*, *op. cit.*, para. 17-009 s.

⁶⁸³ *R. c. Secretary of State for the Home Department, ex parte Doody* [1994] 1 AC 531 (HL, 24 juin 1993), p. 564. V. aussi KAVANAGH A., *Constitutional Review under the UK Human Rights Act*, *op. cit.*, p. 241 s.

⁶⁸⁴ *Ghaidan v. Mendoza* [2004] 3 W.L.R. 113 (HL, 21 juin 2004), para. 18.

la proportionnalité sont les étapes de nécessité et de proportionnalité *stricto sensu*, qui concernent les effets des décisions contrôlées⁶⁸⁵. À la différence du *judicial review* traditionnel, où le juge se concentre sur des questions de forme et de procédure, il procède dans le cadre du *HRA* à une évaluation objective du contenu et des impacts des mesures attaquées, ce qui, il y a encore quelques années, était considéré comme un contrôle interdit des *merits*. Comme l'a précisé Lord Bingham dans *Begum*, « ce qui importe dans tous les cas est l'effet pratique et non la qualité de la procédure de décision qui est à sa source⁶⁸⁶. » Pour reprendre l'expression de Lord Slynn, voici ici une des « vaches sacrées » du contrôle juridictionnel anglais qui est sacrifiée avec l'avènement de la proportionnalité⁶⁸⁷.

Dans certains cas, les juges sont conduits à considérer les mesures alternatives qui favoriseraient le but d'intérêt général invoqué par l'autorité décisionnaire et demandent des preuves concernant l'inefficacité de telles mesures. Dans l'affaire *Laporte*, il s'agissait d'un bus qui transportait des manifestants de Londres à Gloucestershire⁶⁸⁸. La police, considérant que certains des passagers du bus appartenaient à un group susceptible de provoquer des troubles à l'ordre public, les « Wombles », a empêché tous les passagers de descendre du bus et les a forcés à retourner à Londres. Le requérant se plaignait qu'en les empêchant de descendre du bus et de participer à la manifestation, la police avait porté une atteinte à leurs droits garantis par la Convention. Dans son examen de la proportionnalité des mesures, Lord Rodger observe qu'en l'espèce, le chef de police n'avait pas considéré de mesures alternatives qui « auraient substantiellement réduit la menace de violences » pendant la manifestation tout en étant moins restrictives pour les libertés des personnes concernées. Le juge a lui-même proposé de telles mesures :

« Une mesure moins drastique que M. Lambert aurait pu mettre en œuvre aurait en effet été de permettre aux bus de continuer jusqu'à Fairford, où les forces de l'ordre, rassemblées pour faire face à une manifestation, que l'on prévoyait réunir un maximum 10.000 manifestants, auraient certainement été capables de prévenir tout trouble à l'ordre public que les huit Wombles identifiés avaient prémédité. Une autre possibilité aurait été de cibler les Wombles identifiés sur les bus et de les éloigner à Lechlade. Il n'y a pas d'éléments établissant que ceci n'aurait pas été faisable, étant donné les personnes et les moyens dont la police disposait sur place⁶⁸⁹. »

⁶⁸⁵ V. *Begum*, précitée, per Lord Bingham, para. 30. V. aussi *Belfast City Council c. Miss Behavin' Ltd* [2007] 1 W.L.R. 1420 (HL, 25 avril 2007), per Lord Hoffmann para. 13 ; per Lord Mance para. 44 ; per Lord Neuberger para. 88.

⁶⁸⁶ *Begum*, précitée, para. 31.

⁶⁸⁷ Référence aux *dicta* de Lord Slynn dans *Lambert*, précitée, para. 6. Selon ce juge, l'application du *HRA* exigerait des changements constitutionnels importants en droits anglais, ce qu'il exprime en utilisant l'expression « *sacred cows culled* ».

⁶⁸⁸ *R c. Chief Constable of Gloucestershire Constabulary, ex parte Laporte* [2007] 2 A.C. 105 (HL, 13 novembre 2006).

⁶⁸⁹ *Ibid.*, para. 89. V. aussi per Lord Carswel.

Bien que les juges aient rappelé le respect dû au « jugement de l'agent de police sur place, dans l'urgence du moment⁶⁹⁰ », ils ont trouvé les restrictions aux droits des requérants disproportionnées. La considération des mesures alternatives par le juge peut aussi avoir lieu dans le contrôle de la loi⁶⁹¹. Ainsi, en contraste avec la version de la proportionnalité employée par le Conseil constitutionnel français, qui s'apparente à un test de « *narrowly tailored* », la proportionnalité en droit anglais ne concerne pas seulement le champ d'application des mesures attaquées, mais aussi leurs effets réels.

L'enquête juridictionnelle est toujours sensible aux faits de l'espèce. Ainsi, dans certains cas où ce sont des dispositions législatives qui sont en cause, les juges introduisent une séparation entre contrôle abstrait et contrôle concret de proportionnalité. Cela peut être illustré avec l'affaire *Shayler*, concernant un ancien agent des services secrets qui avait divulgué des informations que la loi classait comme confidentielles⁶⁹². L'agent invoquait son droit d'informer le public et contestait la compatibilité de la loi à la CEDH. La Chambre des Lords a considéré que, *in abstracto*, la loi était compatible à la Convention, puisqu'elle prévoyait la possibilité d'exempter certaines informations du devoir de confidentialité quand l'intérêt public l'exigeait. Les juges ont d'ailleurs souligné que tout refus d'autorisation de divulguer des informations était ouvert aux voies de recours du *judicial review* et était soumis à un examen soucieux de la part du juge. Un autre élément qui a conduit les Lords de se retenir d'une déclaration d'incompatibilité était le fait que, en cas de mauvaise application des dispositions en cause par les autorités compétentes, l'intérêt public pouvait être poursuivi au moyen de procédures disciplinaires.

Toutefois, la proportionnalité abstraite de la loi étant établie, les Lords ont insisté sur l'importance d'une application de la proportionnalité sensible aux faits de l'espèce. Si l'interdiction de divulgation des informations assortie d'une possibilité d'exemption n'était pas en soi contraire à l'article 10 de la CEDH, la proportionnalité *concrète* des dispositions en cause dépendait de leur application par les autorités compétentes *dans chaque cas concret*⁶⁹³. En d'autres termes, les procédures prévues par la loi satisfaisaient aux exigences de la Convention, seulement « si elles étaient correctement appliquées », à savoir, « si le pouvoir de refuser une autorisation n'avait pas été exercé de façon abusive et si une divulgation appropriée n'avait pas été étouffée⁶⁹⁴ ». En l'espèce, la question d'un comportement abusif ou disproportionné de la part des autorités compétentes ne se posait pas, puisque M. Shayler n'avait pas demandé l'autorisation de divulguer les informations litigieuses.

Le renforcement de l'accès du juge aux faits. Le déplacement du contrôle de proportionnalité vers les effets de la décision attaquée se perçoit mieux dans les

⁶⁹⁰ *Ibid.*, para. 55 ; V. aussi para. 90 et 106.

⁶⁹¹ V., par exemple, *Lambert*, précitée, para. 37 s. *per* Lord Steyn. Sur la considération des mesures alternatives par le juge, V. plus généralement, JOWELL J., « Beyond the Rule of Law: Towards Constitutional Judicial Review », *op. cit.*, p. 679-680.

⁶⁹² *Regina c. Shayler*, précité.

⁶⁹³ V. aussi *R. c. Director of Public Prosecutions, ex parte Kebeline and others* [2000] 2 A.C. 326 (HL, 28 octobre 1999), *per* Lord Hope.

⁶⁹⁴ *Regina c. Shayler*, précité.

instances d'appel, où le juge examine *de novo* les faits de l'espèce. L'affaire *Huang* en fournit un bon exemple. Elle concerne le refus des autorités d'immigration d'octroyer des permis d'entrée et de résidence à des ressortissants étrangers. Jusqu'en 2005, ces décisions étaient examinées en appel par l'*Immigration Appellate Authority* (autorité d'appel en matière d'immigration), une juridiction spéciale en matière d'immigration, dont les décisions pouvaient être attaquées devant la Chambre des Lords. Dans *Huang*, Lord Bingham définit la fonction des autorités d'appel sous le *HRA* qui, selon lui, « n'est pas une fonction secondaire, de contrôle [...] L'autorité d'appel en matière d'immigration doit décider elle-même la question de la légalité de la décision attaquée⁶⁹⁵ ». Les autorités d'appel sont donc censées être mieux placées que les autorités d'immigration compétentes pour apprécier les faits de l'espèce. D'ailleurs la situation de fait qui est prise en compte est celle du moment de la décision d'appel et non du moment de la décision initiale⁶⁹⁶. Des observations similaires valent pour le *First-tier Tribunal*, auquel sont transférées depuis 2010 les compétences de l'*Immigration Appellate Authority* et d'autres autorités d'appel.

Dans les procédures de *judicial review*, au contraire, la fonction de la cour est par définition secondaire. Néanmoins, les juges peuvent demander des éléments de preuve concernant les allégations des parties, notamment celles des autorités publiques contrôlées. La décision *Bank Mellat* de la Cour suprême offre un bon exemple de l'évolution des outils et procédures dont dispose le juge à cette fin⁶⁹⁷. La *Bank Mellat* est une grande banque commerciale iranienne de propriété privée. En 2009, le gouvernement a émis un ordre interdisant aux compagnies du secteur financier actives au Royaume-Uni les transactions financières ou les rapports commerciaux avec cette banque. La *Bank Mellat* a contesté l'ordre en arguant notamment qu'il portait une atteinte disproportionnée à son droit de propriété, protégé par l'article 1 du Premier Protocole Additionnel de la CEDH. En réponse, le gouvernement, en s'appuyant sur des informations partiellement classées, arguait que la *Bank Mellat* mettait en danger les intérêts nationaux du Royaume-Uni en finançant les projets d'armes nucléaires de l'Iran. Les juges inférieurs avaient rejeté les recours de la banque, considérant que le gouvernement « pouvait raisonnablement estimer que le développement ou la production des armes nucléaires en Iran engendrait un danger important pour les intérêts nationaux du Royaume-Uni⁶⁹⁸. »

L'affaire touchait à la sécurité nationale et aux relations internationales du Royaume-Uni, des domaines où, traditionnellement, le contrôle juridictionnel reste limité. La Cour suprême a aussi reconnu la « large marge d'appréciation » de l'exécutif en la matière⁶⁹⁹. Pour autant, cela n'a pas empêché la majorité des juges d'exiger des éléments de preuve concernant la menace alléguée aux intérêts nationaux. S'agissant des informations classées, la cour a pour la première fois décidé de procéder à un examen à huis clos, sur la base duquel elle a statué que les preuves fournies par le

⁶⁹⁵ *Huang*, précitée, para. 11.

⁶⁹⁶ V. aussi CRAIG P., *Administrative Law*, *op. cit.*, para. 18-042 s.

⁶⁹⁷ *Bank Mellat c. Her Majesty's Treasury (No. 2)* (SC, 19 juin 2013), précité.

⁶⁹⁸ *Bank Mellat c. Her Majesty's Treasury (No. 2)* [2011] EWCA Civ 1 (CA, Civil Division, 13 janvier 2011).

⁶⁹⁹ V. *Bank Mellat c. Her Majesty's Treasury (No. 2)* (SC, 19 juin 2013), précitée, para. 21.

gouvernement n'étaient pas suffisantes pour justifier les mesures en cause. En effet, le fait que seule la Bank Mellat soit ciblée par les mesures les rendait inefficaces et « impossibles à justifier objectivement » au regard de leur but⁷⁰⁰. Comme l'observe Lord Sumption : « une fois qu'on établit que le problème n'est pas spécifique à la Bank Mellat mais qu'il s'agit d'un risque inhérent à l'activité bancaire, le danger engendré par l'accès de la Bank Mellat à ces marchés n'est pas différent de celui posé par l'accès dont des banques comparables [à la Bank Mellat] continuaient à jouir⁷⁰¹. » Contrairement à leurs habitudes traditionnelles, dans le cadre du *HRA*, les juges anglais procèdent à un examen intrusif des motifs des décisions contrôlées et n'hésitent pas à substituer leur propre opinion à celle des autorités compétentes, et ce, même quand il s'agit de sujets politiquement sensibles.

Qui plus est, afin de comprendre le but des dispositions législatives contestées, les juges acceptent désormais de recourir aux débats parlementaires⁷⁰². On peut y voir une autre « vache sacrée » du *common law* sacrifiée avec l'application du *HRA*. Depuis la *Magna Carta*, les juges refusaient de se référer au *Hansard*. De telles références étaient vues comme une violation du principe de la souveraineté du Parlement, puisqu'elles ouvraient la voie à l'évaluation par le juge du sérieux des débats parlementaires ou à l'imputation au Parlement de la volonté d'un seul de ses membres ou d'un ministre⁷⁰³. Néanmoins, les juristes anglais ne voient pas ces dangers dans le cadre de la proportionnalité. Cela s'explique parce que la référence au *Hansard* dans ce contexte est permise seulement dans les cas où elle est utile au juge pour comprendre les enjeux de l'affaire et n'implique aucune évaluation des débats parlementaires. Comme Lord Nicholls l'a précisé dans *Wilson* :

« la proportionnalité de la législation ne doit pas être appréciée sur la base de la qualité des raisons avancées pour la soutenir lors des débats parlementaires ni sur la base de l'état d'esprit subjectif des ministres, pris individuellement, ou d'autres membres [du Parlement]⁷⁰⁴. »

La proportionnalité reste un test qui concerne les effets des dispositions en cause. Il s'agit d'un test objectif, dans le sens où il ne concerne pas l'état d'esprit du législateur. En effet, les membres du Parlement ne sont pas obligés de raisonner en termes de proportionnalité. D'ailleurs, contrairement aux méthodes traditionnelles dans le cadre du *judicial review*, le contrôle du juge porte sur l'effet *actuel* de la législation contestée. En d'autres termes, les circonstances de fait que le juge prend en compte sont celles du moment de sa propre décision et non celles du moment de la décision contrôlée⁷⁰⁵.

⁷⁰⁰ *Ibid.*, para. 25.

⁷⁰¹ *Ibid.*, para. 27.

⁷⁰² *Wilson v. First County Trust Ltd* [2003] UKHL 40 (HL, 10 juillet 2003).

⁷⁰³ V. KAVANAGH A., « Proportionality and Parliamentary Debates: Exploring Some Forbidden Territory », *Oxford Journal of Legal Studies*, 2014, vol. 34, n° 3, p. 443-479.

⁷⁰⁴ *Wilson*, précitée, para. 67.

⁷⁰⁵ V. *Ibid.*, para. 62 ; *Begum*, précitée, para. 30.

Le contrôle de proportionnalité et la notion de *deference*. Bien que la proportionnalité implique un contrôle intrusif des effets de la décision contrôlée, les juristes anglais insistent sur le fait que, dans son application, les rôles du juge et de l'autorité de prise de décision restent distincts⁷⁰⁶. Dans l'affaire *Daly*, Lord Steyn souligne que la proportionnalité ne revient pas à un contrôle des *merits*. Selon lui, le contrôle de la nécessité d'une restriction dans une société démocratique est très différent de l'évaluation de la désirabilité de la mesure en termes socio-politiques⁷⁰⁷. Le rôle des juges reste un rôle secondaire de supervision. Leurs opinions sont exprimées en termes juridiques et sont exclusivement fondées sur des normes juridiques. Les cours n'ont pas le pouvoir de prendre des décisions selon leurs convictions sur ce qui est approprié ou nécessaire. La définition de l'intérêt général incombe au Parlement et à des autorités responsables politiquement. D'ailleurs, la proportionnalité n'impose pas une exigence générale de « justesse⁷⁰⁸ » à l'action publique. Comme Lord Hoffmann a observé de façon caractéristique dans *Alconbury* : « Il ne fait guère de doute que le *Human Rights Act* de 1998 avait comme but de renforcer le règne de la loi, et non d'inaugurer le règne des juristes⁷⁰⁹. »

Cette différence entre le rôle du juge et celui des autorités contrôlées, fondamentale pour les juristes locaux, est assurée par la doctrine de la *deference*. Selon cette doctrine, similaire au concept européen de marge d'appréciation, l'intensité du contrôle de proportionnalité varie en fonction du poids que le juge accorde à l'opinion de l'autorité contrôlée. Cette idée était déjà apparue lors des premières applications du *HRA*. Dans l'affaire *Kebeline*, Lord Hope déclare que, parfois, dans la recherche d'un équilibre entre les principes de la Convention, « il sera approprié pour les cours de reconnaître qu'il y a une sphère d'appréciation, au sein de laquelle le juge respectera [*will defer*], pour des raisons démocratiques, l'opinion motivée de l'institution ou de la personne élue dont l'acte ou la décision est supposé être incompatible avec la Convention⁷¹⁰. » Dans la jurisprudence postérieure, d'autres termes ont été utilisés pour exprimer cette approche sensible au contexte institutionnel : « marge de discrétion » ou « sphère discrétionnaire de jugement ».

Quand ils déterminent l'intensité de leur contrôle, les juges prennent en compte plusieurs facteurs. Dans *Roth*, Lord Justice Laws a identifié quatre facteurs qui conduisent le juge à montrer sa *deference* envers l'autorité contrôlée : la légitimité démocratique de cette autorité, son expertise institutionnelle, l'attribution à celle-ci d'une responsabilité particulière pour prendre la décision contestée par la constitution du *common law* ou l'existence d'une clause de limitation du droit en cause dans le texte de la Convention⁷¹¹. Depuis cette analyse de Lord Justice Laws, les auteurs anglais ont produit des analyses extensives et des systématisations de la

⁷⁰⁶ HICKMAN T., *Public Law after the Human Rights Act*, *op. cit.*, p. 177.

⁷⁰⁷ *Daly*, précitée, para. 28.

⁷⁰⁸ KAVANAGH A., *Constitutional Review under the UK Human Rights Act*, *op. cit.*, p. 239 s. ; CRAIG P., « Unreasonableness and Proportionality in UK Law », *op. cit.*, p. 100 s.

⁷⁰⁹ *R c. Secretary of State for the Environment, Transport and the Regions, ex parte Alconbury Developments Ltd and others* [2001] UKHL 23 (HL, 9 mai 2001), para. 121.

⁷¹⁰ *V. Kebeline*, précitée, p. 380, *per* Lord Hope.

⁷¹¹ *Roth*, précitée, p. 765 s.

doctrine de *deference*, en rajoutant d'autres facteurs ou en classifiant les types de cas dans lesquels des questions pertinentes pourraient se poser⁷¹². Sur ce point aussi, la littérature anglaise est très proche de la littérature transnationale sur la proportionnalité.

Il est généralement admis que la doctrine de *deference* n'implique ni l'abdication de son pouvoir de jugement par le juge ni l'injusticiabilité des décisions contrôlées. Même lorsque la cour accorde un poids important à la décision contrôlée, elle sanctionnera des atteintes disproportionnées aux droits fondamentaux. Dans certaines affaires, notamment en matière de politique sociale, les juges se sont parfois inclinés devant les choix des autorités en cause, assurant simplement que celles-ci ont cherché un équilibre entre les droits et intérêts concurrents, en appliquant un standard vague de proportionnalité⁷¹³. Pour autant, la jurisprudence rejette de manière générale une approche de la doctrine de *deference* qui imposerait la variation du test de proportionnalité selon le domaine dans lequel il est appliqué. Même dans des domaines qui entrent traditionnellement dans la compétence exclusive du Parlement, comme la politique d'habitation par exemple, les juges appliquent un contrôle de proportionnalité complet et structuré⁷¹⁴. Dans ces cas, la *deference* est prise en compte dans l'application des différentes étapes du contrôle de proportionnalité⁷¹⁵. Quand les juges sont confrontés à un sujet politiquement sensible, ou sur lequel l'autorité contrôlée a une expertise particulière, ils tendent à éviter les jugements et les évaluations complexes, en mettant plus l'accent sur le respect des exigences de procédure ou de motivation applicables en l'espèce⁷¹⁶.

Après une longue période de rejet, la proportionnalité prolifère donc en droit public anglais, au point qu'il est possible d'affirmer qu'elle est devenue un moteur de développement et d'extension pour le *judicial review* traditionnel. Contrairement au standard proposé par Lord Greene dans l'affaire *Wednesbury*, qui se concentrait uniquement sur l'irrationalité de l'autorité contrôlée, la proportionnalité permet au juge d'évaluer les effets de la décision en cause et l'équilibre entre les valeurs et intérêts concurrents. L'application de la proportionnalité ne relève plus de

⁷¹² BRADY A., *Proportionality and Deference under the UK Human Rights Act: An Institutionally Sensitive Approach*, *op. cit.* ; RIVERS J., « Proportionality and Variable Intensity of Review », *op. cit.* ; CRAIG P., *Administrative Law*, *op. cit.*, para. 18-033 s. KAVANAGH A., *Constitutional Review under the UK Human Rights Act*, *op. cit.*, p. 181 s. et 211 s. ; HICKMAN T., *Public Law after the Human Rights Act*, *op. cit.*, p. 128 s. ; HUNT M., « Sovereignty's Blight: Why Contemporary Public Law Needs the Concept of "Due Deference" », N. BAMFORTH et P. LEYLAND (dir.), *Public law in a multi-layered constitution*, Oxford ; Portland, Or, Hart, 2003, p. 337.

⁷¹³ *Poplar Housing & Regeneration Community Association Ltd c. Donoghue* [2002] Q.B. 48 (CA, Civil Division, 27 avril 2001). V. aussi *Countryside Alliance*, *per* Lord Hope, sur le droit de propriété.

⁷¹⁴ CRAIG P., *Administrative Law*, *op. cit.*, para. 18-044. En jurisprudence, V. *Ghaidan c. Mendoza*, précité.

⁷¹⁵ HUNT M., « Sovereignty's Blight: Why Contemporary Public Law Needs the Concept of "Due Deference" », *op. cit.*, p. 349 s. ; 368 s. ; CRAIG P., *Administrative Law*, *op. cit.*, para. 18-036. Pour des exemples en jurisprudence, V., par exemple, *Begum*, précité ; R c. *Secretary of State for Health, ex parte Sinclair Collis* [2012] QB 394 (CA, Civil Division, 17 juin 2011) ; *Countryside Alliance*, précité, *per* Lord Hope, para. 84 s.

⁷¹⁶ V. CRAIG P., *Administrative Law*, *op. cit.*, para. 18-049 ; HUNT M., « Sovereignty's Blight: Why Contemporary Public Law Needs the Concept of "Due Deference" », *op. cit.*, p. 349 s. ; CLAYTON R., « Proportionality and the HRA 1998: Implications for Substantive Review », *JR*, 2002, p. 124. En jurisprudence, V. *Sinclair Collis*, précitée, *per* Lord Neuberger.

l'évidence mais conduit les juges à développer une argumentation détaillée quant à la légitimité des restrictions portées aux droits fondamentaux, à l'intensité de leur contrôle et au poids qu'ils accordent aux appréciations de l'autorité contrôlée. Si cette justification n'inclut pas toujours une mise en balance de valeurs, droits ou principes antagonistes, elle inclut toujours une évaluation des effets de la décision attaquée par référence aux droits de la Convention. De cette façon, l'introduction de la proportionnalité dans le *judicial review* anglais oblige les autorités publiques à justifier les restrictions qu'elles imposent aux droits fondamentaux.

La version de la proportionnalité qui domine dans le discours juridique anglais est très proche de la théorie alexyenne. Il ne fait d'ailleurs pas de doute aujourd'hui que la réception de la proportionnalité dans le cadre du *HRA* a entraîné une amélioration de la protection des droits fondamentaux. En contraste avec leurs collègues français, les juges anglais procèdent à un contrôle intrusif des buts de l'autorité contrôlée, même quand il s'agit du Parlement, et à un examen attentif des faits de l'affaire. Ils n'hésitent d'ailleurs pas à proposer des mesures équivalentes à celles choisies par l'autorité compétente, quand elles sont moins restrictives pour les libertés en cause.

La proportionnalité a provoqué de vifs débats en droit public anglais, tant en doctrine qu'en pratique. La question de savoir si son application est en continuité ou en rupture avec l'appareil conceptuel traditionnel du *judicial review* a toujours été au cœur de la discussion. La distinction conceptuelle entre proportionnalité et irrationalité a pendant longtemps limité la proportionnalité à un rôle marginal en pratique. En effet, son application présupposait la reconnaissance par le juge d'un chef de contrôle [*head of review*] additionnel, ce qui était exclu par le principe de souveraineté du Parlement. Son rejet en tant que concept autonome du droit anglais a conduit les juristes locaux à rechercher sa continuité avec des concepts existants, parfois au détriment de son intégrité conceptuelle et structurelle. Néanmoins, c'est la distinction de la proportionnalité des concepts et chefs de contrôle existants qui a conduit à son épanouissement en droit public anglais. En effet, cette distinction a libéré l'application de la proportionnalité des contraintes traditionnelles s'imposant à l'application du standard de *Wednesbury*. L'évolution de la proportionnalité dans le contexte anglais est donc très différente de l'évolution de la proportionnalité dans le contexte français, caractérisée d'une recherche constante de continuité.

Cette évolution est étroitement liée à la tradition analytique du *common law*. Le développement conceptuel de la proportionnalité a été en premier lieu le travail des juges, sollicités en ce sens par des avocats compétents. Les universitaires ont plus suivi que guidé cette évolution. Comparée aux écrits de la doctrine française, la littérature anglaise sur la proportionnalité a toujours été plus fidèle aux modes de raisonnement des juges. Ceci peut s'expliquer parce que, plutôt qu'une idée, une connaissance ou un sens commun partagé par les juristes, la proportionnalité est perçue comme un outil, un chef de contrôle, une nouvelle voie pour l'argumentation juridique et pour la motivation des décisions de justice. Si l'analyse dans la deuxième partie montrera que le droit public anglais est sujet à une transformation radicale qui

nuance ces observations, il n'en reste pas moins que la perception instrumentale et pragmatique de la proportionnalité sous-tend son évolution dans le cadre du droit anglais. Dans le contexte grec, au contraire, la proportionnalité est perçue comme une valeur en soi.

CHAPITRE 3

La diffusion de la proportionnalité en droit public grec :

*η θριαμβευτική πορεία*⁷¹⁷

Introduction. L'évolution de la proportionnalité en Grèce devance les attentes des adeptes du constitutionnalisme global. Le principe y est apparu beaucoup plus tôt qu'en France ou en Angleterre et il est employé en jurisprudence depuis plus de quarante ans. En 2001, la proportionnalité a été explicitement consacrée dans la Constitution. Selon la formulation « généreuse » de l'article 25, paragraphe 1 :

« Les droits de l'homme, en tant qu'individu et en tant que membre du corps social, et le principe de l'État de droit social sont placés sous la garantie de l'État. Tous les organes de l'État sont tenus d'en assurer l'exercice libre et efficace. Ces principes sont également valables dans les relations entre particuliers auxquelles ils sont propres. Les restrictions de tout ordre qui peuvent être imposées à ces droits selon la Constitution doivent être prévues soit directement par la Constitution soit par la loi, sans préjudice de celle-ci et dans le respect du principe de proportionnalité⁷¹⁸. »

Ce succès spectaculaire de la proportionnalité soulève des questions quant à la fonction de celle-ci dans le discours juridique grec.

L'étude de l'usage de la proportionnalité en Grèce rencontre des difficultés similaires à celles relevées dans le contexte français. Pour les juristes locaux, la proportionnalité désigne un objet beaucoup plus large que l'utilisation explicite du terme dans les textes officiels. S'il est souvent admis que la proportionnalité a été développée en tant que méthode juridictionnelle dans d'autres systèmes européens, elle est aussi conçue comme une idée universelle, une valeur de justice inhérente au contrôle juridictionnel de l'action publique et au droit plus généralement. Tant les universitaires que les juges et les praticiens s'accordent sur la signification de la proportionnalité : il s'agit d'un principe protecteur des droits fondamentaux.

Toutefois, les structures traditionnelles du droit public grec semblent contraindre l'utilisation du langage de la proportionnalité en pratique ; son contenu dans la jurisprudence ne correspond guère à l'idée qui domine en dehors des salles d'audience. La thèse de George Gerapetritis, rédigée en anglais mais très influente

⁷¹⁷ Phrase reprise de GOGOS K., « Πτυχές του ελέγχου αναλογικότητας στη νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας [Aspects of proportionality review in the case law of the Council of State] », *ΔΙΣΤΑΞ III*, 2005, p. 299. Elle signifie : « la marche triomphale ».

⁷¹⁸ Traduction reprise du site : <https://www.hellenicparliament.gr/>.

dans le contexte grec, est un exemple significatif de la perception locale de la proportionnalité⁷¹⁹. La thèse consiste en une érudite analyse comparative de l'application du principe en droit administratif français, anglais, grec et européen. Dans cette étude, la proportionnalité est conçue comme une méthode de contrôle et, en même temps, comme une valeur. Bien qu'elle soit rarement appliquée explicitement par les juges, elle se manifesterait au moyen de l'application d'autres concepts, techniques et standards.

L'étude de la proportionnalité en droit grec pose d'autres difficultés. Tout d'abord, une difficulté d'accès aux sources juridiques. Seul un nombre limité des écrits académiques est accessible en ligne et les bases de données juridiques sont moins accessibles et moins fiables que dans les contextes français et anglais. Ensuite, une difficulté méthodologique : depuis Aristote, le terme *αναλογία*, qui signifie à la fois analogie et proportion, est utilisé comme concept juridique. Si aujourd'hui la proportionnalité est désignée par le terme *αναλογικότητα*, apparu en droit grec avec la réception du principe de proportionnalité, les juristes locaux ont historiquement aussi employé le terme quasi homonyme d'*αναλογία* pour la désigner. Afin d'identifier ces utilisations exceptionnelles du langage de la proportionnalité et de les distinguer du langage de l'analogie, nous avons pris en compte plusieurs indices : la structuration du raisonnement en étapes, la référence à l'Allemagne ou à la jurisprudence européenne, ainsi que la connexion aux droits fondamentaux. Cela nous a conduit à considérer certaines occurrences du terme *αναλογία* comme des références à la proportionnalité.

Ici, comme dans l'étude du droit français, le discours juridique n'est étudié que dans la mesure où le langage de la proportionnalité est employé. Il ne s'agit pas de suggérer que les idées désignées par le terme n'existaient pas avant l'apparition de la proportionnalité comme langage ni de critiquer les analyses doctrinales locales concernant le principe de proportionnalité. Plus simplement, l'idée est de s'interroger sur la réception du langage de la proportionnalité en droit grec et sur le contenu de celui-ci. Quand la proportionnalité est-elle apparue dans ce contexte ? Quelle fonction revêt-elle dans le discours des acteurs juridiques locaux ? Comment a-t-elle affecté les catégories, concepts et distinctions préexistants à sa réception ? Quels acteurs utilisent la proportionnalité et pour quoi faire ?

Depuis l'entrée en vigueur de la Constitution de 1975, la proportionnalité est un concept vénéré par les juristes grecs. Toutefois, en pratique, sa fonction et sa dynamique ont pendant longtemps été contraintes par les structures traditionnelles du raisonnement juridique (**Section 1**). La réforme constitutionnelle de 2001 et la consécration explicite de la proportionnalité dans la Constitution ont donné un nouvel élan à l'utilisation de celle-ci, tant en jurisprudence que dans la littérature juridique (**Section 2**).

⁷¹⁹ GERAPETRITIS G., *Proportionality in administrative law: judicial review in France, Greece, England and in the European Community*, Athènes, Σάκκουλα, 1997.

Section 1. La proportionnalité sous l'empire de la Constitution de 1975

Les fondements du constitutionnalisme grec. Les fondements idéologiques de l'État grec moderne puisent leur source dans la philosophie libérale des Lumières. Le mouvement nationaliste de la fin du XVIII^e siècle, inspiré par les révolutions états-unienne et française, a tout de suite lié l'indépendance nationale à la reconnaissance des droits naturels et imprescriptibles. Toutes les Constitutions révolutionnaires proclament de tels droits, tout en leur accordant une protection quelque peu limitée. Les dispositions dédiées aux droits de l'homme sont plus détaillées dans la Constitution de 1832 et dans les textes du XX^e siècle, à l'exception de la Constitution de 1952, écrite à l'issue de la guerre civile et imprégnée de la méfiance résultant de la polarisation de la société contemporaine.

La Constitution garantit à la fois la souveraineté nationale et les libertés civiles. Sa valeur normative suprême a été reconnue très tôt en jurisprudence. Le contrôle de constitutionnalité des lois est une pratique séculaire, qui précède même sa première reconnaissance explicite dans la Constitution de 1927. Perçu comme une garantie contre la centralisation du pouvoir qu'a impliquée la construction d'un État moderne et l'adoption d'un modèle administratif à la française⁷²⁰, ce contrôle relève traditionnellement de l'office des juges, qui l'exercent au nom du principe de légalité (*αρχή της νομιμότητας*), l'antécédent local de l'État de droit (*κράτος δικαίου*⁷²¹). Contrairement à ce que l'on observe dans les contextes français et anglais, la valeur juridique des droits de l'homme garantis par la Constitution est acceptée depuis longtemps en droit grec.

La tradition positiviste. Malgré son attachement aux droits de l'homme, la pensée publiciste grecque est marquée par une forte tradition positiviste, développée sous l'influence française et allemande⁷²². Depuis les années cinquante notamment, en réaction au régime oppressif de 1952, le libéralisme traditionnel s'est traduit par la domination d'une approche kelsénienne du droit comme un système complètement détaché de la moralité et de la politique. En effet, la méfiance des juristes à l'égard des gouvernants inspire leur effort continu de contraindre les autorités publiques dans un rôle de concrétisation des dispositions formelles de la Constitution. Cette tendance trouve son expression théorique dans l'œuvre d'Aristovoulos Manassis, un

⁷²⁰ YANNAKOPOULOS C., *Η επίδραση του δικαίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης στον δικαστικό έλεγχο της συνταγματικότητας των νόμων* [The Influence of EU law on Judicial Review of the Constitutionality of Legislation], Athènes ; Thessaloniki, Σάκκουλα, 2013, p. 44 s.

⁷²¹ Sur ce point, V. MANITAKIS A., « Ιστορικά γνωρίσματα και λογικά προαπαιτούμενα του δικαστικού ελέγχου της συνταγματικότητας των νόμων στην Ελλάδα » [Historical traits and logical assumptions of judicial review of the constitutionality of legislation in Greece], *Τμηματικός τόμος του Κ. Μπέη*, Athens, Αντ. Σάκκουλας, 2003, p. 52 s. ; MANITAKIS A., « Fondement et légitimité du contrôle juridictionnel des lois en Grèce », *RIDC*, 1988, vol. 40, n° 1, p. 39- 55 ; VEGLERIS P., « La Constitution, la Loi et les Tribunaux en Grèce », *Annales de la Faculté de Droit de Liège*, Liège, Faculté de droit, 1967, vol. 1/ p. 437.

⁷²² V. MANITAKIS A., « Ο Δικαστής Υπηρέτης του Νόμου ή Εγγυητής των Συνταγματικών Δικαιωμάτων και Μεσολαβητής Διαφορών » [The Judge, Servant of the Law or Guarantor of Constitutional Rights and Mediator in Legal Disputes], *NoB*, 1999, vol. 47, n° 2, p. 177 s. ; 182 s.

des publicistes les plus influents de la période d'après-guerre⁷²³. Il n'en reste pas moins que les textes constitutionnels ambitieux et les théories concernant leur application n'offrent qu'une représentation tronquée de la réalité. Au long de son histoire, courte mais turbulente, la Grèce a connu la domination étrangère, des guerres, des régimes autoritaires et des dictatures, la dernière étant celle de 1967, dont le souvenir est toujours vif dans la mémoire locale⁷²⁴.

Le contexte entourant la rédaction de la Constitution de 1975. La chute de la *junta* en 1974 et l'entrée en vigueur de la Constitution de 1975 ont inauguré une nouvelle ère politique et constitutionnelle, la *Metapolítefsi* (Μεταπολίτευση, qui signifie changement de régime). La Constitution de 1975, fruit du rejet de la monarchie et des régimes autoritaires passés, a été perçue comme l'outil du rétablissement de la démocratie. Imprégnée d'un engagement libéral, elle comprend un catalogue étendu de « Droits Individuels et Sociaux » qui suit les dispositions sur les fondements du régime⁷²⁵. Jusqu'à récemment, le texte de 1975, en grande partie toujours valide aujourd'hui, était considéré comme une « réussite constitutionnelle », puisqu'il a régi la vie politique plus efficacement que ses prédécesseurs⁷²⁶. Pendant un peu plus de trois décennies, l'application de ce texte a consolidé le régime démocratique, l'État de droit et le respect des droits de l'homme. Les constitutionnalistes grecs ont pendant longtemps été fiers du système de démocratie constitutionnelle établi en 1975, considéré comme un des plus progressistes de son temps au niveau international⁷²⁷.

Sous l'empire de la Constitution de 1975, le positivisme juridique traditionnel présente des caractéristiques communes avec le « fétichisme de la loi » français⁷²⁸. Le but principal de la Constitution étant l'établissement de la démocratie, les représentants du peuple jouissent d'une forte légitimité dans l'exercice de leurs fonctions. Cela s'illustre dans la doctrine de « présomption de constitutionnalité » des lois, qui concerne l'intensité du contrôle de constitutionnalité⁷²⁹. Cette doctrine implique que les lois ne sont déclarées inconstitutionnelles qu'exceptionnellement, les juges ne pouvant intervenir que pour sanctionner leur incompatibilité manifeste à la

⁷²³ V. MANESSIS A., *Αι εγγυήσεις τηρήσεως του Συντάγματος* [The normative guarantees of the Constitution], Thessaloniki, Το νομικόν, 1956, vol. I; DROSSOS Y., *Δοκίμιο ελληνικής συνταγματικής θεωρίας* [Essay on Greek constitutional theory], Athènes; Komotini, Avt. N. Σάκκουλας, 1996, p. 307 s.; STAMATIS K., « Το νόημα του Κράτους Δικαίου στην Ελλάδα, 1952-1967 [The meaning of the ideal of a State ruled by Law in Greece, 1952-1967] », K. STAMATIS et A. MANITAKIS (dir.), *Όψεις του Κράτους Δικαίου* [Aspects of the ideal of a State ruled by Law], Thessaloniki, Σάκκουλα, 1990, p. 109.

⁷²⁴ V. ALIVIZATOS N., *Les Institutions politiques de la Grèce à travers les crises: 1922-1974*, Paris, LGDJ, 1979.

⁷²⁵ Partie B, articles 4-25 de la Constitution.

⁷²⁶ ALIVIZATOS N., *Ο αβέβαιος εκσυγχρονισμός και η θολή συνταγματική αναθεώρηση* [Uncertain modernization and vague constitutional reform], Athens, Πόλις, 2001, p. 185: « συνταγματική επιτυχία ».

⁷²⁷ MANESSIS A., « Οι κύριες συνιστώσες του συστήματος θεμελιωδών δικαιωμάτων του Συντάγματος του 1975 [The main components of the fundamental rights system in the Constitution of 1975] », *Συνταγματική θεωρία και πράξη* [Constitutional theory and practice], Athens, Σάκκουλα, 2007, vol. II, p. 529.

⁷²⁸ KAMTSIDOU I., *Η επιφύλαξη υπέρ του νόμου* [The clause of legislative competence], Athènes, Σάκκουλα, 2001.

⁷²⁹ MANITAKIS A., « Οι (αυτο)δεσμεύσεις του δικαστή από τον παρεμπιπτόντα έλεγχο της (αντι)συνταγματικότητας των νόμων [Judicial (self-)restraint resulting from the incidental system of judicial review of the (un)constitutionality of legislation] », *ΤοΣ*, 2006, n° 2, p. 403; MANITAKIS A., *Ελληνικό Συνταγματικό Δίκαιο* [Greek Constitutional Law], Thessaloniki, Σάκκουλα, 2004, vol. I; contra YANNAKOPOULOS C., « Ο αυτεπάγγελτος έλεγχος (αντι)συνταγματικότητας των νόμων [The ex officio judicial review of the (un)constitutionality of legislation] », *ΔΤΑ*, 2002, vol. 16, p. 1175.

Constitution. Le contrôle de constitutionnalité des lois laisse donc au Parlement une liberté considérable dans l'exercice de ses pouvoirs.

Un système mixte de contrôle de constitutionnalité des lois. Le système de contrôle de constitutionnalité est mixte, il suit le modèle états-unien mais contient aussi une séparation des juridictions à la française⁷³⁰. Cette combinaison complexe produit un cadre institutionnel comprenant trois cours suprêmes, l'*Areios Pagos* (*Άρειος Πάγος*, Cour de cassation, juridictions judiciaire et pénale), le *Symvoulío tis Epikrateias* (*Συμβούλιο της Επικρατείας*, Conseil d'État, juridiction administrative) et l'*Elegktiko Synedrio* (*Ελεγκτικό Συνέδριο*, Cour des comptes). Le contrôle de constitutionnalité est incident ; une exception d'inconstitutionnalité peut être soulevée lors de l'application de la loi dans un cas particulier. Ainsi, l'examen du juge est concret et ne concerne que les circonstances factuelles et normatives du litige porté devant lui. Il s'en suit que les décisions d'inconstitutionnalité conduisent à la non-application de la loi en cause dans le cas d'espèce, sans toutefois entraîner l'abrogation de celle-ci. Le pouvoir de contrôler la constitutionnalité de la loi relevant de l'office du juge, le contrôle de constitutionnalité est diffus ; toutes les juridictions et même toutes les autorités d'application de la loi peuvent l'exercer. Il n'en reste pas moins que la jurisprudence des cours suprêmes a une influence très importante⁷³¹. Si le contrôle de constitutionnalité est exercé *ex officio*, les arguments des parties jouent un rôle décisif en pratique⁷³².

Complexe et souvent inefficace, le système de contrôle de constitutionnalité des lois grec est pourtant une des rares particularités dont les constitutionnalistes locaux sont fiers. Des propositions pour l'adoption du modèle centralisé européen, bien que récurrentes dans l'histoire contemporaine, ont trouvé une forte résistance au sein de la doctrine⁷³³. L'article 100 de la Constitution introduit une certaine concentration du

⁷³⁰ V. KΑΙΔΑΤΖΙΣ Α., « Ο έλεγχος της συνταγματικότητας των νόμων στην Ελλάδα, ενόψει της διάκρισης σε συστήματα ισχυρού και ασθενούς τύπου [Judicial review of the constitutionality of legislation in Greece, in view of the distinction between strong and weak systems] ». *Constitutionalism.gr* blog, 4 septembre 2013, accessible sur <http://constitutionalism.gr/>. L'auteur reprend la catégorisation entre systèmes de contrôle juridictionnel introduite par Mark Tushnet dans l'analyse du système grec. Pour une description, en langue anglaise, de l'histoire et des traits fondamentaux du système grec de contrôle de constitutionnalité, V. SPILIOPOULOS E., « Judicial Review of Legislation Acts in Greece », *Temple Law Quarterly*, 1983, vol. 56, p. 463.

⁷³¹ KΑΙΔΑΤΖΙΣ Α., « Ο έλεγχος της συνταγματικότητας των νόμων στην Ελλάδα, ενόψει της διάκρισης σε συστήματα ισχυρού και ασθενούς τύπου [Judicial review of the constitutionality of legislation in Greece, in view of the distinction between strong and weak systems] », *op. cit.*, p. 17 s.

⁷³² Selon Antonis Manitakis le caractère *ex officio* est atténué par le caractère incident du contrôle de constitutionnalité, ce qui fait que le juge est inévitablement contraint par l'argumentation des parties. V. ΜΑΝΙΤΑΚΙΣ Α., « Οι (αυτο)δεσμεύσεις του δικαστή από τον παρεμπιπτόντα έλεγχο της (αντι)συνταγματικότητας των νόμων [Judicial (self-)restraint resulting from the incidental system of judicial review of the (un)constitutionality of legislation] », *op. cit.*

⁷³³ Sur les phases initiales de ce débat, V. ΜΑΝΙΤΑΚΙΣ Α., « Ιστορικά γνωρίσματα και λογικά προαπαιτούμενα του δικαστικού ελέγχου της συνταγματικότητας των νόμων στην Ελλάδα [Historical traits and logical assumptions of judicial review of the constitutionality of legislation in Greece] », *op. cit.* Le débat a été réanimé pendant les années deux mille, lors des discussions sur la réforme constitutionnelle de 2008. V. ΧΡΥΣΣΟΓΟΝΟΣ Κ. et Ε. ΒΕΝΙΖΕΛΟΣ, *Το πρόβλημα της συνταγματικής δικαιοσύνης στην Ελλάδα [The problem of constitutional justice in Greece]*, Athens ; Komotini, Σάκκουλα, 2006 ; ΜΑΝΙΤΑΚΙΣ Α., *Το Συνταγματικό Δικαστήριο σε ένα σύστημα παρεμπιπτόντος ελέγχου της συνταγματικότητας των νόμων [The Constitutional Court in a system of incidental judicial review of the constitutionality of legislation]*, Athens ; Thessaloniki, Σάκκουλα, 2008. L'opportunité de l'instauration d'une cour constitutionnelle est toujours au cœur des débats académiques et politiques, notamment en raison de l'attitude initialement timide des juridictions grecques dans

contrôle de constitutionnalité en instituant l'*Anotato Eidiko Dikastirio* (Ανώτατο Ειδικό Δικαστήριο, Cour Spéciale Suprême), dont les décisions ont un effet *erga omnes*. Cette juridiction *ad hoc* a la compétence de résoudre les conflits de jurisprudence des cours suprêmes portant sur la constitutionnalité des mêmes dispositions législatives. Un autre facteur de concentration du contrôle de constitutionnalité des lois est le rôle central du *Symvoulion tis Epikrateias*, du Conseil d'État grec, en tant que juge de la légalité de l'administration. Depuis son instauration en 1929, le Conseil s'est vu attribuer le pouvoir d'annuler les actes administratifs déférés devant lui. Les actes réglementaires étant souvent nécessaires pour l'application des lois, les publicistes grecs considèrent le Conseil d'État comme une « cour constitutionnelle par excellence ». En effet, la jurisprudence constitutionnelle de celui-ci est plus riche que celle des autres cours suprêmes⁷³⁴. L'office du Conseil d'État étant garanti par la Constitution, l'instauration des tribunaux administratifs généraux en 1983 n'a pas privé celui-ci de la compétence de dernier ressort sur les questions de légalité⁷³⁵.

Les structures du contentieux administratif. Le contentieux administratif grec partage beaucoup de traits avec son homologue français, qui a été une source d'inspiration pour les administrateurs locaux⁷³⁶. Le contrôle du juge a pour but de préserver la légalité objective des actes administratifs. Pour autant, le sens du principe de légalité dans ce contexte est particulièrement étroit, se rapprochant plus de la perception diceyenne du concept. En effet, à la différence de la Constitution française de 1958, la Constitution grecque ne comprend pas de clause de compétence générale de l'administration, dont les actes doivent avoir une base légale précise.

L'article 95 de la Constitution déclare que les actes administratifs peuvent être attaqués pour excès de pouvoir ou pour violation de la loi. Ces cas d'ouverture (*λόγοι ακώρωσης*) ont été davantage concrétisés par la doctrine et par la loi. Le contrôle de la légalité externe des actes administratifs porte sur la compétence de l'autorité qui les a édictés ou sur des éventuels vices « substantiels » de forme ou de procédure, tels que l'absence de justification ou d'audition préalable des individus lésés par la décision. Le contrôle de la légalité interne concerne la compatibilité de l'acte ou de l'omission administrative à sa base légale ainsi que les rares cas de détournement de pouvoir. Comme en droit public français, la délimitation des pouvoirs des juges se fait sur la base de la distinction entre légalité (*νομιμότητα*) et opportunité (*σκοπιμότητα*). Les publicistes grecs ont traditionnellement schématisé cette distinction comme suit : le juge peut examiner le « si » (*εάν*), à savoir l'existence même, et le « quoi » (*τι*), à savoir

le contexte de la crise économique. V. KAI DATZIS A., « Ο έλεγχος της συνταγματικότητας των νόμων στην Ελλάδα, ενόψει της διάκρισης σε συστήματα ισχυρού και ασθενούς τύπου [Judicial review of the constitutionality of legislation in Greece, in view of the distinction between strong and weak systems] », *op. cit.*, p. 23 s.

⁷³⁴ KAI DATZIS A., « Ο έλεγχος της συνταγματικότητας των νόμων στην Ελλάδα, ενόψει της διάκρισης σε συστήματα ισχυρού και ασθενούς τύπου [Judicial review of the constitutionality of legislation in Greece, in view of the distinction between strong and weak systems] », *op. cit.*, p. 20 ; V. aussi VENIZELOS E., « Η θέση του ΣτΕ στο σύστημα δικαστικού ελέγχου της συνταγματικότητας των νόμων [The role of the Council of State in the system of judicial review of the constitutionality of legislation] », *Δίκαιο & Πολιτική*, 1983, n° 6, p. 9.

⁷³⁵ Article 95 de la Constitution grecque.

⁷³⁶ Pour une présentation systématique, V. SPILIOPOULOS E., *Droit administratif hellénique*, 2^e éd., Athènes ; Bruxelles, Sakkoula ; Bruylant, 2004, p. not. 286 s. ; 325 s.

l'objet, de la compétence administrative. En revanche, il ne peut pas examiner « comment » (πώς) cette compétence a été exercée⁷³⁷. En Grèce comme en France, la distinction entre compétence liée et pouvoir discrétionnaire est donc cruciale. Si, en cas de compétence liée (δέσµια αρµοδιότητα), les juges peuvent substituer leur jugement à celui du décideur initial, en présence d'un pouvoir discrétionnaire (διακριτική ευχέρεια), ils ne sanctionnent que les erreurs factuelles et le « dépassement des extrêmes limites » (υπέρβαση άκρων ορίων) du pouvoir de l'administration, ce qui indique un « mauvais exercice » (κακή άσκηση) de ce dernier⁷³⁸.

Un contrôle faible de l'action publique. Le positivisme légaliste n'a pas empêché certains cours d'autres États européens d'acquérir un pouvoir politique important. Néanmoins, en raison des particularités institutionnelles locales, il a été un obstacle à la montée du pouvoir des juridictions grecques, qui n'ont jamais joui de la légitimité de leurs semblables occidentales. Dans ce contexte, il n'est pas rare de voir les décisions de justice ne pas être prises en compte lors des débats parlementaires⁷³⁹ et, parfois, rester sans exécution de la part de l'administration⁷⁴⁰. La jurisprudence grecque est traditionnellement marquée par une timidité dans le contrôle des décisions politiques majeures⁷⁴¹. La doctrine dominante a pendant longtemps encouragé cette attitude, comme en témoigne l'importation de la théorie de l'« auto-limitation du juge » des États-Unis⁷⁴². Le seul exemple connu de politique jurisprudentielle à l'encontre de la volonté politique du gouvernement est la jurisprudence des années quatre-vingt-dix de la quatrième section du Conseil d'État en matière d'environnement. Même quand sa « rigueur méthodologique » ne fait guère de doute, cette jurisprudence est communément perçue comme un exemple d'« activisme » juridictionnel⁷⁴³.

⁷³⁷ V., par exemple, DAGTOGLOU P., *Γενικό Διοικητικό Δίκαιο [General Administrative Law]*, 4^e éd., Athens ; Komotini, Αντ. Σάκκουλας, 2004, p. 191.

⁷³⁸ STASSINOPOULOS M.D., *Δίκαιον των διοικητικών πράξεων [Law of Administrative Acts]*, [χ.ε.], 1951.

⁷³⁹ V. Loi n° 3207/2003, qui confère un statut de loi à une décision administrative, qui avait été annulée comme contraire à la Constitution par le Conseil d'État, dans sa décision StE (Ass.) 1528/2003, NoB 2003, 1346.

⁷⁴⁰ Cour EDH, *Hornsby vs. Greece*, 19 mars 1997, no. 18357/91.

⁷⁴¹ KAIDATZIS A., « Ο έλεγχος της συνταγματικότητας των νόμων στην Ελλάδα, ενόψει της διάκρισης σε συστήματα ισχυρού και ασθενούς τύπου [Judicial review of the constitutionality of legislation in Greece, in view of the distinction between strong and weak systems] », *op. cit.*, p. 29 ; V. aussi KAIDATZIS A., « Δικαστικός έλεγχος των μέτρων οικονομικής πολιτικής. Νομολογιακές τάσεις και προσαρμογές στο μεταβαλλόμενο οικονομικο-πολιτικό περιβάλλον [Judicial review of economic policy measures. Jurisprudential tendencies and adaptations to the changing economic-political circumstances] », *Constitutionalism.gr blog*, 10 juin 2010, accessible sur <https://www.constitutionalism.gr/> ; KAIDATZIS A., « Μεγάλη πολιτική' και ασθενής δικαστικός έλεγχος. Ένα σχόλιο για τις στρατηγικές τήρησης του Συντάγματος στην εποχή του 'Μνημονίου' ["Big policy" and weak judicial review. A comment on the strategies for observing the Constitution in the Age of the "Memorandum"] », *Constitutionalism.gr blog*, 21 mars 2013, accessible sur <http://constitutionalism.gr/>.

⁷⁴² YANNAKOPOULOS C., *Η επίδραση του δικαίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης στον δικαστικό έλεγχο της συνταγματικότητας των νόμων [The Influence of EU law on Judicial Review of the Constitutionality of Legislation]*, *op. cit.*, p. 188 s. ; MANITAKIS A., « Οι (αυτο)δεσμεύσεις του δικαστή από τον παρεμπιπτόντα έλεγχο της (αντι)συνταγματικότητας των νόμων [Judicial (self-)restraint resulting from the incidental system of judicial review of the (un)constitutionality of legislation] », *op. cit.* ; ALIVIZATOS N., « Μεταξύ ακτιβισμού και αυτοσυγκράτησης [Between activism and self-restraint] », *ΔΤΑ*, 2003, vol. 19, p. 697- 728. V. aussi ANDROULAKIS N., « Το «αράτος των δικαστών» - Ένα ανύπαρξο σιάχτρο; [The "government of judges" - An inexistent scarecrow?] », *NoB*, 1985, vol. 33, p. 1505.

⁷⁴³ ALIVIZATOS N., *Ο αβέβαιος εκσυγχρονισμός και η θολή συνταγματική αναθεώρηση [Uncertain modernization and vague constitutional reform]*, *op. cit.*, p. 52.

Akritas Kaidatzis observe que les juges grecs exercent un contrôle beaucoup plus faible que leurs collègues états-unien, puisque l'absence de doctrine de *stare decisis* les confine dans le rôle d'examiner des cas concrets⁷⁴⁴. Par ailleurs, l'absence de concentration du contrôle, à la différence des systèmes continentaux, laisse peu de place pour une politique jurisprudentielle cohérente. Le raisonnement juridictionnel se borne traditionnellement à la subsomption mécanique du cas d'espèce sous une règle générale et abstraite⁷⁴⁵. Ici comme en France, les décisions de justice consistent en un seul syllogisme composé d'une série de longues phrases. La publication des opinions dissidentes portant sur les différentes étapes du raisonnement syllogistique ne nuit pas à la formalité du style des motivations de décisions de justice. Les sources officielles du droit sont particulièrement importantes dans ce contexte, puisque la légitimité des juges est fondée sur leur expertise pour connaître le droit et sur leur détachement du contexte socio-politique. Comme en France, il s'agit d'un groupe élitiste d'experts, nommés à l'issue de concours méritocratiques et sujets au contrôle de leurs pairs en ce qui concerne la progression de leur carrière.

L'influence des systèmes étrangers. Aux yeux de l'observateur externe, la similitude du contentieux administratif grec avec son homologue français peut paraître surprenante. Cela est lié à l'ouverture du droit public grec aux influences venant d'ailleurs. Depuis toujours, le droit comparé occupe une place centrale dans la pensée juridique locale. La grande majorité des juristes locaux parle des langues étrangères, a étudié à l'étranger et est informée sur les développements doctrinaux en dehors des frontières du pays. L'influence des systèmes étrangers s'observe également dans la pratique institutionnelle. L'État grec moderne a été construit en s'inspirant de modèles étrangers et la Constitution de 1832 a suivi ses homologues belge et française contemporaines⁷⁴⁶. Le *Symvoulion tis Epikrateias*, institué sur le modèle du Conseil d'État français, emprunte la structure institutionnelle de celui-ci⁷⁴⁷. La juridiction suprême de l'ordre administratif participe ainsi à l'élaboration des décrets présidentiels. Les juges grecs adoptent d'ailleurs souvent les modes de raisonnement de leurs collègues étrangers et, depuis peu, n'hésitent plus à citer explicitement des décisions et à employer des termes juridiques d'autres systèmes⁷⁴⁸.

À cette influence informelle, on doit ajouter l'influence formelle du droit européen. Après la chute de la dictature en 1974, la Grèce a adhéré de nouveau au

⁷⁴⁴ KAIDATZIS A., « Δικαστικός έλεγχος των μέτρων οικονομικής πολιτικής. Νομολογιακές τάσεις και προσαρμογές στο μεταβαλλόμενο οικονομικο-πολιτικό περιβάλλον [Judicial review of economic policy measures. Jurisprudential tendencies and adaptations to the changing economic-political circumstances] », *op. cit.*, p. 16 s. ; 24 s.

⁷⁴⁵ MANITAKIS A., « Ο Δικαστής Υπέρτης του Νόμου ή Εγγυητής των Συνταγματικών Δικαιωμάτων και Μεσολαβητής Διαφορών [The Judge, Servant of the Law or Guarantor of Constitutional Rights and Mediator in Legal Disputes] », *op. cit.*, p. 182 s.

⁷⁴⁶ MANESSIS A., *Deux États nés en 1830: ressemblances et dissemblances constitutionnelles entre la Belgique et la Grèce*, Bruxelles, Maison Ferdinand Larcier, 1959.

⁷⁴⁷ V., par exemple, GAUDEMET Y., « Les nouvelles méthodes du juge administratif français », P. PARARAS (dir.), *État-loi-administration. Mélanges en l'honneur de Epaminondas Spiliotopoulos*, Athènes ; Bruxelles, Αντ. Ν. Σάκκουλας; Bruylant, 1998, p. 147.

⁷⁴⁸ StE 2110/2003 EΛΛΔ 2004, 89, para. 6 ; StE (Ass.) 460/2013 EΛΛΔ 2013, 121, 445, para. 12 et 14. Dans la décision StE (Ass.) 668/2012 ΝοΒ 2012, 384, par exemple, les membres du Conseil d'État grec font référence au concept allemand d'*Existenzminimum* (para. 36).

Conseil de l'Europe et, quelques années plus tard, en 1981, aux Communautés européennes. Le droit de recours individuel devant la Cour de Strasbourg a été reconnu en 1985. L'article 28 de la Constitution reflète l'ouverture de l'ordre juridique national au droit supranational. Cette disposition prévoit que les règles du droit international généralement reconnues, ainsi que les conventions internationales ratifiées, « font partie intégrante du droit hellénique interne et priment toute disposition de loi contraire. » Depuis l'adhésion du pays, les juridictions grecques contrôlent la compatibilité des lois à la CEDH et aux traités européens. Le contrôle de conventionnalité, comme le contrôle de constitutionnalité, est diffus et incident. Les auteurs locaux se sont très tôt penchés sur le rapport entre les droits individuels garantis par le droit européen et ceux garantis par la Constitution⁷⁴⁹. Si le formalisme qu'imprègne la pensée juridique locale a initialement empêché l'application efficace des premiers dans la sphère juridique interne, le contrôle de conventionnalité s'est progressivement intensifié pendant les années quatre-vingt-dix⁷⁵⁰.

Étonnamment, l'évolution de la proportionnalité en droit grec semble quelque peu déconnectée de ces évolutions. La proportionnalité apparaît comme méthode juridictionnelle pendant les premières années de la *Metapolitefsi*. Malgré le formalisme de la pensée publiciste grecque, à partir du milieu des années soixante-dix, on trouve des occurrences éparées du terme dans les écrits doctrinaux et dans les décisions de justice (§1). L'usage de la proportionnalité s'est répandu pendant les années quatre-vingt dans le contrôle de constitutionnalité, malgré le « fétichisme de la loi » qui imprègne, comme en France, la pensée juridique locale. En 1984, le Conseil d'État annonce la proportionnalité comme un principe constitutionnel général, mais il réduit très vite son application à un contrôle de l'erreur manifeste (§2). Le langage de la proportionnalité n'a pas servi au courant juridictionnel « activiste » en droit de l'environnement. Jusqu'à la fin des années quatre-vingt-dix, la fonction principale de la proportionnalité en droit administratif est l'intensification des exigences procédurales s'imposant à l'action des autorités publiques (§3). La proportionnalité n'a pas non plus servi l'ouverture du droit interne aux droits de la CEDH. Au contraire, en matière de droit communautaire, elle acquiert une dynamique particulière (§4).

1. Les affaires méconnues des années soixante-dix

L'émergence de la proportionnalité en droit public grec. C'est d'abord en droit pénal que les juristes grecs ont commencé à employer la métaphore de la proportion pour décrire le raisonnement juridique. Pendant les années soixante-dix, les exigences et les standards procéduraux qui s'imposent à l'instruction et au procès

⁷⁴⁹ VEGLERIS P., *Η Σύμβαση των Δικαιωμάτων του Ανθρώπου και το Σύνταγμα* [The European Convention on Human Rights and the Constitution], Athènes, Σάκκουλας, 1977.

⁷⁵⁰ YANNAKOPOULOS C., *Η επίδραση του δικαίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης στον δικαστικό έλεγχο της συνταγματικότητας των νόμων* [The Influence of EU law on Judicial Review of the Constitutionality of Legislation], *op. cit.*, en ce qui concerne le droit de l'Union européenne ; KABOĞLU I.Ö. et S.-I. KOUTNATZIS, « The Reception Process in Greece and Turkey », H. KELLER et A. STONE SWEET (dir.), *A europe of rights: the impact of the ECHR on national legal systems*, Oxford, OUP, 2008, p. 451, en ce qui concerne la CEDH.

pénal sont présentés comme reflétant des principes et des idéaux plus généraux, tels que « le principe de la proportion nécessaire⁷⁵¹ ». En 1975, Nikolaos Androulakis se réfère aux exigences d'adaptation, de nécessité et d'« équilibre nécessaire » résultant des dispositions du code de procédure pénale, en tant que manifestations concrètes de l'exigence de modération de l'action publique⁷⁵². Néanmoins, pendant longtemps ces idées ne trouvaient pas d'expression dans la jurisprudence. D'ailleurs, selon certains auteurs, l'application du principe de proportionnalité en droit pénal n'ajouterait rien à l'exigence de nécessité déjà appliquée par les juges en la matière⁷⁵³.

En ce qui concerne le droit public plus généralement⁷⁵⁴, la proportionnalité est apparue une année après la mise en vigueur de la Constitution de 1975, en matière d'expropriation. Pendant les années soixante-dix comme aujourd'hui, la procédure administrative d'expropriation est très complexe. D'abord, l'administration affecte un terrain précis à l'usage public pour une raison d'utilité publique. Cela exclut certains usages du terrain en cause, et notamment la construction. Ensuite, l'administration procède à l'expropriation du terrain. Ces deux étapes de la procédure sont soumises à des standards de légalité différents. En effet, alors que le plan urbain est sujet aux conditions générales de légalité des actes administratifs, l'acte d'expropriation doit répondre à des conditions plus strictes, visant à garantir la protection efficace du droit de propriété. Il s'agit notamment de l'exigence d'une base légale spéciale et de l'exigence d'une juste indemnisation. D'ailleurs, dans la procédure préalable, l'administration a l'obligation d'examiner des solutions moins onéreuses pour les individus lésés⁷⁵⁵.

Dans une affaire datant de 1975, le Conseil d'État devait contrôler la légalité d'un acte d'expropriation pour cause de construction d'un centre culturel à Xanthi. Les juges administratifs ont appliqué une séparation stricte entre les deux phases de la procédure d'expropriation. Ils ont ainsi opéré un revirement par rapport à leur jurisprudence antérieure, dans laquelle l'action administrative était examinée dans son ensemble. Selon cette nouvelle décision, dans la phase de l'aménagement urbain, l'administration doit être guidée exclusivement par des considérations d'intérêt général. Le droit de propriété et les garanties juridiques qui en découlent n'entrent en jeu que dans la seconde phase, à savoir la phase de l'expropriation elle-même⁷⁵⁶. La clarté de cette solution était au détriment de la cohérence de l'action publique et pouvait conduire à des solutions absurdes. Ainsi, si un plan urbain pouvait légalement affecter certains terrains à l'usage public, l'expropriation de ceux-ci pouvait être illégale, en raison, par exemple, de l'existence de terrains publics adjacents pouvant servir aussi efficacement le but d'utilité publique invoqué.

⁷⁵¹ ANDROULAKIS N., *Θεμελιώδεις έννοιαι της ποινικής δίκης* [Fundamental notions of criminal procedure], Athènes, Σάκκουλα, 1972, vol. A.

⁷⁵² ANDROULAKIS N., « Τα όρια της ανακριτικής δράσεως και η «αρχή της αναγκαιότητας» [The limits of inquisitory action and the "principle of necessity"] », 1975, p. 1.

⁷⁵³ Sur ce point, V. TRIANTAFYLLOU G., « Η αρχή της αναλογικότητας στην ποινική δίκη [The principle of proportionality in the criminal process] », *Ελλάση*, 1990, vol. 31, p. 301 et littérature citée..

⁷⁵⁴ Le droit pénal est une branche spéciale du droit public en Grèce.

⁷⁵⁵ StE (Ass.) 300/36 ΤΝΙΛΣΑ.

⁷⁵⁶ StE (Ass.) 2952/1975 ΤδΣ 1976, 345.

Petros Pararas, au commencement de sa carrière au Conseil d'État, a constaté l'« *absurdum* juridique » auquel conduisait cette nouvelle jurisprudence⁷⁵⁷. Dans sa note sous l'arrêt en question, il propose une interprétation « plus réussie » des dispositions en cause⁷⁵⁸. Selon lui, pour éviter cette impasse, il faudrait prendre comme point de départ la cohésion de l'action administrative, une idée qui sous-tend la jurisprudence antérieure du Conseil. Cela implique de voir la procédure administrative pour la construction des bâtiments publics comme une procédure « en substance unique », malgré le fait qu'elle s'analyse en deux phases distinctes. Dans chacune de ces phases, les autorités compétentes doivent donc prendre en compte tant l'intérêt général qui guide la procédure d'aménagement urbain que les garanties légales des droits des individus.

Le juge continue sa réflexion en soulignant qu'en vertu du droit de propriété, l'individu a une exigence à l'encontre de l'administration de ne pas le priver de son bien,

« si ce n'est que dans le respect du *principe de proportionnalité (Prinzip der Verhältnismäßigkeit)*, et plus généralement de la *Übermaßverbot*, qui interdit à l'administration de prendre une mesure, si les dommages globalement causés par celle-ci excèdent les avantages visés⁷⁵⁹. »

Selon Petros Pararas, si, dans un cas concret, les considérations d'intérêt général prises en compte lors de la procédure d'aménagement urbain entrent en conflit avec les conditions de légalité de l'acte d'expropriation – parmi lesquelles se trouve le principe de proportionnalité – l'administration doit en principe favoriser la protection du droit de propriété. En soutien de cet argument, le juge fait appel au statut de la proportionnalité en tant que « principe constitutionnel général » et aux idéaux individualistes sous-tendant la Constitution de 1975⁷⁶⁰.

L'invocation de la proportionnalité dans une opinion dissidente. Quelques mois plus tard, le principe de proportionnalité a été expressément invoqué dans une opinion dissidente d'un membre du Conseil d'État⁷⁶¹. Deux sociétés anonymes étrangères contestaient la légalité d'une expropriation sur la base de l'article 107 de la Constitution. En combinaison avec une loi datant de 1953, cet article interdit l'expropriation des propriétés étrangères. En réponse aux arguments des requérants, le Conseil déclare que cette interdiction, exprimée dans des termes généraux et absolus, doit être interprétée à la lumière des dispositions constitutionnelles concurrentes.

⁷⁵⁷ PARARAS P., « Παρατηρήσεις υπο την ΣτΕ (Ολ.) 2952/1975 [Observations on StE (Pl.) 2952/1975] », *ΤοΣ*, 1976, p. 350.

⁷⁵⁸ *Ibid.*

⁷⁵⁹ *Ibid.*, c'est l'auteur qui souligne, se référant à la littérature allemande contemporaine.

⁷⁶⁰ *Ibid.*

⁷⁶¹ StE (Ass.) 58/1977 EEN 1977, 580. La publication des noms des juges dissidents a été prévue par la loi n° 2172/1993.

Plus précisément, selon les juges, l'article 17 introduit une conception sociale du droit de propriété, excluant de son champ protecteur tout exercice qui serait nuisible à l'intérêt général. Par ailleurs, l'article 106 de la Constitution prévoit la possibilité de nationalisation des entreprises « ayant acquis un caractère de monopole ou ayant une importance vitale pour la mise en valeur des sources de richesse nationale, ou qu'enfin leur but principal est la prestation de services envers le corps social. » Selon le Conseil, l'interprétation combinée de ces dispositions exclut certaines expropriations de la prohibition de l'article 107. C'est notamment le cas quand les travaux publics afférents « ont par leur nature une importance plus générale pour la société ou sont liés à des intérêts nationaux supérieurs⁷⁶². » Pour les juges, les expropriations en question relevaient de cette exception et n'étaient donc pas interdites, puisqu'elles servaient la construction d'une autoroute liant Athènes et Thessaloniki, les deux villes les plus importantes du pays.

Suivant un raisonnement qui se rapproche de la mise en balance, le Conseil a opéré une conciliation des dispositions constitutionnelles concurrentes, sans pour autant se référer explicitement à la proportionnalité. Au contraire, le principe de proportionnalité a été invoqué dans l'opinion d'un juge, qui propose une solution plus favorable aux entreprises requérantes. Selon cette opinion, même en présence de travaux publics importants, l'expropriation ne doit être permise que dans la mesure où il s'agit du seul moyen de promouvoir l'intérêt social ou national en cause. Si, au contraire, d'autres moyens sont disponibles, l'administration doit évaluer et mettre en balance *in concreto* le coût économique additionnel pour le public qu'entraînerait chacune des solutions alternatives et les dommages causés à l'entreprise privée en cause par l'expropriation. Selon l'opinion, cette opération de mise en balance s'impose « en vertu du principe de relativité [αρχής της σχετικότητας] et du principe de proportion des moyens pour la réalisation des fins étatiques, principes découlant de la notion d'État démocratique et social contemporain⁷⁶³ ». Dans le cas d'espèce, le juge a conclu à l'illégalité de la décision attaquée car l'administration n'avait pas procédé à un tel examen⁷⁶⁴.

L'importance de l'opinion dissidente n'a pas échappé à l'attention des publicistes. Dans sa note sous la décision, Giorgos Kassimatis a lu dans le raisonnement du juge dissident l'invocation d'un nouveau principe général, « le principe de relativité ou de proportionnalité (*Verhältnismäßigkeitsprinzip*⁷⁶⁵) ». Il considère que ce principe s'analyse en trois principes plus spécifiques : le principe de relativité, le principe de proportion des moyens et le principe du choix du moyen le moins onéreux⁷⁶⁶. Définie ainsi, la relativité serait inhérente à l'idéal de l'État de Droit. Elle découlerait des principes fondamentaux d'égalité et de liberté et elle aurait toujours une fonction protectrice des droits des individus contre l'intervention étatique.

⁷⁶² StE (Ass.) 58/1977, précitée.

⁷⁶³ *Ibid.*

⁷⁶⁴ *Ibid.*

⁷⁶⁵ KASSIMATIS G., « Παρατηρήσεις στην ΣτΕ (Ολ.) 58/1977 [Observations on StE (Pl.) 58/1977] », *ΤοΣ*, 1977, p. 628.

⁷⁶⁶ *Ibid.*

Giorgos Kassimatis souligne toutefois qu'en transposant le principe du domaine de l'action publique au domaine de l'exercice des droits individuels, le juge dissident a commis une « erreur dangereuse⁷⁶⁷ ». Selon l'auteur, le contenu des principes juridiques n'est pas défini *in abstracto*, selon les règles de la raison, mais dans un contexte particulier. La relativité ne devrait pas être directement appliquée à chaque fois que l'affaire devant le juge exige la mise en balance des intérêts concurrents. Seul le Parlement pouvait transposer son application dans d'autres domaines que celui de l'intervention publique. Selon Giorgos Kassimatis, les dispositions du code civil concernant la défense légitime ou l'état de nécessité en matière de responsabilité avaient précisément cette fonction.

L'application de la proportionnalité au droit de grève. La crainte de Giorgos Kassimatis est devenue réalité lors de la première application de la proportionnalité en droit privé. Dans son évaluation de la légalité d'une grève dans le secteur bancaire, le juge Chrysikos, président du Tribunal de première instance d'Athènes, a souligné que si l'article 23 de la Constitution proclame le droit de grève, celui-ci n'est protégé qu'en tant qu'*ultimum refugium* pour la revendication de meilleures conditions de travail. Plus généralement, ajoute le juge, les droits des travailleurs, comme tous les droits, sont sujets à des limitations, comme l'interdiction de l'abus, prévue par l'article 25, paragraphe 3 de la Constitution et par l'article 281 du code civil. Le juge en tire la conclusion que le droit de grève des employés est « manifestement relatif et la légalité de son exercice est soumise au contrôle du juge en vertu de [...] la Constitution⁷⁶⁸ ». En l'espèce, il conclut que les moyens utilisés par les employés étaient manifestement disproportionnés à leur but et il déclare les grèves abusives sur la base « du principe constitutionnel de proportion entre moyens et fins ».

La proportionnalité a été appliquée à l'encontre de l'exercice des droits constitutionnellement garantis. Le caractère illégal de la grève en cause a permis au juge d'ordonner qu'il y soit mis fin. Elle a également permis aux banques lésées d'obtenir une juste indemnisation, de s'opposer aux grèves illégales dans l'avenir, ainsi que d'obtenir le droit de rompre les contrats de travail des employés impliqués aux grèves litigieuses⁷⁶⁹.

La reconnaissance progressive de la proportionnalité dans la jurisprudence administrative. Entre temps, la proportionnalité a également été appliquée en droit administratif. L'affaire 1303/1977 concerne l'annulation par le ministre des travaux publics d'une décision du préfet portant sur la régularisation de deux terrains adjacents. Tout en reconnaissant le pouvoir discrétionnaire du préfet en la matière, le ministre soulignait que celui-ci devait être exercé « avec prudence », de manière à ne pas favoriser excessivement l'une des propriétés en cause au détriment de l'autre⁷⁷⁰. Le Conseil était d'accord avec ces arguments. Les juges commencent leur raisonnement par admettre le pouvoir discrétionnaire du préfet en matière de

⁷⁶⁷ *Ibid.*

⁷⁶⁸ MPrAth 10517/1979 *NOMOS* (Tribunal de Première Instance d'Athènes, mesures provisoires).

⁷⁶⁹ *Ibid.*

⁷⁷⁰ StE (Ass.) 1303/1977 *TNILLISA*: « μετά φειδότης ».

régularisation, ce qui soustrait l'évaluation de l'opportunité de la régularisation en cause au contrôle du juge de légalité. Pour autant, cela ne vaut que dans la mesure où le préfet n'a pas dépassé « les extrêmes limites de son pouvoir discrétionnaire », comme c'est notamment le cas lorsque

« sans raison importante, une propriété est excessivement lésée en faveur d'une autre adjacente, car, dans un tel cas, l'administration paraît avoir pris en compte l'intérêt d'un des propriétaires voisins exclusivement. En principe, c'est précisément le cas aussi lorsque [l'administration agit] en violation du principe de proportion des moyens par rapport au but légitime poursuivi (V. StE 58/1977⁷⁷¹) ».

Le Conseil a ainsi traduit en termes juridiques la décision du ministre. L'influence du rapporteur Petros Pararas dans la motivation de la décision est flagrante.

Confusion conceptuelle. Principe de relativité, de proportionnalité ou de proportion ? La confusion domine non seulement en ce qui concerne le terme désignant ce nouveau concept, mais aussi la structure et la fonction de celui-ci dans le raisonnement juridique. Dans certains cas, la proportionnalité est utilisée comme un standard unitaire interdisant l'excès, dans d'autres, comme une méthode pour la mise en balance des coûts et des avantages d'un projet public. Tantôt elle s'adresse aux autorités publiques, tantôt aux individus dans l'exercice de leurs droits. Parfois elle désigne une exigence individualiste découlant de la protection juridique du droit de propriété, alors que, d'autres fois, elle correspond à un standard de raisonnable s'imposant à l'administration. Tantôt la proportionnalité désigne un raisonnement en étapes effectué par l'autorité contrôlée, alors que, dans d'autres cas, ces étapes sont censées composer « en substance, un seul principe⁷⁷² ».

Il semble que dans ces premiers usages du langage de la proportionnalité, il n'y a pas une signification précise du nouveau concept qui soit partagée parmi les juristes locaux. Il n'en reste pas moins que Petros Pararas et Giorgos Kassimatis se réfèrent à *la même* doctrine allemande. D'ailleurs, dans l'affaire 1303/1977, le Conseil d'État cite sa décision antérieure 58/1977 comme application du même principe. Ce qui semble lier les différentes occurrences du vocabulaire de la proportionnalité est une quête d'atténuation de la formalité excessive du droit. Son invocation semble ajouter un contenu matériel à la légalité, qui cesse ainsi d'être une catégorie absolue et binaire pour devenir une appréciation dépendant des circonstances factuelles de l'espèce. Cela explique l'utilisation du terme relativité comme synonyme de la proportion ou de la proportionnalité. Telle que l'équité, la proportionnalité se manifeste dans différentes formes juridiques et peut accomplir des fonctions très diverses. Au milieu de cette confusion conceptuelle, une perception précise de la proportionnalité s'est toutefois vite imposée comme dominante.

⁷⁷¹ *Ibid.*

⁷⁷² KASSIMATIS G., « Παρατηρήσεις στην ΣτΕ (Ολ.) 58/1977 [Observations on StE (Pl.) 58/1977] », *op. cit.*, p. 628.

2. *Un transfert pour un autre*

La proportionnalité en tant que principe d'origine allemande. Dans l'édition de 1978 de son manuel, Aristovoulos Manessis insiste sur le caractère relatif de la protection des droits individuels tout en soulignant que la jurisprudence pose des limites aux restrictions apportées à ces droits par la loi. Ces restrictions doivent en effet avoir un caractère objectif et impersonnel et doivent être justifiées par un intérêt public impérieux ; elles doivent par ailleurs être nécessaires et appropriées pour atteindre leur but, qui ne doit pas être réalisable par des moyens moins onéreux ; enfin, elles doivent être proportionnées aux buts législatifs et ne doivent pas porter atteinte à la substance des droits en cause. Si Aristovoulos Manessis n'a pas utilisé l'expression « principe de proportionnalité », l'influence de la doctrine allemande sur ses écrits est évidente⁷⁷³. Quelques années plus tard, dans une contribution datant de 1983, Apostolos Gerontas présente une recherche approfondie sur la doctrine allemande de proportionnalité, notamment en matière de droits constitutionnellement garantis et de liberté professionnelle. L'auteur souligne que la proportionnalité implique la mise en balance *in concreto* de différentes considérations, ce qui rend l'argumentation du juge plus transparente et convaincante. Apostolos Gerontas se prononce pour l'application du principe dans la jurisprudence constitutionnelle interne et propose à cette fin la réinterprétation de différents articles de la Constitution de 1975⁷⁷⁴.

L'entrée solennelle de la proportionnalité en jurisprudence. La réception de la proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil d'État n'a pas tardé. L'affaire 2112/1984 concerne une loi de 1981 qui exclut les peintres non titulaires d'un diplôme des Beaux-arts des personnes susceptibles de recevoir des commandes publiques. Cela emporte une atteinte importante au libre exercice de la profession des personnes concernées, puisque, parmi les personnes publiques en Grèce, on trouve l'Église Orthodoxe, un des clients les plus importants des peintres spécialisés en hagiographie. Pour pouvoir à nouveau recevoir des commandes publiques, les peintres concernés doivent devenir membres de la chambre des artistes, ce qui implique une procédure longue et complexe, dont le résultat n'est pas certain. L'union des hagiographes et différents artistes individuels ont introduit un recours pour excès de pouvoir contre l'acte administratif d'application de la loi devant le Conseil d'État.

La quatrième section du Conseil, suivant les conclusions de son rapporteur, Petros Pararas, a déclaré unanimement la loi inconstitutionnelle⁷⁷⁵. Appliquant leur jurisprudence antérieure, les juges rattachent la liberté professionnelle à l'article 5,

⁷⁷³ MANESSIS A., *Συνταγματικά Δικαιώματα [Constitutional Rights]*, Thessaloniki, Σάκκουλα, 1978, vol. A, p. 37 s. ; 50 s. ; MANESSIS A., *Συνταγματικά Δικαιώματα [Constitutional Rights]*, 2^e éd., Thessaloniki, Σάκκουλα, 1982, vol. A, p. 77 s.

⁷⁷⁴ GERONTAS A., « Η αρχή της αναλογικότητας στο γερμανικό δημόσιο δικαιο [The principle of proportionality in German public law] », *ΤοΣ*, 1983, p. 20.

⁷⁷⁵ StE 2112/1984 *ΤοΣ* 1985, 63. V. TACHOS A., « Παρατηρήσεις στην ΣτΕ 2112/1984 [Observations on StE 2112/1984] », *Αρμ*, 1984, p. 907.

paragraphe 1, de la Constitution, qui proclame le droit de chacun de développer librement sa personnalité et de participer à la vie sociale, économique et politique du pays. Le champ protecteur de la liberté est défini largement, englobant tant le choix que l'exercice d'une profession. En contrepartie, les juges admettent le pouvoir du Parlement d'imposer des obligations positives, des restrictions ou des interdictions aux bénéficiaires. D'ailleurs, l'article 5, paragraphe 1, déclare que les droits proclamés dans celui-ci ne doivent pas être exercés de manière qui porte atteinte aux droits d'autrui, qui viole la Constitution ou qui soit contraire aux bonnes mœurs (*χρηστά ήθη*). Suivant un raisonnement qui rappelle des manuels de droit constitutionnel et contraste avec le style traditionnellement laconique du Conseil, les juges déclarent que les restrictions à la liberté professionnelle doivent être définies de manière générale et objective et justifiées par des raisons importantes d'intérêt public ou social⁷⁷⁶. D'ailleurs, les critères définis par la loi ne sont considérés comme objectifs que dans la mesure où les restrictions imposées à l'exercice d'une profession sont conformes au « principe constitutionnel de proportionnalité, découlant de la notion de l'État de droit⁷⁷⁷ ».

Le Conseil précise davantage le contenu de ce principe dans le raisonnement qui suit :

« Seules les restrictions nécessaires et pertinentes à l'égard du but poursuivi par la loi doivent être imposées par le législateur et l'Administration à l'exercice des droits individuels. Plus précisément, [les restrictions en cause] doivent avoir un lien direct, non seulement avec ce but, mais aussi avec les qualifications substantielles et formelles ou les situations (connaissances scientifiques ou artistiques) que les candidats ont acquises en droit ou en fait pour l'exercice d'une certaine profession, ainsi qu'avec l'objet et la nature de la profession elle-même⁷⁷⁸. »

Ainsi, la proportionnalité a été annoncée comme une exigence constitutionnelle de nécessité et de pertinence s'imposant aux restrictions législatives des libertés. En tant que telle, elle serait appliquée en combinaison avec la liberté ou le droit individuel invoqué et non de manière indépendante.

Dans cette affaire, l'examen de proportionnalité a entraîné un contrôle intrusif des impacts de la loi sur la liberté professionnelle des requérants. Les juges observent que les individus lésés sont « en substance » obligés d'arrêter l'exercice de leur profession et que la loi ne prend pas soin d'édicter des mesures provisoires. Par ailleurs, la procédure que les requérants doivent suivre pour pouvoir exercer leur profession à nouveau est particulièrement complexe et longue et la loi ne définit pas de critères objectifs pour son application. Si le Conseil n'a pas structuré son

⁷⁷⁶ ORFANOUDAKIS S., *Η αρχή της αναλογικότητας στην ελληνική έννομη τάξη : από τη νομολογιακή εφαρμογή της στη συνταγματική της καθιέρωση [The principle of proportionality in the Greek legal order: from its judicial application to its constitutional consecration]*, Thessaloniki, Σάκκουλα, 2003, p. 79.

⁷⁷⁷ StE 2112/1984, précitée.

⁷⁷⁸ *Ibid.*

raisonnement suivant les étapes de l'analyse de proportionnalité, il a procédé à un examen minutieux des conséquences de la loi en cause, en prenant en compte les faits de l'espèce. La fonction de la proportionnalité dans cette affaire n'est pas très différente de celle qu'elle assume dans la théorie alexyenne. Dans l'affaire 2112/1984, les juges ont déclaré les « dispositions strictes » déférés devant eux inconstitutionnelles, parce qu'elles « n'étaient pas dictées par des raisons d'intérêt public général⁷⁷⁹ ». En impliquant une évaluation du but de la législation fondée sur les impacts de celle-ci, la proportionnalité a introduit un flou dans la distinction traditionnelle entre le « si » et le « comment » de la compétence des autorités publiques.

La conception de la proportionnalité en théorie. Vassilios Voutsakis a relevé les conséquences importantes que l'application du principe avait sur les méthodes du juge administratif⁷⁸⁰. Toutefois, cela n'a pas troublé les auteurs contemporains, qui ont célébré la décision 2112/1984 comme une consécration de la proportionnalité en droit public interne⁷⁸¹. La reconnaissance solennelle du principe a poussé les universitaires à s'intéresser massivement au sujet⁷⁸². Désormais, la référence à la proportionnalité devient un impératif s'imposant à tout manuel de droit public⁷⁸³. Le vocabulaire pertinent commence aussi à être employé dans les textes officiels, comme les actes administratifs ou les lois⁷⁸⁴.

En ce qui concerne la forme du contrôle qu'implique la proportionnalité, la littérature est unanime : les juristes grecs ont lu dans les *dicta* du Conseil l'introduction d'une méthode de raisonnement en étapes, proche de celle appliquée dans la jurisprudence des juridictions étrangères et notamment des juridictions allemandes⁷⁸⁵. En tant que telle, la proportionnalité permettrait la conciliation des

⁷⁷⁹ *Ibid.*

⁷⁸⁰ VOUTSAKIS V., « Η αρχή της αναλογικότητας: Από την ερμηνεία στη διάπλαση του δικαίου [The principle of proportionality: from legal interpretation to legal formation] », K. STAMATIS et A. MANITAKIS (dir.), *Όψεις του Κράτους Δικαίου [Aspects of the ideal of a State ruled by Law]*, Thessaloniki, Σάκκουλα, 1990, p. 205.

⁷⁸¹ KONTOGIORGA-THEOCHAROPOULOU D., *Η αρχή της αναλογικότητας στο εσωτερικό δημόσιο δίκαιο [The principle of proportionality in domestic public law]*, Thessaloniki, Σάκκουλα, 1989, p. 9 ; MANITAKIS A., « Πρόλογος [Preface] », K. STAMATIS et A. MANITAKIS (dir.), *Όψεις του Κράτους Δικαίου [Aspects of the ideal of a State ruled by Law]*, Thessaloniki, Σάκκουλα, 1990, p. 5 s. ; VOUTSAKIS V., « Η αρχή της αναλογικότητας: Από την ερμηνεία στη διάπλαση του δικαίου [The principle of proportionality: from legal interpretation to legal formation] », *op. cit.*, p. 205 s.

⁷⁸² TACHOS A., « Παρατηρήσεις στην ΣτΕ 2112/1984 [Observations on StE 2112/1984] », *op. cit.* ; SKOURIS V., « Η συνταγματική αρχή της αναλογικότητας και οι νομοθετικοί περιορισμοί της επαγγελματικής ελευθερίας [The constitutional principle of proportionality and legislative restrictions of professional freedom] », *Ελλάνη*, 1987, vol. 28, p. 773 ; KONTOGIORGA-THEOCHAROPOULOU D., *Η αρχή της αναλογικότητας στο εσωτερικό δημόσιο δίκαιο [The principle of proportionality in domestic public law]*, *op. cit.* ; VOUTSAKIS V., « Η αρχή της αναλογικότητας: Από την ερμηνεία στη διάπλαση του δικαίου [The principle of proportionality: from legal interpretation to legal formation] », *op. cit.*

⁷⁸³ TSATSOS D., *Συνταγματικό Δίκαιο [Constitutional Law]*, Athens, Αντ. Ν. Σάκκουλας, 1988, vol. Γ, Θεμελιώδη Δικαιώματα [Fundamental Rights], p. 245 s. ; DAGTOGLOU P., *Γενικό Διοικητικό Δίκαιο [General Administrative Law]*, 2^e éd., Athens, Αντ. Σάκκουλας, 1984, p. 135 s. ; DAGTOGLOU P., *Ευρωπαϊκό Κοινωνικό Δίκαιο [European Community Law]*, 2^e éd., Athens, Αντ. Σάκκουλας, 1985, p. 160 s.

⁷⁸⁴ V., par exemple, article 3, paragraphe 5 de la Loi n° 1867/1989 sur l'emprisonnement pour dette.

⁷⁸⁵ SKOURIS V., « Η συνταγματική αρχή της αναλογικότητας και οι νομοθετικοί περιορισμοί της επαγγελματικής ελευθερίας [The constitutional principle of proportionality and legislative restrictions of professional freedom] », *Ελλάνη*, 1987, vol. 28, p. 773 ; VOUTSAKIS V., « Η αρχή της αναλογικότητας: Από την ερμηνεία στη διάπλαση του δικαίου [The principle of proportionality: from legal interpretation to legal formation] », *op. cit.*, p. 215 ; KONTOGIORGA-THEOCHAROPOULOU D., « Σημεία εργασίας επί της αρχής της αναλογικότητας [Elements of study

valeurs constitutionnelles concurrentes, et notamment des droits individuels avec l'intérêt public. Il s'agirait d'un principe d'application générale, dont le champ excéderait le domaine de la liberté professionnelle. La proportionnalité entraînerait un contrôle d'appropriation, de nécessité et de proportionnalité *stricto sensu* (ou, plutôt, de disproportion) des décisions contrôlées. Elle garantirait ainsi le caractère raisonnable de l'action publique, ce que les auteurs grecs appellent la pertinence des moyens aux fins (*συνάρπεια*⁷⁸⁶). Les écrits en la matière soulignent toutefois l'application variable du principe, oscillant entre un standard négatif de disproportion et un standard positif de proportionnalité⁷⁸⁷.

Force est de constater que la conception de la proportionnalité en théorie grecque est très proche de la doctrine allemande, en ce qui concerne non seulement la structure du raisonnement, mais aussi sa substance : ce que les juristes locaux attendent du transfert de la proportionnalité en droit interne est un contrôle juridictionnel plus intense des atteintes aux droits constitutionnellement garantis. Pendant les décennies qui ont suivi, le vocabulaire de la proportionnalité s'est progressivement diffusé dans la jurisprudence du Conseil d'État et de la Cour des comptes⁷⁸⁸. Toutefois, la pratique juridictionnelle en la matière s'est considérablement détachée de sa conception théorique. Quatre ans après la décision sur les hagiographes, le Conseil d'État a strictement délimité la fonction de la proportionnalité dans le contrôle juridictionnel de l'administration⁷⁸⁹.

La proportionnalité comme équivalente à l'erreur manifeste en pratique.

L'affaire 1149/1988 concerne l'interdiction législative d'utiliser les termes centre médical et centre de santé dans l'appellation des cliniques privées, dans le but d'éviter la confusion du public. En application de ces dispositions, le préfet de l'Attique de l'Est a enjoint une clinique privée de supprimer ces termes de son appellation. À défaut d'exécution sous dix jours ouvrés, la clinique se verrait privée de sa licence de fonctionnement. Les requérants arguaient que tant l'injonction que sa base législative étaient contraires au principe de proportionnalité et à l'article 5 de la Constitution. Dans la décision 1149/1988, le Conseil d'État a rejeté leurs arguments. Selon les juges, l'article 5 permet des limitations de la liberté économique pour des raisons d'intérêt public. Sur la question de la proportionnalité, ils déclarent que :

« le juge ne peut conclure à l'inconstitutionnalité d'une mesure législative en vertu du principe de proportionnalité que s'il est manifeste que celle-

on the principle of proportionality] », *Σύμμεικτα προς τιμήν Γεωργίου Μ. Παπαχατζή*, Athènes, Σάκκουλα, 1989, p. 889- 929.

⁷⁸⁶ MANITAKIS A., « Η πολυσήμαντη επιστροφή του Κράτους Δικαίου [The multifaceted return of the ideal of a State ruled by Law] », K. STAMATIS et A. MANITAKIS (dir.), *Όψεις του Κράτους Δικαίου [Aspects of the ideal of a State ruled by Law]*, Thessaloniki, Σάκκουλα, 1990, p. 61 ; VOUTSAKIS V., « Η αρχή της αναλογικότητας: Από την ερμηνεία στη διάπλαση του δικαίου [The principle of proportionality: from legal interpretation to legal formation] », *op. cit.*, p. 215.

⁷⁸⁷ KONTOGIORGA-ΓΗΟCHARΟΠΟΥΛΟΥ D., *Η αρχή της αναλογικότητας στο εσωτερικό δημόσιο δίκαιο [The principle of proportionality in domestic public law]*, *op. cit.*, p. 51.

⁷⁸⁸ StE 2261/1984 ΘΕ ΣΤΕ 110/1984, para. 107, 179-180 ; StE 3682/1986 ΘΕ ΣΤΕ 1986, para. 292 s. ; StE 1426/1989 ΑΡΜ 1989, 810 ; StE 4050-1/1990 ΔΔΙΚΗ 1991, 566 ; StE 1540/1994 ΤΝΠΔΣΑ ; ES (Ass.) 737/1989 ΔΔΙΚΗ 1990, 1458 (Cour des comptes).

⁷⁸⁹ StE 1149/1988 ΤδΣ 1988, 324.

ci est par nature inappropriée à la finalité poursuivie par la loi ou qu'elle va au-delà de cette finalité de manière également manifeste et non simplement lorsque l'opportunité de la mesure est contestable⁷⁹⁰. »

Le décalage entre cette décision et la décision 2112/1984 est flagrant. La proportionnalité n'est plus liée à la protection constitutionnelle de la liberté économique ; en tant que test de l'erreur manifeste, elle s'applique de manière indépendante de cette liberté, comme une exception à l'omnipotence du Parlement. Une fois la légitimité du but législatif vérifiée *in abstracto*, la proportionnalité de la loi contestée est presque automatiquement affirmée. Si la proportionnalité concerne toujours le contenu de la législation en cause, elle n'entraîne pas un contrôle approfondi des impacts de celle-ci sur les droits constitutionnellement garantis. Ainsi, dans la décision 1149/1988, les juges administratifs ont refusé d'examiner l'existence de mesures alternatives moins restrictives pour la réalisation du but législatif⁷⁹¹. Ils se sont pliés aux appréciations du Parlement quant à la nécessité des restrictions contestées et à la mise en balance des valeurs constitutionnelles concurrentes. En réalité, cette nouvelle version de la proportionnalité, comme le contrôle de l'erreur manifeste français, n'est pas très différente du standard de *Wednesbury unreasonableness*. Elle implique un contrôle minimal du contenu de la législation (ce que les juristes locaux appellent « contrôle marginal » – *οριακός έλεγχος*). Ainsi, elle concerne plutôt le « si » de la compétence publique, à savoir les motifs de l'autorité contrôlée, que le « comment », la manière dont cette compétence a été exercée.

Cela étant, la proportionnalité a emporté un changement majeur dans les structures du raisonnement juridictionnel : l'introduction du contrôle de l'erreur manifeste en matière de constitutionnalité des lois. En effet, avant 1988, le terme manifeste (*πρόδηλο, κατάδηλο*) n'était guère utilisé dans l'examen de la loi mais était principalement employé dans l'interprétation des dispositions constitutionnelles. Après la diffusion de la proportionnalité en droit public grec, ce terme est devenu récurrent dans le contrôle de constitutionnalité⁷⁹². En d'autres termes, ce que les juristes locaux ont perçu comme un transfert de l'analyse de proportionnalité est, en termes des structures du raisonnement juridictionnel, le transfert de l'erreur manifeste en matière de constitutionnalité ! Ce changement structurel important est largement passé inaperçu en droit public grec⁷⁹³.

L'application timide de la proportionnalité dans le contrôle de constitutionnalité. La décision 1149/1988 est devenue la décision de principe en matière de proportionnalité. Dans la jurisprudence postérieure, elle est souvent citée en même temps que la décision 2112/1984, en dépit de leur contenu très différent.

⁷⁹⁰ *Ibid.*

⁷⁹¹ *Ibid.*

⁷⁹² Affirmation fondée sur les résultats d'une recherche par mots-clés sur les bases de données juridiques NOMOS et Isokratis, le 30 septembre 2017.

⁷⁹³ V. toutefois Evaggelos Venizelos, qui considère la proportionnalité comme une méthode de contrôle « marginal » : VENIZELOS E., *Το γενικό συμφέρον και οι περιορισμοί των συνταγματικών δικαιωμάτων* [*The general interest and the limitations on constitutional rights*], Thessaloniki, Παράτηρητής, 1990, p. 220 s.

Typiquement, le raisonnement du Conseil prend la forme qui suit : avant de procéder à l'examen de proportionnalité, les juges contrôlent la légitimité du but législatif. À cet égard, ils exigent que la loi s'applique selon des « critères généraux, objectifs et appropriés » et qu'elle prévoit des restrictions générales et impersonnelles⁷⁹⁴. L'examen des critères législatifs conduit parfois à un contrôle intrusif des dispositions en cause⁷⁹⁵. Il n'en reste pas moins qu'une fois la légitimité de l'intention du législateur vérifiée *in abstracto*, la disproportion n'est qu'une exception à la constitutionnalité de la loi. Si les juges exigent parfois un « rapport raisonnable » entre l'intervention publique et son but, ils ne sanctionnent que des erreurs manifestes à cet égard⁷⁹⁶.

La timidité du juge contraint la dynamique de la proportionnalité en droit constitutionnel. Cela n'empêche pas les juristes locaux d'élaborer des théories ambitieuses sur le principe. Alors qu'en théorie la proportionnalité est conçue comme une garantie des droits constitutionnels, en pratique il s'agit d'un principe indépendant de ces droits. Si en théorie la proportionnalité est perçue comme une exigence du caractère approprié, de la nécessité et de la pertinence des mesures contrôlées, en pratique elle correspond à un standard du caractère manifestement inapproprié et du caractère manifestement excessif. Pendant longtemps, le principe n'était guère utilisé dans le contrôle de constitutionnalité. En 1997, George Gerapetritis observe qu'une seule loi avait été déclarée inconstitutionnelle en vertu de celui-ci (l'auteur se réfère à la décision 2112/1984). Les implications techniques de la proportionnalité étaient beaucoup plus importantes en droit administratif, où le concept fait l'objet d'analyses doctrinales plus concrètes.

3. Une application institutionnellement sensible en droit administratif

Le rôle limité de la proportionnalité dans la jurisprudence « activiste ». La proportionnalité n'a pas véritablement servi l'« activisme » juridictionnel en matière de protection de l'environnement. Sa fonction relativement modeste dans ce domaine peut être illustrée à partir de la décision 3682/1986⁷⁹⁷. Dans cette affaire, la loi avait interdit la clôture de terrains se situant en dehors des limites des zones urbaines quand ceux-ci se trouvaient à moins de cinq cent mètres de la côte. En application de cette loi, un acte réglementaire a prévu la démolition des tels enclos dans la mesure où cela était nécessaire pour permettre le libre accès du public à la côte. Des administrés lésés par ces dispositions les ont attaquées devant le Conseil d'État, en arguant que tant la loi que ses actes d'application portaient atteinte à leur droit de propriété.

Le Conseil commence son raisonnement par l'examen du champ d'application de la loi contestée. Il observe que les propriétés concernées sont situées en dehors des limites des zones urbaines où la construction est généralement interdite.

⁷⁹⁴ V., par exemple, ES 737/1989, précitée, et StE (Ass.) 413/1993 Δ /NH 1993, 443.

⁷⁹⁵ StE (Ass.) 413/1993, précitée.

⁷⁹⁶ StE 2153/1989 *APM* 1990, 382 ; StE 392/1993 *TbΣ* 1994, 150, para. 14.

⁷⁹⁷ StE 3682/1986, précitée.

D'ailleurs, les conditions pour la démolition des enclos en question sont définies de manière objective et détaillée, pour garantir que cette démolition aura lieu seulement dans la mesure du nécessaire, tout en permettant aux propriétaires l'usage de leurs biens. Enfin, le respect de ces conditions est « vérifié par l'Administration dans chaque cas, en raison de la nature de la mesure en cause, au moyen d'un acte individuel, dans le respect du principe de proportionnalité⁷⁹⁸ ». Les juges ont par la suite identifié le but de la loi, qui servait « un intérêt social général », à savoir « la possibilité pour chaque individu d'accéder à la mer, qui constitue un bien commun dont la jouissance doit être libre à tous. » Le Conseil rattache le « droit social à la jouissance de l'environnement naturel » à l'article 24 de la Constitution, qui établit la protection de l'environnement comme obligation étatique. Sur la base de ces considérations, il conclue que les mesures contestées « ne violent pas le droit de propriété garanti par la Constitution mais constituent une restriction légitime à l'usage et à l'exploitation d'une partie des biens immobiliers concernés⁷⁹⁹ ».

La protection jurisprudentielle du droit à l'environnement est obtenue au moyen d'une interprétation extensive des dispositions constitutionnelles pertinentes, parfois au détriment d'autres droits et principes constitutionnels. Si, à ce stade du raisonnement, l'argumentation du Conseil contient des considérations dogmatiques et des jugements de valeur, le langage de la proportionnalité n'est pas employé. En réalité, la proportionnalité s'adresse à *l'administration* et non au Parlement. Elle désigne une valeur d'équité ou de raisonnable, une exigence de considérer les impacts de l'application de la loi après considération des circonstances particulières de chaque cas. Ainsi, en matière de sanctions, son domaine d'application par excellence, son contenu est proche du principe d'individualisation des peines⁸⁰⁰. L'application de la proportionnalité entendue ainsi soulève des problèmes de compétence institutionnelle : la considération des faits impliquant des évaluations expertes, le Conseil se plie le plus souvent aux appréciations matérielles des autorités administratives contrôlées. D'ailleurs, l'administration bénéficie d'un avantage indéniable par rapport à ses adversaires en ce qui concerne l'obtention des documents et des preuves⁸⁰¹.

L'application formelle de la proportionnalité. Il n'est donc pas étonnant que la proportionnalité dans ce contexte acquiert un ton particulièrement formel. Sa fonction est d'imposer des exigences procédurales à l'exercice du pouvoir discrétionnaire de l'administration pour garantir que les autorités publiques ont suffisamment pris en compte les circonstances de l'espèce et les intérêts des requérants. Notamment dans le contrôle de légalité des actes administratifs défavorables, la proportionnalité s'analyse en l'examen exigent de la motivation

⁷⁹⁸ *Ibid.*

⁷⁹⁹ *Ibid.*

⁸⁰⁰ StE 257/1987 ΘΕ ΣΤΕ 16/1987, para. 10 s.

⁸⁰¹ GERAPETRITIS G., « Στο δρόμο για την θεσμικά ισόρροπη παρέμβαση του δικαστή [Towards an institutionally balanced judicial intervention] », ΔΤΑ, 2005, vol. 25, p. 198.

fournie par l'administration⁸⁰². Dans l'affaire 1540/1994, par exemple, les requérants contestaient la légalité d'un acte d'expropriation pour la construction d'une école. Au cours de la procédure administrative préalable, ils avaient demandé l'exemption d'une partie de leur terrain de l'expropriation, ce qui rendrait les parties restantes constructibles. Selon les requérants l'expropriation d'une parcelle plus petite aurait été suffisante pour servir le but d'utilité publique poursuivi. Toutefois, l'administration avait omis de répondre à leur demande.

Le Conseil d'État a annulé l'acte contesté pour insuffisance des motifs. Selon les juges, l'administration aurait en effet dû examiner l'allégation substantielle des requérants :

« considérant que l'expropriation annihile le droit de propriété, en principe garanti par la Constitution (article 17) ; par conséquent, il n'est pas permis à l'administration, aussi en vertu d'un autre principe constitutionnel, celui de proportionnalité (StE 2112/84), d'affecter un terrain plus important que celui jugé nécessaire et suffisant pour servir le but d'utilité publique poursuivi par l'expropriation⁸⁰³. »

En combinaison avec le droit de propriété, la proportionnalité se traduit dans un impératif de non excès de l'action administrative. Elle implique la prise en compte des mesures alternatives moins restrictives des droits des individus. Son respect se constate au moyen d'un contrôle formel de la motivation des actes administratifs et n'entraîne pas un contrôle des choix matériels de l'administration⁸⁰⁴.

La proportionnalité s'analysant en une exigence de motivation, il n'y a pas lieu de l'appliquer dans des cas où l'acte concerné n'exige pas la motivation de l'administration. Cela vaut même pour les actes individuels défavorables, quand ils relèvent de la compétence liée de l'autorité contrôlée (*δεσμία αρμοδιότητα*). À titre d'exemple, dans l'affaire 3705/1992, une étudiante a dû rattraper son année scolaire, en raison du fait qu'elle avait dépassé la limite de cinquante absences injustifiées définie par la loi. Le Conseil a rejeté ses arguments s'appuyant sur le principe de proportionnalité, sans procéder à un examen concret des faits de l'espèce. Selon les juges, la proportionnalité n'était pas en cause, puisque l'administration ne jouissait pas d'un pouvoir discrétionnaire en la matière. Ainsi, le Conseil s'est borné à une déclaration *in abstracto* du caractère raisonnable de la limite de cinquante absences définie par la loi, malgré le fait que, dans l'application de cette disposition, l'administration ne pouvait pas prendre en compte les circonstances particulières des individus concernés⁸⁰⁵.

⁸⁰² StE 1129/2003 *Ελλάνη* 2004, 1202. Sur cette décision, V. GERAPETRITIS G., *Proportionality in administrative law*, *op. cit.*, p. 113 s. ; GERAPETRITIS G., « Στο δρόμο για την θεσμικά ισόρροπη παρέμβαση του δικαστή [Towards an institutionally balanced judicial intervention] », *op. cit.*

⁸⁰³ StE 1540/1994, précitée, para. 9 (concl. Pararas).

⁸⁰⁴ V., par exemple, StE 2173/1988 *ΘΕ ΣΤΕ* 11/1988, para. 3-4 et 16 s.

⁸⁰⁵ StE 3705/1992 *ΤΝΠΔΣΑ* ; StE 4335/1996 *ΤΝΠΔΣΑ*, para. 9, concernant une sanction disciplinaire imposée par le préfet à un maire.

La proportionnalité dans sa version d'exigence de motivation ne concerne pas non plus les actes réglementaires, ceux-ci n'étant soumis traditionnellement à aucune exigence de motivation. Dans le contrôle de tels actes, la proportionnalité fonctionne comme une garantie que l'autorité publique contrôlée n'a pas dépassé les extrêmes limites de sa compétence. La décision 1821/1995 en offre un bon exemple⁸⁰⁶. Sur la base d'une habilitation législative, un décret présidentiel a imposé des restrictions importantes à l'usage des propriétés situées sur l'île de Zante, en vue de protéger l'espèce rare de tortues *caretta caretta* qui y pond ses œufs. La société requérante, empêchée de poursuivre ses projets de construction d'un complexe hôtelier, a attaqué le décret en cause, en arguant qu'il n'était pas légalement fondé et qu'il était contraire au principe de proportionnalité.

Le Conseil n'en a pas été convaincu. Aucune exigence de motivation ne s'imposant aux actes réglementaires, les juges ont limité leur contrôle matériel du décret à l'examen de sa conformité avec les conditions et les limites posées par la loi d'habilitation. En ce qui concerne la proportionnalité, les juges ont statué que les restrictions contestées :

« visaient à la protection de la tortue *caretta caretta* [...] mais aussi le développement de la région [...] et étaient jugées appropriées et nécessaires pour atteindre ces buts, après une évaluation de toutes les données factuelles et scientifiques pertinentes⁸⁰⁷. »

Une fois la base légale et le but d'intérêt public de l'acte administratif contrôlé établis, il n'y a pas de place pour un contrôle matériel de proportionnalité. Le Conseil n'applique même pas un test de l'erreur manifeste comme il l'a parfois fait en matière de constitutionnalité des lois. Son contrôle se borne à une affirmation que les autorités compétentes ont elles-mêmes procédé à l'évaluation de la proportionnalité des mesures contestées.

Ce contrôle est d'autant plus faible que c'est le juge lui-même qui identifie l'intérêt public poursuivi dans des termes très vagues⁸⁰⁸. Ainsi, dans le contrôle des règlements, le principe de proportionnalité se traduit en une exigence de « proportion ou, du moins, plausibilité⁸⁰⁹ ». En l'invoquant, les juges affirment que la restriction contestée « ne peut pas être considérée comme excédant les limites raisonnables, en vue de l'objectif poursuivi, selon l'expérience commune⁸¹⁰. » Comme en matière de constitutionnalité des lois, la proportionnalité dans ce contexte correspond à un

⁸⁰⁶ StE (Ass.) 1821/1995 ΤδΣ 1996, 263.

⁸⁰⁷ *Ibid.*

⁸⁰⁸ Constantinos Yannakopoulos y voit une présomption que les lois et les règlements poursuivent l'intérêt général. V. YANNAKOPOULOS C., *Η επίδραση του δικαίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης στον δικαστικό έλεγχο της συνταγματικότητας των νόμων* [The Influence of EU law on Judicial Review of the Constitutionality of Legislation], *op. cit.*, p. 173 s.

⁸⁰⁹ MANOLAKOGLU K., « Η αρχή της αναλογικότητας ως τεχνική του δικαστικού ελέγχου πράξεων διακριτικής ευχέρειας της διοίκησης » [The principle of proportionality as a technique for the judicial scrutiny of discretionary administrative acts] ; GOGOS K., « Πτυχές του ελέγχου αναλογικότητας στη νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας » [Aspects of proportionality review in the case law of the Council of State], *op. cit.*

⁸¹⁰ StE (Ass.) 4027/1998 ΔΦΟΡΝΟΜΟΘ 1999, 931, para. 9.

contrôle minimal du contenu des actes publics, similaire à l'erreur manifeste ou au test de *Wednesbury*. Sa fonction est d'éliminer les abus de pouvoir. Il est significatif à cet égard qu'elle est souvent invoquée avec le principe de bonne administration ou l'interdiction des abus.

La proportionnalité comme principe d'équité dans le contrôle matériel des actes administratifs individuels. Pendant longtemps, la fonction de la proportionnalité était beaucoup plus importante dans le contrôle matériel des actes administratifs individuels que le Conseil exerce en présence de certaines restrictions à la liberté individuelle⁸¹¹. Son application a notamment eu beaucoup de succès en matière d'emprisonnement pour dette, une mesure d'exécution infligée aux débiteurs des personnes publiques soupçonnés de mauvaise foi. Le but de la mesure en cause était de faire pression sur le débiteur et ses proches pour trouver les moyens de rembourser sa dette. Dans le contrôle des mandats d'emprisonnement, la proportionnalité a progressivement évolué d'une interdiction de l'abus et du déraisonnable en une obligation positive pour les autorités administratives en cause d'établir le caractère approprié et nécessaire de l'emprisonnement⁸¹². Reprenant cette jurisprudence, le législateur a explicitement annoncé le principe de proportionnalité comme exigence s'imposant au mandat d'emprisonnement pour dette⁸¹³.

Le vocabulaire de la proportionnalité s'est également propagé dans certaines affaires de droit privé. Dans sa version de pertinence ou d'équité, le principe sert à l'interprétation téléologique des notions vagues et indéterminées (*αόριστες νομικές έννοιες*) du code civil, comme la prohibition de l'abus de l'article 281. En droit du travail, la proportionnalité préserve son contenu de critère pour l'identification des grèves abusives⁸¹⁴. Dans de rares cas, elle assume aussi une fonction de protection des droits des travailleurs, en imposant par exemple des limites au pouvoir de licenciement de l'employeur⁸¹⁵. Certaines applications de la proportionnalité se retrouvent en droit de la concurrence et en droit des contrats⁸¹⁶. Dans sa version de

⁸¹¹ StE 2775/1989 *APXN* 1990, 281.

⁸¹² DPrAth 6056/1987 *EΛKA* 1988, 58 (Tribunal administratif d'Athènes) ; DEfAth 3057/1988 *EΛKA* 1988, 728 (Cour administrative d'appel d'Athènes) ; DEfAth 2313/1989 *ΔΦΟΠΝΟΜΟΘ* 1989, 914 (Cour administrative d'appel d'Athènes) ; DPrThes 18/1989 *EΛKA* 2000, 44 (Tribunal administratif de Thessaloniki) ; DPrAth 5/1993 *ΔΔΙΚΗ* 1993, 447 (Tribunal administratif d'Athènes) ; DEfAth 1/2000 *ΔΦΟΠΝΟΜΟΘ* 2000, 707 (Cour administrative d'appel d'Athènes). Dans les cas où le requérant conteste la nécessité de l'emprisonnement, se pose la question de la charge de la preuve. Il est en effet difficile pour l'administration d'établir devant le juge que le requérant est insolvable.

⁸¹³ V. Law n° 1867/1989. Cette loi a été vite abrogée en raison des difficultés concernant l'établissement des faits. Toutefois, dans sa décision DPrAth 5/1992 *ΔΔΙΚΗ* 1993, 194, le Tribunal administratif d'Athènes a déclaré l'abrogation de la loi contraire au principe constitutionnel de proportionnalité.

⁸¹⁴ V. EfAth 1/92 *EEΔ* 1992, 840 (Cour administrative d'appel d'Athènes).

⁸¹⁵ V. MPrAth 458/1991 *ΕλλΔνη* 1991, 628 (Tribunal de première instance d'Athènes) ; MPrAth 3308/1992 *ΔΕΝ* 1993, 594 (Tribunal de première instance d'Athènes) ; MPrAth 3646/1992 *ΑΡΜ* 1994, 561 (Tribunal de première instance d'Athènes).

⁸¹⁶ V. EfAth 5025/1990 *Δ/ΝΗ* 1992, 193 (Cour d'appel d'Athènes). Dans cette affaire, la Cour d'appel a statué que le refus d'une banque de reconsidérer l'emprunt d'un de ses clients (un armateur) pendant une crise des transports maritimes était contraire à la proportionnalité, et donc aux bonnes mœurs. V. aussi DEfAth 1440/1990 *ΔΔΙΚΗ* 1990, 1352 (Cour administrative d'appel d'Athènes). Dans cette décision, la Cour d'appel applique la proportionnalité en matière de contrats administratifs. Pour une application de la proportionnalité en matière de droit des sociétés, V. EfAth 5846/1998 *Δ/ΝΗ* 1999, 1372 (Cour d'appel d'Athènes) ; EfAth 7029/1998, *ΔΕΕ* 1999,

proportionnalité des peines et des sanctions, elle a également gagné le droit pénal⁸¹⁷. Si l'*Areios Pagos* accepte l'application de la proportionnalité en droit privé, jusqu'à la fin des années quatre-vingt-dix, il refuse toutefois de procéder lui-même à un contrôle de proportionnalité. Pour la Cour de cassation grecque, la proportionnalité correspond à une appréciation de fait appartenant exclusivement aux juges inférieurs⁸¹⁸.

Par conséquent, loin d'être un objet d'étude en droit constitutionnel, la proportionnalité à ce stade de son évolution attire plus l'attention des spécialistes de droit administratif, de droit pénal ou de droit privé⁸¹⁹. Si les analyses en la matière n'oublient jamais de mentionner ses origines étrangères, son contenu en théorie et sa fonction protectrice pour les droits fondamentaux, l'usage du vocabulaire de la proportionnalité s'adapte aux technicités des divers domaines du droit grec dans lesquels il s'insère. L'étude de la proportionnalité est fragmentée entre plusieurs branches. Cela n'affecte pas sa perception unitaire en théorie, où elle est décrite comme ayant deux « volets » : en tant que valeur matérielle, elle représente une exigence d'équité, de raisonnable ou de modération ; en tant que technique juridictionnelle, elle sert à l'interprétation des dispositions législatives et réglementaires⁸²⁰. Entre temps, une autre signification de la proportionnalité est apparue en matière de droit communautaire.

4. Un principe du droit communautaire

L'attitude initialement timide des juridictions grecques dans l'application du droit européen. À partir du milieu des années quatre-vingt, le vocabulaire de la proportionnalité est employé dans la littérature du droit communautaire⁸²¹. À la fin de cette même décennie, le principe communautaire de proportionnalité commence aussi à être invoqué devant les juges grecs. Toutefois, pendant longtemps, la proportionnalité était principalement conçue et appliquée en tant que principe du droit interne. Son application n'était pas perçue comme une obligation

75 (Cour d'appel d'Athènes). Dans ces affaires, la Cour d'appel déclare que l'accord d'ajustement de la dette conclu par la majorité des créanciers doit être conforme au principe de proportionnalité et doit respecter « la règle d'or d'utilité publique optimale ».

⁸¹⁷ DStrThess 772/1989 *APM* 1989, 1254 (Cour militaire de Thessaloniki); Anakr Tripoli 12/1991 *ΠΟΙΝΧΡ* 1991, 932 (juge d'instruction de Tripoli); SymbPlim Mesolongi 2/1992 *ΥΠΕΡΑΣΠΙΣΗ* 1992, 140 (Tribunal de grande instance de Mesolongi en conseil).

⁸¹⁸ AP 451/1999 *NOMOS* ; AP 445/1999 *EEN* 2000, 534. Sur ce point, V. GIAKOUMIS D., « Οι αόριστες έννοιες, η διακριτική ευχέρεια του δικαστή ως αόριστη νομική έννοια, η εξειδίκευσή της και η δυνατότητα αναιρετικού ελέγχου υπό το πρίσμα της αρχής της αναλογικότητας [Indeterminate notions, judicial discretion as an indeterminate legal notion, its concretisation, and the possibility of cassation under the framework of the principle of proportionality] », *Δικ*, 2005, vol. 36, p. 48.

⁸¹⁹ Pour quelques exemples, V. TRIANTAFYLLOU G., « Η αρχή της αναλογικότητας στην ποινική δίκη [The principle of proportionality in the criminal process] », *op. cit.* ; DALAKOURAS T., *Η αρχή της αναλογικότητας και τα μέτρα δικονομικού καταναγκασμού [The principle of proportionality and coercive measures in criminal proceedings]*, Thessaloniki, Σάκκουλα, 1993 ; SIMANTIRAS K., *Γενικές αρχές αστικού δικαίου [General principles of civil law]*, 4^e éd., Athens, Αντ. Σάκκουλας, 1990 para. 472.

⁸²⁰ MANITAKIS A., « Πρόλογος [Preface] », *op. cit.*, p. 5 s. ; MANITAKIS A., *Κράτος δικαίου και δικαστικός έλεγχος της συνταγματικότητας [The ideal of a state ruled by law and judicial review of constitutionality]*, Thessaloniki, Σάκκουλα, 1994, p. 209- 210.

⁸²¹ V. notamment DAGTOGLOU P., *Ευρωπαϊκό Κοινωνικό Δίκαιο [European Community Law]*, *op. cit.*

supranationale, les traités étant compris comme imposant plutôt des obligations matérielles que l'utilisation de techniques particulières de contrôle juridictionnel. Ainsi, la question de la compatibilité du droit national aux libertés de circulation s'analysait typiquement en un examen de l'existence de discrimination sur la base de la nationalité, dont l'issue dépendait notamment des motifs de l'autorité contrôlée⁸²². De même, l'invocation croissante de la CEDH devant les juridictions grecques n'a pas entraîné la diffusion de la proportionnalité. Lorsque les requérants invoquaient un droit ou un principe de la Convention, les juges internes ont pendant longtemps appliqué le droit ou le principe constitutionnel interne correspondant. D'ailleurs, les juridictions internes adoptaient une interprétation littérale des droits de la Convention, sans prendre en compte la jurisprudence de la Cour EDH⁸²³.

Les premières questions préjudicielles en matière de proportionnalité. On doit attendre jusqu'au milieu des années quatre-vingt-dix pour les premières applications de la proportionnalité en droit européen. Les juridictions administratives inférieures ont été pionnières dans cette évolution⁸²⁴. Parmi les cours suprêmes, c'est l'*Areios Pagos* qui a renvoyé en premier en 1996 une question préjudicielle à la CJCE en matière de proportionnalité. Une loi de 1987 prévoyait une mesure d'expulsion comme sanction accessoire infligée aux étrangers condamnés pour possession illégale des stupéfiants. Selon la loi, l'accusé ne pouvait échapper à cette mesure qu'en présence de raisons sérieuses, notamment liées à sa vie familiale. La mesure d'expulsion s'imposait par le juge pénal à perpétuité, le ministre de justice ayant tout de même le pouvoir de reconsidérer cette décision trois ans après la condamnation. En l'espèce, des citoyens italiens avaient introduit un recours en cassation contre la décision les condamnant pour usage et possession illégale des stupéfiants, dans la mesure où celle-ci leur imposait de quitter le territoire grec. Entre autres arguments, ils invoquaient leur liberté de circulation garantie par le droit communautaire⁸²⁵.

L'*Areios Pagos* commence par une considération détaillée des traités et de la jurisprudence de la Cour de Justice. Il observe que la liberté de circulation est un principe fondamental du droit communautaire, ce qui impose l'interprétation restrictive des dérogations à celui-ci. Dans des cas où des restrictions sont imposées en tant que sanctions pénales, la Cour exige qu'elles ne soient pas disproportionnées à la nature de l'infraction commise⁸²⁶. L'*Areios Pagos* lit dans cette exigence la consécration du « principe (général) de proportionnalité⁸²⁷ ». Les juges se réfèrent à l'affaire *Rutili* pour souligner que la jurisprudence de la Cour en matière des libertés individuelles s'inspire de celle de la Cour EDH. Pour eux, l'exigence de « nécessité dans une société démocratique », prévue comme limitation des limitations aux droits proclamés dans la Convention, a le même contenu que le principe communautaire de

⁸²² StE 2153/1989 APM 1990, 382.

⁸²³ Sur ce point, V. *infra*, Partie III, chapitre 7.4.

⁸²⁴ DPrThess 921/1995 ΔΔΙΚΗ 1995, 730 (Tribunal administratif de Thessaloniki).

⁸²⁵ AP 1067/1996 NOB 1997, 480.

⁸²⁶ *Ibid.*

⁸²⁷ *Ibid.*

proportionnalité⁸²⁸. En l'espèce, l'*Areios Pagos* décide de renvoyer à la CJCE la question de la proportionnalité des mesures nationales. De cette manière, la Cour de cassation grecque a établi la proportionnalité comme critère ultime de la compatibilité de la législation nationale au droit communautaire et a reconnu la compétence de la Cour dans l'évaluation de celui-ci.

Pendant la même année, la proportionnalité a été appliquée de manière similaire par l'assemblée plénière du Conseil d'État. L'affaire 5116/1996 concerne l'application du règlement n° 2075/92 du Conseil, qui a généré des changements importants dans le régime de primes accordées aux producteurs de tabac, en vue d'adapter la production aux conditions du marché⁸²⁹. Abrogeant le système antérieur de responsabilité collective, le règlement a introduit un régime de quotas de production répartis entre États membres producteurs pour une période de quatre ans. Les quotas nationaux sont par la suite distribués entre producteurs proportionnellement à la moyenne livrée de chacun de ceux-ci pendant les trois années précédant l'année de la dernière récolte. Selon le règlement, aucune prime ne peut être octroyée pour des quantités supérieures aux quotas définis. Les requérants, nouveaux producteurs exclus des quotas et des primes afférentes, attaquent le règlement et ses actes nationaux d'application pour violation du principe de confiance légitime et du principe de proportionnalité.

Dans son examen de la proportionnalité des mesures attaquées, le Conseil d'État reste fidèle à la jurisprudence de la CJCE en matière de politique agricole commune. Selon le juge administratif grec, la jurisprudence communautaire en la matière est suffisamment claire, ce qui rend un renvoi préjudiciel à Luxembourg inutile :

« suivant la jurisprudence constante de la Cour de Justice des Communautés Européennes, le principe de proportionnalité fait partie des principes généraux du droit communautaire et, en vertu de ce principe, les mesures choisies pour atteindre les objectifs d'une réglementation doivent être appropriées et nécessaires. Lorsqu'il est possible de choisir parmi plusieurs mesures appropriées, la mesure choisie doit être la moins onéreuse et ses impacts ne doivent pas être disproportionnés au regard de l'objectif poursuivi. Toutefois, compte tenu du large pouvoir discrétionnaire du législateur communautaire en matière de politique agricole commune, le contrôle juridictionnel du respect du principe de proportionnalité se borne au constat du caractère manifestement inapproprié de la mesure pour atteindre l'objectif poursuivi (V. les décisions précitées de la CJCE, *Crispoltoni II*, C-133, 300, 362/93, et *Allemagne c Conseil*, C-280/93⁸³⁰). »

⁸²⁸ *Ibid.*

⁸²⁹ Règlement (EEC) n° 2075/92 du Conseil du 30 juin 1992 portant organisation commune de marché dans le secteur du tabac brut.

⁸³⁰ StE (Ass.) 5116/1996 *ΛΛΙΚΗ* 1998, 252, para. 14.

En l'espèce, le Conseil a statué que l'introduction des quotas de production individuelle n'était pas manifestement inappropriée au regard de son objectif, à savoir la gestion équilibrée du marché du tabac, le système de responsabilité collective antérieur ayant échoué à cet égard.

L'application de la proportionnalité « par traduction » de la jurisprudence de la CJCE. Le Conseil d'État a donc appliqué la proportionnalité de la même manière que l'aurait fait la Cour de Justice⁸³¹. D'abord, il l'a reconnue en tant que principe général du droit communautaire. Ensuite, se référant à la jurisprudence de la Cour, il a attribué une large marge d'appréciation au législateur communautaire. Ainsi, alors que la proportionnalité a été annoncée comme un test composé de trois étapes, les juges se sont bornés à un examen du caractère manifestement inapproprié des mesures contestées. Le Conseil d'État a en quelque sorte fait office de « traducteur » de la Cour de Justice. Dans les années qui ont suivi, l'application de la proportionnalité « par traduction » de la jurisprudence communautaire a gagné d'autres filières de la jurisprudence. En 1999, le juge administratif a déclaré qu'en matière de commerce entre États membres, la législation nationale doit respecter le principe communautaire de proportionnalité, même dans des domaines qui ne relèvent pas de la compétence exclusive de la Communauté, comme celui des douanes, et cela indépendamment de la question d'une éventuelle discrimination qui enclenchait traditionnellement l'application des traités⁸³².

Qui plus est, dans certaines affaires, la proportionnalité implique un contrôle intense de la loi, défiant les structures et les distinctions traditionnelles du droit public grec. Par exemple, dans la décision 1918/1998, le Conseil d'État applique la jurisprudence communautaire en matière d'égalité professionnelle. La législation interne avait instauré des quotas limitant l'accès des femmes à la formation spéciale des forces de l'ordre. Dans son examen de la compatibilité de la mesure aux traités, le Conseil souligne que les dérogations au principe d'égalité entre hommes et femmes ne sont légitimes que dans la mesure où elles sont prévues par la loi « selon des critères concrets et appropriés, qui permettent aux citoyens concernés et aux cours de contrôler dans chaque cas concret si la dérogation [...] est justifiée par des raisons importantes et est nécessaire et appropriée pour atteindre l'objectif poursuivi⁸³³. » En l'espèce, le Conseil a statué que la mesure en cause n'était pas justifiée par la mission de la police nationale, celle-ci étant définie dans des termes très généraux et comprenant des compétences et des devoirs pour l'exercice desquels « le facteur du genre [...] ne joue aucun rôle ou n'a qu'une influence moindre⁸³⁴ ». La proportionnalité a ainsi permis au juge de s'immiscer dans l'évaluation de la nécessité concrète de la loi dans chaque cas d'espèce, et donc dans la question de savoir « comment » (πώς) le Parlement a exercé son pouvoir discrétionnaire pour garantir la protection effective du principe d'égalité.

⁸³¹ Sur l'application de la proportionnalité par la CJCE en matière de politiques communes, V. *infra*, Partie III, chapitre 8.1.

⁸³² StE 2245/1999 $\Delta\Delta\text{IKH}$ 2000, 458.

⁸³³ StE (Ass.) 1918/1998 *NOMOS*, para. 5.

⁸³⁴ *Ibid.*, para. 8.

À la fin des années quatre-vingt-dix, le contenu de la proportionnalité en tant que principe du droit communautaire est consolidé. Dans cette version, la proportionnalité fait l'objet d'analyses doctrinales développées⁸³⁵. En ce qui concerne son application en pratique, les juges restent fidèles à la jurisprudence la CJCE, malgré sa complexité dans certains domaines⁸³⁶. La proportionnalité des mesures restrictives est vue comme une exception, « interprétée de manière restrictive », et donc enclenchant toujours un contrôle intrusif pour assurer l'effet utile des libertés de circulation⁸³⁷. Les juridictions internes, et notamment les juges inférieurs, ont assumé la mission de juges communautaires de droit commun que leur a confiée la Cour de Justice.

Le rôle marginal de la proportionnalité dans l'ouverture du droit public à la CEDH. La propagation de la proportionnalité dans l'application du droit communautaire contraste avec son utilisation marginale dans l'application du droit de la CEDH. Certes, l'ouverture progressive du droit public interne à la jurisprudence de la Cour de Strasbourg a produit une certaine généralisation et une certaine intensification du contrôle de proportionnalité. En matière de restrictions à la liberté individuelle, par exemple, sous l'influence de la jurisprudence de la Cour EDH, la proportionnalité a acquis la forme d'une exigence de stricte nécessité. En tant que telle, elle s'est diffusée également en droit interne, notamment en matière de détention provisoire et d'emprisonnement pour dette. D'ailleurs, la proportionnalité a été progressivement perçue comme un principe de la CEDH et la référence à la jurisprudence de la Cour de Strasbourg s'est établie comme rituel de la littérature pertinente⁸³⁸. Toutefois, la dynamique de la proportionnalité dans l'application de la Convention est pendant longtemps restée limitée. Les juristes locaux, comme leurs collègues français, interprètent la Convention comme imposant plutôt des exigences matérielles de protection des droits que des techniques de raisonnement particulières. La proportionnalité n'est pas perçue comme un enjeu majeur de l'application de la Convention dans la sphère interne et n'est guère mentionnée dans les études relatives de la matière⁸³⁹. Ce n'est qu'après sa consécration explicite en 2001 que la proportionnalité est devenue une méthode de raisonnement hégémonique en droit public grec.

⁸³⁵ KROUSTALLAKIS E., « Ελληνική Πολιτική Δικονομία και Κοινοτικό Δίκαιο: άμεσες και έμμεσες επιδράσεις [Greek Civil Procedure and Community Law: direct and indirect influences] », *Δ/νη*, 1999, p. 1457 ; PREVEDOUROU E., « Η αρχή της αναλογικότητας στη νομολογία του ΔΕΚ [The principle of proportionality in the ECJ case law] », *ΕΕΕυρΔ*, 1997, p. 1, 297.

⁸³⁶ DPrHer 367/1999 *ΔΙΕΕ* 2000, 217 (Tribunal administratif d'Herakleion) ; StE 2245/1999 *ΔΔΙΚΗ* 2000, 458 ; DPrAth 7287/2001 *ΔΔΙΚΗ* 2002, 736 (Tribunal administratif d'Athènes).

⁸³⁷ NSK 385/2001 *NOMOS* (avis du Conseil juridique de l'État).

⁸³⁸ V. ORFANOUDAKIS S., *Η αρχή της αναλογικότητας στην ελληνική έννομη τάξη : από τη νομολογιακή εφαρμογή της στη συνταγματική της καθιέρωση [The principle of proportionality in the Greek legal order: from its judicial application to its constitutional consecration]*, *op. cit.* ; ANTHOPOULOS C., « Όψεις της συνταγματικής δημοκρατίας στο παράδειγμα του άρθρου 25 παρ. 1 του Συντάγματος [Aspects of constitutional democracy in the example of article 25 par. 1 of the Constitution] », D. TSATSOS, E. VENIZELOS et X. CONTIADES (dir.), *Το νέο Σύνταγμα [The new Constitution]*, Athens ; Komotini, Avt. N. Σάκκουλας, 2001, p. 153.

⁸³⁹ Sur ce point, V. *infra*, Partie III, chapitre 7.4.

Section 2. L'hégémonie de la proportionnalité depuis la réforme constitutionnelle de 2001

Le contexte de la réforme constitutionnelle de 2001. À partir des années quatre-vingt, le retentissement du langage des droits fondamentaux a produit la « diffusion » des arguments constitutionnels dans la vie quotidienne⁸⁴⁰. Cela s'est combiné avec le recul du positivisme traditionnel et l'attrait croissant des approches interprétatives du droit⁸⁴¹, ainsi que des approches contextuelles de l'interprétation constitutionnelle⁸⁴². Toutefois, loin de renforcer sa normativité, la « diffusion » de la Constitution a produit sa vulgarisation, suscitant des soupçons d'instrumentalisation politique de ses dispositions. En 1981, Phédon Vegleris observe déjà que l'invocation de la Constitution trahit souvent « l'idée reconfortante que tout ce qui ne peut pas être obtenu au moyen de la loi, peut être obtenu à l'encontre de celle-ci, au moyen de la Constitution⁸⁴³. » La méfiance institutionnelle qui traditionnellement sous-tend le style formel du raisonnement juridique persiste⁸⁴⁴. Elle se manifeste dans des accusations de « relativisme herméneutique » adressées au Conseil d'État dans les instances où il applique la proportionnalité⁸⁴⁵. Le « déficit d'État de droit grec », corollaire des particularités institutionnelles locales, et notamment de l'impotence des juridictions internes, persiste également⁸⁴⁶.

La réforme constitutionnelle de 2001 visait à changer cette situation, en instaurant un « nouveau constitutionnalisme », dans lequel domineraient la foi dans les institutions et la croyance dans la mise en œuvre consensuelle de la Constitution⁸⁴⁷. Promue comme un acte de modernisation institutionnelle et constitutionnelle, la réforme a amendé presque la moitié des 120 articles de la Constitution. Elle a apporté des changements importants, notamment en ce qui concerne le régime de protection des droits fondamentaux, en affectant 14 des 22 articles constitutionnels qui y sont consacrés et en ajoutant deux nouveaux articles. Cependant, malgré son ampleur, elle n'a pas radicalement changé le régime instauré

⁸⁴⁰ DROSSOS Y., *Δοξίμιο ελληνικής συνταγματικής θεωρίας [Essay on Greek constitutional theory]*, *op. cit.*, p. 493 s.

⁸⁴¹ V. notamment MANITAKIS A., *Κράτος δικαίου και δικαστικός έλεγχος της συνταγματικότητας [The ideal of a state ruled by law and judicial review of constitutionality]*, *op. cit.*

⁸⁴² V. notamment TSATSOS D., *Συνταγματικό Δίκαιο [Constitutional Law]*, 4^e éd., Athens, Αντ. Ν. Σάκκουλας, 1994, vol. Α, Θεωρητικό Θεμέλιο [Theoretical Underpinnings] ; discuté par DROSSOS Y., *Δοξίμιο ελληνικής συνταγματικής θεωρίας [Essay on Greek constitutional theory]*, *op. cit.*, p. 568 s.

⁸⁴³ Phédon Vegleris, «Τα όρια του ελέγχου της συνταγματικότητας [The Limits on the Review of Constitutionality],» *ΤοΣ*, 1981, 455; cited by Drossos, *Δοξίμιο ελληνικής συνταγματικής θεωρίας [Essay on Greek Constitutional Theory]*, 500.

⁸⁴⁴ Sur ce point, V. YANNAKOPOULOS C., «Τα δικαιώματα στη νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας [Rights in the Council of State case law] », M. TSAPOGAS et D. CHRISTOPOULOS (dir.), *Τα δικαιώματα στην Ελλάδα 1953-2003 [Rights in Greece 1953-2003]*, Athènes, Καστανιώτης, 2004, p. 439- 468.

⁸⁴⁵ DROSSOS Y., *Δοξίμιο ελληνικής συνταγματικής θεωρίας [Essay on Greek constitutional theory]*, *op. cit.*, p. 593 s. ; not. p. 599.

⁸⁴⁶ BEIS K., *Το ελληνικό έλλειμμα κράτους δικαίου [The Greek rule of law deficit]*, Athens, Eunomia, 1998.

⁸⁴⁷ CONTIADES X., *Ο νέος συνταγματισμός και τα θεμελιώδη δικαιώματα μετά την αναθεώρηση του 2001 [The new constitutionalism and fundamental rights after the 2001 reform]*, Athens ; Komotini, Αντ. Ν. Σάκκουλας, 2002.

en 1975. C'est la raison pour laquelle certains auteurs y ont vu « un bavardage solennel » nuisible à la normativité de la Constitution⁸⁴⁸.

Malgré son objectif déclaré de promotion de la foi dans les institutions, la réforme de 2001 a été reçue comme un acte de guerre contre les juges⁸⁴⁹. Les rédacteurs de l'amendement ont certainement cherché à contraindre l'« activisme » juridictionnel en matière de droit de l'environnement, en précisant que « les choix et évaluations techniques relatifs sont effectués selon les règles de la science », qui ne relèvent donc pas de la compétence du juge de la légalité⁸⁵⁰. La déférence des juges envers les autres pouvoirs a été renforcée au moyen de la reconnaissance explicite du pouvoir du gouvernement d'influer sur la composition des cours suprêmes⁸⁵¹. Cela a été combiné avec un effort de concentration du contrôle constitutionnalité des lois. En vertu du nouvel article 100, paragraphe 5, de la Constitution, les jugements d'inconstitutionnalité issus des sections des juridictions suprêmes doivent désormais être renvoyés à l'assemblée plénière.

Le droit de l'UE brouillant les limites constitutionnelles. Les limites constitutionnelles ont du mal à s'affirmer, non seulement vis-à-vis de l'exercice du pouvoir politique, mais aussi, de plus en plus, vis-à-vis de l'action des institutions supranationales⁸⁵². L'article 28, paragraphe 2, de la Constitution permet le transfert, par voie de traité ou d'accord, des compétences constitutionnelles à des organes d'organisations internationales, « afin de servir un intérêt national important et de promouvoir la collaboration avec d'autres États ». Le troisième paragraphe du même article va jusqu'à permettre « des restrictions à l'exercice de la souveraineté nationale, dans la mesure où cela est dicté par un intérêt national important, ne lèse pas les droits de l'homme et les fondements du régime démocratique et est effectué sur la base du principe de l'égalité et sous la condition de réciprocité. » Déjà au milieu des années quatre-vingt-dix, Yannis Drossos a vu dans ces dispositions l'« effacement » de la Constitution au profit du droit de l'UE⁸⁵³. L'article 28 est communément interprété comme accomplissant une « fonction d'amendement constitutionnel tacite, » enclenchée au moyen de la signature et de la ratification des traités internationaux ou des amendements des traités européens⁸⁵⁴. D'ailleurs, la clause

⁸⁴⁸ DAGTOGLOU P., *Συνταγματικό Δίκαιο. Ατομικά Δικαιώματα [Constitutional Law. Individual Rights]*, 3^e éd., Athens; Komotini, Avt. N. Σάκκουλας, 2012, vol. A, p. 214 ; cité par YANNAKOPOULOS C., « Η μετάλλαξη του υποκειμένου των συνταγματικών δικαιωμάτων [The transformation of the subject of constitutional rights] », *ΕφΔΔ*, 2012, vol. 2, p. 147.

⁸⁴⁹ ALIVIZATOS N., *Ο αβέβαιος εκσυγχρονισμός και η θολή συνταγματική αναθεώρηση [Uncertain modernization and vague constitutional reform]*, *op. cit.*, p. 95 s. Sur les débats précédant la réforme, V. TASSOPOULOS I., « Η συνταγματική θέση της δικαιοσύνης στο πολιτικό μας σύστημα [The constitutional role of justice in our political system] », D. TSATSOS, E. VENIZELOS et X. CONTIADES (dir.), *Το νέο Σύνταγμα [The new Constitution]*, Athens, Avt. N. Σάκκουλας, 2001, p. 357.

⁸⁵⁰ Article 24, paragraphe 1, de la Constitution.

⁸⁵¹ Article 88, paragraphe 1, de la Constitution prévoit explicitement la nomination des présidents des cours suprêmes par l'exécutif.

⁸⁵² YANNAKOPOULOS C., « Το ελληνικό Σύνταγμα και η επιφύλαξη του εφικτού της προστασίας των κοινωνικών δικαιωμάτων [The Greek Constitution and the feasibility clause of social rights protection] », *ΕφΔΔ*, 2015, vol. 4, p. 417.

⁸⁵³ DROSSOS Y., *Δοκίμιο ελληνικής συνταγματικής θεωρίας [Essay on Greek constitutional theory]*, *op. cit.*, p. 646 s.

⁸⁵⁴ V. sur ce sujet, PAPAPOPOULOU L., « Η συνταγματική οικοδόμηση της Ευρώπης από τη σκοπιά του ελληνικού Συντάγματος [The constitutional construction of Europe from the point of view of the Greek Constitution] », L.

interprétative ajoutée à cet article en 2001 précise qu'il « constitue une base de la participation du Pays au processus d'intégration européenne. »

La dynamique envahissante du droit de l'UE dans la sphère juridique interne se manifeste de façon exemplaire dans le contexte de la crise de la zone euro. Depuis 2010 et jusqu'à 2018, les politiques publiques ont été en grande partie déterminées par des Memoranda d'entente (*Memoranda of Understanding*, MoUs), c'est-à-dire par des instruments *sui generis* négociés par les gouvernements grecs et les créanciers du pays, la Banque centrale européenne, la Commission et le Fonds monétaire international. Ces instruments définissent les conditions d'application des accords d'assistance financière⁸⁵⁵. Souvent exécutés en urgence, au moyen d'actes et de procédures à la marge de la légalité constitutionnelle, ils affectent de façon considérable les droits fondamentaux, et notamment les droits sociaux. Les implications institutionnelles de ces accords sont majeures : les auteurs modérés ont parlé d'un « tournant » dans le fonctionnement du régime⁸⁵⁶, alors que les plus critiques ont dénoncé la violation des principes les plus fondamentaux de la Constitution⁸⁵⁷. Il est significatif que l'exécution des MoUs ait été perçue et justifiée dans la sphère interne comme une obligation découlant du droit de l'UE. Les mesures définies dans les MoUs ont d'ailleurs souvent été reprises par le Conseil de l'UE, dans ses décisions prises en application de l'article 126 TFUE, au titre de la procédure pour déficit public excessif.

Le succès de la proportionnalité dans ce contexte peut paraître pour le moins surprenant. Malgré la méfiance vis-à-vis du pouvoir juridictionnel qui sous-tend la réforme de 2001, celle-ci a conféré le statut de principe constitutionnel à la proportionnalité. Cela érige la proportionnalité en mode de raisonnement hégémonique dans la pensée juridique grecque (§1). Le contenu conceptuel de la proportionnalité en tant que principe protecteur des droits fondamentaux fait consensus parmi les juristes locaux. Néanmoins, cela ne se traduit pas par une application cohérente du principe en jurisprudence. Dans le contrôle juridictionnel de l'action publique, la proportionnalité correspond plutôt à un test rationalisant d'efficacité (§2).

PAPADOPOULOU et A. MANITAKIS (dir.), *Η προοπτική ενός Συντάγματος για την Ευρώπη* [*The perspective of a Constitution for Europe*], Athènes, Σάκκουλα, 2003, p. 176 ; l'auteure fait référence à ILIOPOULOU-STRAGGA J., *Ελληνικό συνταγματικό δίκαιο και ευρωπαϊκή ενοποίηση* [*Greek constitutional law and European integration*], Athènes, Αντ. Ν. Σάκκουλας, 1996, p. 37.

⁸⁵⁵ Dans le cadre du premier programme d'ajustement économique, la Commission agit au nom des États membres créanciers de la Grèce. Dans le cadre du second et du troisième programme d'ajustement, la Commission agit respectivement au nom du Fonds européen de stabilité financière et du Mécanisme européen de stabilité.

⁸⁵⁶ DROSSOS Y., « Το 'Μνημόνιο' ως σημείο στροφής του πολιτεύματος [The "Memorandum" as a turning point of the regime] », *The Book's Journal*, 2011, vol. 6, p. 42.

⁸⁵⁷ V., par exemple, CHRYSOGONOS K., « Η χαμένη τιμή της Ελληνικής Δημοκρατίας. Ο μηχανισμός «στήριξης της ελληνικής οικονομίας» από την οπτική της εθνικής κυριαρχίας και της δημοκρατικής αρχής [The lost honour of the Hellenic Republic. The "rescue" mechanism of the Greek economy from the point of view of national sovereignty and of the principle of democracy] », *NoB*, 2010, vol. 6, p. 58 ; KATROUGKALOS G., « Memoranda sunt servanda? Η συνταγματικότητα του ν. 3845/2010 και του Μνημονίου για τα μέτρα εφαρμογής των συμφωνιών με το ΔΝΤ, την ΕΕ και την ΕΚΤ [Memoranda sunt servanda? The constitutionality of law 3845/2010 and of the Memorandum for the implementation of the agreements with the IMF, the EU and the ECB] », *ΕφΑΔ*, 2010, vol. 2, p. 151- 163.

1. L'omniprésence de la proportionnalité

La diffusion de la proportionnalité dans la jurisprudence. Pendant les années qui précèdent la réforme de 2001, on observe un retentissement croissant du langage de la proportionnalité dans le discours des juridictions suprêmes. Entre 1990 et 1994, c'est principalement dans la jurisprudence du Conseil d'État que l'on trouve des références à la proportionnalité. La juridiction suprême de l'ordre administratif utilise le terme moins de deux fois par an en moyenne⁸⁵⁸. Entre 1995 et 1998, le Conseil utilise la proportionnalité dans cinq décisions par an en moyenne, alors que l'*Areios Pagos* ne fait référence au principe que deux fois, sans toutefois l'appliquer. En 1999, l'*Areios Pagos* mentionne la proportionnalité dans cinq décisions, autant que le Conseil d'État, alors qu'en 2000, l'ensemble des juridictions suprêmes a utilisé le vocabulaire de la proportionnalité dans 22 décisions⁸⁵⁹. La propagation de la proportionnalité dans le discours des juges supérieurs indique la reconnaissance progressive de sa valeur normative. Ainsi, par exemple, après une longue période de résistance l'*Areios Pagos* a reconnu l'application de la proportionnalité comme une question de droit qui relève de la compétence du juge de cassation en 2000⁸⁶⁰.

La domination du modèle global de la proportionnalité dans la littérature. Cette évolution se combine avec un renouveau de l'intérêt académique pour la proportionnalité. La fin des années quatre-vingt-dix a vu paraître des analyses théoriques très élaborées en la matière. Leur trait commun est la perception de la proportionnalité comme une méthode de mise en balance des valeurs constitutionnelles très similaire à celle décrite par Robert Alexy et les adeptes de sa théorie. En 1998, Georges Xynopoulos propose un « modèle plus large de proportionnalité » qui n'implique pas seulement la confrontation des intérêts publics aux droits individuels, mais également la « pondération normative » en présence de conflits constitutionnels⁸⁶¹. Un an plus tard, dans une contribution influente, Kostas Beis adapte la théorie des droits fondamentaux de Robert Alexy au contexte grec. Selon cet auteur, la proportionnalité est une méthode pour l'adjudication des droits fondamentaux qui implique la mise en balance des valeurs constitutionnelles concurrentes. Faisant écho à la doctrine constitutionnelle allemande, Kostas Beis présente la Constitution comme « un ordre de valeurs objectif » qui offre des critères rationnels pour cette opération⁸⁶². Dans ce contexte, la proportionnalité est présentée

⁸⁵⁸ Données recensées au moyen d'une recherche par mots-clés dans la base de données juridiques NOMOS, effectuée le 26 novembre 2015. En dehors de la jurisprudence du Conseil d'État, le vocabulaire de la proportionnalité est employé dans une décision de la Cour suprême spéciale et deux décisions de la Cour des comptes.

⁸⁵⁹ Parmi ces décisions, trois ont été rendues par l'*Areios Pagos*, dix-sept par le Conseil d'État et deux par la Cour des comptes.

⁸⁶⁰ AP 1597/2000 et 254/2000, précitées. V. aussi AP 1215/2000 *EEMILJ* 2002, 369 (en droit privé). Dans la décision AP (Ass.) 17/1999 *Δ/NH* 1999, 1288, l'assemblée plénière de l'*Areios Pagos* a reconnu la proportionnalité comme une condition pour la validité dans la sphère juridique interne des clauses de pénalité prévues dans des contrats étrangers.

⁸⁶¹ V. XYNOPOULOS G., « Réflexions sur le contrôle de proportionnalité en Europe continentale et en Grèce », P.J. PARARAS (dir.), *Etat - loi - administration: mélanges en l'honneur de Epaminondas P. Spiliotopoulos*, Athènes ; Bruxelles, Ant. N. Sakkoulas ; Bruylant, 1998, p. 523 et 535, resp.

⁸⁶² BEIS K., « Η αρχή της αναλογικότητας [The principle of proportionality] », *Δικ*, 1999, vol. 30, Δ, p. 488 s.

comme une alternative à la subsomption mécanique et, en tant que telle, elle est promue comme une méthode qui inclut des éléments de la raison pratique dans l'application de la Constitution⁸⁶³.

Cet aspect de la mise en balance dans le cadre du modèle de la proportionnalité est davantage analysé par Kostas Stratilatis, qui reconstruit une décision fameuse de l'*Areios Pagos* en matière de liberté d'expression comme un exemple d'analyse de proportionnalité⁸⁶⁴. Tant Kostas Beis que Kostas Stratilatis insistent sur le caractère *ad hoc* de l'échelle des valeurs constitutionnelles et rejettent leur hiérarchie *a priori*. Ainsi, ils accordent une place centrale à l'application de la structure de la proportionnalité : seule l'application constante des différentes étapes garantit, selon eux, la transparence du raisonnement juridictionnel et conduit à la réalisation optimale des droits garantis par la Constitution. Autrement dit, à partir de la fin du siècle dernier, la théorie alexyenne de la proportionnalité domine la littérature constitutionnaliste grecque.

La reconnaissance explicite de la proportionnalité dans la Constitution. La réforme de 2001 a accéléré les évolutions décrites ci-dessus. La reconnaissance explicite de la proportionnalité dans l'article 25 de la Constitution est en continuité avec l'utilisation croissante du langage dans le discours des acteurs juridiques locaux et avec l'importance que ceux-ci accordent au principe. Il faut aussi relever que, malgré la méfiance qu'a suscitée la réforme de 2001, la révision de l'article 25 a fait consensus parmi les constitutionnalistes. La proportionnalité semble transcender les clivages idéologiques traditionnels. Giorgos Katrougkalos suggère par exemple qu'elle fait partie des principes de justice sociale qui « composent un noyau minimum de 'consensus imbriqué' (*overlapping consensus*⁸⁶⁵) ». En effet, presque tous les juristes grecs s'accordent sur la validité ou, mieux, sur l'exactitude de la proportionnalité en droit constitutionnel. Vassilios Voutsakis va jusqu'à suggérer que la réforme de 2001 n'a pas reconnu la proportionnalité, mais l'a simplement « découverte⁸⁶⁶ ». La critique reste marginale et ne concerne pas tant le principe de proportionnalité lui-même que des éléments techniques de sa mise en œuvre, notamment son application en tant que chef de contrôle indépendant⁸⁶⁷. Il semble que les constituants n'ont fait que confirmer un paradigme de droits fondamentaux qui à l'époque s'établissait comme

⁸⁶³ *Ibid.*, p. 481.

⁸⁶⁴ STRATILATIS K., « Η συγκεκριμένη στάθμιση των συνταγματικών αξιών κατά τη δικαστική ερμηνεία του Συντάγματος [The in concreto balancing of constitutional values in the process of judicial interpretation of the Constitution] », *ΤοΣ*, 2001, n° 3, p. 495.

⁸⁶⁵ KATROUGKALOS G., « Νομική και πολιτική σημασία της αναθεώρησης του άρθρου 25 του Συντάγματος [Legal and political significance of the reform of article 25 of the Constitution] », *ΔτΑ*, 2001, vol. 10, p. 470- 471. C'est l'auteur qui souligne.

⁸⁶⁶ VOUTSAKIS V., « Η αρχή του κράτους δικαίου και οι νέες διατάξεις περί ατομικών και κοινωνικών δικαιωμάτων [The principle of a state ruled by law and the new provisions on individual and social rights] », *ΝοΒ*, 2002, n° 1, p. 11.

⁸⁶⁷ Georgios Mitsopoulos critique le détachement de la proportionnalité du processus d'interprétation téléologique. V. MITSOPOULOS G., « "Τριτενέργεια" και "αναλογικότητα" ως διατάξεις του αναθεωρηθέντος Συντάγματος ["Third party effect" and "proportionality" as provisions of the amended Constitution] », *ΔτΑ*, 2002, vol. 15, p. 641. Dans la même direction, Kostas Chryssogonos critique son application comme un principe autonome du champ protecteur des droits fondamentaux. CHRYSOGONOS K., « Η προστασία των θεμελιωδών δικαιωμάτων στην Ελλάδα πριν και μετά την αναθεώρηση του 2001 [The protection of fundamental rights in Greece before and after the 2001 reform] », *ΔτΑ*, 2001, vol. 10, p. 529.

dominant dans la pensée juridique grecque. Les auteurs n'ont d'ailleurs pas manqué de souligner la fonction symbolique de la réforme de 2001.

Cela étant, les symboles doivent être pris au sérieux, notamment lorsqu'ils jouissent d'une valeur normative suprême. La reconnaissance explicite du statut constitutionnel de la proportionnalité a non seulement fait consensus parmi les constitutionnalistes locaux mais, plus généralement, a aussi *établi* le consensus sur la valeur constitutionnelle du principe parmi les acteurs juridiques grecs⁸⁶⁸. Elle a ainsi donné un nouvel élan à l'application de la proportionnalité en jurisprudence. En effet, ce n'est qu'après 2001 que l'*Areios Pagos* a appliqué pour la première fois le principe dans le contrôle de constitutionnalité, et cela en se référant explicitement à la nouvelle formulation de l'article 25, paragraphe 1⁸⁶⁹. Depuis l'entrée en vigueur de l'amendement, toutes les juridictions grecques ont abandonné leur attitude antérieure, marquée par une certaine réticence vis-à-vis de la proportionnalité. L'utilisation du langage est devenue de plus en plus récurrente. L'établissement de la proportionnalité en tant que méthode « correcte » de raisonnement juridictionnel a provoqué la réaction de certains auteurs, qui y ont vu une usurpation par les constituants d'un pouvoir qui appartient aux interprètes de la Constitution⁸⁷⁰.

L'établissement de la proportionnalité comme principe optimisateur des droits fondamentaux. Dans la pensée juridique locale, la proportionnalité représente désormais beaucoup plus qu'un principe de droit administratif ou de droit pénal, plus qu'une exigence de nécessité en matière d'emprisonnement pour dette, plus encore qu'une technique du contrôle de constitutionnalité ; elle est conçue comme un « principe total » (*καθολική αρχή*⁸⁷¹). Les études fragmentées sur ses implications techniques dans les diverses branches du droit donnent leur place à des analyses générales de son contenu et de sa structure. La proportionnalité est censée lier toutes les autorités publiques dans l'exercice de leurs pouvoirs législatifs, administratifs ou judiciaires. En tant que norme suprême, elle est censée « rayonner » dans tout le système juridique et influencer la production normative dans tous les domaines⁸⁷². La référence de l'article 25 à l'État social a renforcé la perception sociale

⁸⁶⁸ Dans ce sens, la réforme a eu un « effet stabilisateur ». V. SKOURIS V., « Συνολική αποτίμηση του αναθεωρητικού εγχειρήματος [Overall evaluation of the amendment] », D. TSATSOS, E. VENIZELOS et X. CONTIADES (dir.), *Το νέο Σύνταγμα [The new Constitution]*, Athens; Komotini, Αντ. Ν. Σάκκουλας, 2001, p. 462.

⁸⁶⁹ AP (Ass.) 14/2001 ΠΟΙΝΔ/ΝΗ 2001, 832 ; AP (Ass.) 15/2001 ΠΟΙΝΧΡ 2001, 798 ; AP (Ass.) 16/2001 ΝΟΒ 2002, 411, sur l'article 20, paragraphe 1, de la Constitution, qui proclame le droit à l'accès au juge.

⁸⁷⁰ V. notamment MITSOPOULOS G., « “Τριτενέργεια” και “αναλογικότητα” ως διατάξεις του αναθεωρηθέντος Συντάγματος [“Third party effect” and “proportionality” as provisions of the amended Constitution] », *op. cit.*

⁸⁷¹ GERONTAS A., « Η αρχή της αναλογικότητας και η τριτενέργεια των θεμελιωδών δικαιωμάτων μετά την αναθεώρηση του 2001 [The principle of proportionality and the third party effect of fundamental rights after the 2001 reform] », X. CONTIADES (dir.), *Πέντε χρόνια μετά τη συνταγματική αναθεώρηση του 2001 [Five years after the constitutional 2001 reform]*, Athens; Komotini, Αντ. Ν. Σάκκουλας, 2006, vol. II/A, p. 499.

⁸⁷² GIAKOUKIS D., « Οι αόριστες έννοιες, η διακριτική ευχέρεια του δικαστή ως αόριστη νομική έννοια, η εξειδίκευσή της και η δυνατότητα ανααιρετικού ελέγχου υπό το πρίσμα της αρχής της αναλογικότητας [Indeterminate notions, judicial discretion as an indeterminate legal notion, its concretisation, and the possibility of cassation under the framework of the principle of proportionality] », *op. cit.* ; DORIS F., « Η αρχή της αναλογικότητας στο πεδίο ρύθμισης των ιδιωτικών δικαίου σχέσεων και ιδιαίτερα στο Αστικό Δίκαιο [The principle of proportionality in the field of private law relations and especially in civil law] », *Τόμος τμητικός του Συμβουλίου της Επικρατείας - 75 χρόνια*, Thessaloniki, Σάκκουλα, 2004, p. 229.

des droits garantis par la Constitution. Dans ce contexte, la proportionnalité est établie comme le critère ultime de la constitutionnalité des atteintes à ces droits⁸⁷³. Selon Xenophon Contiades, elle « est inhérente dans la texture des droits fondamentaux en tant que principes (Prinzipien⁸⁷⁴) ». Sa fonction est d'« incorporer la mise en balance des valeurs constitutionnelles dans un cadre argumentatif systématique et rationnel⁸⁷⁵ ». Les auteurs exercent une pression croissante pour son application cohérente et intrusive en jurisprudence⁸⁷⁶.

La dominance de la version alexyenne de la proportionnalité ressort aussi de la jurisprudence des cours suprêmes, et surtout de l'*Areios Pagos*. Après quelques tâtonnements initiaux, la Cour de cassation grecque a considérablement transformé le style de motivation de ses décisions pour l'adapter au langage de la proportionnalité et à celui des droits fondamentaux qui l'accompagne. Le raisonnement typique en la matière prend la forme suivante : d'abord, les juges procèdent à une argumentation extensive sur le champ d'application des droits en cause et sur l'intensité du contrôle juridictionnel. Ensuite, ils appliquent une analyse structurée de proportionnalité. Selon une jurisprudence constante, les atteintes aux droits individuels doivent être définies objectivement et justifiées par des raisons d'intérêt public. La proportionnalité exige que ces atteintes soient « limitées sur la base des éléments conceptuels du caractère approprié et de la nécessité de la mesure, ainsi que de la proportion de celle-ci à la finalité poursuivie⁸⁷⁷ ». Selon l'*Areios Pagos*, la structure en étapes de la proportionnalité « tend à la rationalisation des interventions étatiques portant atteinte aux droits individuels et sociaux de l'homme et du citoyen⁸⁷⁸ ». Si le Conseil d'État et la Cour des comptes appliquent aussi une analyse structurée de proportionnalité, leur jurisprudence ne présente pas la rigueur de la jurisprudence judiciaire⁸⁷⁹.

La dynamique envahissante de la proportionnalité. La décision 43/2005 de l'*Areios Pagos* illustre la dynamique envahissante de la proportionnalité. Cette affaire concerne la constitutionnalité d'une disposition du code civil qui consacre

⁸⁷³ ORFANOUDAKIS S., *H αρχή της αναλογικότητας στην ελληνική έννομη τάξη : από τη νομολογιακή εφαρμογή της στη συνταγματική της καθιέρωση* [The principle of proportionality in the Greek legal order: from its judicial application to its constitutional consecration], *op. cit.*, p. 21 s., not. p. 24-25.

⁸⁷⁴ CONTIADES X., *Ο νέος συνταγματισμός και τα θεμελιώδη δικαιώματα μετά την αναθεώρηση του 2001* [The new constitutionalism and fundamental rights after the 2001 reform], *op. cit.*, p. 235 ; AKRIVOPOULOU C., « Ο πολιτικός δικαστής αντιμέτωπος με την αναλογικότητα κατά τον αναιρετικό έλεγχο της εύλογης χρηματικής αποζημίωσης [Civil law courts faced with proportionality in the review of the legality of reasonable indemnity] », *Τόμος τιμητικός Πέτρου Ι. Παραρά*, Athens, Αντ. Ν. Σάκκουλας, 2012, p. 242 s. ; VOUTSAKIS V., « Η αρχή του κράτους δικαίου και οι νέες διατάξεις περί ατομικών και κοινωνικών δικαιωμάτων [The principle of a state ruled by law and the new provisions on individual and social rights] », *op. cit.*, p. 10 s.

⁸⁷⁵ ANTHOPOULOS C., « Όψεις της συνταγματικής δημοκρατίας στο παράδειγμα του άρθρου 25 παρ. 1 του Συντάγματος [Aspects of constitutional democracy in the example of article 25 par. 1 of the Constitution] », *op. cit.*, p. 174.

⁸⁷⁶ VOUTSAKIS V., « Η αρχή του κράτους δικαίου και οι νέες διατάξεις περί ατομικών και κοινωνικών δικαιωμάτων [The principle of a state ruled by law and the new provisions on individual and social rights] », *op. cit.*, p. 24.

⁸⁷⁷ AP (Ass.) 10/2003 *ΕλλΔνη* 2003, 406, para. III.

⁸⁷⁸ AP (Ass.) 5/2013 *TNΠΔΣΑ*.

⁸⁷⁹ StE 1249/2010 *ΝοΒ* 2010, 390 ; StE (Ass.) 3177/2007 *ΔΦΟΡΝΟΜΟΘ* 2008, 1214 ; ES 1376/2002 *ΑΡΧΝ* 2003, 593 (Cour des comptes).

l'irrecevabilité des documents qui ne sont pas correctement affranchis dans la procédure d'établissement des preuves devant le juge. En l'espèce, l'application de cette disposition rendait impossible l'exécution forcée d'une créance de 300 000 euros, et cela malgré le fait qu'en réalité les timbres avaient été payés. Le raisonnement de l'*Areios Pagos* commence par une annonce du statut normatif du principe de proportionnalité :

« la proportionnalité, reconnue de manière constante par la jurisprudence comme principe général du droit découlant des articles 5§1 et 25§1 de la Constitution de 1975, mais aussi des articles 6§1, 8§2, 9§2 et 10§2 de la CEDH, même avant sa reconnaissance explicite en tant que notion constitutionnelle avec la réforme de la Constitution, [...] régit l'ensemble de l'action publique et lie le législateur, le juge et l'administration. »

Ainsi, selon la Cour de cassation grecque, la proportionnalité fait partie d'une théorie constitutionnelle « totale ». Sa validité transcende le droit public, les diverses branches du droit et le nouveau texte constitutionnel lui-même. Dans les lignes qui suivent, l'*Areios Pagos* définit le contenu de la proportionnalité :

« Tous les moyens d'exercice du pouvoir étatique, la loi, la décision de justice et l'acte administratif, doivent respecter ses trois critères, c'est-à-dire être a) appropriés, à savoir propices à la réalisation de la finalité poursuivie, b) nécessaires, de manière à ne générer que les contraintes minimales possibles aux individus ou au public, c) proportionnés dans le sens strict, à savoir être pertinents au regard de la finalité poursuivie, de manière à ce que l'utilité attendue ne soit pas inférieure au dommage généré par ceux-ci⁸⁸⁰. »

Sur la base de ces considérations, les juges ont cassé la décision déférée devant eux et ont envisagé eux-mêmes la question de la proportionnalité. À la suite d'un examen minutieux des faits de l'espèce, ils ont déclaré la disposition en cause inconstitutionnelle et en ont donc écarté l'application.

La proportionnalité jouit d'une place hégémonique dans la pensée juridique grecque. Sa validité transcende les formes juridiques ; elle est axiomatique et incontestable. Son affirmation solennelle dans la Constitution fait taire les critiques contre la réforme de 2001 elle-même⁸⁸¹. Dans sa version de cadre argumentatif structuré, la proportionnalité a une valeur « scientifique » : elle sert à l'interprète de la Constitution « comme le microscope sert au biologiste ou le télescope à

⁸⁸⁰ AP (Ass.) 43/2005 *NºB* 2005, 1587.

⁸⁸¹ Selon Evaggelos Venizelos, le rédacteur principal de l'amendement constitutionnel, « le nouvel article 25 suffirait en lui-même pour justifier l'amendement constitutionnelle, puisqu'il pose les principes pour l'interprétation et l'application de tous les droits garantis par la Constitution ». V. VENIZELOS E., « Η νομικοπολιτική σημασία της αναθεώρησης του Συντάγματος [The Legal-Political Significance of the Constitutional Reform] », 6 avril 2004, accessible sur <https://www.evenizelos.gr/>.

l'astrologue⁸⁸² ». Son application redessine les contours du champ d'application des dispositions les plus concrètes et techniques, même au niveau constitutionnel⁸⁸³. La proportionnalité est présumée inhérente aux notions vagues des codes de législation grecs et tend à déplacer toute autre méthode de raisonnement juridique⁸⁸⁴. Elle offre un cadre communément employé par le législateur et par l'administration⁸⁸⁵. Son application peut même conduire à la censure de l'incompétence négative du Parlement⁸⁸⁶. Les spécialistes la perçoivent comme un « outil méthodologique indispensable de la science juridique contemporaine⁸⁸⁷ ».

L'application de la proportionnalité dans le contexte de la crise de la zone euro. L'hégémonie de la proportionnalité est encore plus flagrante dans le contexte de la crise de la zone euro, où l'urgence économique élimine toute possibilité de théorie constitutionnelle détachée des circonstances. Dans ce contexte, la proportionnalité semble offrir *la seule méthode possible* pour la mise en œuvre des dispositions de la Constitution. Les juridictions internes utilisent le langage de la proportionnalité pratiquement dans toutes les affaires concernant la constitutionnalité des mesures d'austérité découlant des programmes d'ajustement économique⁸⁸⁸. Dans une contribution récente, Xenophon Contiades et Alkmene Fotiadou suggèrent que l'application de la proportionnalité est la seule manière de réaliser les droits sociaux dans le contexte de crise. Selon ces auteurs, « insister sur la définition d'une substance minimale en tant que présupposé pour la justiciabilité des droits sociaux est une aspiration dépassée, qui menace l'applicabilité même de ces droits dans le contexte de crise économique mondiale, au moment même où on en a

⁸⁸² ORFANOUDAKIS S., *Η αρχή της αναλογικότητας στην ελληνική έννομη τάξη : από τη νομολογιακή εφαρμογή της στη συνταγματική της καθιέρωση* [The principle of proportionality in the Greek legal order: from its judicial application to its constitutional consecration], *op. cit.*, p. 58- 59.

⁸⁸³ V., par exemple, StE (Ass.) 3470/2011 EΔΔΔ 2012, 585. Sur l'affaire de *Michaniki*, concernant l'article 14, paragraphe 9 de la Constitution, V. *infra*, Partie II, chapitre 6.4 et 6.5.

⁸⁸⁴ En ce qui concerne la jurisprudence, V. StE (Ass.) 613/2002 NoB 2002, 1972. Dans cette affaire la proportionnalité a remplacé le principe de développement durable en matière de protection de l'environnement. Cette tendance s'observe aussi dans des analyses doctrinales. V., par exemple, l'étude de l'ancien président de l'*Areios Pagos*, ΜΑΤΘΙΑΣ S., « Το πεδίο λειτουργίας της αρχής της αναλογικότητας [The scope of the principle of proportionality] », *Ελληνική*, 2006, vol. 47, n° 1, p. 1 ; V. aussi GΙΑΚΟΥΜΙΣ D., « Οι αόριστοι έννοιες, η διακριτική ευχέρεια του δικαστή ως αόριστη νομική έννοια, η εξειδικυσή της και η δυνατότητα αναιρετικού ελέγχου υπό το πρίσμα της αρχής της αναλογικότητας [Indeterminate notions, judicial discretion as an indeterminate legal notion, its concretisation, and the possibility of cassation under the framework of the principle of proportionality] », *op. cit.* ; VASSILAKAKIS G., « Η αρχή της αναλογικότητας. Ο αναιρετικός έλεγχος της εφαρμογής της από τον Άρειο Πάγο επί χρηματικής ικανοποίησης λόγω ηθικής βλάβης [The principle of proportionality. The review of its application in cassation by Areios Pagos in the field of indemnity for moral damage] », *Νομικά Χρονικά*, 2008, vol. 50. La dynamique envahissante de la proportionnalité pose des problèmes pratiques, notamment en ce qui concerne la répartition des compétences entre la juridiction du fond et la juridiction d'appel. V. AP 132/2006 NoB 2006, 825 ; AP 6/2009 NoB 2009, 1162, l'opinion dissidente.

⁸⁸⁵ APD 147/2001 ΠΟΙΝΔ/ΝΗ 2002, 37 (décision de l'Autorité de protection des données) ; EPA 193/2001 ΔΕΕ 2001, 995 (décision de l'Autorité de la concurrence) ; NSK 357/2001 ΝΟΜΟΣ (avis du Conseil juridique de l'État).

⁸⁸⁶ StE (Ass.) 3470/2011, précitée. V. l'opinion de la majorité.

⁸⁸⁷ BEIS K., « Η αρχή της αναλογικότητας [The principle of proportionality] », *op. cit.*, p. 498.

⁸⁸⁸ V. StE (Ass.) 668/2012, précitée ; StE (Ass.) 4741/2014 EΔΔΔ 2015, 170 ; StE (Ass.) 2192/2014 ΤΝΠΔΣΑ ; ES (Ass.) 4327/2014 ΑΡΜ 2015, 1194 ; StE (Ass.) 2287/2015 ΑΡΜ 2015, 1371. Pour une analyse plus approfondie sur ce point, V. *infra*, Partie III, chapitres 8.4 et 9.3.

le plus besoin⁸⁸⁹. » La perception de la proportionnalité que partagent les juristes grecs semble parfaitement correspondre aux préceptes de la théorie alexyenne. Toutefois, elle ne correspond pas toujours à la manière dont celle-ci est appliquée dans le contrôle juridictionnel de l'action publique.

2. Proportionnalité, faits et rationalisation de l'action publique

L'exclusion des valeurs du contrôle de proportionnalité. La reconnaissance explicite de la proportionnalité dans la Constitution a transformé considérablement la manière dont celle-ci est appliquée dans la jurisprudence administrative. Nous avons vu que, traditionnellement, le contrôle de proportionnalité s'analysait le plus souvent en un contrôle « marginal » du contenu des décisions publiques similaire au test français de l'erreur manifeste ou au test anglais de *Wednesbury unreasonableness* et portait donc notamment sur les motifs des autorités publiques. Au contraire, dans sa nouvelle version qui domine depuis 2001, la proportionnalité porte sur le contenu de l'action publique. Charalampos Anthopoulos explique que « le principe de proportionnalité concerne le "comment" (πώς) une atteinte a été portée [aux droits]. La question de savoir "si" (εάν) cette atteinte est permise est déterminée par le principe d'intérêt général qui définit les buts constitutionnellement justifiés ou, du moins, légitimes⁸⁹⁰ ». L'utilisation de la proportionnalité déconstruit ainsi les structures et les distinctions traditionnelles du contrôle juridictionnel.

Toutefois, la focalisation du contrôle de proportionnalité sur le contenu de l'action publique semble se faire au détriment de la connotation morale que le principe avait autrefois. Le plus souvent, l'application de la proportionnalité n'implique pas de jugements de valeur. Le contrôle du but de l'action publique est externe à l'analyse de proportionnalité, qui ne conduit jamais à la mise en balance des droits fondamentaux⁸⁹¹. Cette observation vaut même dans les domaines d'application par excellence de la version traditionnelle de la proportionnalité. En 2008, par exemple, l'assemblée plénière du Conseil d'État devait se prononcer sur la constitutionnalité des dispositions du code de procédure administrative concernant l'emprisonnement pour dette en tant que sanction administrative⁸⁹². Si les juges ont censuré la mesure en cause, ils ont explicitement refusé d'appliquer la proportionnalité. Selon eux :

« il n'y a même pas lieu d'appliquer le principe de proportionnalité, car celui-ci présuppose que tant le but que les moyens employés pour

⁸⁸⁹ CONTIADES X. et A. FOTIADOU, « Social rights in the age of proportionality: Global economic crisis and constitutional litigation », *International Journal of Constitutional Law*, 2012, vol. 10, n° 3, p. 660- 686.

⁸⁹⁰ ANTHOPOULOS C., « Όψεις της συνταγματικής δημοκρατίας στο παράδειγμα του άρθρου 25 παρ. 1 του Συντάγματος [Aspects of constitutional democracy in the example of article 25 par. 1 of the Constitution] », *op. cit.*, p. 173.

⁸⁹¹ V., par exemple, *Ibid.*, p. 172 ; VOUTSAKIS V., « Η αρχή του κράτους δικαίου και οι νέες διατάξεις περί ατομικών και κοινωνικών δικαιωμάτων [The principle of a state ruled by law and the new provisions on individual and social rights] », *op. cit.*, p. 24 ; GERONTAS A., « Η αρχή της αναλογικότητας και η τριτενέργεια των θεμελιωδών δικαιωμάτων μετά την αναθεώρηση του 2001 [The principle of proportionality and the third party effect of fundamental rights after the 2001 reform] », *op. cit.*, p. 472 s.

⁸⁹² StE (Ass.) 250/2008 ΕΛΛΔ 2008, 407. Différemment, V. la décision StE 1624/2002 ΕΛΚΑ 2002, 343.

l'atteindre sont légitimes en principe. Toutefois, la mesure d'emprisonnement pour dette est interdite en soi, dans tous les cas, parce que contraire à la Constitution⁸⁹³ ».

S'il porte sur le contenu de l'acte contrôlé, le contrôle de proportionnalité ne concerne pas la légitimité des moyens employés pour l'obtention d'une fin ; il concerne plutôt les impacts de l'action publique. En réalité, la proportionnalité correspond à une exigence d'efficacité, dont le respect est assuré au moyen d'un examen, parfois très intrusif, de la motivation des actes publics.

L'affaire des licences des pharmacies. Cela est plus étonnant dans le contrôle de constitutionnalité des lois, pour lesquelles, traditionnellement, il n'y a aucune obligation de motivation. L'affaire des licences des pharmacies devant le Conseil d'État est significative à cet égard⁸⁹⁴. Une loi de 1991 a imposé des quotas de population à l'ouverture de pharmacies, en limitant le nombre de celles-ci dans chaque commune à une par 3 000 habitants. Selon le rapport parlementaire accompagnant la loi, cette mesure était justifiée par le besoin de protéger la santé publique et, plus précisément, le besoin de garantir la viabilité des pharmacies. En 1998, le Conseil d'État, tant en section qu'en assemblée plénière, a déclaré la loi en cause inconstitutionnelle⁸⁹⁵.

Dans leur examen de la constitutionnalité de la loi, les juges administratifs ont suivi leur jurisprudence constante en matière de liberté professionnelle. Après avoir rattachée la protection de cette liberté à l'article 5, paragraphe 1, de la Constitution, ils déclarent que les limitations imposées par la loi au choix et à l'exercice d'une certaine profession doivent être définies de manière objective et justifiées par des raisons importantes d'intérêt public ou social ; elles doivent être pertinentes au regard de l'objet de la loi et du caractère de la profession en cause et ne doivent pas avoir comme but exclusif la protection des personnes l'exerçant déjà au détriment des nouveaux candidats⁸⁹⁶. À la suite de ces considérations de dogmatique juridique classique, les juges annoncent les trois étapes du contrôle de proportionnalité : les limitations imposées par la loi doivent être « appropriées et nécessaires pour atteindre le but d'intérêt public ou social poursuivi par la loi et ne doivent pas être disproportionnées au regard de celui-ci⁸⁹⁷. » Le Conseil précise comment ces principes s'appliquent en l'espèce. Lorsque la limitation contestée concerne non seulement l'exercice mais aussi l'accès à une certaine profession, le principe de proportionnalité exige « que la nécessité d'imposer une limitation si exceptionnelle pour atteindre le but poursuivi par la loi soit évidente et clairement identifiable⁸⁹⁸ ».

⁸⁹³ StE 2820/2004 *LJKH* 2005, 229, para. 9.

⁸⁹⁴ StE (Ass.) 3665/2005 *EJK A* 2006, 59, para. 4.

⁸⁹⁵ *Ibid.* ; V. aussi StE 2110/2003, précitée.

⁸⁹⁶ StE (Ass.) 3665/2005, précitée, para. 4.

⁸⁹⁷ *Ibid.*

⁸⁹⁸ *Ibid.*

Si l'examen du juge porte sur la justification des mesures contestées, l'intensité du contrôle de proportionnalité varie en fonction de la gravité de l'atteinte au droit en cause. Comme nous le verrons, ce raisonnement fait écho à la jurisprudence de la Cour EDH⁸⁹⁹. En l'espèce, la majorité a statué que les mesures contestées étaient disproportionnées. Toutefois, les membres du Conseil ont été divisés sur la motivation concrète de la disproportion. Selon une première opinion, la loi avançait son but de santé publique de manière irrationnelle et indirecte, puisque les mesures choisies n'étaient pas « manifestement pertinentes » au regard de ce but ni liées à l'« exercice rationnel des droits individuels⁹⁰⁰ ». Aux yeux des juges, la protection de la santé publique exige plutôt l'édiction des garanties propres à l'exercice correct des professions de santé que l'édiction de mesures préservant la viabilité des pharmacies existantes⁹⁰¹.

Le président du Conseil et certains conseillers ne se bornent pas à un contrôle des motifs du législateur. Suivant le raisonnement de la décision de renvoi de l'affaire à l'assemblée, ils déclarent que, si les mesures en cause sont en elles-mêmes appropriées pour protéger la santé publique, leur nécessité n'est « pas évidente⁹⁰² ». En effet, les juges observent que « seule l'augmentation du nombre de pharmacies [...] conduit, en principe, à une diminution, même remarquable, des recettes et, par conséquent, des profits pour les pharmacies, mais ne comporte pas nécessairement une menace de leur viabilité⁹⁰³. » À leurs yeux, l'assertion dans le rapport accompagnant la loi que les restrictions antérieures, imposant une distance minimale entre pharmacies, n'étaient plus suffisantes pour obtenir le but législatif n'était « pas documentée⁹⁰⁴ ». Pour déclarer la loi inconstitutionnelle, les juges ont tenu compte de ses impacts sur les personnes concernées et ont mis l'accent sur l'« intensité exceptionnelle de la limitation en cause », qui « équivaut à l'établissement d'un *numerus clausus* pour les pharmacies et, par conséquent, conduit en fait à empêcher l'ouverture de nouvelles pharmacies⁹⁰⁵ ».

Proportionnalité et rationalisation de la loi. Toutes les opinions de la majorité témoignent d'un effort des juges pour rationaliser la relation entre moyens et fins établie par le législateur. Les membres du Conseil n'ont pas été convaincus de l'efficacité des quotas de population pour atteindre l'objectif poursuivi. L'opinion du président va même jusqu'à contester les appréciations factuelles concrètes des rédacteurs de la loi, malgré leur complexité. Les juges exigent des données et des preuves quant aux relations causales invoquées par le Parlement⁹⁰⁶. L'utilisation du langage de la proportionnalité semble développer leurs attentes quant à la possibilité d'établir les faits de l'espèce. Même dans le système inquisitoire, qui domine dans la

⁸⁹⁹ V. *infra*, Partie III, chapitre 7.1.

⁹⁰⁰ StE (Ass.) 3665/2005, précitée, V. la première opinion.

⁹⁰¹ *Ibid.*

⁹⁰² *Ibid.*, para. 4, V. la troisième opinion de la majorité ; V. aussi StE 2110/2003, précitée.

⁹⁰³ *Ibid.*

⁹⁰⁴ *Ibid.*

⁹⁰⁵ StE (Ass.) 3665/2005, précitée, para. 4.

⁹⁰⁶ V. aussi StE (Ass.) 1621/2012 *EJLJLJ* 2012, 2143, para. 7, toujours en matière de liberté professionnelle.

procédure et le contentieux administratif, la proportionnalité est censée encourager la participation des citoyens dans le processus de prise de décision publique et inciter les individus concernés à proposer des solutions alternatives⁹⁰⁷.

L'application de la proportionnalité comme un test factuel conduit parfois à une répartition des tâches plus rationnelle entre le Parlement et l'administration. Dans l'affaire 1910/2001, par exemple, une loi de 1994 a prévu l'annulation de l'extension des contrats de *leasing* de bâtiments publics quand celle-ci a été conclue les derniers mois de 1993⁹⁰⁸. Selon le rapport accompagnant la loi, cette mesure était nécessaire pour la défense de l'intérêt économique de l'État, l'extension des contrats concernés ayant été convenue pendant la campagne électorale et servant, selon le gouvernement, des intérêts micro-politiques. Les propriétaires de la discothèque Neraida (signifiant fée en grec), qui a dû fermer à la suite de cette loi, y ont vu une atteinte inconstitutionnelle de leur droit de propriété. Le Conseil d'État a accepté leurs arguments. Selon les juges, le critère posé par le législateur pour l'application de la loi, à savoir le moment de conclusion de l'accord d'extension, n'était pas « approprié et suffisant » pour justifier l'annulation automatique des accords concernés. La question de savoir si l'extension des contrats en cause était contraire à l'intérêt public, en raison, entre autres, d'une disproportion entre le loyer convenu dans ceux-ci et ce qui est habituel dans des contrats similaires, exige « l'examen des circonstances factuelles dans chaque cas concret » et relève donc de la compétence de l'administration. Sur la base de ces considérations, le Conseil a déclaré l'annulation automatique des contrats en cause contraire à la Constitution⁹⁰⁹.

L'application incohérente de la proportionnalité dans la jurisprudence administrative. Alors que, dans la pensée juridique grecque, la proportionnalité est conçue comme un principe optimisateur des droits fondamentaux, en pratique elle correspond à un test rationalisant portant sur les faits et les preuves. À ce décalage entre théorie et pratique en matière de proportionnalité s'ajoute l'incohérence qui caractérise plus généralement l'application de la proportionnalité dans la jurisprudence administrative et qui contraste avec sa perception en tant que « principe total ». La version traditionnelle de la proportionnalité comme un contrôle de l'erreur manifeste persiste en matière de droits fondamentaux⁹¹⁰. Dans certains cas, la proportionnalité est aussi appliquée en tant que standard d'équité ou de raisonnable⁹¹¹. Dans d'autres, elle est appliquée comme un principe du droit de l'UE

⁹⁰⁷ GERONTAS A., « Η αρχή της αναλογικότητας και η τριτενέργεια των θεμελιωδών δικαιωμάτων μετά την αναθεώρηση του 2001 [The principle of proportionality and the third party effect of fundamental rights after the 2001 reform] », *op. cit.*, p. 479 ; GERAPETRITIS G., « Στο δρόμο για την θεσμικά ισορροπη παρέμβαση του δικαστή [Towards an institutionally balanced judicial intervention] », *op. cit.*

⁹⁰⁸ StE (Ass.) 1910/2001 APXN/2001, 690.

⁹⁰⁹ *Ibid.*, para. 10.

⁹¹⁰ V., par exemple, StE 956/2009 TNILJΣA, para. 6 ; StE 4182/2005 ΔΔΙΚΗ 2005, 970, para. 7.

⁹¹¹ V. MANOLAKOGLOU K., « Η αρχή της αναλογικότητας ως τεχνική του δικαστικού ελέγχου πράξεων διακριτικής ευχέρειας της διοίκησης [The principle of proportionality as a technique for the judicial scrutiny of discretionary administrative acts] », *op. cit.* et la jurisprudence citée. StE 796/2009 TNILJΣA, para. 6 ; StE 398/2003 TNILJΣA (en matière de compétence liée) ; StE 1501/2008 EΔΚΑ 2009, 60.

ou de la CEDH⁹¹². D'ailleurs, il n'est pas rare que le langage de la proportionnalité ne soit pas employé du tout malgré la présence d'une restriction à un droit fondamental⁹¹³. Les auteurs sont méfiants vis-à-vis de la pluralité de « visages » et de « figures » de la proportionnalité⁹¹⁴. La reconnaissance explicite du principe dans la Constitution a certainement conduit à la propagation du langage de la proportionnalité dans le discours juridique et a établi un consensus quant à sa valeur normative en théorie. Toutefois, elle n'a pas conduit à une application cohérente de l'analyse structurée de la proportionnalité en pratique.

La diffusion de la proportionnalité en droit public grec est impressionnante. Déjà depuis les années soixante-dix, le principe est employé dans le contrôle de l'action publique. Le Conseil d'État a annoncé sa valeur constitutionnelle en 1984. Pendant presque quarante ans, la proportionnalité a été utilisée comme une technique de contrôle du Parlement et de l'administration. En contraste avec le droit anglais et français, le droit grec n'a pas résisté à la dynamique envahissante de la proportionnalité qui, depuis 2001, jouit même d'une reconnaissance explicite dans la Constitution. Toutefois, la « marche triomphale » de la proportionnalité dans ce contexte semble en décalage avec le rôle que celle-ci joue en pratique. La jurisprudence pertinente est marquée d'une tension conceptuelle constante. Alors que le Conseil d'État a annoncé la proportionnalité comme une exigence de nécessité et de pertinence s'imposant aux limitations des droits, dans les décisions postérieures, il l'a réduite à un contrôle de l'erreur manifeste concernant les motifs de la loi contrôlée. En même temps, en droit administratif, la proportionnalité a préservé son contenu d'équité et de relativité, qu'elle a eu depuis les premiers usages du terme dans les années soixante-dix. En droit européen, la proportionnalité s'applique « par traduction » de la jurisprudence de la Cour de Luxembourg et, pendant les années quatre-vingt-dix, elle conduit à un contrôle intrusif des décisions publiques.

Le contenu fragmenté de la proportionnalité en pratique est en décalage avec sa perception unitaire et relativement stable en théorie. Depuis 1984, et même avant, les juristes grecs ont interprété la proportionnalité comme une exigence tripartite d'appropriation, de nécessité et de proportionnalité *stricto sensu*, importée du droit allemand et européen. À l'instar de la doctrine française, la littérature grecque en la matière est détachée des structures du raisonnement juridictionnel. Néanmoins, à la différence de ce que l'on observe dans le contexte français, la proportionnalité en Grèce ne sert pas comme un outil d'analyse et de systématisation de la jurisprudence interne. Certes, elle a une fonction doctrinale dans l'interprétation de certaines règles

⁹¹² AP (Ass.) 26/2003 *Ελλάγη* 2003, 1263. Dans cette décision de l'*Areios Pagos* a suivi en détail le raisonnement de la Cour EDH en matière de droit de propriété.

⁹¹³ StE (Ass.) 2281/2001 *ΑΔΙΚΗ* 2001, 959, concernant l'inscription de l'appartenance à une religion sur les cartes d'identité. StE (Ass.) 1685/2013 *ΕΔΔΔ* 2013, 391, concernant l'imposition d'une cotisation exceptionnelle sur certaines fortunes.

⁹¹⁴ GERAPETRITIS G., « Πρόσωπα και προσωπεία του ελέγχου της αναλογικότητας [Faces and guises of the proportionality review] », *ΑΤΑΤΕΣ IV*, 2006, p. 269.

concrètes du droit administratif, du droit pénal ou du droit privé. Toutefois, ce qui semble être plus important pour les auteurs grecs est l'affirmation du contenu théorique du principe, parfois sans même définir sa relation avec les concepts et les distinctions traditionnels du contrôle juridictionnel. Malgré son application incohérente et fragmentée, la proportionnalité semble avoir une valeur en soi pour les juristes locaux ; elle fait partie d'un « style qui excelle, magnifie, plane⁹¹⁵. »

Il n'est donc pas surprenant que l'affirmation la plus solennelle de la proportionnalité, sa reconnaissance explicite dans la Constitution, ait fait consensus parmi les juristes locaux et ait établi l'analyse de proportionnalité en tant que méthode correcte de raisonnement juridique. L'hégémonie de la proportionnalité dans ce contexte contraste avec son rôle relativement limité dans la pensée juridique française. Cependant, son application en pratique reste incohérente. Les versions traditionnelles de la proportionnalité concourent avec sa nouvelle conception en tant que test rationalisant d'efficacité. Il est vrai que, par rapport à la jurisprudence française, l'application de la proportionnalité par les juridictions grecques est plus approfondie et plus orientée vers les faits. Toutefois, lui font défaut la clarté, la cohérence et la transparence quant aux valeurs prises en compte qui caractérisent son application par les juges anglais.

⁹¹⁵ SARIPOLOS N.I., *Πραγματεία του Συνταγματικού Δικαίου* [*Treatise of Constitutional Law*], 1^{re} éd., Athènes, 1851, p. 47 ; cité par DROSSOS Y., *Δοκίμιο ελληνικής συνταγματικής θεωρίας* [*Essay on Greek constitutional theory*], *op. cit.*, p. 129.

Conclusion de la première partie

La fonction expressive de la proportionnalité

Le récit de la diffusion de la proportionnalité en France, en Angleterre et en Grèce confirme l'« impérialisme » de cette doctrine. En France, la proportionnalité est perçue comme omniprésente depuis son émergence, elle prolifère en jurisprudence depuis les années deux mille. En Angleterre, la proportionnalité connaît un retentissement sans précédent comme chef de contrôle juridictionnel [*head of review*] en matière de droits de l'homme et son application a conduit au sacrifice de certaines « vaches sacrées » du *judicial review*. En Grèce, la proportionnalité est devenue hégémonique en tant que méthode de raisonnement juridique et elle se substitue à des catégories et standards préexistants.

Néanmoins, ce qui apparaît comme une « ascension irrésistible » de la proportionnalité ne résulte pas d'une application cohérente et systématique. En réalité, le contenu de la proportionnalité est très différent à travers l'espace et le temps. Contrairement aux allégations des enthousiastes du constitutionnalisme global, la proportionnalité n'est pas toujours comprise comme un test structuré en étapes servant à optimiser la protection des droits fondamentaux. Très souvent, certaines caractéristiques structurelles majeures de la théorie alexyenne, comme la mise en balance ou le raisonnement en étapes, sont absentes. Parfois, ce sont des éléments encore plus fondamentaux de cette théorie qui font défaut, comme la connexion de la proportionnalité avec les droits fondamentaux ou son utilisation dans le cadre du contrôle juridictionnel. La proportionnalité est complètement reconstruite au sein des systèmes juridiques hôtes, qui inscrivent leurs propres rationalités dans son utilisation. La convergence au niveau du vocabulaire n'est que superficielle. Langage transnational, la proportionnalité n'en réaffirme pas moins les frontières des discours qui l'adoptent.

Toutefois, malgré les divergences dans l'application de la proportionnalité, il est possible d'esquisser dans les lignes qui suivent certains éléments qui transcendent les frontières nationales et offrent ce que Pierre Legrand appelle une « interface dialogique » pour pousser la comparaison plus loin. Il se peut que, aux yeux du lecteur, ces éléments semblent basiques et relèvent du sens commun, puisqu'ils font partie de la conception de la proportionnalité que partagent les juristes européens. Néanmoins, leur mention est importante car ils ont guidé notre recherche et la présentation du reste de ce travail.

Tout d'abord, dans tous les contextes étudiés, la proportionnalité a été promue comme un transfert juridique de provenance étrangère. En 1974, Françoise Dreyfus et Guy Braibant ont proposé la reconnaissance explicite du principe de proportionnalité, importé de la jurisprudence des juridictions internationales et d'autres États européens. Dans l'affaire *GCHQ*, Lord Diplock s'est référé au principe de proportionnalité reconnu dans le droit administratif des pays de l'Europe

continentale. Dans son étude du principe allemand de proportionnalité datant de 1983, Apostolos Gerontas appelle à l'application de celui-ci en droit constitutionnel grec. La perception de la proportionnalité comme un transfert juridique n'est pas sans lien avec le rôle crucial que certaines personnalités ont joué dans sa diffusion. Guy Braibant, Jeffrey Jowell et Petros Pararas sont seulement des défenseurs de la proportionnalité parmi d'autres qui, au-delà de leur influence académique, sont souvent des praticiens ou des juges notables. D'ailleurs, il est intéressant de noter que la perception de la proportionnalité comme un transfert juridique a persisté dans tous les systèmes étudiés : pour les juristes français, anglais et grecs, la proportionnalité représente encore une structure de raisonnement en étapes de provenance allemande.

Ensuite, dans tous les contextes étudiés, c'est l'application du droit européen qui a accéléré la diffusion du langage de la proportionnalité qui, de ce fait, a été connectée à l'application de droits et libertés supranationaux. En France, c'est seulement après l'abandon de la théorie de la loi écran en matière de contrôle de conventionnalité que la proportionnalité a été diffusée en jurisprudence. En Angleterre, la proportionnalité a toujours été appliquée à travers les « *gateways* » du *ECA* et du *HRA*. Quant aux juges grecs, ceux-ci appliquent la proportionnalité dans le champ du droit de l'UE en « traduisant » la jurisprudence de la Cour de Justice. En ce qui concerne la CEDH, si pendant longtemps les juristes grecs n'ont pas perçu la proportionnalité comme un enjeu important de l'application de la Convention, l'ouverture du droit public à la jurisprudence de Strasbourg a certainement accéléré la diffusion du langage de la proportionnalité dans ce contexte.

Un autre point commun de l'évolution de la proportionnalité dans ces contextes est que, à un certain stade de cette évolution, la proportionnalité a été liée aux droits fondamentaux et a pris une forme similaire à celle décrite par les adeptes de la théorie alexyenne. Le transfert du test structuré en étapes en droit constitutionnel français en 2008 a explicitement été lié à l'application de la proportionnalité en Allemagne. Malgré son application incohérente en jurisprudence, les juristes locaux perçoivent de plus en plus la proportionnalité comme un principe qui vise à l'optimisation de la protection des droits fondamentaux. En Angleterre, le retentissement de la proportionnalité est étroitement lié à l'expansion spectaculaire du langage des droits fondamentaux après l'adoption du *HRA*. Tant la conception académique de la proportionnalité que son application en pratique correspondent approximativement à sa description dans la théorie alexyenne. Depuis son apparition en Grèce, la proportionnalité a été liée à la structure de raisonnement juridictionnel allemande, en dépit son application timide et formaliste en pratique. Depuis 2001, la perception dominante de la proportionnalité dans la pensée juridique locale est très proche du modèle alexyen. Toutefois, cette perception contraste avec l'application incohérente de la proportionnalité en jurisprudence et avec l'exclusion des valeurs du raisonnement qu'elle implique.

L'analyse développée dans cette partie montre que le contenu conceptuel de la proportionnalité pour les juristes locaux n'a pas toujours coïncidé avec son

application par les juges. Souvent, les écrits académiques ou doctrinaux en la matière négligent des caractéristiques importantes de la pratique, comme la forme et la fonction que la proportionnalité prend dans le raisonnement du juge. Ainsi, la façon dont la proportionnalité est comprise révèle des tendances plus générales qui imprègnent le savoir juridique dans chaque contexte.

En dépit de l'absence de sa reconnaissance explicite dans la jurisprudence, les publicistes français ont vu dans la proportionnalité une valeur omniprésente dans leur système juridique. Le concept a été utile à la doctrine dans son effort d'établir une cohérence dans l'évolution des méthodes du juge. Ainsi, l'utilisation du langage de la proportionnalité en droit public français exprime la perception de ce domaine comme un système cohérent. En contraste, les juristes anglais ont été plus attentifs et fidèles au raisonnement du juge et à la structure de la proportionnalité dans la motivation des décisions de justice. Dans ce contexte, la proportionnalité est perçue comme un chef de contrôle juridictionnel de l'action publique, distinct des concepts et des standards de contrôle préexistants. En tant que tel, elle ouvre la voie à une nouvelle forme d'argumentation et de raisonnement juridique. La façon dont les juristes anglais interprètent la proportionnalité exprime une perception instrumentale et pragmatique des formes juridiques qui est typique du *common law*. À la différence tant du contexte anglais que du contexte français, la diffusion de la proportionnalité en droit grec est complètement déconnectée, tant des méthodes que du raisonnement des juridictions internes. L'utilisation du langage de la proportionnalité dans ce contexte exprime le formalisme du discours juridique grec, dans le sens de son désintérêt pour les pratiques sociales, même quand elles sont partagées par les membres de la profession juridique. La proportionnalité est perçue comme correcte, peu importe son application.

Il ne s'agit pas ici de tirer des conclusions générales sur les caractéristiques du droit en tant que savoir, pratique ou système culturel dans les différents contextes étudiés. Les observations ci-dessus sont beaucoup trop abstraites et, si l'on s'arrêtait à celles-ci, seraient sujettes à la critique d'utiliser la culture comme « *thought stopper*⁹¹⁶ ». La culture n'est pas une entité statique ; ni d'ailleurs la culture juridique, qui définit les horizons sémantiques des concepts parmi lesquels la proportionnalité s'insère. Dans chaque système, des tendances différentes coexistent et des perceptions conflictuelles du droit cohabitent. Les similarités et les différences observées à ce stade ne sont qu'un résultat provisoire. Il convient de chercher la fonction expressive de la proportionnalité dans ses manifestations plus concrètes. Les points communs dans son utilisation qui ont été ici identifiés n'offrent qu'un point de départ, puisqu'ils constituent un contenu minimum qui permet la comparaison entre les usages de la proportionnalité dans les différents systèmes étudiés. La manière dont ce contenu est concrétisé à chaque fois exprime des perceptions et des attentes locales du droit, des droits fondamentaux, des autorités publiques et de l'Europe, ainsi que la façon dont ces perceptions et attentes changent au cours du temps.

⁹¹⁶ V. l'Introduction de ce travail, paragraphe 5.

PARTIE II

LES ATTENTES ATTACHÉES À LA PROPORTIONNALITÉ

L'effet performatif de la théorie alexyenne. Dans la première partie, nous avons montré que, malgré les divergences dans l'utilisation de la proportionnalité à travers les systèmes, la rhétorique du succès de la proportionnalité n'était pas complètement privée de base empirique. La proportionnalité se propage en effet dans les discours juridiques internes et, même si son application en jurisprudence correspond rarement *exactement* au modèle de Robert Alexy, elle en est parfois très proche. Dans les contextes étudiés, la proportionnalité a progressivement été connectée aux droits fondamentaux et elle est de plus en plus utilisée comme une structure de raisonnement en étapes. D'ailleurs, il ne faut pas négliger l'influence de la théorie alexyenne elle-même sur la diffusion de la proportionnalité. Les acteurs juridiques locaux perçoivent de plus en plus le modèle alexyen comme la manière correcte de parler le langage de la proportionnalité et poussent les juges à l'adopter. Le modèle global de la proportionnalité devient ainsi performatif : non seulement il décrit les modes de raisonnement juridique locaux, mais il les constitue également. La performativité est perçue comme un succès pour la théorie de la proportionnalité qui, comme toute théorie interprétative, s'inscrit dans une approche consciemment prescriptive.

Le paradigme rationnel des droits de l'homme. La littérature dominante attribue le succès de la proportionnalité à ses qualités inhérentes en tant que structure analytique. Cela est lié à la conception particulière des droits fondamentaux qui sous-tend les études en la matière que Matthias Kumm appelle le « paradigme rationnel des droits de l'homme [*Rational Human Rights Paradigm*]⁹¹⁷. » Reconstituant la pratique des juges dans les démocraties constitutionnelles libérales contemporaines, les théoriciens de la proportionnalité soutiennent que les droits fondamentaux ne sont pas appliqués comme des règles rigides, mais comme des principes, à savoir des énoncés abstraits de ce qui serait idéal, et relevant de la sphère du devoir être [*« ideal-ought statements »*⁹¹⁸]. Les principes constituent des impératifs *prima facie* ; ils ne deviennent définitifs qu'après une mise en balance avec d'autres principes concurrents dans la configuration des faits de chaque affaire⁹¹⁹. Dans le paradigme rationnel, les droits fondamentaux correspondent à des exigences d'optimisation : ils imposent aux décideurs de les réaliser au maximum de ce que permettent les possibilités factuelles et normatives de chaque cas. La proportionnalité est le cadre méthodologique pour accomplir cette tâche.

Les défenseurs de la proportionnalité adoptent une définition large du champ protecteur des droits de l'homme. Du fait de cette « générosité définitionnelle », des actions triviales ou même illégales sont *a priori* constitutionnellement protégées⁹²⁰. Le

⁹¹⁷ KUMM M., *Democracy is Not Enough*, *op. cit.*

⁹¹⁸ ALEXY R., *A Theory of Constitutional Rights*, *op. cit.*, p. 86 s. ; KUMM M., « Constitutional rights as principles », *op. cit.*, p. 578. La distinction entre règles et principes a été introduite par DWORKIN R., « The Model of Rules », *University of Chicago Law Review*, 1967, vol. 35, n° 1, p. Article 3.

⁹¹⁹ Kai Möller conteste la distinction règles/principes, tout en acceptant que l'application de certains droits constitutionnels importants implique un raisonnement de mise en balance. V. « Balancing and the structure of constitutional rights », *op. cit.*, p. 453.

⁹²⁰ ALEXY R., *A Theory of Constitutional Rights*, *op. cit.*, p. 210 s. ; BARAK A., *Proportionality*, *op. cit.*, p. 17 s. ; not. 42 s. ; KLATT M. et M. MEISTER, *The Constitutional Structure of Proportionality*, *op. cit.*, p. 45 s.

modèle alexyen des droits est typiquement opposé à l'approche libérale traditionnelle, illustrée notamment dans la jurisprudence de la Cour suprême états-unienne, qui confère le statut de droits constitutionnels seulement à certains intérêts privés considérés comme fondamentaux⁹²¹. La conception expansive des droits est souvent couplée à une reconnaissance d'un droit général à la liberté et à l'égalité⁹²², ou d'un droit à l'autonomie largement défini⁹²³. La conséquence de cette conception extensive des droits constitutionnels est que quasiment tout acte ou omission public affecte la réalisation de ces droits et peut en conséquence être soumis à une exigence de justification conditionnant sa validité. Ainsi, le domaine de la justice constitutionnelle devient « *prima facie* coextensif au domaine de la justice politique généralement⁹²⁴ ».

Les droits constitutionnels guident tout acte des autorités administratives et législatives. Ils ne créent pas seulement des impératifs négatifs d'abstention mais aussi des obligations positives de protection, que ce soit au moyen de l'établissement des institutions et des procédures à cette fin ou au moyen des actes matériels. Si les droits positifs jouissent du même statut normatif que les droits négatifs, leur spécificité structurelle conduit à accorder un pouvoir discrétionnaire plus large aux décideurs initiaux⁹²⁵. Les droits rayonnent dans le système juridique tout entier et affectent l'interprétation des notions juridiques indéterminées ainsi que des normes infra-constitutionnelles. De plus, ils jouissent d'un effet horizontal dans les rapports entre personnes privées. Les droits sociaux et économiques garantissent les moyens minimums de subsistance digne, le « minimum existentiel » requis pour la réalisation des libertés⁹²⁶. Rejetant la distinction libérale classique entre le droit privé et le droit public, entre l'État et la société, la théorie de la proportionnalité étend le champ normatif de la constitution de façon constante, jusqu'à couvrir, non seulement l'ensemble de l'action publique, mais aussi l'ensemble de la société. Matthias Kumm parle en ce sens de « constitution totale⁹²⁷ ».

La démocratie, les droits fondamentaux et la justification de l'action publique : les critiques et les attentes des défenseurs de la proportionnalité. Comme l'observent Alec Stone Sweet et Jud Mathews, la proportionnalité « a offert une assise doctrinale à l'expansion du pouvoir des juges sur la base des droits fondamentaux partout dans le monde⁹²⁸ ». C'est pour cela que les critiques de la théorie alexyenne soutiennent qu'elle fait de la constitution un « génome juridique » qui s'étend au détriment de l'autonomie du Parlement⁹²⁹. Au sein du nouveau

⁹²¹ KUMM M., « Constitutional rights as principles », *op. cit.*, p. 582 s.

⁹²² V. ALEXY R., *A Theory of Constitutional Rights*, *op. cit.*, p. 223 s. ; 260 s.

⁹²³ MÖLLER K., *The Global Model of Constitutional Rights*, *op. cit.*, p. 73 s.

⁹²⁴ KUMM M., « Constitutional rights as principles », *op. cit.*, p. 587.

⁹²⁵ KLATT M. et M. MEISTER, *The Constitutional Structure of Proportionality*, *op. cit.*, p. 85 s. ; ALEXY R., *A Theory of Constitutional Rights*, *op. cit.*, p. 344 s.

⁹²⁶ ALEXY R., *A Theory of Constitutional Rights*, *op. cit.*, p. 288 s. ; 349 s. ; KUMM M., « Constitutional rights as principles », *op. cit.*, p. 582 s.

⁹²⁷ KUMM M., « Who is Afraid of the Total Constitution? Constitutional Rights as Principles and the Constitutionalization of Private Law », *German Law Journal*, 2006, vol. 7, n° 4, p. 341.

⁹²⁸ STONE SWEET A. et J. MATHEWS, « Proportionality Balancing and Global Constitutionalism », *op. cit.*, p. 86-87.

⁹²⁹ FORSTHOFF E., *Der Staat der Industriegesellschaft: dargestellt am Beispiel der Bundesrepublik Deutschland*, 2^e éd., München, Beck, 1971, cité par Robert ALEXY dans le Postscript de *A Theory of Constitutional Rights*, *op. cit.*, p. 388. V.

paradigme promu par les défenseurs de la proportionnalité, le raisonnement politique deviendrait excessivement juridique et technique, toute possibilité de désaccord raisonnable concernant l'importance relative des valeurs constitutionnelles serait exclue⁹³⁰.

En réponse, les défenseurs de la proportionnalité prétendent que la démocratie ne doit pas seulement fonctionner sur la base de la volonté majoritaire mais doit aussi solliciter la participation des individus dans le processus de prise de décision politique⁹³¹. Avec la diffusion de la proportionnalité et des droits fondamentaux, les juridictions deviennent un forum de contestation des décisions politiques, tandis que le Parlement jouit toujours d'un large pouvoir discrétionnaire. En effet, le rôle du juge n'est pas de trouver une conciliation correcte entre les valeurs constitutionnelles antagonistes mais plutôt de « définir clairement les contours du raisonnable⁹³² ». Dans ce contexte, le juge assume une mission de « contestation socratique » du processus de décision politique, pour laquelle il est particulièrement adapté, étant données les règles garantissant l'indépendance et l'impartialité judiciaire, ainsi que l'obligation de motivation des décisions de justice⁹³³. Le caractère analytique et réactif du rôle du juge réduit l'importance des caractéristiques institutionnelles qui sont cruciales dans le processus d'élaboration des politiques publiques, comme l'accès aux faits ou l'expertise pour les apprécier⁹³⁴. Ainsi, David Beatty a pu observer que la proportionnalité « est capable de concilier la démocratie et les droits de façon à ce que chacun soit optimisé⁹³⁵ ».

La conception des droits comme principes ne garantit pas leur priorité par rapport à d'autres valeurs, elle n'implique pas non plus une protection absolue. Les droits ne correspondent ni à des « atouts [*trumps*⁹³⁶] », ni des « pare-feu [*firewalls*⁹³⁷] »,

aussi BÖCKENFÖRDE E.W., « Grundrechte als Grundsatznormen. Zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik », *Staat, Verfassung, Demokratie: Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1991, p. 185 ; cité par ALEXY R., *A Theory of Constitutional Rights*, *op. cit.*, p. 388 s. ; KAHN P., « The Court, the Community and the Judicial Balance: The Jurisprudence of Justice Powell », *Yale Law Journal*, 1987, vol. 97, p. 9. Dans ce sens, TSAKYRAKIS S., « Proportionality: An Assault on Human Rights? », *op. cit.*, p. 6 s. Pour une présentation plus complète du débat, V. KLATT M. et M. MEISTER, *The Constitutional Structure of Proportionality*, *op. cit.*, p. 75 s.

⁹³⁰ V., notamment, WALDRON J., « The Core of the Case Against Judicial Review », *Yale Law Journal*, juin 2005, vol. 115, p. 1346. V. aussi WEBBER G., *The Negotiable Constitution: On the Limitation of Rights*, Cambridge ; New York, CUP, 2009.

⁹³¹ KUMM M., *Democracy is Not Enough*, *op. cit.*, p. 28 s. ; « Alexy's Theory of Constitutional Rights and the Problem of Judicial Review », *Institutionalized reason: the jurisprudence of Robert Alexy*, Oxford ; New York, OUP, 2012, p. 201 ; ALEXY R., « Balancing, constitutional review, and representation », *International Journal of Constitutional Law*, 2005, vol. 3, n° 4, p. 572-581.

⁹³² KUMM M., *Democracy is Not Enough*, *op. cit.*, p. 35 s.

⁹³³ KUMM M., « The Idea of Socratic Contestation and the Right to Justification: The Point of Rights-Based Proportionality Review », *op. cit.* Cette idée a attiré d'autres auteurs : V., par exemple, BARAK A., *Proportionality*, *op. cit.*, p. 472 s. ; MÖLLER K., *The Global Model of Constitutional Rights*, *op. cit.*, p. 108.

⁹³⁴ KUMM M., *Democracy is Not Enough*, *op. cit.*, p. 31 s. ; « Constitutional rights as principles », *op. cit.*, p. 595 ; MÖLLER K., *The Global Model of Constitutional Rights*, *op. cit.*, p. 126 s.

⁹³⁵ BEATTY D., *The Ultimate Rule of Law*, *op. cit.*

⁹³⁶ DWORKIN R., *Taking Rights Seriously*, New impression, with A reply to critics, London, Duckworth, 1978, p. 193.

⁹³⁷ HABERMAS J., *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, Cambridge, MA, MIT Press, coll. « Studies in contemporary German social thought », 1996, p. 259.

ni à des « contraintes [*side constraints*⁹³⁸] », ni à aucun autre type de considérations anti-utilitaires. Leur champ *prima facie* est sujet à des limitations, justifiées par des raisons d'intérêt général ou par le besoin de protéger les droits d'autrui. Ainsi, le champ de protection dont les droits jouissent dépend des faits de chaque affaire. Même des ingérences très sévères aux droits fondamentaux peuvent être tenues pour constitutionnelles, puisque la théorie alexyenne ne reconnaît pas un contenu catégoriquement défini de ces droits ; la validité de leurs limitations dépend seulement du respect du principe de proportionnalité⁹³⁹. La perception des droits et de l'individu qui sous-tend la littérature de la proportionnalité est fonctionnelle. Ceux-ci sont socialement situés : suivant les termes d'Aharon Barak, la proportionnalité « représente l'idée que l'individu vit dans une société et en fait partie ; que l'existence même de cette société – ses besoins, ainsi que sa tradition – peut offrir une justification à la limitation des droits de l'homme au moyen de lois qui sont proportionnées⁹⁴⁰ ».

Les enthousiastes de la proportionnalité sont conscients que le paradigme rationnel des droits de l'homme est incompatible avec les approches philosophiques libérales, qui reconnaissent un nombre limité de droits bénéficiant d'une protection absolue. De ce point de vue, la métaphore de la mise en balance pour l'application juridictionnelle des droits constitutionnels a été critiquée de façon célèbre par Jürgen Habermas, qui considère qu'elle prive les droits de la « priorité stricte » que leur statut normatif leur attribue par rapport à d'autres intérêts de politique publique⁹⁴¹. De façon similaire, Stavros Tsakyrakis a mis en évidence le conséquentialisme qui sous-tend la littérature relative à la proportionnalité qui, à ses yeux, déconsidère l'importance des droits comme valeurs et met en danger la protection des minorités⁹⁴². L'application généralisée de la mise en balance dans le cadre analytique de la proportionnalité a aussi été critiquée par Grégoire Webber, qui soutient que, « par leur nature même, les droits aspirent à être absolus⁹⁴³ ».

Selon les défenseurs de la proportionnalité, en revanche, il ne serait pas possible d'accorder une primauté stricte aux droits sur les considérations d'intérêt public. Ces auteurs insistent toutefois que l'application du modèle de proportionnalité qu'ils proposent ne compromet pas nécessairement la protection des droits. Des considérations morales sur la valeur des droits peuvent être intégrées dans la structure de la proportionnalité : par exemple, le contrôle du but légitime peut servir à exclure des justifications paternalistes de l'action publique, basées sur une conception particulière de la façon dont les individus doivent vivre leur vie. D'ailleurs, lors du processus de la mise en balance, les droits peuvent se voir

⁹³⁸ NOZICK R., *Anarchy, State, and Utopia*, Oxford, Blackwell, 1974, p. 30 s.

⁹³⁹ KUMM M., « Alexy's Theory of Constitutional Rights and the Problem of Judicial Review », *op. cit.*, p. 192 s. ; BARAK A., *Proportionality*, *op. cit.*, p. 27 s. ; 493 s. ; KLATT M. et M. MEISTER, *The Constitutional Structure of Proportionality*, *op. cit.*, p. 17 s. ; 66 s.

⁹⁴⁰ BARAK A., *Proportionality*, *op. cit.*, p. 165.

⁹⁴¹ HABERMAS J., *Between Facts and Norms*, *op. cit.*, p. 256.

⁹⁴² TSAKYRAKIS S., « Proportionality: An Assault on Human Rights? », *op. cit.*, p. 6 s.

⁹⁴³ WEBBER G., « Proportionality and Absolute Rights », *op. cit.*, p. 74.

reconnaître des poids différents, selon leur importance respective dans la théorie normative adoptée par le décideur⁹⁴⁴. Dans ce sens, Frederick Schauer propose une conception alternative des droits comme « boucliers », jouissant d'une priorité lexicale quand ils sont mis en balance avec d'autres considérations⁹⁴⁵.

De cette façon, bien que les droits fondamentaux ne jouissent pas d'une protection absolue dans le paradigme rationnel, ils peuvent toutefois être des « armes formidables », puisqu'ils obligent les autorités publiques à justifier leurs restrictions⁹⁴⁶. La proportionnalité est utilisée comme un cadre qui structure et rationalise l'argumentation, en l'orientant vers les possibilités factuelles et normatives de chaque affaire. Cela étant, les sceptiques contestent l'existence de critères rationnels permettant la mise en balance des valeurs antagonistes⁹⁴⁷. Selon les défenseurs de la proportionnalité, pour autant, le raisonnement par la voie de la mise en balance n'est pas moins rationnel que la subsumption ; il est seulement moins contraint par des considérations formelles⁹⁴⁸. Pour Robert Alexy, la constitution peut offrir un point de référence commun qui rend les valeurs en cause dans chaque affaire commensurables⁹⁴⁹. De plus, le caractère concret de la mise en balance dans le cadre de la proportionnalité rend le raisonnement plus transparent et rationnel que dans le cas d'une décision *in abstracto* sur la valeur respective des principes constitutionnels tels que la liberté d'expression et le droit au respect de la vie privée⁹⁵⁰.

La proportionnalité permettrait de rendre la décision juridictionnelle sensible, tant aux considérations d'équité, liées à la particularité de chaque affaire, qu'aux exigences d'objectivité et de prévisibilité que pèsent sur la motivation des décisions de justice⁹⁵¹. Ainsi les auteurs de la proportionnalité avancent qu'elle instaure une culture politique et institutionnelle, au sein de laquelle tout acte coercitif de la puissance publique résulte d'un « *raisonnement collectif de raison* sur ce qu'exigent la justice et la bonne administration [*good policy*]⁹⁵². » Comme l'observe Mattias Kumm :

⁹⁴⁴ KUMM M., « Political Liberalism and the Structure of Rights: On the Place and Limits of the Proportionality Requirement », *op. cit.*, p. 141 s. ; V. aussi « What Do You Have in Virtue of Having a Constitutional Right? On the Place and Limits of the Proportionality Requirement », *op. cit.* Pour une analyse plus fine sur ce point, notamment en matière de dignité humaine, V. KUMM M. et A. WALEN, « Human Dignity and Proportionality: Deontic Pluralism in Balancing », *op. cit.*

⁹⁴⁵ SCHAUER F., « A Comment on the Structure of Rights », *Ga. L. Rev.*, 1992, vol. 27, p. 415 ; V., plus récemment, SCHAUER F., « Proportionality and the Question of Weight », *op. cit.*

⁹⁴⁶ KUMM M., « What Do You Have in Virtue of Having a Constitutional Right? On the Place and Limits of the Proportionality Requirement », *op. cit.*, p. 11.

⁹⁴⁷ Sur l'objection d'irrationalité, V. HABERMAS J., *Between Facts and Norms*, *op. cit.*, p. 254 s. Sur le problème d'incommensurabilité, V. SCHAUER F., « Commensurability and Its Constitutional Consequences », *Hastings Law Journal*, 1994, vol. 45, p. 785. V. aussi URBINA MOLFINO F.J., *A Critique of Proportionality and Balancing*, Cambridge ; New York, CUP, 2017.

⁹⁴⁸ ALEXY R., « Constitutional Rights, Balancing and Rationality », *op. cit.*, p. 139 ; *A Theory of Constitutional Rights*, *op. cit.*, p. 401 ; ALEXY R., « On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison », *op. cit.*

⁹⁴⁹ ALEXY R., « On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison », *op. cit.*, p. 442. Les auteurs ont davantage développé ce point en recourant à des analyses en philosophie. V. KLATT M. et M. MEISTER, *The Constitutional Structure of Proportionality*, *op. cit.*, p. 58 s.

⁹⁵⁰ ALEXY R., *A Theory of Constitutional Rights*, *op. cit.*, p. 105 et 369 s. ; BARAK A., *Proportionality*, *op. cit.*, p. 357.

⁹⁵¹ PERJU V., « Proportionality and freedom—An essay on method in constitutional law », *op. cit.*

⁹⁵² KUMM M., *Democracy is Not Enough*, *op. cit.*, p. 21. C'est l'auteur qui souligne.

« [a]u niveau institutionnel, les caractéristiques de la pratique en matière de droits de l'homme exigent une requalification de ce que les cours font lorsqu'elles évaluent si les autorités publiques ont violé les droits. Les cours ne s'engagent pas simplement en une application des règles ni en une interprétation des principes. Elles évaluent des justifications. Nous pouvons appeler cela *le changement de point focal, de l'interprétation à la justification*⁹⁵³. »

Les théoriciens de la proportionnalité suggèrent que les critiques concernant les résultats matériels de l'application du modèle qu'ils proposent ne devraient pas être adressées contre ce modèle *per se*, puisqu'il s'agit d'un modèle structurel qui ne détermine en rien les résultats des décisions juridictionnelles. Selon eux, tout dépend de la théorie morale qui complète son application et de la pratique des juges⁹⁵⁴. Appliquée correctement, la proportionnalité rend cette théorie publique et sujette au jugement des citoyens. Ainsi, son application conduit à l'« optimisation rationnelle de l'intérêt commun », peu importe la façon dont cet intérêt commun est perçu dans différentes sociétés⁹⁵⁵. La proportionnalité et le paradigme rationnel des droits de l'homme se présentent comme suffisamment abstraits pour s'adapter à différentes visions locales des droits fondamentaux et de la société dans les démocraties constitutionnelles, partout dans le monde. Ils ont la prétention de constituer un modèle global de raisonnement juridique en matière de droits fondamentaux⁹⁵⁶. Dans les termes utilisés par David Beatty, « appliquée de façon impartiale, la proportionnalité est un principe formel capable d'être utilisé partout dans le monde. Dans une planète en rétrécissement, elle est suffisamment multiculturelle⁹⁵⁷. » Ainsi, l'utilisation occasionnelle de la métaphore du transplant juridique dans la littérature relative à la proportionnalité n'implique pas un manque de considération du contexte qui entoure l'application de la proportionnalité mais plutôt une allégation que ce contexte peut, voire doit être pris en compte et reformulé suivant le cadre analytique de la proportionnalité⁹⁵⁸.

L'origine allemande de la proportionnalité. Néanmoins, la source de la proportionnalité est locale. Initialement, la théorie de Robert Alexy cherchait à systématiser et à analyser la jurisprudence du TCFA. C'est seulement à partir des années deux mille que la proportionnalité et le paradigme rationnel des droits de l'homme ont acquis une prétention d'universalité⁹⁵⁹. Même après le détachement de

⁹⁵³ *Ibid.*, p. 6.

⁹⁵⁴ « Political Liberalism and the Structure of Rights: On the Place and Limits of the Proportionality Requirement », *op. cit.*, p. 141 s. ; V. aussi « What Do You Have in Virtue of Having a Constitutional Right? On the Place and Limits of the Proportionality Requirement », *op. cit.*

⁹⁵⁵ RIVERS J., « Proportionality and Variable Intensity of Review », *op. cit.*, p. 181.

⁹⁵⁶ MÖLLER K., *The Global Model of Constitutional Rights*, *op. cit.*

⁹⁵⁷ BEATTY D., *The Ultimate Rule of Law*, *op. cit.*, p. 168.

⁹⁵⁸ V. KUMM M., « Is the Structure of Human Rights Practice Defensible? Three Puzzles and Their Resolution », *op. cit.*, sur le « problème de la variance » ; V. aussi PERJU V., « Proportionality and freedom—An essay on method in constitutional law », *op. cit.* Comme nous l'avons vu dans l'Introduction de ce travail, Vlad Perju accepte que la structure de la proportionnalité puisse s'adapter aux besoins locaux. V. PERJU V., « Proportionality and Stare Decisis: Proposal for a New Structure », *op. cit.*

⁹⁵⁹ KUMM M., « Constitutional rights as principles », *op. cit.*, p. 575.

la proportionnalité de la jurisprudence de Karlsruhe, les auteurs en la matière ont souvent eu recours à cette jurisprudence pour illustrer le succès du modèle qu'ils proposent. Il semble donc que les conditions de félicité de la théorie de la proportionnalité doivent être cherchées dans le contexte discursif particulier dans lequel la proportionnalité a émergé et a été développée en tant que méthode de contrôle juridictionnel.

À cet égard, Moshe Cohen-Eliya et Iddo Porat observent que le succès de la proportionnalité est encadré dans une conception communautariste de l'État, qui se manifeste déjà dans la notion allemande de *Rechtsstaat*⁹⁶⁰. En Allemagne, l'État est perçu comme ensemble d'institutions qui collaborent pour le bien public. En tant que tel, il n'est pas séparé de la société mais exprime des valeurs propres, qu'il a pour mission de réaliser. En effet, dans le constitutionnalisme allemand de l'après-guerre, la Loi fondamentale – comme les Allemands aiment appeler leur Constitution – incorpore les éléments fondamentaux de moralité politique que la société partage⁹⁶¹. Elle est censée établir un « ordre objectif de valeurs [*objektive Wertordnung*] » qui constitue le fondement de l'intégration sociale⁹⁶². Comme l'écrit Donald Kommers, « la Loi fondamentale n'est pas seulement pensée comme créant un système de gouvernement mais aussi comme nourrissant une manière de vivre sûre et supérieure⁹⁶³ ».

Jacco Bomhoff met l'accent sur le fait que la jurisprudence constitutionnelle allemande exprime « une foi dans le droit dont la ferveur et l'ambition sont telles, qu'il pourrait s'avérer difficile pour les non-croyants de la prendre au sérieux⁹⁶⁴. » Cette foi dans le droit est combinée avec une confiance dans les organes étatiques et particulièrement dans le TCFA, qui s'est assigné la mission de matérialiser l'ordre objectif de valeurs de la Loi fondamentale dans des cas individuels⁹⁶⁵. Comme Jacco Bomhoff l'explique, alors qu'aux États-Unis la mise en balance des valeurs antagonistes a été connectée à la poursuite illégitime des solutions *idéologiques* par le juge, en Allemagne elle est encadrée dans une croyance sur l'autonomie du droit et vise à offrir une méthode raffinée de raisonnement qui produirait des meilleures solutions *juridiques*. La mise en balance dans le cadre de la proportionnalité, en continuité avec les courants d'*Interessenjurisprudenz* et avec la téléologie de Rudolf von Jhering, vise à offrir une méthode rationnelle et scientifique pour l'application effective des valeurs protégées par la Constitution dans chaque affaire d'espèce⁹⁶⁶.

⁹⁶⁰ COHEN-ELIYA M. et I. PORAT, *Proportionality and Constitutional Culture*, *op. cit.*, p. 3.

⁹⁶¹ *Ibid.*, p. 46 ; 122 s. ; KOMMERS D., *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, 3^e éd révisée, Durham, NC, Duke University Press, 2012, p. 356 s. Pour un exemple de la façon dont le TCFA recourt à un raisonnement extensif sur les valeurs, V. la décision *Abortion I* (1975), 39 BVerfGE 1, traduite par Donald Kommers, in *Ibid.*, p. 374 s.

⁹⁶² *Lüth* (1958), 7 BVerfGE 198.

⁹⁶³ KOMMERS D., *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, *op. cit.*, p. 47.

⁹⁶⁴ BOMHOFF J., *Balancing Constitutional Rights: Introduction*, Rochester, NY, Social Science Research Network, 2013, p. 8.

⁹⁶⁵ COHEN-ELIYA M. et I. PORAT, *Proportionality and Constitutional Culture*, *op. cit.*, p. 47 s. V. aussi KOMMERS D., *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, *op. cit.*, p. 46 s.

⁹⁶⁶ BOMHOFF J., « Genealogies of Balancing as Discourse », *op. cit.*

Ces caractéristiques de la conception allemande de la mise en balance et de la proportionnalité sont le corollaire d'une perception du raisonnement juridique comme une entreprise rationnelle et scientifique. Cet « optimisme épistémologique⁹⁶⁷ » qui transpire la pensée juridique allemande est aussi manifeste dans les doctrines formalistes qui accompagnent l'application de la proportionnalité en jurisprudence : la « théorie des sphères personnelles », en matière de conflit entre la liberté d'expression et le droit au respect de la vie privée⁹⁶⁸, la « théorie de la gradation [*Stufentheorie*] », en matière de liberté professionnelle⁹⁶⁹, ou l'identification de différents « degrés de contrôle » en présence d'incertitudes concernant les faits de l'affaire⁹⁷⁰.

La proportionnalité et la culture juridique locale. Si l'idée du droit comme instrument d'intégration sociale, la confiance dans les institutions étatiques et l'optimisme épistémologique sous-tendant la pensée juridique allemande semblent favoriser l'application cohérente de la proportionnalité, il ne s'agit pas là de caractéristiques culturelles universellement partagées. La perception du droit, de l'État et du savoir juridique peut varier entre systèmes juridiques, et cela, même entre démocraties constitutionnelles libérales, et même en Europe. Les divergences dans l'utilisation du langage de la proportionnalité, observées dans la première partie de ce travail, indiquent que des éléments de la culture juridique locale affectent la forme et la fonction que revêt la proportionnalité dans des contextes différents. Elle révèle des sources locales de résistance à l'application de la proportionnalité comme une structure de raisonnement en étapes pour la réalisation optimale des droits fondamentaux.

Certes, la proportionnalité peut elle-même être une *source* de changement culturel. À cet égard, Moshe Cohen-Eliya et Iddo Porat suggèrent que sa diffusion dans des systèmes juridiques différents établit un point mondial de référence pour le raisonnement juridictionnel qui pourrait générer un phénomène de « course vers le sommet [*race to the top*] » en matière de droits fondamentaux. En d'autres termes, dans l'application de la proportionnalité, les juges auraient tendance à se mettre en concurrence pour assurer la meilleure protection des droits fondamentaux⁹⁷¹.

⁹⁶⁷ COHEN-ELIYA M. et I. PORAT, *Proportionality and Constitutional Culture*, *op. cit.*, p. 90. V., plus généralement, p. 82 s.

⁹⁶⁸ *Lebach* (1973), 35 BVerfGE 202 et KOMMERS D., *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, *op. cit.*, p. 484.

⁹⁶⁹ *Pharmacy* (1958), 7 BVerfGE 377, cité par KOMMERS D., *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, *op. cit.*, p. 666.

⁹⁷⁰ *Codetermination* (1979), 50 BVerfGE 290. V. aussi GRIMM D., « Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence », *op. cit.*, p. 391. Sur ce point, V. BOMHOFF J., *Balancing Constitutional Rights*, *op. cit.*, p. 9. Selon cet auteur, cette croyance est manifeste dans : « the tropes surrounding the vocabulary of balancing in Germany. There, a list of dominant terms would have to include words like *dialektisch* (dialectical), *prinzipiell* (principled), *durchtheoretisiert* (fully theorized), *Einheitsbildung* (fostering of unity), '*logisch-teleologisch*' (logicalteleological), *Optimierung* (optimization), and *Synthese* (synthesis) ». La perception de la proportionnalité comme une méthode de raisonnement rationnel informe aussi la critique de certaines décisions du TCFA, qui ressemblent souvent à des sortes de « conseils amicaux » donnés au Tribunal en ce qui concerne l'application de la proportionnalité. V. *Ibid.*, p. 134 s.

⁹⁷¹ COHEN-ELIYA M. et I. PORAT, *Proportionality and Constitutional Culture*, *op. cit.*, p. 134 s., faisant référence à David Law.

D'ailleurs, ces auteurs mettent l'accent sur le fait que le transfert d'un outil méthodologique tel que la proportionnalité, peut être accompagné de l'importation d'un « bagage culturel » allemand⁹⁷². Pour illustrer cet effet, ils prennent l'exemple de la jurisprudence canadienne et israélienne et observent que la diffusion de la proportionnalité dans ces contextes a emporté une perception communautariste de l'État et une ouverture du raisonnement juridique aux valeurs et aux idées provenant d'autres systèmes, des caractéristiques que l'on retrouve dans la jurisprudence constitutionnelle allemande.

Dans la première partie, nous avons montré que, dans les systèmes étudiés, la proportionnalité a été perçue comme un transfert juridique dont l'importation visait à produire un changement en droit interne. Cela indique que les acteurs juridiques promouvant la proportionnalité perçoivent leur propre système juridique et le contexte source comme similaires, dans certaines dimensions, et qu'ils espèrent que le premier peut évoluer pour se rapprocher encore plus du second. Néanmoins, ce qui est présenté comme source de la proportionnalité n'est pas toujours Karlsruhe ni le paradigme rationnel des droits de l'homme. D'autres influences, provenant d'autres systèmes juridiques ou même d'autres disciplines comme l'économie, les mathématiques et la philosophie, peuvent affecter le contenu de la proportionnalité, selon les critères locaux s'appliquant à l'argumentation juridique et, plus généralement, selon les enjeux locaux du droit. Les attentes attachées à la proportionnalité sont conçues et définies dans un contexte culturel particulier, en dehors duquel elles ne pourraient pas exister en tant que telles. Le but de cette partie est d'interpréter les différents récits sur la diffusion de la proportionnalité présentés dans la première partie, en enquêtant sur les contextes culturels dans lesquels ils se déploient. Nous ne nous limiterons pas à l'observation des effets que l'utilisation de ce langage a sur les cultures juridiques française, anglaise et grecque, mais nous essaierons aussi d'identifier la façon dont ces cultures ont, à leur tour, affecté la proportionnalité.

Dans une approche culturelle du droit, des métaphores comme celle du transplant juridique ne doivent constituer qu'un point de départ pour la comparaison juridique. Le sens de la proportionnalité et les attentes attachées à son utilisation dépendent de l'imagination locale. Ils varient considérablement à travers l'espace et le temps, en fonction de ce que les acteurs considèrent comme un changement possible et désirable de leur système juridique. Les sens locaux de la proportionnalité favorisent et en même temps contraignent son utilisation. Ils permettent de comprendre son évolution, son succès ou son échec dans des configurations différentes. Ainsi, l'objet de cette partie est d'identifier et de décrire les sens particuliers dont la proportionnalité est investie en France, en Angleterre et en Grèce. Pourquoi les acteurs juridiques s'expriment-ils en termes de proportionnalité et non en utilisant des modes de raisonnement existants ? Qu'ajoute la proportionnalité à l'argumentation juridique dans ces différents contextes ? Quelles évolutions du

⁹⁷² *Ibid.*, p. 134 et 136 s.

raisonnement juridique local sont attendues de son importation ? L'application locale de la proportionnalité répond-elle aux attentes des acteurs juridiques locaux et pourquoi ?

Les diverses façons dont les versions locales de la proportionnalité diffèrent du modèle alexyen révèlent des différences importantes entre les cultures juridiques au sein desquelles elles s'inventent. En France, les qualités les plus importantes du langage de la proportionnalité sont sa prétention à l'objectivité et à l'exactitude scientifique. Les juristes français perçoivent la proportionnalité comme une théorie, qui s'insère dans une conception scientifique du droit et qui justifie l'expansion du contrôle du juge sur le politique (**Chapitre 4**). De façon différente, la proportionnalité remplit une fonction mythopoiétique en droit public anglais. Elle est mobilisée par les juristes locaux comme un principe rationalisant qui, en faisant référence à des valeurs matérielles, permet d'assurer la cohérence entre les précédents épars du *common law* (**Chapitre 5**). Les espérances attachées à l'utilisation de la proportionnalité sont encore plus grandes en Grèce, où elle est perçue comme un transplant juridique. En tant que tel, il est attendu de la proportionnalité qu'elle provoque une transformation, non seulement d'ordre juridique, mais aussi d'ordre politique et social (**Chapitre 6**).

CHAPITRE 4

La quête d'une science du droit

La proportionnalité et les mythes de la pensée juridique française.
Comment peut-on comprendre l'évolution de la proportionnalité en droit public français ? Si l'influence de la rhétorique transnationale des droits fondamentaux est présente, il semble que des particularités locales contraignent l'utilisation et la diffusion du langage de la proportionnalité dans ce contexte.

La signification de la proportionnalité en France est très différente du transplant juridique décrit par la littérature dominante en la matière. Si elle a émergé comme un transfert juridique provenant de l'étranger, la proportionnalité représente toutefois pour les juristes locaux une qualité ou une valeur que les décisions publiques doivent respecter. En tant que principe général, elle est censée précéder l'apparition du vocabulaire en droit positif et s'imposer aux pouvoirs publics même en l'absence de reconnaissance explicite dans la jurisprudence. Si le modèle allemand de la proportionnalité est parfois repris par la doctrine, le plus souvent ce n'est pas pour défendre son adoption en tant que tel mais plutôt pour l'utiliser dans la reconstruction de la pratique des juridictions internes. D'ailleurs, la réception récente de la structure de la proportionnalité en droit constitutionnel n'a pas entraîné de changement radical des modes de raisonnement traditionnels. Plus généralement, la doctrine accorde une importance mineure à l'intégrité structurelle de la proportionnalité et ne semble pas troublée par son application incohérente. Peu nombreux sont les auteurs qui s'intéressent à la structure analytique de la proportionnalité en jurisprudence, et encore moins nombreux ceux qui poussent à l'adoption du modèle alexyen comme cadre argumentatif⁹⁷³. En droit privé, la proportionnalité se heurte à la forte résistance des modes de raisonnement traditionnels, notamment du modèle syllogistique⁹⁷⁴.

En ce qui concerne sa fonction, la diffusion de la proportionnalité en France n'a pas été une question d'optimisation des droits, comme la littérature dominante en la matière l'envisage. À quelques exceptions près, les défenseurs de la proportionnalité dans ce contexte ne voient pas son adoption comme consubstantielle avec une conception des droits comme des principes, à savoir des exigences d'optimisation adressées à l'État⁹⁷⁵. Ceci peut être lié au fait que les droits subjectifs sont difficiles à

⁹⁷³ Pour quelques exceptions, V. BOUSTA R., « Contrôle constitutionnel de proportionnalité : la "spécificité" française à l'épreuve des évolutions récentes », *op. cit.* ; JAMIN C., « Juger et motiver », *op. cit.*

⁹⁷⁴ V. la discussion sur ce point, in « Regards d'universitaires sur la réforme de la Cour de cassation - conférence débat 24 novembre 2015 », dans le numéro spécial de *La semaine juridique*, supplément au n° 1-2, 11 janvier 2016.

⁹⁷⁵ L'étude de Georges Xynopoulos semble sous-tendue d'une telle vision des droits fondamentaux : *Le contrôle de proportionnalité dans le contentieux de la constitutionnalité et de la légalité en France, en Allemagne et en Angleterre*, *op. cit.* ; « Réflexions sur le contrôle de proportionnalité en Europe continentale et en Grèce », *op. cit.* Il semble qu'une

concevoir en droit public français. Comme l'explique Michel Troper, « l'idée de l'État comme une entité de droit public, séparée de la société, dotée de personnalité juridique et prête à opprimer les citoyens est complètement étrangère à la Révolution française⁹⁷⁶. » Depuis l'époque de Jean-Jacques Rousseau, la tradition juridique française est dominée par l'allégorie du contrat social, qui a aussi inspiré les rédacteurs de la DDHC. Selon cette narration, les Hommes forment des sociétés et concèdent leur liberté au Souverain, qui préserve leurs droits naturels et imprescriptibles au moyen de lois. Cela implique que, traditionnellement, les droits de l'homme ne peuvent pas être conçus en l'absence de lois. Les plus célèbres des lois républicaines organisent l'exercice de ces droits : la loi du 30 juin 1881 et du 28 mars 1907 concernant la liberté de réunion ou la loi du 9 décembre 1905 concernant la liberté de conscience et de religion⁹⁷⁷.

La loi exprime la volonté générale et est en conséquence sacrée et infaillible ; elle ne peut pas être contestée. La tradition française est imprégnée par une perception volontariste de l'État et de la production normative. La législation est imaginée comme l'expression d'une volonté souveraine, émanant d'une entité mythique, le Législateur, exécutée par l'administration et prononcée dans des termes concrets par la « bouche » des autorités juridictionnelles. Il est évident que cette narration a les traits d'une construction mythique. En ce sens, la représentation française de l'État et de la production normative contraste avec le paradigme « rationnel » des droits de l'homme sous-tendant la théorie alexyenne. Par ailleurs, l'établissement d'un régime républicain au sein duquel la souveraineté appartient au peuple entraîne le couplage du mythe de la loi, expression de la volonté générale, avec un mythe intermédiaire : le mythe de la représentation. Puisque le Parlement est composé de représentants élus du peuple, sa volonté exprime la volonté souveraine de ce dernier⁹⁷⁸. La confusion entre représentés et représentants est à la source du *légicentrisme* traditionnel en droit français⁹⁷⁹.

Lors de la procédure législative, le législateur est censé évaluer la réalité sociale pour identifier ses problèmes, fixer les buts d'intérêt général qu'il veut poursuivre et définir les moyens pour le faire. Ainsi, c'est la volonté souveraine du législateur qui apprécie une certaine situation dans l'*être* et conclut à l'adoption d'une norme, un *devoir être*. Pendant longtemps, la volonté exprimée dans les lois jouissait d'une immunité juridictionnelle. Cela était également le cas pour les buts de l'action administrative, dont la mission était d'exécuter la volonté du législateur. Le

conception similaire des droits sous-tend certaines études en droit privé : V., par exemple, ZENATI-CASTAING F., « La juridictionnalisation de la Cour de cassation », *op. cit.* ; JAMIN C., « Juger et motiver », *op. cit.*

⁹⁷⁶ V. TROPER M., « Who needs a third party effect doctrine? The case of France », A. SAJÓ et R. UITZ (dir.) *The constitution in private relations. Expanding constitutionalism*, Utrecht, Eleven International Publishing, 2005 p. 121.

⁹⁷⁷ Toutefois, la notion de droits subjectifs n'est pas totalement absente du droit administratif des XIXe et XXe siècles. Sur ce point, V. FOULQUIER N., *Les droits publics subjectifs des administrés : émergence d'un concept en droit administratif français du XIXe au XXe siècle*, Paris, Dalloz, 2003.

⁹⁷⁸ BRUNET P., *Vouloir pour la nation : le concept de représentation dans la théorie de l'état*, Rouen, Publications de l'Université de Rouen, 2004 ; BRUNET P., « Que reste-t-il de la volonté générale ? Sur les nouvelles fictions du droit constitutionnel français », *Pouvoirs*, 2005, n° 114, p. 5.

⁹⁷⁹ V. aussi ROUSSEAU D., « La démocratie continue », *op. cit.*

raisonnement du juge se limite traditionnellement à la « découverte » de cette volonté et à son application dans le cas d'espèce. La décision de justice est classiquement perçue comme un processus mécanique d'application de la loi. Elle consiste en un syllogisme composé d'une majeure, d'une mineure et d'une conclusion. La volonté du législateur est transcendante et ne peut pas être le résultat d'intérêts privés, ce qui explique l'exclusion traditionnelle de méthodes de raisonnement comme la mise en balance, ainsi que le caractère inquisitoire de la procédure devant les juridictions de l'ordre administratif, dont le rôle premier est de contrôler la légalité de l'action publique⁹⁸⁰.

Ainsi, ce qui caractérise le raisonnement juridique dans ce contexte est une confusion entre forme et substance : les lois incorporent des jugements de valeur que le juriste ou le juge « découvre » et applique. Le formalisme qui imprègne le discours juridique français peut donc être décrit comme une espèce de « dogmatisme » : les jugements de valeur du Parlement sont affirmés comme s'il s'agissait de faits positifs. Initialement, l'application de la loi à des cas concrets était censée exclure tout pouvoir d'appréciation du juge. Il est bien connu que les lois révolutionnaires conféraient le pouvoir d'interpréter la loi au ministre seul, au moyen de l'instauration de la procédure du *référé législatif*⁹⁸¹. Si les juristes français ont vite pris conscience du caractère inévitable de l'interprétation, le contenu des lois est toujours représenté dans les décisions de justice comme préétabli et intouchable. La vérité des solutions juridictionnelles est présumée absolue, elle ne peut pas être contestée. Cela exclut la publication des opinions dissidentes dans la motivation des décisions de justice.

Antoine Garapon explique qu'« en France, le droit est assimilé à quelque chose de transcendant, alors que, dans le monde du *common law*, il est mieux décrit comme les règles du jeu⁹⁸². » En effet, les juristes français utilisent souvent le terme « consécration » pour désigner la reconnaissance des nouvelles règles ou principes juridiques. La nature quasi-sacrée du droit explique le mystère et le secret entourant le processus de décision juridictionnelle. L'organisation institutionnelle des cours comme un organe collectif est cachée derrière la présentation laconique et affirmative de la motivation des décisions de justice, qui évince toute négociation qui aurait pu avoir lieu pendant le délibéré. La légitimité du pouvoir judiciaire n'est pas fondée sur la transparence des décisions de justice, comme la théorie alexyenne le postule, ni sur une justice procédurale rawlsienne qui inclurait les individus dans la prise de décision normative. Au contraire, c'est précisément l'isolement des juges et des conseillers composant les juridictions ordinaires, leur formation dans des institutions élitistes et leur appartenance à un corps qui sont censés les doter de l'expertise et de l'indépendance nécessaires pour accomplir leur tâche. Suivant les termes de Mitchel

⁹⁸⁰ Les arguments des parties jouent toutefois une importance majeure. V. LATOUR B., *La fabrique du droit : une ethnographie du conseil d'État*, Paris, La Découverte, 2002.

⁹⁸¹ Décret du 16-24 août 1790 sur l'organisation judiciaire. Sur l'idée que l'interprétation ne serait pas toujours nécessaire dans l'application du droit, V. PERELMAN C., « Droit, logique et épistémologie », *Ethique et droit*, Bruxelles, éditions de l'Université de Bruxelles, 1990, p. 619-635, not. p. 623.

⁹⁸² GARAPON A., « French legal culture and the Shock of "Globalization" », *Social and Legal Studies*, 1995, vol. 4, Special issue on Legal culture, Diversity and Globalization, p. 499.

Lasser, « c'est l'État comme un tout unitaire et complet avec ses institutions représentatives qui porte l'*imprimatur* de la légitimité républicaine⁹⁸³ ». Cet auteur montre que le système méritocratique et formaliste français a ses propres avantages, malgré sa description parfois caricaturale par les auteurs du *common law*.

Le potentiel limité d'une science juridique. La prédominance de la volonté du législateur compromet la scientificité du savoir juridique. Tandis que la science est censée être fondée sur des appréciations factuelles objectives et guidée par les lois de causalité, les faits sont censés être externes à l'enquête sur le contenu et la validité des normes juridiques. La séparation axiomatique entre *être* et *devoir être*, attribuée à Hume, est fondamentale dans le contexte français. Ceci permet de comprendre le rejet traditionnel des analyses historiques, sociologiques, marxistes et autres du droit comme non-juridiques. Le discours juridique dans ce contexte est particulièrement formel, basé sur des distinctions binaires du type noir et blanc. C'est ce qu'illustre bien le plan classique en deux parties–deux sous-parties, suivi depuis les années quarante dans les écrits académiques⁹⁸⁴.

Il est significatif à cet égard que la notion de mise en balance *ad hoc* ne fasse pas partie du vocabulaire juridique français, ce qui rend la fonction de la proportionnalité difficile à saisir dans ce contexte. Pour les juristes locaux, choisir la norme applicable selon les circonstances factuelles de chaque affaire entraînerait inévitablement des jugements de valeur de la part des autorités d'application de la loi et ouvrirait la porte à la subjectivité et l'arbitraire. Dans ce contexte, le terme « abstrait » est utilisé comme un synonyme du terme « objectif » et, inversement, le terme « concret » comme un synonyme du terme « subjectif⁹⁸⁵ ». La pensée juridique française est positiviste et adresse banalement l'accusation d'un jus-naturalisme caché à tout jugement de valeur qui se veut objectif⁹⁸⁶. La qualité la plus importante de la science du droit est (sa prétention à) la neutralité axiologique⁹⁸⁷. Ainsi, Hans Kelsen et sa théorie « pure » du droit constitue le point de référence de l'analyse du droit et de la formation juridique depuis à peu près un siècle. Cela a empêché le développement des théories positivistes inclusives que l'on retrouve dans les systèmes du *common law*. De même, la conception alexyenne du droit comme englobant des éléments de moralité est incompatible avec les traits fondamentaux de la pensée juridique française.

Des efforts de rationalisation. Pour autant, ces traits traditionnels ont été tout aussi traditionnellement critiqués. Les publicistes français ont toujours cherché à

⁹⁸³ LASSER M., *Judicial Transformations*, *op. cit.*, p. 53.

⁹⁸⁴ Sur ce point, V. AUDREN F. et J.-L. HALPÉRIN, *La culture juridique française*, *op. cit.*, p. 223 s.

⁹⁸⁵ V. par exemple, 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 », *op. cit.*, p. 700. Pour cette auteure, la proportionnalité des peines « repose sur des appréciations qui ne sauraient être strictement objectives parce que la faute elle-même doit être considérée par rapport aux circonstances particulières dans lesquelles elle s'est produite et que la peine n'aura pas le même impact quels que soient les cas dans lesquels elle est prononcée ».

⁹⁸⁶ Concernant cette tendance de la pensée juridique française, V. JOUANJAN O., « De la vocation de notre temps pour la science du droit : modèles scientifiques et preuve de la validité des énoncés juridiques », *Revue européenne des sciences sociales*, 2003, XLI-128, p. 134 s.

⁹⁸⁷ CHAMPEIL-DESPLATS V., *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Paris, Dalloz, 2016, p. 107 s. ; 111 s.

imposer des contraintes à la volonté normative des autorités étatiques, que ce soit en faisant appel aux « droits naturels, inaliénables et sacrés » de la DDHC⁹⁸⁸ ou en important des méthodes scientifiques d'autres disciplines, notamment des sciences « dures » et des sciences sociales⁹⁸⁹. Le sens commun volontariste a été constamment critiqué dans les écrits de la doctrine et dans les conclusions des commissaires du gouvernement plaidant pour une approche plus pragmatique⁹⁹⁰. Le Conseil d'État n'est pas resté indifférent à ces appels. C'est la quête de rationalisation qui a conduit cette juridiction à un contrôle plus intrusif des motifs de l'action administrative⁹⁹¹. C'est la volonté d'imposer des exigences d'équité à la production normative qui, à partir des années quarante, a inspiré la création de la catégorie normative des principes généraux du droit, que le juge administratif a parfois rattachée à la Constitution⁹⁹².

Cela étant, le formalisme du discours juridique français persiste et préserve le mystère entourant la production normative. Le dogmatisme du raisonnement juridictionnel se manifeste toujours aujourd'hui dans le tabou entourant le cas d'ouverture du détournement de pouvoir ou dans la survivance de la théorie de la loi écran, qui « évoque spontanément cet âge prétendument d'or d'une Révolution pleine de grâces⁹⁹³ ». D'ailleurs, même les principes généraux auxquels le juge a recours sont traditionnellement présentés comme la reconstruction objective d'une volonté législative présumée⁹⁹⁴. L'immunité juridictionnelle dont jouissent les jugements de valeur des autorités publiques sous-tend la distinction fondamentale entre légalité et opportunité qui canalise depuis longtemps l'évolution des méthodes du juge. En effet, en contraste avec la notion des *merits* anglaise, qui exclut le juge d'une évaluation des effets de l'action publique, la notion d'opportunité est orientée vers les motifs de la décision contrôlée et donc vers l'intention ou l'état d'esprit de l'autorité qui l'a prise. Concernant ces motifs, le juge se permet seulement de sanctionner des erreurs dans les appréciations factuelles. Le caractère « manifeste » de ces erreurs exclut tout risque que le juge substitue ses propres évaluations subjectives à celles de l'autorité contrôlée.

L'enchantement vis-à-vis de la production normative se retrouve aussi dans les écrits académiques, où la volonté des autorités détentrices du pouvoir normatif échappe constamment à la détermination rationnelle par la science du droit. Là encore, la distinction entre *être* et *devoir être* est fondamentale et impose la distinction

⁹⁸⁸ Phrase empruntée au préambule de la Déclaration de 1789. V., par exemple, HAURIOU M., *Précis élémentaire de droit constitutionnel*, 2^e éd., Paris, Sirey, 1930, p. 306 s.

⁹⁸⁹ Sur ce point, V. CHAMPEIL-DESPLATS V., *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, *op. cit.*, p. 42 s. ; 145 s.

⁹⁹⁰ Notamment le Commissaire du gouvernement Bernard Chenot a critiqué de façon célèbre les « faiseurs de systèmes », dans ses conclusions sur CE 10 février 1950, *Sieur Gicquel*, Rec. 100. V. aussi la réponse de RIVERO J., « Apologie pour les “faiseurs de systèmes” », *op. cit.*

⁹⁹¹ V. *supra*, Partie I, chapitre 1.1, introduction.

⁹⁹² CE, 26 juin 1959, *Syndicat général des ingénieurs conseils* n° 92099, ECLI:FR:CESJS:1959:92099.19590626 ; CE, 12 février 1960, *Société Eky*, n° 46922 et 46923, ECLI:FR:CESJS:1960:46922.19600212.

⁹⁹³ BRUNET P., « Que reste-t-il de la volonté générale? », *op. cit.*, p. 5.

⁹⁹⁴ LONG M., P. WEIL, G. BRAIBANT, P. DELVOLVÉ, et B. GENEVOIS, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, *op. cit.*, p. 388.

entre science et doctrine qui revient de façon récurrente dans les débats et analyses en la matière⁹⁹⁵. D'une part, la science juridique, dans le sens de la production d'un ensemble de connaissances objectives et exactes sur le droit, est condamnée à ne jamais participer à la production normative, puisqu'elle ne peut que concerner des situations de fait. D'autre part, la doctrine, dans le sens d'une systématisation prescriptive, est condamnée à ne jamais être scientifique puisqu'elle est fondée sur des jugements de valeur qu'elle vise à rendre normatifs⁹⁹⁶. Le mystère entourant la production normative dans la pensée juridique française contraste avec la croyance en la rationalité des jugements de valeur qui imprègne la littérature transnationale sur la proportionnalité.

Rationalisation et contrôle de constitutionnalité des lois. À la fin du XIXe siècle, la rationalisation du Parlement et de la production législative est devenue la revendication principale d'un mouvement de réforme composé de juristes et de personnes politiques notables. Ce mouvement a influencé considérablement l'écriture de la Constitution de la Ve République, qui a institué le Conseil constitutionnel et l'a chargé du contrôle de constitutionnalité des lois⁹⁹⁷. Toutefois, la Constitution de 1958 n'a pas radicalement changé la perception volontariste de la production normative. Jean Carbonnier observe que la Ve République est « ambitieuse et dominatrice » : votée « sous l'autorité d'un chef charismatique, d'un soldat heureux », elle s'impose au moyen d'« ordres écrits, nature d'acte de volonté autoritaire⁹⁹⁸. » Le juge constitutionnel a pendant longtemps refusé de contrôler les choix du Parlement sur le fond. Le législateur a continué à être souverain dans la poursuite de l'intérêt général, une notion qui traditionnellement « échappe à la mécanique, à l'ingénierie constitutionnelle⁹⁹⁹. »

Si, à partir des années soixante-dix, l'attribution d'un statut constitutionnel au Préambule de la Constitution de 1958 et aux textes auxquels il se réfère a permis le contrôle matériel de la constitutionnalité des lois, la volonté du Parlement et la définition de l'intérêt général sont restées en dehors du contrôle du juge. En effet, les valeurs matérielles proclamées par ces textes constituent des normes objectives, imposant des *limites* et non des *buts* à l'action étatique¹⁰⁰⁰. Parmi elles, les droits de l'homme, investis de la forme des libertés publiques, ne correspondent pas à des exigences d'optimisation mais typiquement à des impératifs d'abstention. Ainsi, ils ne forment pas une catégorie spéciale de normes telle que la catégorie des droits

⁹⁹⁵ V., par exemple, PICARD E., « “Science du droit” ou “doctrine juridique” », *L'unité du droit : mélanges en hommage à Roland Drago*, Paris, Economica, 1996, p. 119- 171.

⁹⁹⁶ V. CHEVALLIER J., « Doctrine juridique et science juridique », *Droit et société*, 2002, n° 50, p. 103-120.

⁹⁹⁷ STONE SWEET A., *The Birth of Judicial Politics in France*, *op. cit.*, p. 31-45.

⁹⁹⁸ CARBONNIER J., *Droit et passion du droit sous la Ve République*, Paris, LGDJ, 2008, p. 26 et 28 resp., cité par ASSIER-ANDRIEU L., « Carbonnier Jean, Droit et passion du droit sous la Ve République, coll. « Forum », 1996 », *Droit et Société*, 1998, vol. 40, n° 1, p. 651-658.

⁹⁹⁹ SAINT BONNET F., « L'intérêt général dans l'ancien droit constitutionnel », B. MATHIEU et M. VERPEAUX (dir.), *L'intérêt général, norme constitutionnelle*, Paris, LGDJ, 2007, p. 3.

¹⁰⁰⁰ La distinction structurelle entre buts et limites est due à YANNAKOPOULOS C., « Μεταξύ συνταγματικών σκοπών και συνταγματικών ορίων: η διαλεκτική εξέλιξη της συνταγματικής πραγματικότητας στην εθνική και στην κοινοτική έννομη τάξη [Entre buts constitutionnels et limites constitutionnelles : l'évolution dialectique de la pratique constitutionnelle dans l'ordre juridique national et communautaire] », *Εφελ*, 2008, n° 5, p. 733-752.

fondamentaux. Avec d'autres principes objectifs, comme l'indépendance de la juridiction administrative ou la compétence de la juridiction judiciaire en matière de droit de propriété, ils appartiennent à des catégories existantes comme les principes généraux du droit ou les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République (PFRLR¹⁰⁰¹). L'application des libertés publiques consiste en une confrontation *in abstracto* du contenu des normes suivant le modèle syllogistique. Ainsi, le style traditionnel de motivation des décisions du Conseil constitutionnel est particulièrement formel, même quand il s'agit de « grandes » décisions. Le raisonnement typique en la matière consiste en des affirmations axiomatiques du type : « la liberté d'association exclut un régime d'autorisation préalable » ou « selon l'article 66 de la Constitution, le juge judiciaire est le protecteur de la liberté individuelle ».

Certes, avec la « juridictionnalisation » du Conseil constitutionnel et le développement de ses méthodes, le Parlement est de plus en plus perçu comme une institution constituée et non souveraine. Cela a été exprimé de façon exemplaire dans la formule la plus célèbre de la jurisprudence constitutionnelle : « la loi n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution¹⁰⁰² ». La production des normes législatives est de plus en plus présentée comme un processus de conciliation entre des valeurs constitutionnelles antagonistes et le Conseil a su y censurer les erreurs et les disproportions manifestes dans le cadre du contrôle de constitutionnalité *a priori*. Si cela a introduit un contrôle restreint des motifs de la loi, l'immunité des fins politiques ou morales du législateur a persisté. C'est au Parlement qu'incombe de faire le choix des valeurs constitutionnelles à réaliser. Selon un considérant désormais constant dans la jurisprudence du Conseil : « il appartient au législateur d'opérer la conciliation nécessaire entre le respect des libertés et la sauvegarde de l'ordre public sans lequel l'exercice des libertés ne saurait être assuré¹⁰⁰³ ».

Les résultats de la conciliation effectuée par le Parlement ne sont pas contrôlés par le juge au moyen d'une mise en balance, du moins pas explicitement. En effet, il semble que la référence par le Conseil à une conciliation entre des valeurs constitutionnelles concurrentes ne corresponde pas tant à une méthode de contrôle particulière qu'à un *rituel* par lequel le juge reconstruit les motifs du législateur à la lumière de la Constitution. Loin de contester l'immunité de l'intention du législateur, la référence à la conciliation la confirme. Cette immunité sous-tend par ailleurs les méthodes du contrôle de constitutionnalité. Par exemple, le détournement de pouvoir est tabou dans la jurisprudence constitutionnelle¹⁰⁰⁴, alors que la technique des réserves d'interprétation permet au Conseil de « parler » comme l'aurait fait le

¹⁰⁰¹ ROUSSEAU D., *Droit du contentieux constitutionnel*, 11^e éd., Paris, Montchrestien, 2016, p. 264 s.

¹⁰⁰² Décision n° 85-197 DC, 23 août 1985, *Loi sur l'évolution de la Nouvelle Calédonie*, cons. 27, ECLI:FR:CC:1985:85.197.DC.

¹⁰⁰³ Décision n° 85-187 DC, 25 janvier 1985, *Loi relative à l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie et dépendances*, Rec. 43, cons.3, ECLI:FR:CC:1985:85.187.DC.

¹⁰⁰⁴ V. GOESEL-LE BIHAN V., « Le contrôle exercé par le Conseil constitutionnel : défense et illustration d'une théorie générale », *RFDC*, 2001, p. 67-83.

Parlement, selon la reconstruction de la volonté de celui-ci en conformité avec la Constitution¹⁰⁰⁵. L'idéalisation du Parlement et du processus de production législative transparait aussi bien dans la motivation des décisions de justice constitutionnelle que dans les analyses de la doctrine. Dans celles-ci, le législateur est constamment personnifié et sa volonté unitaire est recherchée dans les travaux parlementaires.

Désenchantement et fabrication de nouveaux mythes. Cela étant, les juristes français ne croient pas toujours en leurs mythes ; ils les dénoncent même souvent en tant que tels. C'est le cas tant pour le « mythe de la volonté générale » que pour le « mythe de la représentation », qui sont souvent déconstruits dans les écrits contemporains¹⁰⁰⁶. Dans le contexte de crise de la loi et sous l'influence croissante du droit européen, les juristes français apparaissent beaucoup plus sceptiques vis-à-vis de la possibilité d'établir une connaissance objective de la signification des énoncés juridiques. Le positivisme traditionnel et sa prétention à la scientificité est progressivement abandonné ; des théories réalistes ou herméneutiques acquièrent une place dominante dans l'analyse juridique, quand celle-ci ne se limite pas à une description et une systématisation « amorphe » de la jurisprudence¹⁰⁰⁷.

Franz Boas observait que « les univers mythologiques sont destinés à être démantelés à peine formés, pour que de nouveaux univers naissent de leurs fragments¹⁰⁰⁸. » En effet, le désenchantement du Parlement dans la pensée juridique française a été accompagné d'une idéalisation du pouvoir judiciaire. Souvent personnifié dans les écrits juridiques, le juge fascine les juristes français. Il est de plus en plus perçu comme le protecteur de certains droits aujourd'hui appelés fondamentaux et la valeur normative de ses décisions est de plus en plus affirmée¹⁰⁰⁹. La doctrine se livre à des reconstructions complexes de sa jurisprudence pour le guider dans son nouveau rôle, qui trouve aussi des expressions en droit positif, avec l'instauration de procédures juridictionnelles explicitement réservées à la protection des libertés, notamment le référé-liberté et la QPC. Cette fascination vis-à-vis du juge imprègne aussi les analyses critiques, qui le présentent souvent comme une personne toute-puissante, agissant selon des motifs illégitimes ou, du moins, extra-juridiques. Ces observations doivent certes être nuancées dans le contexte contemporain du déclin des droits fondamentaux. On observe ces dernières années une suspicion croissante de la doctrine dominante qui, en matière de droit constitutionnel

¹⁰⁰⁵ Sur cette technique, V. VIALA A., *Les réserves d'interprétation dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, LGDJ, 1999.

¹⁰⁰⁶ V. déjà CARRÉ DE MALBERG R., *La loi, expression de la volonté générale : étude sur le concept de la loi dans la constitution de 1875*, Paris, Sirey, 1931, p. 222, qui parle d'une « fiction » ; V. aussi BRUNET P., « Que reste-t-il de la volonté générale? », *op. cit.* ; ROUSSEAU D., « La démocratie continue », *op. cit.*

¹⁰⁰⁷ JOUANJAN O., « De la vocation de notre temps pour la science du droit », *op. cit.*, p. 142.

¹⁰⁰⁸ BOAS F., « Introduction », *Traditions of the Thompson River Indians of British Columbia*, Houghton, Mifflin, Boston : New York, coll. « Memoirs of the American Folklore Society », 1898, p. 18 ; cité par LÉVI-STRAUSS C., *La pensée sauvage*, Plon, 1962, p. 31.

¹⁰⁰⁹ VEDEL G., « Le Conseil constitutionnel, gardien du droit positif ou défenseur de la transcendance des droits de l'homme », *op. cit.* V., par exemple, FAVOREU L., *Droit des libertés fondamentales*, 2e éd., Paris, Dalloz, coll. « Précis », 2001, p. 143 ; SAUVÉ J.-M., « Le juge administratif, protecteur des libertés », Intervention pour les dix ans de l'AFDA, Université d'Auvergne, 16 juin 2016.

notamment, prend la forme d'une critique de l'organisation institutionnelle et de la composition politique du Conseil constitutionnel¹⁰¹⁰.

Le sens de la proportionnalité en droit public français. L'évolution des méthodes du juge dans le contexte français peut être comprise comme un effort continu de rationalisation de la volonté des autorités jouissant d'un pouvoir normatif. L'utilisation de la proportionnalité par les juristes locaux est adaptée à ce contexte discursif particulier. Le but de ce chapitre est de montrer que la force de la proportionnalité en droit public français ne repose pas sur une conception des droits constitutionnels comme des principes ni sur une vision du droit comme un cas de raisonnement pratique. Au lieu de cela, elle repose sur l'apparence d'objectivité et d'exactitude scientifique du langage de la proportionnalité. Ainsi, la diffusion de ce langage exprime le mystère qui entoure les choix politiques ou moraux des autorités étatiques et, simultanément, la quête d'une science juridique pour rationaliser ces choix. Dans ce contexte, la proportionnalité ne constitue pas tant un instrument de changement juridique, comme le suggère la métaphore du transplant, qu'un outil de systématisation doctrinale.

Les enjeux de la proportionnalité en droit public français deviennent clairs quand on considère les méthodes que la doctrine classe sous ce label : celles-ci sont notamment le bilan coût-avantages et le contrôle de nécessité, à savoir deux cas d'extension des pouvoirs du juge (**Section 1**). La proportionnalité a la capacité magique de représenter comme objectives des évaluations appartenant traditionnellement à la sphère de l'opportunité. Cela est lié à sa double généalogie : elle représente tant une valeur ou un principe juridique importé d'autres systèmes qu'une équation mathématique importée des sciences positives (**Section 2**). En doctrine, la proportionnalité a été développée comme une théorie de science administrative, imposant l'adaptation rationnelle des moyens de l'action publique à ses fins. Cette version de la proportionnalité a trouvé application dans la célèbre décision *Entreprises de presse* (**Section 3**). Si en jurisprudence la dynamique du langage de la proportionnalité a été contrainte par les structures traditionnelles du contrôle juridictionnel, la proportionnalité en tant que théorie a réussi à générer des changements importants dans la conception locale de l'erreur manifeste (**Section 4**). Pour autant, l'utilisation de la proportionnalité comme équivalente de ce dernier standard a accentué son contenu moralement chargé au détriment de son apparence scientifique. Dans ce contexte, l'application de la proportionnalité ressemble à une instance d'inculcation républicaine qui, dans le contexte contemporain de déclin des droits fondamentaux, provoque le scepticisme croissant de la doctrine (**Section 5**).

¹⁰¹⁰ V. déjà VEDEL G., « Réflexions sur les singularités de la procédure devant le Conseil constitutionnel », *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ? : mélanges en l'honneur de Roger Perrot*, Dalloz, 1995, p. 537 ; V. aussi ROUSSEAU D., *Droit du contentieux constitutionnel*, *op. cit.*, p. 59 s. ; WACHSMANN P., « Des chameaux et des moustiques. Réflexions critiques sur le Conseil constitutionnel », *op. cit.* ; CHAMPEIL-DESPLATS V., « Le Conseil constitutionnel a-t-il une conception des libertés publiques ? », *op. cit.*

1. L'extension des pouvoirs du juge, principal enjeu du transfert de la proportionnalité

L'émergence du contrôle de nécessité. Selon une narration dominante en droit français, la proportionnalité est apparue dans les années trente dans la jurisprudence du Conseil d'État. En 1930, M. Benjamin, auteur bien connu pour son appartenance à un parti politique d'extrême droite, était invité à une conférence de littérature à Nevers. Cet événement ayant provoqué la forte réaction des opposants politiques de M. Benjamin, le maire de Nevers a décidé d'interdire l'évènement pour des raisons d'ordre public. M. Benjamin a attaqué les arrêtés du maire devant le Conseil d'État, qui les a annulés quelques années plus tard pour excès de pouvoir¹⁰¹¹. Le Conseil a considéré que, si en principe le maire peut prendre des mesures appropriées dans le but de préserver l'ordre public, « il doit concilier l'exercice de ses pouvoirs avec le respect de la liberté de réunion garantie par les lois des 30 juin 1881 et 28 mars 1907 ». Selon le juge, les risques de troubles à l'ordre public provoqués par la conférence de M. Benjamin n'étaient pas suffisamment sérieux pour justifier légalement son interdiction. Suivant les termes utilisés dans la décision : « il résulte de l'instruction que l'éventualité de troubles, alléguée par le maire de Nevers, ne présentait pas un degré de gravité tel qu'il n'ait pu, sans interdire la conférence, maintenir l'ordre en édictant les mesures de police qu'il lui appartenait de prendre¹⁰¹² ».

Ainsi le juge administratif a-t-il imposé une exigence de nécessité stricte en matière de restrictions de la liberté de réunion. L'interdiction d'une conférence n'est légitime que lorsqu'il n'existe pas de mesures alternatives, à savoir des mesures permettant le maintien de l'ordre public tout en étant moins restrictives pour les libertés des administrés. L'arrêt *Benjamin* est célèbre pour avoir établi l'axiome selon lequel « la liberté est la règle, la restriction de police l'exception » comme une règle juridique en droit administratif français. Il n'a jamais perdu sa place dans la collection des *Grands arrêts*. Néanmoins, comme le souligne Pierre-Henri Prétot, la solution adoptée dans cet arrêt n'apporte rien de nouveau comparée à la jurisprudence antérieure¹⁰¹³. En effet, le Conseil s'était déjà reconnu le pouvoir de contrôler les mesures de police afin de protéger les libertés publiques. Comme cet auteur le remarque, « la formule selon laquelle "la liberté est la règle et la restriction de police l'exception" n'est d'ailleurs pas inédite, elle est reprise de Louis-François Corneille dans ses conclusions sur l'arrêt Baldy de 1917, et elle nous vient en ligne directe de 1789¹⁰¹⁴. » Alors, en quoi l'arrêt *Benjamin* est-il novateur ?

Pierre-Henri Prétot montre que la nouveauté de l'arrêt datant de 1933 consiste en l'établissement du juge administratif comme protecteur des libertés publiques, un rôle jusque-là réservé au Parlement. En effet, l'exercice de la liberté de réunion était à l'époque organisée par les lois de la IIIe République, qui d'ailleurs ne donnaient pas au maire le pouvoir d'interdire une conférence comme celle de M. Benjamin pour des

¹⁰¹¹ CE, 19 mai 1933, *Benjamin*, n° 17413 et 17520, ECLI:FR:CEORD:1933:17413.19330519.

¹⁰¹² *Ibid.*

¹⁰¹³ PRÉLOT P.-H., « L'actualité de l'arrêt Benjamin », *op. cit.*, après la nb 3.

¹⁰¹⁴ *Ibid.* L'auteur fait référence à CORNEILLE, Conclusions sur CE, 10 août 1917, *Baldy*, *Rec.*, 1917, p. 638.

raisons d'ordre public. Néanmoins, ce n'est pas pour incompetence que le Conseil d'État a annulé les arrêtés de police en cause. Sur ce point, le juge a en effet suivi les conclusions du Commissaire du gouvernement, qui arguait que, même si la loi n'a pas prévu des exceptions à la liberté de réunion, « le législateur de 1881 [...] n'a certainement pas voulu permettre que celle-ci pût donner naissance à des troubles graves [à l'ordre public]¹⁰¹⁵ ». En permettant au maire d'interdire la conférence de M. Benjamin pour des raisons d'ordre public, les juges administratifs ont introduit une exception au principe de légalité, ce qui a inquiété Achille Mestre, comme le montre sa note sous l'arrêt *Benjamin*¹⁰¹⁶. En compensation de cette régression sur le plan de la légalité, le juge administratif s'est reconnu le pouvoir de protéger les libertés en exerçant un contrôle de nécessité sur les mesures de police.

Le bilan coût-avantages comme un élément « irritant » les structures du contrôle juridictionnel français. Une extension similaire des pouvoirs du juge au détriment de la légalité est caractéristique de la jurisprudence du bilan. Après la première vague d'enthousiasme doctrinal pour ce qui était perçu comme un affinement des méthodes du juge, la question de l'insertion du bilan coût-avantages dans les distinctions traditionnelles du droit public français s'est posée. Les défenseurs de cette nouvelle technique ont essayé de diminuer le changement qu'elle apportait dans les pouvoirs du juge. Dans ses conclusions sur *Société Sainte-Marie-de-l'Assomption*, par exemple, Michel Morisot observe que le contrôle qu'il propose n'annihile pas le pouvoir discrétionnaire de l'administration, bien qu'il soit aux confins de l'appréciation d'opportunité¹⁰¹⁷. Des expressions similaires sont utilisées par Guy Braibant dans ses conclusions sur *Ville Nouvelle Est* pour affirmer que l'application du bilan n'entraîne pas une transgression aux limites traditionnelles de la compétence juridictionnelle¹⁰¹⁸.

Néanmoins, André de Laubadère et d'autres spécialistes du droit administratif ont vu dans ces affirmations une espèce d'« euphémisme¹⁰¹⁹ ». Selon eux, la mise en balance juridictionnelle implique un contrôle de l'exercice du pouvoir discrétionnaire de l'administration, une évaluation des moyens que celle-ci a choisis pour atteindre son objectif. De cette façon, la méthode du bilan « irrite » la perception traditionnelle du pouvoir discrétionnaire comme une sphère de compétence clairement définie. Elle consiste inévitablement en un contrôle de l'opportunité des actes administratifs et, dans ce sens, implique une extension importante des pouvoirs du juge au

¹⁰¹⁵ MICHEL, Conclusions sur CE, 19 mai 1933, *Benjamin*, *Rec. Sirey*, 1935, III, p. 6.

¹⁰¹⁶ MESTRE A., « Note sous CE, 19 mai 1933, *Benjamin* », *op. cit.*

¹⁰¹⁷ MORISOT M., Conclusions sur CE Ass., 20 octobre 1972, *Société Sainte-Marie-de-l'Assomption*, *op. cit.*, p. 847.

¹⁰¹⁸ BRAIBANT G., Conclusions sur CE Ass., 28 mai 1971, *Ville Nouvelle Est*, *op. cit.*, p. 427 ; V. aussi DREYFUS F., « Les limitations du pouvoir discrétionnaire par l'application du principe de proportionnalité : à propos de trois jugements du Tribunal administratif de P.O.I.T », *op. cit.*, p. 696 ; BRAIBANT G., « Le principe de proportionnalité », *op. cit.*, p. 304 s.

¹⁰¹⁹ DE LAUBADÈRE A., « Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire dans la jurisprudence récente du Conseil d'État français », *op. cit.*, p. 541 ; V. aussi WALINE J., « Le rôle du juge administratif dans la détermination de l'utilité publique justifiant l'expropriation », *op. cit.*, p. 821, qui critique la jurisprudence du bilan.

détriment de ceux de l'administration¹⁰²⁰. Michel Morisot admet en effet que la technique du bilan mène le juge à substituer sa propre appréciation de ce qu'exige l'intérêt public à celle de l'administration¹⁰²¹.

Le juge ne peut contrôler l'exercice du pouvoir de l'administration que lorsqu'une norme supérieure le prescrit. Dans certains cas exceptionnels, le Conseil d'État avait lui-même « découvert » de telles exigences de légalité s'imposant à l'administration, selon ce qui était présumé être l'intention claire du législateur¹⁰²². Pour autant, les premiers commentateurs de la jurisprudence du bilan ont souligné qu'aucune norme supérieure ne pouvait justifier la mise en balance des avantages et des coûts d'une décision administrative. À cet égard, Jean Waline a observé que la seule façon de justifier l'application de la technique du bilan était de faire de l'opportunité des décisions administratives une exigence de légalité, ce qui, dans la tradition juridique française, constitue une contradiction dans les termes¹⁰²³.

La nécessité et le bilan comme manifestations de la proportionnalité.

D'une façon mystérieuse, l'utilisation du vocabulaire de la proportionnalité apaise ces problèmes doctrinaux. Selon ses défenseurs, la proportionnalité exige une relation de « proportion juste » entre trois éléments : la situation factuelle, la décision administrative et son but¹⁰²⁴. En d'autres termes, elle consiste en une exigence d'adaptation de l'action administrative à ses motifs de fait, appréciée dans les circonstances particulières de chaque affaire. Or, une exigence d'adaptation aux circonstances est très proche d'une exigence d'opportunité. C'est cela que le principe de proportionnalité traduit discrètement : une extension importante des pouvoirs du juge. La reconnaissance d'un principe général de proportionnalité offrirait une norme supérieure justifiant l'extension du contrôle du juge au contenu des décisions administratives et donc à l'exercice du pouvoir de l'administration¹⁰²⁵. Jusque-là, la seule méthode qui permettait au juge de contrôler l'exercice par l'administration de son pouvoir était le contrôle de nécessité des mesures de police. C'est ce point commun entre les méthodes de contrôle des arrêts *Ville Nouvelle Est* et *Benjamin* qui a conduit les juristes français à les désigner sous le label de la proportionnalité. Cela donne un indice important concernant les enjeux de l'introduction du langage de la proportionnalité dans ce contexte. Malgré leur similarité en ce qui concerne le type de contrôle qu'ils impliquent toutefois, une différence fondamentale sépare le bilan et la nécessité.

¹⁰²⁰ DE LAUBADÈRE A., « Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire dans la jurisprudence récente du Conseil d'État français », *op. cit.*, p. 531-545.

¹⁰²¹ MORISOT M., Conclusions sur CE Ass., 20 octobre 1972, *Société Sainte-Marie-de-l'Assomption*, *op. cit.*, p. 848.

¹⁰²² Sur ce point, V. DE LAUBADÈRE A., « Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire dans la jurisprudence récente du Conseil d'État français », *op. cit.*, p. 535. Pour un exemple jurisprudentiel, V. CE, 9 juillet 1943, *Tabouret et Laroche*, Rec. 182.

¹⁰²³ WALINE J., « Le rôle du juge administratif dans la détermination de l'utilité publique justifiant l'expropriation », *op. cit.*, p. 824.

¹⁰²⁴ BRAIBANT G., « Le principe de proportionnalité », *op. cit.*, p. 298 ; V. aussi 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 », *op. cit.*, p. 695-696.

¹⁰²⁵ Françoise Dreyfus et Guy Braibant se réfèrent notamment aux domaines de l'expropriation, des sanctions administratives et de l'interventionnisme économique.

Dans l'arrêt *Benjamin*, les libertés publiques étaient au cœur du contrôle du juge. La protection des libertés était d'ailleurs importante aussi pour les défenseurs de la proportionnalité qui en faisaient un des arguments principaux de la reconnaissance explicite du principe¹⁰²⁶. Suivant les termes de Guy Braibant, la règle de la proportionnalité exige que :

« dans la mesure où l'Administration dispose de pouvoirs qui lui permettent de porter atteinte aux droits et libertés des citoyens, elle ne doit en user que dans la mesure du nécessaire ; les atteintes à ces droits et libertés sont illégales dès lors qu'elles sont superflues ou excessives, eu égard à la finalité de l'action administrative¹⁰²⁷. »

Néanmoins, le lien entre la jurisprudence du bilan et les libertés publiques n'était pas apparent. Qui plus est, dans certains cas, l'application de cette nouvelle technique semblait « dénaturer » le principe du bilan initialement conçu et menacer le caractère libéral du droit administratif français¹⁰²⁸. En effet, dans certaines affaires, l'application du bilan coût-avantages était combinée avec une représentation de l'intérêt public comme une notion plurale et polyvalente, qui ne serait plus confrontée aux intérêts privés mais qui les engloberait en son sein. Ceci non seulement nuirait à l'objectivité de l'appréciation de ce qu'exige l'intérêt général mais, plus fondamentalement, contesterait dans son ensemble la distinction libérale entre droit public et droit privé.

Ce potentiel radical de la mise en balance juridictionnelle est latent dans un considérant pour la première fois énoncé dans l'arrêt *Société civile Sainte-Marie-de-l'Assomption* et reproduit dans la jurisprudence postérieure :

« une opération ne peut légalement être déclarée d'utilité publique que si les atteintes à la propriété privée, le coût financier et éventuellement les inconvénients d'ordre social ou l'atteinte à d'autres intérêts publics qu'elle comporte ne sont pas excessifs eu égard à l'intérêt qu'elle présente¹⁰²⁹. »

Les commentateurs de cet arrêt ont relevé que la phrase « d'autres intérêts publics » indiquait que la notion d'intérêt public cessait d'être unitaire. En reconnaissant la pluralité des intérêts publics, les juges seraient inévitablement menés à arbitrer entre eux et donc à agir comme des administrateurs. La définition de l'utilité publique deviendrait « une affaire d'espèce » au détriment de la sécurité juridique¹⁰³⁰. Pour ces raisons, l'application de la technique du bilan a de plus en plus provoqué le criticisme et la suspicion de la doctrine, qui y voyait un danger pour les administrés.

¹⁰²⁶ 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 », *op. cit.*, p. 705.

¹⁰²⁷ BRAIBANT G., « Le principe de proportionnalité », *op. cit.*, p. 298.

¹⁰²⁸ LEMASURIER J., « Vers un nouveau principe général du droit ? Le principe "bilan-coût-avantages" », *op. cit.*, p. 561.

¹⁰²⁹ V., par exemple, CE, 28 janvier 1976, n° 95507, ECLI:FR:CESSR:1993:95507.19930219.

¹⁰³⁰ WALINE J., « Le rôle du juge administratif dans la détermination de l'utilité publique justifiant l'expropriation », *op. cit.*, p. 814 et 828.

La recherche d'une théorie du bilan. L'« irritation » des structures traditionnelles du contrôle juridictionnel que le bilan a provoquée aurait pu être apaisée si une « théorie de la balance des intérêts » avait porté en elle « comme une force de simplification et de généralisation¹⁰³¹ ». Il est typique en droit français que la déconstruction des formes juridiques soit compensée par la construction de théories. S'il en résulte que la solution des cas concrets n'est plus déterminée par des règles juridiques précises, une théorie permet toujours la séparation entre structure et événement, entre nécessité juridique et contingence des intérêts subjectifs en cause. Ainsi, les techniques juridiques qui impliquent une application du droit selon les circonstances factuelles de chaque affaire sont souvent formulées en termes d'une théorie : théorie des circonstances exceptionnelles, théorie de l'erreur manifeste, théorie du changement de circonstances... Le bilan n'a pas échappé à cette frénésie de théorisation et le terme « théorie du bilan » est souvent utilisé encore aujourd'hui pour décrire le contrôle introduit dans l'affaire *Ville Nouvelle Est*.

Cette tendance à la théorisation peut aussi expliquer l'attention que les juristes français portent aux méthodes du raisonnement juridictionnel, en contraste avec les juristes de *common law* qui sont plus attentifs à ses structures, à savoir aux concepts, formules et chefs de contrôle¹⁰³². C'est cette focalisation sur les méthodes qui confère au droit public français sa cohérence, en faisant référence à une théorie structurante qui sous-tendrait le tout. En effet, les méthodes sont des façons de raisonner et d'agir selon une théorie qui en commande les résultats. Au moyen de l'observation et des commentaires de la jurisprudence du Conseil d'État, les juristes français ont construit un système cohérent fondé sur un ensemble de principes, utilisé pour reconstruire et même pour prévoir le raisonnement du juge administratif. Véronique Champeil-Desplats met l'accent sur le rôle important qu'a joué l'induction dans la construction du droit administratif¹⁰³³. C'est précisément le rôle du faiseur de systèmes qui, pour utiliser les mots de Jean Rivero, « remontant du concret à l'abstrait, passant du multiple à l'un, va s'efforcer de ramener la pluralité de solutions données par la loi ou la jurisprudence à quelques formules qui en dégagent les aspects fondamentaux¹⁰³⁴ ». La recherche d'une « théorie » du bilan devrait donc être lue dans le contexte plus général de systématisation de la jurisprudence du Conseil d'État qui caractérise l'évolution de la doctrine du droit administratif. Jacco Bomhoff identifie cette aspiration à la cohérence du système juridique comme une manifestation du « perfectionnisme » qui imprègne la pensée juridique dans certains contextes¹⁰³⁵.

Il n'en reste pas moins que la plupart des commentateurs de la jurisprudence du bilan concluaient à l'absence de structure théorique qui pourrait guider la pesée des

¹⁰³¹ DE LAUBADÈRE A., « Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire dans la jurisprudence récente du Conseil d'État français », *op. cit.*, p. 546.

¹⁰³² V., par exemple, GAUDEMET Y., « Méthodes du juge », D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, p. 1018-1021 ; BLANQUER J.-M., *Les méthodes du juge constitutionnel*, Paris, LGDJ, 2000 ; CHAMPEIL-DESPLATS V., *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, *op. cit.*

¹⁰³³ CHAMPEIL-DESPLATS V., *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, *op. cit.*, p. 94 s.

¹⁰³⁴ RIVERO J., « Apologie pour les “faiseurs de systèmes” », *op. cit.*, p. 100-101.

¹⁰³⁵ BOMHOFF J., « Perfectionism in European law », C. BARNARD, M. GEHRING et I. SOLANKE (dir.), *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, Vol. 14, 2011-2012, Oxford, Hart, 2012, p. 75-100.

coûts et des avantages d'une opération administrative¹⁰³⁶. En effet, non seulement une théorie générale du bilan faisait défaut, mais la méthode du bilan elle-même contestait les structures fondamentales du droit administratif français. Cela réduisait considérablement sa dynamique dans ce contexte.

La mise en balance contrainte par les structures traditionnelles du contrôle du juge. Le bilan n'était pas la seule méthode permettant le contrôle en matière de pouvoir discrétionnaire de l'administration : l'erreur manifeste avait aussi par définition cette fonction. Néanmoins, alors que dans l'application de l'erreur manifeste, le caractère formel du contrôle est précisément censé être préservé par le caractère manifeste, et donc exceptionnel, des erreurs qui provoquent la censure du juge, ceci n'est pas le cas pour la technique du bilan. André de Laubadère relevait le risque d'une application trop intrusive de cette technique et suggérait son utilisation seulement « comme un remède exceptionnel à certaines lacunes du contrôle traditionnel des décisions prises au titre d'un pouvoir discrétionnaire¹⁰³⁷ ». Ainsi, malgré son annonce audacieuse dans les considérants du Conseil d'État, plusieurs auteurs contemporains à son émergence ont interprété le bilan comme une technique sanctionnant seulement des erreurs et des disproportions manifestes¹⁰³⁸. Suivant les termes d'André de Laubadère, « sous couleur de comparaison et de mise en balance, ce que le juge censure est tout simplement la mesure *excessive en elle-même*¹⁰³⁹. »

En effet, pour la doctrine, et contrairement à ce qu'indique sa dénomination, le bilan n'impliquait pas une mise en balance véritable des intérêts antagonistes. Ainsi Jean Waline observait que la technique du bilan était non seulement dangereuse, mais aussi redondante. Dans le même sens, en 1977 le Commissaire du gouvernement Jean Kahn se lamentait : « on aurait pu faire l'économie de la prétendue "théorie du bilan", où je ne vois ni bilan ni théorie¹⁰⁴⁰ ». Pour la doctrine, la référence à la mise en balance dans la motivation des décisions du Conseil devait être comprise comme étant adressée aux autorités administratives compétentes et comme ayant principalement une fonction « pédagogique¹⁰⁴¹ ». Cette idée semble être partagée par les praticiens du droit administratif et notamment par les membres du Conseil d'État eux-mêmes. Dans l'affaire *Ville Nouvelle Est*, Guy Braibant a encouragé ses collègues à appliquer la nouvelle méthode qu'il proposait « avec tact et mesure », en ne sanctionnant que les actes qui allaient « au-delà d'un certain seuil¹⁰⁴² ». Dans leur

¹⁰³⁶ DE LAUBADÈRE A., « Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire dans la jurisprudence récente du Conseil d'État français », *op. cit.*, p. 546-547 ; WALINE J., « Le rôle du juge administratif dans la détermination de l'utilité publique justifiant l'expropriation », *op. cit.*, p. 818.

¹⁰³⁷ DE LAUBADÈRE A., « Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire dans la jurisprudence récente du Conseil d'État français », *op. cit.*, p. 547.

¹⁰³⁸ V. BOCKEL A., « Contribution à l'étude du pouvoir discrétionnaire de l'administration », *op. cit.*, p. 368.

¹⁰³⁹ DE LAUBADÈRE A., « Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire dans la jurisprudence récente du Conseil d'État français », *op. cit.*, p. 547. C'est l'auteur qui souligne.

¹⁰⁴⁰ KAHN J., « Le pouvoir discrétionnaire du juge administratif », IFSA (dir.), *Le pouvoir discrétionnaire et le juge administratif*, Paris, Cujas, 1978, p. 16 ; GUIBAL M., « De la proportionnalité », *op. cit.*, p. 486.

¹⁰⁴¹ V. GUIBAL M., « De la proportionnalité », *op. cit.*, p. 486 s. V. aussi le commentaire de l'arrêt *Ville Nouvelle Est* sur le site officiel du Conseil d'État : <http://www.conseil-etat.fr/Decisions-Avis-Publications/Decisions/Les-decisions-les-plus-importantes-du-Conseil-d-Etat/28-mai-1971-Ville-Nouvelle-Est>, consulté le 1^{er} novembre 2018.

¹⁰⁴² BRAIBANT G., Conclusions sur CE Ass., 28 mai 1971, *Ville Nouvelle Est*, *op. cit.*, p. 427.

chronique sur la jurisprudence du bilan, deux membres du Conseil ont prévu que le juge ne se laisserait pas trop entraîner « sur un terrain marqué par la subjectivité et l'opportunité¹⁰⁴³ ». Les premiers arrêts des années soixante-dix ont confirmé cette attitude déférente du juge dans l'application du bilan. En effet, dans ses premières applications, la jurisprudence *Ville Nouvelle Est* a rarement conduit à l'annulation des déclarations d'utilité publique de l'administration.

Néanmoins, dans des cas suivants, le Conseil a adopté une attitude plus audacieuse, en censurant certains actes dont la réalisation n'était pas manifestement contraire à l'intérêt public. Encore une fois, la technique du bilan a provoqué la suspicion et les critiques de la doctrine¹⁰⁴⁴. En l'absence d'une théorie qui pourrait l'encadrer, la diffusion de la mise en balance comme technique distincte du standard de l'erreur manifeste était critiquée dans les termes institutionnels qui avaient justifié son émergence¹⁰⁴⁵. Des considérations d'expertise, combinées avec une suspicion traditionnelle vis-à-vis du pouvoir judiciaire rendaient intenable toute marge ouvrant la porte à la subjectivité du juge¹⁰⁴⁶. Selon Michel Rougevin-Baville, le bilan ajoutait simplement « à l'arbitraire de l'Administration un arbitraire *a posteriori* du juge, qui statue au demeurant sur pièces et longtemps après la décision¹⁰⁴⁷ ».

Les enjeux du transfert de la proportionnalité. « Nous n'avons pas une théorie développée du principe de proportionnalité – peut-être parce que jusqu'à une date relativement récente nous n'en avons pas besoin¹⁰⁴⁸ ». Ces propos, paraphrasant Lord Reid de la Chambre des Lords, concluent la contribution de Guy Braibant sur la proportionnalité. La proportionnalité est apparue dans la doctrine administrativiste française comme une réponse au besoin de justifier les avancées du contrôle juridictionnel, tout en préservant la cohérence et l'objectivité de l'ordre juridique français. De façon quelque peu magique, elle engloberait en son sein, à la fois, l'erreur manifeste, la technique du bilan et le contrôle de nécessité et serait donc capable d'établir une unité entre les différentes méthodes du juge administratif en admettant leur application variable selon les circonstances. La proportionnalité était pensée comme une « théorie », une construction doctrinale qui visait à éliminer la subjectivité des solutions juridictionnelles et à apporter la « simplification et généralisation » de la

¹⁰⁴³ LABETOULLE D. et P. CABANES, « Note sous CE (Ass.), 28 mai 1971, *Ville Nouvelle Est* », *AJDA*, 1971, p. 404.

¹⁰⁴⁴ V. WALINE J., « Le rôle du juge administratif dans la détermination de l'utilité publique justifiant l'expropriation », *op. cit.*, p. 825 ; LEMASURIER J., « Vers un nouveau principe général du droit ? Le principe "bilan-coût-avantages" », *op. cit.*, p. 557 notamment ; DE LAUBADÈRE A., « Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire dans la jurisprudence récente du Conseil d'État français », *op. cit.*, p. 548.

¹⁰⁴⁵ DE LAUBADÈRE A., « Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire dans la jurisprudence récente du Conseil d'État français », *op. cit.*, p. 545 ; WALINE J., « Le rôle du juge administratif dans la détermination de l'utilité publique justifiant l'expropriation », *op. cit.*, p. 821 s. ; LEMASURIER J., « Vers un nouveau principe général du droit ? Le principe "bilan-coût-avantages" », *op. cit.*, p. 560 s.

¹⁰⁴⁶ WALINE M., « Note sous CE (Ass.), 28 mai 1971, *Ville Nouvelle Est* », *RDP*, 1972, p. 454. V. aussi KAHN J., « Note sous CE (Ass.), 26 octobre 1973, *Grassin* », *AJDA*, 1973, p. 586.

¹⁰⁴⁷ Conclusions sur CE (Ass.), 18 juillet 1973, *Ville de Limoges*, Rec. 572. Dans cette affaire, les conclusions du Commissaire de gouvernement n'ont pas été suivies. Dans l'arrêt *Ville de Limoges* (no 86275, ECLI:FR:CEASS:1973:86275.19730718), l'assemblée du Conseil a appliqué la théorie du bilan.

¹⁰⁴⁸ BRAIBANT G., « Le principe de proportionnalité », *op. cit.*, p. 306.

jurisprudence si recherchée par les juristes français. Sa fonction de systématisation a persisté dans les écrits postérieurs ; elle sous-tend notamment les analyses de la doctrine portant sur le contrôle de proportionnalité. D'ailleurs, l'aspect systématisant ou reconstitutif est central également dans la théorie alexyenne de la proportionnalité, qui est inspirée par des approches interprétatives du droit. Toutefois, dans le contexte français, la proportionnalité accomplit sa mission de systématisation d'une manière particulière.

2. La recherche de l'objectivité : la proportionnalité entre fait et valeur

Le caractère objectif mais non manifeste de la proportionnalité. Ce qui caractérise les premières utilisations du langage de la proportionnalité en droit public français est un « optimisme épistémologique », à savoir une croyance en la possibilité des évaluations factuelles objectives. En effet, dans les arguments de ses promoteurs, si la proportionnalité ne concerne pas seulement la censure des erreurs manifestes, elle préserve d'une façon mystérieuse le caractère objectif du contrôle du juge.

Cette apparence d'objectivité de la proportionnalité semble d'ailleurs entraîner une confusion concernant le degré d'intensité du contrôle qu'elle implique. Par exemple, Guy Braibant, voit des applications du principe tant dans la jurisprudence du bilan que dans celle de l'erreur manifeste, tout en percevant le bilan comme une méthode de contrôle intrusive, en application de laquelle « le juge pèse au plus juste les proportions entre le fait, la fin et l'acte¹⁰⁴⁹. » Dans le même sens, si Françoise Dreyfus propose au juge de ne sanctionner que les disproportions manifestes, elle considère que celles-ci résultent d'un « examen détaillé » des pièces du dossier, ce qui contraste avec le caractère prétendument manifeste du contrôle¹⁰⁵⁰. De façon similaire, Alain Bockel souligne que le bilan implique un examen de toutes les pièces du dossier, tout en suggérant que le juge ne doit censurer que la « manque de proportion manifeste » en application de cette nouvelle méthode¹⁰⁵¹.

Cette ambiguïté sur le degré du contrôle juridictionnel est déjà latente dans les conclusions célèbres de Guy Braibant sur l'arrêt *Ville Nouvelle Est*, où il propose l'application du bilan pour censurer des décisions administratives « arbitraires, déraisonnables ou mal étudiées¹⁰⁵² ». Si les termes « arbitraires » et « déraisonnables » impliquent un criticisme moral des intentions du décideur initial, le terme « mal étudiées » se réfère à quelque chose de différent : les mobiles du décideur initial sont *a priori* impertinents dans cette évaluation qui ne concerne pas non plus l'existence d'une erreur manifeste d'appréciation. Ces propos de Guy Braibant semblent être en contradiction avec les observations du même Commissaire du gouvernement dix ans auparavant, selon lesquelles « le pouvoir discrétionnaire comporte le droit de se

¹⁰⁴⁹ *Ibid.*, p. 302.

¹⁰⁵⁰ 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 », *op. cit.*, p. 698.

¹⁰⁵¹ BOCKEL A., « Contribution à l'étude du pouvoir discrétionnaire de l'administration », *op. cit.*, p. 368.

¹⁰⁵² BRAIBANT G., Conclusions sur CE Ass., 28 mai 1971, *Ville Nouvelle Est*, *op. cit.*, p. 427.

tromper¹⁰⁵³ ». Qu'est ce qui, dans l'application du bilan, rendrait les décisions administratives mal étudiées au point de justifier l'intervention du juge ?

Cette interrogation révèle un autre paradoxe dans l'application de la technique du bilan. Malgré la référence de Guy Braibant à la qualité de l'étude préalable aux décisions administratives, l'application du bilan n'est clairement pas une question de garanties procédurales¹⁰⁵⁴. En effet, dans ses conclusions sur l'arrêt *Ville Nouvelle Est*, le Commissaire du gouvernement propose à ses collègues de déroger à une application stricte de la procédure d'expropriation. À son avis, si le texte de la loi est « simple et clair », il a « l'inconvénient d'être, dans bien des cas et surtout dans les plus importants, inapplicable », en raison de sa complexité¹⁰⁵⁵. Ainsi, le contrôle du bilan tel que pensé par Guy Braibant n'a pas comme but d'assurer la pertinence et la complétude des pièces du dossier, ce qui, pour le Commissaire du gouvernement, exigerait une réforme législative de la procédure d'expropriation afin de l'adapter à la réalité de l'action de l'administration¹⁰⁵⁶. Le caractère objectif des erreurs sanctionnées au moyen de la technique du bilan ne résulte pas d'un manque de respect pour les formes et procédures juridiques, mais plutôt d'une appréciation juridictionnelle portant sur le *contenu* de l'action administrative, sur la manière dont l'administration a exercé sa compétence. C'est précisément cette caractéristique qui conduit Jean Waline à la conclusion que la jurisprudence *Ville Nouvelle Est* est « un acte de foi en l'omniscience du juge administratif¹⁰⁵⁷ ».

L'utilisation du langage de la proportionnalité accentue ce changement d'orientation du contrôle juridictionnel, de questions de forme et de procédure au contenu des décisions administratives. En effet, comme il a été dit, dans ses premières utilisations en droit public français, le terme proportionnalité est utilisé comme synonyme de l'adéquation de l'action administrative. Selon Guy Braibant, il s'agirait de l'application « d'une règle de bon sens¹⁰⁵⁸ ». Néanmoins, comme les réactions doctrinales à l'introduction de la technique du bilan le montrent, le bon sens auquel le Commissaire du gouvernement fait référence ne correspond pas au sens commun *juridique* partagé par les publicistes français. Le caractère objectif du raisonnement de mise en balance et du contrôle de proportionnalité ne résulte pas des structures propres au système juridique mais plutôt de l'ouverture de ce système à un savoir externe perçu comme objectif. Quelle est donc la nature du « bon sens » qui permet au juge de substituer ses propres appréciations à celles de l'administration ? Afin de répondre à cette question, il pourrait être utile d'étudier quelques utilisations du vocabulaire de proportionnalité en droit public français, avant que celui-ci n'acquière la dynamique d'un langage juridique.

¹⁰⁵³ BRAIBANT G., conclusions sur CE, 18 février 1958, *Société des éditions de la terre de feu*, Rec 114.

¹⁰⁵⁴ WALINE J., « Le rôle du juge administratif dans la détermination de l'utilité publique justifiant l'expropriation », *op. cit.*, p. 819 s.

¹⁰⁵⁵ BRAIBANT G., Conclusions sur CE Ass., 28 mai 1971, *Ville Nouvelle Est*, *op. cit.*, p. 423.

¹⁰⁵⁶ *Ibid.*, p. 424.

¹⁰⁵⁷ WALINE J., « Le rôle du juge administratif dans la détermination de l'utilité publique justifiant l'expropriation », *op. cit.*, p. 822.

¹⁰⁵⁸ V., par exemple, BRAIBANT G., « Le principe de proportionnalité », *op. cit.*, p. 298 ; BOCKEL A., « Contribution à l'étude du pouvoir discrétionnaire de l'administration », *op. cit.*, p. 366.

Les « gènes » financiers de la proportionnalité en droit public français. Les conclusions de Michel Morisot n'ont pas été une première en ce qui concerne l'utilisation du terme proportion dans le raisonnement juridictionnel. Comme nous renseigne la contribution de Guy Braibant, ce terme avait été utilisé avant, notamment en matière de finances publiques¹⁰⁵⁹. Par exemple, selon une jurisprudence constante, les redevances imposées aux usagers pour la fourniture d'un service public devaient être équivalentes à son coût réel. En application de cette règle, le Conseil d'État s'est reconnu dans certains cas le pouvoir de vérifier que le taux des redevances pour la fourniture d'un service ou d'une prestation « ait été fixé à un montant tel que le produit desdites redevances ne soit pas proportionné au coût réel du service ainsi rendu aux usagers¹⁰⁶⁰. » Cette exigence de proportionnalité des redevances pour la fourniture des services publics avait été reprise dans le texte d'une loi datant de 1959¹⁰⁶¹. Par ailleurs, un vocabulaire similaire avait été employé dans certains arrêts de la fin des années quarante concernant les contributions aux dépenses, imposées par des associations syndicales aux propriétaires pour la réalisation de travaux d'intérêt commun¹⁰⁶².

Dans ces affaires, le terme proportion se réfère à un rapport mathématique, n'impliquant pas de jugement de valeur sur la situation devant le juge. Comme le souligne Guy Braibant, « le rôle du juge est plus important lorsqu'il s'exerce sur la validité d'une opération administrative que sur l'exactitude d'une équation financière¹⁰⁶³. » C'est précisément cela qu'ajoute Michel Morisot dans l'utilisation du vocabulaire de la proportionnalité, en le liant à la mise en balance. Si le terme proportionnalité reste toujours synonyme du non-excès, son usage désormais exige la qualification juridique des faits, un processus qui implique des jugements de valeur de la part du juge. Tant la contribution de Françoise Dreyfus que celle de Guy Braibant ont mis l'accent sur le caractère moralement chargé de la proportionnalité et des jugements qu'elle implique. Ce rapport avec la moralité et la justice était un « bagage sémantique » qui accompagnait la proportionnalité depuis son usage par d'autres juridictions, notamment celle du Tribunal administratif de l'OIT en matière de sanctions disciplinaires. Pour autant, tout en étant un transfert d'autres systèmes, la proportionnalité était aussi un transfert d'autres disciplines. Ainsi pouvait-elle prétendre à l'exactitude et l'objectivité des sciences exactes. Guy Braibant, par exemple, classe comme des manifestations du principe de proportionnalité, à la fois, le contrôle des sanctions disciplinaires exercé par le Tribunal de l'OIT, le contrôle des circonstances exceptionnelles exercé par le Conseil d'État et des méthodes de contrôle plus mécaniques, comme le contrôle « du rapport entre le prix de vente fixé et le prix de revient réel, ou entre le taux de la taxe et son objet¹⁰⁶⁴. »

¹⁰⁵⁹ BRAIBANT G., « Le principe de proportionnalité », *op. cit.*, p. 297 ; not. 300.

¹⁰⁶⁰ CE, 16 novembre 1962, *Syndicat intercommunal d'électricité de la Nièvre et autres*, n° 42202 et 44595, Rec. 612.

¹⁰⁶¹ V. CE 21 octobre 1988, n° 72862, 72863 et 73062, ECLI:FR:CESSR:1988:72862.19881021.

¹⁰⁶² BRAIBANT G., « Le principe de proportionnalité », *op. cit.*, p. 300-301.

¹⁰⁶³ *Ibid.*, p. 301.

¹⁰⁶⁴ *Ibid.*, p. 305.

Dans la jurisprudence postérieure, le vocabulaire de la proportionnalité n'a pas perdu sa connotation d'exactitude mathématique. Dans certains domaines, le juge administratif a explicitement refusé d'imposer une exigence légale de proportionnalité à l'administration, précisément en raison du caractère trop sévère d'une telle exigence. En matière de représentation des travailleurs dans les comités techniques paritaires, par exemple, le Conseil d'État a conclu :

« qu'il appartient au ministre d'apprécier le nombre des sièges qui doivent être attribués à chacune des organisations syndicales les plus représentatives de son département, sans être tenu notamment de proportionner à l'effectif présumé de chaque organisation le nombre des sièges attribués à chacune d'entre elles¹⁰⁶⁵. »

La généalogie de la jurisprudence du bilan confirme les « gènes » financiers de la proportionnalité. Comme nous l'avons dit, l'arrêt *Grassin* est la première utilisation du vocabulaire de la proportionnalité dans le cadre du bilan. Pour autant, déjà à partir des années soixante, le terme proportion avait été sporadiquement employé en matière d'urbanisme, en raison des règles applicables. Par exemple, le règlement national d'urbanisme habilitait l'administration à refuser l'octroi d'un permis de construire dans les cas où « les constructions, par leur situation ou leur importance, imposent la réalisation par la commune d'équipements publics nouveaux hors de proportion avec ses ressources actuelles¹⁰⁶⁶ ». Les juges administratifs avaient affirmé leur pouvoir de censurer des disproportions éventuelles en ce sens – même si, le plus souvent, ils avaient finalement confirmé le refus de l'administration. Dans l'affaire « *Le Moulin Bellanger* », le Conseil d'État avait imposé aux autorités administratives l'obligation de fournir les éléments d'information exigés pour exercer ce contrôle juridictionnel¹⁰⁶⁷.

L'arrêt *Époux Néel* avait étendu cette jurisprudence en matière d'expropriation, même si aucun texte ne faisait référence à la proportionnalité. Dans cette affaire, le Conseil avait statué que, sous peine de sanctionner un vice de procédure, les pièces du dossier soutenant la déclaration d'utilité publique d'une opération devaient contenir des informations suffisantes concernant le coût financier des expropriations qu'elle entraînerait. Le Commissaire du gouvernement Baudouin avait souligné que ces nouvelles obligations d'information de l'administration offraient un des « points d'ancrage les plus concrets et les plus profonds pour jauger le caractère d'utilité publique¹⁰⁶⁸ » de l'opération. De cette façon, le Commissaire du gouvernement a connecté l'examen du coût financier de l'expropriation, où le juge utilisait

¹⁰⁶⁵ CE, 15 février 1974, *Fédération nationale des syndicats de fonctionnaires de l'agriculture*, n° 80772 et 80814, ECLI:FR:CESJS:1974:80772.19740215. Sur ce point, V. BRAIBANT G., « Le principe de proportionnalité », *op. cit.*, p. 302-303.

¹⁰⁶⁶ Article 13 du décret du 30 novembre 1961, cité par BRAIBANT G., « Le principe de proportionnalité », *op. cit.*, p. 301.

¹⁰⁶⁷ CE, 18 juillet 1973, n° 83745, ECLI:FR:CESSR:1973:83745.19730718 ; V. aussi CE, 23 juin 1976, n° 96285, ECLI:FR:CESSR:1976:96285.19760623.

¹⁰⁶⁸ Conclusions sur CE (Ass.), 23 janvier 1970, *Époux Néel*, Rec. 44, cité par WALINE J., « Le rôle du juge administratif dans la détermination de l'utilité publique justifiant l'expropriation », *op. cit.*, p. 819.

typiquement le vocabulaire de la proportionnalité, à l'évaluation plus générale de l'utilité publique du projet de l'administration. Une année plus tard, arguant pour la première application de la technique du bilan coût-avantages, Guy Braibant a aussi inclus le coût financier d'une opération dans l'appréciation de son utilité publique¹⁰⁶⁹. S'il n'a pas utilisé le vocabulaire de la proportionnalité, ses conclusions contenaient plusieurs références aux sciences économiques, la plus caractéristique étant elle-même l'utilisation du terme « bilan coût-avantages ».

Ainsi, en employant le vocabulaire de la proportionnalité dans leur évaluation de l'utilité publique de la construction d'un aéroport à la Peyratte, les juges de l'arrêt *Grassin* n'ont fait que tirer les conséquences d'une évolution jurisprudentielle antérieure. Selon les termes utilisés par le Conseil,

« le coût de l'opération dont il s'agit, laquelle aurait pour conséquence le morcellement de plusieurs exploitations agricoles, est évalué à 700.000 F, somme hors de proportion avec les ressources financières de la commune de la Peyratte qui ne compte qu'environ 1.100 habitants et dont il ne ressort pas des pièces versées au dossier qu'elle fût appelée à bénéficier de concours financiers extérieurs »¹⁰⁷⁰.

Le raisonnement que la proportionnalité a entraîné dans cette affaire n'était pas loin d'une simple équation financière, comme celle qui était typiquement appliquée en matière de permis de construire. Les juges ont procédé à un examen détaillé des faits, mais la proportionnalité est restée une évaluation mathématique n'impliquant pas de jugements de valeur. Cette utilisation « mécanique » du vocabulaire de la proportionnalité était caractéristique de la jurisprudence du bilan plus généralement¹⁰⁷¹. Inversement, dans des affaires où le coût financier du projet n'était pas en cause, les juges n'employaient pas nécessairement le vocabulaire de la proportionnalité¹⁰⁷².

Sur la base de ces évolutions jurisprudentielles, les premiers défenseurs de la proportionnalité décrivent l'ensemble du processus de mise en balance par le juge en termes de proportionnalité. De cette façon, ils enclenchent un changement conceptuel important : alors que, jusque-là, la proportionnalité du coût financier d'une opération aux ressources de la commune désignait seulement *une partie* de l'évaluation de l'utilité publique de cette opération, désormais elle désigne *l'ensemble* de cette évaluation. Ce changement conceptuel, qui constitue une synecdoque, permet à ces auteurs d'attribuer l'aura d'objectivité qui entoure les appréciations de proportionnalité à l'ensemble de l'évaluation d'utilité publique. Ainsi, l'utilisation du langage de la proportionnalité permet de préserver l'objectivité du contrôle du juge

¹⁰⁶⁹ BRAIBANT G., Conclusions sur CE Ass., 28 mai 1971, *Ville Nouvelle Est*, *op. cit.*, p. 426.

¹⁰⁷⁰ CE (Ass.), 26 octobre 1973, *Sieur Grassin*, n° 81977, ECLI:FR:CEASS:1973:81977.19731026.

¹⁰⁷¹ V., par exemple, CE, 6 juillet 1977, n° 00267, ECLI:FR:CESSR:1977:00267.19770706 ; CE, 28 janvier 1976, n° 95507, ECLI:FR:CESSR:1976:95507.19760128.

¹⁰⁷² V., par exemple, CE (Ass.), 22 février 1974, *Adam*, n° 91848 et 93520, ECLI:FR:CEASS:1974:91848.19740222.

dans la jurisprudence du bilan. Comme l'observe Jeanne Lemasurier en commentant l'application de cette technique déjà en 1974 :

« Par une construction jurisprudentielle des plus hardies, [le Conseil d'État] tente d'ériger en principe général du droit, une règle jusqu'alors implicite et diffuse dans sa propre jurisprudence, mais pratiquée de manière explicite et rationnelle par certaines administrations, dans le cadre de la rationalisation des choix budgétaires¹⁰⁷³ ».

La jurisprudence du bilan et la proportionnalité alexyenne. Dans ses premiers usages en droit public français, la proportionnalité implique des évaluations objectives et mécaniques sans pour autant se limiter à la censure d'erreurs manifestes ; elle traduit une règle de bon sens échappant au sens commun formaliste qui sous-tend le discours juridique dans ce contexte. En réalité, l'utilisation du langage de la proportionnalité révèle une tendance plus générale des juristes locaux à attribuer les caractéristiques de la rationalité économique à l'argumentation juridique. En effet, comme le montrent les études sur l'évolution de la pensée juridique française, celle-ci a eu souvent recours aux méthodes et modèles des mathématiques et des sciences dures afin de fonder la scientificité de ses constructions doctrinales¹⁰⁷⁴. La référence au bilan coût-avantages et à la proportionnalité exprime la même quête d'une rigueur scientifique. Elle représente le raisonnement juridique comme une réflexion libérée de considérations de moralité et de justice qui font écho à des théories du droit naturel et fondée sur une évaluation algébrique des avantages et des désavantages des solutions juridiques¹⁰⁷⁵. Ainsi, la perception du droit et de l'utilité à laquelle renvoie la jurisprudence du bilan sont proches de celles développées de façon célèbre dans l'œuvre de Jeremy Bentham.

Par ailleurs, nous l'avons vu, la théorie alexyenne est aussi imprégnée d'une croyance en la commensurabilité des valeurs et en la possibilité de leur comparaison rationnelle. Cet « optimisme épistémologique » rapproche le bilan du modèle global de la proportionnalité. Toutefois, l'optimisme des publicistes français reste particulier, en raison de son orientation sur les faits. En effet, en contraste avec la proportionnalité alexyenne, le bilan ne présuppose pas l'attribution d'un pouvoir normatif *ad hoc* au juge mais concerne l'évaluation *in concreto* de l'utilité publique d'un projet administratif, au niveau de la qualification juridique des faits. C'est pour cela que ce type de raisonnement ne s'est pas propagé dans d'autres domaines. L'application du bilan coût-avantages n'est pas fondée sur les droits fondamentaux et laisse aux autorités contrôlées les choix concernant les valeurs qui orientent l'action publique. Loin d'enclencher la transformation fondamentale de l'ordre juridique français en une « constitution totale », le langage de la proportionnalité tel qu'employé dans le cadre de la jurisprudence du bilan illustre l'« hypertrophie du

¹⁰⁷³ LEMASURIER J., « Vers un nouveau principe général du droit ? Le principe "bilan-coût-avantages" », *op. cit.*, p. 554.

¹⁰⁷⁴ CHAMPEIL-DESPLATS V., *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, *op. cit.*, p. 58 s. ; V. aussi JOUANJAN O., « De la vocation de notre temps pour la science du droit », *op. cit.*

¹⁰⁷⁵ CHAMPEIL-DESPLATS V., *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, *op. cit.*, p. 63 s.

fait » qui imprègne plus généralement l'application des standards en droit public français¹⁰⁷⁶. Loin de représenter le juge comme protecteur des droits fondamentaux, la proportionnalité représente une rationalité prosaïque et technique du raisonnement juridique.

Le rejet de la proportionnalité en droit positif. Il n'est pas étonnant que la double nature de la proportionnalité, entre fait et valeur, n'ait pas convaincu les auteurs sceptiques¹⁰⁷⁷. Pour quelques temps, cette ambiguïté mythique de la proportionnalité n'a pas gagné l'imagination des juges de droit public non plus. Les membres du Conseil d'État et du Conseil constitutionnel sont immergés dans la réalité de l'action publique et désenchantés du processus de décision que celle-ci implique. Ainsi, comme nous l'avons déjà vu, en jurisprudence, la proportionnalité a pendant longtemps continué à désigner une appréciation purement factuelle, une équation arithmétique, ce qui la privait de dynamique juridique particulière. Si elle faisait partie d'un discours anti-formaliste communément partagé en doctrine, elle n'était pas reconnue dans les sources officielles du droit et elle ne remettait pas en cause les méthodes traditionnelles du raisonnement juridique.

Mitchel Lasser a montré que ce décalage entre la doctrine anti-formaliste et le discours officiel des autorités jouissant d'un pouvoir de décision est une caractéristique plus générale de la culture juridique française¹⁰⁷⁸. Les théories des faiseurs des systèmes entourant le contrôle juridictionnel font certainement partie des « *formants* » du savoir juridique local. Néanmoins, elles ne sont pas toujours reconnues officiellement dans les textes juridiques et les décisions juridictionnelles. Selon Mitchel Lasser, ce décalage exprime un compromis institutionnel entre juges et représentants élus qui est fondamental dans le système juridique français. Dans ce sens, l'utilisation du langage de la proportionnalité respecte les « *binding arrangements* » de son discours hôte avec d'autres discours.

La proportionnalité et le double discours du juge constitutionnel. La connotation arithmétique de la proportionnalité a persisté même après l'affirmation de sa base constitutionnelle. En effet, dans sa version de proportionnalité des peines et des sanctions, la proportionnalité désigne un rapport entre deux éléments quantifiables : la gravité de l'infraction imputée et la sanction encourue. Ainsi, elle concerne le *quantum* des sanctions définies par la loi, les sanctions pécuniaires étant son domaine de prédilection. La nature arithmétique de la proportionnalité était particulièrement présente dans la décision *Conseil supérieur de l'audiovisuel*, où le principe a été pour la première fois annoncé dans la jurisprudence constitutionnelle :

¹⁰⁷⁶ RIALS S., *Le juge administratif français et la technique du standard (Essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité)*, Paris, LGDJ, 1980, p. 235.

¹⁰⁷⁷ V., par exemple, BOCKEL A., « Contribution à l'étude du pouvoir discrétionnaire de l'administration », *op. cit.*, p. 370 ; AUBY J.-M., « Le contrôle juridictionnel du degré de gravité d'une sanction disciplinaire, note sous CE, 9 juin 1978, Lebon », *RDJ*, 1979, p. 238.

¹⁰⁷⁸ LASSER M., *Judicial Deliberations*, *op. cit.*

« la diversité des mesures susceptibles d'être prises sur le fondement de l'article 42-1 correspond à la volonté du législateur de proportionner la répression à "la gravité du manquement" reproché au titulaire d'une autorisation ; [...] le principe de proportionnalité doit pareillement recevoir application pour l'une quelconque des sanctions énumérées à l'article 42-1 ; [...] il en va ainsi en particulier des sanctions pécuniaires prévues au 3° de cet article ; [...] à cet égard, l'article 42-2 précise que le montant de la sanction pécuniaire doit être fonction de la gravité des manquements commis et en relation avec les avantages tirés du manquement par le service autorisé¹⁰⁷⁹ ».

En matière de peines et de sanctions la proportionnalité représente un rapport entre deux montants. La comparaison à laquelle se livre le juge est dyadique et ne mobilise pas les droits constitutionnels ni d'ailleurs aucune autre valeur constitutionnelle comme point de référence¹⁰⁸⁰. Les calculs de proportionnalité sont une question de fait, appréciée en premier lieu par l'administration ou par le juge du fond.

Si sa reconnaissance explicite dans la jurisprudence constitutionnelle a renforcé les espoirs de la doctrine pour une application juridictionnelle plus cohérente des droits fondamentaux, en réalité elle n'a pas entraîné de changements radicaux dans les méthodes du juge. Oscillant entre fait et valeur, la proportionnalité contient une « contradiction nécessaire et hautement significative » qui, selon Georges Vedel, caractérise plus généralement le discours du juge constitutionnel et fonde sa légitimité¹⁰⁸¹. D'un côté, adressée aux acteurs du jeu politique, elle désigne un rapport mathématique neutre qui ne conteste en rien les jugements de valeur du législateur et donc n'implique pas une redistribution radicale des pouvoirs entre Parlement et pouvoir judiciaire. De l'autre côté, en raison de sa fonction protectrice des droits fondamentaux dans d'autres systèmes, la proportionnalité acquiert un contenu symbolique moralement chargé. Ainsi, adressée aux croyants en la transcendance des droits de l'homme, elle fait écho à des valeurs naturelles, universelles et éternelles, dont le Conseil serait le protecteur et qui sous-tendraient sa jurisprudence, malgré son apparence formelle¹⁰⁸². « Au carrefour de la logique et de la foi », l'utilisation du langage de la proportionnalité est parfaitement adaptée au « double discours » du juge constitutionnel.

L'ambiguïté de la proportionnalité, entre calcul arithmétique et évaluation juridique, entre fait et valeur, est profondément ancrée dans la pensée des publicistes français ; elle est un motif constant dans l'évolution de son usage dans ce contexte. Nous pourrions même aller plus loin et affirmer que c'est la perte de cette prétention

¹⁰⁷⁹ V. Décision n° 88-248 DC, 17 janvier 1989, *Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication*, ECLI:FR:CC:1989:88.248.DC, not. cons. 30.

¹⁰⁸⁰ Sur la structure dyadique ou triadique de l'analyse de la proportionnalité, V. SCHLINK B., « Proportionality », *op. cit.*, p. 719-720.

¹⁰⁸¹ VEDEL G., « Le Conseil constitutionnel, gardien du droit positif ou défenseur de la transcendance des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 149.

¹⁰⁸² VEDEL G., « Le Conseil constitutionnel, gardien du droit positif ou défenseur de la transcendance des droits de l'homme », *op. cit.*

à la neutralité scientifique qui est à la source du scepticisme que la proportionnalité suscite au sein de la doctrine contemporaine. Dans tous les cas, l'esthétique scientifique de la proportionnalité a permis son élaboration doctrinale indépendamment de la pratique, comme une théorie du droit administratif. En tant que telle, la proportionnalité a trouvé application dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel.

3. La proportionnalité et l'« administrativisation » du droit constitutionnel

La proportionnalité comme but de l'action publique. Non seulement la proportionnalité attribue au raisonnement juridique le ton scientifique de la rationalité économique, mais elle exprime une nouvelle vision du processus de décision publique. Celui-ci est représenté comme rationnel et efficace, au service des besoins de la société moderne, et comme suivant les règles objectives de la science et de la technologie. Dans certains cas, la proportionnalité est présentée comme un but de l'action administrative en soi. Cela introduit une rupture avec la vision traditionnelle de l'administration comme exécutant les buts de politique publique définis par le Parlement. Ainsi, la connotation scientifique de la proportionnalité ouvre la voie à l'immixtion du savoir juridique et du juge dans la détermination des fins des autorités publiques.

Cette évolution est très bien illustrée dans l'analyse de Michel Guibal sur la proportionnalité en 1978. Selon cet auteur, la notion de proportionnalité est « simple, en plus d'être évidente, permanente et... normale » à un point tel qu'on peut penser qu'elle « va de soi¹⁰⁸³ ». Appliquée en matière de décisions publiques, elle constitue une qualité de l'action administrative : l'adaptation des moyens qu'elle utilise à ses fins. Pour Michel Guibal, les considérations de proportionnalité « mêlent en effet les éléments de légalité et d'opportunité, de technique et de droit, de chiffres et de volonté¹⁰⁸⁴ ». S'il rejette une perception purement mathématique du concept, il argue que la proportionnalité peut être appréciée rationnellement, au moyen d'une comparaison des coûts et des avantages de l'action publique. Ainsi, il soutient que la proportionnalité est « une notion clé du droit administratif et de la science administrative¹⁰⁸⁵ », qui peut constituer « la justification globale de l'action administrative¹⁰⁸⁶ », remplaçant à cet égard des notions telles que l'utilité publique, le service public ou la puissance publique¹⁰⁸⁷. Transcendant les débats entre les Écoles de Toulouse et de Bordeaux sur le fondement du droit administratif, la proportionnalité, signifierait la fin de l'idéologie en droit public français.

Dans la contribution de Michel Guibal, la possibilité d'appréciation rationnelle du rapport entre avantages et désavantages de l'action publique rend le concept de

¹⁰⁸³ GUIBAL M., « De la proportionnalité », *op. cit.*, p. 477.

¹⁰⁸⁴ *Ibid.*, p. 480.

¹⁰⁸⁵ *Ibid.*, p. 477.

¹⁰⁸⁶ *Ibid.*, p. 479.

¹⁰⁸⁷ Pour une utilisation similaire du terme, si ce n'est que dans un sens plus restreint, V. BIENVENU J.-J., *L'interprétation juridictionnelle des actes administratifs et des lois*, *op. cit.*, p. 112. Selon cet auteur, la proportionnalité entre le sacrifice des intérêts individuels et les besoins du service public est un objectif des contrats publics.

proportionnalité indépendant des sources formelles du droit. Suivant les mots de l'auteur, la proportionnalité « ne peut être ramenée à une formule stéréotypée et pas davantage à un simple élément de contentieux¹⁰⁸⁸. » Le décalage entre la perception doctrinale de la proportionnalité et son utilisation en pratique permet au concept de proportionnalité d'assumer une fonction *critique* : il désigne une valeur extra-juridique qui sert à l'étude et à l'évaluation de la jurisprudence par la doctrine, indépendamment de l'utilisation actuelle du langage de la proportionnalité par les juges. Selon Michel Guibal, pour que le contrôle de proportionnalité soit effectif, le juge doit chercher une « stricte concordance » entre les avantages et les inconvénients d'une décision administrative. Sur cette base, l'auteur décrit le contrôle exercé par le Conseil d'État comme « virtuel ou fictif, au mieux embryonnaire »¹⁰⁸⁹. Selon lui, la timidité que témoigne la jurisprudence dans l'application de la proportionnalité est liée à l'accès limité du juge aux faits ou à sa volonté de protéger l'administration. La conclusion de la contribution laisse au lecteur un sentiment d'amertume : « Il peut paraître curieux qu'au pays de Descartes la proportionnalité dans l'administration, c'est-à-dire finalement la justification et les limites de celle-ci quel que soit le système politique, ne soit pas mieux traitée¹⁰⁹⁰. » Pour l'auteur, le formalisme traditionnel du droit administratif doit être mis de côté pour permettre l'application effective de la proportionnalité.

S'il n'a pas réussi à influencer la jurisprudence, Michel Guibal a influencé de façon importante la signification de la proportionnalité que partagent les publicistes français, en détachant sa perception doctrinale de son application en pratique. Comme il a été dit dans la première partie, cette évolution a été consolidée dans l'œuvre de Xavier Philippe, où le concept de *contrôle* de proportionnalité est employé pour décrire le raisonnement du juge dans la poursuite d'un équilibre, que ce soit entre valeurs antagonistes ou entre institutions. Cet auteur a mis l'accent sur les origines de la proportionnalité dans d'autres disciplines, notamment les mathématiques et la philosophie, qui lui confèrent une prétention à l'objectivité. En affirmant la proportionnalité comme valeur poursuivie au moyen des méthodes du contrôle juridictionnel, Xavier Philippe a affirmé la possibilité d'ouvrir le raisonnement juridique à des considérations qui lui sont traditionnellement externes. La proportionnalité trouverait son domaine d'application le plus propice dans l'application des droits garantis par la Constitution, où ces considérations jouent un rôle plus important.

Tout en ouvrant le droit à des considérations extra-juridiques, la conception de la proportionnalité de Xavier Philippe exclut les choix moraux du raisonnement juridique. Comme l'auteur le précise dans l'introduction de son ouvrage : « Si l'on veut écarter les plus grands risques de subjectivité [...] il faut se départir d'une conception morale de la proportionnalité qui s'assimilerait au raisonnable en ce qu'il

¹⁰⁸⁸ GUIBAL M., « De la proportionnalité », *op. cit.*, p. 478.

¹⁰⁸⁹ *Ibid.*, p. 485.

¹⁰⁹⁰ *Ibid.*, p. 487.

se rapproche du juste¹⁰⁹¹. ». L'analyse de Xavier Philippe est moins radicale que celle de Michel Guibal, en ce que l'auteur ne cherche pas à fonder l'ensemble du droit administratif sur la proportionnalité. Néanmoins, en utilisant ce vocabulaire, il défend aussi l'atténuation du formalisme juridique au profit de la simplicité et de l'accessibilité du droit. Dans son œuvre, la proportionnalité est proche d'une exigence de « bonne législation », qui, par extension de l'exigence de « bonne administration » du droit administratif, imposerait la cohérence, l'efficacité et la rationalité de l'ensemble de l'action publique.

Rejet du formalisme traditionnel, exclusion de l'idéologie et des choix moraux du raisonnement juridique et érection de l'efficacité et de la rationalité en buts ultimes de l'action publique : plus encore qu'attribuant un ton scientifique aux évaluations juridiques, l'utilisation du langage de la proportionnalité exprime un tournant technocratique de la doctrine publiciste française. Elle exprime la croyance grandissante des juristes locaux en la possibilité de déterminer les solutions des problèmes juridiques au moyen d'une appréciation des faits qui se veut scientifique et neutre. Cette tendance imprègne la recherche interdisciplinaire d'une « science administrative » à la fin des années soixante-dix¹⁰⁹². Elle se croise avec des évolutions doctrinales et théoriques d'autres domaines, comme l'idée de modernisation développée dans l'œuvre d'André Tunc depuis les années soixante. D'ailleurs, c'est précisément ce courant de déterminisme juridique qui est ciblé dans la contribution critique de Christian Atias et de Didier Linotte en 1977 concernant « le mythe de l'adaptation du droit au fait¹⁰⁹³ ».

Le raisonnement du juge dans la décision *Entreprises de presse*. De façon intéressante, c'est dans ce sens technocratique que la théorie de la proportionnalité a trouvé application en droit constitutionnel français, dans une des plus grandes décisions du Conseil constitutionnel. La décision *Entreprises de presse* est restée célèbre pour la détermination avec laquelle le Conseil constitutionnel a proclamé et appliqué la liberté d'expression en matière de presse¹⁰⁹⁴. La loi déférée devant le Conseil posait des limites sur la concentration des entreprises de presse au niveau local et national, en fixant des plafonds sur la diffusion des journaux de même nature possédés ou contrôlés par la même personne. Ces restrictions affectaient particulièrement les intérêts du groupe de presse Hersant, connu pour son opposition à la politique du gouvernement. C'est ce qui a motivé la saisine de l'opposition et a attiré l'attention des médias sur l'affaire.

Le Conseil constitutionnel commence son raisonnement en annonçant la valeur constitutionnelle de la liberté d'expression et du pluralisme en matière de presse,

¹⁰⁹¹ PHILIPPE X., *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative françaises*, op. cit., p. 8.

¹⁰⁹² CHEVALLIER J. et D. LOSCHAK, *Science administrative*, Paris, LGDJ, 1978.

¹⁰⁹³ ATIAS C. et D. LINOTTE, « Le mythe de l'adaptation du droit au fait », *Recueil Dalloz*, 1977, chronique XXXIV, p. 251-258.

¹⁰⁹⁴ Décision n° 84-181 DC, 11 octobre 1984, *Loi visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse*, ECLI:FR:CC:1984:84.181.DC.

avant d'examiner le champ d'application des dispositions contestées¹⁰⁹⁵. Il relève que le dépassement des plafonds définis par la loi peut être le résultat de la préférence du public pour certains quotidiens par rapport aux quotidiens concurrents. Selon le Conseil, une telle interprétation rendrait les dispositions en cause « évidemment inconstitutionnelles » et porterait atteinte à la liberté des personnes possédant ou contrôlant ces quotidiens, ainsi qu'à la liberté des lecteurs « une atteinte directement contraire à l'article 11 de la Déclaration de 1789¹⁰⁹⁶ ». Ainsi, les juges annoncent une réserve d'interprétation excluant l'application des dispositions contestées dans une telle situation.

Toutefois, l'interprétation neutralisante produite par le Conseil ne l'a pas épargné de la censure de la loi. Les restrictions en cause affectaient des situations existantes concernant l'exercice de la liberté de la presse. Dans les termes utilisés par les juges :

« 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 poursuivi¹⁰⁹⁷ ».

Le Conseil a ainsi imposé une exigence de « nécessité réelle » au législateur, exigence qui n'était pas remplie en l'espèce. Il a pris en compte « le nombre, la variété de caractères et de tendances, les conditions de diffusion » des quotidiens affectés pour conclure « qu'il ne peut être valablement soutenu » que les circonstances de l'espèce « 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, notamment en procédant à des transferts ou à des suppressions de titres éventuellement contre le gré des lecteurs¹⁰⁹⁸ ».

Certains auteurs interprètent cette décision comme sanctionnant implicitement un détournement de pouvoir législatif¹⁰⁹⁹. Malgré le fait que la référence du Conseil à la nécessité « réelle » des mesures contestées ou à la « méconnaissance actuelle » des exigences constitutionnelles en cause donne l'impression d'une critique concernant les impacts des dispositions contrôlées sur les droits constitutionnels invoqués, l'intention du législateur est une préoccupation centrale pour le juge. En effet, le Conseil met en question l'appréciation législative sur l'existence d'un risque pour le

¹⁰⁹⁵ *Ibid.*, cons. 35 s.

¹⁰⁹⁶ *Ibid.*, cons. 41.

¹⁰⁹⁷ *Ibid.*, cons. 47.

¹⁰⁹⁸ *Ibid.*, cons. 49.

¹⁰⁹⁹ Sur ce point, V. VEDEL G., « Excès de pouvoir législatif et excès de pouvoir administratif », *op. cit.*, para. 40 et la littérature citée.

pluralisme des quotidiens, en d'autres termes, il met en question la *plausibilité* de la justification fournie par le législateur pour les restrictions contrôlées. Selon les termes utilisés dans la décision, « il ne peut être valablement soutenu » qu'une intervention législative était nécessaire dans les circonstances de l'espèce. D'ailleurs, la délibération du Conseil sur la décision révèle que les juges soupçonnaient en effet que la législation contestée visait à la limitation de l'influence du groupe Hersant¹¹⁰⁰.

Il n'en reste pas moins que la censure de l'intention du législateur passe par une évaluation des *effets* de la législation, comme le montre la considération exceptionnellement détaillée de ces effets dans la décision. La doctrine dominante a vu dans les considérants du Conseil les premiers éléments d'une « théorie générale des libertés constitutionnelles », dans laquelle la liberté de la presse jouirait d'une protection spéciale, dite de l'« effet cliquet¹¹⁰¹ ». Ceci voudrait dire qu'en matière de liberté de la presse, le Parlement ne peut intervenir que pour rendre plus effectif l'exercice de cette liberté et qu'il ne peut affecter des situations légalement acquises que dans les cas où cela est réellement nécessaire pour la protection d'un autre droit ou objectif constitutionnel¹¹⁰². Selon cette « architecture » alléguée des droits fondamentaux, d'autres « libertés de premier rang », comme la liberté d'association, jouiraient d'une protection constitutionnelle renforcée, qui impliquerait notamment l'interdiction d'un régime d'autorisation préalable. Toutefois, la jurisprudence postérieure a encore une fois démenti les attentes de la doctrine. La jurisprudence de l'effet cliquet a rarement été appliquée depuis 1984 et le Conseil ne s'est jamais explicitement référé à une théorie des droits fondamentaux. Sur quoi se fonde donc la censure de la loi dans la décision *Entreprises de presse* ?

Une application de la théorie de la proportionnalité. Une étude attentive du raisonnement juridictionnel dans cette décision montre que le Conseil critique la relation entre moyens et fins de l'action législative, à savoir l'adéquation de la loi pour la poursuite de son but. Lors de la délibération, Georges Vedel, rapporteur dans cette affaire, a comparé le contrôle exercé par le Conseil constitutionnel à celui exercé par le Conseil d'État pour conclure qu'« en matière de liberté publique, le législateur n'est pas plus libre que ne l'est l'administration¹¹⁰³ ». Le Doyen Vedel continue :

« En veillant, dans le domaine des libertés publiques, à l'adéquation des moyens choisis par le pouvoir législatif aux fins poursuivies, le Conseil constitutionnel ne fait [...] qu'exercer pleinement les attributions qui

¹¹⁰⁰ PHILIPPE X., A. VIDAL-NAQUET, A. DUFFY-MEUNIER, et O. LE BOT, « Les délibérations du Conseil constitutionnel - Année 1984 », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2011, n° 32, après la nb 39. V. la délibération du 10-11 octobre 1984, p. 12, http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/decisions/PV/pv1984-10-10-11.pdf, consulté le 11 novembre 2018.

¹¹⁰¹ FAVOREU L., « Note sous décision n° 84-181 DC », *RDP*, 1986, p. 493 ; PHILIPPE X., *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative françaises*, *op. cit.*, p. 185.

¹¹⁰² FAVOREU L., L. PHILIP, P. GAÏA, R. GHEVONTIAN, et A. ROUX, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 18^e éd., Paris, Dalloz, 2016, p. 31.

¹¹⁰³ Délibération du 10-11 octobre 1984, précitée, p. 10.

sont les siennes et ne se livre pas, contrairement à ce qu'on pourrait – à tort – penser, à un contrôle d'opportunité¹¹⁰⁴. »

Le contrôle du rapport entre moyens et fins législatifs a l'avantage de permettre au juge de ne pas s'immiscer dans la détermination des buts de la loi. Il a aussi l'avantage de permettre au juge de ne pas mobiliser le cas d'ouverture du détournement de pouvoir, dont une application contre le législateur serait vue comme trop audacieuse. Comme il est typique en droit public français, ce qui préserve l'objectivité du contrôle du juge est l'application d'une théorie. En effet, Georges Vedel admet qu'il suit une telle « théorie » sans pour autant la nommer¹¹⁰⁵.

La référence aux méthodes du juge administratif, à l'adéquation entre moyens et fins de l'action publique, aux libertés publiques et à une certaine « théorie » fait écho à la perception commune de la proportionnalité en droit public français. Cette interprétation est confirmée par Georges Vedel lui-même dans ses écrits et analyses postérieurs. Ainsi, lors de la délibération d'une affaire en 1986, le juge s'est référé à la décision *Entreprises de presse* pour expliquer le raisonnement suivi par le Conseil. Comme il le remarque :

« en ce qui concerne le pluralisme de la presse le Conseil constitutionnel partait d'un état de la presse à un moment donné et estimait qu'il n'était pas nécessaire, en cet état, de rendre les dispositions de la loi examinée à l'époque rétroactives. [...] contrairement à ce qu'écrivent les auteurs des saisines, le Conseil n'a pas fait une théorie des droits acquis en matière de liberté publique, mais plus simplement une théorie de la proportionnalité des moyens mis en œuvre avec les fins poursuivies¹¹⁰⁶. »

Si la doctrine a « lu » dans la décision *Entreprises de presse* une application implicite de la théorie du détournement de pouvoir ou de l'effet cliquet, c'est une autre théorie du droit administratif qui a guidé le raisonnement du juge. La proportionnalité, dans le sens d'une appréciation objective du rapport moyens-fins de l'action législative, a permis au Conseil de s'abstenir d'une évaluation morale des intentions du Parlement. Malgré le contrôle intrusif qu'elle a entraîné, l'application de la théorie de la proportionnalité n'a pas suscité les soupçons de subjectivité qu'aurait suscités la censure d'un détournement de pouvoir.

La confirmation de l'immunité juridictionnelle des buts du législateur.

Ainsi, contrairement à son interprétation par la doctrine, la décision *Entreprises de presse* et l'application de la théorie de la proportionnalité en droit constitutionnel confirme l'immunité juridictionnelle des buts législatifs. Cette conclusion est renforcée par le fait que, dans cette décision, le Conseil a conféré le statut d'objectif

¹¹⁰⁴ *Ibid.*, p. 10

¹¹⁰⁵ *Ibid.*

¹¹⁰⁶ Délibération du 29 juillet 1986, p. 11, http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/decisions/PV/pv1986-07-29.pdf, consulté le 11 novembre 2018 ; V. aussi VEDEL G., « Excès de pouvoir législatif et excès de pouvoir administratif », *op. cit.*, para. 40.

de valeur constitutionnelle au but poursuivi par la loi, à savoir le pluralisme des entreprises de presse¹¹⁰⁷. La catégorie des objectifs de valeur constitutionnelle a été introduite par le juge constitutionnel dans une décision datant de 1982 concernant l'article 11 DDHC, où elle a servi à la justification des limitations à la liberté de communication, malgré le fait que les dispositions constitutionnelles applicables définissaient cette liberté comme absolue¹¹⁰⁸. L'identification des objectifs constitutionnels apparaît comme une avancée de la jurisprudence, une évolution des méthodes du juge lui permettant de faire intrusion dans la sphère taboue des intentions du législateur. En pratique, toutefois, cette catégorie normative a principalement servi à la légitimation des buts du Parlement, en les traduisant dans des termes constitutionnels¹¹⁰⁹.

Dans la jurisprudence suivante, d'autres catégories ont été mobilisées par le Conseil pour rattacher les buts du législateur à la Constitution, comme les principes particulièrement nécessaires à notre temps ou les principes et exigences de valeur constitutionnelle. Parmi les rares cas où un objectif de valeur constitutionnelle a imposé de véritables contraintes au processus de décision législative, on trouve notamment l'objectif d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi. Pour autant, le contrôle du respect de cette exigence constitutionnelle concerne des caractéristiques purement formelles des dispositions contestées et non leur contenu matériel ni les jugements de valeur du Parlement. Autrement dit, loin d'entraîner un contrôle des fins poursuivies par le législateur, la catégorie des objectifs de valeur constitutionnelle, comme l'utilisation de la proportionnalité, exprime la réserve du Conseil vis-à-vis des jugements de valeur exprimés dans la loi.

Par conséquent, la nouveauté de la décision *Entreprises de presse* repose sur le contrôle intrusif des faits auquel se livre le juge constitutionnel. En effet, c'est au moyen d'une concrétisation et une « factualisation » de l'intention du Parlement que le Conseil conclut à la censure des dispositions contestées¹¹¹⁰. À cet égard, le raisonnement du Conseil partage plusieurs éléments avec l'application de la proportionnalité par les juridictions grecques depuis l'annonce explicite du principe dans la Constitution de ce pays en 2001 : orientation sur les faits, l'efficacité et la rationalité de l'action publique. Dans la jurisprudence du Conseil, l'application de la proportionnalité n'exprime pas une théorie des droits fondamentaux ni aucune autre théorie au contenu moral ou politique qui sous-tendrait le raisonnement du juge. Au

¹¹⁰⁷ V. Décision n° 84-181 DC, précitée, cons. 38.

¹¹⁰⁸ Décision n° 82-141 DC, 27 juillet 1982, *Loi sur la communication audiovisuelle*, ECLI:FR:CC:1982:82.141.DC, cons. 5.

¹¹⁰⁹ Dans la version de son manuel datant de 2001, Dominique Rousseau se demandait si la catégorie des objectifs de valeur constitutionnelle pouvait constituer une source d'inconstitutionnalité. V. ROUSSEAU D., *Droit du contentieux constitutionnel*, *op. cit.*, p. 110. Il est intéressant que cette interrogation n'apparaisse pas dans les versions postérieures du manuel. Cela peut être lié au fait que le Conseil a sporadiquement employé cette catégorie pour censurer les dispositions déferées devant lui : V., par exemple, la Décision n° 86-210 DC, 29 juillet 1986, *Loi portant réforme du régime juridique de la presse*, ECLI:FR:CC:1986:86.210.DC (concernant les objectifs de valeur constitutionnelle du pluralisme et de la transparence).

¹¹¹⁰ L'analyse sur ce point est inspirée par MARZAL YETANO A., *La dynamique du principe de proportionnalité*, Thèse, Paris I, 2013, p. 68 s.

contraire, elle exprime ce que Georges Vedel lui-même a identifié comme une tendance à l'« administrativisation » du droit constitutionnel¹¹¹¹. D'ailleurs, comme nous l'avons vu, une des contributions majeures de la thèse de Xavier Philippe est la transposition des théories et méthodes du droit administratif pour faire évoluer le droit constitutionnel.

La connotation technocratique de la proportionnalité aujourd'hui. La connotation technocratique de la proportionnalité a survécu à sa « consécration » dans la jurisprudence constitutionnelle en matière de droits fondamentaux. Aujourd'hui, l'utilisation du langage de la proportionnalité exprime souvent un souci de simplification, d'efficacité et de rationalité de la législation et du droit. Ainsi, nous avons vu que la version de la proportionnalité « à la française » qu'applique le Conseil constitutionnel met rarement en question la légitimité des choix du législateur *in abstracto*. De même, la version de la proportionnalité comme exigence de « *narrowly tailored* » ne conteste pas les choix de politique publique qu'exprime l'acte contrôlé.

Cette neutralité technocratique ne caractérise pas seulement la jurisprudence, mais elle imprègne aussi l'usage du langage de la proportionnalité par d'autres acteurs juridiques. Dans un rapport parlementaire de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, par exemple, la proportionnalité est mentionnée comme un principe de « bonne législation », selon lequel le législateur devrait « proportionner » les études d'impact à l'ampleur de la réforme législative en cause, son urgence, son coût financier ou le nombre des personnes qu'elle affecte¹¹¹². De façon quelque peu similaire, dans son étude portant sur la proportionnalité, Jean-Baptiste Duclerq la perçoit comme une exigence d'efficacité minimale de la législation, appréciée objectivement selon les faits de l'espèce. L'analyse de cet auteur, pleine de métaphores empruntées à l'ingénierie, représente le juge comme un mécanicien examinant l'efficacité de la « machine » législative, l'adéquation de la loi dans la poursuite de ses fins¹¹¹³.

Malgré les attentes qu'a suscitées la diffusion de la proportionnalité parmi les constitutionnalistes français pour une application plus cohérente des droits fondamentaux, en réalité, elle n'a fait que confirmer le tabou entourant les jugements de valeur exprimés dans la loi. La compétence du Parlement pour concilier les valeurs constitutionnelles concurrentes est constamment affirmée dans la jurisprudence constitutionnelle¹¹¹⁴, qui d'ailleurs réitère de façon aussi constante que le Conseil constitutionnel « ne détient pas un pouvoir d'appréciation et de décision identique à

¹¹¹¹ VEDEL G., « Introduction », *op. cit.*

¹¹¹² WARSMANN J.-L., « Rapport n° 1375 sur le projet de loi organique (no 1314) relatif à l'application des articles 34-1, 39 et 44 de la Constitution ».

¹¹¹³ DUCLERQ J.-B., *Les mutations du contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, *op. cit.*

¹¹¹⁴ V., par exemple, la Décision n° 94-352 DC, 18 janvier 1995, *Loi d'orientation et de programmation relative à la sécurité*, ECLI:FR:CC:1995:94.352.DC, cons. 3. Ce type de raisonnement est aussi employé dans les décisions concernant l'état d'urgence. V., par exemple, Décision n° 2016-536 QPC, 19 février 2016, *Ligue des droits de l'homme [Perquisitions et saisies administratives dans le cadre de l'état d'urgence]*, ECLI:FR:CC:2016:2016.536.QPC, cons. 5.

celui du Parlement¹¹¹⁵ ». Ainsi, il appartient au législateur de définir « au regard de l'état des connaissances et des techniques¹¹¹⁶ » le contenu concret des valeurs telles que la dignité humaine ou le droit au logement¹¹¹⁷. Le Conseil, pour sa part, se montre réticent à « prendre position dans un débat éthique, scientifique et, en définitive, politique sur l'homoparentalité¹¹¹⁸. » Qui plus est, il considère que les considérations éthiques et sociales relèvent de la « seule appréciation » du législateur¹¹¹⁹. Plus généralement, en présence de « questions de société¹¹²⁰ », le juge constitutionnel se plie devant les choix du Parlement. Ainsi, si la diffusion de la proportionnalité a augmenté le pouvoir d'appréciation du Conseil constitutionnel, elle ne l'a pas établi comme protecteur des droits fondamentaux¹¹²¹.

Depuis son émergence en droit public français, la proportionnalité s'est assigné une mission de rationalisation du savoir juridique. En tant que théorie doctrinale, elle a le mérite de représenter l'action publique comme moderne, efficace et rationnelle, libérée de considérations subjectives relevant de la morale ou de l'idéologie. Simultanément, de façon quelque peu magique la proportionnalité tisse une cohérence dans l'évolution des méthodes du contrôle juridictionnel, désenchantant ainsi des « fantômes » traditionnels qui l'entourent et, avec eux, les distinctions doctrinales que ces « fantômes » sous-tendent. En réalité, longtemps avant sa reconnaissance explicite en tant que principe constitutionnel, la proportionnalité en tant que théorie a enclenché des transformations conceptuelles importantes dans le discours juridique français. Pour comprendre l'étendue de ces transformations, nous devons revenir aux années soixante-dix et aux premières utilisations du langage de la proportionnalité.

4. L'effacement de la distinction entre la proportionnalité et l'erreur manifeste

Le « déplacement » du débat sur le champ d'application de l'erreur manifeste. La mise en balance des avantages et des inconvénients des décisions administratives n'était pas du tout acquise avant l'arrêt *Ville Nouvelle Est*, pas même sous couvert de la sanction d'erreurs manifestes. Avant l'émergence de la technique du bilan dans la jurisprudence, certains membres de la doctrine avaient défendu l'extension du champ d'application de l'erreur manifeste, du contrôle des motifs au

¹¹¹⁵ Décision n° 94-343/344 DC, 27 juillet 1994, *Loi relative au respect du corps humain et loi relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal*, ECLI:FR:CC:1994:94.343.DC, cons. 10.

¹¹¹⁶ *Ibid.* V. aussi la Décision n° 2010-2 QPC, 11 juin 2010, *Loi dite « anti-Perruche »*, ECLI:FR:CC:2010:2010.2.QPC, cons. 4.

¹¹¹⁷ Décision n° 94-359 DC, 19 janvier 1995, *Loi relative à la diversité de l'habitat*, ECLI:FR:CC:1995:94.359.DC.

¹¹¹⁸ Décision n° 2010-39 QPC, 6 octobre 2010, *Isabelle D. et Isabelle B.*, ECLI:FR:CC:2010:2010.39.QPC ; n° 2010-92 QPC, 28 janvier 2011, *Mme Corinne C. et autre*, ECLI:FR:CC:2011:2010.92.QPC. V. le commentaire de la première décision aux Cahiers, p. 10, http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/download/201039QPCccc_39qpc.pdf, consulté le 11 novembre 2018.

¹¹¹⁹ Décision n° 2010-2 QPC, *Loi dite « anti-Perruche »*, précitée, cons. 15.

¹¹²⁰ V. le commentaire précité, p. 10.

¹¹²¹ V., dans le même sens, CHAMPEIL-DESPLATS V., « Le Conseil constitutionnel a-t-il une conception des libertés publiques ? », *op. cit.* ; GOESEL-LE BIHAN V., « Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel, technique de protection des libertés publiques ? », *op. cit.*

contrôle du contenu des décisions discrétionnaires de l'administration¹¹²². Pour autant, le Conseil d'État avait constamment refusé cette solution : l'erreur manifeste concernait seulement les appréciations *factuelles* de l'autorité contrôlée. En effet, la seule façon d'intégrer cette technique dans les structures traditionnelles du contrôle de l'administration était de confiner son application dans le domaine des motifs de fait de la décision contrôlée. L'absence d'erreur manifeste pourrait être vue comme une condition pour l'exercice de la compétence de l'administration. Au contraire, en raison de son orientation sur les faits, l'application de l'erreur manifeste dans le contrôle du contenu des décisions administratives conduirait le juge à substituer sa propre appréciation sur l'opportunité de la décision contrôlée à celle de l'administration. En effet, traditionnellement, s'agissant du contenu des actes administratifs, le juge contrôle seulement sa conformité avec des *normes* supérieures, en application du cas d'ouverture de la violation de la loi.

Les analyses contemporaines à l'arrêt *Ville Nouvelle Est* maintiennent cette conception stricte du contrôle de l'erreur manifeste. Certains manuels, par exemple, distinguent clairement l'erreur manifeste du contrôle du bilan, qui concerne le contenu des décisions administratives et non la qualification des faits à laquelle a procédé l'autorité contrôlée¹¹²³. Néanmoins, il semble que l'arrêt *Ville Nouvelle Est* ait totalement déplacé le débat sur le champ d'application de l'erreur manifeste. Puisque les juges se sont reconnu le pouvoir de mettre en balance les avantages et les inconvénients d'une décision, les auteurs de la doctrine ont accepté, *ad minus*, la possibilité d'un contrôle restreint du contenu des décisions administratives. D'ailleurs, comme il a été dit plus haut, certains ont même soutenu que la seule interprétation de la jurisprudence du bilan capable de préserver la « logique » et l'« identité » du système de contrôle juridictionnel français était de la comprendre comme une extension de l'application de l'erreur manifeste au contrôle du contenu des décisions administratives¹¹²⁴. Ainsi, en concentrant les débats doctrinaux sur l'émergence et l'application du bilan coût-avantages, l'arrêt *Ville Nouvelle Est* a conduit les juristes locaux à négliger une transformation conceptuelle majeure d'une autre technique juridictionnelle : l'erreur manifeste.

Le dépassement de la distinction entre motifs et contenu de l'acte administratif. La promotion de la proportionnalité en tant que principe général a encouragé cette évolution. En effet, les auteurs de la fin des années soixante-dix perçoivent tant l'erreur manifeste que le bilan comme des applications du principe de proportionnalité, qui, transcendant les distinctions traditionnelles de la doctrine, régissent « toutes les manifestations du pouvoir discrétionnaire¹¹²⁵ ». Il est significatif

¹¹²² LABETOULLE D. et P. CABANES, « Note sous CE (Ass.), 28 mai 1971, *Ville Nouvelle Est* », *op. cit.*, p. 404 ; cité par WALINE J., « Le rôle du juge administratif dans la détermination de l'utilité publique justifiant l'expropriation », *op. cit.*, p. 823.

¹¹²³ V., par exemple, BOCKEL A., « Contribution à l'étude du pouvoir discrétionnaire de l'administration », *op. cit.*, p. 365. Cet auteur parle d'une jurisprudence « non encore née ». V. l'arrêt *Fédération nationale des syndicats des fonctionnaires de l'agriculture et autres*, 15 février 1974, précité.

¹¹²⁴ DE LAUBADÈRE A., « Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire dans la jurisprudence récente du Conseil d'État français », *op. cit.*, p. 547, 549.

¹¹²⁵ BOCKEL A., « Contribution à l'étude du pouvoir discrétionnaire de l'administration », *op. cit.*, p. 370.

que, dans leurs écrits, les défenseurs de la proportionnalité nuancent la distinction entre contenu et motifs de la décision administrative, qu'ils caractérisent comme « fragile¹¹²⁶ ». Selon eux, souvent les exigences de légalité s'imposant au contenu des décisions administratives pourraient être vues comme des conditions pour l'exercice par l'administration de sa compétence et inversement¹¹²⁷. Un exemple-type de cette situation est le contrôle de nécessité en matière de police : ce contrôle concerne-t-il les motifs des restrictions contestées ou s'agit-il de l'application d'une exigence de légalité concernant l'exercice des pouvoirs de police ? La reconnaissance explicite du principe de proportionnalité en tant qu'exigence légale d'adéquation de l'action publique aux faits et à ses fins mettrait un terme à ce qui est de plus en plus perçu comme une distinction formelle et surannée¹¹²⁸.

À partir du milieu des années soixante-dix, les appels de la doctrine en faveur de l'abandon de la distinction entre motifs et contenu des décisions administratives ont trouvé une réponse dans la jurisprudence du Conseil d'État¹¹²⁹. Notamment dans le célèbre arrêt *Lebon*, le juge administratif a exercé un contrôle d'erreur manifeste sur la sévérité des sanctions disciplinaires¹¹³⁰. Ainsi, si les défenseurs de la proportionnalité n'ont pas obtenu le changement qu'ils cherchaient au niveau des sources officielles du droit – le principe de proportionnalité n'a pas été expressément reconnu –, ils ont obtenu une avancée cruciale du contrôle juridictionnel : le contrôle de l'exercice du pouvoir discrétionnaire de l'administration a été généralisé. *Plus c'est la même chose, plus ça change*¹¹³¹. C'est pour cela que la doctrine dominante, malgré l'absence d'utilisation du vocabulaire de la proportionnalité dans l'arrêt *Lebon*, « voit » dans cet arrêt une application du principe de proportionnalité¹¹³².

La force de légitimation du langage de la proportionnalité a finalement voué à l'oubli la transformation de l'erreur manifeste, malgré quelques hésitations initiales de certains membres de la doctrine¹¹³³. Dans les premières éditions de leur manuel, par

¹¹²⁶ 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 », *op. cit.*, p. 703. Maxime Letourneur, président du Tribunal administratif de l'OIT au moment où écrivait Françoise Dreyfus, avait aussi diminué l'importance de la distinction dans une contribution sur l'application de l'erreur manifeste par le Conseil d'État en 1972 : LETOURNEUR M., « Le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation dans la jurisprudence du Conseil d'État », *Mélanges Ganshof van der Meersch*, Paris, LGDJ, 1972, vol. III, p. 563-578.

¹¹²⁷ AUBY J.-M., « Le contrôle juridictionnel du degré de gravité d'une sanction disciplinaire, note sous CE, 9 juin 1978, *Lebon* », *op. cit.*, p. 236.

¹¹²⁸ 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 », *op. cit.*, p. 695, 700 ; BRAIBANT G., « Le principe de proportionnalité », *op. cit.*, p. 298.

¹¹²⁹ V., par exemple, CE (Ass.), 5 mai 1976, *Bernette*, n° 98647 et 98820, ECLI:FR:CEASS:1976:98647.19760505. Sur cet arrêt, V. les observations de GUIBAL M., « De la proportionnalité », *op. cit.*, p. 486.

¹¹³⁰ CE, 9 juin 1978, *Sieur Lebon*, n° 05911, ECLI:FR:CESJS:1978:05911.19780609. Dans cette décision, le Conseil d'État a abandonné son refus constant jusque-là de contrôler la « proportionnalité » des sanctions : V. CE, 13 octobre 1967, n° 71629, ECLI:FR:CEORD:1967:71629.19671013.

¹¹³¹ GRAZIADEI M., « Comparative Law as the Study of Transplants and Receptions », *op. cit.*, p. 462. L'auteur utilise cette expression pour décrire un chemin de réception des transplants juridiques dans leur contexte hôte.

¹¹³² AUBY J.-M., « Le contrôle juridictionnel du degré de gravité d'une sanction disciplinaire, note sous CE, 9 juin 1978, *Lebon* », *op. cit.*, p. 237 s.

¹¹³³ V. AUBY J.-M., « Le contrôle juridictionnel du degré de gravité d'une sanction disciplinaire, note sous CE, 9 juin 1978, *Lebon* », *op. cit.*, qui décrit cette transformation et identifie ses raisons.

exemple, Georges Vedel et Pierre Delvolvé considèrent la proportionnalité et l'erreur manifeste comme des méthodes distinctes, chacune d'entre elles concernant des éléments différents de l'acte administratif¹¹³⁴. Pour autant, la question du champ d'application de l'erreur manifeste fait défaut dans les analyses postérieures sur la proportionnalité¹¹³⁵. L'application de l'erreur manifeste étant de plus en plus perçue comme un aspect du contrôle de proportionnalité, les juristes français semblent avoir oublié les éléments structurels qui jusqu'aux années soixante-dix contraignaient sa diffusion. La transformation de l'erreur manifeste a été accélérée avec son transfert en droit constitutionnel, où, en raison du caractère abstrait de certaines dispositions de la Constitution, la distinction entre conditions pour l'exercice du pouvoir législatif et exigences constitutionnelles s'imposant au contenu de la législation est encore plus difficile à faire. Ainsi, dans la décision *Sécurité et Liberté*, le Conseil a appliqué l'erreur manifeste dans le contrôle du respect du principe de nécessité des peines¹¹³⁶.

La persistance de la distinction dans la jurisprudence constitutionnelle.

Pour autant, la proportionnalité et l'erreur manifeste sont restées distinctes dans la jurisprudence constitutionnelle, du moins pour un certain temps. Ceci peut être illustré au moyen de l'analyse de la décision *Loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie*, qui concerne la loi organisant les élections de l'assemblée législative de ce territoire à statut particulier¹¹³⁷. Le Parlement avait délimité les circonscriptions électorales sur une base géographique, introduisant ainsi des inégalités importantes dans la représentation de la population locale au Congrès. Examinant la compatibilité de ces dispositions au principe de l'égalité du suffrage, le Conseil constitutionnel admet que, pour être représentatif, le Congrès doit être élu sur une base essentiellement démographique. Néanmoins, il distingue clairement cette exigence d'une règle de proportionnalité stricte. Selon les termes utilisés dans la décision : « il ne s'ensuit pas que cette représentation doive être nécessairement proportionnelle à la population de chaque région¹¹³⁸ ». Le Conseil admet que « d'autres impératifs d'intérêt général » peuvent peser sur la décision du Parlement. Cela étant, les juges ont conclu à l'inconstitutionnalité des dispositions contrôlées. En effet, pour le Conseil, le départ de la règle de proportionnalité n'est constitutionnellement acceptable « que dans une mesure limitée qui, en l'espèce, a été manifestement dépassée¹¹³⁹ ». Tout en refusant d'appliquer une règle de proportionnalité stricte, au nom du principe constitutionnel de l'égalité du suffrage, le juge impose des limites à la possibilité du législateur de déroger à cette règle, limites qu'il sanctionne en application d'un contrôle de l'erreur manifeste.

¹¹³⁴ VEDEL G. et P. DELVOLVÉ, *Droit administratif*, 10^e éd., Paris, PUF, 1988, p. 802 ; cité par PHILIPPE X., *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative françaises*, *op. cit.*, p. 171 note 70.

¹¹³⁵ V., par exemple, l'étude de COSTA J.-P., « Le principe de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil d'État », *op. cit.*

¹¹³⁶ Décision n° 80-127 DC, 20 janvier 1981, *Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes*, ECLI:FR:CC:1981:80.127.DC.

¹¹³⁷ Décision n° 85-196 DC, 8 août 1985, *Loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie*, ECLI:FR:CC:1985:85.196.DC.

¹¹³⁸ *Ibid.*, cons. 16.

¹¹³⁹ *Ibid.*

Étonnamment, quelques jours plus tard, dans sa seconde décision sur le sujet, le Conseil semble avoir changé d'avis¹¹⁴⁰. Alors que, le 8 août, il a conclu que l'assignation d'un représentant pour 4728 résidents constituait une transgression manifeste des limites posées par la Constitution, le 23 août il a conclu que l'assignation d'un représentant pour 4052 résidents ne constituait pas une telle transgression. La doctrine a vu dans les décisions sur les élections en Nouvelle-Calédonie une application contradictoire de la technique de l'erreur manifeste. Il a été observé que dans la seconde décision le Conseil s'est plié aux choix du Parlement, alors que la disproportion était aussi flagrante que dans la première. Cela remet en question l'objectivité de l'erreur manifeste en tant que méthode de contrôle. Avec une dose d'ironie, certains auteurs ont cherché une proportion *exacte*, dont le dépassement aurait conduit le Conseil à censurer la loi dans la décision du 23 août¹¹⁴¹. Les critiques de la jurisprudence sur les élections en Nouvelle-Calédonie reposent sur la perception classique de l'erreur manifeste comme un test impliquant des appréciations factuelles objectivement valides, peu importe le contexte entourant l'adoption de la législation contrôlée. Cette aura d'objectivité est d'ailleurs caractéristique des calculs de proportionnalité. En effet, pour la doctrine dominante en la matière, la proportionnalité et l'erreur manifeste sont des degrés différents du même type de contrôle.

Pour autant, l'étude attentive du raisonnement du Conseil dans les décisions mentionnées ci-dessus montre que, dans ses premières applications en droit constitutionnel, les considérations qu'implique le contrôle de l'erreur manifeste sont qualitativement différentes de celles impliquées par la proportionnalité. En effet, alors que la proportionnalité (une équation mathématique) représente une qualité extra-juridique des choix du législateur, l'erreur manifeste définit les limites constitutionnelles dont la transgression permet l'intervention du juge. En d'autres termes, dans les décisions sur les élections en Nouvelle-Calédonie, l'application de l'erreur manifeste implique une critique des jugements de valeur du législateur qui fait défaut dans l'application de la proportionnalité. Tandis que cette dernière fonctionne comme un critère pour l'appréciation des *effets* de l'action législative selon les règles de la logique et de la science, l'erreur manifeste concerne l'évaluation des *motifs* du législateur selon la Constitution ; elle concerne la justification de la loi. En pratique, le standard de l'erreur manifeste fonctionne comme un substitut pour le détournement de pouvoir législatif : son application s'analyse en un contrôle qui porte sur l'état d'esprit du législateur et dépend du contexte particulier de chaque affaire.

Les jugements de valeur dans l'application de l'erreur manifeste sont difficiles à saisir pour la doctrine en raison du tabou qui entoure traditionnellement les choix politiques et moraux du Parlement. Néanmoins, c'est précisément ce caractère moralement chargé du contrôle de l'erreur manifeste qui rend intelligible son

¹¹⁴⁰ Décision n° 85-197 DC, 23 août 1985, *Loi sur l'évolution de la Nouvelle Calédonie*, ECLI:FR:CC:1985:85.197.DC, cons. 35.

¹¹⁴¹ FAVOREU L., L. PHILIP, P. GAÏA, R. GHEVONTIAN, et A. ROUX, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, *op. cit.* n° 43.23.

application apparemment contradictoire dans la jurisprudence sur la Nouvelle-Calédonie. Malgré l'approximation des lois contrôlées en ce qui concerne leurs effets, leur contexte d'adoption était différent : la première loi ayant dérogé de façon excessive au principe constitutionnel d'égalité, dans l'élaboration de la seconde, le Parlement a pris en considération la décision du Conseil et a amendé les dispositions inconstitutionnelles dans un effort de se conformer à ce principe. L'intervention du juge constitutionnel pour sanctionner les choix du Parlement pour une deuxième fois aurait donc été perçue comme imposant une règle de proportionnalité trop rigide au législateur, une règle qui n'est prévue nulle part dans la Constitution. Dans la délibération de l'affaire, Georges Vedel observe que les méthodes du Conseil « ne présentent pas une rigueur "pascalienne" ou "euclidienne"¹¹⁴² ». Selon le Doyen, l'erreur manifeste « veut simplement dire que, même lorsqu'on a le pouvoir de faire beaucoup de choses, on ne peut pas faire n'importe quoi¹¹⁴³. »

Dans la jurisprudence suivante, le Conseil constitutionnel a utilisé des standards distincts pour critiquer, d'un côté, les effets de la législation et, de l'autre, sa justification constitutionnelle. Concernant le régime électoral de la ville de Marseille, par exemple, les juges ont souligné :

« même si le législateur n'a pas jugé opportun, pour deux des cent un sièges à attribuer, de faire une stricte application de la répartition proportionnelle à la plus forte moyenne, les écarts de représentation entre les secteurs selon l'importance respective de leur population telle qu'elle ressort du dernier recensement, ne sont ni manifestement injustifiables ni disproportionnés de manière excessive¹¹⁴⁴ ».

La distinction entre les standards « manifestement injustifiables » et « disproportionnés de manière excessive » indique que, tandis que l'erreur manifeste fait partie des méthodes de raisonnement juridique-constitutionnel du Conseil, l'identification des disproportions excessives constitue une appréciation purement factuelle qui procède des méthodes d'autres disciplines.

Une lecture de la délibération de cette affaire confirme cette conclusion. En effet, l'utilisation d'un standard unique de « disproportion manifeste » avait été proposée par un membre du Conseil. Pour autant, le Secrétaire général s'y était opposé, en observant que « cette rédaction laisserait le législateur seul juge des motifs d'intérêt général qu'il invoque¹¹⁴⁵ ». Autrement dit, seule la référence à la

¹¹⁴² Délibération, 23 août 1985, p. 4, http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/decisions/PV/pv1985-08-23.pdf, consulté le 27 décembre 2017.

¹¹⁴³ *Ibid.*, p. 24.

¹¹⁴⁴ V., par exemple, Décision n° 87-227 DC, 7 juillet 1987, *Loi modifiant l'organisation administrative et le régime électoral de la ville de Marseille*, ECLI:FR:CC:1987:87.227.DC, cons. 6. Dans le même sens, Décision n° 86-218 DC, 18 novembre 1986, *Loi relative à la délimitation des circonscriptions pour l'élection des députés*, ECLI:FR:CC:1986:86.218.DC, cons. 8.

¹¹⁴⁵ Délibération, 7 juillet 1987, p. 43, http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/decisions/PV/pv1987-07-07.pdf, consulté le 27 décembre 2017.

proportionnalité excluait les motifs du législateur du contrôle du juge. Georges Vedel était d'accord avec le Secrétaire général :

« le boulanger peut vendre du pain de 450 grammes qui en pèse moins : cela se mesure. Au contraire, à quel degré peut-on dire qu'il y a pêché véniel ou capital. Ce n'est pas une erreur mais une appréciation d'opportunité. Il faudrait une formule de l'erreur manifeste qui réunisse le quantum et les motifs de choix¹¹⁴⁶. »

Cette disjonction du vocabulaire de l'erreur manifeste de celui de la proportionnalité peut être observée aussi dans le raisonnement du Conseil d'État pendant les années quatre-vingt. Le juge administratif évitait assidument l'emploi d'un standard de disproportion manifeste, utilisant typiquement des expressions telles que « disproportion marquée¹¹⁴⁷ ».

Une distinction effacée. Malgré la distinction des standards dans le raisonnement du juge, la doctrine percevait le terme erreur manifeste comme synonyme de la disproportion manifeste et cette perception de synonymie a été vite réalisée en jurisprudence. Nous avons vu que, quelques mois après les décisions sur les élections en Nouvelle-Calédonie, en 1986, le Conseil constitutionnel a abandonné la séparation méticuleuse entre le vocabulaire de la proportionnalité et celui de l'erreur manifeste¹¹⁴⁸. Cela a enclenché un mouvement de « factuelisation » de l'erreur manifeste, à savoir sa transformation en un standard orienté vers les effets et l'efficacité des lois contrôlées plutôt que vers les motifs et les jugements de valeur du législateur. Cette évolution culmine avec l'émergence du standard « manifestement inapproprié » dans la jurisprudence constitutionnelle. Apparue en 1990 possiblement sous l'influence de la jurisprudence de la CJCE¹¹⁴⁹, ce standard est utilisé depuis comme un « succédané objectif du contrôle de détournement de pouvoir » pour sanctionner les moyens législatifs qui ne sont pas adaptés à leurs fins¹¹⁵⁰. Le contrôle de l'inadaptation manifeste est typiquement perçu comme une manifestation du contrôle de proportionnalité. Sa diffusion dans la jurisprudence constitutionnelle exprime la tendance plus générale du Conseil à présenter les jugements de valeur qu'implique la qualification juridique comme des appréciations factuelles et rationnelles d'efficacité. En d'autres termes, elle exprime un mouvement plus général de remplacement des limites constitutionnelles par des limites factuelles.

¹¹⁴⁶ *Ibid.*

¹¹⁴⁷ V., par exemple, CE, 6 février 1981, n° 16660, ECLI:FR:CESSR:1981:16660.19810206. Deux seuls exemples d'application combinée de l'erreur manifeste et de la proportionnalité ont été trouvés dans la jurisprudence du Conseil d'État jusqu'en 1986 : CE, 23 octobre 1986, n° 64900, ECLI:FR:CESSR:1985:64900.19851023, ainsi que CE, 7 mai 1982, n° 17713, ECLI:FR:CESSR:1982:17713.19820507. Toutefois, même dans ces cas la proportionnalité représente un rapport arithmétique.

¹¹⁴⁸ Décision n° 86-215 DC, 3 septembre 1986, *Loi relative à la lutte contre la criminalité et la délinquance*, ECLI:FR:CC:1986:86.215.DC. Sur ce point, *supra*, Partie I, chapitre 1.1.3.

¹¹⁴⁹ Décision n° 90-280 DC, 6 décembre 1990, *Loi organisant la concomitance des renouvellements des conseils généraux et des conseils régionaux*, ECLI:FR:CC:1990:90.280.DC. Le standard est employé par la CJCE en novembre 1990, dans l'arrêt *Fedesa*. Sur ce point, V. *infra*, Partie III, Introduction.

¹¹⁵⁰ GOESEL-LE BIHAN V., « Réflexion iconoclaste sur le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel », *op. cit.*, p. 237.

Dans une trajectoire inversée, la proximité entre erreur manifeste et disproportion manifeste a enlevé à la proportionnalité une grande partie de sa rigueur arithmétique. Dans la décision *Loi portant amnistie*, par exemple, le standard de « disproportion manifeste » a été employé comme une « belle marquise » : adressé aux syndicalistes dont les droits étaient affectés dans l'affaire, il exprimait dans des termes simples et intelligibles le fait que le Parlement avait exercé ses pouvoirs de façon raisonnable¹¹⁵¹. Ce compromis de la rigueur scientifique de la proportionnalité a permis sa diffusion en droit positif. Nous avons vu dans le chapitre 1 que, depuis le début des années quatre-vingt-dix et sous l'influence du droit européen, les juridictions françaises utilisent le vocabulaire de proportionnalité en matière de droits de l'homme. Sous l'impulsion de la rhétorique transnationale des droits fondamentaux, la proportionnalité a acquis le sens d'un principe protecteur de ces droits dans la jurisprudence constitutionnelle. Depuis les années deux mille, sa dynamique est envahissante et son application se rapproche de plus en plus du modèle alexyen. Néanmoins, des différences importantes avec ce modèle persistent et illustrent la façon dont la proportionnalité et les droits fondamentaux sont réinventés par les juristes français.

5. L'application de la proportionnalité en matière de droits fondamentaux : intégration sociale et assimilation

La proportionnalité et l'idéalisation du pouvoir judiciaire. Il ne fait pas de doute que l'application récente de la proportionnalité contribue de façon significative à la mythologie entourant le juge comme protecteur des droits fondamentaux. Ce n'est pas un hasard si l'étude de la proportionnalité excite de plus en plus les juges eux-mêmes et notamment les présidents des juridictions suprêmes¹¹⁵². Dans la nouvelle représentation du système juridique comme un ordre des droits fondamentaux, le raisonnement juridique est perçu comme un processus de conciliation des valeurs antagonistes et le juge comme une institution compétente pour réaliser cette conciliation¹¹⁵³. L'enchantement vis-à-vis du juge imprègne les écrits de la doctrine sur la proportionnalité. Il est évident dans les mots de Xavier Philippe, par exemple :

« le contrôle de proportionnalité conduit le juge à opérer de véritables "jugements de Salomon". En réalité, on peut se demander si, à travers les exigences variables du contrôle, le juge ne se rattache pas à une recherche générale de cohérence que la proportionnalité lui permet d'atteindre¹¹⁵⁴. »

D'ailleurs, la même fascination vis-à-vis du pouvoir judiciaire apparaît dans la littérature transnationale sur la proportionnalité, qui, nous l'avons vu, présente le juge

¹¹⁵¹ Délibération, 20 juillet 1988, p. 24 s., not. p. 28, http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/decisions/PV/pv1988-07-20.pdf, consulté le 27 décembre 2017.

¹¹⁵² SAUVÉ J.-M., « Le principe de proportionnalité, protecteur des libertés », *op. cit.* ; LOUVEL B., « Réflexions à la Cour de cassation : contribution à la refondation de la Justice », *op. cit.*

¹¹⁵³ PHILIPPE X., *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative françaises*, *op. cit.*, p. 421 s.

¹¹⁵⁴ *Ibid.*, p. 347.

comme un Socrate moderne et la procédure juridictionnelle comme un exercice de maïeutique. En droit public français, comme dans la théorie alexyenne, la proportionnalité comme principe protecteur des droits fondamentaux exprime une forte croyance en la possibilité de résoudre les conflits axiologiques de façon rationnelle.

Cette tendance à idéaliser le juge et le raisonnement juridictionnel est encore plus marquée en droit constitutionnel, où la proportionnalité a certainement bénéficié de la croyance quasi-religieuse de certains auteurs en « la transcendance des droits de l'homme¹¹⁵⁵ ». Les études en la matière, jusqu'à récemment assez rares et produites notamment par Valérie Goesel-Le Bihan, expriment une foi envers le Conseil constitutionnel qui est impressionnante, étant donné qu'il s'agit d'une juridiction principalement composée de personnalités politiques. Les auteurs optimistes voient dans la proportionnalité une méthode pour la mise en balance des droits constitutionnels et, en utilisant la structure en étapes allemande, offrent des reconstructions complexes de la jurisprudence du Conseil¹¹⁵⁶. L'application variable et peu transparente de la proportionnalité est typiquement vue comme un témoin du « réalisme » du juge constitutionnel, qui est constamment personnifié dans les écrits pertinents, le plus souvent dans l'image d'un jeune apprenti¹¹⁵⁷. En 2007, Valérie Goesel-Le Bihan a été jusqu'à caractériser la jurisprudence constitutionnelle comme « une œuvre de maturité » du Conseil qui démontre sa « perméabilité aux contingences politiques nouvelles¹¹⁵⁸ ». Quant aux juges, qui sont encore plus optimistes que les universitaires, ils voient dans la jurisprudence constitutionnelle en matière de proportionnalité une « beauté » et une « harmonie » qu'on retrouve dans les jardins chinois, malgré l'impression de « désordre » qu'elle crée aux « esprits Cartésiens » des juristes¹¹⁵⁹.

La proportionnalité comme méthode d'inculcation républicaine : l'affaire de *Burqa*. Néanmoins, en pratique, l'utilisation du langage de la proportionnalité reste incohérente. Employée de façon interchangeable avec des standards comme « l'atteinte excessive » aux droits, la proportionnalité conduit le plus souvent à une affirmation sans justification de la constitutionnalité des dispositions contrôlées par le juge. D'ailleurs, l'absence de justification qui caractérise l'application de la proportionnalité distingue plus généralement le style de motivation des décisions de justice en France. Elle est le corollaire des attentes attachées au droit dans ce contexte et de l'image qu'ont les juristes locaux de l'État et de la société, bref, de tout ce qui

¹¹⁵⁵ VEDEL G., « Le Conseil constitutionnel, gardien du droit positif ou défenseur de la transcendance des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 159 para. 20.

¹¹⁵⁶ GOESEL-LE BIHAN V., « Réflexion iconoclaste sur le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel », *op. cit.* ; « Le contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel : figures récentes », *RFDC*, 2007, p. 269-295.

¹¹⁵⁷ Valérie Goesel-Le Bihan va jusqu'à parler au Conseil in « Le contrôle exercé par le Conseil constitutionnel : défense et illustration d'une théorie générale », *op. cit.*

¹¹⁵⁸ GOESEL-LE BIHAN V., « Le contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *op. cit.*, p. 295.

¹¹⁵⁹ FRAISSE R., « Le Conseil constitutionnel exerce un contrôle conditionné, diversifié et modulé de la proportionnalité », *Les petites affiches*, 2009, n° 46, p. 74 après la nb 2.

fonde la légitimité des autorités publiques et de leur pouvoir normatif. À cet égard, Mitchel Lasser parle d'une « légitimité républicaine ». Comme il le remarque, en droit français, l'effet pédagogique de la jurisprudence est fondé sur un processus « d'inculcation républicaine » et non sur « l'explication réciproque » des points de vue des parties au litige¹¹⁶⁰.

L'exemple de la décision *Burqa*, concernant l'interdiction de la dissimulation du visage dans l'espace public, en est une illustration¹¹⁶¹. Malgré sa formulation neutre, la loi déferée devant le Conseil dans cette affaire avait comme but l'interdiction du port de la *burqa*, pratique religieuse et culturelle bien-connue de certaines femmes musulmanes. Votée après une discussion extensive du sujet dans les médias, la loi a obtenu un consensus très fort au Parlement : un seul représentant dans chaque chambre s'est opposé à son adoption. Lors des débats parlementaires précédant son vote, le port de la *burqa* a été caractérisé comme une pratique « intolérable¹¹⁶² », un symbole de la position des femmes dans la tradition islamique qui est contraire aux valeurs républicaines¹¹⁶³. À la suite du vote de la loi, les présidents des deux chambres du Parlement ont saisi le Conseil suivant la procédure de contrôle *a priori* – la première occurrence d'une telle saisine depuis 1959 – sans avancer aucun argument d'inconstitutionnalité. En réalité, cette « saisine blanche » était une demande de « brevet de constitutionnalité », afin d'empêcher une contestation de la loi dans l'avenir par la voie de la QPC.

Dans une décision étonnamment courte, le Conseil constitutionnel a validé les mesures contestées. Le raisonnement du juge part de l'identification du but du législateur : selon le Conseil, la loi avait pour objet « de répondre à l'apparition de pratiques, jusqu'alors exceptionnelles, consistant à dissimuler son visage dans l'espace public¹¹⁶⁴ ». Fidèle à sa jurisprudence constante, le Conseil n'a pas mis en question la légitimité de ce choix du législateur mais s'est borné à mentionner que celui-ci « a estimé que de telles pratiques peuvent constituer un danger pour la sécurité publique et méconnaissent les exigences minimales de la vie en société¹¹⁶⁵ ». Après l'assertion des buts législatifs, les juges ont procédé à l'examen de la conciliation des valeurs antagonistes qu'avait effectué le Parlement. Suivant les termes utilisés dans la décision :

« eu égard aux objectifs qu'il s'est assignés et compte tenu de la nature de la peine instituée en cas de méconnaissance de la règle fixée par lui, le législateur a adopté des dispositions qui assurent, entre la sauvegarde de

¹¹⁶⁰ LASSER M., *Judicial Transformations*, *op. cit.*, p. 141.

¹¹⁶¹ Décision n° 2010-613 DC, 7 octobre 2010, *Loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public*, ECLI:FR:CC:2010:2010.613.DC.

¹¹⁶² V. le rapport de la Délégation aux droits des femmes et à l'égalité des chances entre les hommes et les femmes de l'Assemblée Nationale : <http://www.assemblee-nationale.fr/13/rap-info/i2646.asp>.

¹¹⁶³ V. la résolution de l'Assemblée Nationale, votée le 11 mai 2010, sur le respect des valeurs républicaines face au développement de pratiques radicales y portant atteinte, http://www.assemblee-nationale.fr/13/dossiers/ppr_34-1_valeurs_rep.asp, consulté le 6 novembre 2018.

¹¹⁶⁴ Décision n° 2010-613 DC, précitée, cons. 4.

¹¹⁶⁵ *Ibid.*

l'ordre public et la garantie des droits constitutionnellement protégés, une conciliation qui n'est pas manifestement disproportionnée¹¹⁶⁶ ».

Dans la formulation de la décision, il semble que la proportionnalité ait été utilisée ici dans sa version de principe protecteur des droits fondamentaux, puisqu'elle sert au contrôle de la conciliation législative entre droits et ordre public. Toutefois, le raisonnement du Conseil est très loin de l'argumentation transparente sur les valeurs que préconisent les théoriciens de la proportionnalité. En effet, le jugement ne mentionne même pas quels sont les droits constitutionnels auxquels portent atteinte les mesures en cause. Si la liberté de religion est invoquée dans la motivation de la décision, c'est seulement dans une réserve d'interprétation qui exclut l'application de l'interdiction dans les lieux de culte¹¹⁶⁷. L'utilisation du standard de « disproportion manifeste » pourrait indiquer que le Conseil applique la proportionnalité dans sa version de principe régissant la sévérité des peines et des sanctions. Une telle interprétation est renforcée par la référence explicite du juge constitutionnel au caractère trivial des peines prévues par la loi. Néanmoins, le principe de proportionnalité des peines n'est pas un droit fondamental, alors que nombre de tels droits auraient pu être opposés à l'interdiction législative en cause. La proportionnalité ne concerne pas la nécessité de la loi non plus, puisqu'aucune justification n'est offerte par le juge quant à l'efficacité des mesures en question. En réalité, le Conseil ne précise pas *par rapport à quoi* il a évalué la proportionnalité de la conciliation effectuée par le Parlement.

La réinvention de la proportionnalité et des droits fondamentaux. Comme le montre l'analyse ci-dessus, l'application de la proportionnalité dans la décision *Burqa* n'a nullement impliqué la mise en question des choix politiques et moraux du législateur, ni même de l'efficacité des mesures contrôlées. En réalité, l'affirmation par le juge de l'absence de disproportion manifeste correspond à une affirmation axiomatique du caractère raisonnable et légitime des jugements de valeur exprimés dans la loi. Fidèle à ses habitudes, le juge constitutionnel a laissé la détermination de l'ordre des valeurs protégées par la Constitution à la majorité du Parlement.

Néanmoins, ce qui distingue la décision *Burqa* est le fait que le Conseil a suivi un raisonnement jusque-ici rare dans sa jurisprudence. Dans son examen de l'objectif de la loi, le Conseil souligne que le législateur « a estimé que les femmes dissimulant leur visage, volontairement ou non, se trouvent placées dans une situation d'exclusion et d'infériorité manifestement incompatible avec les principes constitutionnels de liberté et d'égalité¹¹⁶⁸ ». Voilà donc les droits constitutionnels que le Conseil a pris en compte pour évaluer la conciliation effectuée par le Parlement. De façon quelque peu étonnante, pour autant, la liberté et l'égalité ne sont pas qualifiées comme des droits mais comme des « principes ». En tant que tels, elles-mêmes font partie de l'ordre public que la loi avait comme but de préserver. Selon sa perception classique en droit

¹¹⁶⁶ *Ibid.*, cons. 5.

¹¹⁶⁷ *Ibid.*

¹¹⁶⁸ *Ibid.*, cons. 4

français, l'ordre public est défini par le triptyque sûreté-tranquillité-salubrité et n'englobe pas la protection de valeurs morales¹¹⁶⁹. Néanmoins, depuis les années quatre-vingt-dix, cette notion a été étendue pour inclure la protection de certains droits fondamentaux¹¹⁷⁰. Ici, l'attribution par le juge constitutionnel d'un contenu moralement chargé à l'ordre public court-circuite le contrôle de proportionnalité. Puisque les droits en tant que principes font partie de l'ordre public, la proportionnalité comprend leur protection et présuppose leur conciliation. Par conséquent, la préservation de l'ordre public s'érige en but ultime de la Constitution et prévaut sur la réalisation de toute autre valeur constitutionnelle.

Les commentateurs de la décision *Burqa* y ont vu «une certaine forme d'abdication du contrôle de constitutionnalité¹¹⁷¹». En effet, le point de vue de femmes musulmanes concernées par l'interdiction n'a guère été considéré par le Conseil. La motivation laconique de la décision et la présentation de sa solution comme évidente met en exergue le défaut de débat contradictoire dans la procédure devant le juge constitutionnel, dont les décisions sont par ailleurs insusceptibles de voie de recours. En réalité, l'affaire *Burqa* illustre bien la façon dont le discours juridique français réinvente la proportionnalité et son «bagage» des droits fondamentaux pour l'adapter aux enjeux locaux du droit et aux critères locaux pour l'évaluation des arguments juridiques. En effet, la tendance à ériger les buts du législateur en buts constitutionnels ultimes, «réflexe d'union républicaine¹¹⁷²», est plus générale en droit français. Guillaume Merland parle du «halo mythique» qui entoure l'intérêt général, une «notion fuyante, insaisissable, floue, qui ne se laisse pas enfermer dans les classifications normatives traditionnelles¹¹⁷³». En érigeant les buts du législateur en buts ultimes de l'ordre constitutionnel, le droit public français échappe au «fondamentalisme des droits» qu'impliquerait une «conception jusqu'au-boutiste des droits subjectifs¹¹⁷⁴».

En d'autres termes, dans le contexte français, les droits ne fonctionnent pas comme des exigences d'optimisation, ainsi que le défend la théorie alexyenne. Au lieu de cela, ils sont perçus comme des intérêts partisans et, comme l'observe Mitchel Lasser, ils «n'ont ni le pédigrée démocratique ni la légitimité républicaine pour jouer un rôle dominant dans la résolution des conflits sociaux¹¹⁷⁵». Les droits ne sont pas

¹¹⁶⁹ V., toutefois, CE, 18 décembre 1959, *Films Lutétia*, n° 36385 et 36428, ECLI:FR:CESJS:1959:36385.19591218.

¹¹⁷⁰ CE (Ass.), 27 octobre 1995, *Commune de Morsang-sur-Orge*, n° 136727, ECLI:FR:CEASS:1995:136727.19951027. Sur la réinvention des droits fondamentaux par la culture française de droit public, V. *infra*, Partie III, chapitre 6.2.

¹¹⁷¹ FATIN-ROUGE STÉFANINI M. et X. PHILIPPE, «Jurisprudence du Conseil constitutionnel Octobre 2010-mars 2011», *RFDC*, 2011, p. 549.

¹¹⁷² MAZEAUD P., «Voeux du président du Conseil constitutionnel au Président de la République». Palais de l'Élysée, 3 janvier 2006, *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 20, juin 2006, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-20/voeux-du-president-du-conseil-constitutionnel-m-pierre-mazeaud-au-president-de-la-republique.51762.html>.

¹¹⁷³ MERLAND G., «L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel», *Conseil constitutionnel*, accessible sur https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/pdf/Conseil/merland.pdf, p. 2.

¹¹⁷⁴ MAZEAUD P., «2, rue de Montpensier : un bilan», *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2008, n° 25, p. 27.

¹¹⁷⁵ LASSER M., *Judicial Transformations*, *op. cit.*, p. 48.

des « armes formidables » intégrant les points de vue minoritaires dans le processus de décision politique. C'est la majorité du Parlement qui a le pouvoir de définir leur champ protecteur et les modalités de leur exercice, tandis que le contrôle du juge se réduit en une affirmation axiomatique de la légitimité des choix législatifs. Quand leur protection est consensuelle, les droits sont repris dans les textes et dans la jurisprudence, mais plutôt comme des valeurs objectives, ce qui rend inopérant le consentement de la victime à leur atteinte. Ce qu'exprime l'usage du langage de la proportionnalité et des droits fondamentaux dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel est l'idée que la seule façon pour les minorités de s'intégrer socialement est de s'assimiler et de se conformer aux choix de vie de la majorité.

Des dissonances entre la jurisprudence française et européenne. Quatre ans plus tard, appelée à se prononcer sur l'interdiction de la *burqa* dans l'affaire *SAS c. France*, la Cour EDH a exprimé ne pas être complètement en accord avec le Conseil constitutionnel¹¹⁷⁶. Tout d'abord, elle a rejeté l'argument selon lequel l'interdiction de la *burqa* répondait à des raisons de sécurité. À cet égard, le gouvernement invoquait « la nécessité d'identifier les individus afin de prévenir les atteintes à la sécurité des personnes et des biens et de lutter contre la fraude identitaire¹¹⁷⁷ ». La Cour a mis en question la sincérité de ces allégations. Les termes utilisés dans la décision montrent en effet la suspicion des juges : « [a]u vu du dossier, on peut certes se demander si le législateur a accordé un poids significatif à de telles préoccupations¹¹⁷⁸. »

Cela étant, la Cour procède à un examen objectif de la nécessité de l'interdiction de la *burqa* pour des raisons de sécurité dans une société démocratique. Elle relève que les femmes affectées par l'interdiction « se trouvent obligées de renoncer totalement à un élément de leur identité qu'elles jugent important ainsi qu'à la manière de manifester leur religion ou leurs convictions qu'elles ont choisie¹¹⁷⁹ ». Une telle ingérence dans les droits individuels ne peut être justifiée « qu'en présence d'un contexte révélant une menace générale contre la sécurité publique¹¹⁸⁰ ». Pour autant, le gouvernement n'a pas montré que l'interdiction s'inscrivait dans un tel contexte. Au contraire, dans sa décision sur la loi, le Conseil constitutionnel avait mentionné que la pratique en cause était « jusqu'alors exceptionnelle ». Les juges de Strasbourg d'ailleurs soulignent que le but de sécurité publique de la loi aurait pu être atteint par l'instauration d'une simple obligation pour les femmes concernées de montrer leur visage quand les circonstances justifient qu'elles fassent l'objet d'un contrôle de la part de la police.

Par la suite, la Cour procède à l'examen du second but légitime invoqué par le gouvernement, à savoir la protection des droits d'autrui. À cet égard, le gouvernement faisait appel au principe d'égalité des sexes, au respect de la dignité humaine et au « respect des exigences minimales de la vie en société ». De façon

¹¹⁷⁶ Cour EDH, *SAS c. France*, 1 juillet 2014, n° 43835/11.

¹¹⁷⁷ *Ibid.*, para. 115.

¹¹⁷⁸ *Ibid.*

¹¹⁷⁹ *Ibid.*, para. 139.

¹¹⁸⁰ *Ibid.*

claire, les juges de Strasbourg rejettent la réinvention objectiviste des droits fondamentaux qui sous-tend les arguments du gouvernement et la décision du Conseil constitutionnel en la matière. Concernant le principe d'égalité, ils relèvent qu'on ne peut pas protéger des individus contre l'exercice de leurs propres droits¹¹⁸¹. Quant aux arguments basés sur la dignité humaine, tout en concédant que « le vêtement en cause est perçu comme étrange par beaucoup de ceux qui l'observent », les juges de Strasbourg soulignent que, « dans sa différence, il est l'expression d'une identité culturelle qui contribue au pluralisme dont la démocratie se nourrit¹¹⁸² ». Pour la Cour, la seule justification légitime qui peut fonder l'interdiction de la *burqa* est le « respect des exigences minimales de la vie en société », le « vivre ensemble ». Elle reconnaît qu'il peut être admis « que la clôture qu'oppose aux autres le voile cachant le visage soit perçue par l'État défendeur comme portant atteinte au droit d'autrui d'évoluer dans un espace de sociabilité facilitant la vie ensemble¹¹⁸³. »

Néanmoins, selon la Cour, la flexibilité de la notion de vivre ensemble appelle un contrôle strict sur la nécessité de la mesure, ce qui la mène à un examen détaillé des effets de l'interdiction de la *burqa* dans l'espace public. Les juges soulignent que, si la proportion de la population affectée par la mesure est faible, son effet sur les femmes concernées est très important :

« elle peut avoir pour effet de les isoler et d'affecter leur autonomie ainsi que l'exercice de leur liberté de manifester leurs convictions et de leur droit au respect de leur vie privée. De plus, on comprend que les intéressées perçoivent cette interdiction comme une atteinte à leur identité¹¹⁸⁴. »

Cela étant, et malgré le fait que, comme l'observe la Cour, la mesure en cause affecte le pluralisme, les juges acceptent finalement que l'interdiction de la *burqa* puisse « passer pour proportionnée au but poursuivi¹¹⁸⁵ ». Selon eux, il s'agit d'un « choix de société¹¹⁸⁶ » qui concerne la protection des valeurs essentielles pour l'État défendeur, sur lequel « des profondes divergences peuvent raisonnablement exister dans un État démocratique¹¹⁸⁷ ». Ainsi, la Cour montre son respect des choix démocratiques des décideurs nationaux.

Le contrôle de proportionnalité exercé par le juge européen est en plein contraste avec celui exercé par les juridictions internes. La Cour s'est montrée beaucoup plus suspicieuse et attentive dans le contrôle de la légitimité des buts invoqués par le Parlement. Là où les juges nationaux ont affirmé de façon catégorique la proportionnalité de l'interdiction et sa compatibilité aux droits de l'homme, la Cour a admis avec réticence la proportionnalité des mesures nationales,

¹¹⁸¹ *Ibid.*, para. 118 s.

¹¹⁸² *Ibid.*, para. 120.

¹¹⁸³ *Ibid.*, para. 121-122.

¹¹⁸⁴ *Ibid.*, para. 146.

¹¹⁸⁵ *Ibid.*, para. 157.

¹¹⁸⁶ *Ibid.*, para. 153.

¹¹⁸⁷ *Ibid.*, para. 154.

au moyen d'une application de la doctrine de la marge d'appréciation. Les juges de Strasbourg n'ont pas affirmé la proportionnalité des mesures *per se*, mais seulement la *plausibilité* de l'allégation des autorités nationales que l'interdiction était proportionnée. La Cour européenne aurait difficilement pu se montrer plus hostile à la législation nationale dans le contexte d'une menace constante de terrorisme et au regard des tendances plus générales à la désintégration en Europe. Le jugement de la Cour EDH a attiré l'attention des médias, qui l'ont généralement perçu comme une décision de « prudence politique¹¹⁸⁸ ». La condamnation de la France sur ce point dans l'avenir semble très probable aux yeux des juristes et des commentateurs locaux. « Cette cour apatride¹¹⁸⁹ » qui siège à Strasbourg ne se montrerait plus sensible aux valeurs républicaines françaises, en dépit de leur caractère essentiel aux yeux des agents nationaux.

Actuellement, l'application de la proportionnalité comme une méthode d'inculcation républicaine provoque le scepticisme non seulement des observateurs externes mais aussi de la doctrine. Même les auteurs les plus fidèles aux droits fondamentaux et au Conseil constitutionnel semblent avoir perdu confiance dans la fonction protectrice de la proportionnalité¹¹⁹⁰. D'ailleurs, plus généralement, la croyance des publicistes français au caractère objectif et rationnel du raisonnement juridique et des qualifications qu'il implique semble s'affaiblir. Le contrôle de proportionnalité par les juges ordinaires est de plus en plus critiqué pour sa subjectivité et pour la confusion qu'il génère dans la répartition traditionnelle des compétences entre le juge, l'administration et le Parlement¹¹⁹¹. Le « fantôme » du jus-naturalisme s'éveille pour effaroucher l'enthousiasme vis-à-vis de la proportionnalité et des droits fondamentaux¹¹⁹². Les juristes français perdent de plus en plus leur « optimisme épistémologique », ainsi que leur foi envers le juge constitutionnel et les autorités publiques, des caractéristiques qui, comme nous l'avons vu dans l'introduction de cette partie, conditionnent le succès de la proportionnalité. Tout cela est combiné avec un tournant sécuritaire de la pratique constitutionnelle qui culmine avec la déclaration récente de l'état d'urgence et le transfert des pouvoirs étendus de police administrative dans la législation normale. Comme l'observe Mireille Delmas-Marty, la normalisation de l'état d'urgence marque une « rupture anthropologique », à savoir, « le passage d'une société de responsabilité à une société de suspicion¹¹⁹³. »

¹¹⁸⁸ JOHANNES F., « Voile islamique : la CEDH ne condamne pas la France mais émet des réserves », *Le Monde*, 01 juillet 2014.

¹¹⁸⁹ La phrase a été prononcée par Renaud Denoix de Saint-Marc, membre du Conseil constitutionnel et anciennement vice-président du Conseil d'État, en mai 2010, lors d'un discours devant les étudiants du Master 2 Droit public fondamental de l'Université Paris I.

¹¹⁹⁰ GOESEL-LE BIHAN V., « Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel, technique de protection des libertés publiques ? », *op. cit.*

¹¹⁹¹ DELVOLVÉ P., « Droits subjectifs contre interdit législatif », *RFDA*, 2016, p. 754 ; DUTHEILLET DE LAMOTHE L. et G. ODINET, « Contrôle de conventionnalité : in concreto veritas ? », *AJDA*, 2016, p. 1398.

¹¹⁹² DE BECHILLON D., « Observations sur le contrôle de proportionnalité », *op. cit.*, p. 29.

¹¹⁹³ DELMAS-MARTY M., « De l'état d'urgence au despotisme doux », *Libération*, 16/07/2017

Si la proportionnalité a généré des changements significatifs en droit public français, c'est en tant que théorie plutôt qu'en tant que concept du droit positif. Du moins dans ses premières utilisations dans ce contexte, elle était perçue comme un transfert provenant d'autres disciplines et non comme un transplant provenant de l'Allemagne. L'utilisation du langage de la proportionnalité a exprimé et même renforcé la croyance des juristes français en la possibilité de détermination objective du contenu des normes juridiques. Elle a exprimé et même renforcé la perception du raisonnement juridique comme un processus rationnel suivant les règles de la logique. En bref, l'utilisation de la proportionnalité en droit public français a exprimé et renforcé la croyance des juristes locaux en la possibilité d'une science juridique libérée des considérations morales ou idéologiques. Seul ce savoir juridique scientifique permettrait au droit et au juge de s'immiscer dans la détermination de la volonté normative des décideurs publics et notamment du Parlement.

Dans un moment d'optimisme et sous l'influence de la rhétorique transnationale des droits fondamentaux, la proportionnalité a échangé sa rigueur scientifique pour devenir un principe protecteur des droits de l'homme. Néanmoins, son application dans ce contexte, loin d'impliquer une argumentation transparente sur des questions morales, ressemble plus à une méthode d'inculcation républicaine imposée par les autorités publiques aux minorités déviantes. La proportionnalité et son « bagage » des droits fondamentaux sont réinventés par les publicistes locaux et leur dynamique est contenue dans les structures traditionnelles du droit public français. Dans ce contexte, son déclin récent est le résultat du désenchantement de la doctrine à l'égard des droits fondamentaux et du juge, ainsi que de la perte de confiance en l'objectivité du raisonnement juridique.

Plus généralement, l'utilisation du langage de la proportionnalité en droit public français a suivi et conforté la recherche de désenchantement et de rationalisation qui depuis longtemps inspire et guide l'évolution de cette discipline. La proportionnalité reflète la vision que partagent les juristes locaux du rapport entre connaissance scientifique et technique juridique. Elle exprime leur croyance en – et, en même temps, leur effort de dépasser – une distinction qui est fondamentale pour leurs « esprits Cartésiens » : la distinction entre science et doctrine, entre raisonnement descriptif et raisonnement prescriptif, en bref, la distinction entre *être* et *devoir être*.

CHAPITRE 5

La quête d'un droit public anglais

Le succès de la proportionnalité en droit anglais. En contraste avec leurs collègues français, les juristes anglais n'ont pas l'ambition de faire du droit une science. Un juge a même jadis remercié Dieu que le droit anglais ne soit pas une science¹¹⁹⁴. Comme nous le verrons dans ce chapitre, l'aversion traditionnelle des juristes du *common law* envers la théorisation et la construction scientifique explique le rejet initial du modèle allemand et européen de la proportionnalité mais aussi, par la suite, son succès singulier dans ce contexte.

La diffusion de la proportionnalité en droit public anglais relève grandement de la narration des adeptes de la théorie alexyenne. Si l'orthodoxie de Albert Venn Dicey, formaliste et insulaire, a pendant longtemps empêché sa diffusion dans ce contexte, aujourd'hui la proportionnalité est appliquée dans le champ du *HRA* et sa dynamique est envahissante. Elle est perçue comme une structure de raisonnement en étapes en matière de droits de la Convention. Accompagnée du retentissement singulier du langage des droits fondamentaux, elle génère une transformation constitutionnelle importante. En effet, le *HRA* ne peut pas être vu comme une simple « *gateway* » à l'application de la Convention et de la proportionnalité dans la sphère juridique interne. Dix ans après la mise en vigueur de cet Acte, le contentieux pertinent, encore en pleine croissance, représentait presque la moitié des cas déférés devant les juridictions suprêmes¹¹⁹⁵. Ainsi, la proportionnalité est aujourd'hui au cœur des débats des publicistes anglais, puisqu'elle affecte l'ensemble du droit public : des questions procédurales concernant l'établissement des preuves jusqu'à la perception du rôle constitutionnel des juges et du Parlement.

L'établissement du paradigme rationnel des droits de l'homme. La littérature dominante utilise les termes du constitutionnalisme pour décrire ces évolutions. Par exemple, le *HRA* est communément perçu comme un catalogue de droits¹¹⁹⁶. Paul Craig remarque que la section 3 de l'Acte « encapsule une sorte de contrôle de constitutionnalité "doux"¹¹⁹⁷ ». Aileen Kavanagh met l'accent sur le pouvoir « constitutionnel » que le *HRA* et la proportionnalité confèrent aux juges et suggère que, si formellement cet Acte ne jouit pas d'un statut constitutionnel, sa valeur juridique est supérieure à celle des autres actes parlementaires, puisque son

¹¹⁹⁴ COHEN M., « Law and Scientific Method », *Jurisprudence in action: a pleader's anthology*, London, Sweet & Maxwell, 1953, p. 115, cité par ATIYAH P., *Pragmatism and Theory in English Law*, *op. cit.*, p. 4, note 7.

¹¹⁹⁵ POOLE T. et S. SHAH, « The impact of the Human Rights Act on the House of Lords », *PL*, 2009, p. 347-371.

¹¹⁹⁶ V. KAVANAGH A., *Constitutional Review under the UK Human Rights Act*, *op. cit.*, p. 307 s. V. aussi HUNT M., « The Human Rights Act and Legal Culture: The Judiciary and the Legal Profession », *Journal of Law and Society*, 1999, vol. 26, n° 1, p. 86-102.

¹¹⁹⁷ V. CRAIG P., *Administrative Law*, *op. cit.*, para. 18-004 s.

amendement ou son retrait serait juridiquement et politiquement difficile¹¹⁹⁸. Dans le même sens, Jeffrey Jowell caractérise le *HRA* comme « un cadre d'ordre supérieur [*higher-order framework*¹¹⁹⁹] », tandis que d'autres auteurs parlent de la « constitutionnalisation » du droit administratif¹²⁰⁰.

Le discours constitutionnaliste que suscite le *HRA* est le corollaire des changements fondamentaux que cet Acte entraîne en droit anglais. Les juristes locaux parlent d'une « réinvention » du droit administratif en tant que système fondé sur la protection des droits de l'homme¹²⁰¹. La section 2 du *HRA* impose aux juges de prendre en compte la jurisprudence de la Cour de Strasbourg et les oblige donc d'adopter une interprétation dynamique de la Convention, qui passe par une définition « généreuse » des droits prévus par ce texte. Par exemple, contrairement au formalisme analytique qui irrigue traditionnellement le *common law*, le droit de mener une vie privée et familiale est interprété comme un « concept flexible et élastique, incapable de définition précise¹²⁰² ». L'expansion des droits, à son tour, encourage l'argumentation juridique dans les termes de la Convention et accélère la diffusion du langage de la proportionnalité. En vertu de la section 6 du *HRA*, la violation des droits devient un cas d'illégalité des décisions publiques qui peuvent désormais faire l'objet du contrôle du juge indépendamment de l'existence d'un recours ou d'une réparation spécifique. La justiciabilité de l'action publique devient ainsi la règle et son injusticiabilité l'exception¹²⁰³. Les juristes anglais professent l'abolition des obstacles doctrinaux au contrôle du juge¹²⁰⁴ et proposent l'instauration d'une exigence générale de motivation des décisions publiques dans l'optique d'établir une culture de justification¹²⁰⁵.

Dans l'ordre juridique des droits fondamentaux inauguré par le *HRA*, le potentiel du droit s'étend non seulement vis-à-vis des autorités publiques, mais aussi vis-à-vis de la société. Des secteurs laissés jusqu'à récemment à la négociation et à l'accord privé font désormais l'objet de la réglementation juridique. Les juges, des autorités publiques soumises à la section 6, doivent respecter les droits de la Convention dans l'interprétation des règles de droit privé¹²⁰⁶. Cela confère aux droits de l'homme un « effet horizontal indirect¹²⁰⁷ » qui rend difficile la délimitation des

¹¹⁹⁸ KAVANAGH A., *Constitutional Review under the UK Human Rights Act*, *op. cit.*, p. 271 s.

¹¹⁹⁹ JOWELL J., « Judicial Deference and Human Rights: A Question of Competence », P. CRAIG et R. RAWLINGS (dir.), *Law and Administration in Europe: essays in honour of Carol Harlow*, Oxford ; New York, OUP, 2003, p. 68.

¹²⁰⁰ DYZENHAUS D., M. HUNT, et M. TAGGART, « The Principle of Legality in Administrative Law: Internationalisation as Constitutionalisation », *Oxford University Commonwealth Law Journal*, 2001, vol. 1, n° 1, p. 5-34.

¹²⁰¹ TAGGART M., « Reinventing Administrative Law », *op. cit.*

¹²⁰² R. c. *Secretary of State for Health, ex parte Rose* [2003] A.C.D. 6 (HC, Queen's Bench Division, 26 juillet 2002), p. 21.

¹²⁰³ LOUGHLIN M., *The British constitution*, *op. cit.*

¹²⁰⁴ ALLAN T., « Human Rights and Judicial Review: A Critique of "Due Deference" », *CLJ*, 2006, vol. 65, n° 3, p. 671-695.

¹²⁰⁵ TAGGART M., « Reinventing Administrative Law », *op. cit.* ; HUNT M., « Sovereignty's Blight: Why Contemporary Public Law Needs the Concept of "Due Deference" », *op. cit.*

¹²⁰⁶ KAVANAGH A., *Constitutional Review under the UK Human Rights Act*, *op. cit.*, p. 144.

¹²⁰⁷ CRAIG P., *Administrative Law*, *op. cit.*, para. 18-026 ; *Campbell c. MGN Ltd* [2004] UKHL 22 (HL, 6 mai 2004) ; *Douglas c. Hello! Ltd* [2005] EWCA Civ 595 (CA, Civil Division, 18 mai 2005).

catégories libérales classiques et bouleverse la primauté traditionnellement accordée à la volonté des personnes privées¹²⁰⁸. Des concepts nouveaux, tels que la *privacy*, émergent en droit privé, tandis que des concepts anciens sont vus comme des « vaisseaux vides », dans lesquels les principes de la CEDH sont « versés¹²⁰⁹ ». Plus encore, le *HRA* provoque un changement dans les fondements de la légitimité de la constitution anglaise. En effet, alors que, traditionnellement, la constitution du *common law* émane de la société et évolue avec cette dernière, la constitution « totale » des droits fondamentaux postule de façon axiomatique sa propre légitimité et le pouvoir de réguler cette même société.

La culture des droits de l'homme qui s'établit progressivement dans le *common law* est communautariste plutôt que libérale. Cela correspond à un changement important dans les fondements idéologiques du droit public¹²¹⁰. Michael Taggart observe qu'une caractéristique classique du droit administratif anglais est son orientation individualiste exprimée principalement dans le rôle limité du juge comme arbitre¹²¹¹. À cet égard, le *HRA* a apporté un bouleversement en garantissant certains droits sociaux, comme le droit à l'éducation, ou en établissant certaines obligations positives des autorités publiques¹²¹². En outre, la reconnaissance et l'expansion du concept des attentes légitimes véhicule la garantie de certains acquis sociaux¹²¹³. Ainsi, en droit public anglais, la structure des droits se transforme progressivement : de libertés existant indépendamment du droit et exigeant l'abstention de la puissance publique, ils deviennent des exigences d'optimisation imposant l'intervention étatique. En effet, dans le cadre de la section 6, les « actes » publics, auxquels s'imposent les obligations de respect des droits de l'homme, englobent les omissions éventuelles d'agir dans des circonstances où cela serait exigée. D'ailleurs, l'État peut être condamné pour une violation de la Convention de la part d'une personne privée¹²¹⁴.

Les droits garantis par le *HRA* ne représentent pas des « atouts [*trumps*] », comme l'affirmait Ronald Dworkin ; leur protection peut être compromise en fonction des circonstances et peut être assortie de devoirs, permettant ainsi l'intervention publique dans la sphère privée. Les catégories libérales traditionnelles donnent progressivement leur place à la recherche d'une synthèse et d'une harmonie entre intérêts et valeurs concurrents dans chaque affaire. Cette quête de synthèse guide l'application du *HRA*, qui cherche à établir « un juste équilibre [...] entre

¹²⁰⁸ HUNT M., « The Human Rights Act and Legal Culture », *op. cit.* 91 s.

¹²⁰⁹ PHILLIPSON G., « Transforming Breach of Confidence? Towards a Common Law Right of Privacy under the Human Rights Act », *The Modern Law Review*, 2003, vol. 66, n° 5, p. 731.

¹²¹⁰ HUNT M., « The Human Rights Act and Legal Culture », *op. cit.*, p. 88 s.

¹²¹¹ TAGGART M., « Reinventing Administrative Law », *op. cit.*

¹²¹² *Kay c. Lambeth*, [2006] UKHL 10 (HL, 8 mars 2006). V. déjà CLAPHAM A., *Human Rights in the Private Sphere*, Oxford ; New York, Clarendon Press ; OUP, coll. « Oxford monographs in international law », 1993.

¹²¹³ En effet, les attentes légitimes concernent souvent un bénéfice ou une allocation dont l'octroi a été retiré en raison d'un changement de politique publique.

¹²¹⁴ CRAIG P., *Administrative Law*, *op. cit.*, para. 18-012 ; V. Rose, précité.

l'intérêt général de la communauté et les exigences de protection des droits de l'individu¹²¹⁵ ».

Dans ce contexte, la mise en balance dans le cadre analytique de la proportionnalité devient un élément crucial du raisonnement juridictionnel. La proportionnalité s'établit comme le chef de contrôle [*head of review*] applicable à toutes les affaires entrant dans le champ d'application de la Convention, même celles concernant des droits *a priori* définis comme absolus¹²¹⁶. Son application est une question de principe qui transcende des catégories et distinctions traditionnelles du *common law*. Selon les termes utilisés par Lord Hope dans l'affaire *Kebedine* :

« Dans les mains des juridictions nationales, [...] la Convention devait être vue comme une expression de principes fondamentaux plutôt que comme un ensemble de règles juridiques. Les questions que ces juridictions seront amenées à décider dans l'application de ces principes impliqueront des questions de mise en balance entre des intérêts concurrents et des problèmes de proportionnalité.¹²¹⁷ »

La proportionnalité étant un élément majeur du changement constitutionnel emporté par le *HRA*, sa forme et l'intensité du contrôle qu'elle implique se trouvent au cœur des débats académiques et juridictionnels. Contrairement au test « brut » de *Wednesbury*¹²¹⁸, qui « n'a jamais complètement perdu son goût de déférence excessive¹²¹⁹ », il est communément admis que la proportionnalité exige une motivation détaillée et concrète des décisions publiques¹²²⁰.

Les juges comme protecteurs des droits fondamentaux. Avec l'entrée en vigueur du *HRA*, les juges acquièrent une nouvelle mission : la protection des droits fondamentaux. La nature politique du raisonnement juridique est de plus en plus affirmée. Dans les écrits des défenseurs des droits de l'homme, le droit et la politique cessent d'être des sphères mutuellement exclusives pour coexister dans un état de synthèse. Aileen Kavanagh par exemple conteste la distinction entre *policy* et *principle*, proposée par Conor Gearty pour préserver l'immunité des décisions politiques du gouvernement et du Parlement dans l'application du *HRA*. Selon cette auteure, les juges ont toujours pris en compte les conséquences politiques de leurs décisions, ce qui rend le raisonnement juridictionnel difficile à distinguer de l'exercice d'un

¹²¹⁵ *Bahamas District of the Methodist Church in the Caribbean and the Americas and others c. The Hon. Vernon J. Symonette M.P. and 7 others* [2000] UKPC 31 [Privy Council (Bahamas), 26 juillet 2000], para. 62. V. aussi *International Transport Roth GmbH and others c. Secretary of State for the Home Department* [2003] Q.B. 728 (CA, Civil Division, 22 février 2002), para. 27.

¹²¹⁶ *Regina c. Lambert* [2002] 2 A.C. 545 (HL, 5 juillet 2001), *Regina c. A (No 2)* [2002] 1 A.C. 45 (HL, 17 mai 2001). Lord Steyn précise toutefois qu'il applique la proportionnalité lors de la définition du contenu du droit en cause et non lors de l'appréciation de la légalité des atteintes portées à ce droit.

¹²¹⁷ *R c. Director of Public Prosecutions, ex parte Kebedine and others* [2000] 2 A.C. 326 (HL, 28 octobre 1999), p. 380.

¹²¹⁸ SEDLEY S., « The Rocks or the Open Sea: Where is the Human Rights Act Heading? », *Journal of Law and Society*, 2005, vol. 32, n° 1, p. 9.

¹²¹⁹ KAVANAGH A., *Constitutional Review under the UK Human Rights Act*, *op. cit.*, p. 253.

¹²²⁰ JOWELL J., « Beyond the Rule of Law: Towards Constitutional Judicial Review », *op. cit.* HICKMAN T., *Public Law after the Human Rights Act*, *op. cit.*, p. 264 s.

pouvoir normatif¹²²¹. Murray Hunt insiste aussi sur l'importance des jugements de valeur dans le processus d'interprétation du droit par le juge¹²²². Sous l'influence du *HRA*, les actes du Parlement ne sont plus déterminantes dans la répartition de la puissance publique : celle-ci est « dispersée et partagée entre plusieurs niveaux d'acteurs constitutionnels, qui professent tous leur loyauté à un ensemble de valeurs identique¹²²³ ».

Le pouvoir normatif des juges est par ailleurs explicitement reconnu en droit positif. Dans sa section 3, le *HRA* impose l'interprétation « créative » de la loi pour la rendre conforme à la Convention. Ce pouvoir est aussi inhérent à la section 4 du *HRA*, qui prévoit la procédure de déclaration d'incompatibilité permettant de contourner la procédure législative normale pour l'amendement de la disposition critiquée. Dans l'ère inaugurée par le *HRA*, les juges ne se limitent plus à la surveillance des autorités publiques. Désormais, ils participent au processus de décision publique, ce qu'exprime l'utilisation de plus en plus récurrente de métaphores décrivant la relation entre le Parlement et le juge comme une forme de « partenariat » ou de « dialogue¹²²⁴ ». Cette idée de partenariat est manifeste dans la prise en compte de plus en plus explicite de facteurs institutionnels en jurisprudence. Dans *Nicklinson*, par exemple, tout en affirmant que la législation interne en matière de suicide assisté était contraire à la Convention, la Cour suprême s'est abstenue de la déclarer incompatible avec la section 4 du *HRA*, afin de « donner au Parlement l'opportunité de considérer sa position ». Selon les juges, « il serait institutionnellement inapproprié [d'agir autrement] dans cette conjoncture¹²²⁵ ».

La nouvelle mission des juges est une mission de faiseurs de systèmes. Cela marque un changement important par rapport au rôle traditionnellement correctif que l'orthodoxie du *common law* leur attribue. D'un côté, la « confession de foi » imposée au législateur par la section 19 du *HRA* garantit l'effet pédagogique de la jurisprudence dans le processus de décision publique. Cet effet est consolidé par l'instauration d'un Comité parlementaire mixte en matière de droits de l'homme, qui assure la prise en compte de la Convention lors des débats parlementaires¹²²⁶. De l'autre côté, l'attachement du droit anglais aux voies de recours et aux réparations s'atténue progressivement. En vertu de la section 8 du *HRA*, les juges disposent d'une large marge de manœuvre concernant les réparations qu'ils accordent aux victimes des violations de la Convention. D'ailleurs, la section 6 exclut l'annulation

¹²²¹ KAVANAGH A., *Constitutional Review under the UK Human Rights Act*, *op. cit.*, p. 19 s. ; 185 s. ; 404 s.

¹²²² HUNT M., « The Human Rights Act and Legal Culture », *op. cit.*, p. 93.

¹²²³ HUNT M., « Sovereignty's Blight: Why Contemporary Public Law Needs the Concept of "Due Deference" », *op. cit.*, p. 339.

¹²²⁴ V., par exemple, KAVANAGH A., *Constitutional Review under the UK Human Rights Act*, *op. cit.*, p. 408. CLAYTON R., « Judicial Deference and Democratic Dialogue: the legitimacy of judicial intervention under the Human Rights Act 1998 », *PL*, 2004, p. 33. HICKMAN T., *Public Law after the Human Rights Act*, *op. cit.*, p. 69 s. ; 81 s. Cette remarque est faite par LECKEY R., *Bills of Rights in the Common Law*, Cambridge, CUP, 2015.

¹²²⁵ R. c. *Ministry of Justice, ex parte Nicklinson and another*; R. c. *The Director of Public Prosecutions, ex parte AM*; R. c. *The Director of Public Prosecutions, ex parte AM* [2014] UKSC 38 (25 juin 2014), para. 116.

¹²²⁶ V., par exemple, les débats sur le *Counter-Terrorism and Security Act*, 13 janvier 2015, <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld201415/ldhansrd/text/150113-0001.htm#15011360000366>, consulté le 23 avril 2018.

des actes administratifs pris en application d'une loi (dont l'interprétation conforme à la Convention est impossible). Une « théorie de la loi écran » à l'anglaise fait donc son apparition et, comme c'est le cas en France, compromet l'application effective des droits fondamentaux dans des cas concrets. Qui plus est, le plus souvent, les déclarations d'incompatibilité en vertu de la section 4 privent de réparation les individus qui ont soulevé la question de la conventionnalité de la loi devant le juge.

La proportionnalité est très utile aux juges dans leur nouvelle mission de protecteurs des droits, car elle encourage la formulation des arguments juridiques dans les termes du langage des droits fondamentaux. En effet, lors de son application, les juges tout d'abord identifient le droit qui a été affecté par les mesures contestées, avant d'examiner la justification avancée par l'autorité publique en cause. D'ailleurs, la proportionnalité est très adaptée à l'exercice du pouvoir politique nouvellement affirmé des juges. En tant que structure de raisonnement en étapes, elle sert à l'évaluation des conséquences des différentes solutions juridiques sur les valeurs en cause dans chaque affaire¹²²⁷. En mettant l'accent sur des exigences de justice et de justification matérielle, elle déplace l'attention des juristes anglais, de l'effectivité des recours juridictionnels aux raisons morales et politiques sous-tendant l'action publique.

La proportionnalité : un transplant juridique ? Il semble donc que la proportionnalité soit un transplant en droit public anglais, et même un transplant réussi. Sa forme et sa fonction sont très proches de celles du modèle alexyen. De façon intéressante, l'objection de Pierre Legrand concernant la possibilité des transplants juridiques semble inapplicable dans ce cas. En effet, la culture juridique anglaise ne « continue pas à articuler ses interrogations morales suivant ses standards de justification traditionnels ». Au contraire, la proportionnalité fait partie d'un changement paradigmatique de la culture du *common law*, qui a pendant longtemps empêché sa réception en droit anglais.

Il n'en demeure pas moins que la métaphore du transplant ne nous renseigne ni sur les raisons du rejet initial de la proportionnalité, ni sur le potentiel du langage de la proportionnalité dans ce contexte. Qui plus est, la théorie d'Alan Watson ne permet pas d'expliquer le succès de la proportionnalité dans un discours connu pour son caractère insulaire et fermé vis-à-vis d'idées ou de principes juridiques étrangers, notamment quand ceux-ci ont leur origine en Europe continentale. En effet, dans le contexte anglais, les transferts juridiques sont tout sauf « socialement faciles ». Qu'est-ce qui est à la source du succès singulier de la proportionnalité ? Comment les attentes des juristes locaux rejoignent-elles les espérances attachées au modèle global de la proportionnalité ? La réponse à ces interrogations pourrait également offrir des indices sur l'évolution en droit public anglais de la proportionnalité et du « bagage » de droits fondamentaux qui l'accompagne à l'avenir.

¹²²⁷ CRAIG P., *Administrative Law*, *op. cit.*, para. 19-026.

Le sens de la proportionnalité en droit anglais. Le but de ce chapitre est de montrer que la proportionnalité incarne une méthode de contrôle et de raisonnement juridique diamétralement opposée au positivisme analytique de Dicey. C'est précisément en raison de sa signification anti-diceyenne qu'elle a été promue en tant que principe qui établirait la cohérence du droit administratif anglais, au moyen de la reconnaissance d'un socle minimum de valeurs. En utilisant le langage de la proportionnalité, les juristes anglais ont cherché à ajouter un peu d'enchantement et de mythe à l'application du *common law* et des procédures de *judicial review*. À cet égard, le *HRA* n'a fait qu'institutionnaliser et accélérer une transformation culturelle qui était déjà en cours. Si, depuis son entrée en vigueur, la proportionnalité et les droits fondamentaux prolifèrent en droit anglais, le *HRA* a toutefois contraint leur dynamique dans les structures traditionnelles du droit constitutionnel. En affirmant que la protection des droits fondamentaux comme découlant de la volonté du Parlement, le *HRA* a désenchanté ces droits et a préservé le principe de souveraineté parlementaire. Toutefois, les débats contemporains sur l'extension de la portée de la proportionnalité expriment la recherche continue pour un peu d'enchantement et de mythe dans le *common law*.

Pour identifier les enjeux de l'utilisation de la proportionnalité en droit anglais, l'étude de son rejet initial est tout aussi importante que l'étude de son succès récent. À l'origine, la diffusion de la proportionnalité en tant que version objective du standard de *Wednesbury* a échoué. Son application, faisant écho à une sorte de théorie scientifique à la française, était contraire à l'économie du *common law* (**Section 1**). En revanche, depuis les années quatre-vingt, la proportionnalité est appliquée comme test autonome dans le champ du droit communautaire. En tant que tel, elle « irrite » – dans le sens que Gunther Teubner donne à ce terme – les fondements du *common law*, ce qui empêche sa diffusion en dehors du champ des droits et libertés européens (**Section 2**). Malgré la fragmentation conceptuelle de la proportionnalité en pratique, les auteurs l'ont de plus en plus interprétée comme un principe provenant de l'Europe continentale. La promotion de la proportionnalité dans les écrits juridiques, liée à un mouvement plus général de modernisation du droit public anglais, marque le développement d'une *doctrine* locale, similaire à la doctrine française (**Section 3**).

Alors que la proportionnalité était rejetée comme chef de contrôle en droit interne, quelques exemples d'application du test de *Wednesbury* ont de plus en plus été perçus comme des applications tacites du principe. Cela indique que, pour les juristes locaux, certaines des attentes attachées à l'utilisation de la proportionnalité ont été accomplies avant sa réception formelle avec le *HRA* (**Section 4**). L'incorporation de la Convention a enclenché l'« ascension irrésistible » de la proportionnalité en droit interne. Dans ce contexte plus général de rationalisation du *common law*, le principe de souveraineté parlementaire semble s'évader (**Section 5**). Toutefois, le caractère démocratique de la prise des décisions publiques reste un enjeu principal pour les juristes locaux et refait surface dans l'utilisation d'un concept nouveau : le concept de *deference* (**Section 6**).

1. *Le mythe absent : le potentiel limité d'une perception « mathématique » de la proportionnalité*

L'ambiguïté du standard de *Wednesbury*. Comme nous avons relevé dans la première partie, la proportionnalité dans ses premiers usages en droit anglais était appliquée comme une nuance du standard d'*unreasonableness*. Ce standard a été conçu dans la fameuse décision *Wednesbury* en 1947 comme un test objectif, portant sur les effets de l'acte contrôlé¹²²⁸. En tant que tel, il a introduit une exception à la répartition traditionnelle des compétences entre le juge et l'administration, qui jusque-là excluait tout contrôle juridictionnel des *merits* des décisions publiques. En raison de sa focalisation sur les effets de la décision contrôlée, le test de *Wednesbury* a été défini comme un chef de contrôle [*head of review*] distinct de celui d'illégalité, qui concerne les motifs de l'acte contrôlé et qui comprend donc, entre autres, la censure de la mauvaise foi des autorités publiques ou la censure du caractère non approprié des considérations prises en compte par celles-ci.

D'un point de vue analytique, pour autant, la distinction entre *unreasonableness* et *illegality* n'est pas facile à établir. L'ambiguïté était déjà inhérente dans les *dicta* de Lord Greene, quand il déclarait que les juges interviennent à chaque fois qu'une décision est « si déraisonnable qu'aucune autorité raisonnable n'aurait pu la prendre¹²²⁹ ». Pour exemplifier ses propos, Lord Greene a utilisé l'exemple du licenciement d'une institutrice en raison de la couleur de ses cheveux. Il est toutefois intéressant de remarquer que cette décision aurait pu être annulée en application du chef de contrôle d'illégalité, comme une prise en compte de considérations non appropriées¹²³⁰. Les juristes anglais, conscients de cette ambiguïté, se contentent de constater que les chefs d'irrationalité et d'illégalité « se recourent¹²³¹ ». Ainsi, selon l'approche dominante, *Wednesbury unreasonableness* peut avoir deux sens : dans son « sens parapluie [*umbrella sense*] », le standard correspond à un contrôle des motifs du décideur initial et regroupe des vices sanctionnés au moyen d'autres chefs ; dans son « sens matériel [*substantive sense*] », le standard sanctionne des effets inacceptables des décisions publiques¹²³².

Pour autant, dans son étude sur le contrôle juridictionnel en France, John Bell observe que, contrairement à leurs collègues français, les juges anglais n'exercent presque jamais un contrôle matériel des actes administratifs. En effet, la plupart des exemples cités dans les écrits juridiques pour illustrer le deuxième sens du *Wednesbury unreasonableness* sont hypothétiques. Cela amène John Bell à soupçonner que *Wednesbury unreasonableness* « crée simplement une présomption d'erreur de droit [*error of law*] non

¹²²⁸ V. déjà CRAIG P., *Administrative Law*, *op. cit.*, p. 281 s. ; not. 286.

¹²²⁹ *Associated Provincial Picture Houses Ltd c. Wednesbury Corporation* [1948] 1 KB 223 (CA, 7 novembre 1947), *per* Lord Greene. Cette ambiguïté persiste aujourd'hui : V. CRAIG P., *Administrative Law*, *op. cit.*, para. 19-002.

¹²³⁰ *Wednesbury*, précitée, *per* Lord Greene. Sur la relation entre *reasonableness* et considérations non appropriées, V. TAYLOR G., « Judicial Review of Improper Purposes and Irrelevant Considerations », *op. cit.*, p. 275-276.

¹²³¹ *Wednesbury*, précité p. 229, *Ibid.* ; CRAIG P., *Administrative Law*, *op. cit.*, para. 17-002.

¹²³² *Wednesbury*, précité p. 229.

identifiée¹²³³ ». Le caractère extrême des erreurs sanctionnées sous le standard d'irrationalité est anormal, presque mythique, au point que les juristes anglais doutent de leur possibilité d'exister. Dans la décision *GCHQ*, par exemple, Lord Diplock a souligné que le chef de contrôle d'irrationalité s'applique seulement « quand une décision est si extravagante en ce qu'elle défie la logique ou les standards moraux communément acceptés, qu'aucune personne rationnelle qui aurait réfléchi sur le sujet aurait pu la prendre¹²³⁴ ». Dans ses écrits extra-juridictionnels, John Laws parle d'« un devoir vulgaire de ne pas se comporter comme des bêtes brutes dépourvues d'intellect¹²³⁵. »

L'utilisation du langage de la proportionnalité a accentué la focalisation du standard de *Wednesbury* sur les effets de la décision contrôlée, tout en préservant un criticisme ambigu de l'état d'esprit du décideur initial. Dans la décision *Hook*, après la constatation du caractère disproportionné de la sanction imposée au requérant, Lord Denning conclut que :

« la *Barnsley Corporation*, tout à fait de bonne foi mais de manière erronée, a retiré l'autorisation de vente de cet homme sans justification et sans procéder à l'investigation juste [de l'affaire] exigée par la loi¹²³⁶. »

Le juge a caractérisé la décision de *Barnsley Corporation* comme « erronée », tout en s'abstenant de critiquer les motifs de l'autorité contrôlée. De façon similaire, dans l'affaire *Assegai*, Lord Justice Woolf a considéré la question des « biais » qui auraient pu influencer la décision contrôlée séparément de la question de son caractère raisonnable et proportionné. Alors que les biais concernaient les motifs de la décision, l'application du standard d'*unreasonableness* et de la proportionnalité consistait en un contrôle matériel concernant l'« ampleur » des mesures en cause¹²³⁷. Cela étant, le juge a déclaré qu'il interviendrait en application du standard d'*unreasonableness*, seulement si les mesures contrôlées étaient « capricieuses » ou « perverses¹²³⁸ ».

La préservation de l'économie du *common law*. Le mystère entourant le contrôle matériel des décisions publiques est lié à une caractéristique particulière du *common law* : l'absence de valeurs par référence auxquelles ce contrôle pourrait s'exercer. Dans la tradition juridique anglaise, le processus de décision politique et le principe de la souveraineté du Parlement sont traditionnellement censés protéger suffisamment les valeurs qui fondent la vie en société. Pendant longtemps, le *common law* ne contenait pas de normes de référence ou des principes qui permettraient le contrôle matériel de l'exercice du pouvoir public. D'ailleurs, la proportionnalité

¹²³³ BELL J., « The Expansion of Judicial review over Discretionary Powers in France », *op. cit.*, not. para. 118.

¹²³⁴ *Council of Civil Service Unions c. Minister for the Civil Service (GCHQ)* [1984] 3 All ER 935 (HL, 22 novembre 1984), p. 950.

¹²³⁵ LAWS J., « Is the High Court the Guardian of fundamental constitutional rights? », *op. cit.*, p. 1392.

¹²³⁶ *R. c. Barnsley MBC, ex parte Hook* [1976] 1 W.L.R. 1052 (CA, Civil Division, 20 février 1976), p. 1058.

¹²³⁷ *Ibid.*

¹²³⁸ *R. c. London Borough of Brent, ex parte Assegai* (CA, Civil Division, 11 juin 1987), *The Times* 18 juin 1987, per Lord Justice Woolf.

n'était pas non plus un principe indépendant en droit interne¹²³⁹. C'est parce que traditionnellement les cours du *common law* ne se prononcent pas sur des questions de principe mais préfèrent raisonner par précédent en évitant des conclusions générales et abstraites. Dans ce contexte, les juges sont imaginés comme des « eunuques politiques, économiques et sociaux¹²⁴⁰ », qui appliquent le droit de façon exégétique. John Allison appelle cette aversion des cours anglaises envers les principes, « l'économie du *common law*¹²⁴¹ ».

Cette économie sous-tend l'application traditionnellement réservée du standard de *Wednesbury*. Seule l'application exceptionnelle de ce standard pour sanctionner des asymétries manifestes peut préserver le rôle constitutionnel du juge en lui permettant d'éviter de se prononcer sur des questions politiques ou morales¹²⁴². En réalité, comme il a été relevé dans le chapitre 2, souvent le *Wednesbury unreasonableness* n'appelle même pas à une justification de la part du juge. Il s'agit d'un standard tautologique dont l'application préserve la distinction entre *review* et *appeal*, la perception formelle du *rule of law* et, ultimement, la souveraineté du Parlement. Il n'est donc pas étonnant que l'utilisation de la proportionnalité en tant que nuance du standard d'*unreasonableness* l'ait pendant longtemps privée de toute fonction radicale en droit public anglais. La proportionnalité ne pouvait pas être un principe optimisateur des droits fondamentaux, puisque son application n'impliquait pas un raisonnement sur les droits.

D'ailleurs, le droit public anglais ne comprenait même pas un catalogue de droits de l'homme. Paul Craig explique que, selon l'orthodoxie constitutionnelle du *common law*, « parler des droits fondamentaux dans notre système est simplement un abus de langage : ce dont on dispose sont des libertés résiduelles¹²⁴³ ». Ces libertés existent indépendamment du droit : les rendre positives reviendrait à affirmer qu'elles résultent de la volonté du Parlement, ce qui, à son tour, reviendrait à accepter que le Parlement ait le pouvoir de les retirer. Dans sa conception libérale classique, le droit est un commandement et l'action publique une intervention à la société qui provoque la méfiance. Il est significatif que le concept même de pouvoir discrétionnaire qui, pour Albert Venn Dicey, correspondait à un pouvoir arbitraire, fasse traditionnellement défaut à l'appareil conceptuel du droit public anglais. Selon la narration Whig de l'histoire, qui a dominé le discours juridique dans ce contexte jusqu'à la fin du XIXe siècle, les libertés civiles ne résultent pas de la constitution du *common law* ; au contraire, c'est elles qui fondent cette constitution¹²⁴⁴. Le *common law* est donc censé être supérieur aux constitutions continentales, puisqu'il a toujours mieux garanti la liberté individuelle, au moyen des mécanismes de freins et

¹²³⁹ V. *supra*, Partie I, chapitre 2.1.1. et *GCHQ*, précitée, p. 950.

¹²⁴⁰ GRIFFITH J., *The Politics of the Judiciary*, *op. cit.*, p. 290.

¹²⁴¹ V. ALLISON J., *The English Historical Constitution*, *op. cit.*, p. 123 s. Seul le Parlement peut définir les valeurs poursuivies par l'action publique ; l'application effective de la volonté du Parlement est assurée au moyen de l'application du standard d'illégalité.

¹²⁴² CRAIG P., *Administrative Law*, *op. cit.*, para. 19-002.

¹²⁴³ *Ibid.*, para. 17-016. L'auteur ajoute qu'il s'agit de l'approche classique qui ne reflète pas toutefois la pratique de façon exacte.

¹²⁴⁴ Cette narration est nommée d'après le Whig Party, le parti libéral historique du Royaume-Uni.

contrepoids [*checks and balances*] du processus démocratique¹²⁴⁵. L'étude du droit constitutionnel est traditionnellement descriptive et se concentre sur la pratique institutionnelle.

En absence de droits de l'homme ou de valeurs matérielles qui pourraient servir comme normes de référence au contrôle de légalité, la fonction du standard de *Wednesbury* – et de la proportionnalité, comme une de ses nuances – était similaire à celle de l'erreur manifeste française. Son application était liée à l'état d'esprit du décideur initial : soit elle s'analysait en un contrôle des motifs de l'acte administratif soit elle correspondait à un « succédané objectif du contrôle de détournement de pouvoir¹²⁴⁶ ». Dans son étude du contrôle juridictionnel en France, John Bell propose en effet une interprétation du test de *Wednesbury* comme similaire au « contrôle minimum » exercé par les juridictions françaises¹²⁴⁷.

Il n'en reste pas moins que le potentiel du test anglais était encore plus limité, puisque son application ne devait pas permettre au juge de s'immiscer dans des sujets sensibles d'ordre politique ou social. Il est significatif à cet égard que, pour donner un exemple de contrôle juridictionnel anglais comparable au contrôle de l'erreur manifeste, John Bell mentionne l'affaire *Bromley*, un cas typiquement cité par les juristes locaux comme un exemple d'activisme judiciaire¹²⁴⁸. Dans cette affaire, les travaillistes, ayant obtenu la majorité dans le *Greater London Council (GLC)*, ont imposé une réduction des frais de transport en application de leur programme électoral. Le coût financier de cette réduction serait compensé par une taxe imposée sur les personnes physiques ou morales résidant à Londres. Le *Borough of Bromley*, un arrondissement de Londres où les Tories étaient toujours majoritaires, a attaqué cette décision pour excès de pouvoir. L'affaire est arrivée devant la Chambre des Lords, qui a accepté les arguments du *Borough of Bromley*. Les Lords ont statué que le *Transport Act* de 1969 imposait la fourniture « des services et facilités de transport intégrées, efficaces et économiques pour la région de *Greater London* ». Pour la majorité des Lords, cela équivalait à une exigence légale de gérer le service de transport selon les principes de l'économie du marché, ce qui excluait la promotion d'objectifs d'ordre social au moyen de la politique des frais de transport¹²⁴⁹. La Chambre des Lords a donc conclu que le *GLC* avait commis une erreur de droit.

L'échec d'une théorie anglaise du bilan et de la proportionnalité. C'est cette même affaire que John Bell mentionne comme un exemple d'application de la proportionnalité en droit public anglais. Écrivant en 1986, l'auteur utilise la proportionnalité dans sa signification communément partagée par les juristes français à l'époque : une méthode juridique pour la mise en balance des avantages et des

¹²⁴⁵ LOUGHLIN M., *The British constitution*, *op. cit.*, p. 27 s. ; 87 s. ; ATIYAH P., *Pragmatism and Theory in English Law*, *op. cit.*, p. 23.

¹²⁴⁶ GOESEL-LE BIHAN V., « Réflexion iconoclaste sur le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel », *op. cit.*, p. 237.

¹²⁴⁷ BELL J., « The Expansion of Judicial review over Discretionary Powers in France », *op. cit.*, para. 118.

¹²⁴⁸ *Bromley London Borough Council c. Greater London Council* [1982] All ER 153 (HL, 17 décembre 1981). Sur cette affaire, V. GRIFFITH J., *The Politics of the Judiciary*, *op. cit.*, p. 123 s.

¹²⁴⁹ V. *Bromley*, précitée, p. 845, *per* Lord Scarman.

inconvenients des opérations administratives, afin d'apprécier leur caractère d'utilité publique¹²⁵⁰. Dans l'affaire *Bromley*, mis à part les motifs de la décision contrôlée, les *Law Lords* ont aussi relevé une violation de la loi de la part de *GLC*. Selon les juges, en imposant aux contribuables de Londres la prise en charge du déficit généré par sa politique des frais de transport, le *GLC* avait violé ses obligations fiduciaires vis-à-vis de ces contribuables. Dans l'opinion de Lord Diplock, le terme « proportion » est en effet employé à plusieurs reprises. Selon le juge, « le *GLC* dispose d'un pouvoir discrétionnaire quant aux proportions dans lesquelles la charge financière totale doit être répartie entre passagers et contribuables¹²⁵¹. » Cela étant, il considère que la décision de l'autorité locale est « une utilisation clairement dépensière de l'argent obtenu par le *GLC* de la part des contribuables et un échec délibéré d'exploiter de la manière la plus profitable l'ensemble des ressources financières disponibles à lui¹²⁵². » Pour arriver à cette conclusion, Lord Diplock suit un raisonnement qui ressemble à l'application de la théorie du bilan, comprenant un calcul détaillé des inconvenients financiers de la décision contrôlée et de leur répartition entre les différentes personnes concernées.

Toute une théorie de la mise en balance et de la proportionnalité aurait pu émerger à partir de l'affaire *Bromley*, comme elle a émergé à partir de l'affaire *Ville Nouvelle Est* en France. Au contraire, *Bromley* est restée dans l'histoire du contrôle juridictionnel anglais comme un cas exceptionnel, qui suscite la critique et la méfiance des juristes locaux. Pour John Griffith, par exemple, il s'agit d'une décision « politiquement partisane de manière flagrante¹²⁵³ ». À la différence de leurs collègues français, les juristes anglais ne sont pas enchantés par des évaluations factuelles prétendument objectives, même quand il s'agit d'évaluations financières ou mathématiques. Typiquement ils évitent d'utiliser le terme « bilan coût-avantages » pour décrire le raisonnement juridique¹²⁵⁴, puisqu'ils sont conscients que ce type de bilan « a un énorme appétit pour des données discutables, inconnues et, parfois, inconnaissables¹²⁵⁵. »

Cette méfiance vis-à-vis des évaluations factuelles du juge rend intelligible le tabou qui entoure les *merits* de l'action publique. En contraste avec la notion française d'opportunité, qui concerne les buts du décideur initial au moment de la décision contrôlée, les *merits* consistent en une évaluation objective des effets de l'action administrative au moment de la décision du juge. Ainsi, alors que le tabou de l'opportunité élimine tout criticisme des fins politiques des autorités publiques, le tabou des *merits* exclut les évaluations politiques du raisonnement juridictionnel. L'utilisation du langage de la proportionnalité dans les opinions juridictionnelles n'a pas réussi à masquer le caractère subjectif ou idéologique des évaluations factuelles

¹²⁵⁰ BELL J., « The Expansion of Judicial review over Discretionary Powers in France », *op. cit.*, p. 113.

¹²⁵¹ *Bromley*, précitée, p. 830, *per* Lord Diplock.

¹²⁵² *Ibid.*

¹²⁵³ GRIFFITH J., « The Brave New World of Sir John Laws », *The Modern Law Review*, 2000, vol. 63, n° 2, p. 172.

¹²⁵⁴ HICKMAN T., *Public Law after the Human Rights Act*, *op. cit.*, p. 190 s.

¹²⁵⁵ MACHAW J., *Due Process in the Administrative State*, New Haven, Yale University Press, 1985, p. 115, cité par CRAIG P., *Administrative Law*, *op. cit.*, para. 12-020.

qui fondent la solution de l'affaire *Bromley*. Plus généralement, les juristes anglais ont toujours été conscients du changement constitutionnel important qu'entraîne l'adoption de la proportionnalité en tant que chef de contrôle juridictionnel du droit public interne.

Un obstacle supplémentaire au succès d'une théorie du bilan ou de la proportionnalité dans le contexte anglais est l'hostilité traditionnelle des juristes locaux envers la théorie et l'abstraction¹²⁵⁶. Jusqu'à récemment, les études juridiques dans ce contexte se sont limitées à l'analyse des concepts utilisés dans les textes officiels. L'héritage formaliste d'Albert Venn Dicey laisse au commentaire juridique une fonction limitée, qui consiste en l'exposition, l'explication et la systématisation du droit positif. La catégorisation juridique est fondée sur la pratique et ne cherche pas des principes qui établiraient la cohérence matérielle du droit. Les juristes du *common law* sont typiquement concernés avec les chefs de contrôle, les *heads of review*, et non avec les méthodes du juge. En effet, les juges anglais n'ont pas besoin de faire appel à une objectivité ou une rationalité scientifique pour imposer leurs décisions à l'administration ; ils ne cherchent pas une vérité transcendant les formes juridiques. Ils sont comparables à des arbitres, appliquant les règles d'un jeu¹²⁵⁷.

La comparaison de la procédure juridictionnelle à un jeu témoigne de l'absence de mythe et d'enchantement caractéristique du *common law*. Dans ce contexte, les autorités publiques ne sont pas idéalisées comme dans les traditions juridiques continentales ; au contraire, elles sont traitées comme égaux aux acteurs privés. En effet, Claude Lévi-Strauss explique qu'à la différence du jeu, le rituel repose sur une fusion entre substance et forme qui est caractéristique des constructions mythiques : alors que les jeux et les rites sont tous les deux « joués » selon des règles spécifiques, ils se distinguent en ce que le rite est « une partie privilégiée, retenue entre tous les possibles parce qu'elle seule résulte d'un certain type d'équilibre entre les deux camps¹²⁵⁸. » Cette fusion entre substance et forme caractérise le dogmatisme du droit public français mais est absente du *common law*, qui n'incorpore pas de valeurs matérielles.

Il n'est donc pas étonnant que la proportionnalité, en tant que théorie scientifique importée de la France, n'ait pas gagné l'imagination des juristes anglais. Contrairement à ce qui a été observé dans le contexte français, elle a échoué à justifier des décisions comme *Bromley* et l'extension du pouvoir du juge qu'elles impliquent. Pendant longtemps, le seul domaine où les connotations mathématiques de la proportionnalité ont persisté était le domaine des sanctions administratives, où les juges ont parfois procédé à un examen poussé de proportionnalité. C'est le cas de

¹²⁵⁶ ATIYAH P., *Pragmatism and Theory in English Law*, *op. cit.*, p. 3 s.

¹²⁵⁷ Sur la croyance des juristes français dans une vérité transcendant les formes juridiques, V. GARAPON A., « French legal culture and the Shock of "Globalization" », *op. cit.*, p. 495 s.. V. aussi ALLISON J., *A Continental Distinction in the Common Law*, *op. cit.*, p. 216 s.

¹²⁵⁸ LÉVI-STRAUSS C., *La pensée sauvage*, *op. cit.*, p. 44. L'auteur donne l'exemple les Gahuku-Gama, qui ont appris le football (un jeu), mais qui jouent autant de parties qu'il est nécessaire pour que s'équilibrent exactement celles perdues et gagnées par chaque camp (ils le jouent comme un rite).

l'affaire *Uchendu*, qui concernait la détention d'une personne en raison de son incapacité de rembourser ses dettes. Tout en déclarant que la proportionnalité n'est qu'un aspect du standard d'irrationalité dans le sens de l'affaire *Wednesbury*, Justice Laws a statué que :

« plus l'affaire est sérieuse, que ce soit en termes du montant non payé ou en termes du degré de culpabilité ou de faute imputée au contribuable pour le défaut de paiement [de ses dettes], le plus proche du maximum sera la période [de détention] imposée. La considération du principe de proportionnalité dans un tel cas s'impose à la cour de la même force qu'en matière de peines proprement dites.¹²⁵⁹ »

Certes, nous pouvons supposer que l'application plus stricte de la proportionnalité dans ce domaine n'est pas tant le résultat d'une croyance au caractère objectif des évaluations du juge que du besoin d'aligner le *common law* sur les préceptes de la CEDH. En effet, nous verrons que, pour un certain temps, l'harmonisation du droit interne au droit européen a été la fonction principale de la proportionnalité en droit anglais¹²⁶⁰. En tout état de cause, malgré son échec en tant que théorie scientifique, la proportionnalité a continué à « irriter » les structures fondamentales de la pensée juridique anglaise.

2. L'application de la proportionnalité, « irritant » de la tradition analytique

La proportionnalité, un « parasite » d'origine communautaire. Comme il a été dit précédemment, le *ECA* 1972 a établi la proportionnalité comme chef de contrôle [*head of review*] indépendant en droit anglais, dont le contenu est défini par référence à la jurisprudence de la CJCE. L'application de la proportionnalité en tant que chef de contrôle communautaire a parfois mené les juges à un examen des *merits* des décisions publiques et a posé des questions complexes concernant leur accès aux faits et l'établissement des preuves¹²⁶¹.

L'« irritation » qu'a provoquée la proportionnalité aux procédures juridictionnelles du *common law* est le corollaire des changements constitutionnels importants qu'a enclenchés le *ECA* 1972. En effet, avec cet Acte, le Parlement a pour la première fois vu sa souveraineté limitée par les règles, droits et principes matériels prévus dans les traités communautaires, dans le droit dérivé ou même dans la jurisprudence de la Cour de Justice. Depuis 1972, dans le champ d'application du *ECA*, les cours anglaises n'appliquent plus la volonté du Parlement britannique mais celle des institutions européennes. La vision traditionnelle de la souveraineté parlementaire comme absolue et incontestée a donc cessé d'être adaptée à la pratique juridique. Dans une analyse influente, William Wade a parlé d'une « révolution

¹²⁵⁹ R. c. *Highbury Corner Magistrates' Court, ex parte Uchendu* 158 JP 409 (HC, Queen's Bench Division, 12 janvier 1994). V. aussi R. c. *Eastbourne Magistrates' Court ex parte Hall* (HC, Queen's Bench Division) CO/2026/92.

¹²⁶⁰ V. *infra*, Partie III, chapitre 7.3.

¹²⁶¹ V. *supra*, Partie I, chapitre 2.2.

judiciaire¹²⁶² ». Selon cet auteur, la décision *Factortame*, comme d'autres décisions écartant l'application des lois postérieures au vote du *ECA*, témoignent du fait que les juges anglais ont cessé d'obéir aux actes du Parlement. William Wade en conclut que le principe de souveraineté parlementaire a été abandonné au profit d'une autre « règle de reconnaissance », dans le sens que Herbert Hart donne à ce terme¹²⁶³.

Pour autant, d'autres auteurs, y compris Herbert Hart lui-même, se sont opposés à ce qu'ils ont perçu comme une utilisation anodine du terme « révolution ». Ils remarquent que les juges ne semblent pas perpétrer une telle révolution. La souveraineté du Parlement reste fondamentale en droit anglais et est toujours perçue comme telle par les cours, les avocats et les universitaires¹²⁶⁴. Selon ces auteurs, la primauté du droit communautaire sur le droit interne n'est acceptée que parce que et dans la mesure où le Parlement l'a voulu. En d'autres termes, le Parlement peut toujours déroger au droit communautaire mais, pour ce faire, il doit déclarer sa volonté à cet égard de façon explicite et précise dans la loi. Autrement dit, dans l'exercice du contrôle de compatibilité au droit européen, les cours n'imposent que des règles de procédure et de forme [*rules of manner and form*] au Parlement, sans promouvoir un ordre de valeurs particulier¹²⁶⁵. L'économie du *common law* est ainsi préservée : les cours ne se prononcent pas sur des questions constitutionnelles de souveraineté¹²⁶⁶. Les règles et standards du droit communautaire jouent seulement dans le champ d'application limité des traités.

Il a été relevé que, pendant longtemps, l'application de la proportionnalité a été confinée au champ du droit communautaire. L'autonomie conceptuelle de la proportionnalité était liée au fait qu'elle permettait l'application effective des normes matérielles provenant d'autres systèmes juridiques et qu'elle était appliquée seulement dans la mesure où ces normes jouaient. C'est en ce sens que, poursuivant dans les métaphores empruntées à la biologie, nous pouvons écrire que, plus qu'un transplant juridique, la proportionnalité prenait la forme d'un « parasite » juridique : elle se servait de l'appareil institutionnel et procédural du droit anglais, sans toutefois se mêler avec ses concepts et doctrines. Le changement qu'elle entraînait était donc limité parce que confiné. Comme d'autres cas de formalisme analytique, la distinction entre la proportionnalité et les standards internes de contrôle juridictionnel avait comme fonction de préserver la souveraineté du Parlement et la justification traditionnelle du *judicial review* comme une procédure assurant l'application effective de la volonté ce dernier¹²⁶⁷.

¹²⁶² WADE W., « Sovereignty - revolution or evolution? », *LQR*, 1996, vol. 112, p. 568-575. L'auteur cite HART H.L.A., *The Concept of Law*, Oxford, OUP, 1961.

¹²⁶³ WADE W., « Sovereignty - revolution or evolution? », *op. cit.*

¹²⁶⁴ ALLISON J., *The English Historical Constitution*, *op. cit.*, p. 110 s.

¹²⁶⁵ Cette approche correspond à « la nouvelle vision » de la suprématie du Parlement, discutée par John Allison in *Ibid.*, p. 107-110.

¹²⁶⁶ *Ibid.*, p. 107.

¹²⁶⁷ *Ibid.*, p. 123 s., citant HARLOW C., « Disposing of Dicey: from Legal Autonomy to Constitutional Discourse? », *Political Studies*, 2000, vol. 48, p. 356-369.

Le cantonnement de la proportionnalité. En raison de son effet « irritant » les structures traditionnelles du droit anglais, pendant longtemps, la fonction de la proportionnalité a été strictement circonscrite, malgré les efforts de certains juges d'étendre sa portée. Dans l'affaire *Hamble Fisheries*, par exemple, Justice Sedley a considéré qu'en matière de politique agricole commune, les administrés pouvaient légitimement s'attendre à ce que le droit interne s'aligne sur le droit communautaire¹²⁶⁸. Ainsi, le juge a proposé l'extension du concept d'attente légitime pour inclure non seulement des attentes procédurales mais aussi des attentes matérielles. Selon lui :

« la légitimité elle-même est un concept relatif, jaugé de manière proportionnée aux implications juridiques et politiques de l'attente. C'est sans doute la raison pour laquelle il a été plus facile d'établir l'existence d'une attente légitime du demandeur à ce qu'il soit entendu que celle à ce que le décideur arrive à un résultat particulier. Mais, à mon avis, le même principe de justice régit les deux situations¹²⁶⁹. »

Dans le raisonnement de Justice Sedley, la proportionnalité devient le critère pour l'appréciation de la légitimité des attentes matérielles des individus vis-à-vis des autorités publiques. En tant que « principe de justice », elle sous-tend l'expansion des droits garantis par le droit communautaire pour couvrir des cas purement internes.

Pour autant, dans *Hargreaves*, la Cour d'appel a caractérisé la décision de Justice Sedley comme une « hérésie¹²⁷⁰ ». Selon les termes de Lord Justice Hirst, « en ce qui concerne le contenu [des décisions publiques] (contrairement à la procédure) l'affaire *Wednesbury* fournit le test approprié¹²⁷¹. » Les juges ont refusé l'application extensive des concepts du droit européen et du droit interne en s'appuyant sur des considérations de justice ou en faisant appel à une logique et une cohérence internes au droit. Le test de *Wednesbury* et l'économie en ce qui concerne les principes ont pendant longtemps condamné le *common law* à une approche pragmatique et instrumentale du droit et des formes juridiques¹²⁷².

Des observations similaires valent pour l'application de la proportionnalité en tant que principe de la CEDH avant la mise en vigueur du *HRA*. Dans ce contexte, c'est l'application des normes matérielles d'origine conventionnelle qui enclenche un raisonnement de mise en balance en termes de proportionnalité. La proportionnalité a pendant longtemps été « parasitaire » à la prise en compte de la CEDH par le juge, que ce soit dans le cadre de la *balance of convenience* ou dans le cadre de la clarification des ambiguïtés du *common law*. Néanmoins, son application était rejetée quand les règles et principes du *common law* n'appelaient pas la clarification de la part du juge,

¹²⁶⁸ R. c. *Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte Hamble Fisheries* [1995] 1 C.M.L.R. 533 (HC, Queen's Bench Division, 3 novembre 1994).

¹²⁶⁹ *Ibid.*, p. 544-5.

¹²⁷⁰ R. c. *Secretary of State for the Home Department and another, ex parte Hargreaves* [1997] 1 W.L.R. 906 (CA, Civil Division, 20 novembre 1996).

¹²⁷¹ *Ibid.*, p. 917.

¹²⁷² ALLISON J., *A Continental Distinction in the Common Law, op. cit.*, p. 109 s.

même dans les cas où le standard de *reasonableness* jouait. Comme il a été évoqué dans le chapitre 2, ce standard excède les frontières du droit public et guide l'interprétation des clauses contractuelles ou l'application des doctrines comme l'abus de droit en droit privé. Les tenants de la proportionnalité ont donc encouragé les juges d'adopter le test de proportionnalité dans ces domaines¹²⁷³. Pour autant, l'application horizontale de la proportionnalité au détriment de l'autonomie des parties a été rejetée en jurisprudence¹²⁷⁴.

Dans l'affaire *Allied Dunbar*, par exemple, il s'agissait de la validité d'une clause contractuelle restrictive au commerce. La partie contractante liée par la clause alléguait que son application dans le cas d'espèce était disproportionnée. Justice Millett a rejeté cet argument, en déclarant que « [l'application] du concept de proportionnalité comme test pour la validité d'une clause contractuelle restrictive au commerce est nouvelle et dangereuse et nécessite que la cour procède à une mise en balance impossible¹²⁷⁵. » Le juge considère que les clauses restrictives incluses dans un contrat doivent être déterminées par la voie de la négociation des parties. Selon lui, « le prix est le meilleur moyen pour ajuster les avantages et les désavantages autrement disproportionnés des autres termes du contrat¹²⁷⁶. » Pour Justice Millet, l'application de la proportionnalité dans ce domaine entraînerait la « résurrection d'une doctrine obsolète et discréditée¹²⁷⁷ ».

Nous avons vu que la proportionnalité a aussi été rejetée en tant que chef de *judicial review*. Dans le système dualiste anglais, appliquer la proportionnalité dans ce domaine reviendrait à une incorporation de la Convention « par la porte de derrière¹²⁷⁸ ». En effet, tandis que le *ECA* avait incorporé les droits et libertés du droit communautaire en droit anglais, les droits garantis par la CEDH ne constituaient pas des standards de légalité s'imposant à l'action des autorités publiques¹²⁷⁹. Encore une fois, la diffusion de la proportionnalité était empêchée par le principe de souveraineté parlementaire.

Les droits de la Convention : des considérations extra-juridiques. Cela indique que, si les juges anglais ont parfois pris en compte la Convention dans l'application des techniques et doctrines du *common law*, cela ne relève pas d'une obligation juridique formelle. Pendant longtemps, les droits de la Convention ont influé le raisonnement du juge seulement comme des circonstances ou des considérations extra-juridiques. Il est significatif à cet égard que dans la série

¹²⁷³ JOWELL J. et A. LESTER, « Proportionality: Neither Novel nor Dangerous », *op. cit.*, p. 66 ; LAWS J., « Is the High Court the Guardian of fundamental constitutional rights? », *op. cit.*, p. 1388.

¹²⁷⁴ *Express Newspapers Ltd c. MacShane and another* [1980] 1 All ER 65 (HL, 13 décembre 1979), p. 72 s.

¹²⁷⁵ *Allied Dunbar (Frank Weisinger) Ltd c. Frank Weisinger* [1988] I.R.L.R. 60 (HC, Queen's Bench Division, 1 janvier 1988).

¹²⁷⁶ *Ibid.*

¹²⁷⁷ *Ibid.*

¹²⁷⁸ *R c. Secretary of State for the Home Department, ex parte Brind* [1991] 1 A.C. 696 (HL, 7 février 1991), p. 762, *per* Lord Ackner. V. *supra*, Partie I, chapitre 2.1.4.

¹²⁷⁹ LOUGHLIN M., *The British constitution*, *op. cit.*, p. 36 s. V. *Malone c. Commissioner of Police of the Metropolis (No. 1)* (CA, Civil Division, 26 mai 1978); (*No.2*) (HC, Chancery Division, 28 février 1979) ; Cour EDH, *Malone c. RU*, 2 août 1984, n° 8691/79 [1984] ECHR 10.

d'affaires *Spycatcher*, la liberté d'expression n'est pas qualifiée comme un droit mais comme un aspect de l'intérêt public. La proportionnalité est donc une méthode pour définir l'intérêt public et non pour mettre en balance des droits constitutionnels. Dans l'opinion de Sir Donaldson, elle correspond à une forme de raisonnement impliquant « la mise en balance de ces intérêts publics antagonistes ou, plus précisément peut-être, ces aspects antagonistes d'un intérêt public unique¹²⁸⁰. » Le seul droit reconnu par les juges dans cette série des décisions est le droit du *common law* à la confidentialité, dont le bénéficiaire n'est pas l'auteur du *Spycatcher* mais les services secrets britanniques¹²⁸¹. Avant l'incorporation du *HRA*, les droits et principes de la Convention ne jouissaient pas d'un statut juridique, puisque le *common law* était censé les protéger suffisamment. Le *dictum* de Lord Goff dans la dernière décision dans cette affaire est caractéristique :

« Je tiens à remarquer que je ne vois pas d'incompatibilité sur ce sujet entre le droit anglais et l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme. Cela n'est guère surprenant, puisque nous pouvons être fiers que la liberté d'expression existe dans ce pays peut-être depuis aussi longtemps, sinon plus longtemps, qu'elle n'existe dans tout autre pays dans le monde¹²⁸². »

Bien que les juges puissent prendre en compte les droits fondamentaux dans l'exercice de leur pouvoir, le respect de la Convention n'a pas pu l'emporter sur les dispositions et doctrines claires, même quand celles-ci n'étaient plus adaptées à la réalité sociale ou quand leur application constituait une violation des obligations internationales du Royaume-Uni. En contraste avec le contexte français, où l'évolution du droit suivant un changement de circonstances est constamment demandée par la doctrine et parfois même acceptée en droit positif, les juristes anglais rejettent traditionnellement une telle évolution car elle implique une négation de l'autonomie du droit¹²⁸³. En effet, dans la vision diceyenne du droit comme commandement, l'autonomie et l'autorité du droit sont des qualités cruciales fondant la légitimité du système juridique tout entier.

Ceci peut être illustré à travers l'analyse de la décision *Spycatcher* de 1987¹²⁸⁴. Comme il a été mentionné, après la publication du livre aux États-Unis, les journaux destinataires des injonctions interdisant sa publication ont demandé le retrait de ces injonctions. Ils ont fondé leur demande sur le fait que le livre était déjà disponible

¹²⁸⁰ *Attorney General c. Guardian Newspapers Ltd and others, Attorney General c. The Observer Ltd. and others* [1989] 2 F.S.R. 3 (juge des référés, HC, Chancery Division, 11 juillet 1986 – CA, 25 juillet 1986), p. 22.

¹²⁸¹ V., par exemple, *Attorney-General c. Guardian Newspapers Ltd. and others (No. 2); Attorney-General c. Observer Ltd. and others; Attorney-General c. Times Newspapers Ltd. and another* [1988] 2 W.L.R. 805 (CA, Civil Division, 10 février 1988).

¹²⁸² *Attorney General c. Guardian Newspapers Ltd (No 2); Attorney General c. The Observer Ltd and others* [1990] 1 AC 109 (HL, 13 octobre 1988), per Lord Goff. V. aussi *Derbyshire County Council c. Times Newspapers Ltd. and others* [1992] Q.B. 770 (CA, Civil Division, 19 février 1992).

¹²⁸³ Albert Venn Dicey a critiqué de façon célèbre l'analyse historique du droit. V. DICEY A.V., *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, op. cit., preface to the first edition. Sur ce point, V. WALTERS M., « Dicey on Writing the Law of the Constitution », op. cit., p. 22.

¹²⁸⁴ *Attorney General c. Guardian Newspapers Ltd and others; and related appeals* [1987] 1 W.L.R. 1248.

pour tous ceux qui, au Royaume-Uni, souhaitent en obtenir une copie : à leurs yeux, le but poursuivi par l'interdiction ne pouvait plus être atteint. Sir Browne-Wilkinson a accepté les arguments des requérants en se référant à l'opinion de Sir Donaldson, qui avait appliqué le test de proportionnalité. Selon les termes que Sir Browne-Wilkinson a employés :

« Je pense que l'intérêt public exige que nous ayons un système juridique et des cours qui suscitent le respect du public. Il est souvent dit que le droit est un âne. Naturellement, je ne suis pas d'accord. Mais il existe une limite concernant ce qui peut être obtenu au moyen des injonctions juridictionnelles. Si les cours devaient émettre des injonctions manifestement incapables d'obtenir leur but avoué, comme c'est le cas avec la prévention de diffusion d'informations qui sont déjà diffusées, à mon avis, le droit serait en effet un âne¹²⁸⁵. »

Suivant un raisonnement conséquentialiste qui met l'accent sur l'exigence d'efficacité du droit, Sir Browne-Wilkinson a introduit une exception à une règle claire du *common law*, à savoir l'interdiction de diffuser des informations obtenues en résultat de la violation par un agent public de son devoir de confidentialité.

Néanmoins, sa décision a été renversée en appel. Pour les *Lord Justices*, la formalité et l'autorité du droit excluent la prise en compte des circonstances au moyen d'un examen de proportionnalité. Comme le souligne Lord Justice Russell :

« Le "but" [des injonctions] ne peut pas être la préservation de la confidentialité dans les services de sécurité britanniques : celle-ci a été atteinte de façon irréversible. Ni peut-il être le rétablissement de la confiance au sein d'autres institutions, sauf à un degré très limité. Néanmoins, à mon avis, le droit et les cours doivent toutefois continuer à s'efforcer de dissuader la diffusion commerciale du contenu de *Spycatcher*, puisque chaque mot de ce livre a été écrit en *prima facie* violation du devoir [de confidentialité des agents publics¹²⁸⁶]. »

Selon Lord Justice Russell donc, même si les injonctions ne servent aucun intérêt public, la rigidité du droit doit être préservée. Des considérations formelles ont aussi été décisives dans l'opinion de Lord Ackner, qui, en réponse aux arguments de proportionnalité des appelants, a cité les *dicta* d'un juge soixante ans avant lui :

« "Au cœur du sable mouvant et des courants transversaux de la vie publique, le droit est comme un grand rocher sur lequel les hommes peuvent mettre leurs pieds et être saufs."

¹²⁸⁵ *Ibid.*, p. 1269, *per* Sir Browne-Wilkinson.

¹²⁸⁶ *Ibid.*, p. 1281, *per* Lord Justice Russell.

Au lieu du mot "rocher" les appelants préféreraient que vos Seigneuries lisent maintenant "méduse"¹²⁸⁷! »

La mise en balance : un raisonnement d'ordre politique. Les droits fondamentaux et les principes de la Convention étant des circonstances extra-juridiques, les juges ne pouvaient les prendre en compte qu'exceptionnellement. C'est le pouvoir du juge de définir l'intérêt public qui a parfois rendu possible leur considération et leur mise en balance. Or, les juges ne jouissent que rarement d'un tel pouvoir : c'est précisément le cas lors de la clarification des principes du *common law* ou dans le cadre des procédures d'urgence, où le juge a le pouvoir de décider s'il accordera des mesures provisoires. Mises à part ces cas exceptionnels, la définition de l'intérêt public incombe généralement au Parlement et à l'administration. En droit anglais, comme dans d'autres systèmes de *common law*, la mise en balance est un type de raisonnement traditionnellement mobilisé en matière de programmation politique ; elle ne correspond pas à l'image que partagent les juristes locaux du raisonnement juridique. Dans l'affaire *GCHQ*, Lord Diplock a déclaré qu'« en raison de leur formation et expérience [les juges] ne sont pas qualifiés » pour procéder à la mise en balance des intérêts concurrents¹²⁸⁸.

Ces observations s'appliquent notamment dans le cadre des procédures de *judicial review*, puisque la protection des droits fondamentaux est traditionnellement une responsabilité politique des décideurs initiaux. En absence des normes de référence matérielles pour l'exercice du contrôle de légalité, les juges ne peuvent que sanctionner les erreurs manifestes en ce qui concerne les effets des décisions publiques. Dans ce contexte, la mise en balance ne peut être qu'une méthode d'équité¹²⁸⁹. Le juge se borne à un rôle secondaire de surveillance, ce qui explique ses pouvoirs d'instruction limités dans ce type de procédures, régies par le principe du contradictoire. Au contraire, l'application de la proportionnalité en tant que méthode de mise en balance des intérêts concurrents exigeait une considération détaillée des faits de l'espèce. Elle était donc contraire à une des distinctions les plus fondamentales en droit public anglais : celle entre *review* et *appeal*¹²⁹⁰.

Dans l'affaire *Brind*, Lord Lowry a souligné que le rejet de la proportionnalité en tant que chef de contrôle interne n'était pas « regrettable¹²⁹¹ ». Faisant écho aux *dicta* précités de Lord Diplock, il a relevé que les juges ne jouissent pas de la légitimité démocratique des autres branches du gouvernement et ne sont pas formés pour procéder à une mise en balance des intérêts concurrents dans chaque affaire. Qui plus est, selon lui, ouvrir la porte à l'évaluation juridictionnelle des *merits* des décisions administratives serait contraire à la sécurité juridique et accroîtrait de façon excessive

¹²⁸⁷ *Ibid.*, p. 1306, *per* Lord Ackner, faisant référence à SA SANKEY J., « The principles and practice of the law today », Conférence à l'Université de Londres, 14 mars 2018.

¹²⁸⁸ *GCHQ*, précitée, p. 951, *per* Lord Diplock.

¹²⁸⁹ V. CRAIG P., *Administrative Law*, *op. cit.*, para. 12-001 s.

¹²⁹⁰ V. *supra*, Partie I, chapitre 2.1.4.

¹²⁹¹ *Brind*, précitée, p. 20.

le contentieux du *judicial review*¹²⁹². Partant, l'application de la proportionnalité ne conduirait pas non plus à une protection plus efficace des droits.

La proportionnalité, « irritant » de la rigueur analytique du *common law*.
La sécurité juridique est une qualité cruciale dans le *common law*. Le choix d'une forme juridique particulière (procédure, chef de contrôle, standard ou concept) conduit à des modes de raisonnement bien définis, ce que les juristes anglais appellent *analysis*. Ainsi, il est question de *rights analysis*, *duty analysis* etc. Contrairement à la pensée juridique française, dans le *common law*, la structure du raisonnement juridique acquiert une importance cruciale car les formes juridiques sont mises au service de la poursuite des buts particuliers et de la satisfaction des intérêts différents. Dans ce contexte, la cohérence entre les différents types de raisonnement n'est pas nécessairement interne au droit ; elle est établie en faisant recours à des considérations pragmatiques. Les juges expliquent souvent pourquoi ils ont choisi tel type de raisonnement et pourquoi, sans « regret », ils ont considéré que tel autre type était « non approprié ». Ainsi, la clarté et la transparence sont des qualités majeures des opinions judiciaires et assurent la légitimité des juges comme des arbitres impartiaux. Les juristes locaux s'intéressent plus aux chefs de contrôle juridictionnel qu'aux méthodes du juge car le choix de tel ou tel autre chef détermine l'univers des possibilités pour l'argumentation juridique dans le « jeu » du procès.

Dans ce contexte, l'application variable des formes juridiques est complètement étrangère à la tradition analytique du *common law*. C'est pourquoi, même quand son application était confinée dans le champ du droit communautaire, la proportionnalité semait la confusion. La question préjudicielle renvoyée à la CJCE dans l'affaire *Adams* en témoigne¹²⁹³. Cette affaire concerne le chef du parti Sinn Féin, Gerry Adams. En vertu du *Provision of Terrorism Act* de 1989, le gouvernement a adopté une ordonnance interdisant à M. Adams l'entrée en Grande Bretagne pour une période de trois ans. L'ordonnance visait à empêcher qu'il prononce un discours devant la Chambre des communes à Westminster, alors que le gouvernement l'accusait de complicité d'actes terroristes en Irlande du Nord. M. Adams a contesté la compatibilité de l'ordonnance à l'article 8 du Traité de Maastricht, établissant la liberté de circulation des citoyens européens au sein des États-membres. Il soutenait notamment que le gouvernement n'avait pas justifié la mesure en fait et que la durée de l'interdiction en cause était disproportionnée à la durée et au but de sa visite.

Justice Steyn, à l'époque dans la *Queen's Bench Division*, a renvoyé une question préjudicielle à la Cour de Justice concernant le principe de proportionnalité. Comme il le remarque de façon caractéristique :

« Nous constatons qu'il n'y a pas de décision de la Cour de Justice appliquant le principe de proportionnalité dans un cas concernant la

¹²⁹² *Ibid.*

¹²⁹³ *R. c. Secretary of State for the Home Department, ex parte Adams* [1995] All ER (EC) 177 (HC, Queen's Bench Division, 26 juillet 1994).

liberté d'expression et la sécurité nationale. Qui plus est, bien que le principe de proportionnalité fasse partie de notre droit au moyen du droit communautaire, il nous semble que les différentes interprétations de ce principe ne sont pas en harmonie. Nous avons été renvoyés à l'affaire *Johnston c. Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary* 222/84 [1986] 3 All ER 135, [1986] ECR 1651. Cette décision n'a pas éliminé nos doutes. Tout en reconnaissant que nous soulevons un doute concernant la portée d'un principe cardinal du droit communautaire, nous considérons toutefois qu'il est approprié que la portée de ce principe soit clarifiée dans ce cas au moyen d'une question à la Cour de Justice. Dans notre position de juges anglais, il nous semble que les interprétations du principe oscillent d'une doctrine d'application limitée dont la nature n'est pas très différente du *Wednesbury unreasonableness*, à un examen *de novo* de la décision administrative. De l'autre côté, il peut y avoir des interprétations plus nuancées, positionnant le principe entre ces extrêmes. Une marge d'appréciation peut exister, même au regard de la proportionnalité. Et il n'est pas évident en soi que le principe de proportionnalité ne doive pas être adapté aux circonstances spéciales d'un cas de conflit entre la liberté d'expression et la sécurité nationale¹²⁹⁴. »

Cette question aurait conduit à une réponse intéressante de la part de la Cour de Justice, en ce qui concerne la portée non seulement de la proportionnalité mais aussi de l'article 8 du Traité de Maastricht¹²⁹⁵. Toutefois, les juges luxembourgeois n'ont pas eu l'occasion d'y répondre, puisque la question a été retirée à la suite du retrait par le gouvernement de l'ordonnance en question.

Il n'en reste pas moins que la proportionnalité a pendant longtemps représenté une « technologie bizarre » pour les juges anglais¹²⁹⁶. En tant que contrôle portant sur les effets des décisions publiques, elle « irritait » l'économie du *common law* et sa suspicion traditionnelle vis-à-vis toute évaluation factuelle qui se veut objective. Son attachement à l'efficacité du droit « irritait » le formalisme et l'autorité qui fondent traditionnellement la légitimité du système juridique. Son application variable « irritait » la tradition pragmatique du *common law* et la rigueur analytique du raisonnement juridique qu'elle implique. Postulant l'existence de principes rationalistes qui sous-tendent les précédents fragmentés du *common law*, la proportionnalité impliquait une foi dans la cohérence matérielle du droit et une confiance au juge qui étaient complètement étrangers à la tradition analytique. Il n'est donc pas surprenant que sa promotion en tant que transfert juridique ait fait partie d'une contestation plus générale de cette tradition.

¹²⁹⁴ *Ibid.*

¹²⁹⁵ L'affaire était purement interne, puisque M. Adams vivait et travaillait en Irlande du Nord.

¹²⁹⁶ WARD I., « Identity and difference: The European Union and Postmodernism », G. MORE et J. SHAW (dir.), *New legal dynamics of European Union*, New York, Clarendon Press, 1995, p. 24. L'auteur fait référence au caractère indéterminé des termes juridiques utilisés dans les textes européens.

3. La proportionnalité comme transplant : l'émergence d'une doctrine à la française

La proportionnalité : une idée provenant de l'Europe continentale. Comme nous l'avons vu dans la première partie, en contraste avec l'application unitaire du standard de *Wednesbury unreasonableness*, ce qui caractérise les premières applications de la proportionnalité en droit public anglais était sa fragmentation conceptuelle. L'effet « irritant » de la proportionnalité vis-à-vis des structures discursives traditionnelles a en effet imposé une distinction claire entre, d'un côté, son application comme un chef de contrôle [*head of review*] indépendant dans le champ du droit communautaire et, de l'autre, son application comme un aspect du contrôle d'irrationalité dans le cadre du *judicial review*.

Cela étant, dès la décision *Goldstein*, le test du droit communautaire est présenté comme une manifestation concrète d'une idée plus générale, qui puise son origine dans les systèmes de *civil law* de l'Europe continentale. En effet, dans cette décision, Lord Diplock a évoqué le concept de proportionnalité provenant du droit allemand, qu'il a traduit en utilisant la formule suivante : « Il ne faut pas utiliser un marteau à vapeur pour casser un noix, si un casse-noix suffit¹²⁹⁷. » Dans l'affaire *GCHQ*, le même juge a mentionné que l'adoption du principe de proportionnalité pourrait être une évolution future des chefs de *judicial review*. Pour autant, dans ses *dicta*, le juge n'envisage la proportionnalité ni comme un test du droit communautaire ni comme une nuance du standard de *reasonableness* ; il fait référence à la proportionnalité en tant que principe « reconnu dans le droit administratif de plusieurs membres de la Communauté économique européenne¹²⁹⁸. »

Cette perception de la proportionnalité en tant que principe continental se retrouve dans d'autres affaires des années quatre-vingt. Dans *Pegasus*, par exemple, examinant les arguments des requérants selon lesquels les mesures de la *Civil Aviation Authority* portaient une atteinte disproportionnée à leurs droits, Justice Schiemann a interprété la proportionnalité comme une exigence de juste équilibre entre droits individuels et intérêt public. Il constate qu'en tant que telle, la proportionnalité est annoncée dans une recommandation du Comité des ministres du Conseil de l'Europe datant de 1980, comme un principe régissant l'exercice par l'administration de son pouvoir discrétionnaire dans les États-membres¹²⁹⁹. De façon similaire, dans l'affaire *Waltham Forest*, la proportionnalité est mentionnée comme un principe appliqué par la CJCE, par le Conseil d'État français et par les juridictions de droit public d'autres systèmes de *civil law*¹³⁰⁰. La perception de la proportionnalité en tant que principe continental se retrouve aussi dans les écrits extra-juridictionnels de cette période. Dans un de leurs articles, par exemple, Jeffrey Jowell et Anthony Lester procèdent à

¹²⁹⁷ *Regina c. Goldstein* [1982] 1 W.L.R. 804 (CA, Criminal Division, 2 avril 1982); [1983] 1 W.L.R. 151 (HL, 20 janvier 1983), p. 155.

¹²⁹⁸ *GCHQ*, précitée, p. 950.

¹²⁹⁹ *R. c. Secretary of State for Transport, ex parte Pegasus Holidays (London) Ltd and another* [1989] 2 All ER 481 (HC, Queen's Bench Division, 7 août 1987).

¹³⁰⁰ *R. c. Waltham Forest London Borough, ex parte Waltham Borough Ratepayers Action Group* (HC, Queen's Bench, 29 juillet 1987), *The Times* 31 juillet 1987.

une analyse comparée de l'application du principe dans plusieurs ordres juridiques européens¹³⁰¹.

Le contenu anti-diceyen de la proportionnalité. La référence à un principe d'origine continentale appliqué de façon variable dans la sphère interne est certainement une nouveauté pour le discours juridique anglais et contraste avec l'orthodoxie diceyenne. Depuis les années soixante-dix, toutefois, cette orthodoxie est de plus en plus contestée par la volonté de construire un système de droit public dérogeant au droit commun, basé sur des principes constitutionnels explicites, même codifiés, qui guideraient et contraindraient l'action publique¹³⁰². À la fin des années quatre-vingt, le besoin de « chuter le son de silence [*hush the sound of silence*] » de la constitution anglaise s'établissait comme une nouvelle orthodoxie¹³⁰³. Martin Loughlin décrit la montée progressive de ce mouvement de modernisation constitutionnelle¹³⁰⁴. La recherche croissante pour des théories et des principes sous-tendant la pratique juridique se manifeste dans l'influence de plus en plus explicite des écrits académiques sur la jurisprudence¹³⁰⁵. Les juges ont cessé d'être les seuls « oracles de la loi¹³⁰⁶ » et les écrits extra-juridictionnels ont progressivement assumé une fonction de systématisation, similaire à celle de la doctrine publiciste française. La distinction entre droit public et droit privé étant nouvelle en droit anglais, les modernisateurs se sont tournés vers d'autres systèmes pour en tirer des exemples de mise en œuvre. Ceci a renouvelé l'intérêt des juristes locaux pour le droit comparé¹³⁰⁷.

La promotion de la proportionnalité doit être placée dans ce contexte plus général de changement culturel. Il convient de noter à cet égard que les premiers promoteurs de la proportionnalité se sont concentrés sur (ce qu'ils ont perçu comme) l'application du principe en droit administratif français¹³⁰⁸. L'article de Guy Braibant rédigé en 1974 sur la proportionnalité a eu une grande influence dans ce contexte¹³⁰⁹. Il est possible que la perception de la proportionnalité comme un principe provenant de la France soit renforcée en raison de la rédaction des décisions de la CJCE et de la Cour EDH en français. Mais l'« accent » français du langage de la proportionnalité en droit public anglais exprime une tendance plus générale des juristes locaux à attribuer les nouveautés en matière de droit public à leurs collègues de l'autre côté de la

¹³⁰¹ V. JOWELL J. et A. LESTER, « Proportionality: Neither Novel nor Dangerous », *op. cit.*

¹³⁰² LOUGHLIN M., *The British constitution*, *op. cit.*, p. 36 s., not. 39.

¹³⁰³ SEDLEY S., « The Sound of Silence », *Ashes and Sparks*, Cambridge, CUP, 2011, p. 64. Cette contribution est parue en 1993. V. aussi ALLAN T., « Pragmatism and Theory in Public Law », *LQR*, 1988, vol. 104, p. 422. SCARMAN L., « The Development of Administrative Law: Obstacles and Opportunities », *PL*, 1990, p. 490.

¹³⁰⁴ ALLISON J., *The English Historical Constitution*, *op. cit.*, p. 3.

¹³⁰⁵ ATIYAH P., *Pragmatism and Theory in English Law*, *op. cit.*, p. 165 s.

¹³⁰⁶ Expression de DAWSON J.P., *The Oracles of the Law*, Westport, Conn, Greenwood Press, 1978.

¹³⁰⁷ HARLOW C., *Administrative Liability: A Comparative Study of French and English Law*, PhD, The London School of Economics and Political Science (LSE), 1979 ; FLOGATTIS S., *Administrative Law et Droit administratif*, Paris, Pichon et Durand-Auzias, 1986 ; BELL J., « The Expansion of Judicial review over Discretionary Powers in France », *op. cit.* ; ALLISON J., *A Continental Distinction in the Common Law*, *op. cit.* ; WOOLF H., « Droit Public - English Style », *PL*, 1995, p. 57 ; sur ce point, V. ALLISON J., *The English Historical Constitution*, *op. cit.*, p. 186 s.

¹³⁰⁸ V. JOWELL J. et A. LESTER, « Beyond Wednesbury », *op. cit.* ; JOWELL J. et A. LESTER, « Proportionality: Neither Novel nor Dangerous », *op. cit.* ; BOYRON S., « Proportionality in English Administrative Law », *op. cit.*

¹³⁰⁹ JOWELL J. et A. LESTER, « Proportionality: Neither Novel nor Dangerous », *op. cit.*, p. 54. Sur l'article de Guy Braibant, V. *supra*, Partie I, chapitre 1.1.1.

Manche. En effet, depuis les années soixante, les juristes anglais regardent le système de droit administratif français avec un sentiment d'admiration cachée¹³¹⁰. L'évolution du *judicial review* est souvent comparée aux avancées du contrôle de légalité en France¹³¹¹. Les concepts de droit public acquièrent un prestige particulier quand ils sont présentés comme ayant leur origine dans le système français, un système célèbre pour la construction jurisprudentielle d'une architecture élaborée de droit administratif par « cet instrument juridictionnel magnifique », le Conseil d'État¹³¹². L'origine française de la proportionnalité fait donc partie de sa signification antithétique à la tradition diceyenne. Albert Venn Dicey d'ailleurs rejetait de manière célèbre l'adoption d'un droit administratif à la française.

La proportionnalité, l'aspect matériel du principe de *rule of law* et l'office du juge. La construction d'un droit public anglais a été le corollaire d'une transformation conceptuelle du *rule of law* : d'un principe purement formel, le *rule of law* a progressivement englobé dans son champ la protection de certaines valeurs. À partir des années soixante-dix, les condamnations de la part des juges de Strasbourg pour des violations de la Convention ont rendu de plus en plus intenable la narration Whig de l'histoire sur la supériorité du *common law* en ce qui concerne la protection des libertés¹³¹³. L'appel pour la prise en compte des droits de l'homme dans le processus de décision politique s'est joint à la quête de modernisation constitutionnelle et de limitation des pouvoirs publics. La démocratie a cessé d'être perçue comme reposant uniquement sur la suprématie du Parlement¹³¹⁴. Les juges se sont progressivement établis comme les protecteurs des droits fondamentaux¹³¹⁵. En effet, dans une évolution similaire à celle observée dans le contexte français, le retentissement du langage des droits a emporté une idéalisation du pouvoir judiciaire. Les juges eux-mêmes y ont contribué de façon importante au moyen de leurs écrits et discours extra-juridictionnels¹³¹⁶. Avec une dose d'ironie, John Griffith compare leurs textes à une sorte de « pèlerinage¹³¹⁷ » et remarque que « rarement, voire jamais, les juges admettent la possibilité de fragilité humaine de la part de leurs confrères¹³¹⁸. »

¹³¹⁰ Sur ce point, V. ALLISON J., *A Continental Distinction in the Common Law*, *op. cit.* V. aussi WOOLF H., « Droit Public - English Style », *op. cit.*

¹³¹¹ WADE W. et C. FORSYTH, *Administrative Law*, 5^e éd., Oxford ; New York, Clarendon Press ; OUP, 1982, p. 364 ; cité à plusieurs reprises par BELL J., « The Expansion of Judicial review over Discretionary Powers in France », *op. cit.*

¹³¹² YARDLEY D., « The Abuse of Powers and Its Control in English Administrative Law », *The American Journal of Comparative Law*, 1970, vol. 18, n° 3, p. 566.

¹³¹³ ALLISON J., *The English Historical Constitution*, *op. cit.*, p. 186 s.

¹³¹⁴ LAWS J., « Law and Democracy », *op. cit.*

¹³¹⁵ LAWS J., « Is the High Court the Guardian of fundamental constitutional rights? », *op. cit.* « Law and Democracy », *op. cit.*

¹³¹⁶ SCARMAN L., « The Development of Administrative Law: Obstacles and Opportunities », *op. cit.* ; BINGHAM T., « "There is a World Elsewhere": The Changing Perspectives of English Law », *op. cit.* ; BROWNE-WILKINSON N., « The Infiltration of a Bill of Rights », *op. cit.* ; LAWS J., « Is the High Court the Guardian of fundamental constitutional rights? », *op. cit.* ; LAWS J., « Law and Democracy », *op. cit.* ; SEDLEY S., « Human Rights: a Twenty-First Century Agenda », *op. cit.* ; WOOLF H., « Droit Public - English Style », *op. cit.* ; BINGHAM T., « The European Convention on Human Rights: Time to Incorporate », *op. cit.*

¹³¹⁷ GRIFFITH J., « The Brave New World of Sir John Laws », *op. cit.*, p. 163.

¹³¹⁸ *Ibid.*, p. 162.

Comme il a été montré dans la première partie, c'est la connexion de la proportionnalité à la Convention et à la protection des droits de l'homme qui lui a conféré une dynamique propre dans le discours juridique anglais¹³¹⁹. Sa promotion à partir des années quatre-vingt reflète justement cet effort des juristes locaux d'attribuer un contenu matériel au principe de *rule of law*, défiant les enseignements de l'héritage diceyen. À cette époque, la proportionnalité désigne une exigence d'équité ou de justice, impliquant un contrôle juridictionnel poussé de l'action publique¹³²⁰. Ainsi, elle a cessé d'être équivalente au raisonnable ; dans le contexte du *judicial review*, elle est de plus en plus définie par opposition au standard traditionnel de *Wednesbury*, comme un standard qui se place « au-delà » de celui-ci¹³²¹. Les attentes attachées à l'adoption de la proportionnalité en tant que principe continental étaient diamétralement opposées aux fondements du contrôle d'*unreasonableness*. Alors que la proportionnalité est de plus en plus perçue comme un outil pour la protection efficace de ces droits par le juge, dans le « système de signification » diceyen, l'application du standard de *Wednesbury* exclut un mode de raisonnement juridique basé sur les droits fondamentaux¹³²².

La proportionnalité : un transplant juridique. Ainsi, vers la fin des années quatre-vingt, la proportionnalité a toutes les caractéristiques d'un transplant juridique et est perçue comme tel par les juristes locaux. Élément de modernisation constitutionnelle et d'ouverture à l'étranger, elle est un outil destiné à servir aux juges dans la nouvelle mission constitutionnelle que les modernisateurs leur attribuent. Son adoption serait une « avancée » du *judicial review* vers un système de droit public plus développé qui n'aurait rien à envier d'un système de *civil law*. Des avocats notables, comme Jeffrey Jowell, Anthony Lester et David Pannick, ont été des défenseurs ardents du principe et y ont souvent basé leur argumentation dans un effort de convaincre les juges de l'adopter. D'ailleurs, certains juges influents, pionniers du mouvement de modernisation constitutionnelle, comme Lord Diplock, Sir John Laws et Sir Stephen Sedley, ont encouragé la reconnaissance explicite du principe en droit positif, tant dans leurs opinions que dans leurs écrits et discours extra-juridictionnels¹³²³. Tels que les faiseurs de systèmes français, les défenseurs de la proportionnalité dans le contexte anglais ont activement participé à la construction d'un droit public non seulement en théorie mais aussi, et surtout même, en pratique.

¹³¹⁹ V. *supra*, Partie I, chapitre 2.1.3.

¹³²⁰ BINGHAM T., « "There is a World Elsewhere": The Changing Perspectives of English Law », *op. cit.*

¹³²¹ JOWELL J. et A. LESTER, « Beyond Wednesbury », *op. cit.*, p. 860.

¹³²² V. JOWELL J. et A. LESTER, « Proportionality: Neither Novel nor Dangerous », *op. cit.*, p. 67 s. ; CRAIG P., *Administrative Law*, *op. cit.*, p. 298 s.

¹³²³ V. *supra*, Partie I, chapitre 2.1 et les sections 2 et 4 du présent chapitre. Pour quelques écrits extra-juridictionnels, V. LAWS J., « Is the High Court the Guardian of fundamental constitutional rights? », *op. cit.*, SEDLEY S., « Human Rights: a Twenty-First Century Agenda », *op. cit.* En tant que membre du *Queen's Counsel*, à savoir *barrister* représentant les autorités publiques, John Laws a souvent plaidé contre l'application de la proportionnalité. V., par exemple, *R. c. The Pharmaceutical Society of Great Britain, ex parte Association of Pharmaceutical Importers* [1987] 3 C.M.L.R. 951 (CA, Civil Division, 30 juillet 1987) ; *R. c. Secretary of State for the Environment, ex parte National and Local Government Officers' Association* [1992] 5 Admin.L.R. 785 (HC, Queen's Bench Division, 20 décembre 1991).

Puisque la proportionnalité en tant que principe de la CEDH ne jouissait pas de base légale similaire au *ECA* de 1972, la façon dont elle serait transférée en droit public interne était discutée. Jeffrey Jowell et Anthony Lester, par exemple, ont proposé l'adoption d'une *presumption of statutory interpretation* (technique similaire à la réserve d'interprétation des juridictions françaises) que toute atteinte injustifiée aux droits fondamentaux serait contraire à la volonté du Parlement¹³²⁴. Dans l'affaire *GCHQ*, Lord Diplock a envisagé une évolution progressive, au cas par cas. Dans le même sens, dans une contribution influente, Sir John Laws a encouragé la réception du principe de proportionnalité par la méthode « incrémentale » du *common law*¹³²⁵.

Ces débats sont d'autant plus intéressants quand on considère que leur existence même est une nouveauté considérable pour le droit public anglais à l'époque. En effet, contrairement à la doctrine française, la littérature anglaise de droit public est traditionnellement descriptive, pragmatique et orientée vers le fonctionnement des institutions. À cet égard, la quête de modernisation constitutionnelle a emporté un changement important. Les juristes locaux ont de plus en plus pris conscience de l'influence de présupposés normatifs latents sur la description et la systématisation de la jurisprudence et du droit positif. Sur cette base, certains auteurs ont distingué les différentes théories concernant le contrôle juridictionnel de l'action de l'administration. Selon une classification influente proposée par Carol Harlow, les auteurs libéraux, qui voient dans le droit administratif une garantie des droits individuels, défendent un contrôle juridictionnel plus poussé de l'exercice par l'administration de ses pouvoirs [*red light theories*]. Au contraire, les auteurs qui voient le droit administratif comme un ensemble de procédures et d'instruments mis au service de l'efficacité de l'action publique dans la poursuite des objectifs d'ordre politique et social adoptent une perception large des pouvoirs des autorités publiques qui limite le juge à un rôle de surveillance [*green light theories*¹³²⁶]. La promotion de la proportionnalité s'inscrit donc dans le contexte plus général de montée du discours prescriptif en droit public anglais.

À la recherche de la cohérence du droit public : le détachement des écrits extra-juridictionnels de la pratique. Tout en la présentant comme un changement, les promoteurs de la proportionnalité ont cherché à établir une continuité entre celle-ci et les concepts indigènes existants. C'est peut-être parce que, comme il est parfois dit, « les juristes du *common law* méprisent la pensée originale¹³²⁷ ». D'ailleurs, cette continuité n'est pas difficile à trouver. Comme nous l'avons évoqué, sous le chef de contrôle d'illégalité, les juges anglais sanctionnaient déjà les buts illégitimes des autorités contrôlées – un contrôle qui se rapproche du premier stade de l'analyse de proportionnalité –, ainsi que la prise en compte de considérations non-appropriées – ce qui se rapproche du deuxième stade, à savoir du contrôle du caractère

¹³²⁴ V. JOWELL J. et A. LESTER, « Beyond Wednesbury », *op. cit.*, p. 379.

¹³²⁵ LAWS J., « Is the High Court the Guardian of fundamental constitutional rights? », *op. cit.*

¹³²⁶ HARLOW C., *Law and Administration*, London, Weidenfeld and Nicolson, coll. « Law in context », 1984.

¹³²⁷ V. ATIYAH P., *Pragmatism and Theory in English Law*, *op. cit.*, p. 7. L'auteur cite un professeur de Harvard Law School.

approprié¹³²⁸. Quant au contrôle de nécessité, les juges l'exerçaient déjà dans le champ d'application du droit communautaire. Les promoteurs de la proportionnalité ont reconstruit ces types de contrôle comme des applications implicites de la proportionnalité. Des décisions impliquant la mise en balance des intérêts concurrents ont été « lues » comme des manifestations d'un contrôle de proportionnalité. Notamment l'affaire *Hook* a été redécouverte comme une application du principe¹³²⁹.

Toute une « mythologie » de la proportionnalité a émergé en droit public anglais. Les juges internes l'auraient appliquée depuis toujours « exactement comme, dans l'œuvre de Molière, Monsieur Jourdain parlait en prose depuis plus de quarante ans sans le savoir¹³³⁰. » L'exigence d'une proportion a commencé à sembler « si typiquement anglaise » que sa reconnaissance explicite accroîtrait l'honnêteté intellectuelle du droit public et la transparence du raisonnement du juge¹³³¹. La ressemblance avec les écrits français en la matière est étonnante. La proportionnalité a été étendue pour englober tout raisonnement juridique qui implique des jugements de valeur. En effet, ce qui unifierait les différentes applications du principe serait la poursuite par le juge d'un idéal d'équité et de justice. L'intégrité structurelle de la proportionnalité a été compromise. Si les opinions et les articles relatifs à celle-ci font souvent référence au test structuré en étapes appliqué par des juridictions étrangères et notamment le TCFA, la doctrine anglaise nouvellement formée s'est peu intéressée à sa structure. L'application variable de la proportionnalité a même été présentée comme un atout témoignant de la flexibilité du principe, contrairement au standard « monolithique » de *Wednesbury unreasonableness*¹³³².

Les analyses des promoteurs de la proportionnalité se distinguent donc de façon importante de la littérature classique de leur époque : rejetant une application rigoureuse des formes juridiques, elles acceptent et même encouragent la prise en compte des valeurs par le juge. À un niveau plus profond, la littérature sur la proportionnalité s'écarte de l'orthodoxie diceyenne en ce qu'elle marque un déplacement de l'intérêt des juristes anglais, des chefs de contrôle juridictionnel aux méthodes du juge. Dans les écrits pertinents, l'application de la proportionnalité n'est cherchée ni dans les structures du raisonnement juridique ni dans les concepts utilisés par le juge. Elle est plutôt une méthode, un principe sous-tendant l'application des formes juridiques. En tant que tel, elle serait appliquée depuis longtemps dans la jurisprudence, même si, « fidèles à une autre tradition, les juges ont été mis à bout

¹³²⁸ V. CRAIG P., *Administrative Law*, *op. cit.*, p. 281 s.

¹³²⁹ V. JOWELL J. et A. LESTER, « Proportionality: Neither Novel nor Dangerous », *op. cit.*

¹³³⁰ JOWELL J. et A. LESTER, « Beyond Wednesbury », *op. cit.*, p. 862-863. Les auteurs mentionnent des cas datant de 1916 comme des exemples d'application implicite du principe de proportionnalité. L'utilisation du terme « mythologie » ici est inspirée par SKINNER Q., *Visions of Politics*, Cambridge, CUP, 2002, p. 60, qui parle d'une « mythologie des doctrines ».

¹³³¹ JOWELL J. et A. LESTER, « Beyond Wednesbury », *op. cit.*, p. 864.

¹³³² LAWS J., « Is the High Court the Guardian of fundamental constitutional rights? », *op. cit.*, p. 1390, 1392 ; JOWELL J. et A. LESTER, « Proportionality: Neither Novel nor Dangerous », *op. cit.*, p. 68-69.

pour déguiser le principe dans la langue du pragmatisme¹³³³. » Tout en étant anti-formaliste, la proportionnalité serait également anti-pragmatiste.

Il semble qu'en tant que principe provenant des systèmes continentaux, la proportionnalité a apporté une nouvelle façon de faire et de connaître le droit, un nouveau « *legal formant* » dans le système anglais. Dans les écrits de ses promoteurs le droit est présenté comme un système de connaissance cohérent qui, fondé sur des principes rationnels, transcende le langage utilisé dans la pratique. Ces auteurs ont vu dans la proportionnalité un vecteur de rationalisation, une théorie qui pourrait reconstruire les « *bits and pieces*¹³³⁴ » du *common law* dans un tout cohérent et compréhensif. Sa reconnaissance explicite dans le *judicial review* était censée accroître la cohérence et l'intégrité de ce domaine. Pour la première fois, la « lutte pour la simplicité » des juristes locaux apporterait des fruits¹³³⁵. La fonction de rationalisation attachée à la proportionnalité a persisté dans ses usages postérieurs. Ainsi, le rejet catégorique de la proportionnalité en tant que chef de *judicial review* jusqu'aux années deux mille n'a pas empêché les juristes locaux d'interpréter certains types de raisonnement juridictionnel comme des applications tacites du principe.

4. L'application de la proportionnalité « en tous points, sans la nommer¹³³⁶ »

L'émergence de l'« *anxious scrutiny* ». Les appels de la doctrine en faveur de la modernisation et à la rationalisation du droit public trouvent leur expression en jurisprudence. À la fin des années quatre-vingt, l'idée que plus les valeurs en cause sont importantes dans l'affaire portée devant le juge, plus le contrôle exercé par celui-ci doit être intense, devient dominante. Cette idée s'est concrétisée dans le concept d'« examen soucieux [*anxious scrutiny*] », introduit dans *Bugdaycay*, concernant l'expulsion d'un réfugié Ougandais vers le Kenya. Selon une jurisprudence jusque-là constante, l'extradition vers un pays signataire de la Convention de Genève était présumée conforme à cette Convention. Pour autant, M. Bugdaycay fournissait des éléments démontrant qu'en cas d'expulsion, les autorités kényanes le renverraient en Ouganda, où il faisait l'objet des poursuites et encourrait le risque de mort. Ainsi, les *Lords* ont suivi un autre raisonnement. Selon Lord Bridge :

« Le plus fondamental de tous les droits de l'homme est le droit de l'individu à la vie et, quand la décision administrative contestée peut mettre en danger la vie du requérant, la justification de la décision doit être soumise à un examen très soucieux [du juge¹³³⁷]. »

Après un examen détaillé des faits de l'espèce, Lord Bridge a conclu que l'expulsion du requérant vers le Kenya constituait une violation de la Convention de Genève.

¹³³³ JOWELL J. et A. LESTER, « Proportionality: Neither Novel nor Dangerous », *op. cit.*, p. 59-60.

¹³³⁴ SCARMAN L., « The Development of Administrative Law: Obstacles and Opportunities », *op. cit.*, p. 491.

¹³³⁵ KIRBY M., « Struggle for Simplicity: Lord Cooke and Fundamental Rights », *Commonwealth Law Bulletin*, 1998, vol. 24, p. 496.

¹³³⁶ HUNT M., *Using Human Rights Law in English Courts*, *op. cit.*, p. 216 ; KAVANAGH A., *Constitutional Review under the UK Human Rights Act*, *op. cit.*, p. 268 ; CRAIG P., *Administrative Law*, *op. cit.*, p. 624 s.

¹³³⁷ *Bugdaycay c. Secretary of State for the Home Department* [1986] UKHL 3 (HL, 19 février 1986), p. 12.

L'introduction du concept d'« *anxious scrutiny* » marque un départ significatif du formalisme analytique qui irrigue le *common law* : elle implique que l'utilisation d'une forme juridique particulière ne conduit plus invariablement à un raisonnement identique du juge. Le contrôle en application d'un chef particulier peut être plus ou moins « soucieux », selon les droits fondamentaux en cause.

Ce changement a été remarqué par la doctrine, qui l'a poussé encore plus loin. En effet, pendant cette décennie, des affaires où le standard d'*unreasonableness* n'a pas revêtu le sens extrême que Lord Greene lui avait attribué sont redécouvertes et décrites comme des applications « relatives » du standard de *Wednesbury* [« *relative Wednesbury*¹³³⁸ »]. Inversement, des affaires où l'application du standard d'*unreasonableness* est très réservée sont décrites comme des applications d'un standard de « *super-Wednesbury*¹³³⁹ ». À la fin des années quatre-vingt-dix, l'irrationalité représente un « standard d'application variable », selon l'importance des valeurs en cause¹³⁴⁰. Dans sa décision *Begbie* de 1999, Justice Laws a déclaré que le standard de *Wednesbury unreasonableness* constitue une « échelle graduée de contrôle [*sliding scale of review*] ». Suivant les termes utilisés par le juge :

« La justice et le raisonnable (et leurs opposés) sont des concepts objectifs ; il n'y aurait pas de droit public autrement ou, s'il y en avait un, il s'agirait d'une justice du palmier [*palm tree justice*]. Mais chacun [de ces concepts] est un spectre, pas un point simple, et ils se recouvrent mutuellement. Il est aujourd'hui bien établi que le principe annoncé dans la décision *Wednesbury* lui-même implique une échelle graduée de contrôle, qui est plus ou moins minutieux selon la nature et le caractère sérieux des enjeux [de l'affaire¹³⁴¹]. »

L'établissement d'une cohérence entre les différents chefs de contrôle [*heads of review*]. La référence à des valeurs sous-tendant l'application des formes juridiques a rendu récurrente l'idée d'une certaine unité entre les différents chefs de contrôle appliqués par les juges. Notamment, les lignes claires de la séparation entre la proportionnalité et le standard de contrôle matériel du *common law* sont progressivement effacées. De plus en plus, le but du contrôle de l'action publique, que ce soit dans le cadre du *judicial review* ou dans d'autres contextes, est présenté comme unique : il s'agirait d'éliminer les abus, d'imposer une exigence de raisonnable et les principes de bonne administration à l'action publique. Cette idée imprègne notamment les opinions et les écrits de Justice Laws pendant les années quatre-vingt-dix. Dans l'affaire *First City Trading*, par exemple, il compare le principe

¹³³⁸ CRAIG P., « Unreasonableness and Proportionality in UK Law », *op. cit.*, p. 96.

¹³³⁹ Un exemple typique de ce type de contrôle est l'affaire *Hammersmith : R c. Secretary of State for the Environment, ex parte London Borough of Hammersmith and Fulham* [1991] 1 AC 521 (HL, 4 octobre 1990).

¹³⁴⁰ *Chesterfield Properties Plc c. Secretary of State for the Environment* [1998] 76 P. & C.R. 117 (HC, Queen's Bench Division, 24 juillet 1997), p. 130.

¹³⁴¹ *R c. The Department of Education and Employment, ex parte Begbie* [2000] 1 W.L.R. 1115 (CA, Civil Division, 20 août 1999), para. 78. Probablement liée à une allégorie biblique, l'expression « *palm tree justice* » désigne une approche pragmatique à la justice qui souvent repose sur des décisions purement discrétionnaires du juge, fondées sur sa perception de ce qui est juste ou équitable.

communautaire de proportionnalité au standard de *Wednesbury*. Il remarque que si *Wednesbury* exige que l'autorité contrôlée fasse un choix raisonnable dans la limite de ses pouvoirs, la proportionnalité exige une justification détaillée des décisions publiques, fondée sur des éléments de fait¹³⁴². Cela étant, Justice Laws insiste sur le fait que la proportionnalité ne conduit pas le juge à substituer sa propre opinion lors de la mise en balance des intérêts en cause à celle de l'administration. Il conclut que :

« *Wednesbury* et le contrôle européen sont des modèles différents – l'un plus lâche, l'autre plus serré – du même concept juridique, à savoir, du fait d'imposer des standards obligatoires aux décideurs publics, afin d'assurer l'élimination de tout pouvoir arbitraire.¹³⁴³ »

Il a été évoqué précédemment que la recherche d'une cohérence entre les différents chefs de contrôle appliqués par les juges anglais a abouti à la diffusion du langage de la proportionnalité, au détriment de sa clarté et de son autonomie conceptuelle. D'ailleurs, le standard de *Wednesbury* a souvent été reformulé pour faire écho à la jurisprudence strasbourgeoise en matière de proportionnalité¹³⁴⁴. La proportionnalité a cessé d'être un « parasite » juridique pour se mêler avec les concepts indigènes. Progressivement, l'application variable des chefs de contrôle juridictionnel est elle-même perçue comme une manifestation d'un principe sous-jacent d'équité ou de proportionnalité. À partir de la fin des années quatre-vingt-dix, les commentateurs de la jurisprudence décrivent l'application des standards traditionnels du *judicial review* pour exercer un contrôle intrusif de l'action publique comme une application de la proportionnalité « en tous points, sans la nommer [*in all but name*¹³⁴⁵] ».

Cette idée se retrouve également dans certaines décisions de justice. Dans son opinion sur l'affaire *McQuillan*, par exemple, Justice Sedley cite en approbation les écrits de John Laws proposant la réception des principes de la CEDH au moyen de la méthode incrémentale du *common law*¹³⁴⁶. Justice Sedley défend que, malgré le rejet de la proportionnalité par la Chambre des Lords dans l'affaire *Brind*, le contrôle des décisions des autorités publiques doit varier selon le caractère fondamental ou non du droit auquel ces décisions portent atteinte. Suivant les termes utilisés par le juge :

« le standard de justification des atteintes portées par les décisions de l'exécutif aux droits et aux libertés doit varier en proportion de l'importance du droit en cause. En effet, une telle approche est déjà

¹³⁴² R. c. *Ministry of Agriculture, Fisheries and Food and another, ex parte First City Trading* [1997] 1 C.M.L.R. 250 (HC, Queen's Bench Division, 29 novembre 1996), para. 69.

¹³⁴³ *Ibid.* *Contra*, R. c. *Secretary of State for the Home Department, ex parte Arthur H Cox Ltd*, [1999] EuLR 677 (HC, Queen's Bench Division, 14 décembre 1998), où, malgré la large marge d'appréciation accordée à l'autorité contrôlée, la proportionnalité a été distinguée de l'irrationalité (V. notamment Section I, para. 1 de la décision).

¹³⁴⁴ V. *supra*, Partie I, chapitre 2.1.4.

¹³⁴⁵ HUNT M., *Using Human Rights Law in English Courts, op. cit.*, p. 216 ; KAVANAGH A., *Constitutional Review under the UK Human Rights Act, op. cit.*, p. 268 ; CRAIG P., *Administrative Law, op. cit.*, p. 624 s.

¹³⁴⁶ R. c. *Secretary of State for the Home Department, ex parte McQuillan* [1995] 4 All ER 400 (HC, Queen's Bench, 9 septembre 1994). Le juge cite LAWS J., « Is the High Court the Guardian of fundamental constitutional rights? », *op. cit.*

imposée par l'affaire *Ex p. Bugdaycay* en matière d'une valeur prédominante du *common law* – le droit à la vie – qui, en l'occurrence, est reflétée dans la Convention. Je ne m'arrête pas maintenant pour examiner si cela est en soi une application de la doctrine de la proportionnalité ; si c'est le cas, la Chambre des Lords a déjà depuis longtemps envisagé son arrivée avec équanimité¹³⁴⁷. »

Dans l'opinion de Justice Sedley donc la proportionnalité correspond à une exigence de justification imposée par le juge aux restrictions des droits. Son application varierait selon l'importance du droit en cause.

La perception de l'application variable des standards du *judicial review* comme une manifestation du principe européen de proportionnalité n'est pas surprenante quand on pense que cette application signale la réalisation des changements les plus importants attendus de l'adoption de la proportionnalité elle-même. Faisant écho à des valeurs sous-jacentes au contrôle du juge, l'« *anxious scrutiny* » établit une certaine cohérence parmi les standards et chefs de contrôle fragmentés du *common law* et marque ainsi une étape importante dans le processus de modernisation du droit public anglais. D'ailleurs, la prise en compte des droits par les juges exprime un changement dans leur propre perception de leur rôle : d'arbitres impartiaux ils deviennent des garants de l'équité et de la justice. Comme dans le contexte français, le rejet officiel de la proportionnalité n'a pas empêché la réalisation des avancées que les juristes locaux attendaient de son application. *Plus c'est la même chose, plus ça change.*

L'affaire *Smith & Grady*. Il n'en reste pas moins que la Cour EDH n'a pas été convaincue que le contrôle « soucieux » des juridictions internes en présence des droits fondamentaux soit suffisant pour aligner la jurisprudence interne aux préceptes de la Convention. En effet, une différence importante persistait entre le contrôle de proportionnalité interne et européen. Cela est devenu apparent dans la célèbre affaire *Smith*¹³⁴⁸, concernant la révocation de deux militaires de l'armée en raison de leur homosexualité. Mme Smith et M. Grady ont contesté les décisions en cause comme irrationnelles, arguant qu'elles portaient une atteinte disproportionnée à leur droit de mener une vie privée et familiale normale. La politique d'exclure les homosexuels des forces armées britanniques s'appliquait à toutes les personnes ayant admis leur orientation homosexuelle, sans tenir compte de leur situation particulière, de leur comportement, de leur caractère ou des conséquences de leur exclusion de l'armée sur leur vie. Le Parlement avait souvent été conduit à reconsidérer cette pratique, sans pour autant l'amender. La règle était justifiée par le besoin de préserver le moral et l'efficacité des services militaires. Le gouvernement arguait que sa décision n'était pas prise sur la base d'un rejet de l'homosexualité en termes moraux mais d'une évaluation des conséquences pratiques de la présence d'homosexuels dans l'armée.

¹³⁴⁷ *McQuillan*, précité.

¹³⁴⁸ *R. c. Admiralty Board of the Defence Council, ex parte Lustig-Prean* ; *R. c. Admiralty Board of the Defence Council, ex parte Beckett* ; *R. c. Secretary of State for Defence, ex parte Smith* ; *R. c. Ministry of Defence, ex parte Grady* [1996] Q.B. 517 (CA, Civil Division, 3 novembre 1995).

L'affaire est arrivée devant la Cour d'appel, où David Pannick, représentant les requérants, a invité les juges à exercer un contrôle plus intense que le standard de *Wednesbury unreasonableness* en raison de l'importance du droit en cause. Le gouvernement, au contraire, a invoqué une application souple du standard de *Wednesbury*, puisque l'affaire était liée à la sécurité nationale, un domaine dans lequel traditionnellement les décisions de l'exécutif jouissent d'une immunité juridictionnelle. La cour a refusé de déroger à l'application du standard de *Wednesbury*, tout en précisant que ce standard ne devait pas être appliqué mécaniquement :

« [D]ans les cas d'une décision administrative qui affecte les droits de l'homme, la cour exigera une justification plus importante de manière proportionnée à la gravité de l'ingérence dans les droits en cause, avant d'être convaincue que cette décision rentre dans la gamme des réponses disponibles à un décideur raisonnable ; en appliquant le test d'irrationalité, qui est suffisamment flexible pour couvrir toutes les situations, la cour se montrera plus attentive lorsque la décision est interne au service, guidée par des considérations politiques ou justifiée par les exigences de sécurité¹³⁴⁹ ».

Suivant ce raisonnement, la Cour d'appel a unanimement rejeté les arguments des requérants, bien que deux des trois juges composant la juridiction aient exprimé des doutes sérieux concernant la compatibilité des règles en cause à la CEDH. Dans son opinion, Lord Justice Simon Brown a même fait part de son « hésitation et regret » de statuer comme il l'a fait et a incité le gouvernement à réexaminer le sujet à la lumière de l'évolution de la société¹³⁵⁰. Pour autant, la CEDH ne faisant pas partie du droit interne, les juges anglais « n'[avaient] pas le pouvoir d'examiner si la politique [du gouvernement] répond[ait] à un besoin social impérieux ni s'il [pouvait] être démontré que la restriction des droits fondamentaux en cause était proportionnée à ses avantages¹³⁵¹. » La responsabilité constitutionnelle sur ces sujets appartenait à l'exécutif. L'allégation du gouvernement quant à l'existence de risques pratiques pour la sécurité nationale n'étant pas irrationnelle dans le sens de *Wednesbury*, les juges ne pouvaient pas substituer leur opinion à celle des autorités contrôlées.

La persistance de la différence entre le contrôle interne et le contrôle européen. Avec l'émergence de l'« *anxious scrutiny* » il était question de savoir si le contrôle exercé par les juridictions anglaises était suffisant pour répondre aux exigences de l'article 13 de la Convention, concernant le droit à un recours effectif. À cet égard, dans l'affaire *Smith*, les juges ont cité la décision *Vihvarajah*, dans laquelle la Cour EDH avait admis que le contrôle interne satisfaisait aux exigences de la Convention¹³⁵². Pour autant, dans cette affaire, il s'agissait de l'article 3 de la

¹³⁴⁹ *Ibid.*, p. 517.

¹³⁵⁰ *Ibid.*, p. 541.

¹³⁵¹ *Ibid.*

¹³⁵² Cour EDH, *Vihvarajah c. RU*, 30 octobre 1991, n° 13163/87, 13164/87, 13165/87, 13447/87 et 13448/87 [1991] 14 E.H.R.R. 248, 291, 292. V. la prise en compte de cette affaire dans *Smith*, précitée, p. 555-556. Lord Justice

Convention (interdisant le traitement inhumain et dégradant), dont l'application n'enclenche pas un test de proportionnalité ni la mise en balance des intérêts concurrents. Dans l'affaire *Smith & Grady*, la Cour de Strasbourg a décidé autrement. Selon les termes utilisés dans la décision :

« le seuil à partir duquel la *High Court* et la Cour d'appel auraient pu tenir la politique du ministère de la Défense pour irrationnelle était si élevé qu'il excluait en pratique toute considération par les tribunaux internes de la question de savoir si l'ingérence dans les droits des requérants répondait à un besoin social impérieux ou était proportionnée aux buts poursuivis – sécurité nationale et ordre public –, principes qui sont au cœur de l'analyse par la Cour des griefs tirés de l'article 8 de la Convention¹³⁵³. »

La Cour EDH a donc considéré que la différence séparant les tests d'irrationalité et de proportionnalité était une différence de nature et non de degré. Contrairement aux juges anglais dans le cadre du *judicial review*, dans certaines circonstances, le juge européen pouvait substituer sa propre appréciation sur l'intérêt public justifiant les mesures ou sur leur caractère proportionné à celle des autorités contrôlées¹³⁵⁴.

La différence entre le contrôle européen et le contrôle interne peut être saisie au moyen de la distinction faite par Tom Hickman entre standards de légalité et standards de contrôle. Selon cet auteur, alors que les standards de légalité s'imposent à l'exercice du pouvoir de l'administration et concernent les effets de l'action administrative, les standards de contrôle s'imposent à l'exercice du pouvoir du juge et conditionnent la légitimité de son intervention pour censurer une décision publique¹³⁵⁵. Le standard d'« *anxious scrutiny* », comme la proportionnalité telle qu'interprétée par les juristes anglais à l'époque, font partie des standards de contrôle. En effet, imposant un examen « soucieux » ou « proportionné », ces standards conditionnent l'exercice par le juge de son propre pouvoir et non les effets de l'acte contrôlé. Dans le cadre de l'« *anxious scrutiny* », le juge ne peut pas évaluer la mise en balance des intérêts concurrents par le décideur initial, ni substituer sa propre opinion concernant l'importance de l'intérêt public en cause à celle de l'administration. Il se borne à s'assurer que le décideur initial a pris en compte le droit individuel en cause et qu'il a en effet procédé à une mise en balance des intérêts concurrents.

Plutôt qu'une exigence de justification objective donc, la proportionnalité est une exigence de motivation. Dans ce contexte, son application est proche de la façon dont les juges grecs appliquent le principe en droit administratif : il s'agit d'une

Simon Brown n'était pas d'accord avec ses collègues sur ce point. V. son opinion, p. 542 : "I for my part strongly suspect that so far as this country's international obligations are concerned, the days of this policy are numbered."

¹³⁵³ V. Cour EDH, *Smith & Grady c. RU*, 27 septembre 1999, n° 33985/96 et 33986/96 [2000] 29 EHRR 493, para. 138.

¹³⁵⁴ V. aussi ELLIOTT M., « The Human Rights Act 1998 and the Standard of Substantive Review », *op. cit.*

¹³⁵⁵ L'auteur reconnaît que les deux catégories de standards peuvent se recouper. V. HICKMAN T., *Public Law after the Human Rights Act*, *op. cit.*, p. 99 s.

exigence générale d'équité qui se concrétise dans des règles concernant la procédure administrative et la motivation des actes administratifs¹³⁵⁶. En contraste, dans certains cas de la jurisprudence de la Cour EDH, la proportionnalité fonctionne comme un standard de légalité puisqu'elle impose au juge de substituer son opinion en ce qui concerne la justification des ingérences dans les droits à celle du décideur initial.

De cette façon, la différence entre le contrôle de Strasbourg et l'« *anxious scrutiny* » révèle un conflit normatif plus profond entre l'ordre juridique anglais et européen, qui a persisté jusqu'à l'incorporation de la Convention en droit anglais. Bien que les droits fondamentaux soient communément acceptés dans le *common law* comme des valeurs importantes et bien qu'ils soient pris en compte en tant que telles par le juge, avant la mise en vigueur du *HRA*, ils restent des considérations extra-juridiques d'ordre politique ou moral. C'est peut-être pourquoi, dans leur application, les juges n'ont pas toujours senti le besoin d'invoquer un texte juridique ou un précédent particulier¹³⁵⁷. La définition et la protection des droits incombent principalement aux autorités élues. Dans le raisonnement juridictionnel, les droits fondamentaux ont toujours un rôle d'« arrière-plan » de l'application des concepts ou des standards juridiques. Il s'agit des « considérations pertinentes¹³⁵⁸ » qui ne concernent pas les effets des décisions publiques. Ainsi, tout contrôle juridictionnel sur les *merits* est exclu, peu importe la valeur des droits en cause ou la gravité des atteintes portées à ces droits par les autorités contrôlées. Dans l'ordre juridique de la Convention, au contraire, les droits fondamentaux jouissent d'un contenu juridique concret qui, dans certains cas, permet au juge de s'immiscer dans l'évaluation des *merits* de l'action publique. Le champ protecteur des droits a en effet joué un rôle important dans l'affaire *Smith & Grady*, où était en jeu « un aspect des plus intimes de la vie privée », ce qui a conduit la Cour EDH à exiger « des raisons particulièrement graves » pour justifier la restriction contestée¹³⁵⁹. Après un examen objectif des raisons invoquées par le gouvernement pour justifier les mesures, les juges de Strasbourg y ont substitué leur propre opinion concernant l'importance de l'intérêt public en cause¹³⁶⁰.

La neutralisation de la fonction de la proportionnalité en tant que principe optimisateur des droits fondamentaux. La perception de l'« *anxious scrutiny* » comme une manifestation du principe de proportionnalité révèle que l'enjeu principal de l'utilisation de la proportionnalité en droit public anglais n'a pas été l'optimisation des droits fondamentaux. Il est significatif à cet égard que les droits de l'homme ou les droits fondamentaux ne sont guère mentionnés dans la longue analyse du principe de proportionnalité incluse dans le manuel de Stanley Alexander

¹³⁵⁶ Nous faisons référence ici à la version anglaise de la thèse, Part I, Chapter 3.

¹³⁵⁷ V. *Bugdaycay*, par exemple, précité.

¹³⁵⁸ V. HUNT M., *Using Human Rights Law in English Courts*, *op. cit.*, p. 221 s.

¹³⁵⁹ V. Cour EDH, *Smith & Grady c. RU*, précitée, para. 90.

¹³⁶⁰ *Ibid.*, para. 97.

De Smith datant de 1995¹³⁶¹. Contrairement à ce que professent les adeptes de la théorie alexyenne, ni l'« *anxious scrutiny* » ni la proportionnalité, telle qu'elle est interprétée à cette époque par les juristes locaux, ne concernent les impacts des décisions publiques sur ces droits. La neutralisation de la fonction optimisatrice de la proportionnalité est apparente dans les écrits des défenseurs les plus fervents du principe. Dans leurs analyses, la connexion de la proportionnalité à des tests factuels, comme le contrôle de nécessité ou la pondération, est seulement contingente. La proportionnalité parfois correspond seulement à une extension des exigences procédurales d'équité s'imposant traditionnellement à l'administration¹³⁶².

Loin d'imposer la protection optimale des droits fondamentaux dans les circonstances de chaque affaire, avant l'adoption du *HRA* la proportionnalité concerne principalement l'état d'esprit des décideurs initiaux. Perçue et promue comme une exigence de motivation des décisions publiques, elle est liée à un devoir plus général émergeant à l'époque en droit public anglais : le devoir de l'administration de motiver ses actes¹³⁶³. Ainsi, pour Patrick Birkinshaw, la différence principale entre la proportionnalité et l'irrationalité est que la première permet l'investigation en fait des motifs de l'action administrative, sans présumer leur légalité à moins qu'ils ne soient absurdes¹³⁶⁴. Dans le même sens, John Laws remarque qu' :

« Il n'y a pas du tout de place pour [l'application de la proportionnalité] dans les cas concernant l'établissement des faits ; mais si on doit exercer un type de contrôle dans lequel les droits fondamentaux jouissent d'une protection juridictionnelle spéciale, [cela] implique d'insister sur le fait que le décideur n'est pas libre de fixer ses priorités comme il le choisit et qu'il n'est pas seulement contraint par un devoir vulgaire de ne pas se comporter comme des bêtes brutes, dépourvues d'intellect¹³⁶⁵ ».

La promotion de la proportionnalité comme transplant n'a pas tant à voir avec le respect des obligations internationales du Royaume-Uni non plus. En effet, il n'est pas rare que des cas où le contrôle interne a été critiqué par Strasbourg, notamment l'affaire *Smith*, soient perçus comme des applications du principe. D'ailleurs, parmi les défenseurs les plus ardents de la proportionnalité, Lord Diplock est connu pour son opposition à l'incorporation de la CEDH en droit interne¹³⁶⁶. De même, dans son article « *Is the High Court the Protector of Fundamental Human Rights* », Sir John Laws a argué contre l'incorporation de la Convention. Selon lui :

¹³⁶¹ Dans cette analyse, la mise en balance n'est pas perçue comme un raisonnement de pesée de droits individuels contre l'intérêt public, mais comme un rapport entre moyen et fin. V. SMITH S.A.D., H. WOOLF, J. JOWELL, et A. LE SUEUR, *Judicial Review of Administrative Action*, *op. cit.*

¹³⁶² V. JOWELL J. et A. LESTER, « Proportionality: Neither Novel nor Dangerous », *op. cit.*, p. 59 s.

¹³⁶³ V. CRAIG P., *Administrative Law*, *op. cit.*, p. 221-2 et 304-5.

¹³⁶⁴ BIRKINSHAW P., *European Public Law*, London, Butterworths, 2003, p. 333.

¹³⁶⁵ LAWS J., « Is the High Court the Guardian of fundamental constitutional rights? », *op. cit.*, p. 1392.

¹³⁶⁶ HICKMAN T., *Public Law after the Human Rights Act*, *op. cit.*, p. 14.

« nous pouvons prendre en compte la CEDH (comme d'ailleurs d'autres textes internationaux) sans avoir pour autant à l'incorporer ; nous devons appliquer des standards de contrôle différenciés selon le sujet et, pour ce faire, développer l'outil de proportionnalité, pas la matraque de *Wednesbury* ; une fonction [de cet outil] est de reconnaître que les décideurs dont les décisions affectent les droits fondamentaux doivent nécessairement bien justifier leurs actes [...]. Je crois, en fin de compte, que [c'est] une façon modeste de procéder qui n'implique pas un changement juridique radical ; d'ailleurs, l'évolution du *common law* a toujours été une marée haute, pas une tempête ni un ouragan ; et c'est mieux ainsi ; la marée ne laisse pas un état de destruction quand elle baisse¹³⁶⁷. »

L'assimilation conceptuelle de la proportionnalité à l'« *anxious scrutiny* » indique que ce que les juristes locaux attendent de son application est avant tout un système cohérent de contrôle juridictionnel de l'administration, la construction d'un droit public anglais basé sur un socle de valeurs fondamentales. De ce point de vue, la proportionnalité et « *anxious scrutiny* » sont en effet similaires. Dans les années qui ont suivi, le Parlement a participé activement à la construction du droit public interne. Des sujets d'importance constitutionnelle, tels que la *devolution* ou la protection des droits de l'homme, ont été codifiés dans des lois. Après avoir longuement occupé les juristes¹³⁶⁸, le mouvement de réforme constitutionnelle a abouti à l'adoption du *Constitutional Reform Act (CRA)* en 2005¹³⁶⁹. Dans une analyse influente, Vernon Bogdanor parle d'une constitution britannique « nouvelle », construite « au coup par coup¹³⁷⁰ ». Aujourd'hui il est difficile d'affirmer que le droit anglais ne dispose pas de constitution écrite. L'adoption du *HRA* et la reconnaissance explicite de la proportionnalité font partie de cette évolution culturelle plus large, qui leur attribue leur sens local. En effet, la fonction attachée à la proportionnalité par les juristes anglais est différente de celles que Robert Alexy ou la Cour EDH ont attachées au principe. Comprendre le sens local de la proportionnalité nous permet de saisir l'évolution de son usage dans ce contexte.

5. La réussite de la transplantation de la proportionnalité

La naissance du mythe dans la pensée juridique anglaise. L'adoption du *HRA* faisait partie du programme politique du parti travailliste et a introduit dans le *common law* un catalogue de ces droits précisément qui sont si chers aux constitutionnalistes étrangers. Comme Martin Loughlin l'a remarqué, « une chose semble certaine : contrairement aux arguments de Dicey, la constitution est maintenant la source plutôt que la conséquence de nos droits¹³⁷¹. »

¹³⁶⁷ LAWS J., « Is the High Court the Guardian of fundamental constitutional rights? », *op. cit.*, p. 1395-1396.

¹³⁶⁸ BEATSON J. (dir.), *Constitutional Reform in the United Kingdom: Practice and Principles*, Oxford, Hart, 1998.

¹³⁶⁹ V. sur ce point LOUGHLIN M., *The British constitution*, *op. cit.*, p. 112 s.

¹³⁷⁰ BOGDANOR V., *The New British Constitution*, Oxford, Hart, 2009, p. 5.

¹³⁷¹ LOUGHLIN M., *The British constitution*, *op. cit.*, p. 104.

La mise en vigueur du *HRA* a enlevé les obstacles à l'application de la proportionnalité en tant que principe optimisateur des droits fondamentaux. D'une exigence de motivation, la proportionnalité est devenue un standard de légalité. Elle ne concerne plus l'intervention du juge dans un domaine *a priori* laissé à l'appréciation des autorités élues ; il s'agit désormais d'une exigence de protection des droits fondamentaux adressée à toutes les autorités publiques. Elle invite le juge à « évaluer la mise en balance » à laquelle a procédé le décideur initial et « dirige l'attention vers le poids relatif accordé aux intérêts et considérations » en cause dans chaque affaire¹³⁷². Ainsi, elle implique un contrôle des *merits* de l'action publique. Conformément aux préceptes de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg et aux attentes de la doctrine, les juges se sont transformés, d'arbitres impartiaux en garants des droits fondamentaux. L'adoption de la proportionnalité, comme d'ailleurs de l'ensemble du *HRA*, semble apporter une idéalisation du pouvoir judiciaire : le juge est désormais considéré comme l'institution la plus adaptée pour assurer la protection des droits fondamentaux contre la volonté des majorités parlementaires et des autorités administratives¹³⁷³. C'est lui qui est constitutionnellement compétent pour apprécier la proportionnalité de tout acte public, même quand il s'agit des actes du Parlement¹³⁷⁴.

Les effets de l'action publique sur les droits fondamentaux sont désormais placés au cœur du raisonnement juridictionnel. La mise en balance représente aujourd'hui une forme de raisonnement juridique et est explicitement annoncée comme la quatrième étape de l'analyse de proportionnalité. Contrairement à l'insistance traditionnelle sur l'autorité et l'autonomie du droit, la proportionnalité implique un contrôle conséquentialiste des solutions juridiques. Tout semble dépendre du contexte de chaque affaire et l'appareil procédural du *judicial review* s'adapte aux nouvelles exigences d'établissement des preuves¹³⁷⁵. Si les juristes anglais restent réticents concernant le caractère objectif des évaluations factuelles et évitent l'utilisation de termes « optimistes », comme l'harmonie ou l'optimisation, la plupart des auteurs semble croire que le cadre analytique de la proportionnalité accroît la transparence du raisonnement juridictionnel et améliore les résultats de l'enquête judiciaire. La terminologie scientifique utilisée dans les écrits pertinents confère une aura d'objectivité au raisonnement de proportionnalité : la référence aux coûts et aux bénéfices « marginaux » ou « relatifs » des solutions juridiques est récurrente¹³⁷⁶. Quelques usages plus récents du langage de la proportionnalité acquièrent un ton

¹³⁷² R. c. *Secretary of State for the Home Department, ex parte Daly* [2001] UKHL 26 (HL, 23 mai 2001), para. 27, *per* Lord Steyn.

¹³⁷³ KAVANAGH A., *Constitutional Review under the UK Human Rights Act*, *op. cit.*, p. 338 s. ; LAWS J., « Law and Democracy », *op. cit.*

¹³⁷⁴ V. R. c. *Headteacher and Governors of Denbigh High School, ex parte Begum* [2006] UKHL 15 (HL, 22 mars 2006), *per* Lord Bingham. CRAIG P., *Administrative Law*, *op. cit.* para. 18-040 s.

¹³⁷⁵ TAGGART M., « Reinventing Administrative Law », *op. cit.*, p. 325 s. V. *supra*, Partie I, chapitre 2.2.3.

¹³⁷⁶ V., par exemple, *Lambert*, précitée, *per* Lord Steyn. Le juge procède à une comparaison des mérites de la disposition choisie à celles des solutions alternatives moins restrictives pour les libertés. V. aussi HICKMAN T., *Public Law after the Human Rights Act*, *op. cit.*, p. 190 s.

d'exactitude mathématique qui les rapproche de l'utilisation de la proportionnalité par les juristes français¹³⁷⁷.

Proportionnalité et rationalisation. Selon les termes utilisés par le président de la Cour suprême au moment de son adoption, le *HRA* a fait entrer le droit public anglais dans l'« âge des lumières¹³⁷⁸ ». Sous l'impulsion des valeurs et principes de la Convention, le raisonnement juridique devient rationaliste et se rapproche des méthodes et des doctrines continentales. Dans le champ d'application du *HRA*, les sources officielles du droit cessent d'être déterminantes. En exigeant l'identification des buts publics, la proportionnalité oblige les juges anglais à abandonner l'interprétation traditionnellement exégétique de la loi pour chercher la volonté présumée du Parlement. Le texte de la loi est progressivement perçu comme un « canevas » sur lequel sont projetées des valeurs constitutionnelles¹³⁷⁹. Selon la section 3 du *HRA* : « Dans la mesure du possible, la législation primaire et dérivée doit être interprétée et appliquée de façon à ce qu'elle soit compatible aux droits de la Convention. » La technique de *statutory presumption*, similaire aux réserves d'interprétation des systèmes continentaux, est donc institutionnalisée comme un outil majeur pour la protection juridictionnelle des droits fondamentaux. Le potentiel rationalisant de cette disposition est évident dans l'affaire *Ghaidan c. Mendoza*. Selon Lord Nicholls, quand les juges cherchent une interprétation compatible avec la Convention, ils ne doivent pas accorder trop de poids au texte de la loi. Le faire reviendrait à « rendre l'application de la section 3 une espèce de loterie sémantique¹³⁸⁰. »

Désormais, ce sont les principes et non le formalisme analytique et le pragmatisme qui assurent la cohérence du droit. Les précédents du *judicial review* cessent d'être une « masse désordonnée des cas singuliers¹³⁸¹ » pour devenir des exemples de l'intensité variable du contrôle de proportionnalité. En tant que tels, ils sont articulés autour d'une idée qui ressemble de plus en plus au concept continental de pouvoir discrétionnaire de l'administration. La section 6(2) du *HRA* introduit un concept proche de la de compétence liée qu'on trouve dans les systèmes de *civil law*, puisqu'elle exclut le contrôle de légalité des actes administratifs pris en application de la loi, quand l'autorité contrôlée n'aurait pas pu agir autrement¹³⁸². Le pouvoir

¹³⁷⁷ *V. R c. Lord Chancellor, ex parte UNISON* [2017] UKSC 51 (SC, 26 juillet 2017) et *R c. Legal Services Board, ex parte Lumsdon & others* [2015] UKSC 41 (SC, 24 juin 2015) : dans ces affaires, le raisonnement de proportionnalité est principalement composé de calculs mathématiques et d'une analyse des éléments statistiques. V. aussi NEUBERGER D., « Proportionate costs », *The Law Society. Fifteenth Lecture*, 29 mai 2012.

¹³⁷⁸ NEUBERGER D., « The role of judges in human rights jurisprudence: a comparison of the Australian and UK experience », *op. cit.* n° 5.

¹³⁷⁹ ELLIOTT M., « A tangled constitutional web: the black-spider memos and the British constitution's relational architecture », *PL*, 2015, p. 549 ; HAIN M., « Guardians of the Constitution – the Constitutional Implications of a Substantive Rule of Law », *U.K. Const. L. Blog*, 12 septembre 2017, accessible sur <https://ukconstitutionallaw.org/>.

¹³⁸⁰ *Ghaidan c. Mendoza* [2004] 3 W.L.R. 113 (HL, 21 juin 2004), para. 30.

¹³⁸¹ BELL J., « The Expansion of Judicial review over Discretionary Powers in France », *op. cit.*, p. 119.

¹³⁸² V. Partie I, chapitre 1.1, Introduction ainsi que chapitre 1.2.1 (concernant le système français), chapitre 3.1.3 (concernant le système grec).

discrétionnaire des autorités publiques dans l'application de la loi a été discuté en détail dans l'affaire *Sinclair Collis*¹³⁸³.

L'existence d'un pouvoir discrétionnaire de l'administration n'affecte pas seulement l'étendue du contrôle du juge mais aussi son intensité. Dans ce contexte, la flexibilité de l'analyse de proportionnalité est un atout, comme le montre l'affaire *Miss Behavin*¹³⁸⁴. Cette affaire concernait la compatibilité du refus d'une autorité locale d'autoriser l'ouverture d'un sex-shop à l'article 10 de la Convention. Comme l'a remarqué Lord Hoffmann, en matière de protection des mœurs, les autorités locales jouissent d'un « large pouvoir de jugement¹³⁸⁵. » Ainsi, la cour a accordé un poids important à la mise en balance effectuée par le décideur initial et s'est bornée à examiner s'il était loisible à l'autorité locale de conclure que les mesures contrôlées étaient proportionnées. Dans les termes utilisés par Lord Hoffmann, « si l'autorité locale exerce son pouvoir de manière rationnelle et conformément aux buts de la loi, il faudrait des circonstances très exceptionnelles pour que [sa décision] constitue une restriction disproportionnée des droits de la Convention¹³⁸⁶. » En d'autres termes, dans le domaine du pouvoir discrétionnaire de l'administration, le contrôle du juge porte sur l'état d'esprit du décideur initial, tout en restant objectif et orienté sur les faits. Il se rapproche donc de l'application de l'erreur manifeste française et grecque. Dans ce contexte, la proportionnalité cesse d'être synonyme d'un contrôle intense du juge pour englober également des cas de contrôle minimum¹³⁸⁷.

Selon une jurisprudence constante, les juges accordent plus de poids à la décision contrôlée quand l'autorité compétente a explicitement pris en compte les droits de la Convention et a mis en balance les droits et intérêts en cause¹³⁸⁸. Cela renforce l'effet pédagogique de la proportionnalité, qui ressemble de plus en plus à une théorie juridique continentale. Les juges se réfèrent souvent aux écrits académiques dans son application¹³⁸⁹. Ses défenseurs partagent « une croyance évangélique au potentiel rationalisant du principe en droit public¹³⁹⁰. » En raison de son caractère abstrait et indéterminé, la proportionnalité est perçue comme un principe de justice qui sous-tend toute forme de contrôle juridictionnel. En même temps, elle est définie comme un « vaisseau vide », une structure, capable d'offrir un cadre argumentatif pour tout type de raisonnement juridique¹³⁹¹. Son contenu n'est plus fragmenté : que ce soit dans le contexte des droits fondamentaux, des libertés économiques européennes ou (plus rarement) du droit administratif anglais, la

¹³⁸³ *R. c. Secretary of State for Health, ex parte Sinclair Collis Ltd* [2012] QB 394 (CA, Civil Division, 17 juin 2011).

¹³⁸⁴ *Belfast City Council c. Miss Behavin' Ltd* [2007] 1 W.L.R. 1420 (HL, 25 avril 2007).

¹³⁸⁵ *Ibid.*, para. 16.

¹³⁸⁶ *Ibid.*, para. 16.

¹³⁸⁷ *V. R. c. Secretary of State for Health, ex parte Eastside Cheese Company (a firm)* [1999] 3 C.M.L.R. 123 (CA, Civil Division, 1 juillet 1999), not. para. 41-49, *per* Lord Bingham; *Sinclair Collis*, précitée, not. para. 126-134, *per* Lord Justice Arden.

¹³⁸⁸ *Ibid.*, para. 37, *per* Baroness Hale.

¹³⁸⁹ *V. Lumdson*, précitée, para. 23 ; *Kennedy c. The Charity Commission* [2014] UKSC 20 (SC, 26 mars 2014), para. 54 ; *Pham c. Secretary of State for the Home Department* [2015] UKSC 19 (SC, 25 mars 2015), para. 60 ; *Keyu and others c. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs and another* [2015] UKSC 69 (SC, 25 novembre 2015), para. 303.

¹³⁹⁰ HICKMAN T., *Public Law after the Human Rights Act*, *op. cit.*, p. 270.

¹³⁹¹ *Ibid.*, p. 267.

proportionnalité est perçue comme une méthode de contrôle unitaire, à application variable¹³⁹².

Le pragmatisme qui imprègne le *common law* est rationalisé ; il se transforme en une approche contextuelle du raisonnement juridique qui le rapproche du réalisme des juges français. Les juristes locaux parlent du « charme de caméléon¹³⁹³ » de la proportionnalité, qui peut « à la fois exprimer le changement et la continuité dans le même souffle¹³⁹⁴. » Comme en témoigne de façon caractéristique le *dictum* de Lord Justice Laws dans l'affaire *Sinclair Collis* :

« Si la proportionnalité trouve son inspiration dans les systèmes de *civil law*, l'alliance [qu'elle opère] entre principe constant (les standards) et application variable (la marge d'appréciation) est particulièrement caractéristique de la méthode du *common law*. La rationalisation et le pragmatisme sont conciliés par de telles alliances et le droit est plus efficace en conséquence¹³⁹⁵. »

La proportionnalité envahit le *common law* par la porte du pragmatisme qui a pendant longtemps empêché son adoption. En effet, il est connu que les juristes du *common law* préfèrent traditionnellement les tests aux principes et à la déduction. La proportionnalité est bien adaptée à l'« esthétique de grille » qui imprègne la pensée juridique dans ce contexte¹³⁹⁶. Son utilisation dans les opinions personnelles des juges anglais est caractérisée d'une clarté analytique impossible à trouver dans les décisions de justice françaises.

La dynamique envahissante de la proportionnalité. La proportionnalité devient un mode de raisonnement hégémonique qui tend à absorber les modes traditionnels. Depuis l'adoption du *HRA*, des universitaires et des praticiens ont poussé à l'abandon du standard de *Wednesbury* et à l'adoption de la proportionnalité comme un chef de contrôle général en droit public anglais. L'histoire est bien connue¹³⁹⁷ : dans l'affaire *Daly*, Lord Cooke a prévu qu'« un jour arrivera où il sera plus largement reconnu que [...] *Wednesbury* [...] était une décision malheureusement rétrograde en droit administratif anglais¹³⁹⁸. » Dans l'affaire *ABCIFER*, Lord Justice Dyson a reconnu la force des arguments de David Pannick poussant à l'abandon du *Wednesbury* et à l'application de la proportionnalité dans le cadre du *common law*. Le

¹³⁹² V., par exemple, la perception unitaire de la proportionnalité dans CRAIG P., *Administrative Law*, *op. cit.*, para 19-008 s. V. aussi R. c. *Office of Communications, ex parte ICO Satellite Ltd* [2011] EWCA Civ 1121 (CA, Civil Division, 11 octobre 2011), où les juges appliquent la proportionnalité en dehors du champ du *HRA*, tout en citant la jurisprudence relative à cet Acte. V., toutefois, *Lumsdon*, précitée, not. para. 23-82.

¹³⁹³ LEIGH I., « Taking rights proportionately : judicial review, the Human Rights Act and Strasbourg », *PL*, 2002, p. 279.

¹³⁹⁴ ALLISON J., *The English Historical Constitution*, *op. cit.*, p. 232.

¹³⁹⁵ *Sinclair Collis*, précitée, para. 82.

¹³⁹⁶ SCHLAG P., « The Aesthetics of American Law », *Harvard Law Review*, 2002, vol. 115, n° 4, p. 1051 ; cité par BOMHOFF J., *Balancing Constitutional Rights*, *op. cit.*, p. 176.

¹³⁹⁷ CRAIG P., *Administrative Law*, *op. cit.*, para. 19-009 s. KAVANAGH A., *Constitutional Review under the UK Human Rights Act*, *op. cit.*, p. 253 s.

¹³⁹⁸ *Daly*, précitée, para. 32.

juge a admis qu'il lui était difficile de comprendre ce qui justifiait le maintien du *Wednesbury*. Toutefois, il a considéré qu'il n'était pas approprié pour la Cour d'appel de « l'enterrer¹³⁹⁹ ». L'affaire *Nadarajah* concerne le critère appliqué en matière d'attentes légitimes matérielles. Lord Justice Laws observe que « l'abus de droit est [...] un terme utile, car il saisit la force morale du *rule of law*. [...] Mais, concrètement, il ne nous renseigne en rien sur ce qui est légal ou non¹⁴⁰⁰. » Selon lui, en présence des attentes qui sont *prima facie* légitimes, la proportionnalité est le critère correct pour évaluer la légalité de l'action publique¹⁴⁰¹. Dans *Walker*, le même juge affirme que les juges internes « sont de plus en plus habitués à formuler le contentieux concernant le contenu des décisions publiques en termes de proportionnalité, et non seulement dans le contexte des droits européens et des droits de l'homme¹⁴⁰². » La promotion de la proportionnalité en tant que principe général du droit public anglais est aussi récurrente dans les écrits extra-juridictionnels¹⁴⁰³.

Encore une fois, la dynamique envahissante de la proportionnalité vient au prix de sa clarté conceptuelle. Ses promoteurs la perçoivent comme un type de contrôle qui n'introduit pas de changement radical par rapport aux concepts traditionnels, notamment le standard de *Wednesbury unreasonableness*. Ainsi, ils contestent souvent la distinction conceptuelle entre la proportionnalité et l'irrationalité établie dans la décision *Daly*. Selon eux, la différence entre les deux standards est une différence « de degré plutôt que de nature¹⁴⁰⁴. » Dans l'affaire *Alconbury*, par exemple, Lord Slynn insiste sur le fait que « d'essayer de garder le principe de l'affaire *Wednesbury* et la proportionnalité dans des compartiments séparés est inutile et prête à confusion¹⁴⁰⁵. » De même, dans une analyse souvent citée dans les opinions juridictionnelles, Paul Craig affirme que :

« Tant le contrôle de *reasonableness* que la proportionnalité impliquent la prise en compte des considérations de poids et d'équilibre, l'intensité du contrôle et le poids qui doit être accordé à l'opinion du décideur initial dépendant du contexte. L'avantage de la terminologie de la proportionnalité est qu'elle introduit un élément de structure dans cet exercice, en dirigeant l'attention à des facteurs comme l'adaptation ou

¹³⁹⁹ R. c. *Secretary of State for Defence, ex parte Association of British Civilian Internees: Far East Region* [2003] Q.B. 1397 (CA, Civil Division, 3 avril 2003), para. 34-5.

¹⁴⁰⁰ *Nadarajah, Abdi c. The Secretary of State for the Home Department* [2005] EWCA Civ 1363 (CA, Civil Division, 22 novembre 2005), para. 67.

¹⁴⁰¹ *Ibid.*, para. 68.

¹⁴⁰² R. c. *The Parole Board for England and Wales, ex parte Wells*; R. c. *The Secretary of State for the Home Department, ex parte Walker* [2007] EWHC 1835 (HC, Queen's Bench Division, 31 juillet 2007), para. 38.

¹⁴⁰³ KAVANAGH A., *Constitutional Review under the UK Human Rights Act*, op. cit., p. 253 s. ; CRAIG P., *Administrative Law*, op. cit., para. 19-026 s. HUNT M., « Against Bifurcation », D. DYZENHAUS, M. HUNT et G. HUSCROFT (dir.), *A simple common lawyer: essays in honour of Michael Taggart*, Oxford ; Portland, Or, Hart, 2009, p. 108.

¹⁴⁰⁴ ELLIOTT M., « The Human Rights Act 1998 and the Standard of Substantive Review », op. cit., p. 308.

¹⁴⁰⁵ R. c. *Secretary of State for the Environment, Transport and the Regions, ex parte Alconbury Developments Ltd and others* [2001] UKHL 23 (HL, 9 mai 2001), p. 55.

l'adéquation, la nécessité et l'équilibre ou le déséquilibre des avantages et des inconvénients¹⁴⁰⁶. »

Le choix entre les chefs d'irrationalité et de proportionnalité est de plus en plus perçu comme une question purement terminologique et formelle, alors que la méthode de contrôle serait la même. Pour les défenseurs les plus fervents de la constitution juridique, le *HRA* n'impose aucun changement par rapport aux méthodes traditionnelles du *common law* et les affaires *Brind* et *Smith* sont simplement de mauvaises applications du test de proportionnalité¹⁴⁰⁷. Cette opinion s'établit progressivement comme dominante en jurisprudence. Selon Lord Phillips dans l'affaire *Q* :

« En matière de contrôle juridictionnel de l'administration en Angleterre et au Pays de Galle, le *common law* n'est pas resté figé ces dernières années. À partir de la réception de la liste d'erreurs justiciables exposée par Lord Diplock dans l'affaire *CCSU* [1985] AC 374, les cours ont développé (comme Lord Diplock l'avait anticipé) une échelle d'intervention en fonction du problème en cause qui leur permet d'accomplir leur mission constitutionnelle dans un système politique et social de plus en plus complexe. Elles continuent d'abstenir d'un contrôle des *merits* – [qui impliquerait] en effet de décider à nouveau sur les faits – mais, dans les cas où cela est adapté, elles examinent désormais de manière très attentive le processus d'établissement des preuves et la logique des conclusions qui y sont tirées¹⁴⁰⁸. »

Continuité ou changement ? Comme il a été remarqué par nombreux auteurs, l'assimilation de la proportionnalité au standard de *Wednesbury* compromet l'intensité et la rigueur du contrôle qu'elle implique¹⁴⁰⁹. À cet égard, il est souvent relevé que, même dans les cas où l'examen du juge est très « soucieux », l'application du standard de *Wednesbury* ne mène pas le juge à une évaluation de l'équilibre obtenu par le décideur initial. Au contraire, une telle évaluation fait partie de la quatrième étape du test de proportionnalité. De plus, la proportionnalité implique un raisonnement structuré et un déplacement de la charge de la preuve et de l'argumentation en faveur

¹⁴⁰⁶ CRAIG P., « The Nature of Reasonableness Review », *Current Legal Problems*, 2013, vol. 66, n° 1, p. 131-167. V. *Kennedy*, précitée, para. 54, *per* Lord Mance. V. aussi *Pham*, précitée, para. 60. Dans le même sens, V. KAVANAGH A., *Constitutional Review under the UK Human Rights Act*, *op. cit.*, p. 243 s. Pour des évolutions récentes sur ce point, V. *infra*, Partie III, chapitre 9.3.

¹⁴⁰⁷ ALLAN T., *The Sovereignty of Law: Freedom, Constitution, and Common Law*, Oxford, OUP, 2013, p. 245 (concernant l'affaire *Smith*) ; *Ibid.*, p. 176 (concernant la section 3 du *HRA*). Il ne s'agit pas toutefois de l'opinion dominante : V. KAVANAGH A., *Constitutional Review under the UK Human Rights Act*, *op. cit.*, p. 49 s. ; CRAIG P., *Administrative Law*, *op. cit.*, p. 560.

¹⁴⁰⁸ *R c. Secretary of State for the Home Department, ex parte Q* [2004] QB 36 (CA, Civil Division, 18 mars 2003), para. 112. V. aussi *Kennedy*, précitée, para. 51 s., *per* Lord Mance.

¹⁴⁰⁹ HICKMAN T., *Public Law after the Human Rights Act*, *op. cit.*, p. 99 s. Cet auteur souhaite préserver la clarté conceptuelle de la proportionnalité. V. aussi SRIRANGAM V., « A Difference in Kind – Proportionality and *Wednesbury* », *IALS Student Law Review*, 2016, vol. 4, n° 1, p. 46-66. DALY P., « Proportionality and Rationality: the Debate Goes On ». Certains juges partagent cette opinion : V. *Keyu*, précitée, *per* Lord Kerr ; *Kennedy*, précitée, *per* Lord Carnwath.

de l'individu. De cette façon, elle conduit à un contrôle plus intense de l'action publique que le chef traditionnel d'irrationalité. Pourquoi donc les promoteurs des droits de l'homme et de la proportionnalité assimilent-ils les deux chefs de contrôle ?

Encore une fois, la réponse à cette interrogation est liée aux attentes attachées à l'utilisation de la proportionnalité en droit public anglais. Comme il a été remarqué plus haut, la promotion de la proportionnalité dans ce contexte n'était pas liée à l'optimisation des droits ni au respect des principes de la CEDH. En utilisant le langage de la proportionnalité, les juristes locaux ont essayé de rationaliser et de moderniser le droit public interne. En reconnaissant explicitement la proportionnalité et son « bagage » des droits fondamentaux, le *HRA* les a aussi confinés dans son champ d'application, les a enfermés dans la « prison diceyenne¹⁴¹⁰ ». En effet, cet Acte a préservé la distinction conceptuelle entre le standard de *Wednesbury*, appliqué en droit interne et la proportionnalité, appliquée en matière de droit européen, et tout ce que cette distinction représente : le principe de souveraineté parlementaire et le pragmatisme analytique. Au contraire, l'établissement d'une continuité entre la proportionnalité et l'irrationalité, même au détriment de la protection efficace des droits fondamentaux, accomplirait au mieux les attentes attachées à la proportionnalité par les juristes locaux : il signifierait l'aboutissement du processus de rationalisation du droit public anglais.

Ainsi, les débats concernant le « *spill-over* » de la proportionnalité en droit public interne deviennent moins énigmatiques : ils reflètent une lutte plus profonde concernant les bases de la nouvelle constitution anglaise. Sera-t-elle fondée sur le pragmatisme de l'héritage diceyen ou sur les principes sous-tendant le « paradigme rationnel » des droits fondamentaux ? Martin Loughlin parle d'un « moment singulier d'autoréflexion imaginative sur la constitution¹⁴¹¹ ». La souveraineté du Parlement – ou sa « suprématie », pour utiliser un terme qui tend à devenir dominant – semblent se plier devant la constitution juridique. Des membres influents de la doctrine publiciste anglaise nouvellement formée, parmi lesquels l'ancien président de la Cour suprême, affirment qu'un retrait éventuel du *HRA* n'entraînerait pas de changement radical dans la constitution du *common law*¹⁴¹². En effet, la rationalisation du droit public anglais déborde le champ d'application de cet acte. Cela se reflète notamment dans le Titre I du *CRA* 2005 qui reconnaît explicitement la valeur constitutionnelle du principe de *rule of law*.

Dans ce contexte, les juges n'hésitent pas à proclamer leurs pouvoirs constitutionnels nouvellement acquis. Dans l'affaire *Jackson*, Lord Hope a affirmé

¹⁴¹⁰ HUNT M., « Sovereignty's Blight: Why Contemporary Public Law Needs the Concept of "Due Deference" », *op. cit.*, p. 344.

¹⁴¹¹ LOUGHLIN M., *The British constitution*, *op. cit.*, p. 83.

¹⁴¹² ALLAN T., *The Sovereignty of Law: Freedom, Constitution, and Common Law*, *op. cit.*, p. 324 ; cité par LAKIN S., « The Sovereignty of Law: Freedom, Constitution and Common Law by Professor Trevor Allan: Some Preliminary Thoughts », *U.K. Const. L. Blog*, 4 février 2014, accessible sur <https://ukconstitutionallaw.org/> ; V. aussi NEUBERGER D., « The role of judges in human rights jurisprudence: a comparison of the Australian and UK experience », *op. cit.*

que : « le *rule of law*, réalisé par la cour, est le facteur de contrôle ultime sur laquelle la constitution est basée¹⁴¹³. » Dans la même décision, Lord Steyn a déclaré que :

« la Convention européenne des droits de l'homme, incorporée dans notre droit par le *Human Rights Act* de 1998, crée un nouvel ordre juridique. On ne devrait pas assimiler la CEDH à des traités multilatéraux traditionnels. Au contraire, elle est un ordre juridique dans lequel le Royaume-Uni assume des obligations de protection des droits fondamentaux, non vis-à-vis d'autres États, mais vis-à-vis tous les individus qui relèvent de sa compétence. L'approche classique de Dicey de la doctrine de la suprématie du Parlement comme étant pure et absolue peut aujourd'hui être vue comme déplacée dans le Royaume-Uni moderne. Il n'en reste pas moins que la suprématie du Parlement est toujours un principe général de notre constitution. Il s'agit d'une construction du *common law*. Les juges ont créé ce principe. S'il en est ainsi, il n'est pas impensable que, dans des circonstances futures, les cours devront nuancer ce principe qui a été consolidé dans un paradigme de constitutionnalisme différent¹⁴¹⁴. »

Le *HR4* et son « ordre juridique » importent un règne de la raison qui se substitue au règne du droit et à la souveraineté du Parlement. Peu nombreux sont les auteurs locaux qui croient encore dans la constitution politique¹⁴¹⁵. Comme Martin Loughlin l'a souligné avec succès : « peu importe que l'idéal du règne du droit ne soit jamais atteint, nous nous retrouvons certainement avec un règne des juristes¹⁴¹⁶. »

6. « *Vie posthume*¹⁴¹⁷ » du principe de souveraineté parlementaire : la nécessité d'un concept de déférence

« **La plaie de la souveraineté**¹⁴¹⁸ ». Malgré les évolutions décrites ci-dessus, les défenseurs de la constitution juridique regrettent le fait que le principe de souveraineté parlementaire « continue à gâcher le droit public contemporain et à empêcher son achèvement en tant que système mature régissant la légalité de l'exercice du pouvoir dans un système politique et social moderne¹⁴¹⁹. » En effet, malgré les arguments favorables de plusieurs juges et universitaires influents dans cette direction, la proportionnalité n'a jamais été consacrée en tant que principe

¹⁴¹³ R. c. *Attorney General, ex parte Jackson and others* [2006] 1 A.C. 262 (HL, 13 octobre 2005), p. 304.

¹⁴¹⁴ *Ibid.*, p. 302.

¹⁴¹⁵ V. sur ce point ALLISON J., *The English Historical Constitution*, *op. cit.*, p. 205 s. LOUGHLIN M., « Constitutional law: the third order of the political », N. BAMFORTH et P. LEYLAND (dir.), *Public Law in a Multi-Layered Constitution*, Oxford, Hart, 2003, p. 27-52 ; GEARTY C., *Civil Liberties*, Oxford ; New York, OUP, coll. « Clarendon law series », 2007.

¹⁴¹⁶ LOUGHLIN M., *The British constitution*, *op. cit.*, p. 118.

¹⁴¹⁷ Titre inspiré de BARBER N., « The afterlife of Parliamentary sovereignty », *International Journal of Constitutional Law*, 2011, vol. 9, n° 1, p. 144-154.

¹⁴¹⁸ HUNT M., « Sovereignty's Blight: Why Contemporary Public Law Needs the Concept of "Due Deference" », *op. cit.*

¹⁴¹⁹ *Ibid.*, p. 339.

général du droit anglais ; son application en dehors du champ du *HRA* est rejetée, même quand il s'agit d'affaires concernant les droits fondamentaux.

Cela s'illustre dans l'affaire *Daly*, qui est communément perçue comme la première application de la proportionnalité dans le cadre du *judicial review*. Il est intéressant de noter que, dans cette affaire, aucun juge n'a procédé explicitement à une analyse de proportionnalité. Lord Steyn s'est borné à des observations abstraites concernant le statut du principe en droit interne. En ce qui concerne la solution de l'espèce, il était « complètement d'accord avec les raisons données par Lord Bingham¹⁴²⁰. » Quant à Lord Bingham, il a insisté sur le fait qu'il était arrivé à sa conclusion « suivant une application orthodoxe des principes dérivés des précédents du *common law* et une approche orthodoxe du *judicial review*¹⁴²¹. » Après avoir établi l'atteinte portée aux droits individuels de M. Daly sur la base du *common law*, Lord Bingham a examiné si les mesures en cause pouvaient être justifiées « comme une réponse nécessaire et appropriée » au problème auquel elles étaient destinées à faire face¹⁴²². Pour ce faire, il a évalué la légitimité et l'importance des objectifs invoqués par l'administration et a même proposé des mesures alternatives permettant de poursuivre ces objectifs, tout en étant moins restrictives des droits de M. Daly¹⁴²³.

Nous pouvons dire que, dans cette affaire, la proportionnalité est en effet appliquée « en tous points, sans la nommer ». Si Lord Bingham a minutieusement évité l'utilisation du terme proportionnalité, il a toutefois remarqué que l'application de la Convention n'aurait pas entraîné une solution différente. Ce qui a conduit le juge à un contrôle intrusif de la loi était la prise en compte du principe de légalité. Ce principe impose en effet aux juges de « lire » la loi comme interdisant implicitement des ingérences excessives dans les droits individuels garantis par le *common law*.

Il n'en reste pas moins que, dans une étude culturelle du droit, l'utilisation ou non d'un nom est significative, puisqu'elle qui nous renseigne sur son sens local. En effet, l'absence d'utilisation du terme « proportionnalité » même dans les cas où la méthode utilisée par le juge est identique, montre qu'une distinction entre la proportionnalité et les standards de contrôle internes persiste. Dans sa décision *Keyu* de 2015, la Cour suprême a explicitement refusé d'« enterrer » le standard de *Wednesbury unreasonableness*. Cette affaire concerne le refus de l'exécutif de mener une enquête publique sur le meurtre de vingt-quatre personnes non armées par les Scots Guards à Batang Kali. Les proches des victimes ont contesté ce refus tant sur la base du *HRA* que sur la base des principes traditionnels du *judicial review*. Batang Kali, aujourd'hui partie du territoire malaisien, était un protectorat britannique au moment des faits en 1948. Ainsi, il était question de l'application territoriale et temporelle du

¹⁴²⁰ *Daly*, précitée, para. 24.

¹⁴²¹ *Ibid.*, para. 23. Le juge a toutefois insisté sur le fait qu'il n'en serait pas toujours ainsi. Néanmoins, nous pourrions douter de ce point après la reconnaissance jurisprudentielle d'un principe général de légalité dans le *common law*.

¹⁴²² *Daly*, para. 17.

¹⁴²³ *Ibid.*, para. 19. V., dans le même sens, *R c. Secretary of State for the Home Department, ex parte Leech* [1994] Q.B. 198 (CA, Civil Division, 19 mai 1993).

HRA. La majorité des juges de la Cour suprême était d'accord que la Convention ne s'applique pas sur les faits de l'espèce. Les requérants pour autant défendaient que la proportionnalité devait tout de même être appliquée comme un standard de contrôle interne.

Reconnaissant l'importance capitale de cette question, Lord Neuberger l'examine en détail. Néanmoins, il conclut qu'il n'est pas nécessaire d'y répondre dans l'affaire en cause, puisque les arguments des requérants ne sont pas fondés, que ce soit en application de la proportionnalité ou du standard de *Wednesbury*. Selon le juge :

« les membres compétents de l'exécutif justifient leur refus de mener une enquête en fournissant des raisons cohérentes et pertinentes, y compris l'expression d'un doute légitime sur la possibilité de connaître la vérité, et la croyance légitime que, même si les attentes contraires des requérants étaient accomplies, peu d'informations obtenues par une telle enquête seraient utiles en ce qui concerne les actions et les politiques actuelles¹⁴²⁴. »

Ainsi, Lord Neuberger a statué qu'il n'était pas nécessaire de choisir entre proportionnalité et *Wednesbury* en tant que standard de contrôle interne, puisque le résultat de l'application de ces standards était le même.

Des arguments similaires concernant l'absence de différence en pratique entre l'utilisation de la proportionnalité et du standard de *Wednesbury* deviennent de plus en plus récurrents en jurisprudence¹⁴²⁵. Si la distinction conceptuelle entre le contrôle européen et le contrôle interne persiste formellement, ses conséquences pratiques sont de plus en plus diminuées par les juges anglais. Cela permet d'éviter de traiter la question du « *spill-over* » de la proportionnalité et de préserver, du moins dans les apparences, le formalisme analytique du *common law* et la suprématie du Parlement. En ce qui concerne les fondements de la constitution anglaise, l'économie du *common law* persiste.

L'approche contextuelle du contrôle de proportionnalité. Toutefois, même sans « enterrer » le *Wednesbury*, Lord Neuberger s'est certainement éloigné d'une application orthodoxe du principe de la souveraineté du Parlement. Une comparaison entre les affaires *Keyu* et *Brind* suffit pour le mettre en évidence. Ce qui était en jeu dans les deux affaires était la diffusion de la proportionnalité dans les procédures de *judicial review*. Dans l'affaire *Brind*, la Chambre des Lords a explicitement refusé l'expansion de la proportionnalité sur la base du principe de la souveraineté parlementaire. Les choses sont différentes dans l'affaire *Keyu*, où Lord Neuberger a seulement refusé de répondre à la question concernant la portée de la proportionnalité. D'ailleurs, ce qui sous-tend ce refus du juge n'est pas le principe de la souveraineté du Parlement lui-même ; c'est plutôt le jeu des facteurs d'ordre

¹⁴²⁴ *Keyu*, précitée, para. 136.

¹⁴²⁵ Sur ce point, V. *infra*, Partie III, chapitre 9.3.

institutionnel. Selon Lord Neuberger : « il ne serait pas approprié pour une formation de cette juridiction composée de cinq juges d'accepter, ou d'ailleurs de rejeter, l'argument [des requérants sur la proportionnalité], ce qui peut avoir des conséquences profondes d'ordre constitutionnel et d'application très large¹⁴²⁶. » En d'autres termes, Lord Neuberger a considéré que, pour donner une réponse sur la portée de la proportionnalité en droit anglais, il était approprié de renvoyer l'affaire à une formation de la Cour suprême composée de neuf juges.

Ce type de raisonnement, relativement familier pour les juristes des systèmes de *civil law*, est étranger à la tradition du *common law*. En effet, les formations de jugement des juridictions ne sont devenues un sujet de discussion en Angleterre que depuis les années deux mille et les débats sur l'instauration de la Cour suprême¹⁴²⁷. Il est significatif à cet égard que l'affaire *Wednesbury* de 1947, une affaire extrêmement importante qui a régi le contrôle matériel de l'administration dans le *common law* pendant près d'un demi-siècle, a été décidée par la Cour d'appel et ce sont le plus souvent les *dicta* de Lord Greene qui sont cités comme autorité dans son application.

La prise en compte de facteurs institutionnels est en opposition avec l'image traditionnelle du juge comme un arbitre impartial, seulement soucieux des règles de procédure et de forme. Néanmoins, elle est très adaptée au nouveau rôle politique des juges dans l'application du *HRA* ; elle devient d'ailleurs récurrente dans ce contexte. Dans les premières décisions sur les droits de la Convention, l'expertise ou la légitimité de l'autorité contrôlée étaient prises en compte au moyen du concept de « marge de discrétion » ou de « zone de jugement discrétionnaire¹⁴²⁸ ». Ces métaphores spatiales ont émergé avec les premières applications de la proportionnalité et elles constituent une réaction au transfert des pouvoirs que celle-ci implique. En effet, la fonction du concept de marge de discrétion était de rétablir la suprématie de Parlement dans les cas où il est en jeu, en excluant le contrôle de proportionnalité¹⁴²⁹. Toutefois, les défenseurs de la proportionnalité ont tout de suite perçu ce concept comme un résidu du formalisme analytique *diceyen* et ils ont promu son abandon, de même que l'abandon de toute catégorie formelle conditionnant le contrôle du juge¹⁴³⁰. L'approche spatiale a été remplacée par la prise en compte du contexte dans l'application de l'analyse de proportionnalité.

La reformulation de l'exigence du caractère démocratique du processus de décision publique. Même après l'abandon du concept de marge de discrétion, l'idée qui se trouvait derrière le principe de la souveraineté du Parlement ne disparaît pas complètement. La quête du caractère démocratique du processus de décision publique que ce principe incarne est simplement reformulée dans des termes

¹⁴²⁶ *Keyu*, para. 132.

¹⁴²⁷ Sur ce point, V. « Selecting the Panel and the Size of the Court [updated] ».

¹⁴²⁸ V. *Kebele*, précitée, p. 380, *per* Lord Hope.

¹⁴²⁹ HUNT M., « Sovereignty's Blight: Why Contemporary Public Law Needs the Concept of "Due Deference" », *op. cit.*, p. 344 s.

¹⁴³⁰ KAVANAGH A., *Constitutional Review under the UK Human Rights Act*, *op. cit.*, p. 257 s. *Contra* LEIGH I., « Taking rights proportionately », *op. cit.*

rationalistes¹⁴³¹. C'est cette fonction qu'accomplit le concept de *deference*. À quelques exceptions près¹⁴³², les défenseurs de la proportionnalité considèrent qu'il y a un devoir de *deference* s'imposant aux juges dans la protection juridictionnelle des droits du *HRA*¹⁴³³. Selon Julian Rivers, la *deference* est « exigée en pratique et constitutionnellement appropriée¹⁴³⁴ ». Aileen Kavanagh parle d'un devoir de « *deference* minimale » vis-à-vis des autorités démocratiquement élues¹⁴³⁵. De même, Murray Hunt met l'accent sur la nécessité d'un concept de *deference* en droit public¹⁴³⁶. La *deference* est omniprésente car elle assure la distinction entre le processus de décision politique et le processus de décision juridictionnelle. Elle exprime l'idée que les droits fondamentaux restent, du moins en partie, un projet politique laissé au processus démocratique. Dans ce sens, Julian Rivers soutient que la protection effective des droits est un « projet commun » des juges et du Parlement¹⁴³⁷. De façon intéressante, une contribution majeure des auteurs du *common law* dans la littérature transnationale relative à la proportionnalité est le développement d'une théorie de *deference* en fonction du contexte institutionnel¹⁴³⁸.

Cette quête du caractère démocratique du processus de décision publique trouve également une expression en jurisprudence. Dans l'affaire *Begbie*, par exemple, Lord Justice Laws a déclaré que les cours ne peuvent pas imposer leur propre conception de l'intérêt public au Parlement. Pour éviter cela, il a opéré une distinction entre les cas qui mettent en cause une « politique générale, concernant le public généralement ou une partie importante de [ce public] (y compris des intérêts qui ne sont pas représentés devant la cour) » et d'autres cas, dans lesquels « l'acte ou l'omission contestée peut avoir lieu sur une scène beaucoup plus petite, avec des acteurs de loin moins nombreux¹⁴³⁹ ». Selon Lord Justice Laws, en ce qui concerne les questions de politique générale, « il se peut que les juges ne soient pas en position de porter un jugement, sauf à la limite sur la base d'une application simple du *Wednesbury*, sans se vêtir eux-mêmes du costume de décideur politique qu'ils ne peuvent pas porter¹⁴⁴⁰. » Pour Lord Justice Laws, « dans ce domaine, un vrai abus de pouvoir est moins susceptible d'être constaté », puisqu'« il peut être accepté plus facilement que des

¹⁴³¹ L'analyse sur ce point est inspirée par BALKIN J., « Nested oppositions », *Yale Law Faculty Scholarship Series*, 1990, p. 281.

¹⁴³² ALLAN T., « Human Rights and Judicial Review: A Critique of "Due Deference" », *op. cit.* ; JOWELL J., « Judicial Deference and Human Rights: A Question of Competence », *op. cit.*

¹⁴³³ RIVERS J., « Proportionality and Variable Intensity of Review », *op. cit.* ; HUNT M., « Sovereignty's Blight: Why Contemporary Public Law Needs the Concept of "Due Deference" », *op. cit.* ; KAVANAGH A., *Constitutional Review under the UK Human Rights Act*, *op. cit.*, p. 167 s. ; CRAIG P., *Administrative Law*, *op. cit.*, para. 18-033.

¹⁴³⁴ RIVERS J., « Proportionality and Variable Intensity of Review », *op. cit.*, p. 207.

¹⁴³⁵ *Constitutional Review under the UK Human Rights Act*, *op. cit.*, p. 181 s.

¹⁴³⁶ HUNT M., « Sovereignty's Blight: Why Contemporary Public Law Needs the Concept of "Due Deference" », *op. cit.*

¹⁴³⁷ RIVERS J., « Proportionality and Variable Intensity of Review », *op. cit.*, p. 207.

¹⁴³⁸ V. *supra*, Introduction de la thèse, section 2.

¹⁴³⁹ *Begbie*, précitée, p. 1130 s.

¹⁴⁴⁰ *Ibid.*

changements de politique, alimentés par des conceptions larges de l'intérêt public, priment sur les intérêts des groupes¹⁴⁴¹. »

La réticence des juges anglais à se prononcer sur des questions de politique générale n'est pas sans lien avec le fait que la dernière étape de l'analyse de proportionnalité en droit anglais est souvent le contrôle de nécessité¹⁴⁴². En effet, selon une jurisprudence constante, du moins jusqu'à récemment, le test de proportionnalité dans ce contexte ne comprend pas une mise en balance explicite des droits fondamentaux et des intérêts publics en cause dans l'affaire¹⁴⁴³. Après la délimitation du champ protecteur du droit invoqué, et donc du champ dans lequel joue le contrôle de proportionnalité, les juges définissent seulement le concept plus restreint du « minimum irréductible des droits de la Convention¹⁴⁴⁴ ». Ce concept, appliqué au cas par cas, n'implique aucune décision « sur des questions abstraites de politique générale ou ayant des effets à plusieurs niveaux¹⁴⁴⁵ ». Il ne concerne que le litige particulier porté au jugement de la cour.

La prise en compte du contexte et le pouvoir du juge dans l'affaire *Nicklinson*. La reformulation du principe démocratique dans les termes de *deference* a des implications constitutionnelles importantes. À la différence des métaphores spatiales comme celle de la marge de discrétion, la *deference* indique que l'intervention du juge cesse d'être le résultat de l'application des formes juridiques particulières pour devenir un choix, un pouvoir des juges, exercé en fonction des circonstances. Aileen Kavanagh explique que

« la *deference* n'est pas tant une question des limites juridiques sur la compétence du juge qu'une question de réserve du juge par respect et par sensibilité vis-à-vis des frontières constitutionnelles appropriées entre les différentes branches du pouvoir¹⁴⁴⁶. »

En d'autres termes, la fonction de *deference* est de remplacer les limites juridiques du *common law* par des limites institutionnelles, définies par les juges eux-mêmes. Cela a provoqué la critique de Lord Hoffmann. Selon les *dicta* célèbres de ce juge dans *ProLife Alliance*, la *deference* a une « connotation de servilité ou peut-être de concession gracieuse¹⁴⁴⁷ ».

Le concept de *deference* enlève tout obstacle à l'application de la proportionnalité, qui, d'un chef de contrôle [*head of review*], devient une méthode de raisonnement contextuel et, en tant que telle, conquiert de plus en plus de domaines de

¹⁴⁴¹ *Ibid.*

¹⁴⁴² V. *supra*, Partie I, chapitre 2.2.4.

¹⁴⁴³ RIVERS J., « Proportionality and Variable Intensity of Review », *op. cit.*

¹⁴⁴⁴ *Roth*, précitée, para. 28.

¹⁴⁴⁵ *Begbie*, p. 1131.

¹⁴⁴⁶ *Constitutional Review under the UK Human Rights Act*, *op. cit.*, p. 177.

¹⁴⁴⁷ *R v. British Broadcasting Corporation, ex parte ProLife Alliance* [2003] UKHL 23 (HL, 15 mai 2003), para. 75.

raisonnement juridique¹⁴⁴⁸. Les juges anglais procèdent à une analyse de proportionnalité même dans des cas où la Cour EDH applique un test peu structuré de « juste équilibre ». La proportionnalité est perçue comme un « outil analytique utile¹⁴⁴⁹ » ou bien comme « une méthode d'analyse établie¹⁴⁵⁰ » pour la protection juridictionnelle des droits de la Convention.

Le changement apporté par l'application contextuelle de la proportionnalité est devenu apparent dans l'affaire *Nicklinson*. M. Nicklinson, totalement paralysé après un AVC, voulait mettre fin à ses jours mais était dans l'impossibilité de le faire sans assistance. Le suicide assisté étant interdit en droit anglais, il a demandé la déclaration de la loi incompatible avec l'article 8 de la CEDH. Le président de la Cour suprême, Lord Neuberger, a considéré qu'une décision sur ce sujet exigeait la mise en balance des droits et intérêts concurrents. Selon lui, « le simple fait que des questions morales soient en cause ne veut clairement pas dire que les cours doivent s'abstenir [de décider¹⁴⁵¹] ». La mise en balance des valeurs en cause a été traitée en détail dans l'opinion de Lord Mance. Ses *dicta* méritent d'être cités :

« Si la troisième et la quatrième étape [du test de proportionnalité] peuvent soulever des problèmes qui se recoupent potentiellement, leur distinction est importante. La troisième [étape] pose la question de savoir si le but n'aurait pas pu être obtenu sans compromis important, au moyen de mesures moins restrictives. La quatrième [étape] comprend l'exercice critique de la pesée des avantages de l'obtention du but [...] contre leurs désavantages du point de vue d'autres intérêts. Cet exercice de pesée, impliquant souvent la pondération de droits et d'intérêts assez différents, est un élément qui se trouve au cœur du rôle de la cour et qui peut être décrit comme impliquant [un jugement de] proportionnalité dans le sens strict de ce mot. L'intensité [du contrôle du juge] et le poids accordé à l'appréciation du décideur initial (que ce soit le législateur ou l'exécutif) dans chaque étape, dépend du contexte, notamment de la nature de la mesure et des droits ou intérêts respectifs en cause. Les choix du décideur initial concernant le but adopté et la mesure pour l'obtenir peuvent appeler un degré de respect important. Mais, lors de la quatrième étape, d'autres intérêts peuvent entrer en jeu et la cour peut être aussi bien ou même mieux placée pour apprécier leur poids abstrait ou relatif à la lumière de tous les éléments portés devant elle¹⁴⁵². »

L'affaire *Nicklinson* bouleverse la répartition traditionnelle des pouvoirs entre le juge et le Parlement. Tant Lord Neuberger que Lord Mance se sont référés à la Cour

¹⁴⁴⁸ *V. Huang c. Secretary of State for the Home Department; Kashmiri c. Same* [2007] 2 A.C. 167 (HL, 21 mars 2007), para. 16, *per* Lord Bingham.

¹⁴⁴⁹ *R c. Secretary of State and another, ex parte MM (Lebanon) & others* [2017] UKSC 10 (SC, 22 février 2017), para. 44.

¹⁴⁵⁰ *Hesham Ali (Iraq) c. Secretary of State for the Home Department* [2016] UKSC 60 (SC, 16 novembre 2016), para. 47-50.

¹⁴⁵¹ *Nicklinson*, précitée, para. 98.

¹⁴⁵² *Ibid.*, para. 167 s, not. 169.

suprême comme à un garant des droits fondamentaux contre les abus des majorités parlementaires. Tous les deux ont considéré que les questions sensibles d'ordre politique ou moral ne doivent pas nécessairement être laissées au Parlement, parce que les juges peuvent être mieux placés pour les décider. Lord Mance est allé plus loin, au point de suggérer que, s'il n'incombe pas à la Cour suprême de décider quel régime législatif est le meilleur et d'en définir ses détails, les juges sont responsables pour déterminer le nombre des régimes praticables ou proportionnés parmi lesquels le Parlement peut choisir¹⁴⁵³. Dans les *dicta* de Lord Mance, la différence entre les fonctions du juge et du Parlement semble être une différence de degré plutôt que de nature.

Pour l'instant, l'affaire *Nicklinson* reste une affaire exceptionnelle. Depuis, le Parlement a réexaminé la loi relative au suicide assisté et a décidé de maintenir l'interdiction qui, pour la majorité des députés et des Lords, sert des buts légitimes suffisamment importants. Dans une décision récente sur ce sujet, la *High Court* a confirmé la compatibilité du droit anglais en la matière à l'article 8 de la CEDH¹⁴⁵⁴. De cette façon, les juges anglais ont évité d'entrer dans une guerre institutionnelle contre le Parlement. Il n'en reste pas moins que l'affaire *Nicklinson* illustre une rivalité croissante entre la Cour suprême et le Parlement en matière de protection des valeurs sociales. Dans ce contexte, le *common law* semble de moins en moins capable de préserver l'équilibre institutionnel qui a pendant longtemps garanti son évolution incrémentale.

En droit anglais, la proportionnalité a toujours été perçue comme un transfert provenant de l'Europe continentale. Elle a exprimé une manière de penser complètement étrangère au positivisme analytique de Dicey. Appliquée comme un principe du droit communautaire, elle a pendant longtemps « irrité » les structures traditionnelles du *common law*. Ainsi, sa portée a été strictement circonscrite : elle était en jeu seulement dans le cadre des « *gateways* » que le Parlement lui avait ouvert. Sa diffusion a été constamment rejetée comme contraire au principe le plus fondamental du droit anglais : la souveraineté parlementaire. En effet, la proportionnalité exprime une croyance dans l'objectivité des jugements politiques et moraux qui est contraire à l'économie du *common law*. Elle exprime une croyance dans une vérité qui transcende le processus de décision juridictionnelle, tout en le sacralisant ; une croyance dans le mythe du droit en tant que science et du juge en tant que scientifique consciencieux. Il n'est donc pas surprenant que la proportionnalité ait toujours été opposée à l'image traditionnelle du procès comme un jeu et à celle du juge comme un arbitre impartial. Sa diffusion a pendant longtemps trouvé un obstacle dans le formalisme et le pragmatisme qui imprègnent traditionnellement la pensée juridique anglaise.

C'est précisément en raison de cette opposition à la tradition diceyenne que la proportionnalité a été promue par certains juges et avocats, à la recherche d'une

¹⁴⁵³ *Ibid.*, para. 107.

¹⁴⁵⁴ *R. c. Secretary of State for Justice, ex parte Conway* [2017] EWHC 2447 (HC, 5 octobre 2017).

constitution qui unirait les « *bits and pieces* » du droit administratif anglais. Dans les écrits de ses défenseurs, la proportionnalité a vite cessé d'être un simple chef de contrôle [*head of review*] pour devenir une méthode ou même un principe, appliqué au moyen des concepts et des chefs de contrôle indigènes. De cette façon, la promotion de la proportionnalité a introduit une approche rationaliste du raisonnement juridique, orientée sur les valeurs et les effets du droit plutôt que sur les modes de raisonnement et les formes juridiques. La proportionnalité a réinventé les structures du *common law*. Elle a insufflé un nouveau sens à ses concepts et à ses institutions. Elle a apporté une nouvelle manière d'analyser et de connaître le droit comme un système cohérent. Dans ce contexte, les aspects normatifs du raisonnement juridique ont été affirmés et les analystes du *common law* ont assumé une fonction de faiseurs de systèmes qui les rapproche de la doctrine française.

Cette évolution a culminé avec la mise en vigueur du *HRA* et avec l'adoption de la proportionnalité en tant que chef de contrôle juridictionnel pour les droits garantis par la Convention. Toutefois, tout en institutionnalisant la proportionnalité et les droits fondamentaux, cet Acte les a par ailleurs confinés dans son champ d'application, il les a enfermés dans la « prison diceyenne ». En effet la proportionnalité n'a pas été consacrée comme principe général du droit public anglais et son application est rejetée pour le moment dans le cadre du *common law*. Cela étant, le *HRA* et le formalisme juridique traditionnel semblent incapables de freiner la rationalisation du droit anglais. Dans ce moment constitutionnel crucial, c'est l'abandon de la tradition analytique toute entière et du principe de la souveraineté du Parlement qui est en jeu. Les juristes locaux sont appelés à choisir entre la constitution politique et la constitution juridique. Alors que la proportionnalité et son « bagage » de droits fondamentaux conquièrent le *common law*, l'héritage diceyen et la confiance dans le processus démocratique qui le sous-tend refont surface dans les doctrines de la marge de discrétion et de la *deference*. L'équilibre institutionnel que le *common law* a pendant si longtemps assuré semble donner sa place au pouvoir constitutionnel des juges.

CHAPITRE 6

La quête d'« une espèce de magie compatissante »

La proportionnalité en droit grec : un transplant juridique ? Au premier abord, la diffusion de la proportionnalité en Grèce, comme en Angleterre, suit le modèle des transplants juridiques d'Alan Watson. « Réussite » semble être un terme adapté pour caractériser la trajectoire du principe en droit grec. Initialement mentionnée de manière éparse dans les écrits juridiques, la proportionnalité a été vite annoncée en tant que principe constitutionnel par le Conseil d'État et a même été explicitement consacrée dans la Constitution en 2001. Les juristes locaux la perçoivent comme un principe optimisateur des droits fondamentaux, proche de celui appliqué par la Cour de Karlsruhe. Ils la conçoivent comme une structure de raisonnement en étapes et une méthode correcte pour la protection juridictionnelle des droits. Les analyses pertinentes n'omettent jamais de souligner ses origines extra-nationales, et de se référer à la doctrine et pratique allemande. Il semble donc que la fonction que les publicistes grecs attribuent à la proportionnalité soit très proche de celle qu'elle accomplit en droit allemand et dans le modèle global. Les structures traditionnelles du droit public grec n'ont pas empêché la « marche de triomphe » de la proportionnalité dans ce contexte.

Certes, le modèle watsonien doit être adapté pour inclure l'influence d'autres systèmes, comme notamment le système français, et d'autres juridictions, comme la Cour de Justice ou la Cour EDH, sur l'usage de la proportionnalité en Grèce¹⁴⁵⁵. D'ailleurs, il faut toujours tenir compte du fait que les transplants « ne sont pas des îles » et que leur transfert implique des modes d'interaction complexes entre plusieurs éléments culturels, souvent d'inspirations différentes¹⁴⁵⁶. Il n'en reste pas moins que la proportionnalité est apparue en droit grec en tant que transplant, et que son contenu dans la pensée juridique locale est défini par référence à son application dans d'autres systèmes.

Les avantages de la métaphore du transplant juridique. L'approche d'Alan Watson offre aussi quelques pistes d'explication de ce phénomène. Les publicistes grecs sont très similaires aux élites juridiques décrites par cet auteur. Comme la doctrine française, ils exercent une influence importante sur toute forme de changement juridique. Ce qui les distingue de leurs collègues français est notamment leur intérêt pour d'autres systèmes. Ayant étudié dans d'autres pays, ils connaissent bien les développements et débats académiques étrangers, qu'ils reproduisent dans les

¹⁴⁵⁵ See for example, PREVEDOUROU E., « Η αρχή της αναλογικότητας στη νομολογία του ΔΕΚ [The principle of proportionality in the ECJ case law] », *ΕΕΕυρΔ*, 1997, p. 1, 297. V. aussi KAPSALI V., « Η αρχή της αναλογικότητας στο γαλλικό δημόσιο δίκαιο [The principle of proportionality in French public law] », *ΔΤΑΤΕΣ IV*, 2006, p. 309.

¹⁴⁵⁶ COHN M., « Legal Transplant Chronicles: The Evolution of Unreasonableness and Proportionality Review of the Administration in the United Kingdom », *American Journal of Comparative Law*, 2010, vol. 58, p. 584.

amphithéâtres, le Parlement, les opinions juridictionnelles ou les débats publics. La transplantation est la méthode de changement juridique par excellence depuis les débuts de l'État grec. En droit public, les systèmes français et allemand sont des sources privilégiées d'inspiration pour les réformateurs locaux. Cette ouverture du discours juridique grec aux influences étrangères a certainement accéléré la diffusion de la proportionnalité dans ce contexte.

La réception de la proportionnalité a été l'œuvre de certaines personnalités importantes. Petros Pararas, par exemple, professeur de droit constitutionnel et membre influent du Conseil d'État, était parmi les premiers à défendre l'application de la proportionnalité en droit public¹⁴⁵⁷. Il était membre du comité d'édition de la revue *Droits de l'Homme* (*Δικαιώματα του Ανθρώπου*), dans laquelle ont été publiées plusieurs analyses sur la proportionnalité, ainsi que le rapporteur (*εισηγητής*) de certaines décisions phares pour l'usage de la proportionnalité dans ce contexte¹⁴⁵⁸. Ayant étudié à Paris, Petros Pararas a beaucoup écrit sur le sujet des droits fondamentaux en Europe et, malgré quelques hésitations initiales, il fait partie des enthousiastes de la réforme de 2001¹⁴⁵⁹. En tant que juge, il a été membre *ad hoc* de la Cour EDH dans la décision *Tourkiki Enosi Xanthis*, célèbre pour les termes sans équivoque dans lesquels le régime juridique grec en matière de liberté d'association a été déclaré contraire au principe de proportionnalité¹⁴⁶⁰. Petros Pararas n'est qu'une parmi les personnalités importantes ayant promu l'application de la proportionnalité en droit interne, Vassilios Skouris, Evaggelos Venizelos, Stefanos Matthias, Xenophon Contiades pouvant aussi être mentionnés à cet égard.

L'image d'un group élitiste est renforcée par le fait que le discours juridique grec est relativement détaché de la réalité politique et sociale qui entoure son application. Pendant longtemps, cela était évident même dans la langue que les juristes utilisaient pour s'exprimer : la *katharevousa* (*καθαρεύουσα*, qui signifie « purifiante » en grec). La *katharevousa* est un idiome artificiel, plus proche du grec ancien que de la langue utilisée dans la vie quotidienne, censé « purifier » les us grecs des reliques orientales de l'occupation ottomane¹⁴⁶¹. L'utilisation de cette langue dans les textes officiels de l'État et dans les écrits juridiques a pendant longtemps amplifié le chiasme entre les pratiques sociales et l'image de la société que partagent les juristes et les hauts fonctionnaires. Si la *katharevousa* a cessé d'être la langue officielle en 1982, il a fallu

¹⁴⁵⁷ V. PARARAS P., « Παρατηρήσεις υπο την ΣτΕ (Ολ.) 2952/1975 [Observations on StE (Pl.) 2952/1975] », *ΤοΣ*, 1976, p. 350: « γενική συνταγματική αρχή ». Sur ce point, V. *supra*, Partie I, chapitre 3.1.1.

¹⁴⁵⁸ StE (Ass.) 2112/1984 *ΤοΣ* 1985, 63 ; StE 3682/1986 *ΘΕ ΣΤΕ* 1986, para. 292 s.

¹⁴⁵⁹ *Το κεκτημένο του ευρωπαϊκού συνταγματικού πολιτισμού [The acquis of the European constitutional civilisation]*, Athens, Αντ. Ν. Σάκκουλας, 2001 ; « Το νέο Σύνταγμα [The new Constitution] », *Το Βήμα*, 19/01/2003 ; *Συνταγματικός πολιτισμός και Δικαιώματα του Ανθρώπου [Constitutional Civilisation and Human Rights]*, Athènes ; Komotini, Αντ. Ν. Σάκκουλας, 2011 ; « Το Ευρωπαϊκό Δίκαιο των Δικαιωμάτων του Ανθρώπου [European Human Rights Law] », *ΔΤΑ*, 2012, vol. 86, p. 1131-1190.

¹⁴⁶⁰ Cour EDH, *Tourkiki Enosi Xanthis v Greece*, 27 mars 2008, no. 26698/05. Sur l'influence de l'œuvre de Petros Pararas en droit constitutionnel, V. AKRIVOPOULOU C., « Βιβλιοπαρουσίαση: Πέτρος Ι. Παραράς, Συνταγματικός πολιτισμός και δικαιώματα του ανθρώπου [Book review: Petros I. Pararas, Constitutional civilization and human rights] », *Constitutionalism.gr* blog, 29 novembre 2012, accessible sur <https://www.constitutionalism.gr/>.

¹⁴⁶¹ Sur ce point, V. DROSSOS Y., *Λογίμο ελληνικής συνταγματικής θεωρίας [Essay on Greek constitutional theory]*, Athens ; Komotini, Αντ. Ν. Σάκκουλας, 1996, p. 116- 176.

attendre encore quelques années pour son abandon dans les décisions de justice et dans les textes juridiques.

D'ailleurs, ce changement linguistique n'a pas entraîné l'appropriation du droit par la société, malgré quelques avancées réalisées à cet égard. Il est significatif que les bases de données juridiques soient peu accessibles aux profanes, puisqu'elles appartiennent à des personnes privées et sont consultables sous paiement. Qui plus est, dans le contexte de la crise de la zone euro, une grande partie des textes définissant le contenu des politiques publiques a été rédigée en anglais (c'est notamment le cas des MoUs et des accords d'emprunt associés). Les actes d'application de ces textes, quand ils sont publiés, contiennent souvent des acronymes et des termes techniques qui troubleraient même les experts en économie. Le décalage entre le droit et la société, ce que Nicos Alivizatos appelle « le malheur grec¹⁴⁶² », rend les transferts juridiques « socialement faciles¹⁴⁶³ » dans ce contexte. Cela pourrait expliquer le fait que la diffusion spectaculaire de la proportionnalité ait été détachée des circonstances socio-politiques.

L'insuffisance de la métaphore du transplant. La métaphore du transplant semble ainsi adaptée en droit grec, puisqu'elle décrit bien l'ascension de la proportionnalité et offre des pistes d'explications possibles concernant sa « réussite ». Cela étant, cette approche ne permet de saisir que partiellement l'usage de la proportionnalité en Grèce. En effet, comme nous l'avons vu dans le chapitre 3, si le contenu de la proportionnalité en tant que structure de raisonnement en étapes s'est depuis très longtemps établi comme dominant dans la pensée juridique locale, la pratique en la matière reste fragmentée et incohérente. L'application de la proportionnalité oscille entre un standard de l'erreur manifeste concernant l'exercice du pouvoir législatif et un standard exigeant de motivation s'imposant aux actes administratifs. En droit de l'UE, la proportionnalité est appliquée « par traduction » de la jurisprudence de la Cour de Justice. Le décalage entre sa conception théorique et son application pratique persiste même après la consécration constitutionnelle du principe en 2001. Si, dans les écrits académiques, la proportionnalité est une méthode optimisatrice des droits fondamentaux, dans la jurisprudence du Conseil d'État elle ressemble plus à un test d'efficacité et de rationalité de l'action publique. Ce décalage entre théorie et pratique en matière de proportionnalité est difficile à expliquer si l'on adopte une approche en termes des transplants, si ce n'est en l'attribuant à des caractéristiques socio-culturelles obscures qui « stoppent » la réflexion.

Quel est le sens de la proportionnalité en droit grec ? A-t-elle accompli les attentes que les juristes locaux ont attachées à sa réception ? Si non, pourquoi la proportionnalité reste-t-elle un principe vénéré dans ce contexte ?

¹⁴⁶² ALIVIZATOS N., *Ο αβέβαιος εκσυγχρονισμός και η θολή συνταγματική αναθεώρηση [Uncertain modernization and vague constitutional reform]*, Athens, Πόλις, 2001, p. 96: «ελληνική κακοδαιμονία».

¹⁴⁶³ WATSON A., *Legal transplants: an approach to comparative law*, 2^e éd., Athènes, Ga, University of Georgia Press, 1974, p. 95.

Le sens de la proportionnalité en droit public grec. Le but de ce chapitre est de montrer que l'enthousiasme des juristes grecs vis-à-vis de la proportionnalité, bien que réel, s'est heurté à la force des structures traditionnelles du droit public. L'application de la proportionnalité en pratique déçoit les attentes tant des juristes locaux que des adeptes de la théorie alexyenne : le paradigme rationnel des droits de l'homme n'a, en effet, jamais désenchanté les mythes qui sous-tendent le raisonnement juridique dans ce contexte. Pour interpréter l'usage local de la proportionnalité, il convient de prendre son sens de transplant juridique au sérieux. David Nelken observe que, souvent, les transferts juridiques ne s'appareillent pas à une situation sociale existante mais correspondent plutôt à la manière dont l'avenir est localement imaginé¹⁴⁶⁴. C'est notamment le cas quand les acteurs juridiques attendent de ces transferts un changement social, à savoir quand ceux-ci sont *perçus comme des transplants*. En effet, comme c'est le cas d'autres transferts en droit public grec, la proportionnalité fait partie d'une civilisation constitutionnelle importée. Son utilisation a une valeur en soi pour les juristes locaux puisqu'elle est sommée, en quelque sorte, de produire un changement non seulement juridique, mais aussi social. Ainsi, la proportionnalité dans ce contexte exprime la croyance des élites juridiques en la possibilité du droit de *transformer* la société, au moyen « d'une espèce de magie compatissante¹⁴⁶⁵ ».

Si la proportionnalité a émergé en droit grec comme transplant, elle n'a pas apporté une nouvelle perception des droits fondamentaux (**Section 1**). Sa fonction a été contrainte par les catégories et les distinctions assurant la répartition traditionnelle des compétences entre le juge et les autorités publiques dans ce contexte (**Section 2**). Le décalage entre la perception théorique de la proportionnalité et son application en pratique ne trouble pas les juristes locaux, puisqu'il fait partie du sens de la proportionnalité en tant que transplant : le long processus de transplantation de la proportionnalité représente un aussi long processus d'acculturation de la civilisation constitutionnelle européenne, finalement achevé avec la réforme constitutionnelle de 2001 (**Section 3**). Depuis cette réforme, la proportionnalité s'est établie comme une méthode hégémonique, dont le contenu est toutefois déterminé en dehors des frontières grecques (**Section 4**). La substitution de la « science » européenne de la proportionnalité aux méthodes de raisonnement traditionnelles a une valeur en soi pour les juristes locaux car elle représente l'État grec comme égal à ses partenaires européens. Il n'en reste pas moins que cette image ne correspond pas toujours au savoir local (**Section 5**).

1. Un principe protecteur sans droits fondamentaux

L'originalité de la proportionnalité. Si la proportionnalité est apparue dans le discours juridique grec pendant les années soixante-dix et a même trouvé application

¹⁴⁶⁴ NELKEN D., « Comparatists and Transferability », P. LEGRAND et R. MUNDAY (dir.), *Comparative legal studies: traditions and transitions*, Cambridge ; New York, CUP, 2003, p. 457.

¹⁴⁶⁵ NELKEN D., « Defining and Using the Concept of Legal Culture », E. ÖRÜCÜ et D. NELKEN (dir.), *Comparative law: a handbook*, Oxford ; Portland, Or, Hart, 2007, p. 118.

dans la jurisprudence du Conseil d'État, la décision 2112/1984 a apporté un changement important dans son utilisation. Les commentateurs contemporains parlent de la « naissance » de la proportionnalité en droit public¹⁴⁶⁶. Selon Vassilios Skouris, qui plus tard deviendra président de la CJUE, cette décision « a ouvert la voie » à l'introduction du principe dans le contexte grec¹⁴⁶⁷, ce qui laisse penser que les applications antérieures de celui-ci auraient été oubliées. Le « vent du changement » qu'a soufflé la proportionnalité se reflète aussi dans la nouvelle terminologie employée par le Conseil lui-même : au lieu de se référer au principe de relativité ou de proportion, comme il l'avait fait dans sa jurisprudence antérieure, il utilise le terme proportionnalité, qui n'existait pas avant les années soixante-dix, non seulement en droit public, mais en grec plus généralement – ce qui est impressionnant pour une juridiction rédigeant ses décisions en *katharevousa*. Qu'est-ce qui était donc si nouveau dans la décision 2112/1984 ?

Si le Conseil n'a pas cité les affaires « méconnues » des années soixante-dix, il s'est référé à sa jurisprudence antérieure lors de son examen de proportionnalité, et notamment à la décision 4036/1979. Ce qui est d'autant plus étonnant, puisque le vocabulaire de la proportionnalité n'avait pas été utilisé dans cette dernière décision¹⁴⁶⁸. Ce qui était pertinent, en revanche, était le rattachement de la liberté professionnelle à l'article 5, paragraphe 1, de la Constitution¹⁴⁶⁹. Depuis la mise en vigueur de la Constitution de 1975, les spécialistes du droit constitutionnel avaient été réticents à reconnaître un effet normatif à cette disposition, en raison de son caractère vague et indéterminé¹⁴⁷⁰. Dans la décision 4036/1979, le Conseil d'État procède à une définition généreuse de la liberté professionnelle, en déclarant qu'elle englobe la protection tant du choix que de l'exercice d'une profession. En ce qui concerne les professions libérales, le Conseil consacre également la liberté de choix du lieu de l'exercice de la profession.

Il n'en reste pas moins que l'article 5, paragraphe 1, de la Constitution non seulement définit extensivement les droits protégés par celui-ci mais habilite aussi le législateur à y apporter des ingérences, dans la poursuite d'autres objectifs constitutionnels, pour la protection des droits d'autrui et des bonnes mœurs. Il était donc difficile de tirer de cette disposition des contraintes précises pesant sur le

¹⁴⁶⁶ KONTOGIORGA-THEOCHAROPOULOU D., *Η αρχή της αναλογικότητας στο εσωτερικό δημόσιο δίκαιο [The principle of proportionality in domestic public law]*, Thessaloniki, Σάκκουλα, 1989, p. 9: « γενέθλιος απόφαση »; V. aussi p. 24. ORFANOUDAKIS S., *Η αρχή της αναλογικότητας στην ελληνική έννομη τάξη: από τη νομολογιακή εφαρμογή της στη συνταγματική της καθιέρωση [The principle of proportionality in the Greek legal order: from its judicial application to its constitutional consecration]*, Thessaloniki, Σάκκουλα, 2003, p. 16 s. ; 79.

¹⁴⁶⁷ SKOURIS V., « Η συνταγματική αρχή της αναλογικότητας και οι νομοθετικοί περιορισμοί της επαγγελματικής ελευθερίας [The constitutional principle of proportionality and legislative restrictions of professional freedom] », *Ελλάδα*, 1987, vol. 28, p. 773.

¹⁴⁶⁸ V. StE (Ass.) 4036/1979 *ΑΡΜ* 1980, 327.

¹⁴⁶⁹ *Ibid.* StE 630/1979 *ΤοΣ* 1980, 153. V. aussi SKOURIS V., « Η συνταγματική αρχή της αναλογικότητας και οι νομοθετικοί περιορισμοί της επαγγελματικής ελευθερίας [The constitutional principle of proportionality and legislative restrictions of professional freedom] », *op. cit.*, p. 776 s.

¹⁴⁷⁰ MANESSIS A., *Συνταγματικά Δικαιώματα [Constitutional Rights]*, Thessaloniki, Σάκκουλα, 1978, vol. A, p. 114 s. ; MANESSIS A., « Οι κύριες συνιστώσες του συστήματος θεμελιωδών δικαιωμάτων του Συντάγματος του 1975 [The main components of the fundamental rights system in the Constitution of 1975] », *Συνταγματική θεωρία και πράξη [Constitutional theory and practice]*, Athens, Σάκκουλα, 2007, vol. II, p. 529 s.

pouvoir législatif. L'affaire 4036/1979 concerne la constitutionnalité de l'interdiction aux avocats de transférer leurs droits professionnels à un autre barreau que celui de leur exercice. Le Conseil a précisé que l'article 5 impose que les restrictions à la liberté professionnelle soient « définies de manière générale et objective » et « justifiées par des raisons importantes d'intérêt général public ou social¹⁴⁷¹ ». Par ailleurs, les restrictions législatives « ne peuvent pas mener à un appauvrissement substantiel du contenu du droit constitutionnellement garanti [...], elles doivent constituer une exception au principe du libre choix » du lieu de l'exercice de la profession en cause¹⁴⁷². Le Conseil d'État a déclaré les dispositions contestées contraires à la Constitution, puisqu'elles ne respectaient pas l'exigence constitutionnelle du caractère exceptionnel des restrictions aux droits. C'est ce dernier point de son raisonnement qui a été remplacé par l'application du principe de proportionnalité dans la décision 2112/1984.

Ainsi, la proportionnalité a été liée à la reconnaissance d'un contenu normatif concret des droits garantis par la Constitution. Son application implique l'évaluation des effets de la législation du point de vue de ces droits. Dans la décision 2112/1984, après avoir examiné les impacts des mesures contestées sur la liberté professionnelle des requérants, le Conseil conclut à l'inconstitutionnalité de ces « dispositions strictes », puisqu'elles ne sont « pas dictées par des raisons d'intérêt public général¹⁴⁷³ ». Nous avons vu qu'en introduisant une évaluation des motifs de la législation sur la base des impacts de celle-ci sur les droits des requérants, l'application de la proportionnalité dans cette affaire a brouillé la distinction entre le « *si* » et le « *comment* » de la compétence des autorités publiques qui délimite traditionnellement les pouvoirs du juge¹⁴⁷⁴. Les commentateurs contemporains ont tout de suite perçu la proportionnalité comme une garantie de la substance ou de l'exercice effectif des droits individuels¹⁴⁷⁵. Sa fonction serait de garantir le caractère exceptionnel des restrictions à ces droits¹⁴⁷⁶. En ce sens, son contenu serait très proche de ce que les juristes allemands appellent un *Schranken-Schranke*, à savoir une « limitation aux limitations » des droits, phrase souvent utilisée dans la littérature grecque aussi (*περιορισμός των περιορισμών*¹⁴⁷⁷). Ce n'est donc pas l'application de la

¹⁴⁷¹ StE (Ass.) 4036/1979, précitée.

¹⁴⁷² *Ibid.*

¹⁴⁷³ StE 2112/1984, précitée. Sur ce point, V. *supra*, Partie I, chapitre 3.1.2.

¹⁴⁷⁴ V. *supra*, Partie I, chapitre 3.2.2.

¹⁴⁷⁵ GERONTAS A., « Η αρχή της αναλογικότητας στο γερμανικό δημόσιο δίκαιο [The principle of proportionality in German public law] », *ΤοΣ*, 1983, p. 20. Dans le même sens, Prodromos Dagtoglou déduit la proportionnalité de l'interprétation combinée des articles 25, paragraphe 1, et 5, paragraphe 1, de la Constitution, qui proclament l'obligation de garantir l'exercice effectif des droits constitutionnellement garantis et le droit de chacun de développer librement sa personnalité, respectivement : V. Γενικό Διοικητικό Δίκαιο [*General Administrative Law*], 4^e éd., Athens; Komotini, Αντ. Σάκκουλας, 2004, p. 135.

¹⁴⁷⁶ TSATSOS D., *Συνταγματικό Δίκαιο [Constitutional Law]*, Athens, Αντ. Ν. Σάκκουλας, 1988, vol. Γ, Θεμελιώδη Δικαιώματα [Fundamental Rights], p. 245 ; V. aussi DALAKOURAS T., *Η αρχή της αναλογικότητας και τα μέτρα δικονομικού καταναγκασμού [The principle of proportionality and coercive measures in criminal proceedings]*, Thessaloniki, Σάκκουλα, 1993, p. 24.

¹⁴⁷⁷ KONTOGIORGA-THEOCHAROPOULOU D., « Σημεία εργασίας επί της αρχής της αναλογικότητας [Elements of study on the principle of proportionality] », *Σύμμεικτα προς τιμήν Γεωργίου Μ. Παπαχατζή*, Athènes, Σάκκουλα, 1989, p. 899 ; ORFANOUDAKIS S., *Η αρχή της αναλογικότητας στην ελληνική έννομη τάξη : από τη νομολογιακή εφαρμογή της στη*

proportionnalité qui fait l'originalité de la décision 2112/1984 ni la protection juridictionnelle des droits garantis par la Constitution contre les pouvoirs du Parlement ; c'est plutôt la connexion qu'a effectuée le Conseil entre les deux.

La proportionnalité comme transplant et le tournant interprétatif de la théorie grecque. Cette connexion à la protection effective des droits garantis par la Constitution est un élément majeur de la nouvelle signification de la proportionnalité dans le contexte grec. C'est ce qui permet aux juristes locaux de parler de la « naissance » du principe, et ce qui distingue la nouvelle version de la proportionnalité du vague principe d'équité qu'elle représentait avant. Dimitra Kontogiorga observe que la décision 2112/1984 a élevé la proportionnalité au rang d'un principe juridique, alors que jusque-là il s'agissait d'un principe empirique¹⁴⁷⁸. Pour la première fois, la proportionnalité a acquis une forme et une fonction concrète en droit public. Son statut constitutionnel, déjà affirmé dans la jurisprudence des années soixante-dix, a effectivement conduit à la mise à l'écart d'une disposition législative. Sa « naissance » correspond à son émergence en tant que transplant, à savoir en tant que technique juridictionnelle destinée à servir à la protection des droits. Ainsi, avec la décision 2112/1984 la proportionnalité a aussi acquis un destinataire concret : le juge. En effet, les auteurs contemporains soulignent qu'elle implique la reconnaissance d'un pouvoir normatif important à son endroit¹⁴⁷⁹. Vassilios Voutsakis relève que la proportionnalité entraîne un changement fondamental dans la perception traditionnelle de l'activité juridictionnelle : le passage de l'interprétation à la « formation » (*διάπλαση*) du droit orientée par les fins de l'ordre juridique¹⁴⁸⁰.

La diffusion de la proportionnalité en droit public grec doit être lue dans le contexte plus général de la montée en puissance des théories interprétatives du droit. Cela se reflète notamment dans les écrits d'Antonis Manitakis, éminent professeur de droit public. Dans son livre intitulé *État de droit et contrôle juridictionnel de constitutionnalité* [*Κράτος δικαίου και δικαστικός έλεγχος της συνταγματικότητας*], il défend une approche inspirée de l'œuvre de Gustavo Zagrebelsky, qui se donne comme but de « relier le Droit à la Morale et aux valeurs sociales¹⁴⁸¹ ». Selon Antonis Manitakis, la technique juridique devrait incorporer des éléments factuels et moraux que l'orthodoxie positiviste a longtemps écartés. L'idéal de l'État de droit serait ainsi transformé : compris traditionnellement comme une notion purement formelle et procédurale, elle serait maintenant une notion permettant la garantie des droits des minorités

συνταγματική της καθιέρωση [The principle of proportionality in the Greek legal order: from its judicial application to its constitutional consecration], *op. cit.*, p. 16 s. et références citées.

¹⁴⁷⁸ KONTOGIORGA-THEOCHAROPOULOU D., « Σημεία εργασίας επί της αρχής της αναλογικότητας [Elements of study on the principle of proportionality] », *op. cit.*, p. 906. V. aussi KONTOGIORGA-THEOCHAROPOULOU D., *Η αρχή της αναλογικότητας στο εσωτερικό δημόσιο δίκαιο* [The principle of proportionality in domestic public law], *op. cit.*, p. 24.

¹⁴⁷⁹ SKOURIS V., « Η συνταγματική αρχή της αναλογικότητας και οι νομοθετικοί περιορισμοί της επαγγελματικής ελευθερίας [The constitutional principle of proportionality and legislative restrictions of professional freedom] », *op. cit.*, p. 778.

¹⁴⁸⁰ VOUTSAKIS V., « Η αρχή της αναλογικότητας: Από την ερμηνεία στη διάπλαση του δικαίου [The principle of proportionality: from legal interpretation to legal formation] », K. STAMATIS et A. MANITAKIS (dir.), *Όψεις του Κράτους Δικαίου* [Aspects of the ideal of a State ruled by Law], Thessaloniki, Σάκκουλα, 1990, p. 205.

¹⁴⁸¹ *Κράτος δικαίου και δικαστικός έλεγχος της συνταγματικότητας* [The ideal of a state ruled by law and judicial review of constitutionality], Thessaloniki, Σάκκουλα, 1994. V. Introduction, para. 2.

contre les abus de la majorité. Traditionnellement « serviteur de la loi », le juge deviendrait « garant des droits constitutionnels » et « médiateur des conflits¹⁴⁸² », une « figure centrale » de l'État constitutionnel contemporain¹⁴⁸³. La proportionnalité, exigeant la pertinence dans le sens du rapport raisonnable entre les moyens et les fins légitimes de l'action législative, établirait la Constitution comme point de référence central dans l'ordre juridique¹⁴⁸⁴. Elle entraînerait un changement de point focal dans l'activité du juge allant de l'interprétation des dispositions à la réalisation des valeurs constitutionnelles¹⁴⁸⁵.

L'absence d'une théorie des droits fondamentaux accompagnant la proportionnalité. Si la « naissance » de la proportionnalité a certainement contribué à la diffusion de la Constitution dans la vie quotidienne, elle n'a pas conduit à la systématisation des méthodes du contrôle juridictionnel sur la base d'une théorie cohérente des droits fondamentaux. Elle n'a fait qu'augmenter la « poussière des nombreux arguments constitutionnels triviaux et fragmentés¹⁴⁸⁶ ». D'ailleurs, pendant longtemps, la proportionnalité n'était que rarement utilisée comme méthode du contrôle de constitutionnalité¹⁴⁸⁷.

Dans son commentaire sur la décision 2112/1984, Vassilios Skouris mentionne que le principe de proportionnalité se traduit par l'application de la « théorie de la protection graduelle » (*Stufentheorie*), qui implique un contrôle d'intensité variable en fonction de l'aspect de la liberté atteint par la loi¹⁴⁸⁸. Dans les cas où la loi pose des restrictions à l'exercice de la liberté professionnelle, le juge contrôle simplement la cohérence entre son contenu et son but d'intérêt public. Au contraire, dans les cas où c'est le choix d'une certaine profession qui est affecté, le contrôle du juge est plus intrusif et concerne non seulement l'existence d'un intérêt public important, mais aussi la nécessité des mesures en cause. Il n'en reste pas moins que, comme Vassilios Skouris l'observe lui-même, cette théorie ne trouve pas d'expression dans la jurisprudence du Conseil d'État.

¹⁴⁸² MANITAKIS A., « Ο Δικαστής Υπηρέτης του Νόμου ή Εγγυητής των Συνταγματικών Δικαιωμάτων και Μεσολαβητής Διαφορών [The Judge, Servant of the Law or Guarantor of Constitutional Rights and Mediator in Legal Disputes] », *NoB*, 1999, vol. 47, n° 2, p. 177.

¹⁴⁸³ *Ibid.*, p. 184.

¹⁴⁸⁴ *Ibid.*, p. 186 s.

¹⁴⁸⁵ VOUTSAKIS V., « Η αρχή της αναλογικότητας: Από την ερμηνεία στη διάπλαση του δικαίου [The principle of proportionality: from legal interpretation to legal formation] », *op. cit.*; MANITAKIS A., « Πρόλογος [Preface] », K. STAMATIS et A. MANITAKIS (dir.), *Όψεις του Κράτους Δικαίου [Aspects of the ideal of a State ruled by Law]*, Thessaloniki, Σάκκουλα, 1990, p. 5- 6.

¹⁴⁸⁶ DROSSOS Y., *Δοκίμιο ελληνικής συνταγματικής θεωρίας [Essay on Greek constitutional theory]*, *op. cit.*, p. 498.

¹⁴⁸⁷ Pendant les années quatre-vingt, l'*Areios Pagos* applique le principe d'« égalité proportionnelle » (*αναλογική ισότητα*), dont le contenu selon la jurisprudence est toujours « relatif ». V. AP (Ass.) 53/1983 NOB 1983, 1370; AP (Ass.) 1104/1986 NOB 1987, 759. Toutefois, l'utilisation du langage de la proportionnalité dans l'application du principe d'égalité dans ces affaires n'est pas tant liée à la diffusion de la théorie de la proportionnalité qu'à la formulation de l'article 88, paragraphe 2, de la Constitution. En effet, selon cette disposition, « la rémunération des magistrats est en proportion de leur fonction. » V. aussi ANTONIOU T., *Η ισότητα εντός και διά του νόμου [Equality In and Through the Law]*, Athens; Komotini, Αντ. Ν. Σάκκουλας, 1998, p. 88 s.

¹⁴⁸⁸ SKOURIS V., « Η συνταγματική αρχή της αναλογικότητας και οι νομοθετικοί περιορισμοί της επαγγελματικής ελευθερίας [The constitutional principle of proportionality and legislative restrictions of professional freedom] », *op. cit.*

Prodromos Dagtoglou est un des rares auteurs qui présentent une théorie des droits individuels et sociaux pendant le dernier quart du siècle précédent. Spécialiste du droit public interne et du droit européen ayant étudié en Allemagne, il est parmi les premiers à analyser la proportionnalité en tant que principe général dans ses manuels de droit constitutionnel et de droit européen¹⁴⁸⁹. Pour lui, l'État représente une menace pour l'individu, et la réalisation de la volonté générale risque de dégénérer en une tyrannie de la majorité. Dans la théorie de Prodromos Dagtoglou, les libertés de l'individu, clairement distinguées des droits sociaux en raison de leur densité normative, sont inhérentes à la nature humaine et constituent des présupposés nécessaires pour le fonctionnement du régime démocratique¹⁴⁹⁰. La proportionnalité n'est pas centrale dans les analyses de cet auteur. Fidèle à sa conception libérale des droits, il n'attribue pas d'importance particulière à leur mise en balance contre l'intérêt public ou d'autres valeurs constitutionnelles. Au contraire, il semble croire en la possibilité de délimiter le champ protecteur des dispositions constitutionnelles proclamant ces droits de manière abstraite et objective, au moyen d'un raisonnement de dogmatique juridique classique. Ainsi, il fait référence à des limitations ou à des définitions qui seraient « inhérentes » aux droits garantis par la Constitution¹⁴⁹¹.

Le manque d'intérêt des constitutionnalistes locaux pour la structure des droits garantis par la Constitution a été déploré par Andreas Dimitropoulos, professeur de droit constitutionnel, dans son étude sur l'importation d'une autre théorie allemande, la *Drittwirkung*¹⁴⁹². Cette théorie, traduite en grec par une expression qui signifie « effet sur les tiers » (*τριτενέργεια*), implique l'opposabilité des droits dans les relations entre personnes privées¹⁴⁹³. Depuis le milieu des années quatre-vingt, la littérature dominante acceptait la validité ou, mieux, l'exactitude de cette théorie¹⁴⁹⁴. Certains auteurs sceptiques ont toutefois observé qu'elle était redondante en droit grec, puisque la référence à un effet des droits constitutionnels sur les « tiers » impliquait l'abandon d'une conception individualiste de ces droits comme des impératifs

¹⁴⁸⁹ Sur l'œuvre de cet auteur, V. DROSSOS Y., *Δοκίμιο ελληνικής συνταγματικής θεωρίας [Essay on Greek constitutional theory]*, *op. cit.*, p. 555 s.

¹⁴⁹⁰ DAGTOGLOU P., *Συνταγματικό Δίκαιο. Ατομικά Δικαιώματα [Constitutional Law. Individual Rights]*, Athènes; Komotini, Αντ. Ν. Σάκκουλας, 1991 ; DAGTOGLOU P., *Συνταγματικό Δίκαιο. Ατομικά Δικαιώματα [Constitutional Law. Individual Rights]*, 2^e éd., Athens; Komotini, Αντ. Ν. Σάκκουλας, 2005, vol. Α ; pour une perception similaire des droits constitutionnels, V. RAIKOS A., *Παραδόσεις Συνταγματικού Δικαίου. Θεμελιώδη Δικαιώματα [Constitutional Law Lessons. Fundamental Rights]*, Athènes, Σάκκουλα, 1983, vol. Β.

¹⁴⁹¹ DAGTOGLOU P., *Συνταγματικό Δίκαιο. Ατομικά Δικαιώματα [Constitutional Law. Individual Rights]*, *op. cit.*, p. 138 s.

¹⁴⁹² DIMITROPOULOS A., *Τα Αρνητικά Δικαιώματα του Ανθρώπου και η Μεταβολή της Έννομης Τάξης [Negative Human Rights and the Transformation of the Legal Order]*, Athènes; Komotini, Αντ. Ν. Σάκκουλας, 1981.

¹⁴⁹³ SIMANTIRAS K., *Γενικές αρχές αστικού δικαίου [General principles of civil law]*, 4^e éd., Athens, Αντ. Σάκκουλας, 1990, p. 204.

¹⁴⁹⁴ DAGTOGLOU P., *Συνταγματικό Δίκαιο. Ατομικά Δικαιώματα [Constitutional Law. Individual Rights]*, *op. cit.*, p. 94 s. ; DAGTOGLOU P., *Συνταγματικό Δίκαιο. Ατομικά Δικαιώματα [Constitutional Law. Individual Rights]*, *op. cit.*, p. 115 s. ; GIAKOUMIS D., « Οι αόριστες έννοιες, η διακριτική ευχέρεια του δικαστή ως αόριστη νομική έννοια, η εξειδίκευσή της και η δυνατότητα αναιρετικού ελέγχου υπό το πρίσμα της αρχής της αναλογικότητας [Indeterminate notions, judicial discretion as an indeterminate legal notion, its concretisation, and the possibility of cassation under the framework of the principle of proportionality] », *Δικ.*, 2005, vol. 36, p. 48 ; DORIS F., « Η αρχή της αναλογικότητας στο πεδίο ρύθμισης των ιδιωτικών δικαίου σχέσεων και ιδιαίτερα στο Αστικό Δίκαιο [The principle of proportionality in the field of private law relations and especially in civil law] », *Τόμος τμητικός του Συμβουλίου της Επικρατείας - 75 χρόνια*, Thessaloniki, Σάκκουλα, 2004, p. 229.

d'abstention adressés exclusivement aux autorités étatiques¹⁴⁹⁵. Or, selon ces auteurs, cette conception des droits n'a jamais été dominante en droit grec et son importation aurait été inopportune, puisque, comme le montre le retentissement de la proportionnalité, celle-ci était considérée comme dépassée même en Allemagne, son pays d'origine¹⁴⁹⁶. Cela n'a pas empêché la diffusion de la théorie de *Drittwirkung*, en parallèle de la proportionnalité. L'importation éclectique des techniques et des théories étrangères correspondant à des perceptions différentes, voire même opposées de l'État, du droit et des droits fondamentaux est très fréquente dans ce contexte.

La proportionnalité dans le « paradis » des transplants juridiques.

L'éclectisme du discours juridique grec devient moins énigmatique, si l'on songe que, dans ce contexte, les transplants sont vus comme une évolution inévitable de la science du droit¹⁴⁹⁷. Le droit comparé est un « *formant* » du savoir juridique local, il définit ce que les juristes perçoivent comme correct. La proportionnalité aussi, en tant que transplant juridique, fait partie de ce savoir. Ainsi, il n'est pas rare que les analyses pertinentes fassent référence à des « erreurs » de raisonnement, parfois même « fatales », ou à des interprétations « réussies¹⁴⁹⁸ ». La réception de la proportionnalité n'a pas été perçue comme une innovation spectaculaire, mais comme « une évolution, un mûrissement et un perfectionnement naturels et nécessaires des méthodes de contrôle classiques » du Conseil d'État¹⁴⁹⁹. En contraste avec leurs collègues français ou anglais, les publicistes grecs n'ont point objecté à son potentiel radical en ce qui concerne les distinctions traditionnelles du contrôle juridictionnel. La montée en puissance des juges que la proportionnalité implique a été perçue comme « une tendance historique irréversible de la société post-industrielle ». Partant, tout débat sur son opportunité a été rejeté comme « superflu¹⁵⁰⁰ ».

¹⁴⁹⁵ MANITAKIS A., « Η τριτενέργεια, μια περιττή για την ελληνική έννομη τάξη έννοια [Third-party effect: a superfluous notion for the Greek legal order] », *Χρον ΙΜΔΑ*, 1991, p. 289 s. ; MITSOPOULOS G., « “Τριτενέργεια” και “αναλογικότητα” ως διατάξεις του αναθεωρηθέντος Συντάγματος [“Third party effect” and “proportionality” as provisions of the amended Constitution] », *ΔΤΑ*, 2002, vol. 15, p. 641. Antonis Manassis critique aussi la vision individualiste des droits constitutionnels qui imprègne la littérature grecque. V. MANESSIS A., *Συνταγματικά Δικαιώματα [Constitutional Rights]*, *op. cit.* ; V. aussi RAIKOS A., *Παραδόσεις Συνταγματικού Δικαίου. Θεμελιώδη Δικαιώματα [Constitutional Law Lessons. Fundamental Rights]*, *op. cit.*, p. 151.

¹⁴⁹⁶ V. DIMITROPOULOS A., *Τα Αρνητικά Δικαιώματα του Ανθρώπου και η Μεταβολή της Έννομης Τάξης [Negative Human Rights and the Transformation of the Legal Order]*, *op. cit.*

¹⁴⁹⁷ V., dans le même sens, Yannis Drossos, qui se réfère aux transferts constitutionnels du XIXe siècle. DROSSOS Y., *Δοκίμιο ελληνικής συνταγματικής θεωρίας [Essay on Greek constitutional theory]*, *op. cit.*, p. 39 s.

¹⁴⁹⁸ V. notamment KASSIMATIS G., « Παρατηρήσεις στην ΣτΕ (Ολ.) 58/1977 [Observations on StE (Pl.) 58/1977] », *ΤοΣ*, 1977, p. 627- 628 ; PARARAS P., « Παρατηρήσεις υπο την ΣτΕ (Ολ.) 2952/1975 [Observations on StE (Pl.) 2952/1975] », *op. cit.*, p. 350.

¹⁴⁹⁹ KONTOGIORGA-THEOCHAROPOULOU D., « Σημεία εργασίας επί της αρχής της αναλογικότητας [Elements of study on the principle of proportionality] », *op. cit.*, p. 923.

¹⁵⁰⁰ MANITAKIS A., « Η πολυσήμαντη επιστροφή του Κράτους Δικαίου [The multifaceted return of the ideal of a State ruled by Law] », K. STAMATIS et A. MANITAKIS (dir.), *Όψεις του Κράτους Δικαίου [Aspects of the ideal of a State ruled by Law]*, Thessaloniki, Σάκουλα, 1990, p. 21.

Une fois importés, les transplants juridiques sont confinés dans le « paradis » des concepts théoriques¹⁵⁰¹. Ils forment un discours juridique alternatif et « scientifique » qui, comme la doctrine française, ne trouve pas toujours de reconnaissance explicite dans les sources officielles du droit. Cela s'illustre dans la perception locale de la proportionnalité. Nous avons vu en effet dans la première partie que, si elle a toujours été comprise comme une structure de raisonnement pour l'application juridictionnelle des droits fondamentaux, elle a rarement été appliquée comme telle en pratique. Cela ne pose pas de problème aux juristes grecs : la pratique, beaucoup plus nuancée que l'image qu'en donnent les écrits académiques, est toujours perçue comme l'application « imparfaite et déformée » de celle-là¹⁵⁰². Ainsi, à la différence du *scholarship* anglais, la théorie (ou science) juridique grecque (*νομική θεωρία, νομική επιστήμη*) a peu d'intérêt pour les structures du raisonnement juridictionnel, et ce malgré le fait que certains des auteurs importants ont aussi été membres des juridictions suprêmes. Toutefois, la théorie juridique grecque se distingue également de la doctrine française en ce qu'elle ne cherche pas forcément à offrir une systématisation cohérente de la jurisprudence interne.

Plus généralement, à la différence du paradis conceptuel décrit par Rudolf von Jhering, l'autorité du paradis théorique n'est pas tant liée à sa prétention à la cohérence qu'à sa connexion à des développements doctrinaux d'autres systèmes. Dans ce contexte, les auteurs se vouent souvent à des traductions détaillées des analyses académiques étrangères qui n'ont pas d'écho ni de pertinence dans leur propre système¹⁵⁰³. La réduction du travail académique à un processus de traduction marque la pensée publiciste depuis les débuts de l'État grec. Pavlos Kalligas, juriste et homme politique éminent du milieu du XIXe siècle, observe que les constitutionnalistes grecs « traduisaient les constitutions et les régimes [étrangers] et ensuite ne pouvaient pas comprendre pourquoi ils n'étaient point exécutés, alors qu'il n'y avait d'erreur ni d'orthographe ni de grammaire¹⁵⁰⁴ ». Cette frénésie de traduction imprègne également la littérature sur la proportionnalité. Il n'est pas rare que les analyses en la matière citent exclusivement des débats et des auteurs d'autres systèmes et emploient des termes étrangers pour désigner les concepts qu'ils utilisent¹⁵⁰⁵. Cette obsession avec les systèmes étrangers a conduit les juristes grecs à négliger les changements importants que la réception de la proportionnalité a générés dans leur propre système, et notamment le transfert de l'erreur manifeste dans le contrôle de constitutionnalité des lois.

¹⁵⁰¹ VON JHERING R., « In the Heaven for Legal Concepts: A Fantasy », *Temple Law Quarterly*, traduit par Charlotte LEVY, 1985, vol. 58, p. 799.

¹⁵⁰² *Ibid.*, p. 802.

¹⁵⁰³ Sur ce point, V. DROSSOS Y., *Δοκίμιο ελληνικής συνταγματικής θεωρίας [Essay on Greek constitutional theory]*, *op. cit.*, p. 175.

¹⁵⁰⁴ KALLIGAS P., *Η εξάντλησις των κομμάτων, ήτοι ηθικά γεγονότα της κοινωνίας μας [The effeteness of political parties, namely moral issues of our society]*, Athènes, 1842, p. 29 ; cited by DROSSOS Y., *Δοκίμιο ελληνικής συνταγματικής θεωρίας [Essay on Greek constitutional theory]*, *op. cit.*, p. 175- 176.

¹⁵⁰⁵ V., par exemple, KASSIMATIS G., « Παρατηρήσεις στην ΣτΕ (Ολ.) 58/1977 [Observations on StE (Pl.) 58/1977] », *op. cit.* ; pour une étude plus récente, V. ANTHOPOULOS C., « Όψεις της συνταγματικής δημοκρατίας στο παράδειγμα του άρθρου 25 παρ. 1 του Συντάγματος [Aspects of constitutional democracy in the example of article 25 par. 1 of the Constitution] », D. TSATSOS, E. VENIZELOS et X. CONTIADES (dir.), *Το νέο Σύνταγμα [The new Constitution]*, Athens; Komotini, Αντ. Ν. Σάκκουλας, 2001, p. 153.

2. L'infélicité de la proportionnalité : contrainte par les mythes grecs

La proportionnalité et les structures traditionnelles du contrôle juridictionnel. Nous avons vu que, quelques années après sa proclamation en tant que principe constitutionnel dans la décision 2112/1984, la décision 1149/1988 a limité la fonction de la proportionnalité à un contrôle d'erreur manifeste¹⁵⁰⁶. Cette mutation conceptuelle exprime une différence importante dans la conception des droits constitutionnels. Alors que dans la décision 2112/1984, la définition du contenu de la liberté professionnelle dépend de la proportionnalité, dans la décision 1149/1988, le champ protecteur de l'article 5 de la Constitution a été défini de manière catégorique. Le Conseil affirme que cette disposition n'est pas violée, puisqu'elle « permet des restrictions [aux libertés] dans la poursuite de l'intérêt public¹⁵⁰⁷. » Ainsi, une fois affirmé que la législation en cause poursuit l'intérêt public, l'article 5 n'est plus en cause. L'application de la proportionnalité en tant que standard de l'erreur manifeste est déconnectée de son champ protecteur.

Alors que, quatre ans auparavant, la notion d'intérêt public englobait la protection des droits et libertés constitutionnels, dans la décision 1149/1988, elle est une notion complètement distincte et même en compétition avec ceux-ci. Dans la jurisprudence postérieure, l'examen de proportionnalité ne représente plus un raisonnement sur les droits, mais s'analyse en l'application d'un standard autonome, qui joue même quand aucun droit ou liberté constitutionnel n'est invoqué par les requérants¹⁵⁰⁸. En effet, l'examen d'une loi afin de vérifier si elle excède manifestement ou non le but qui lui est fixé n'est lié le plus souvent à aucun droit ou liberté, mais à ce but lui-même. Le raisonnement dogmatique est caractéristique de la jurisprudence grecque, qui traditionnellement n'est pas caractérisée par la même « générosité » dans la définition des droits que la jurisprudence de la Cour de Karlsruhe. Des dispositions constitutionnelles abstraites, comme celles proclamant la dignité humaine, le libre développement de la personnalité ou les droits sociaux, ont été pendant longtemps privées d'effet normatif¹⁵⁰⁹. La définition du champ protecteur des droits et des libertés constitutionnels est traditionnellement une question d'interprétation et non de mise en balance de valeurs constitutionnelles.

Comme en droit anglais, la mise en balance est perçue dans ce contexte comme une méthode pour la définition des buts de politique publique. Dans la motivation des décisions de justice, la mise en balance sert à la *reconstruction* du raisonnement du Parlement et non à l'explication du raisonnement juridique. Plutôt qu'une méthode juridictionnelle, la mise en balance est un *rituel* qui conduit presque toujours à l'approbation des motifs invoqués par le Parlement. En ce sens, Prokopis

¹⁵⁰⁶ V. *supra*, Partie I, chapitre 3.2.2.

¹⁵⁰⁷ StE 1149/1988 *ToΣ* 1988, 324.

¹⁵⁰⁸ StE 268/1993 *APM* 1993, 180.

¹⁵⁰⁹ V., par exemple, la décision ES 28/1994 *ΔΕΝ* 1994, 439 (Cour des comptes). V. aussi YANNAKOPOULOS C., « Τα δικαιώματα στη νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας [Rights in the Council of State case law] », M. TSAPOGAS et D. CHRISTOPOULOS (dir.), *Τα δικαιώματα στην Ελλάδα 1953-2003 [Rights in Greece 1953-2003]*, Athènes, Καστανιώτης, 2004, p. 439 s. ; not. p. 456.

Pavlopoulos critique déjà en 1988 l'utilisation déférente de cette méthode par le Conseil d'État. Cet auteur (actuellement Président de la République) relève que la mise en balance sert à la légitimation des jugements de valeur du législateur en les présentant comme une instance de conciliation des valeurs constitutionnelles concurrentes. Selon Prokopis Pavlopoulos, cette méthode conduit donc les cours à interpréter la Constitution conformément à la loi, ce qui va à l'encontre de l'efficacité du contrôle de constitutionnalité¹⁵¹⁰.

La mise en balance n'étant guère employée en tant que méthode juridictionnelle, son utilisation suscite la méfiance des juristes locaux, au point où ceux-ci n'hésitent pas à parler d'« activisme » dès lors qu'une juridiction utilise cette technique, ce qui est d'ailleurs assez rare. C'est notamment le cas de la jurisprudence « activiste » du Conseil d'État pendant les années quatre-vingt-dix en matière d'environnement¹⁵¹¹. En faisant appel au principe de « développement durable » (*βιώσιμη ανάπτυξη*), les juges ont parfois procédé à une mise en balance entre la protection de l'environnement et d'autres valeurs constitutionnelles. À l'issue de ce raisonnement orienté sur les faits et les impacts de l'action publique, le Conseil n'a pas hésité à substituer sa propre évaluation à celle des autorités contrôlées.

Toutefois, l'utilisation de la mise en balance par le juge dans ce contexte n'a pas été combinée avec la formulation des questions afférentes dans les termes de la proportionnalité. En effet, ce n'est pas une théorie des droits fondamentaux qui a permis le contrôle intrusif du juge dans ce domaine, mais une théorie de « l'État durable », développée par les juges eux-mêmes, qui place la protection de l'environnement parmi les buts prioritaires de l'État moderne¹⁵¹². Cette théorie est très différente de la vision alexyenne du droit comme une instance de raisonnement pratique : écrite dans un ton scientifique et imprégnée d'analogies avec la biologie et les sciences exactes, elle fait écho à des approches corporatistes de l'État développées en Allemagne et en France presqu'un siècle auparavant¹⁵¹³.

La fonction conservatrice de la proportionnalité. Pendant longtemps, la proportionnalité a ainsi été privée de dynamique radicale. Jusqu'à la fin des années quatre-vingt-dix, et en dépit de son contenu théorique, la manière d'appliquer la proportionnalité en Grèce n'a pas eu d'impact sur la répartition traditionnelle des compétences en droit public. Loin d'entraîner un changement dans le rôle des juridictions, l'application de la proportionnalité a préservé le *status quo* institutionnel et exprimé le « couplage » entre le discours juridique local et son contexte politique.

¹⁵¹⁰ PAVLOPOULOS P., « Δικαστικός έλεγχος της συνταγματικότητας των νόμων ή δικαστικός έλεγχος της νομιμότητας του Συντάγματος; [Judicial review of the constitutionality of legislation or judicial review of the legality of the Constitution?] », *ΝοΒ*, 1988, vol. 36, p. 13.

¹⁵¹¹ ALIVIZATOS N., *Ο αβέβαιος εκσυγχρονισμός και η θολή συνταγματική αναθεώρηση [Uncertain modernization and vague constitutional reform]*, *op. cit.*, p. 52.

¹⁵¹² DEKLERIS M., *Ο δωδεκαδέλτος του περιβαλλοντος. Εγκόλλιο βιώσιμων αναπτύξεως [The Twelve Tables of the Environment. A Handbook of Sustainable Growth]*, Athens; Komotini, Αντ. Ν. Σάκκουλας, 1996 ; KARAMANOF M., *Βιώσιμο κράτος και δημόσια πτήση. Τα όρια των ιδιωτικοποιήσεων [Sustainable State and public property. The limits of privatization]*, Athènes, Κυριακίδης Π., 2011.

¹⁵¹³ CHAMPEIL-DESPLATS V., *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Paris, Dalloz, 2016, p. 71 s.

En effet, ce qui a pendant longtemps empêché l'utilisation de la proportionnalité comme un test protecteur des droits fondamentaux est la perception des juges de leur propre rôle et compétence, et notamment la distinction entre opportunité et légalité.

Dans la décision 1149/1988, le Conseil d'État déclare à cet égard que la question de savoir « si une mesure plus clémente serait plus opportune [...] est une question qui relève de l'opportunité de la mesure et pas de sa légalité et, en tant que telle, n'appartient pas à la compétence du juge de légalité¹⁵¹⁴ ». Ce *dictum* illustre la vision traditionnelle des droits constitutionnels qui sous-tend la jurisprudence du Conseil. La fonction de ceux-ci est de délimiter la compétence du Parlement. Une fois cette compétence affirmée, l'ampleur de l'ingérence dans les droits devient une question d'opportunité. Pendant longtemps, les dispositions constitutionnelles habilitant le Parlement à régir l'exercice des droits garantis par la Constitution, les fameuses « clauses de compétence législative », ont compromis considérablement l'efficacité du contrôle de constitutionnalité¹⁵¹⁵. La compétence étant le point focal du raisonnement juridictionnel, la proportionnalité ne concerne pas la protection optimale des droits et des libertés constitutionnelles, mais la répartition des compétences entre le juge et le Parlement. Elle n'impose pas des exigences matérielles concrètes à l'endroit du législateur, mais fonctionne comme un test de l'erreur manifeste similaire au standard de *Wednesbury unreasonableness*¹⁵¹⁶.

Il n'est donc pas surprenant que la diffusion de la proportionnalité ait frustré les attentes que les juristes grecs lui ont attachées. Elle n'a pas entraîné un changement dans le rôle du juge et, contrairement à la narration dominante dans ce contexte, elle a peu servi aux décisions « activistes » des juridictions internes¹⁵¹⁷. En matière de protection de l'environnement d'ailleurs, sa fonction conservatrice persiste depuis sa consécration constitutionnelle, car depuis 2001 le standard de disproportion manifeste a remplacé le raisonnement sur la base du principe de développement durable, qui impliquait effectivement une mise en balance des valeurs par le juge. En effet, dans ce domaine, il est rare que l'examen de proportionnalité conteste les choix politiques du gouvernement, les constituants ayant explicitement qualifié les

¹⁵¹⁴ StE 1149/1988, précitée.

¹⁵¹⁵ VRONTAKIS M., « Ο δικαστής ως κριτής σταθμίσεων, αξιών και επιλογών του νομοθέτη κατά την πρόκριση των προς θέσπιση ρυθμίσεων [The judge as a reviewer of legislative weighing, values and choices in legal norm-production] », *Constitutionalism.gr blog*, 6 juillet 2011, accessible sur <https://www.constitutionalism.gr/>, para. I.1. Plus généralement, sur l'évolution du contrôle juridictionnel de constitutionnalité en ce qui concerne la concrétisation des normes constitutionnelles, V. KAMTSIDOU I., *Η επιφύλαξη υπέρ του νόμου [The clause of legislative competence]*, Athènes, Σάκκουλα, 2001.

¹⁵¹⁶ Analyse basée sur la distinction de Tom Hickman entre standards de légalité et standards de contrôle. V. *supra*, chapitre 5.4.

¹⁵¹⁷ V., par exemple, les affaires sur le « développement durable » en matière de droit de l'environnement : StE 53/1993 ΤΝΙΛΙΣΑ www.dsanet.gr; StE (Ass.) 2537/1996 ΤΝΙΛΙΣΑ www.dsanet.gr; AP (Ass.) 13/1999 Ελλ.νη 1999, 753. Sur cette dernière affaire, V. STRATILATIS K., « Η συγκεκριμένη στάθμιση των συνταγματικών αξιών κατά τη δικαστική ερμηνεία του Συντάγματος [The in concreto balancing of constitutional values in the process of judicial interpretation of the Constitution] », *ΤοΣ*, 2001, n° 3, p. 510 s.

évaluations en matière de protection de l'environnement comme des évaluations « techniques¹⁵¹⁸ ».

La proportionnalité et les mythes de la pensée juridique grecque. La méfiance que provoque la mise en balance par le juge est liée aux mythes qui hantent le contrôle juridictionnel de l'action publique. En Grèce, comme en France, on observe la même fusion entre forme juridique et valeurs matérielles, puisque la loi est censée incorporer les choix moraux et politiques du législateur. La motivation des décisions de justice ne partage pas la transparence des décisions de la Cour de Karlsruhe et est très loin d'une instance de contestation socratique comme celle décrite par les tenants de la théorie alexyenne. Les valeurs sont exclues du raisonnement du juge. L'interprétation de la loi et de la Constitution a l'apparence d'un processus scientifique et consiste en un seul syllogisme composé de longues phrases. En ce sens, le contrôle juridictionnel de l'action publique en Grèce est imprégné d'un dogmatisme similaire à celui qu'on a observé dans le contexte français. Les juges ne remettent pas en cause les jugements de valeur incorporés dans la législation mais les affirment, comme s'il s'agissait de faits positifs¹⁵¹⁹.

L'application de la proportionnalité exprime la déférence des juges vis-à-vis des choix politiques et moraux du Parlement. En droit administratif elle correspond à un principe d'équité, dont le respect est garanti le plus souvent au moyen d'un contrôle formel portant sur la motivation des actes de l'administration. En tant que standard de l'erreur manifeste, elle fonctionne comme un « succédané objectif du contrôle de détournement de pouvoir ». Depuis 2001, malgré la diffusion du langage des droits fondamentaux en jurisprudence, la proportionnalité n'implique pas de jugements de valeur, mais se traduit par un test factuel concernant l'efficacité de l'action publique. Si, dans certains cas, elle conduit à la factualisation et à la rationalisation des buts législatifs, elle ne permet pas au juge de s'immiscer dans les choix des décideurs initiaux. Les juristes grecs, comme leurs collègues français, sont plus susceptibles d'être persuadés par les appréciations de proportionnalité lorsque celles-ci ont un ton mathématique et se réfèrent à des variables et à des probabilités, que lorsqu'elles portent sur des valeurs¹⁵²⁰.

Nous avons relevé dans le contexte français que le dogmatisme est le corollaire de la pensée mythique et exprime une certaine idéalisation des autorités publiques. Antonis Manidakis observe en ce sens que le législateur :

¹⁵¹⁸ V., toutefois, StE (Ass.) 613/2002 NoB 2002, 1972, para. 7. Cette décision a été tant commentée et critiquée. V., entre autres, GERAPETRITIS G., « Πρόσωπα και προσωπεία του ελέγχου της αναλογικότητας [Faces and guises of the proportionality review] », *ΔτΑΤΕΣ IV*, 2006, p. 272 s.

¹⁵¹⁹ V. *supra*, chapitre 4, introduction.

¹⁵²⁰ V., par exemple, ORFANOUDAKIS S., *Η αρχή της αναλογικότητας στην ελληνική έννομη τάξη : από τη νομολογιακή εφαρμογή της στη συνταγματική της καθιέρωση [The principle of proportionality in the Greek legal order: from its judicial application to its constitutional consecration]*, *op. cit.*, p. 41 note 56. L'auteur se réfère à la proportionnalité en tant qu'"emprunt de la science mathématique".

« en tant que Sujet, possède sa propre raison et sa propre volonté et ne décide pas dans sa capacité réelle de pouvoir public, mais dans une autre capacité, en tant que père ou dieu, protecteur ou tyran¹⁵²¹. »

L'idéalisation des autorités détentrices du pouvoir normatif se reflète dans la tendance à la personnification de ces autorités dans les écrits juridiques (l'Administration et le Législateur sont parmi les protagonistes de la mythologie grecque). En l'absence de commissaires du gouvernement devant le Conseil d'État, c'est l'autorité-partie dans le litige qui y représente l'intérêt général, ce qui compromet considérablement l'égalité des armes et rapproche le procès d'un rite, d'un jeu privilégié dans lequel les adversaires sont liés par « un certain type d'équilibre¹⁵²² ».

Cette tendance est encore plus flagrante en ce qui concerne le Parlement, en raison des mémoires encore vives des régimes autoritaires du passé. Comme le remarque George Gerapetritis, « souvent, en raison de l'importance évidente du système représentatif dans une démocratie, nous tendons à négliger que le Parlement est une autorité constituée¹⁵²³ ». Dans certains cas, il a suffi pour le législateur d'invoquer un « intérêt public plus général » pour justifier la dérogation aux dispositions constitutionnelles les plus précises¹⁵²⁴. Il est typique que la controverse devant le juge, qui se reflète souvent dans les opinions dissidentes publiées dans la motivation des décisions, ne concerne pas tant les valeurs sous-tendant la solution concrète adoptée, comme le modèle alexyen de proportionnalité le professe, que l'identification du but d'intérêt public de la législation. En effet, le critère majeur pour l'appréciation des solutions juridiques en Grèce est la possibilité de les présenter comme découlant de la volonté présumée du législateur¹⁵²⁵.

Proportionnalité et volontarisme. Comme son modèle français, le système grec de contrôle juridictionnel est dominé par une conception volontariste de la production normative. Les fins politiques du Parlement sont soustraites à l'examen du juge. Comme l'observe Kostas Stratilatis, « le but du législateur est considéré comme donné, comme un "but en soi" constitutionnel incontestable¹⁵²⁶. » Il est significatif à cet égard que la proportionnalité concerne les moyens de l'action publique et ne mène que rarement le juge à une remise en question des buts de la loi.

¹⁵²¹ MANITAKIS A., *Κράτος δικαίον και δικαστικός έλεγχος της συνταγματικότητας* [The ideal of a state ruled by law and judicial review of constitutionality], *op. cit.*, p. 116- 117 ; cité par YANNAKOPOULOS C., *Η επίδραση του δικαίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης στον δικαστικό έλεγχο της συνταγματικότητας των νόμων* [The Influence of EU law on Judicial Review of the Constitutionality of Legislation], Athènes; Thessaloniki, Σάκκουλα, 2013, p. 139- 140.

¹⁵²² Sur la distinction entre jeu et rituel faite par Claude Lévi-Strauss, V. *supra*, chapitre 5.1.

¹⁵²³ GERAPETRITIS G., *Σύνταγμα και Βουλή. Αυτονομία και ανέλεγκτο των εσωτερικών του σώματος* [Constitution and Parliament. Autonomy and the exemption of the interna corporis affairs from judicial review], Athènes, Νομική Βιβλιοθήκη, 2012, p. 5 ; cité par YANNAKOPOULOS C., *Η επίδραση του δικαίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης στον δικαστικό έλεγχο της συνταγματικότητας των νόμων* [The Influence of EU law on Judicial Review of the Constitutionality of Legislation], *op. cit.*, p. 137.

¹⁵²⁴ StE 400/1986 APM 1987, 430. V. DAGTOGLOU P., « Δημόσιο συμφέρον και Σύνταγμα [Public Interest and the Constitution] », *ΤοΣ*, 1986, p. 425.

¹⁵²⁵ Pour un exemple illustratif, V. AED 36/1990 Δ/ΝΗ 1993, 552 (Cour Spéciale Suprême), qui concerne le principe de proportionnalité en matière électorale.

¹⁵²⁶ STRATILATIS K., « Η συγκεκριμένη στάθμιση των συνταγματικών αξιών κατά τη δικαστική ερμηνεία του Συντάγματος [The in concreto balancing of constitutional values in the process of judicial interpretation of the Constitution] », *op. cit.*, p. 532.

La Constitution de 1975 est interprétée comme un texte « ouvert » à la réalisation de diverses idéologies politiques des majorités parlementaires¹⁵²⁷. Les juges sont déférents devant des décisions politiques importantes et, plus généralement, ils se plient devant les choix de politique publique effectués par les autorités contrôlées. Ils ne sanctionnent que la transgression par celles-ci « des extrêmes limites rationnelles » de leur pouvoir discrétionnaire¹⁵²⁸. Selon Constantin Yannakopoulos, la Constitution de 1975 fonctionne comme une « constitution des limites » en ce qui concerne l'exercice du pouvoir public. Cela implique que les valeurs qu'elle sauvegarde, parmi lesquelles les droits de l'homme, ne fonctionnent pas comme des buts constitutionnels (ni comme des exigences d'optimisation), mais comme des limites, des impératifs d'abstention¹⁵²⁹.

Cela peut s'illustrer à partir de l'affaire 4050/1990, qui concerne la décision du Parlement de liquider les compagnies faisant face à des problèmes économiques importants. La liquidation, prévue par la loi, aurait lieu sous la responsabilité d'une autorité spéciale instituée à cette fin. Une compagnie soumise à cette procédure a contesté la compatibilité des dispositions en cause à la liberté d'entreprendre. Le Conseil d'État, suivant les conclusions de son rapporteur, Petros Pararas, a procédé à une interprétation de la loi contre sa lettre : selon les juges, l'autorité spéciale devrait, avant de procéder à la liquidation de la compagnie en question, en entreprendre la gestion dans un effort de la rendre solvable. Selon le Conseil, cette « manœuvre interprétative » découlait du principe de proportionnalité entendu comme une obligation pesant sur le pouvoir législatif d'employer les moyens les moins restrictifs. Le choix de « la mesure ultime et la plus onéreuse » de liquidation avant tout effort de rendre la compagnie en cause solvable était contraire à ce principe¹⁵³⁰.

Le raisonnement du Conseil semble accorder une place centrale aux droits et libertés constitutionnels et à la proportionnalité. Toutefois, en réalité, le contrôle intrusif auquel ont procédé les juges n'a pas été le résultat d'une aspiration à la réalisation optimale des droits fondamentaux mais d'une reconstruction du but du législateur. En effet, avant de formuler son interprétation conforme à la Constitution, le Conseil a procédé à l'identification de l'objectif des mesures en question en se référant aux travaux parlementaires : selon les juges, les mesures visaient à garantir la solvabilité des entreprises privées. C'était donc cet objectif qui « devait être poursuivi de manière prioritaire par l'administration¹⁵³¹ ». L'affirmation par les juges de leur

¹⁵²⁷ DROSSOS Y., *Δοκίμιο ελληνικής συνταγματικής θεωρίας [Essay on Greek constitutional theory]*, *op. cit.*, p. 356.

¹⁵²⁸ Phrase utilisée dans la décision AP 1094/1987 *ΔJEN* 1988, 412. Sur l'attitude déférente des juges vis-à-vis des décisions de politique publique, V. KΑΙΔΑΤΖΙΣ Α., « Δικαστικός έλεγχος των μέτρων οικονομικής πολιτικής. Νομολογιακές τάσεις και προσαρμογές στο μεταβαλλόμενο οικονομικο-πολιτικό περιβάλλον [Judicial review of economic policy measures. Jurisprudential tendencies and adaptations to the changing economic-political circumstances] », *Constitutionalism.gr blog*, 10 juin 2010, accessible sur <https://www.constitutionalism.gr/>.

¹⁵²⁹ YΑΝΝΑΚΟΠΟΥΛΟΣ C., « Μεταξύ συνταγματικών σκοπών και συνταγματικών ορίων: η διαλεκτική εξέλιξη της συνταγματικής πραγματικότητας στην εθνική και στην κοινοτική έννομη τάξη [Between constitutional goals and constitutional limits: the dialectical evolution of constitutional reality in the national and the Community legal orders] », *ΕφΔΔ*, 2008, n° 5, p. 733- 752.

¹⁵³⁰ V. StE 4050-1/1990 *ΔΔΙΚΗ* 1991, 566, para. 6.

¹⁵³¹ *Ibid.*

pouvoir de s’immiscer dans la définition des buts du législateur les a conduits à l’application stricte du contrôle de proportionnalité. C’est pour cela que les commentateurs attentifs de la jurisprudence administrative ont analysé la proportionnalité comme une méthode d’interprétation téléologique¹⁵³². Comme nous le verrons, ce type de raisonnement de proportionnalité est devenu dominant en matière d’application de la CEDH pendant les années quatre-vingt-dix¹⁵³³.

Un principe protecteur sans droits fondamentaux, une arme juridictionnelle en manque de juridictions capable de s’en servir ... Le terme infélicité semble très approprié pour caractériser l’utilisation de la proportionnalité dans le contexte grec. L’infélicité n’est pas une caractéristique propre de la proportionnalité d’ailleurs, mais semble être plus généralement le sort des théories et doctrines de droit public importées de l’étranger. Comment peut-on comprendre le décalage entre le « triomphe » de la proportionnalité en théorie et son application pratique ? Pourquoi les juristes grecs vénèrent-ils toujours la proportionnalité alors que son application n’a pas accompli leurs attentes ?

3. Prendre la métaphore du transplant au sérieux : la proportionnalité et l’importation d’une civilisation constitutionnelle

Un transplant éternellement en cours. Pour comprendre l’articulation des différents usages de la proportionnalité en Grèce, il convient de prendre la signification de transplant au sérieux. En effet, l’utilisation du langage de la proportionnalité dans ce contexte est plus intelligible comme une référence à des développements doctrinaux *étrangers* qu’à la pratique juridique interne. La proportionnalité est apparue en matière d’urbanisme, d’expropriation et de droit du travail pendant les années soixante-dix parce que c’est dans ces domaines qu’elle était appliquée dans d’autres systèmes européens à l’époque. Elle a été conçue très tôt comme un principe général de rang constitutionnel parce que c’est le statut que les juristes allemands lui attribuaient. Elle a été interprétée comme un test structuré en étapes pour la mise en balance des valeurs constitutionnelles parce que c’est ainsi qu’elle était appliquée par le TCFA. Elle est vénérée comme principe protecteur des droits et des libertés parce que c’est cette fonction qu’elle accomplit dans d’autres systèmes. Son application en tant que standard de l’erreur manifeste ne pose pas de problème aux juristes locaux car la proportionnalité est souvent appliquée ainsi en France et dans la jurisprudence de la CJCE. La proportionnalité est censée refléter l’évolution de la société post-industrielle parce que c’est cette représentation de la société que partagent les juristes dans d’autres systèmes. Yannis Drossos observe avec une dose d’ironie que « dans son miroir constitutionnel la Grèce ne voit pas elle-même mais... l’Angleterre¹⁵³⁴ ». En ce qui concerne l’utilisation de la

¹⁵³² MITSOPOULOS G., « “Τριτενέργεια” και “αναλογικότητα” ως διατάξεις του αναθεωρηθέντος Συντάγματος [“Third party effect” and “proportionality” as provisions of the amended Constitution] », *op. cit.*

¹⁵³³ V. *infra*, Partie III, chapitre 7.4.

¹⁵³⁴ DROSSOS Y., *Λογίμο ελληνικής συνταγματικής θεωρίας [Essay on Greek constitutional theory]*, *op. cit.*, p. 39; 148. L’auteur observe des tendances similaires dans les transferts constitutionnels du XIXe siècle.

proportionnalité, l'idole constitutionnelle serait plutôt l'Allemagne ou, plus généralement, l'Europe.

C'est la référence à des développements doctrinaux étrangers qui attribue à la proportionnalité son unité sémantique malgré la pluralité des formes et fonctions qu'elle revêt dans le raisonnement juridique. Les décisions 2112/1984, 3682/1986 et 1149/1988 du Conseil d'État sont souvent simultanément citées, peu importe la version de la proportionnalité appliquée. Comme une figure mythique, la proportionnalité est capable d'avoir plusieurs significations. D'un point de vue matériel, elle désigne une valeur universelle d'équité ou de raisonnable, « aussi vieille que la notion d'humanisme¹⁵³⁵. » En ce sens, elle a été redécouverte dans les écrits des autorités légendaires comme Aristote¹⁵³⁶. Plus généralement, les publicistes ont tendance à accepter que le principe de proportionnalité préexistait à la Constitution de 1975, qu'il a été tacitement inhérent à ce texte et que la décision 2112/1984 du Conseil d'État n'a produit que sa reconnaissance solennelle. La proportionnalité s'est même vue attribuer une dénomination en *katharevousa* : *αρχήν του ήττον επαχθούς μέτρου*, signifiant le principe « de la mesure la moins onéreuse ». Au niveau de la technique juridique toutefois, l'application « correcte » de la proportionnalité est définie dans d'autres systèmes perçus comme plus « avancés », et ensuite transplantée en droit interne. La pratique incohérente en matière de proportionnalité est donc typiquement perçue comme une particularité grecque.

En effet, ce qui permet le décalage entre la théorie et la pratique est un autre élément mythique : la perception de la proportionnalité comme un transfert éternellement en cours. Dans son commentaire de la décision 1149/1988, Dimitra Kontogiorga observe que le contrôle de proportionnalité est « embryonnaire¹⁵³⁷ », terme qui trahit la croyance de l'auteure dans l'application plus intrusive de la proportionnalité dans l'avenir. Il n'en reste pas moins que l'étude diachronique de la littérature montre que la perception de la proportionnalité comme un principe ou une méthode en cours de transplantation a persisté pendant longtemps en droit grec. On observe en effet une attente continue de la part des juristes locaux pour l'application plus cohérente de la proportionnalité dans l'avenir. En 2005, Konstantinos Gogos affirme que « l'incorporation complète [de la proportionnalité] dans la boîte à outils du droit public grec » est toujours en cours¹⁵³⁸. En réalité, le décalage entre la perception théorique de la proportionnalité et son utilisation pratique *fait partie* du sens local de la proportionnalité en tant que transplant. Il

¹⁵³⁵ KONTOGIORGA-THEOCHAROPOULOU D., « Σημεία εργασίας επί της αρχής της αναλογικότητας [Elements of study on the principle of proportionality] », *op. cit.*, p. 893.

¹⁵³⁶ V., par exemple, *Ibid.*, p. 891 ; GERAPETRITIS G., « Πρόσωπα και προσωπεία του ελέγχου της αναλογικότητας [Faces and guises of the proportionality review] », *op. cit.*, p. 187 ; BEIS K., « Η αρχή της αναλογικότητας [The principle of proportionality] », *Διζ*, 1999, vol. 30, Δ, p. 469 s.

¹⁵³⁷ KONTOGIORGA-THEOCHAROPOULOU D., *Η αρχή της αναλογικότητας στο εσωτερικό δημόσιο δίκαιο [The principle of proportionality in domestic public law]*, *op. cit.*, p. 51: «εμβρυώδης έλεγχος». Il est intéressant qu'un terme similaire soit utilisé dans le contexte français par Michel Guibal dans son analyse sur la proportionnalité (« *embryonnaire* », GUIBAL M., « De la proportionnalité », *AJDA*, 1978, p. 485.)

¹⁵³⁸ GOGOS K., « Πτυχές του ελέγχου αναλογικότητας στη νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας [Aspects of proportionality review in the case law of the Council of State] », *ΔΤΑΤΕΣ III*, 2005, p. 320.

exprime la perception d'autres systèmes européens comme des modèles pour le système grec et comme des représentations de son avenir localement imaginé. Yannis Drossos observe que cette perception sous-tend les transferts constitutionnels depuis les débuts de l'État grec. Cet auteur va jusqu'à suggérer que les transferts juridiques dans ce contexte ont contribué à la construction d'une « *katharevousa politeia* » (καθαρεύουσα πολιτεία), un régime socio-politique plein de rites, dont la fonction est principalement métaphorique : il représente la société grecque comme une société moderne et européenne¹⁵³⁹.

L'importation d'une civilisation constitutionnelle européenne. La proportionnalité n'est pas un transplant isolé. Comme le montre l'histoire de la *Drittwirkung* ou la référence faite par Vassilios Skouris à la *Dreistufentheorie*, depuis la mise en vigueur de la Constitution de 1975, les constitutionnalistes grecs se sont voués à un « bricolage » hétéroclite des théories étrangères, souvent d'origine allemande¹⁵⁴⁰. La Constitution elle-même est d'ailleurs le fruit de l'influence du discours des droits fondamentaux qui a dominé dans l'Europe de l'après-guerre. Signalant le rejet de la junte militaire, elle « reconnecte la Grèce à la tradition constitutionnelle européenne¹⁵⁴¹ ». Nicos Alivizatos observe que « pour les constitutionnalistes grecs, 1974 a été ce que 1945 avait été pour leurs collègues européens¹⁵⁴². » Avec le développement du droit européen, la jurisprudence des cours supranationales et notamment de la Cour EDH a été intégrée dans le modèle de « civilisation constitutionnelle » (συνταγματικός πολιτισμός) auquel aspirent les constitutionnalistes grecs¹⁵⁴³.

Toute une science juridique a été importée des systèmes plus expérimentés pour guider les juristes locaux dans la mise en œuvre du nouveau texte constitutionnel et ce, afin que la pratique locale soit en conformité avec les préceptes du constitutionnalisme européen. Pour certains, le régime européen de protection des droits de l'homme constitue « une théorie pré-herméneutique » de la Constitution, à savoir une théorie qui préexistait à sa rédaction et qui en a été la source d'inspiration. Partant, elle se devait donc de lier l'interprétation des dispositions constitutionnelles¹⁵⁴⁴. D'ailleurs, pour Antonis Manitakis, il s'agit là de la Constitution « réelle », à savoir le cœur de principes constitutionnels communément acceptés

¹⁵³⁹ DROSSOS Y., *Δοκίμιο ελληνικής συνταγματικής θεωρίας [Essay on Greek constitutional theory]*, *op. cit.*, p. 116 s. ; 129.

¹⁵⁴⁰ Cette tendance n'est pas une particularité grecque mais peut être observée dans d'autres systèmes. V. GEERTZ C., « Local Knowledge: Fact and Law in Comparative Perspective », *Local knowledge: further essays in interpretive anthropology*, 3^e éd., New York, Basic Books, 1983, p. 218 s.

¹⁵⁴¹ ALIVIZATOS N., *Ο αβέβαιος εκσυγχρονισμός και η θολή συνταγματική αναθεώρηση [Uncertain modernization and vague constitutional reform]*, *op. cit.*, p. 174.

¹⁵⁴² *Ibid.*, p. 23 : « το 1974 αποτέλεσε για τους Έλληνες συνταγματολόγους ό,τι είχε αποτελέσει το 1945 για τους Ευρωπαίους συναδέλφους τους ».

¹⁵⁴³ CHRYSOGONOS K., *Η ενσωμάτωση της ευρωπαϊκής σύμβασης των δικαιωμάτων του ανθρώπου στην εθνική έννομη τάξη [The incorporation of the European Convention on Human Rights into the national legal order]*, Athènes; Komotini, Avt. N. Σάκκουλας, 2001, p. 192 s. ; 540 ; PARARAS P., *Το κεκτημένο του ευρωπαϊκού συνταγματικού πολιτισμού [The acquis of the European constitutional civilisation]*, *op. cit.* ; DAGTOGLOU P., *Συνταγματικό Δίκαιο. Ατομικά Δικαιώματα [Constitutional Law. Individual Rights]*, *op. cit.*, p. 24.

¹⁵⁴⁴ TSATSOS D., *Συνταγματικό Δίκαιο [Constitutional Law]*, 4^e éd., Athens, Avt. N. Σάκκουλας, 1994, vol. A, Θεωρητικό Θεμέλιο [Theoretical Underpinnings].

comme valides qui guident la pratique constitutionnelle interne¹⁵⁴⁵. La référence à la civilisation constitutionnelle européenne non seulement guide la mise en œuvre de la Constitution, mais aussi attribue un certain prestige au droit constitutionnel interne et à ses acteurs. L'utilisation du terme civilisation est en effet significative de la perception du caractère supérieur et progressif de cet esprit par rapport à la réalité interne¹⁵⁴⁶. La réception de la proportionnalité en droit grec doit être interprétée dans ce contexte particulier. Si elle n'a pas produit les résultats attendus, elle représente une valeur en soi pour les publicistes locaux, comme partie d'un processus plus général d'acculturation.

La proportionnalité et l'« humanisation » de l'État grec. Certaines utilisations de la proportionnalité avant sa consécration explicite dans la Constitution témoignent de sa perception comme élément d'une « civilisation » qui devrait inspirer les autorités étatiques. Dans la décision 219/1996, par exemple, la proportionnalité a conduit les juges à annoncer une interdiction absolue d'emprisonner des personnes âgées pour dette. Selon la Cour administrative d'appel d'Athènes :

« en vertu du principe de proportionnalité [...], en combinaison avec le principe constitutionnel du respect de la dignité humaine [...], l'emprisonnement des personnes âgées pour dette est exclue dans tous les cas, puisqu'il présente un caractère de cruauté qui est incompatible avec notre civilisation juridique¹⁵⁴⁷. »

Dans un ton similaire, la Cour d'appel de Larissa a déclaré qu'en vertu du principe de proportionnalité, « selon la conscience commune du droit, la tradition juridique nationale et les pratiques du monde civilisé », le législateur ne doit pas infliger des peines qui constituent des traitements inhumains et dégradants¹⁵⁴⁸.

De manière intéressante, si, dans ces affaires, la proportionnalité a un contenu moralement chargé, elle n'implique pas un raisonnement de mise en balance des valeurs telles qu'elles se manifestent dans le cas concret porté devant le juge. Au lieu de cela, elle implique une priorisation des valeurs constitutionnelles *in abstracto*. En effet, pendant les années quatre-vingt-dix, l'importation de la civilisation constitutionnelle européenne n'était pas tenue d'apporter des changements au niveau des méthodes du raisonnement juridique, mais plutôt au niveau de l'état d'esprit des détenteurs du pouvoir. Les décisions et mesures perçues comme incompatibles avec cette civilisation n'étaient pas critiquées dans des termes juridiques techniques, mais

¹⁵⁴⁵ MANITAKIS A., *Κράτος δικαίου και δικαστικός έλεγχος της συνταγματικότητας* [The ideal of a state ruled by law and judicial review of constitutionality], *op. cit.*, p. 310.

¹⁵⁴⁶ Sur ce point, V. NELKEN D., « Using Legal Culture: Purposes and Problems », D. NELKEN (dir.), *Using legal culture*, London, Wildy, Simmonds & Hill, coll.« JCL studies in comparative law », 2012, p. 5 s.

¹⁵⁴⁷ DEfAth 219/1996 ΔΦΟΡΝΟΜΟΘ 1997, 891 (Cour administrative d'appel d'Athènes).

¹⁵⁴⁸ V. aussi EfLar 1345/1999, ΔΙΚΟΓΡΑΦΙΑ 2000, 133 (Cour d'appel de Larissa), sur la saisine du permis de conduire comme sanction infligée à l'encontre d'un conducteur pour avoir assisté à l'entrée illégale des immigrants dans le pays.

étaient imputées à une « mentalité » particulièrement grecque¹⁵⁴⁹, fondée sur une « perception dépassée » du droit et de l'État¹⁵⁵⁰. L'abandon de cette mentalité était vu comme nécessaire par les juristes locaux. La civilisation constitutionnelle européenne exigeait l'« humanisation » (*εξανθρωπισμός*) du système grec, c'est-à-dire un changement d'orientation allant dans le sens d'une priorité aux droits de l'individu sur les pouvoirs publics¹⁵⁵¹. Dans ce contexte, l'application de la proportionnalité, avant 2001, n'exprime pas un appel à l'optimisation des droits constitutionnels, mais un appel au changement de l'état d'esprit des autorités grecques. Appliquée en combinaison avec les articles 2 et 5 de la Constitution, qui proclament respectivement le droit au respect de la dignité humaine et le droit au développement libre de la personnalité, elle est censée imposer une interprétation moralement chargée d'autres dispositions constitutionnelles¹⁵⁵².

L'achèvement du processus d'acculturation constitutionnelle. Les rédacteurs de la réforme constitutionnelle de 2001 souhaitaient achever le processus d'acculturation initié par les décisions de 1984 et de 1988. Souvent comparée par ses rédacteurs à l'adoption de la Charte des droits fondamentaux de l'UE, cette réforme institutionnalise la proportionnalité et son « bagage culturel » et annonce la domination de la « conception constitutionnelle européenne des droits fondamentaux¹⁵⁵³ ». L'article 25, paragraphe 1, de la Constitution consacre en effet une vision des droits comme des exigences d'optimisation : « Tous les organes de l'État sont tenus d'en assurer l'exercice libre et efficace. » Les spécialistes du droit constitutionnel ont célébré le « renouveau » de la Constitution formelle pour rencontrer la Constitution « réelle¹⁵⁵⁴ ». Le nouveau texte constitutionnel est désormais perçu comme la consécration d'un « ordre public européen en matière de droits de l'homme¹⁵⁵⁵ ».

¹⁵⁴⁹ V. ALIVIZATOS N., « Η ελευθερία έκφρασης επί εθνικών θεμάτων [Freedom of expression on national matters] (1996) », *Ο αβέβαιος εκσυγχρονισμός και η θολή συνταγματική αναθεώρηση [Uncertain modernization and vague constitutional reform]*, Athens, Πόλις, 2001, p. 251- 259.

¹⁵⁵⁰ V. DStrThess 482/1993 *APM* 1993, 1166 (Cour militaire de Thessaloniki).

¹⁵⁵¹ VELLIS G., « Η προσωπική κράτηση μετά το ν. 2462/1997 [The detention of persons after law no. 2462/1997] », *Ελλάλη*, 1999, vol. 40, p. 12.

¹⁵⁵² ES 28/1994 *ΔΕΝ* 1994, 439 (Cour des comptes) ; AP 1597/2000 *Δ/ΝΗ* 2001, 130, l'opinion dissidente. V. aussi DAGTOGLOU P., *Συνταγματικό Δίκαιο. Ατομικά Δικαιώματα [Constitutional Law. Individual Rights]*, *op. cit.*, p. 180- 181.

¹⁵⁵³ GERONTAS A., « Η αρχή της αναλογικότητας και η τριτενέργεια των θεμελιωδών δικαιωμάτων μετά την αναθεώρηση του 2001 [The principle of proportionality and the third party effect of fundamental rights after the 2001 reform] », X. CONTIADES (dir.), *Πέντε χρόνια μετά τη συνταγματική αναθεώρηση του 2001 [Five years after the constitutional 2001 reform]*, Athens; Komotini, Αντ. Ν. Σάκκουλας, 2006, vol. II/A, p. 467 ; VENIZELOS E., *Το σχέδιο της αναθεώρησης του Συντάγματος [The draft of the constitutional amendment]*, Athens, Αντ. Ν. Σάκκουλας, 2000 ; ANTHOPOULOS C., « Όψεις της συνταγματικής δημοκρατίας στο παράδειγμα του άρθρου 25 παρ. 1 του Συντάγματος [Aspects of constitutional democracy in the example of article 25 par. 1 of the Constitution] », *op. cit.*, p. 171.

¹⁵⁵⁴ ANTHOPOULOS C., « Όψεις της συνταγματικής δημοκρατίας στο παράδειγμα του άρθρου 25 παρ. 1 του Συντάγματος [Aspects of constitutional democracy in the example of article 25 par. 1 of the Constitution] », *op. cit.*, p. 153 ; VENIZELOS E., *Το αναθεωρητικό κεκτημένο. Το Συνταγματικό Φαινόμενο στον 21ο Αιώνα και η Εισφορά της Αναθεώρησης του 2001 [The Amendment's Achievement. The Constitutional Phenomenon in the 21st Century and the Contribution of the Amendment of 2001]*, *op. cit.*, p. 468.

¹⁵⁵⁵ CHRYSOOGONOS K., *Μια Βεβαιωτική Αναθεώρηση. Η Αναθεώρηση των Διατάξεων του Συντάγματος για τα Ατομικά και Κοινωνικά Δικαιώματα [A Confirmatory Reform. The Reform of the Constitutional Provisions on Individual and Social Rights]*, Athens, Αντ. Ν. Σάκκουλας, 2000, p. 541: «ευρωπαϊκής δημόσιας τάξης στο πεδίο των ανθρωπίνων δικαιωμάτων».

Encore une fois, l'hégémonie de la proportionnalité depuis les années deux mille devient intelligible en tant que référence aux développements étrangers. Sa perception comme principe protecteur des droits fondamentaux n'est pas tant liée à son application dans la pratique juridique interne qu'à sa fonction dans le paradigme des droits de l'homme européen¹⁵⁵⁶. En reconnaissant explicitement la proportionnalité comme une limitation des restrictions législatives aux droits, la Constitution de 2001 achève le « progrès » que la CEDH avait déjà achevé dans les années cinquante¹⁵⁵⁷. Depuis l'entrée en vigueur du nouveau texte constitutionnel, les analyses académiques en la matière sont animées de la même foi dans le droit et le juge que celle qui anime les écrits du constitutionnalisme allemand, souvent cités dans les écrits grecs¹⁵⁵⁸. La seule raison de critiquer la consécration explicite de la proportionnalité dans la Constitution est le fait qu'une telle consécration est absente d'autres textes constitutionnels européens¹⁵⁵⁹.

En même temps, les juristes grecs se réapproprient la civilisation constitutionnelle européenne qui est désormais considérée comme un acquis de leur propre constitutionnalisme. L'application de la proportionnalité, élément crucial de cette civilisation, exprime un patriotisme qui peut être opposé même aux pays traditionnellement perçus comme des modèles constitutionnels. Dans la décision 630/2001, par exemple, la Cour d'appel d'Athènes devait se prononcer sur des demandes d'indemnisation des citoyens grecs contre l'État allemand pour des crimes et des actes illégaux commis pendant la seconde guerre mondiale. La Cour a admis que, en principe, les autorités étatiques jouissent d'une immunité pour des actes commis en état de guerre. Pour autant, les juges ont déclaré que :

« quand ces actes illégaux, sans être dictés par les besoins des opérations de guerre, ont le caractère de crimes contre l'humanité ou sont commis à l'encontre des citoyens innocents [...], l'immunité cesse de jouer, car elle est incompatible avec l'ordre public mondial et, dans tous les cas, européen, qui imprègne les constitutions des États européens et la Convention européenne des droits de l'homme, et notamment (en tant

¹⁵⁵⁶ Il est significatif que, lors des débats parlementaires sur la réforme constitutionnelle, certains députés du Parti communiste aient objecté à la reconnaissance explicite de la proportionnalité dans la Constitution le fait que celle-ci avait été utilisée dans la jurisprudence interne au détriment des droits collectifs du travail. Toutefois, les spécialistes du droit constitutionnel ont rejeté cette remarque méfiante, puisque, selon leur expertise, la proportionnalité tend à conduire à une protection plus efficace des droits garantis par la Constitution. V. KATROUGKALOS G., « Νομική και πολιτική σημασία της αναθεώρησης του άρθρου 25 του Συντάγματος [Legal and political significance of the reform of article 25 of the Constitution] », *ΔτΑ*, 2001, vol. 10, p. 469- 470.

¹⁵⁵⁷ VENIZELOS E., *Το αναθεωρητικό κεκτημένο. Το Συνταγματικό Φαινόμενο στον 21ο Αιώνα και η Εισφορά της Αναθεώρησης του 2001 [The Amendment's Achievement. The Constitutional Phenomenon in the 21st Century and the Contribution of the Amendment of 2001]*, Athens, Αντ. Ν. Σάκκουλας, 2002, p. 141.

¹⁵⁵⁸ V., par exemple, CONTIADES X., *Ο νέος συνταγματισμός και τα θεμελιώδη δικαιώματα μετά την αναθεώρηση του 2001 [The new constitutionalism and fundamental rights after the 2001 reform]*, Athens; Komotini, Αντ. Ν. Σάκκουλας, 2002, qui, en se référant principalement à des auteurs allemands, propose un paradigme des droits très proche du paradigme rationnel proposé par Mattias Kumm.

¹⁵⁵⁹ V., par exemple, CHRYSOGONOS K., « Η προστασία των θεμελιωδών δικαιωμάτων στην Ελλάδα πριν και μετά την αναθεώρηση του 2001 [The protection of fundamental rights in Greece before and after the 2001 reform] », *ΔτΑ*, 2001, vol. 10, p. 535.

qu'incompatible) avec le principe juridique de proportionnalité, qui fait partie du noyau dur de l'ordre public pan-européen¹⁵⁶⁰. »

L'appropriation des valeurs constitutionnelles européennes par les juristes locaux a renouvelé l'intérêt académique portant sur la jurisprudence interne en matière de proportionnalité. Dans une étude phare sur la proportionnalité, Sarantis Orfanoudakis ne se réfère guère à la pratique des juridictions étrangères¹⁵⁶¹. La proportionnalité est de plus en plus perçue comme omniprésente en droit grec. À l'instar de leurs collègues français, les publicistes grecs relisent des décisions du Conseil d'État datant des années trente comme des instances d'un contrôle de proportionnalité¹⁵⁶². Des manifestations de la proportionnalité sont redécouvertes dans les décisions les plus légendaires du droit constitutionnel, même dans les conclusions du procureur public Tzivanopoulos, qui a été le premier à plaider pour un contrôle de constitutionnalité de la loi devant l'*Areios Pagos* à la fin du XIXe siècle¹⁵⁶³. Cela étant, le contenu de la proportionnalité reste défini en dehors des frontières grecques.

4. *La proportionnalité en tant que science européenne : transcender les limites constitutionnelles*

La littérisation d'une métaphore. Claude Lévi-Strauss observe que « la transformation d'une métaphore s'achève dans une métonymie¹⁵⁶⁴ ». La métaphore grec-comme-européen n'a pas échappé à cette règle. En effet, l'achèvement du processus d'acculturation constitutionnelle a littérisé cette métaphore ; l'ordre constitutionnel grec est devenu européen. De plus en plus, les textes supranationaux ont été perçus non seulement comme imposant des solutions matérielles, des buts ou des mentalités, mais aussi des *modes de raisonnement* particuliers. La proportionnalité, perçue comme un élément de science juridique européenne, s'est établie comme la méthode « correcte » de raisonnement juridique et a acquis une place hégémonique en droit interne. Cela étant, la version de la proportionnalité développée dans la jurisprudence européenne était considérablement différente du standard de l'erreur manifeste traditionnellement appliqué par le Conseil d'État. Si cette divergence était tolérable sous l'empire de la perception traditionnelle de la proportionnalité comme un transplant inaccompli, elle a cessé de l'être avec l'établissement de la proportionnalité comme outil scientifique. Le décalage entre les versions européenne

¹⁵⁶⁰ EfAth 630/2001 ΕλλΔνη 2001, 1370 (Cour d'appel d'Athènes).

¹⁵⁶¹ ORFANOUDAKIS S., *Η αρχή της αναλογικότητας στην ελληνική έννομη τάξη: από τη νομολογιακή εφαρμογή της στη συνταγματική της καθιέρωση* [The principle of proportionality in the Greek legal order: from its judicial application to its constitutional consecration], *op. cit.*

¹⁵⁶² VOUTSAKIS V., « Η αρχή της αναλογικότητας: Από την ερμηνεία στη διάπλαση του δικαίου [The principle of proportionality: from legal interpretation to legal formation] », *op. cit.*, p. 216 s. ; BEIS K., « Η αρχή της αναλογικότητας [The principle of proportionality] », *op. cit.*, p. 468 ; ORFANOUDAKIS S., *Η αρχή της αναλογικότητας στην ελληνική έννομη τάξη: από τη νομολογιακή εφαρμογή της στη συνταγματική της καθιέρωση* [The principle of proportionality in the Greek legal order: from its judicial application to its constitutional consecration], *op. cit.*, p. 72 s. Parmi les décisions mentionnées, on trouve notamment StE (Ass.) 300/1936 ΤΝΙΛΔΣΑ www.dsnet.gr.

¹⁵⁶³ *Ibid.*, p. 13 s. ; RENESI N., « Η αρχή της αναλογικότητας στη νομολογία του Ελεγκτικού Συνεδρίου [The principle of proportionality in the case law of the Court of Audit] », ΔιΔικ, 2005, vol. 17, p. 1401 s.

¹⁵⁶⁴ LÉVI-STRAUSS C., *La pensée sauvage*, Plon, 1962, p. 141.

et interne de la proportionnalité est devenu plus apparent en matière de droit communautaire, où la CJCE exige l'application de la proportionnalité comme un test structuré en étapes. En tant qu'outil scientifique, le contenu de la proportionnalité *devrait* être identique, indépendamment de la présence d'un élément transfrontalier. Quelle version de la proportionnalité prévaudrait ?

Deux versions de la proportionnalité en conflit. La question s'est d'abord posée en matière d'infractions douanières¹⁵⁶⁵. Le code des douanes impose des sanctions pécuniaires très sévères pour de telles infractions, oscillant entre deux à dix fois la somme évadée. Le montant de la sanction est fixé par l'administration après examen individuel, en fonction du degré d'implication du coupable, de son intention de frauder et de sa tendance à la récidive. Avant 2001, la jurisprudence acceptait que ces sanctions sévères aient pour but non seulement le recouvrement des sommes évadées mais aussi la punition des coupables, en vue de dissuader la commission d'infractions similaires dans l'avenir. Ainsi, le Conseil d'État appliquait sa version traditionnelle de la proportionnalité en tant que standard de l'erreur manifeste pour déclarer la loi en cause conforme à la Constitution¹⁵⁶⁶.

Dans la décision 1006/2002, la quatrième section du Conseil a opté pour la même solution. M. Mamidakis, entrepreneur célèbre dans le secteur du pétrole, s'est vu infliger une amende égale à huit fois le montant des droits douaniers évadés. L'affaire est arrivée devant le Conseil d'État en cassation où l'entrepreneur alléguait que les sanctions prévues par la loi constituaient « une violation flagrante du principe constitutionnel de proportionnalité, qui est simultanément un principe général du droit communautaire aussi¹⁵⁶⁷. » Après avoir annoncé la proportionnalité comme une exigence de nécessité, de pertinence et de rapport raisonnable entre la mesure et son but, le Conseil a appliqué sa jurisprudence constante de l'époque : il a ainsi déclaré qu'une mesure n'était contraire au principe de proportionnalité que si elle était « par nature manifestement inappropriée au but poursuivi par la loi » ou si elle excédait « de manière également manifeste son but¹⁵⁶⁸. » En l'espèce, le Conseil a admis la compatibilité de la loi contestée à la Constitution.

Les juges de la quatrième section étaient conscients de la différence entre la version interne du contrôle de proportionnalité et le contrôle intrusif exercé par la CJCE. Toutefois, l'affaire portée devant eux ne présentant aucun élément transfrontalier, ils ont rejeté l'application de la version communautaire de la proportionnalité¹⁵⁶⁹. Cette solution était dictée par des considérations de compétence institutionnelle, l'appréciation des faits incombant aux juridictions inférieures et pas au juge de cassation. Pour autant, Petros Pararas, président la section, n'était pas d'accord avec ses collègues. Dans son opinion dissidente, il défend que « la question

¹⁵⁶⁵ GERAPETRITIS G., « Πρόσωπα και προσωπεία του ελέγχου της αναλογικότητας [Faces and guises of the proportionality review] », *op. cit.*

¹⁵⁶⁶ StE 1926/2000 *Ελλάγη* 2002, 1191, para. 14.

¹⁵⁶⁷ StE 1006/2002 *ΔΕΕ* 2003, 1229, para. 12.

¹⁵⁶⁸ *Ibid.*, para. 14.

¹⁵⁶⁹ *Ibid.*, para. 15.

de la compatibilité de la sanction administrative contestée au principe de proportionnalité devrait avoir une réponse unique », tant dans les affaires rentrant dans le champ d'application des traités que dans des affaires de droit interne¹⁵⁷⁰. Le juge invoque la jurisprudence de la Cour de Justice pour arguer que le Conseil devrait exercer un contrôle objectif de l'appropriation et de la nécessité des dispositions contestées du point de vue de l'affaire de M. Mamidakis. L'application de la version communautaire de la proportionnalité a mené le juge à une solution différente du litige : selon lui, la loi en cause était disproportionnée et la décision de la juridiction inférieure l'appliquant devait être cassée et annulée.

Deux versions différentes de la proportionnalité sous-tendent les différentes opinions sur l'affaire 1006/2002. D'un côté, l'opinion dominante avance une application formelle de la proportionnalité comme principe d'équité réalisé en premier lieu par l'administration après une considération des circonstances de l'espèce. Selon cette approche, dans le contrôle de constitutionnalité de la loi, la fonction de la proportionnalité se réduit à un contrôle de l'erreur manifeste. De l'autre côté, Petros Pararas maintient que l'application de la proportionnalité en droit interne doit s'aligner sur la jurisprudence de la CJCE et prendre la forme d'un test objectif concernant les effets concrets de la législation sur l'individu concerné. Pour le juge, le Conseil doit procéder lui-même à l'examen de proportionnalité sans être contraint par des considérations d'ordre institutionnel. Dans ses arguments, Petros Pararas a souligné que, dans les débats parlementaires postérieurs à la loi contestée, le gouvernement avait admis l'inefficacité des sanctions sévères en matière de douanes et avait voté une loi imposant des amendes plus clémentes¹⁵⁷¹. Selon le juge dissident donc, la proportionnalité doit même permettre au Conseil d'identifier et d'acter un changement d'avis du Parlement (ou du gouvernement ?) en ce qui concerne l'efficacité des mesures législatives restrictives.

L'affaire a été renvoyée à l'Assemblée plénière du Conseil en raison de son importance. Deux années plus tard, dans la décision 990/2004, le Conseil a confirmé la décision de la quatrième section¹⁵⁷². Le raisonnement des juges commence par l'annonce solennelle du contenu du principe de proportionnalité :

« le principe de proportionnalité, découlant de la notion et des institutions de l'État de droit, est déjà explicitement consacrée dans la Constitution (article 25 § 1) et fait partie, selon la jurisprudence constante de la Cour de Justice des Communautés Européennes, des principes généraux du droit communautaire¹⁵⁷³. »

Le Conseil n'a donc pas introduit une distinction entre les versions interne et européenne de la proportionnalité au niveau conceptuel, distinction qui serait intenable selon la perception théorique de la proportionnalité. Les juges ont précisé

¹⁵⁷⁰ *Ibid.*

¹⁵⁷¹ *Ibid.*

¹⁵⁷² StE (Ass.) 990/2004, E Δ KA 2004, 585.

¹⁵⁷³ *Ibid.*

que la proportionnalité implique une exigence de nécessité et de pertinence des restrictions législatives aux droits individuels. Toutefois, dans le raisonnement qui suit, le Conseil applique une version déférente du contrôle de proportionnalité :

« une mesure prévue par une disposition législative comme sanction d’une infraction n’est contraire au principe of proportionnalité que dans les cas où, en raison de son genre ou sa nature, elle est manifestement inappropriée pour atteindre le but poursuivi ou ses impacts sont manifestement disproportionnés ou excèdent le but poursuivi¹⁵⁷⁴. »

Si la formulation traditionnelle de la proportionnalité a été légèrement altérée pour ajouter le standard de disproportion manifeste, cela ne s’est pas traduit par un changement dans le raisonnement du Conseil. Les juges n’ont pas structuré la motivation de leur décision selon les étapes de la proportionnalité. Ils se sont bornés à constater qu’aucun des critères annoncés n’était rempli en l’espèce. Par ailleurs, ils ont souligné que la loi accorde à l’administration un large pouvoir discrétionnaire pour imposer des sanctions proportionnées aux circonstances de chaque cas. Ainsi, la loi a été déclarée conforme à la Constitution.

La dynamique envahissante de la version communautaire de la proportionnalité. La décision 990/2004 est certainement parmi les instances du contrôle de proportionnalité les plus critiquées en droit grec. L’indifférence du Conseil d’État vis-à-vis des impacts de la législation nationale sur les droits de l’individu a aussi été critiquée par la Cour EDH quelques années plus tard¹⁵⁷⁵. Les divers « visages et figures » de la proportionnalité commencent à susciter la méfiance des commentateurs. George Gerapetritis appelle à une application plus cohérente du principe, en conformité avec l’« acception scientifique commune du contenu conceptuel » de celui-ci, et donc plus respectueuse des préceptes de la jurisprudence luxembourgeoise¹⁵⁷⁶. Manouela Papadopoulou considère qu’il est « évident » que le Conseil d’État aurait dû suivre la jurisprudence de la CJCE en matière de proportionnalité et ce, même si l’affaire de M. Mamidakis n’entre pas dans le champ d’application du droit communautaire¹⁵⁷⁷. Les auteurs grecs délèguent de plus en plus la définition du contenu conceptuel de la proportionnalité à la Cour de Justice, même en droit interne¹⁵⁷⁸. La version européenne de la proportionnalité s’établit progressivement comme dominante et acquiert une dynamique envahissante. La pression de la doctrine visant à une application cohérente de la proportionnalité défie

¹⁵⁷⁴ *Ibid.*

¹⁵⁷⁵ Cour EDH, *Mamidakis v Greece*, 11 janvier 2007, no. 35533/04, para. 48.

¹⁵⁷⁶ GERAPETRITIS G., « Πρόσωπα και προσωπεία του ελέγχου της αναλογικότητας [Faces and guises of the proportionality review] », *op. cit.*, p. 278.

¹⁵⁷⁷ PAPADOPOULOU M., « Η κοινοτική αρχή της αναλογικότητας ενώπιον του εθνικού δικαστή [The EC principle of proportionality before national judges] », *ΔΙΣΤΑΞΙΣ IV*, 2006, p. 298.

¹⁵⁷⁸ Constantin Yannakopoulos a montré dans un autre contexte que l’hétéro-détermination du contenu des concepts juridiques du droit interne par le droit de l’UE est une caractéristique plus générale de la pensée juridique grecque. V. YANNAKOPOULOS C., « Μεταξύ συνταγματικών σκοπών και συνταγματικών ορίων: η διαλεκτική εξέλιξη της συνταγματικής πραγματικότητας στην εθνική και στην κοινοτική έννομη τάξη [Between constitutional goals and constitutional limits: the dialectical evolution of constitutional reality in the national and the Community legal orders] », *op. cit.* V. aussi *infra*, Partie III, chapitre 7.4 et 8.4.

les dispositions, « appliquées depuis longtemps¹⁵⁷⁹ », du code des douanes datant de 1918, ainsi que la répartition traditionnelle des compétences dans le contentieux administratif. En tant que science européenne, la proportionnalité transcende les formes du discours juridique local.

L'affaire *Michaniki*. Dans la jurisprudence postérieure, l'application de la proportionnalité transcende sa propre source juridique, à savoir la Constitution telle qu'issue de la réforme de 2001. Cela est évident dans l'affaire célèbre *Michaniki*, plus connue dans le contexte interne comme « l'affaire de l'actionnaire majeur » (*υπόθεση του βασικού μετόχου*). Cette affaire traumatisante pour les constitutionnalistes locaux a duré presque 10 ans et a été la source de trois décisions du Conseil d'État et d'une décision préjudicielle en interprétation de la CJCE, dans laquelle la Cour a déclaré la Constitution grecque contraire au droit de l'Union. L'affaire commence en 2001, avec l'amendement de l'article 14, paragraphe 9, de la Constitution. Conférant un statut constitutionnel à une loi antérieure, cet amendement instaure l'incompatibilité de la qualité de propriétaire, d'associé, d'actionnaire majeur ou de cadre dirigeant d'une entreprise de médias d'information avec la qualité de propriétaire, d'associé, d'actionnaire majeur ou de cadre dirigeant d'une entreprise active dans le secteur des travaux publics. L'incompatibilité a été également étendue « à toute forme d'intermédiaire » tels que les conjoints, parents et personnes ou sociétés financièrement dépendantes des personnes couvertes par l'incompatibilité. La disposition prévoit des sanctions qui peuvent consister, entre autres, en la prohibition de la conclusion d'un marché public ou en son annulation¹⁵⁸⁰.

Ce régime « draconien¹⁵⁸¹ », qui a reçu un accueil favorable par une grande majorité des parlementaires lors des débats sur la révision constitutionnelle, avait pour but de mettre en place des mécanismes de prévention de l'influence illégitime de la presse dans la concession des travaux publics et dans la vie politique plus généralement¹⁵⁸². Le nouveau texte constitutionnel a établi la transparence en tant que but primaire de l'ordre constitutionnel. Selon la répartition traditionnelle des compétences, la réalisation de ce but incombe premièrement au législateur qui jouit d'un large pouvoir d'intervention préventive. Paradoxalement, la loi d'application du nouvel article 14, paragraphe 9, de la Constitution a été beaucoup moins rigide que la disposition constitutionnelle, déclarant que la seule preuve d'indépendance financière des conjoints ou des parents suffisait pour que la présomption selon laquelle ils feraient office d'intermédiaires soit renversée¹⁵⁸³.

En application de cette loi dans une procédure de passation d'un marché public, le Conseil national de radiotélévision (*Εθνικό Συμβούλιο Ραδιοτηλεόρασης*, ESR) a délivré

¹⁵⁷⁹ StE 1006/2002, précitée, para. 15.

¹⁵⁸⁰ V. aussi Loi n° 2328/95, article 11, paragraphe 1.

¹⁵⁸¹ V. le rapport parlementaire sur l'amendement constitutionnel, VENIZELOS E., *Το σχέδιο της αναθεώρησης του Συντάγματος [The draft of the constitutional amendment]*, *op. cit.*

¹⁵⁸² V. MANITAKIS A., « Οι θεσμικές παρενέργειες της «υπόθεσης του Βασικού Μετόχου» [The institutional side-effects of the “Major Shareholder affair”] », Thessaloniki, 2014, avant note 7. V. StE 3242/2004 *NoB* 2005, 1878, para. 14, qui se réfère aux débats parlementaires.

¹⁵⁸³ Loi n° 3021/2002.

un certificat attestant que la société Pantechniki n'était pas concernée par l'incompatibilité, alors que K. Sarantopoulos, actionnaire majeur et vice-directeur de la société, était le père de G. Sarantopoulos, cadre dirigeant de deux entreprises de médias. L'ESR s'est fondé sur le fait que père et fils étaient financièrement indépendants et que, en application de la loi, la présomption qu'ils agissaient en tant qu'intermédiaires ne jouait pas. Michaniki, concurrente de Pantechniki, a introduit un recours en annulation de ce certificat devant le Conseil d'État. Entre autres, elle maintient que, en rendant la présomption d'intermédiaires réversible, la loi a restreint la portée de l'article 14, paragraphe 9, ce qui est contraire à la Constitution.

La décision de la quatrième section du Conseil d'État. Dans sa première décision sur l'affaire en 2004, la quatrième section du Conseil d'État a fait droit aux arguments de Michaniki. Les juges ont commencé par justifier le caractère absolu de la présomption constitutionnelle par référence à son but. Ils précisent que l'article 14, paragraphe 9, n'a pas comme seul but la répression *ex post* de l'influence des médias dans la concession des travaux publics, « qui, en tout cas, est certainement difficile à établir et ainsi difficile à prévenir seulement par la menace des sanctions dans les cas où elle est constatée¹⁵⁸⁴ ». Selon les juges, « son but primaire est la prévention de la création des conditions qui pourraient provoquer un danger d'exercice d'une telle influence illégitime, qui est particulièrement dommageable pour l'intérêt public¹⁵⁸⁵ ». La fonction préventive de l'incompatibilité est donc maximale. Non seulement elle concerne l'influence illégitime ainsi que le danger d'une telle influence, mais aussi la création des conditions qui pourraient provoquer un tel danger. Pour le Conseil donc, seul le caractère irréversible de la présomption concernant les intermédiaires peut garantir « l'application efficace des règles constitutionnelles¹⁵⁸⁶ ». La décision 3242/2004 a déclaré la loi d'application inconstitutionnelle et a renvoyé l'affaire à l'Assemblée, en vertu de l'article 100, paragraphe 5, de la Constitution.

Entre temps, la loi de 2002 était suffisamment rigide pour provoquer la réaction de la Commission, qui la considérait incompatible avec les règles communautaires sur la libre concurrence en matière de passation des travaux publics. En effet, l'article 24 de la directive n° 93/37/CEE, qui prévoyait l'exclusion de certaines catégories d'entrepreneurs de la procédure de passation des marchés publics, ne mentionnait pas les incompatibilités de l'article 14, paragraphe 9. La quatrième section du Conseil a refusé d'examiner la compatibilité de la Constitution à la directive européenne. Selon les juges, une question préjudicielle sur ce point « n'était concevable en aucun cas¹⁵⁸⁷ ». La majorité considérait d'ailleurs que la législation grecque n'entraînait pas dans le domaine d'application de l'article 24, puisque celui-ci visait seulement à l'harmonisation partielle des régimes nationaux. Ainsi, les juges ont préservé la cohérence entre le droit interne et le droit européen au moyen de la délimitation de leurs champs d'application respectifs.

¹⁵⁸⁴ V. StE 3242/2004, précitée, para. 14.

¹⁵⁸⁵ *Ibid.*

¹⁵⁸⁶ *Ibid.*

¹⁵⁸⁷ *Ibid.*, para. 19.

Le renvoi préjudiciel à la CJCE. Deux années plus tard, l'Assemblée plénière du Conseil d'État a adopté une interprétation tout aussi stricte des incompatibilités de l'article 14, paragraphe 9, en tirant une prohibition absolue pour les entreprises de médias concernées de conclure des contrats publics. Selon la décision 3670/2006, le but préventif des dispositions en cause impose au Parlement l'obligation d'assortir la violation des règles de l'article 14, paragraphe 9, « de sanctions suffisamment dissuasives¹⁵⁸⁸ ». Partant, pour le Conseil, une éventuelle interprétation des dispositions constitutionnelles « à la lumière » du principe de proportionnalité garanti par l'article 25 de la Constitution, « viderait [la disposition constitutionnelle] de son contenu ou serait contraire à sa formulation claire et à ses objectifs, qui sont également clairs¹⁵⁸⁹ ». Le Conseil a donc choisi de faire prévaloir la garantie de l'effet utile de l'article 14, paragraphe 9, sur l'application cohérente de la proportionnalité. Quant à la présomption que les conjoints, les parents et les personnes ou sociétés économiquement dépendantes font office d'intermédiaires des personnes concernées par l'incompatibilité, le Conseil a accepté qu'elle pouvait être renversée, seulement si ces personnes démontraient que, dans le cas particulier, ils avaient agi indépendamment et pour leur propre compte, poursuivant ainsi exclusivement leur propre intérêt¹⁵⁹⁰. Les juges de l'Assemblée ont ainsi critiqué la loi d'application comme trop clémente et insuffisante pour poursuivre ses objectifs déclarés.

Pour autant, en contraste avec la quatrième section, l'Assemblée a considéré que la question de la conformité de l'article 14, paragraphe 9, avec la directive n° 93/39/CEE devait être examinée. Selon les juges, en cas d'incompatibilité, l'application du régime national devait être écartée, malgré sa base constitutionnelle¹⁵⁹¹. Dans sa question préjudicielle, le Conseil d'État demande à la CJCE si la disposition constitutionnelle nationale poursuit un but légitime en vertu de la directive et si les mesures internes sont compatibles avec le principe communautaire de proportionnalité¹⁵⁹². L'Assemblée plénière du Conseil d'État accepte d'appliquer la Constitution interne seulement dans la mesure où celle-ci est compatible avec le droit européen. La Constitution concède sa fonction « de séparation et de délimitation » du droit interne et du droit européen, fonction qui est désormais assumée par le principe de proportionnalité¹⁵⁹³.

La Constitution grecque déclarée contraire au droit communautaire de la concurrence. La réponse de la CJCE est venue dans sa célèbre décision *Michaniki*¹⁵⁹⁴. La Cour a déclaré les dispositions de l'article 14, paragraphe 9, contraires au principe communautaire de proportionnalité. En excluant toute une catégorie d'entreprises de la conclusion des contrats publics, sans leur offrir aucune possibilité de démontrer

¹⁵⁸⁸ StE (Ass.) 3670/2006 EΛΛΔ 2009, 461, para. 14.

¹⁵⁸⁹ *Ibid.*, para. 14.

¹⁵⁹⁰ *Ibid.*, para. 15.

¹⁵⁹¹ *Ibid.*, para. 20.

¹⁵⁹² *Ibid.*, para. 28 s.

¹⁵⁹³ Cette expression est prise de DROSSOS Y., *Δοξίμο ελληνικής συνταγματικής θεωρίας [Essay on Greek constitutional theory]*, *op. cit.*, p. 647.

¹⁵⁹⁴ CJCE, C-213/07, 16 décembre 2008, *Michaniki*, ECLI:EU:C:2008:731.

que, concrètement, le risque d'influence illégitime n'existe pas réellement, les mesures nationales sont allées au-delà de ce qui était nécessaire pour éliminer le risque de corruption¹⁵⁹⁵. Le fait que, dans la décision 3670/2006, le Conseil d'État avait interprété la présomption concernant les intermédiaires comme réversible n'était pas suffisant pour permettre pleinement l'application du droit communautaire. La Cour de Justice a critiqué les termes utilisés dans l'article litigieux. Elle a souligné que « le sens très large revêtu, dans le contexte de la disposition nationale en cause au principal, par les notions d'actionnaire majeur et de personnes intermédiaires » renforçait le caractère disproportionné des dispositions nationales¹⁵⁹⁶. Ainsi, le Conseil d'État devait faire face à deux dispositions constitutionnelles en conflit : l'article 28, qui accorde valeur supra-législative au droit communautaire, même quand cela se fait au détriment de la souveraineté nationale, et l'article 14, paragraphe 9, qui formule, dans des termes clairs et précis, une incompatibilité contraire au droit communautaire. Les juges grecs devaient établir la cohérence du droit qu'ils appliquent, du moins au niveau des apparences.

5. *Déplacer le savoir local : la proportionnalité et l'esthétique de modernisation*¹⁵⁹⁷

La solution de l'affaire *Michaniki* et le « vrai sens » de la Constitution grecque. Dans sa décision finale sur l'affaire de l'« actionnaire majeur » en 2011, l'Assemblée plénière du Conseil d'État a appliqué la solution établie par la CJCE. Ce faisant, il a interprété, qui plus est de manière unanime, l'article 14, paragraphe 9, de la Constitution contrairement à ce qu'il avait identifié être son sens clair et précis dans les décisions précédentes. Selon le Conseil, l'incompatibilité instaurée par cette disposition constitutionnelle implique que toute entreprise de médias puisse conclure un contrat public, sauf « s'il est démontré que, durant la procédure de passation, l'individu a certainement commis un acte illégal ou illégitime¹⁵⁹⁸ ». Dès lors, à l'« incompatibilité préventive » entre la qualité d'entrepreneur dans le secteur des médias et dans celui des travaux publics qui était générale, abstraite et absolue, le Conseil a substitué une « incompatibilité au cas par cas¹⁵⁹⁹ ». En contraste total avec ces décisions, il a déclaré la loi de 2002 inconstitutionnelle, pas parce qu'elle était trop clémentine mais, au contraire, en raison du caractère général et absolu des restrictions qu'elle instaurait. Selon la décision unanime de l'Assemblée plénière, « la grille des dispositions de la loi 3021/2002 dans son ensemble [...] est contraire au vrai sens » de l'article 14, paragraphe 9 et son application devrait être écartée¹⁶⁰⁰.

Ce qui a permis ce revirement étonnant n'est pas la suprématie du droit européen sur la Constitution nationale ; cette question n'a pas été soulevée dans la

¹⁵⁹⁵ *Ibid.*, para. 62-63.

¹⁵⁹⁶ *Ibid.*, para. 83.

¹⁵⁹⁷ L'analyse dans cette section a été inspirée d'une discussion avec Jacco Bomhoff, que je remercie.

¹⁵⁹⁸ StE (Ass.) 3471/2011 *ΕΛΛΕΛ* 2012, 199.

¹⁵⁹⁹ Sur cette distinction, V. ANTHOPOULOS C., « Το ασυμβίβαστο των ιδιοκτητών μέσων ενημέρωσης πριν και μετά το νέο άρθρο 14 παρ. 9 του Συντάγματος [The incompatibility concerning media owners before and after the new article 14 par. 9 of the Constitution] », X. CONTIADES (dir.), *Πέντε χρόνια μετά τη συνταγματική αναθεώρηση του 2001 [Five years after the 2001 constitutional reform]*, Athens; Komotini, Avt. N. Σάκκουλας, 2006, vol. I, p. 313-366.

¹⁶⁰⁰ *Ibid.*, para. 14.

motivation de la décision du Conseil d'État. C'est une interprétation de la Constitution en conformité avec le principe de proportionnalité, qui « constitue un principe de l'ordre juridique tant grec [...] que communautaire, qui, selon la volonté explicite du constituant doit être appliqué dans l'ordre juridique interne¹⁶⁰¹. » La proportionnalité a été employée comme outil d'harmonisation de la Constitution avec le droit européen. Cette harmonisation a été perçue par les juges internes comme une « obligation » découlant de l'article 28 de la Constitution et de sa clause interprétative, ainsi que de la volonté présumée du constituant, exprimée dans les débats parlementaires précédant la réforme de 2001¹⁶⁰². D'ailleurs, des constitutionnalistes éminents, parmi lesquels le rédacteur de la réforme constitutionnelle lui-même, s'étaient aussi prononcés pour une interprétation de l'article 14 à la lumière du droit européen¹⁶⁰³.

En combinaison avec l'article 28 donc, la proportionnalité a accompli la fonction d'« amendement constitutionnel tacite¹⁶⁰⁴ ». Ce qui, en 2006, semblait « vider » l'article 14, paragraphe 9, de son contenu et être « contraire à sa formulation claire et à ses objectifs, qui sont également clairs », était maintenant déclaré être son « vrai sens ». Le texte constitutionnel a été interprété à la lumière de la Constitution « réelle », celle qui est conforme au droit européen¹⁶⁰⁵. Contrairement à la décision 990/2004, la décision 3471/2011 fait partie des applications les plus applaudies de la proportionnalité en droit grec¹⁶⁰⁶. La rupture qu'elle introduit dans la jurisprudence du Conseil d'État ne semble pas troubler les juristes locaux. Pour eux, l'harmonie entre la Constitution grecque et le droit européen est plus importante. Constantin Yannakopoulos observe qu'une fonction majeure du contrôle juridictionnel dans le contexte grec est l'établissement de la cohérence matérielle du droit applicable dans la

¹⁶⁰¹ StE (Ass.) 3470/2011 *APM* 2012, 804, para. 9 ; V. également décision 3741/2011, para. 13.

¹⁶⁰² StE (Ass.) 3471/2011, para. 13.

¹⁶⁰³ Entre autres, CONTIADES X., *Ο νέος συνταγματισμός και τα θεμελιώδη δικαιώματα μετά την αναθεώρηση του 2001* [*The new constitutionalism and fundamental rights after the 2001 reform*], *op. cit.*, p. 305- 306 ; ANTHOPOULOS C., « Το ασυμβίβαστο των ιδιοκτητών μέσων ενημέρωσης πριν και μετά το νέο άρθρο 14 παρ. 9 του Συντάγματος [The incompatibility concerning media owners before and after the new article 14 par. 9 of the Constitution] », *op. cit.* Evaggelos Venizelos a également défendu cette interprétation de l'article 14, paragraphe 9, in VENIZELOS E., « Οι εγγυήσεις πολυφωνίας και διαφάνειας στα ΜΜΕ κατά το άρθρο 14 παρ. 9. Οι κανόνες ερμηνείας του Συντάγματος και οι σχέσεις Συντάγματος - Κοινοτικού δικαίου [The guarantees of pluralism and transparency in the media according to article 14 par. 9. The rules for the interpretation of the Constitution and the relations between the Constitution and Community law] », *NoB*, 2005, vol. 53, p. 425- 442.

¹⁶⁰⁴ Sur cette fonction de l'article 28, V. PAPADOPOULOU L., « Η συνταγματική οικοδόμηση της Ευρώπης από τη σκοπιά του ελληνικού Συντάγματος [The constitutional construction of Europe from the point of view of the Greek Constitution] », L. PAPADOPOULOU et A. MANITAKIS (dir.), *Η προοπτική ενός Συντάγματος για την Ευρώπη [The perspective of a Constitution for Europe]*, Athènes, Σάκκουλα, 2003, p. 176. L'auteure cite ILIOPOULOU-STRAGGA J., *Ελληνικό συνταγματικό δίκαιο και ευρωπαϊκή ενοποίηση [Greek constitutional law and European integration]*, Athènes, Αντ. Ν. Σάκκουλας, 1996, p. 37.

¹⁶⁰⁵ MANITAKIS A., « Η αναγκαιότητα της αναθεώρησης μεταξύ πλειοψηφικού κοινοβουλευτισμού και αναθεωρητικής συναίνεσης [The need for the constitutional reform, between majoritarian parliamentary and consensus] », *ΤοΣ*, 2007, p. 3- 20.

¹⁶⁰⁶ NIKIFOROS D., « Η αναλογικότητα ως διάμεσος της εθνικής και της ενωσιακής έννομης τάξης [Proportionality as an intermediary between the domestic and the EU legal order] », *Constitutionalism.gr blog*, 17 septembre 2012, accessible sur <https://www.constitutionalism.gr/> ; MANITAKIS A., « Η προτεραιότητα εφαρμογής του κοινοτικού δικαίου έναντι του Συντάγματος, η εναρμονισμένη με το κοινοτικό δίκαιο ερμηνεία του Συντάγματος και η τεχνική της αναλογικότητας [The primacy of community law over the Constitution, the interpretation of the Constitution in conformity with Community law and the technique of proportionality] », *Εφ.Δ*, 2015, vol. 3, p. 317.

sphère juridique interne, indépendamment de sa source¹⁶⁰⁷. Ainsi, l'application dans l'affaire *Michaniki* est perçue comme un juste compromis qui ne nuit pas à l'autorité de la Constitution nationale.

Deux visions de la réalité socio-politique grecque. La proportionnalité acquiert une fonction de « médiation » entre ordre juridique européen et ordre juridique interne qui élimine les conflits entre les deux¹⁶⁰⁸. Encore plus, comme « une espèce de magie compatissante », elle représente la société grecque comme une société moderne et européenne. En effet, derrière les interprétations divergentes des dispositions sur l'« actionnaire majeur » produites par le Conseil d'État, se reflètent des visions complètement différentes de la réalité socio-politique grecque. Dans les décisions 3242/2004 et 3670/2006, le Conseil exprime une méfiance vis-à-vis des médias, dont l'activité illégale pourrait même « avoir pour conséquence l'altération de la souveraineté populaire [...], qui est la fondation du régime politique¹⁶⁰⁹ ». C'est ainsi que les juges justifient les incompatibilités introduites par la Constitution en 2004 :

« Compte tenu de l'énorme influence – connue à tous – qu'exercent [les médias] sur la formation et la création de l'opinion publique dans les sociétés contemporaines, le constituant cherche, au moyen de la règle en question, à prévenir d'emblée le danger des interventions illégitimes lors des procédures de passation des travaux publics, de fournitures ou de services, qui sont normalement opaques et se combinent avec la ligne généralement suivie par ces médias et leur positionnement sur des questions d'actualité politique. Il s'agit d'interventions faites avec l'intention de servir et de promouvoir, de façon illégale, des importants intérêts entrepreneuriaux dans ce secteur d'activités économiques. »

Cette posture de méfiance est diamétralement opposée à l'optimisme quant au rôle des médias que le Conseil exprime dans sa décision 3471/2011, où il déclare que la Constitution « ne vise certainement pas à prévenir toute influence des médias quant à l'exercice du pouvoir politique en général, influence qui est d'ailleurs inhérente au rôle des médias dans les sociétés contemporaines modernes¹⁶¹⁰ ». Étonnamment, en 2011, l'influence politique des médias ne serait plus un danger pour la démocratie et la souveraineté populaire. Au contraire, elle serait inhérente au rôle des médias dans une société démocratique. En fait, ce qui rend intenable

¹⁶⁰⁷ YANNAKOPOULOS C., *Η επίδραση του δικαίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης στον δικαστικό έλεγχο της συνταγματικότητας των νόμων* [The Influence of EU law on Judicial Review of the Constitutionality of Legislation], *op. cit.*, p. 309 s.

¹⁶⁰⁸ NIKIFOROS D., « Η αναλογικότητα ως διάμεσος της εθνικής και της ενωσιακής έννομης τάξης [Proportionality as an intermediary between the domestic and the EU legal order] », *op. cit.*

¹⁶⁰⁹ StE 3242/2004, précitée, para. 14. V. sur ce point NIKIFOROS D., « Η αναλογικότητα ως διάμεσος της εθνικής και της ενωσιακής έννομης τάξης [Proportionality as an intermediary between the domestic and the EU legal order] », *op. cit.*, p. 7 ; ANTHOPOULOS C., « Το ασυμβίβαστο των ιδιοκτητών μέσων ενημέρωσης πριν και μετά το νέο άρθρο 14 παρ. 9 του Συντάγματος [The incompatibility concerning media owners before and after the new article 14 par. 9 of the Constitution] », *op. cit.*, p. 320-321.

¹⁶¹⁰ StE (Ass.) 3471/2011, précitée, para. 13.

l'interprétation « draconienne » de l'article 14, paragraphe 9, est la représentation que partagent les juges de la société grecque comme une société démocratique moderne.

Proportionnalité et modernisation. Comme dans le contexte anglais, la modernisation et la réforme constitutionnelle font partie des enjeux de la réception de la proportionnalité en Grèce. La quête de modernisation sous-tend la réforme de 2001 qui a inscrit le principe dans la Constitution, avec d'autres néologismes tels que l'« identité génétique » ou la « Société de l'Information¹⁶¹¹ ». Ces nouveaux termes et formules expriment la volonté des constituants d'adapter la Constitution aux circonstances sociales, économiques, technologiques ou autres et de renforcer ainsi sa normativité. Commentant les débats sur la réforme, Apostolos Papatolias observe qu'« il est presque impossible de trouver même un seul argument concernant la réforme qui ne fait appel au leitmotiv de la modernisation¹⁶¹². » La proportionnalité, elle-même un élément « novateur », est censée exprimer cette logique modernisatrice¹⁶¹³. Son application dans l'affaire *Michaniki* a matérialisé l'image de la société grecque comme une « Société d'Information » moderne, dans laquelle les médias sont une source de pouvoir légitime.

Dans le contexte anglais, la modernisation procède de la reconnaissance de valeurs matérielles des droits de l'homme. Cette reconnaissance ajoute un peu de mythe et de rituel dans le raisonnement juridique, en vue de la reconstruction des « *bits and pieces* » du *common law* dans un tout cohérent et compréhensif. Au contraire, la modernisation en Grèce signifie efficacité, rationalisation et exclusion des valeurs. Ce que la réforme de 2001 annonce est l'avènement d'un État adapté à la « société de risques » post-moderne, dont la légitimité est fondée sur les résultats de l'action publique¹⁶¹⁴. L'efficacité fait partie des priorités des constituants de 2001 et cela s'exprime dans l'esprit technocratique qu'imprègne le nouveau texte constitutionnel, prévoyant un nombre important d'autorités administratives indépendantes spécialisées dans divers domaines de l'action publique. Comme l'observe Petros Pararas quelques années plus tard, la Constitution « semble abandonner son apparence d'invulnérabilité au profit de sa fonctionnalité¹⁶¹⁵ ». Cela a provoqué la critique de Giorgos Sotirelis, qui reproche à la réforme de 2001 d'avoir substitué

¹⁶¹¹ Articles 5 and 5A de la Constitution, respectivement.

¹⁶¹² PAPANOLIAS A., *Συνταγματικές επιχειρηματολογίες για την συνταγματική αναθεώρηση [Constitutional argumentations for the constitutional reform]*, Athens, Αντ. Ν. Σάκκουλας, 1999, p. 33.

¹⁶¹³ VENIZELOS E., *Το αναθεωρητικό πεπλημένο. Το Συνταγματικό Φαινόμενο στον 21ο Αιώνα και η Εισφορά της Αναθεώρησης του 2001 [The Amendment's Achievement. The Constitutional Phenomenon in the 21st Century and the Contribution of the Amendment of 2001]*, *op. cit.*, p. 92.

¹⁶¹⁴ MANTZOUFAS P., « Ασφάλεια και πρόληψη στην εποχή της διακινδύνευσης [Security and prevention in the age of risk] », *Τόμος τιμητικός του Συμβουλίου της Επικρατείας - 75 χρόνια*, Thessaloniki, Σάκκουλας, 2004, p. 55. V., plus généralement, CONTIADES X., *Ο νέος συνταγματισμός και τα θεμελιώδη δικαιώματα μετά την αναθεώρηση του 2001 [The new constitutionalism and fundamental rights after the 2001 reform]*, *op. cit.*

¹⁶¹⁵ PARARAS P., « Κριτικό Σημείωμα - Recension X. Contiades (Ed.), *Engineering Constitutional Change. A Comparative Perspective on Europe, Canada and the USA* », *ΛτΑ*, 2012, vol. 55, p. 899 ; V. aussi ALIVIZATOS N., « Συνολική αποτίμηση του αναθεωρητικού εγχειρήματος [Overall evaluation of the amendment] », D. TSATSOS, E. VENIZELOS et X. CONTIADES (dir.), *Το νέο Σύνταγμα [The new Constitution]*, Athens; Komotini, Αντ. Ν. Σάκκουλας, 2001, p. 446.

« une vision technique-juridique stérile à la politique constitutionnelle ardente¹⁶¹⁶ ». Le ton scientifique qu’acquiert le langage de la proportionnalité en droit public grec exprime également cet esprit technocratique. Appliquée comme un test d’efficacité et de rationalité dans la jurisprudence du Conseil d’État, la proportionnalité annonce une vision instrumentale du droit et des règles juridiques.

Proportionnalité contre savoir local. Toutefois, le ton scientifique de la proportionnalité ne semble pas toujours convaincre les juristes locaux. L’application du principe par le Conseil d’État est souvent perçue comme une instance de « relativisme herméneutique¹⁶¹⁷ ». Alors que la proportionnalité prospère dans un contexte d’optimisme épistémologique et de foi institutionnelle, le fonctionnement de la Constitution en Grèce est caractérisé par la méfiance. D’ailleurs, plus généralement, les juristes grecs ne semblent pas convaincus de la rhétorique de modernisation accompagnant la réforme de 2001¹⁶¹⁸. Ils ne sont pas non plus très optimistes en ce qui concerne la capacité de la nouvelle interprétation de l’article 14, paragraphe 9, à atteindre son but de prévention de la corruption. Ce qui fait Antonis Manitakis conclure que l’amendement de l’article 14 a été « inopérant et illusoire¹⁶¹⁹ ». Dans ce contexte de pessimisme constitutionnel et de méfiance institutionnelle, la proportionnalité se trouve privée de sa fonction. Outil scientifique en manque de science, elle déplace un « savoir local », qui a pendant longtemps préservé la crédibilité de la Constitution¹⁶²⁰.

Une lecture attentive des décisions sur l’affaire de l’« actionnaire majeur » montre que la réinterprétation de l’article 14, paragraphe 9, passe par une reformulation des buts de la disposition constitutionnelle. En 2004, le but préventif des incompatibilités avait été largement défini : les juges avaient identifié comme « but primaire » des dispositions « la prévention de la création des conditions qui pourraient provoquer un danger d’exercice d’une telle influence illégitime, qui est particulièrement dommageable pour l’intérêt public¹⁶²¹ ». Au contraire, selon la décision 3471/2011, les incompatibilités définies par la Constitution ne visent « que l’influence illégitime concrète qui peut s’exercer dans le cadre d’une procédure de marché public, avec

¹⁶¹⁶ SOTIRELIS G., *Σύνταγμα και δημοκρατία στην εποχή της παγκοσμιοποίησης [Constitution and democracy in the age of globalization]*, Athens, Αντ. Ν. Σάκκουλας, 2000, p. 53- 54.

¹⁶¹⁷ VENIZELOS E., « Ερμηνευτικός σχετικισμός, δικονομικοί καταναγκασμοί, δογματικές αντιφάσεις και πολιτικά διλήμματα στη νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας για τις σχέσεις εθνικού συντάγματος και ευρωπαϊκού κοινοτικού δικαίου [Hermeneutic relativism, procedural constraints, doctrinal inconsistencies and political dilemmas in the Council of State case law on the relationship between the national Constitution and European Community law] », *Εφ.Π.*, 2008, n° 1, p. 85 ; NIKIFOROS D., « Η αναλογικότητα ως διάμεσος της εθνικής και της ενωσιακής έννομης τάξης [Proportionality as an intermediary between the domestic and the EU legal order] », *op. cit.*

¹⁶¹⁸ V. ALIVIZATOS N., *Ο αβέβαιος εκσυγχρονισμός και η θολή συνταγματική αναθεώρηση [Uncertain modernization and vague constitutional reform]*, *op. cit.*

¹⁶¹⁹ V. MANITAKIS A., « Οι θεσμικές παρενέργειες της «πόθεσης του Βασικού Μετόχου» [The institutional side-effects of the “Major Shareholder affair”] », *op. cit.*, section Ib.

¹⁶²⁰ V. GEERTZ C., « Local Knowledge: Fact and Law in Comparative Perspective », *op. cit.*, p. 215. Selon cet auteur : « law comes to describing a particular course of events and an overall conception of life in such a way that the credibility of each reinforces the credibility of the other. Any legal system that hopes to be viable must contrive to connect the if-then structure of existence, as locally imagined, and the as-therefore course of experience, as locally perceived, so that they seem but depth and surface versions of the same thing. »

¹⁶²¹ *Ibid.*

l'intention d'obtenir la passation d'un contrat¹⁶²². » C'est ce cas spécifique d'influence délibérée qui a été identifié comme la cible des restrictions constitutionnelles, et pas la création des conditions qui pourraient provoquer un danger de corruption. En 2011, le but des incompatibilités définies par la Constitution a été concrétisé pour devenir beaucoup moins préventif. Il a été transformé en un *objectif*, en une « réalité projetée¹⁶²³ ».

C'est la reformulation du but de la Constitution qui a permis au Conseil, en vertu du principe de proportionnalité, de limiter le champ d'application de la disposition en cause aux tentatives de corruption concrètement constatées. Sous l'empire de cette nouvelle interprétation de l'article 14, paragraphe 9, la prévention a lieu à un stade postérieur, ce qui semble aller à l'encontre de la croyance des juges administratifs, exprimée dans les décisions antérieures, que l'institution des sanctions *ex post* serait inefficace et viderait la disposition constitutionnelle de son contenu. Le principe européen de la proportionnalité impose non seulement une nouvelle interprétation des dispositions constitutionnelles et de leur but, mais aussi une vision particulière de ce qui constitue une sanction effective dans la lutte contre la corruption.

En effet, la foi dans l'efficacité des sanctions *ex post* résulte d'une nouvelle croyance dans la possibilité d'établir une connaissance certaine des faits en matière de corruption. Dans les décisions 3242/2004 et 3670/2006, les juges avaient décrit en détail l'image qu'ils avaient de l'influence illégitime des médias. Selon les termes utilisés dans ces décisions, telle influence se manifeste dans des interventions illégitimes lors des procédures de passation des contrats publics qui « sont normalement opaques et se combinent avec la ligne généralement suivie par ces médias et leur positionnement sur des questions d'actualité politique¹⁶²⁴. » En ce qui concerne le caractère irréversible de la présomption que les conjoints ou les parents font office d'intermédiaires des personnes couvertes par les incompatibilités, la décision 3242/2004 l'avait justifié en faisant appel aux conditions particulières qui prévalent en ce qui concerne les relations familiales en Grèce :

« comme le démontrent les données empiriques, particulièrement en ce qui concerne les conditions sociales dominantes en Grèce, des relations spéciales de dépendance sont constituées entre parents, qui n'ont pas seulement un caractère économique, mais sont aussi fondées sur divers facteurs sociaux, et même psychologiques, et qui prennent ainsi la forme de rapports d'influence informelles très difficiles à établir¹⁶²⁵. »

Les *dicta* du Conseil dans ces décisions expriment une espèce de « superstition » locale selon laquelle l'influence politique des médias est souvent illégitime et les relations familiales en Grèce sont toujours une source d'influence informelle. Cette

¹⁶²² StE (Ass.) 3471/2011, précitée, para. 13.

¹⁶²³ MARZAL YETANO A., *La dynamique du principe de proportionnalité: Essai dans le contexte des libertés de circulation du droit de l'Union européenne*, Paris I, 2013, p. 104.

¹⁶²⁴ StE 3242/2004, précitée, para. 14.

¹⁶²⁵ *Ibid.* V. aussi StE (Ass.) 3670/2006, précitée, para. 15, opinion dissidente.

superstition, fondée sur ce qui est généralement mentionné dans la décision comme des « données empiriques » et sur le fait que les rapports d'influence entre les membres de la même famille sont « très difficiles à établir », ne concerne que les « conditions sociales dominantes en Grèce » et pas les démocraties constitutionnelles plus généralement. Au contraire, dans la décision 3471/2011, la peur de la corruption a été concrétisée et la méfiance vis-à-vis des médias rationalisée. Seule « l'influence illégitime concrète qui peut s'exercer dans le cadre d'une procédure de marché public, avec l'intention d'obtenir la passation d'un contrat », est considérée nuisible au fonctionnement du régime démocratique. Cette limitation du champ d'application de la disposition constitutionnelle repose sur la croyance du Conseil dans la possibilité de « prouver avec certitude » l'influence illégitime lors de la procédure de marchés publics et dans la capacité des autorités administratives compétentes à le faire¹⁶²⁶.

Ce n'est pas la première fois que la proportionnalité en tant que science européenne déplace les « superstitions » locales. En 1997, le gouvernement a soumis le remboursement des dépenses médicales pour des traitements à l'étranger à une condition d'approbation par les organismes de sécurité sociale. La loi prévoit toutefois que les organismes en cause sont tenus d'approuver, dans les cas où les services de santé à l'intérieur du pays auraient été insuffisants pour le traitement de la maladie en cause. En 2001, le tribunal administratif d'Athènes a été saisi de la compatibilité de ces dispositions aux libertés de circulation du droit communautaire. Le juge a suivi la jurisprudence de la CJCE en la matière : après avoir constaté une entrave à la circulation, il déclare que celle-ci doit être justifiée par des raisons d'intérêt public conformément au principe de proportionnalité, entendu comme une exigence d'appropriation et de nécessité stricte. Le tribunal administratif continue en précisant :

« L'appréciation de la possibilité de traitement médical à l'intérieur du pays [...] n'est pas exclusivement fondée sur les conceptions médicales qui dominent dans le pays, mais sur les données internationales de la science médicale, compte tenu de tout traitement testé et internationalement reconnu¹⁶²⁷. »

Ainsi, le principe de proportionnalité permet aux juges administratifs de substituer leur propre appréciation de la possibilité de traitement médical en Grèce à celle des organismes de sécurité sociales compétentes. Cette solution a été suivie par d'autres juridictions dans la jurisprudence postérieure¹⁶²⁸. Dans cette série de cas, la proportionnalité en tant qu'outil juridictionnel permet non seulement de garantir l'effet utile du droit communautaire, mais aussi l'autorité de la science médicale internationale dans la sphère juridique interne. Sa fonction est de censurer les

¹⁶²⁶ Phrase utilisée dans StE (Ass.) 3471/2011, précitée, para. 14 : « αν δεν αποδεικνύεται [...] ότι [...] το εν λόγω πρόσωπο [...] προέβη αποδεδειγμένα σε παράνομη ή αθέμιτη ενέργεια ». Analyse inspirée par GEERTZ C., « Local Knowledge: Fact and Law in Comparative Perspective », *op. cit.*, p. 171.

¹⁶²⁷ DPrAth 7287/2001 ΔΔΙΚΗ 2002, 736 (Tribunal administratif d'Athènes).

¹⁶²⁸ Sur cette jurisprudence, V. KATROUGKALOS G., « Αρχή της αναλογικότητας και κοινωνικά δικαιώματα [The principle of proportionality and social rights] », ΔΤΑΤΕΣ IV, 2006, p. 150.

« conceptions médicales » locales qui ne se conforment pas aux « données internationales de la science médicale ».

En transformant le droit en science, la proportionnalité postule son hégémonie par rapport à d'autres types de discours scientifique¹⁶²⁹. Sa mission est d'étendre l'envergure du droit pour « conquérir et "civiliser" des zones qui lui étaient externes et des filières qui appartiennent au royaume de l'opportunité¹⁶³⁰ ». Il n'en reste pas moins que la science dont la proportionnalité est vectrice n'est pas une science constitutionnelle locale. Le contenu de la proportionnalité est défini en dehors des frontières grecques, en Europe, et notamment au Luxembourg. Ce qui préserve la normativité de l'ordre constitutionnel interne est un élément qui relève de l'esthétique : c'est l'apparence de cohérence entre droit interne et droit européen et la représentation de la société grecque comme moderne et européenne qui en découle. Il semble que la réforme de 2001 a institué une nouvelle « *katharevousa politeia* », qui, comme ses prédécesseurs, rejette les « besoins indigènes » qui ne correspondent pas à son image moderne et européenne¹⁶³¹.

En Grèce, comme en France, la proportionnalité est une théorie qui prétend à l'exactitude scientifique. Son développement conceptuel est donc détaché de son application, des structures du contentieux public et du droit positif plus généralement. À la différence du contexte français, toutefois, l'utilisation de la proportionnalité en Grèce n'exprime pas l'imaginaire locale quant à la manière dont le droit est déterminé par son contexte. Au lieu de cela, la théorie de la proportionnalité dans ce contexte a pendant longtemps exprimé l'aspiration à un *avenir* local qui n'arrivait jamais. Les publicistes grecs ont aspiré à transformer leur régime politique en un régime européen et « civilisé » d'une part, et la société grecque elle-même en une société européenne et « civilisée » d'autre part. Cet avenir local imaginé a été poursuivi au moyen de l'importation de règles et de méthodes juridiques étrangères. Dès lors, depuis son émergence dans ce contexte, la proportionnalité désigne un transplant juridique importé de l'Europe. Son transfert fait partie d'un processus plus général d'acculturation constitutionnelle. En ce sens, le langage de la proportionnalité suit des tendances de la culture juridique locale préexistantes à son apparition et des chemins traditionnels de changement juridique.

Le processus d'acculturation constitutionnelle s'est finalement achevé avec la réforme constitutionnelle de 2001 et la consécration du paradigme européen des droits de l'homme dans la Constitution grecque. Désormais, la proportionnalité est appropriée par les juristes locaux comme un acquis de leur civilisation constitutionnelle. Elle exprime leur vision de la capacité du droit à agir sur son contexte. L'application de la proportionnalité est déconnectée de la réalité sociale et

¹⁶²⁹ Analyse inspirée par TEUBNER G., « *Altera Pars Audiatur: Law in the Collision of Discourses* », R. RAWLINGS (dir.), *Law, Society and Economy*, Oxford ; New York, OUP, 1997, p. 149- 176.

¹⁶³⁰ MANITAKIS A., « Πρόλογος [Preface] », *op. cit.*, p. 20.

¹⁶³¹ DROSSOS Y., *Δοξίμο ελληνικής συνταγματικής θεωρίας [Essay on Greek constitutional theory]*, *op. cit.*, p. 116 s., not. p. 174-5.

des conceptions locales de la causalité et de l'efficacité. En tant que science européenne, la proportionnalité est hégémonique. Elle déplace d'autres méthodes de raisonnement juridique et brouille les limites constitutionnelles. Sa fonction principale est d'établir la cohérence, si précieuse pour les juristes locaux, entre l'ordre juridique interne et l'ordre juridique européen. Son utilisation représente la Constitution grecque comme une Constitution idéale et moderne et lie la Grèce à ses modèles européens, tout en rejetant les besoins et les particularités locaux. Cette fonction symbolique ou même esthétique est caractéristique de l'argumentation constitutionnelle dans ce contexte, du moins jusqu'à la crise de la zone euro.

Conclusion de la deuxième partie

La proportionnalité et la négociation de l'autonomie du droit

La fonction expressive de la proportionnalité. L'étude des différences dans l'usage de la proportionnalité par les juristes français, anglais et grecs met en lumière des caractéristiques importantes de leurs cultures respectives. À travers les frontières des systèmes, le sens de la proportionnalité change pour s'adapter aux critères locaux d'évaluation des arguments juridiques et aux attentes spécifiques attachées à son utilisation. Elle remplit une fonction qui est parfois très différente de celle qu'elle accomplit dans le modèle global ou dans le constitutionnalisme allemand. La proportionnalité devient une théorie juridique française qui prétend à l'exactitude scientifique, un outil rationnel mis au service de la construction d'un droit public anglais ou un transplant pour l'eupéanisation de l'État grec. Les sens différents de la proportionnalité rendent moins énigmatique la divergence dans son usage observée dans la première partie.

En effet, si l'influence allemande ou européenne est toujours présente dans la diffusion de la proportionnalité, elle ne détermine pas pour autant la signification de celle-ci. Bien qu'ils utilisent les termes d'un langage transnational, les acteurs locaux poursuivent des buts qui sont conçus dans leur propre culture juridique. Ainsi, précisément en raison de son caractère transnational, la proportionnalité acquiert une fonction expressive. La façon dont son sens, sa forme et sa fonction varie à travers les différents contextes, malgré la similitude apparente du vocabulaire utilisé, agit comme un révélateur de la logique propre des discours juridiques locaux. Elle révèle les modes de raisonnement, les mentalités, les tabous et les mythes, mais aussi les ambitions et les attentes propres aux acteurs locaux. Elle traduit également des modes locaux de changement juridique.

La proportionnalité contrainte par la tradition libérale. Dans les contextes étudiés, la proportionnalité est insérée dans un discours qui se veut autonome. En effet, les acteurs locaux distinguent traditionnellement le raisonnement juridique du raisonnement politique, moral, religieux ou économique. Dans leurs traditions positivistes, l'étude du droit tel qu'il est est perçue comme différente de l'étude du droit tel qu'il devrait être, et doit être faite sans recours à des évaluations morales ou à des appréciations politiques. La préservation de l'autonomie du droit semble être un enjeu important pour les juristes français, anglais et grecs¹⁶³². Cela rend l'argumentation juridique dans ces contextes très différente du raisonnement pratique décrit par Robert Alexy. Le rôle décisif que jouent les sources juridiques formelles dans le raisonnement des juges français et dans le *common law* a pendant longtemps empêché l'application explicite de la proportionnalité dans ces contextes. D'ailleurs, si la proportionnalité a été reçue avec enthousiasme par les publicistes grecs comme

¹⁶³² Jacco Bomhoff voit là un enjeu qui est commun dans les systèmes juridiques occidentaux, in « Comparing Legal Argument », *op. cit.*

un transplant permettant la protection des droits fondamentaux, son usage n'a pas répondu aux attentes qu'elle avait suscitées.

Les similarités entre les cultures juridiques étudiées ne sont pas tant le résultat de l'adoption du « paradigme rationnel des droits de l'homme » que de la perception majoritaire de la démocratie qui sous-tend leurs concepts et distinctions fondamentaux. En effet, en France, en Angleterre et en Grèce, le caractère démocratique du processus de décision publique, assuré par des règles institutionnelles et procédurales, est traditionnellement censé suffire pour définir légitimement l'intérêt général, notion qui échappe ainsi à la technique juridique et au contrôle du juge. Le raisonnement pratique, même lorsqu'il porte sur des valeurs constitutionnelles, est perçu comme externe au raisonnement juridique. Quand la mise en balance n'est pas totalement absente du raisonnement juridique, elle correspond à un rituel qui sert à la reconstruction de l'intention des autorités publiques conformément à la constitution. Le droit ne remplit pas une fonction d'intégration sociale comme il le fait dans le contexte du constitutionnalisme allemand. L'intégration sociale et la conciliation des valeurs concurrentes restent le domaine du législateur. Pendant longtemps, la proportionnalité a été pensée comme une exigence de raisonnable ou de bonne administration, alimentée par une suspicion libérale vis-à-vis de l'exécutif. Ainsi, si son utilisation en France, en Angleterre et en Grèce exprime une civilisation constitutionnelle européenne commune, il s'agit plutôt d'une civilisation de neutralité libérale et non d'une civilisation des droits fondamentaux.

Des versions différentes du formalisme juridique. Bien que l'affirmation de l'autonomie du droit soit commune aux systèmes étudiés, cette autonomie est préservée et justifiée de différentes manières. La préservation de l'autonomie du droit s'appuie sur des narrations communément partagées par les acteurs locaux. Telles que les mythes, ces narrations sont des histoires qui permettent de saisir le présent, le passé et le futur du droit, de la société et de la puissance publique. Elles reflètent souvent une image idéalisée des systèmes politiques et sociaux dans lesquels elles sont développées¹⁶³³. Ces narrations locales sous-tendent et sont sous-tendues par des concepts, des distinctions, des rituels, des représentations et des tabous, propres aux discours juridiques concernés, qui contraignent l'usage de la proportionnalité. Ainsi, la proportionnalité exprime des versions différentes du formalisme juridique.

i. Formalisme comme dogmatisme. En France, l'autonomie du droit, dans le sens de son isolation de considérations politiques et morales, est liée à une perception volontariste de la production normative et à l'idéalisation du Législateur et de l'État. Ces traits de la pensée juridique française, hérités de la Révolution de 1789, sont précieux pour les juristes locaux car ils sont perçus comme opposés à la tradition de l'Ancien Régime. Des observations similaires valent dans le contexte

¹⁶³³ Cette analyse est inspirée par LÉVI-STRAUSS C., « The Structural Study of Myth », *op. cit.*, p. 430. V. aussi KENNEDY D., « American Constitutionalism as Civil Religion: Notes of an Atheist », *Nova L. Rev.*, 1995, vol. 19, p. 908.

grec, où l'idéalisation des autorités publiques est liée à l'histoire turbulente du pays et au rêve partagé d'un régime démocratique stable et fonctionnel, à l'instar des démocraties constitutionnelles occidentales. Dans les contextes français et grec donc, la loi est censée exprimer la volonté générale. Elle est, par définition, au service de l'intérêt général. Les choix de la majorité sur des questions politiques, sociales ou autres, lorsqu'ils sont revêtus de la majesté de loi, sont traditionnellement conçus comme infaillibles. En d'autres termes, dans la pensée juridique française et grecque, les formes juridiques incorporent des jugements de valeur.

Cette fusion entre valeurs matérielles et formes juridiques confère au droit un statut quasi-sacré. Le raisonnement juridictionnel se focalise sur l'interprétation des règles juridiques générales et abstraites et ressemble à un rituel conduisant à la « consécration » des principes et à leur application dans des situations concrètes. Dans ce cadre, loin d'être un Socrate moderne, le juge est représenté comme un agent public modeste et consciencieux à la recherche du « vrai » sens du principe de légalité et de ses manifestations concrètes dans les circonstances de chaque affaire. La proportionnalité fait partie du principe de légalité ; elle est perçue comme une valeur, un idéal ou un principe qui caractérise le processus de décision publique et qui est inhérent à la législation. Il en résulte que son rôle dans le contrôle de constitutionnalité est donc très limité.

Jacco Bomhoff observe une aspiration similaire à la synthèse entre formes juridiques et valeurs matérielles dans le contexte du constitutionnalisme allemand¹⁶³⁴. Toutefois, alors qu'en Allemagne cette tendance conduit à l'inclusion des considérations politiques ou morales dans le raisonnement juridique et dans les décisions du TCFA, en France et en Grèce, elle revêt la forme du dogmatisme. Les choix de valeur incorporés dans la loi sont traditionnellement conçus comme se situant en dehors du contrôle du juge ; ils sont affirmés par celui-ci comme s'il s'agissait de faits positifs. Le principe de proportionnalité fait partie de ces choix de valeur et son application consiste en sa simple affirmation. Sa forme est donc très différente de la structure de raisonnement décrite par la littérature transnationale en la matière.

En droit administratif, le dogmatisme du contrôle du juge se manifeste dans la distinction entre motifs et contenu des actes administratifs qui, encore une fois, contraint l'usage de la proportionnalité et la prive de sa radicalité. En France, le contrôle juridictionnel des faits est traditionnellement limité aux conditions fixées par la loi pour l'exercice du pouvoir de l'administration, aux *motifs* de fait de l'acte administratif, et ne concerne pas le *contenu* des décisions administratives. Le contrôle du contenu des actes administratifs pour violation de la loi est donc un contrôle abstrait, une confrontation des normes dans laquelle les faits n'ont qu'un rôle très limité. Cela vaut aussi en droit administratif grec, où la délimitation des pouvoirs du juge correspond à la distinction entre le « *si* » et le « *comment* » du pouvoir de l'autorité

¹⁶³⁴ BOMHOFF J., *Balancing Constitutional Rights: The Origins and Meanings of Postwar Legal Discourse*, Cambridge ; New York, CUP, coll. « Cambridge studies in constitutional law », 2013, p. 217 s.

contrôlée. Ces distinctions traditionnelles bornent considérablement le potentiel de la proportionnalité. Cela peut expliquer que, pendant longtemps, son application dans la jurisprudence française a été marginale, essentiellement circonscrite en matière d'expropriation. Si la proportionnalité a eu un rôle plus important en droit grec, elle n'a pas pour autant révolutionné les méthodes du juge. Dans ce contexte, elle correspond à un principe d'équité qui se traduit par des exigences accrues de motivation, de procédure ou de preuve.

ii. Formalisme analytique. De façon quelque peu différente, ce qui préserve l'autonomie du droit dans le contexte anglais est le formalisme analytique. Celui-ci se manifeste dans l'absence de normes de référence pour l'exercice du contrôle matériel de l'administration, ce que les juristes locaux appellent l'économie du *common law* sur les questions de principe. La proportionnalité comme principe protecteur des droits de l'homme n'a pas été épargnée de cette économie, d'autant plus que le *common law* ne comprend pas traditionnellement de tels droits. En effet, selon la narration Whig de l'histoire, le processus de décision démocratique a pendant longtemps protégé les libertés civiles dans le Royaume-Uni, sans qu'il n'ait été besoin de reconnaître solennellement ces libertés dans une constitution écrite ou une déclaration des droits. L'application de la proportionnalité a donc été circonscrite dans le champ d'application du droit européen. La différence entre les principes et les standards applicables en droit européen et en droit interne n'est pas un problème pour les juristes locaux, qui accordent peu d'importance à la cohérence matérielle du droit.

En effet, en Angleterre le mythe est externe au droit et consiste en l'idéalisation du processus politique. Le droit est typiquement représenté comme un ensemble disparate de commandements, qui s'imposent également à l'action publique et privée. Le procès juridictionnel est représenté comme un jeu où le juge, imaginé comme un arbitre impartial, applique des règles procédurales et formelles à des joueurs individuels. Alors qu'en France et en Grèce, le procès de droit public dissout les intérêts privés dans la recherche de l'intérêt général, en Angleterre, cet intérêt général (et la proportionnalité comme une de ses composantes) est externe au droit. La légalité est l'univers des possibles offert aux acteurs individuels leur permettant de poursuivre leurs intérêts privés contre ceux d'autres acteurs. En France et en Grèce, le procès de droit public apparaît comme conjonctif : l'autorité publique et l'administré qui y participent, malgré l'asymétrie postulée de leurs pouvoirs et de leur légitimité, sont unis dans la recherche d'une vérité transcendante, dont la proportionnalité fait partie. Au contraire, le *judicial review* anglais est disjonctif : tout en étant égales, à la fin du procès les parties se distinguent en gagnants et perdants¹⁶³⁵. Il y a peu de place pour une théorie ou une science de la proportionnalité.

Des modes de changement locaux. Comme l'observe Jacco Bomhoff, l'autonomie du droit est constamment négociée par les acteurs locaux¹⁶³⁶. Ou, dans

¹⁶³⁵ Nous nous inspirons ici librement de l'analyse structurelle des jeux et des rites, in LÉVI-STRAUSS C., *La pensée sauvage*, Plon, 1962, p. 30 s.

¹⁶³⁶ BOMHOFF J., « Comparing Legal Argument », *op. cit.*, p. 88.

les termes de Gunther Teubner, tout système social est « structurellement couplé » à son contexte et utilise des influences externes, provenant du monde social, politique ou autre pour construire ou changer ses propres structures¹⁶³⁷. Le transfert de la proportionnalité fait partie de ce processus continu de négociation de l'autonomie du droit et suit les modes locaux de changement juridique et culturel. Ainsi, le contexte source de la proportionnalité correspond aux « *formants* » du savoir juridique local.

Dans le domaine du *judicial review* anglais, des considérations de justice ou d'équité ont été généralement incluses dans le raisonnement juridique au moyen de l'évolution incrémentale du *common law*. Ainsi, des exigences de justice procédurale (ce que les juristes locaux appellent *natural justice*) ont été progressivement affirmées et le chef d'illégalité a été raffiné pour inclure l'élimination des *errors of law* et le contrôle de la pertinence des considérations prises en compte par le décideur initial. Dans la célèbre décision *Wednesbury*, les cours se sont reconnues le pouvoir de procéder à une évaluation minimale des effets des décisions publiques, de leur justification objective ou – pour utiliser les termes des juristes anglais – de leurs *merits*. Néanmoins, ce pouvoir des juges n'étant utilisé que dans des cas extrêmes et très exceptionnels, le sens matériel du standard de *Wednesbury unreasonableness* est pendant longtemps resté quelque peu mystérieux. Si l'utilisation du langage de la proportionnalité dans l'application de ce standard a accentué son orientation vers les effets des décisions publiques, l'économie du *common law* a pendant longtemps contraint la dynamique de la proportionnalité dans les concepts et distinctions traditionnels du *judicial review*.

Dans le contexte français et grec, la fusion entre formes juridiques et valeurs matérielles provoque des tensions. Puisque le droit incorpore des choix d'ordre moral ou politique, l'opposition des acteurs locaux à ces choix se traduit le plus souvent par une contestation de l'autonomie du droit toute entière. Ainsi, une critique récurrente des solutions ou des arguments juridiques dans ce contexte consiste en l'exposition de leur caractère idéologique ou stratégique. D'ailleurs, il n'est pas rare que les juristes locaux reprochent à l'état du droit actuel un manque d'adaptation aux circonstances institutionnelles, économiques ou sociales. Cela conduit à l'élaboration d'un discours alternatif anti-formaliste, qui s'oppose au style formel dans lequel sont rédigés les textes juridiques officiels. Dans ce discours, la proportionnalité acquiert un rôle de plus en plus important.

C'est dans le discours alternatif de la doctrine française que la proportionnalité a été perçue initialement comme une règle en matière de finances, puis de science administrative et a été élaborée en tant que théorie juridique. En effet, la doctrine française puise souvent son inspiration dans d'autres disciplines, et notamment dans les sciences exactes, pour élaborer ses théories. Néanmoins, il n'est pas rare que ces théories, comme la proportionnalité, ne soient pas explicitement reconnues dans les textes juridiques officiels. Faisant partie d'un savoir juridique qui se veut scientifique, elles servent plutôt à la reconstruction de la jurisprudence et du droit positif en un système cohérent. Contrairement à la vision instrumentale et pragmatique du droit

¹⁶³⁷ TEUBNER G., « Two Faces of Janus », *op. cit.*, p. 1446.

qui imprègne le *common law*, en France le droit représente un système cohérent de connaissances communément partagées, une forme de sens commun ou de civilisation, sur lequel la vie en société est fondée.

Cette observation vaut aussi pour la Grèce. Toutefois, alors qu'en France la civilisation que reflète le droit est perçue comme acquise, en Grèce elle représente un idéal à atteindre. Dans ce contexte, c'est l'étude des systèmes étrangers et du droit européen qui inspire les théories des juristes grecs et qui forme le savoir juridique local. La transplantation est le mode de changement juridique par excellence, même si les transplants restent souvent inexécutés, de même que les théories grecques restent souvent déconnectées de la pratique. Avec d'autres doctrines et concepts juridiques importés, la proportionnalité est un transplant éternellement en cours qui représente le long processus d'acculturation de la Grèce à la civilisation constitutionnelle européenne. Cela explique l'enthousiasme des juristes locaux vis-à-vis de sa réception. Si elle déçoit les attentes qui lui sont attachées, son application possède néanmoins une valeur propre pour les juristes locaux, elle symbolise le processus d'europanisation.

L'application dogmatique de la proportionnalité. Une fois reçue, la proportionnalité est le plus souvent contrainte dans les structures traditionnelles du raisonnement juridique. Dans les systèmes de *civil law*, la tension entre la forme juridique et les valeurs matérielles qu'elle incorpore est gérée au moyen de la distinction structurelle entre buts et limites, identifiée par Constantinos Yannakopoulos dans le contexte grec¹⁶³⁸. En France et en Grèce, la Constitution est ouverte quant à la définition des *but*s de l'action publique. Traditionnellement, l'intérêt général est le but ultime de l'ordre constitutionnel ; il est impersonnel et défini par les autorités étatiques. La proportionnalité ne met pas en question ce but mais en fait partie. La fonction du droit est de fixer des *limites* qui s'imposent à l'exercice du pouvoir public. Ces limites sont fixées par la Loi et, dans un État de droit, par la Constitution. Elles sont censées être objectivement connaissables en application de règles juridiques et de techniques d'interprétation. Leur dépassement est sanctionné comme un excès de pouvoir à l'issue d'un procès juridictionnel engagé par les administrés.

Les droits constitutionnels aussi, formulés comme des libertés, posent des limites à l'exercice du pouvoir public, ce qui exclut leur invocation comme des buts constitutionnels – ou des exigences d'optimisation dans les termes de la théorie alexyenne – pour contester l'opportunité des décisions publiques. Les jugements d'ordre politique et moral sous-tendant l'action publique sont traditionnellement à l'abri du contrôle du juge. Dans ce contexte, les droits peuvent être imaginés comme des règles objectives et abstraites relatives à la répartition des compétences entre autorités étatiques. Ils correspondent à des impératifs d'abstention pour les autorités

¹⁶³⁸ YANNAKOPOULOS C., « Μεταξύ συνταγματικών σκοπών και συνταγματικών ορίων: η διαλεκτική εξέλιξη της συνταγματικής πραγματικότητας στην εθνική και στην κοινοτική έννομη τάξη [Entre buts constitutionnels et limites constitutionnelles: l'évolution dialectique de la pratique constitutionnelle dans l'ordre juridique national et communautaire] », *op. cit.*

publiques, qui doivent se garder de toute ingérence excessive dans leur champ protecteur, mais ils ne nécessitent pas l'intervention de ces autorités pour obtenir leur réalisation optimale.

La formulation des normes matérielles comme des limites contraint le juge dans sa mission institutionnelle et élimine le risque d'un gouvernement des juges. Elle fait partie des « *binding arrangements* » du droit avec la politique. Contrairement à la culture communautariste allemande, les cultures juridiques française et grecque sont traversées d'une méfiance vis-à-vis du pouvoir judiciaire. Le droit incorpore des considérations d'ordre politique, économique et social seulement dans la mesure où elles peuvent prétendre à l'objectivité des limites juridiques, ce qui explique la recherche continue de l'objectivité et de l'exactitude des arguments juridiques dans le contexte français et grec. Dans la jurisprudence française, la proportionnalité a pendant longtemps été réduite à une exigence « millimétrée » de proportion, exigence qui n'impliquait pas de jugements de valeur. Comme l'observe Pierre Legrand « les numéros sont des symboles de précision, d'exactitude et d'objectivité. Ils indiquent une sélection mécanique, dictée par la nature des choses, même si tout décompte implique un jugement et un pouvoir discrétionnaire¹⁶³⁹. »

Avec le temps, les juges s'approprient progressivement la théorie de la proportionnalité. Néanmoins, le dogmatisme traditionnel et la suspicion vis-à-vis du pouvoir juridictionnel conduisent à l'adoption d'une version particulière de la proportionnalité, qui ne remet pas en cause le monopole des autres branches du pouvoir sur les jugements de valeur. Cette version, que l'on peut nommer dogmatique comprend typiquement un contrôle du rapport entre moyens et fins de l'action publique sans une mise en balance explicite des valeurs concurrentes. Elle s'analyse en une exigence de nécessité, de raisonnable ou d'équité, adressée à la puissance publique. La connexion de la proportionnalité en tant que principe général du droit à la protection des droits n'est que secondaire. La fonction du contrôle de proportionnalité est l'élimination des décisions arbitraires. Ce n'est que dans des cas exceptionnels qu'il conduit à la censure de la décision contrôlée, l'intervention du juge étant habituellement réservée à des cas de disproportion manifeste. Des éléments importants de la théorie alexyenne de la proportionnalité, comme le test structuré en étapes, ne sont pas considérés comme décisifs par les acteurs juridiques locaux. La proportionnalité est un idéal, un but de l'action publique, et les droits sont des moyens pour soumettre sa poursuite au contrôle minimal du juge.

Une application déviante ? L'application dogmatique de la proportionnalité en France et en Grèce s'éloigne considérablement de la théorie alexyenne, en ce qu'elle exclut le but d'intérêt général du contrôle du juge. En effet, dans le modèle global de la proportionnalité, la définition de cet intérêt lui-même résulte de la mise en balance structurée des droits constitutionnels. Dans sa version dogmatique, la proportionnalité déçoit donc les attentes quant à la transparence de la justification des décisions de justice et à l'optimisation du bien commun, que la littérature du

¹⁶³⁹ LEGRAND P., « The Same and the Different », *op. cit.*, p. 247.

constitutionnalisme global attache à son utilisation. Elle n'entraîne de changements radicaux ni dans les méthodes de raisonnement juridictionnel ni dans les résultats du contrôle du juge. En effet, il semble qu'une perception des droits proche du « paradigme rationnel des droits de l'homme » soit parmi les conditions de félicité de la théorie de proportionnalité. Kai Möller a donc raison d'observer que « la proportionnalité n'est pas qu'un standard de contrôle mais fait partie intégrante de toute une conception des droits¹⁶⁴⁰ ».

Cela étant, il serait erroné de caractériser cette version de la proportionnalité comme une application déviante ou imparfaite du concept, puisqu'elle est très proche de la version originale du principe en droit administratif prussien. En effet, Moshe Cohen-Eliya et Iddo Porat mettent en lumière que, dans son contexte source, la proportionnalité était perçue comme incompatible avec un raisonnement de mise en balance¹⁶⁴¹. Elle désignait une exigence générale de raisonnable, promue par les formalistes pour éliminer tout pouvoir arbitraire de l'administration. En tant que telle, elle n'était adressée qu'aux autorités étatiques et elle impliquait un contrôle sur les moyens de l'action publique¹⁶⁴². Cette version dogmatique de la proportionnalité a persisté même après le transfert du principe dans la jurisprudence du TCFA¹⁶⁴³. En effet, Jacco Bomhoff remarque que, dans ses premières utilisations en droit constitutionnel allemand, la métaphore de la mise en balance n'était pas nécessairement liée à la proportionnalité¹⁶⁴⁴.

Dans la célèbre affaire *Mephisto*, le TCFA a même invoqué la proportionnalité en tant que principe du droit public pour l'opposer à la mise en balance des intérêts en droit privé¹⁶⁴⁵. Selon les termes utilisés par les juges constitutionnels allemands :

« Il est vrai que le Tribunal constitutionnel fédéral a souligné à plusieurs reprises que le principe de proportionnalité a un rang constitutionnel et doit donc être pris en compte à chaque fois qu'une autorité étatique empiète sur la sphère de liberté des citoyens. Mais le cas d'espèce ne comprend pas un tel empiètement. Les cours devaient simplement statuer sur une revendication d'un citoyen contre un autre, fondée sur le droit privé [...]. La fonction principale du droit privé est de

¹⁶⁴⁰ MÖLLER K., « US Constitutional Law, Proportionality, and the Global Model », *op. cit.*, p. 131.

¹⁶⁴¹ Sur ce point, V. COHEN-ELIYA M. et I. PORAT, *Proportionality and Constitutional Culture*, *op. cit.*, p. 24 s. ; COHEN-ELIYA M. et I. PORAT, « American balancing and German proportionality: The historical origins », *International Journal of Constitutional Law*, 2010, vol. 8, n° 2, p. 263-286.

¹⁶⁴² En contraste avec les courants formalistes de leur époque, défendant la logique, la subsumption et la déduction, les adeptes de l'*Interessenjurisprudenz* et du *Freirechtsschule* percevaient le raisonnement juridique et l'interprétation comme un exercice de mise en balance des intérêts concurrents. Toutefois, ces auteurs ne faisaient pas référence à la proportionnalité. V. BOMHOFF J., « Genealogies of Balancing as Discourse », *op. cit.*, p. 123 s.

¹⁶⁴³ (1954) 3 BVerfGE, 383 : dans son examen de proportionnalité dans cette affaire, le TCFA cite sa jurisprudence antérieure concernant le principe de nécessité. V. GRIMM D., « Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence », *op. cit.*, p. 385, note 10. V. aussi KENNEDY D., « A Transnational Genealogy of Proportionality in Private Law », *op. cit.*

¹⁶⁴⁴ V., par exemple, la décision *Lüth* (1958) 7 BVerfGE 198, (B.II.4), citée et traduite en anglais par KOMMERS D., *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, *op. cit.*, p. 447. Sur ce point, V. BOMHOFF J., *Balancing Constitutional Rights: The Origins and Meanings of Postwar Legal Discourse*, *op. cit.*, p. 87 s.

¹⁶⁴⁵ *Mephisto* (1971) 30 BVerfGE 173.

résoudre des conflits d'intérêts entre personnes qui jouissent d'un statut juridique égal, de la manière la plus appropriée possible¹⁶⁴⁶. »

Ces *dicta* trahissent une conception du droit et des libertés publiques qui est très différent du « paradigme rationnel des droits de l'homme ». Dans celui-ci l'application de la proportionnalité et des droits fondamentaux, des éléments d'un ordre constitutionnel qui se veut « total, » transcende la distinction entre droit public et droit privé. Au contraire, la version de la proportionnalité qui sous-tend le raisonnement du TCFA s'adresse à la puissance publique et n'implique pas une mise en balance des intérêts concurrents. Elle se rapproche ainsi de la version dogmatique de la proportionnalité appliquée en France et en Grèce. Autrement dit, la version traditionnelle de la proportionnalité en droit français et grec n'est ni erronée ni déviante, elle est simplement *une* façon d'utiliser le langage de la proportionnalité parmi d'autres. Les acteurs juridiques locaux ont choisi cette version parce que c'est celle qui était la plus utile pour atteindre leurs buts.

Le « bagage » de la proportionnalité : des versions différentes de la rationalisation. Bien qu'intégrée dans la culture juridique hôte, la proportionnalité reste un transfert. En tant que tel, elle est accompagnée d'un « bagage » culturel, qui correspond aux sources d'inspiration des acteurs locaux. Les attentes attachées à son importation sont liées à la négociation par ces acteurs de l'autonomie du droit et à leurs efforts d'étendre le champ de celui-ci¹⁶⁴⁷. Dans les contextes étudiés, la proportionnalité est mobilisée par des narrations alternatives aux mythes dominants et elle acquiert une fonction de rationalisation. Puisque ces narrations sont construites en opposition à l'orthodoxie propre de chaque contexte, elles varient considérablement et attribuent un contenu différent au langage de la proportionnalité. Leur point commun est l'idéalisation du pouvoir judiciaire, un élément qui transpire aussi dans le modèle global de la proportionnalité et sa représentation du juge comme un Socrate moderne. En effet, la diffusion de la proportionnalité en France, en Angleterre et en Grèce exprime et renforce la confiance des acteurs locaux dans les cours comme des institutions aptes à définir et à réaliser l'intérêt général.

i. La rationalisation comme administrativisation. Dans le contexte français, la dynamique de la proportionnalité repose sur sa fonction de rationalisation de la volonté normative du législateur et des autorités étatiques. En tant que théorie de la doctrine, la proportionnalité fait partie du mythe de l'adaptation du droit au fait et renforce la croyance des juristes locaux dans la possibilité de faire du droit une science fondée sur l'observation des faits et guidée par les lois de causalité. La dynamique rationalisante de la proportionnalité fait disparaître les « fantômes » qui hantent traditionnellement le contrôle juridictionnel et déconstruit les distinctions traditionnelles, comme celle entre motifs et contenu de l'acte administratif. Ainsi, la

¹⁶⁴⁶ *Ibid.*, IV. 2, cité et traduit en anglais par KOMMERS D., *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, op. cit., p. 358 s.

¹⁶⁴⁷ BOMHOFF J., « Comparing Legal Argument », *op. cit.*, p. 87 s.

proportionnalité génère la transformation conceptuelle de l'erreur manifeste en un standard qui permet au juge de procéder à un contrôle concret du contenu des décisions publiques. Des observations similaires valent dans le contexte grec depuis 2001, où la proportionnalité est appliquée comme un test d'efficacité rationalisant. En tant que tel, elle bouleverse les distinctions traditionnelles délimitant le pouvoir du juge dans et conduit à un contrôle intrusif de la loi.

Faisant appel au sens commun et à la raison, la proportionnalité s'assigne une fonction de rationalisation des jugements de valeur, fonction similaire à celle qu'elle devrait avoir dans une « culture de justification ». En effet, comme le montre l'analyse de la décision *Entreprises de presse* et de la jurisprudence grecque sur les licences de pharmacies, tout en étant un test objectif, la proportionnalité ne porte pas sur les effets des décisions publiques mais sur leur motivation. L'objectivité du contrôle de proportionnalité repose sur l'appréciation scientifique du rapport entre moyens et fins de l'action publique qu'il implique. La diffusion de la proportionnalité dans les contextes français et grec est donc liée à la croyance dans l'existence de qualifications juridiques objectives. Comme nous l'avons relevé dans l'introduction de cette partie, cet « optimisme épistémologique » des juristes continentaux se retrouve également dans les écrits allemands. La croyance dans la scientificité des qualifications juridiques sous-tend aussi certains écrits des théoriciens de la proportionnalité. David Beatty, pour ne prendre que l'exemple le plus flagrant, défend la proportionnalité comme la règle ultime de toute constitution, ce qui obligerait les juges à procéder à une considération minutieuse des faits dans chaque affaire. Selon cet auteur, « les mots peuvent rarement, si jamais, obtenir l'objectivité et la neutralité qui caractérise les appréciations factuelles¹⁶⁴⁸ ».

Toutefois, tandis que les juristes allemands confient au TCFA la mission de concrétiser l'ordre des valeurs consacré dans la Constitution, les juristes français et grecs ne partagent pas cette confiance dans la capacité des juges à optimiser les valeurs sociétales. La diffusion de la proportionnalité dans les systèmes continentaux étudiés n'est pas liée à l'ouverture du droit au raisonnement moral, comme le professe la théorie alexyenne. Au lieu de cela, elle exprime et renforce une vision technocratique du processus de décision politique, une « confiance croissante dans l'expertise et une formalisation aseptique des raisons juridiques¹⁶⁴⁹ ». Cela explique pourquoi, en droit français, la connexion récente de la proportionnalité au langage des droits fondamentaux provoque même la suspicion et la critique de la doctrine.

L'usage de la proportionnalité en droit français et grec illustre donc une tendance plus générale des systèmes juridiques occidentaux identifiée par Clifford Geertz : « les attentes grandissantes concernant la possibilité de connaître les faits et le potentiel que cette connaissance a de régler des problèmes insolubles¹⁶⁵⁰. » Le savoir juridique, fondé sur des appréciations factuelles, prétendument objectives,

¹⁶⁴⁸ BEATTY D., *The Ultimate Rule of Law*, op. cit., p. 72-73.

¹⁶⁴⁹ PERJU V., « Proportionality and freedom—An essay on method in constitutional law », op. cit., p. 367.

¹⁶⁵⁰ GEERTZ C., « Local Knowledge: Fact and Law in Comparative Perspective », op. cit., p. 171.

s'étend pour couvrir des sujets auparavant considérés comme inaccessibles pour les juristes locaux. Simultanément, l'autonomie du droit est quelque peu compromise, le raisonnement juridique étant envahi par les méthodes d'autres disciplines. Vlad Perju identifie cette tendance, qu'il appelle l'« administrativisation » du droit constitutionnel, comme un effet possible de la réception de la proportionnalité auquel il faut selon lui résister¹⁶⁵¹.

ii. La rationalisation comme établissement d'une cohérence matérielle. La situation est très différente en Angleterre où, notamment depuis les années soixante-dix, la négociation de l'autonomie du droit est plus radicale, au point qu'aujourd'hui la rationalisation engendrée par la proportionnalité conteste les fondements de la tradition du *common law*. Cette rationalisation se manifeste dans la demande de plus en plus pressante de modernisation constitutionnelle et dans les efforts des juristes locaux pour construire un système cohérent de droit public, à l'instar des systèmes continentaux. La proportionnalité a été mobilisée par cette rhétorique de modernisation en tant que transplant pouvant emporter la rationalisation du *judicial review* sur la base des valeurs matérielles. La rationalisation n'implique pas ici le désenchantement de l'État et de sa volonté normative. Au contraire, elle traduit la recherche d'un peu de mythe et de rituel dans le *common law*. Dans le discours des juristes anglais des années quatre-vingt et quatre-vingt-dix, la proportionnalité est un principe qui impose la prise en compte des valeurs fondamentales dans le raisonnement juridique. Son développement conceptuel et sa promotion sont détachés des concepts et distinctions du droit positif ; il s'agit d'une méthode de contrôle juridictionnel qui englobe plusieurs chefs de contrôle [*heads of review*] en son sein. Ainsi, la proportionnalité est vectrice d'un nouveau savoir juridique anglais, similaire à la doctrine française, qui s'oppose à l'orthodoxie du *common law*. Néanmoins, pendant longtemps, son application en pratique « irritait » le principe de souveraineté parlementaire et les fondements de l'orthodoxie *diceyenne*.

Proportionnalité, modernisation et changement constitutionnel. Le mouvement de modernisation constitutionnelle anglais a abouti à la réforme constitutionnelle et à l'adoption du *HRA* en 1998, dont le but était l'incorporation des droits de la CEDH en droit interne. Toutefois, cet acte a entraîné des changements beaucoup plus fondamentaux. Il a généré une évolution paradigmatique du droit public anglais vers un ordre protecteur des droits de l'homme. Il a considérablement accéléré la diffusion de la proportionnalité et l'a placée au cœur des débats doctrinaux. Accompagnée d'un « bagage » continental, la proportionnalité participe à la mythologie du droit public anglais qui s'établit comme une nouvelle orthodoxie. Dans le « nouveau monde » du *HRA*, le principe du *rule of law* n'a pas seulement un contenu formel, il impose également la préservation de certaines valeurs. Le pouvoir politique des juges, dans leur nouvelle mission de garants des droits fondamentaux, est explicitement affirmé.

¹⁶⁵¹ PERJU V., « Proportionality and freedom—An essay on method in constitutional law », *op. cit.*

La proportionnalité, comme méthode générale (et non comme chef de contrôle), déplace les modes traditionnels de raisonnement juridique. Des concepts comme le « contrôle abstrait », l'« intensité variable », l'« erreur manifeste » ou le « pouvoir discrétionnaire » apparaissent en droit public anglais, alors que les concepts traditionnels du *judicial review* sont réorganisés autour de nouveaux principes. Le *common law*, dans sa nouvelle version rationaliste, semble abandonner le principe de souveraineté parlementaire. La quête du caractère démocratique du processus de décision politique, que ce principe a pendant longtemps incarné, est reformulée à travers le concept de *deference*. Il est d'ailleurs significatif que le développement d'une doctrine de *deference* soit une contribution majeure des juristes du *common law* à la littérature transnationale en la matière.

La quête de modernisation est également au cœur de la réforme de 2001 en Grèce, qui a explicitement proclamé la valeur constitutionnelle de la proportionnalité. Élément « novateur », la proportionnalité annonce l'avènement d'un mécanisme étatique efficace, adapté à la « société du risque » post-moderne. Peu importe que la société grecque ne corresponde pas à cette image et que la modernisation annoncée par les rédacteurs de la réforme ne soit jamais arrivée. Le contenu de la proportionnalité est défini en dehors des frontières grecques, et notamment dans la jurisprudence de la Cour de Justice. L'application de la proportionnalité comme une science d'origine européenne a une fonction esthétique : elle représente l'État grec comme une démocratie constitutionnelle fonctionnelle, à l'instar de ses modèles européens. Elle représente aussi la société grecque comme une société moderne et « civilisée », comme ses modèles européens.

Proportionnalité et convergence juridique en Europe. La proportionnalité, mais aussi les notions périphériques de formalisme, de rationalisation et de modernisation, acquièrent des contenus très différents dans les contextes étudiés, selon les critères locaux d'évaluation de l'argumentation juridique. Ces critères sont à leur tour liés à des perceptions locales de la démocratie, des droits fondamentaux et du droit plus généralement, ainsi qu'aux aspirations des acteurs locaux pour l'avenir. Cela n'exclut pas la possibilité de convergence entre systèmes juridiques. La proportionnalité, chargée de son « bagage » transnational, rapproche les discours dans lesquels elle s'insère. En attirant l'attention des acteurs locaux vers la structure des arguments juridiques, elle introduit une forme d'*analysis* dans les systèmes continentaux. Inversement, en raison de son caractère abstrait et moralement chargé, elle génère un discours normatif dans le *common law*. Ainsi, de ce point de vue, la tradition analytique anglaise et les faiseurs de systèmes français se ressemblent de plus en plus.

Toutefois, la description de la proportionnalité comme un transplant réussi qui conduirait à un droit constitutionnel global est trop simpliste. La convergence apparente entre systèmes juridiques crée aussi de « nouvelles dissonances¹⁶⁵² ». Ainsi, l'application de la proportionnalité exprime les particularités des cultures juridiques

¹⁶⁵² TEUBNER G., « Legal Irritants », *op. cit.*, p. 20.

qui l'entourent et les modes locaux de changement culturel. Elle révèle les mythes et les tabous de la pensée juridique locale, ainsi que les représentations de la puissance publique, du droit et de la société qui lui sont propres. Quand l'utilisation de la proportionnalité défie ces éléments culturels, cela n'est pas tant le résultat de ses qualités inhérentes en tant que méthode de raisonnement juridique, que celui de l'influence du droit européen. C'est cet aspect de l'évolution de la proportionnalité qu'il faut maintenant étudier.

PARTIE III

LES MANIFESTATIONS LOCALES DE L'EUROPÉANISATION

Proportionnalité et intégration européenne. Si l'idée du droit comme instrument d'intégration sociale n'a sans doute pas véritablement gagné l'imagination de l'ensemble des juristes français, anglais et grecs, il ne fait guère de doute qu'il a gagné celle des acteurs du droit européen. La construction des organisations supra-étatiques européennes s'est faite en prenant souvent appui sur le modèle institutionnel de l'État. Alors que l'organisation institutionnelle de la CJUE a utilisé comme modèle le Conseil d'État français, l'influence du *common law* est plus importante sur la Cour EDH. Ces juridictions ont contribué à enclencher des processus d'intégration différents, en puisant notamment leur inspiration dans les « traditions constitutionnelles communes aux États membres¹⁶⁵³ ».

Dans l'élaboration des normes et institutions européennes, le droit comparé a joué une fonction « scientifique » au sens de Rodolfo Sacco¹⁶⁵⁴. La comparaison des droits des États membres est la tâche quotidienne des services de recherche et de documentation des juridictions supranationales. Elle permet l'identification des points de communication et des convergences possibles entre les ordres juridiques nationaux. Ainsi, la Cour EDH prend en compte « le consensus et les valeurs communes qui se dégagent de la pratique des États parties à la Convention » pour délimiter la marge d'appréciation des autorités nationales¹⁶⁵⁵. L'exemple le plus célèbre de communication entre ordres juridiques nationaux et ordres juridiques européens est sans doute l'élaboration des principes généraux du droit dans la jurisprudence de la Cour de Justice. Ces principes trouvent leur source matérielle dans le droit national, notamment dans le domaine du droit public. Ils régissent l'organisation du pouvoir public et les rapports entre les individus et l'État. Pour autant, utilisés par la CJUE, ils acquièrent un statut et un contenu autonome en tant que normes européennes et ils peuvent être mis au service de buts et de valeurs supranationaux. Takis Tridimas met en lumière ce processus d'« européanisation » des principes généraux du droit qui, selon lui, « enfants du droit national, deviennent, élevés par la Cour, des enfants terribles : ils sont étendus, réduits, reformulés ou transformés dans un processus jurisprudentiel créatif et éclectique¹⁶⁵⁶. »

Les principes généraux du droit, élaborés en l'absence de fondement textuel dans les traités, illustrent le rôle créatif de la CJUE dans la transformation des traités en un « ordre constitutionnel¹⁶⁵⁷ ». Ces principes ont permis la reconnaissance d'un catalogue de droits dans l'ordre juridique européen, en dépit du silence des textes communautaires¹⁶⁵⁸. Parmi ces principes, la Cour a très tôt consacré la protection des droits fondamentaux et la proportionnalité. Cette évolution est classiquement présentée comme la réponse aux hésitations de juges nationaux, et en premier lieux le

¹⁶⁵³ C-11/70, 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, ECLI:EU:C:1970:114, para. 2.

¹⁶⁵⁴ SACCO R., « Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law », *op. cit.*, p. 3 s.

¹⁶⁵⁵ V. par exemple, Cour EDH, *SAS c. France*, 1 juillet 2014, n° 43835/11, para. 129.

¹⁶⁵⁶ TRIDIMAS T., *The General Principles of EC law*, Oxford ; New York, OUP, coll. « Oxford EC law library », 1999, p. 4.

¹⁶⁵⁷ DASHWOOD A., « The Limits of European Community Powers », *European Law Review*, 1996, vol. 21, p. 113 ; cité par TRIDIMAS T., *The General Principles of EC law*, *op. cit.*, p. 4.

¹⁶⁵⁸ DE WITTE B., « The Past and Future Role of the European Court of Justice in the Protection of Human Rights », P. ALSTON (dir.), *The EU and Human Rights*, Oxford ; New York, OUP, 1999, p. 859-897.

TCFA, de reconnaître la primauté du droit communautaire sur le droit interne. Elle a d'abord eu lieu en matière de politiques communautaires. Dans le célèbre arrêt *Internationale Handelsgesellschaft*, la Cour a déclaré que « le respect des droits fondamentaux fait partie intégrante des principes généraux du droit dont la Cour de Justice assure le respect¹⁶⁵⁹. » Si la proportionnalité n'a pas été explicitement mentionnée dans cette décision, la référence au principe allemand est évidente dans le contrôle de nécessité, d'adaptation et de disproportion exercé par la Cour¹⁶⁶⁰. La référence au principe est explicite dans les conclusions de l'Avocat Général Dutheillet de Lamothe, qui classe la proportionnalité parmi les principes généraux qui « contribuent à former ce substratum philosophique, politique et juridique commun aux États membres à partir duquel se dégage de façon prétorienne un droit communautaire non écrit¹⁶⁶¹ ». Depuis, la proportionnalité s'est propagée dans la jurisprudence de la Cour de Justice. Elle est devenue une méthode d'application générale. À la fin des années quatre-vingt-dix, « rares sont les domaines, si tant est qu'il y en ait », dans lesquels le principe de proportionnalité ne trouve pas application¹⁶⁶².

Le test de proportionnalité est rapidement devenu un outil pour identifier les discriminations indirectes en matière de libertés de circulation. Dans d'autres domaines, pour autant, la Cour de Justice a pendant longtemps appliqué une version formelle de la proportionnalité, qui s'apparentait à son application dogmatique par les juges grecs de l'époque¹⁶⁶³. En effet, dans l'arrêt *Fedesa* de 1990, la Cour a établi le standard de manifestement inapproprié comme le critère de la disproportion pour les actes des institutions communautaires¹⁶⁶⁴. En matière de peines et de répartition des charges notamment, la forme de la proportionnalité était similaire à celle du principe de nécessité des peines en droit français ; aucun droit ou liberté spécifique n'était mentionnée dans son application¹⁶⁶⁵. En d'autres termes, pendant quelque temps, la proportionnalité correspondait dans la jurisprudence luxembourgeoise à une exigence de modération de l'exercice de la puissance publique. En tant que telle, elle faisait partie de l'aspect formel du principe de l'État de droit et elle fonctionnait comme un « substitut aux droits fondamentaux¹⁶⁶⁶ ». La version européenne de la

¹⁶⁵⁹ C-11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*, précité, para. 4.

¹⁶⁶⁰ *Ibid.*, para. 14.

¹⁶⁶¹ Olivier Dutheillet de Lamothe AG, Conclusions sur C-11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*, présentées le 2 décembre 1970, ECLI: ECLI:EU:C:1970:100, p. 1146.

¹⁶⁶² Francis Jacobs AG, Conclusions sur C-120/94, *Commission c. Grèce*, présentées le 6 avril 1995, ECLI:EU:C:1995:109, para. 70, cité par TRIDIMAS T., *The General Principles of EC law*, *op. cit.*, p. 89. Sur cette évolution plus généralement, V. *Ibid.*, p. 93 s.

¹⁶⁶³ V. Partie I, chapitre 3.

¹⁶⁶⁴ C-331/88, 13 novembre 1990, *Fedesa*, ECLI:EU:C:1990:391.

¹⁶⁶⁵ V. déjà C-11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*, précité, para. 2. V. aussi C-114/76, 5 juillet 1977, *Bela-Mühle*. Cette affaire concerne le principe d'égalité devant les charges publiques. TRIDIMAS T., *The General Principles of EC law*, *op. cit.*, p. 100 s. compare la fonction de la proportionnalité dans ce domaine au standard du *Wednesbury unreasonableness*. Sur cette version de proportionnalité en droit de l'UE plus généralement, V. CRAIG P., *EU administrative law*, 2^e éd., Oxford ; New York, OUP, coll. « Collected courses of the Academy of European Law », 2012, p. 611 s.

¹⁶⁶⁶ SCHWARZE J., *European administrative law*, Luxembourg ; London, Office for Official Publications of the European Communities; Sweet & Maxwell, 1992, p. 719. Sur le caractère formel du principe du *rule of law* en droit de

proportionnalité pouvait être conçue comme exprimant une culture constitutionnelle de neutralité libérale qui a pendant longtemps dominé au sein des États membres.

C'est sous l'influence de la Cour EDH que la proportionnalité a acquis la majesté d'un principe européen protecteur des droits fondamentaux. Il est bien connu que la Convention permet des restrictions à certains des droits qu'elle garantit, à condition qu'elles soient prévues par la loi et « nécessaires, dans une société démocratique », pour la poursuite de buts légitimes¹⁶⁶⁷. Dans la décision *Handyside* de 1976, la Cour EDH a interprété cette formule comme impliquant la proportionnalité des atteintes portées aux droits de la Convention. La réception de la proportionnalité dans la jurisprudence de la Cour EDH a permis le développement rapide de l'interprétation dynamique des droits conventionnels. Au niveau du droit interne, la réception de la proportionnalité en tant que principe de la CEDH a considérablement accru le pouvoir des juges nationaux, notamment celui des juridictions inférieures appliquant la Convention¹⁶⁶⁸.

Au cours de la même période, le langage des droits fondamentaux s'est également propagé dans la jurisprudence de la Cour de Justice. Dans ce contexte, la proportionnalité s'est vu assigner une fonction de légitimation et d'intégration – fonction dont l'impact sur la réalité sociale a pu être contesté¹⁶⁶⁹. À cet égard, la jurisprudence de Strasbourg a été une source d'inspiration importante pour la Cour de Luxembourg¹⁶⁷⁰. Avec le développement de la construction européenne, la proportionnalité a de plus en plus été perçue comme un principe communautaire protecteur des droits fondamentaux. En effet, le TUE reconnaît explicitement la proportionnalité comme un principe régissant la compétence des institutions européennes et proclame la protection des droits tels qu'ils sont garantis par la CEDH et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles des États membres¹⁶⁷¹. D'ailleurs, l'article 52 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE consacre la proportionnalité comme principe régissant les restrictions aux droits qu'elle garantit.

L'intégration européenne dans la littérature transnationale sur la proportionnalité. La littérature relative à la proportionnalité accorde une importance particulière à la réception de la proportionnalité dans la jurisprudence des juridictions supranationales européennes. Les auteurs utilisent souvent des décisions de la Cour EDH pour illustrer l'application du modèle global¹⁶⁷². D'ailleurs, la jurisprudence

l'UE, V. WEILER J., « Deciphering the Political and Legal DNA of European Integration », J. DICKSON et P. ELEFTHERIADIS (dir.), *Philosophical Foundations of European Union Law*, Oxford, OUP, 2012, p. 149 s.

¹⁶⁶⁷ V. le deuxième paragraphe des articles 8-11 CEDH.

¹⁶⁶⁸ Sur ce point, V. KELLER H. et A. STONE SWEET, « Assessing the Impact of the ECHR on National Legal Orders », H. KELLER et A. STONE SWEET (dir.), *A Europe of Rights: the Impact of the ECHR on National Legal Systems*, Oxford, OUP, 2008, p. 675.

¹⁶⁶⁹ V. généralement DE BÚRCA G., « The language of rights and European integration », G. MORE et J. SHAW (dir.), *New legal dynamics of European Union*, New York, Clarendon Press, 1995, p. 29.

¹⁶⁷⁰ C-4/73, 11 janvier 1977, *Nold*, ECLI:EU:C:1975:114, para. 13.

¹⁶⁷¹ Articles 5, paragraphe 3, et 6 TUE.

¹⁶⁷² V., par exemple, KUMM M., « What Do You Have in Virtue of Having a Constitutional Right? On the Place and Limits of the Proportionality Requirement », *op. cit.*, p. 18 s. ; RIVERS J., « Proportionality and Variable Intensity

européenne et la doctrine de la marge d'appréciation ont souvent été utilisées pour raffiner le modèle alexyen, comme un moyen permettant de faire face aux problèmes institutionnels complexes auxquels sont confrontées les juridictions supranationales¹⁶⁷³.

L'adoption de la proportionnalité par les Cours de Luxembourg et de Strasbourg joue aussi un rôle important dans la narration du succès du transplant de la proportionnalité, puisqu'elle est perçue comme une « étape cruciale » pour sa propagation mondiale¹⁶⁷⁴. En effet, les juridictions supranationales ont exercé une influence formelle sur les juges internes pour l'application cohérente du principe. Elles ont ainsi fortement contribué à la diffusion du langage de la proportionnalité dans la pratique nationale. Il semble que les auteurs en déduisent que la proportionnalité est appliquée de manière uniforme dans le champ du droit européen. Alec Stone Sweet et Jud Mathews observent que la CJUE et la Cour EDH ont enclenché un processus d'« isomorphisme coercitif¹⁶⁷⁵ », ce qui, pour eux, établit la proportionnalité comme un « standard de pratique optimale » parmi les juristes et produit des tendances mimétiques dans d'autres systèmes¹⁶⁷⁶. Le plus souvent, la littérature relative à la proportionnalité néglige les différences parmi les versions européennes et nationales du principe¹⁶⁷⁷. Encore une fois, l'utilisation du langage de la proportionnalité est assimilée à son utilisation en tant que mode de raisonnement.

Toutefois, le fait que la CJUE et la Cour EDH imposent l'application de la proportionnalité comme une obligation juridique n'implique pas que les juges internes appliquent la proportionnalité comme l'auraient fait les juges européens. Qui plus est, même quand les juges internes se réfèrent explicitement à la jurisprudence supranationale dans l'application de la proportionnalité, ils ne la suivent pas nécessairement. La caractérisation de la réception de la proportionnalité dans ce contexte comme un cas d'« adaptation forcée » est certes utile quand on cherche à identifier les causes de la diffusion du langage de la proportionnalité¹⁶⁷⁸. Toutefois, elle nous renseigne peu sur le sens de ce langage dans des configurations différentes. Les acteurs juridiques nationaux peuvent toujours mésinterpréter ou traduire de façon inexacte les obligations imposées par les cours européennes, sous l'influence de

of Review », *op. cit.*, p. 182 s. ; KUMM M., *Democracy is Not Enough*, *op. cit.*, p. 10 s. V., par exemple, TSAKYRAKIS S., « Proportionality: An Assault on Human Rights? », *op. cit.*

¹⁶⁷³ V., par exemple, PIRKER B., *Proportionality Analysis and Models of Judicial Review*, *op. cit.*

¹⁶⁷⁴ COHEN-ELIYA M. et I. PORAT, *Proportionality and Constitutional Culture*, *op. cit.*, p. 11. Dans le même sens, BARAK A., *Proportionality*, *op. cit.*, p. 181 s.

¹⁶⁷⁵ STONE SWEET A. et J. MATHEWS, « Proportionality Balancing and Global Constitutionalism », *op. cit.*, p. 161 s. Les auteurs font référence à POWELL W. et P. DIMAGGIO, « The Iron Cage Revisited: Institutional Isomorphism and Collective Rationality in Organizational Fields », W. POWELL et P. DIMAGGIO (dir.), *The new institutionalism in organizational analysis*, Chicago, University of Chicago Press, 1991, p. 67 s.

¹⁶⁷⁶ STONE SWEET A. et J. MATHEWS, « Proportionality Balancing and Global Constitutionalism », *op. cit.*, p. 162.

¹⁶⁷⁷ Dans leur étude de la réception de la CEDH dans les différents ordres juridiques nationaux, par exemple, Helen Keller et Alec Stone Sweet font souvent référence à l'application du « test de proportionnalité », sans regarder si les juges internes l'appliquent comme une structure de raisonnement en étapes ou un standard unitaire et, plus généralement, sans préciser le type de raisonnement que la proportionnalité entraîne. V. KELLER H. et A. STONE SWEET (dir.), *A Europe of Rights: the Impact of the ECHR on National Legal Systems*, Oxford, OUP, 2008.

¹⁶⁷⁸ V., par exemple, KABOĞLU I.Ö. et S.-I. KOUTNATZIS, « The Reception Process in Greece and Turkey », H. KELLER et A. STONE SWEET (dir.), *A Europe of Rights: the Impact of the ECHR on National Legal Systems*, *op. cit.*, p. 107.

leurs modes et structures de raisonnement habituels. L'indétermination des concepts juridiques européens, et la différenciation à travers l'espace et à travers le temps qu'elle permet, est inhérente au processus d'intégration européenne et a souvent fonctionné comme un moteur de celui-ci¹⁶⁷⁹. La jurisprudence des juridictions supranationales n'a pas généré une conception uniforme de la proportionnalité dans les systèmes nationaux, même dans le champ du droit européen. Dans ce contexte, l'utilisation du langage de la proportionnalité se révèle être un cas de « communication systématiquement distordue » entre acteurs juridiques européens et nationaux¹⁶⁸⁰.

Intégration européenne et culture juridique. Le processus d'intégration européenne et l'idée d'une convergence entre les systèmes juridiques européens ont été contestés par les comparatistes qui défendent la diversité culturelle comme une valeur en soi. La critique la plus radicale est venue de la part de Pierre Legrand. Celui-ci considère qu'une convergence entre les systèmes juridiques européens est impossible et que l'« ambition d'une *concordantia* européenne est (et doit être) une chimère¹⁶⁸¹. » Cette observation vaudrait essentiellement dans le domaine du droit public, en raison de l'encastrement de celui-ci dans la société et dans le régime politique national. Pierre Legrand reproche à la construction européenne, et notamment à l'UE, d'avoir négligé les particularités culturelles du *common law*. Pour lui, il existe une différence irréductible entre le *common law* et les systèmes de *civil law* en ce qui concerne les représentations du contrôle juridictionnel de la puissance publique. Il est significatif que, pour montrer cela, l'auteur procède à une comparaison entre *reasonableness* et proportionnalité.

Toutefois, le débat n'est pas spécifique à la proportionnalité. Pierre Legrand défend plus généralement l'analyse culturelle du droit comme une manière de résister à la rhétorique d'harmonisation juridique et à sa « rationalité totalitaire¹⁶⁸² » qui, selon lui, est « dictée par l'éthos du capital et de la technologie¹⁶⁸³ ». Ainsi, cet auteur nie l'existence d'une culture juridique de l'UE. De façon différente, tout en admettant que le droit de l'UE possède une culture et une « mentalité¹⁶⁸⁴ » propres, Carol Harlow regrette le vide politique dans lequel a lieu l'eupéanisation. Pour elle, les mouvements d'intégration en Europe faussent les processus démocratiques nationaux, en raison du transfert des pouvoirs de décision des parlements aux juges et aux institutions supranationales qu'ils impliquent.

Pour autant, l'intégration européenne n'a pas eu comme seul but la construction d'un marché commun, mais aussi la création d'une « communauté de culture

¹⁶⁷⁹ WARD I., « Identity and difference: The European Union and Postmodernism », *op. cit.*, p. 26.

¹⁶⁸⁰ TEUBNER G., « Two Faces of Janus », *op. cit.*, p. 1455.

¹⁶⁸¹ LEGRAND P., « European Legal Systems are not Converging », *op. cit.*, p. 81.

¹⁶⁸² LEGRAND P., « Public Law, Europeanisation and Convergence », *op. cit.*, p. 256.

¹⁶⁸³ LEGRAND P., « The Same and the Different », *op. cit.*, p. 294.

¹⁶⁸⁴ HARLOW C., « Voices of Difference in a Plural Community », P. BEAUMONT, C. LYONS et N. WALKER (dir.), *Convergence and Divergence in European Public Law*, Oxford ; Portland, Or., Hart, 2002, p. 177-224.

constitutionnelle » entre les États européens¹⁶⁸⁵. Ainsi, des auteurs plus modérés ont critiqué le scepticisme radical de Pierre Legrand et de Carol Harlow. Gráinne de Búrca, par exemple, rappelle qu'il est trop simpliste de voir l'UE comme un régime d'échanges commerciaux conçu par une élite libérale et l'État-nation comme un forum de démocratie pluraliste. Elle souligne que l'UE évolue pour promouvoir sa politique propre en matière de droits de l'homme, ce qui pourrait avoir un effet positif sur le processus de prise de décision politique national¹⁶⁸⁶. Dans le même sens, Neil Walker rejette ce qu'il voit comme une sorte de fondamentalisme, que ce soit en faveur de la divergence ou de la convergence des systèmes juridiques, et met l'accent sur la possibilité et la désirabilité d'une convergence contingente ou éclectique, qui serait adaptée au pluralisme en Europe¹⁶⁸⁷. Comme il le remarque, même si on admet que le droit constitutionnel et la politique changent en fonction des caractéristiques culturelles, « les publicistes ne devraient pas abandonner la lutte pour rendre leurs desseins pertinents dans des périodes différentes et dans des endroits différents¹⁶⁸⁸. »

Le débat se focalise sur l'UE, en raison des problèmes particuliers de légitimité que soulève l'intégration européenne sur la base d'un marché commun. Quant à la CEDH, le débat rejoint une discussion plus générale en droit international, formulée comme une confrontation entre démocratie nationale et constitutionnalisme global ou cosmopolite¹⁶⁸⁹. Il est commun que les critiques du constitutionnalisme global soulignent l'ineffectivité et l'application incohérente du droit international en pratique. Ils regrettent que l'internationalisation des principes du droit public nuisent au principe d'auto-détermination démocratique, en accordant trop de pouvoirs aux juges et en négligeant les particularités culturelles de différentes sociétés. En revanche, les défenseurs du constitutionnalisme global soulignent que l'utilisation du cadre constitutionnaliste pour l'analyse juridique du droit international permet de mieux saisir la façon dont ce droit est perçu et appliqué, ainsi que l'architecture institutionnelle complexe de certaines organisations internationales. Ainsi, ils promeuvent typiquement la protection internationale des droits de l'homme, au moyen de leur inclusion dans des traités internationaux et de la mise en place des juridictions supranationales garantissant leur protection.

Mattias Kumm observe qu'« un scepticisme injustifié et grossier envers l'utilisation des catégories morales pour décrire le droit international est l'envers de la médaille d'une idéalisation, également injustifiée et grossière, du droit constitutionnel

¹⁶⁸⁵ Pedro Cruz Villalón AG, Conclusions sur C-62/14, *Peter Gauweiler et autres c. Deutscher Bundestag*, présentées le 14 janvier 2015, ECLI:EU:C:2015:7, para. 61 (référence omise).

¹⁶⁸⁶ DE BÚRCA G., « Convergence and Divergence in European Public Law: The Case of Human Rights », P. BEAUMONT, C. LYONS et N. WALKER (dir.), *Convergence and Divergence in European Public Law*, Oxford ; Portland, Or., Hart, 2002, p. 131-150.

¹⁶⁸⁷ WALKER N., « Culture, Democracy and the Convergence of Public Law: Some Scepticisms about Scepticism », *op. cit.*

¹⁶⁸⁸ *Ibid.*, p. 271.

¹⁶⁸⁹ Sur ce débat, V., entre autres, MUIR-WATT H. et G. TUSSEAU, « Repenser le dévoilement de l'idéologie juridique : une approche fictionnelle de la gouvernance globale », B. BONNET (dir.), *Traité des rapports entre ordres juridiques*, Paris, LGDJ, 2016, p. 215 s.

national¹⁶⁹⁰. » Le constitutionnalisme au-delà de l'État nation pourrait renforcer la culture des droits de l'homme et mieux intégrer les minorités dans le processus de décision politique. Pour cet auteur, les traités internationaux en matière de droits fondamentaux établissent « un point de référence commun » pour mener un dialogue mondial qui pourrait « sensibiliser sur les limitations cognitives liées à l'esprit de clocher national¹⁶⁹¹. »

Au-delà de la question de sa désirabilité, l'intégration supranationale est un fait, notamment en Europe. Comme l'observe Neil Walker, les comparatistes qui mettent l'accent sur le processus démocratique au sein de l'État ont tendance à « négliger l'organisation institutionnelle complexe et les exigences de légitimité de la nouvelle Europe¹⁶⁹². » Les cultures se recoupent géographiquement ; l'État nation cesse d'être le site privilégié de formation de l'identité collective ; des mouvements supranationaux et transnationaux exigent de plus en plus une reconnaissance culturelle. La rhétorique de la mondialisation est performative : elle conduit à la diffusion des idées et de modes de pensée sur le droit et génère des effets de réseau, comme le montrent les phénomènes de communication entre juges ou entre ONG. D'ailleurs, les cultures nationales sont elles-mêmes composées d'éléments hétéroclites¹⁶⁹³. Horatia Muir-Watt met l'accent sur les défis méthodologiques que ces évolutions posent à l'étude du droit comparé¹⁶⁹⁴. Les ignorer reviendrait à nier toute possibilité de communication entre systèmes juridiques et à mépriser un aspect important des cultures juridiques elles-mêmes. Comment ces tendances à l'intégration supranationale « colorent-elles » l'utilisation du langage de la proportionnalité ? Comment la proportionnalité, en tant que principe du droit européen, déploie-elle sa dynamique d'intégration dans les sphères juridiques nationales ?

La proportionnalité, reflet des manifestations locales de l'europanisation.

Le but de cette partie est de se demander comment la proportionnalité transforme la culture juridique locale, mais aussi comment elle est elle-même transformée par cette culture, dans le contexte particulier de l'intégration européenne. Cette enquête est primordiale. Tout d'abord, parce qu'elle enrichit notre compréhension des sens locaux de la proportionnalité ; les narrations que nous avons proposées jusqu'à présent sont en ce sens incomplètes. Ensuite, l'étude des différents chemins de réception de la proportionnalité comme un principe du droit européen permet de révéler de nouveaux modes de changement juridique. Il permet ainsi la meilleure compréhension des cultures dans lesquelles ce changement a lieu. En outre, cette

¹⁶⁹⁰ KUMM M., « The Cosmopolitan Turn in Constitutionalism: On the Relationship between Constitutionalism in and beyond the State », J. DUNOFF et J. TRACHTMAN (dir.), *Ruling the world?: constitutionalism, international law, and global governance*, Cambridge ; New York, CUP, 2009, p. 318.

¹⁶⁹¹ *Ibid.*, p. 307. V. aussi PETERS A., « The Merits of Global Constitutionalism », *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 2009, XVI, p. 397-411.

¹⁶⁹² WALKER N., « Culture, Democracy and the Convergence of Public Law: Some Scepticisms about Scepticism », *op. cit.*, p. 264 s.

¹⁶⁹³ *Ibid.* V. aussi NELKEN D., « Using Legal Culture: Purposes and Problems », D. NELKEN (dir.), *Using legal culture*, London, Wildy, Simmonds & Hill, coll. « JCL studies in comparative law », 2012, p. 1-51.

¹⁶⁹⁴ MUIR-WATT H., « Globalization and Comparative Law », *op. cit.*, p. 583 s.

étude nous donne des informations précieuses sur les visions locales de l'Europe et de l'europanisation, questions qui sont cruciales pour notre compréhension du processus d'intégration européenne lui-même. Le but de cette partie est donc de mettre en lumière la diversité juridique au sein de l'Europe, au moyen d'une description des différentes interprétations de la proportionnalité en tant que principe européen et des différentes visions de l'Europe qui les sous-tendent.

L'analyse présentée dans cette partie n'est en aucun cas le résultat d'une opposition de principe à tout processus d'europanisation. Au contraire, elle est motivée par l'idée que la reconnaissance de la diversité culturelle est la seule façon de promouvoir l'intégration européenne. Comme le remarque Ian Ward, « l'intégration peut seulement être identifiée dans le pluralisme de la désintégration. C'est l'ambition de faire disparaître la différence qui est à la fois dangereuse et intrinsèquement erronée¹⁶⁹⁵. » La diversité et la divergence font partie de l'Europe elle-même, puisque tout processus d'intégration présume la différence. Avec cet auteur, nous pouvons résister à « l'ambition moderniste d'une "union" politique "totalisée" et déterminable téléologiquement » et accepter que « l'intégration et la désintégration ne sont finalement pas mutuellement exclusives¹⁶⁹⁶. » En d'autres termes, le but de cette partie est, en approfondissant notre compréhension des différentes façons dont les juristes locaux ont reçu la proportionnalité en tant que principe européen, de développer notre compréhension des attentes locales attachées à l'intégration européenne.

Nous n'avons pas comme prétention d'offrir une étude exhaustive de l'application de la proportionnalité dans le champ du droit européen. De façon plus modeste, nous nous intéresserons à la dynamique de la proportionnalité dans ce contexte en tant que « force agissante » de l'intégration européenne et en tant que « force transformatrice » des cultures nationales¹⁶⁹⁷. Contrairement à ce que semble penser la littérature dominante relative à la proportionnalité, les différents « bagages » européens de la proportionnalité ne sont pas identiques à son « bagage » allemand. Ainsi, l'utilisation de la proportionnalité dans le contexte de l'intégration européenne est un exemple d'« intertextualité », dans le sens de relations mutuelles entre textes remettant en cause l'intégrité sémantique des concepts utilisés et vouant à l'échec toute recherche d'une structure de signification autonome¹⁶⁹⁸.

Cette enquête présuppose tout d'abord l'identification de ce qui est reçu ; l'identification du « bagage » culturel dont est chargée la proportionnalité du fait de son utilisation dans la jurisprudence européenne. À cet égard, nous distinguons schématiquement trois phases d'intégration européenne, qui produisent des versions

¹⁶⁹⁵ WARD I., « Identity and difference: The European Union and Postmodernism », *op. cit.*, p. 28.

¹⁶⁹⁶ *Ibid.*

¹⁶⁹⁷ MARZAL YETANO A., *La dynamique du principe de proportionnalité: Essai dans le contexte des libertés de circulation du droit de l'Union européenne*, Paris I, 2013, p. 43.

¹⁶⁹⁸ Sur l'utilisation du concept d'intertextualité de Jacques Derrida's dans des débats en histoire intellectuelle, V. BRETT A., « What is Intellectual History Now? », *op. cit.*, p. 122. Sur ce point j'ai bénéficié de discussions avec Mirko Caricato, que je remercie vivement.

différentes de la proportionnalité et inscrivent leurs logiques propres dans son utilisation. La mission de la Cour EDH est l'intégration des États signataires de la Convention dans un ordre juridique fondé sur certaines valeurs. Dans sa jurisprudence, la proportionnalité accomplit une fonction d'acculturation. De façon différente, l'intégration dans le cadre de l'UE a principalement procédé de la construction d'un marché commun. Dans ce contexte, la proportionnalité fonctionne comme un principe d'intégration économique. Des évolutions socio-politiques récentes obligent les acteurs juridiques à prendre conscience des conflits entre le droit interne et le droit européen et à expliciter la divergence normative en Europe. L'utilisation de la proportionnalité dans ce contexte reflète des tendances à la désintégration qui, de manière paradoxale, sont elles aussi transnationales.

Les différentes phases de l'intégration européenne n'interviennent pas simultanément ni de façon ordonnée. Elles ne sont pas articulées autour d'une vision évolutionniste du progrès ou sur une hiérarchie morale. Par ailleurs, il serait trop simpliste de penser que la dynamique intégratrice de la proportionnalité est déployée de manière uniforme dans les sphères juridiques internes. Le « bagage » supranational de la proportionnalité se déploie de manière différente dans les contextes français, anglais et grec, selon les trajectoires locales du processus d'intégration européenne. Ces trajectoires sont à leur tour interprétées dans le contexte des perceptions locales du rapport entre le droit interne et le droit supranational, telles que le monisme ou le dualisme, des caractéristiques locales de la pensée juridique, telles que le rationalisme ou le pragmatisme, et des représentations de l'Europe que partagent les juristes locaux. La rupture des trajectoires d'intégration dans certaines utilisations récentes de la proportionnalité exprime un changement dans ces éléments contextuels.

L'analyse de cette partie doit être distinguée tant d'arguments concernant l'idéologie sous-tendant la jurisprudence européenne que des études réalistes ou critiques de l'intégration européenne. Ce sur quoi nous enquêtons ici, ce ne sont pas les intérêts ou les rapports de force qui se cachent derrière l'utilisation du droit européen par les acteurs juridiques internes et supranationaux. Au lieu de cela, nous proposons d'examiner la façon dont les ordres juridiques européens, vus comme des contextes discursifs spécifiques avec leurs propres caractéristiques culturelles, inscrivent une rationalité particulière dans le raisonnement juridique et affectent l'usage de la proportionnalité. Toutefois, il ne s'agit pas non plus d'établir des liens de causalité entre une certaine utilisation de la proportionnalité et son contexte culturel. La proportionnalité n'est pas une construction purement interne des discours juridiques locaux. Notamment dans le contexte du droit européen, son utilisation produit des tendances à la convergence entre les systèmes et les pratiques juridiques nationales et, dans certains cas, transforme de façon radicale sa culture hôte.

Nous envisagerons donc d'abord la proportionnalité comme un principe d'acculturation dans l'application de la CEDH (**Chapitre 7**) avant de nous intéresser à la proportionnalité comme un principe d'intégration économique dans l'application du droit communautaire et du droit de l'UE (**Chapitre 8**). Dans le dernier chapitre,

nous offrirons une relecture de certains usages très discutés de la proportionnalité dans les contextes français, anglais et grec, comme des expressions d'une tendance transnationale à la désintégration européenne (**Chapitre 9**).

CHAPITRE 7

L'institution d'une culture des droits fondamentaux

Le droit au service de l'intégration dans le cadre de la CEDH. La perception du droit comme instrument d'intégration sous-tend la CEDH. Le Préambule de la CEDH déclare que « le but du Conseil de l'Europe est de réaliser une union plus étroite entre ses membres, et que l'un des moyens d'atteindre ce but est la sauvegarde et le développement des droits de l'homme et des libertés fondamentales ». Ce processus d'intégration est promu par des institutions indépendantes des États signataires, notamment la Cour EDH et, jusqu'en 1998, la Commission EDH, qui assument la mission de contrôler les mesures et les pratiques nationales et de sanctionner les violations éventuelles des droits de l'homme. L'accès des individus à la justice supranationale a été un élément crucial dans le processus d'intégration européenne. Ce n'est que depuis les années soixante-dix que la Cour EDH est un acteur institutionnel important et que sa jurisprudence exerce une influence sur les ordres juridiques internes¹⁶⁹⁹.

Si la Convention a pour but la protection des droits de l'homme, c'est plutôt une perception formelle du principe de l'État de droit qui imprègne son texte. En effet, les droits de la Convention étaient originellement pensés comme des impératifs d'abstention de la puissance publique, laissant une sphère réservée aux individus et à la société. Dans ce sens, dans leur conception initiale, ils n'étaient pas très différents des libertés civiles anglaises ou des libertés publiques françaises : ils n'étaient pas censés imposer des obligations positives aux autorités étatiques. Leur protection était tenue pour nécessaire au bon fonctionnement du régime démocratique¹⁷⁰⁰. Cette conception des droits transparait par exemple dans la rédaction de l'article 3 du Premier Protocole additionnel à la Convention concernant le droit à des élections libres. Cette idée transparait aussi dans l'exigence que les ingérences dans les droits de la Convention soient prévues par la loi et qu'elles poursuivent un but légitime. Autrement dit, les droits de la CEDH ont été conçus comme des limites à l'exercice de la puissance publique ; la promotion de buts constitutionnels, tels que la sécurité nationale, la sûreté publique, la défense de l'ordre et la protection de la santé ou de la morale, a été initialement laissée à la compétence des autorités nationales¹⁷⁰¹.

¹⁶⁹⁹ Sur l'évolution de la Convention et de la jurisprudence de la Cour EDH, V. VAN DIJK P. et Y. ARAI, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 4^e éd., Antwerp, Intersentia, 2006 ; SUDRE F., *La Convention européenne des droits de l'homme*, 6^e éd., Paris, PUF, 2004. Sur l'application de la Convention par les juridictions internes, V. KELLER H. et A. STONE SWEET, « The Reception of the ECHR in National Legal Orders », H. KELLER et A. STONE SWEET (dir.), *A Europe of Rights: the Impact of the ECHR on National Legal Systems*, Oxford, OUP, 2008, p. 3.

¹⁷⁰⁰ GEARTY C., *Civil Liberties*, *op. cit.*, p. 22 s.

¹⁷⁰¹ En ce sens, V. TSAKYRAKIS S., « Proportionality: An Assault on Human Rights? », *op. cit.*

Néanmoins, l'interprétation extensive de la Convention a progressivement brouillé cette répartition des compétences entre autorités supranationales et autorités nationales. En effet, souvent en rupture avec les principes régissant l'interprétation des textes internationaux, la Cour EDH a adopté une interprétation dynamique et téléologique de la Convention, ce qui a entraîné une extension importante des obligations des États signataires¹⁷⁰². La Cour a rappelé à plusieurs reprises que « la Convention est un instrument vivant à interpréter [...] à la lumière des conditions de vie actuelles¹⁷⁰³. » Dans sa jurisprudence, le champ protecteur des droits de la Convention est généreusement défini : la Cour n'accepte pas de limitations inhérentes aux droits fondamentaux¹⁷⁰⁴, tandis qu'elle admet l'existence de droits « implicites », tels que le droit à l'exécution des décisions de justice découlant de l'article 6 de la Convention¹⁷⁰⁵. Par ailleurs, seuls les objectifs énumérés dans les clauses de limitation explicitement prévues par la Convention sont acceptés comme des buts légitimes pouvant justifier des atteintes aux droits conventionnels¹⁷⁰⁶.

La jurisprudence de la Cour de Strasbourg défie souvent les distinctions formelles et les doctrines traditionnelles. C'est ainsi qu'ont été reconnus l'existence d'obligations positives s'imposant aux autorités publiques¹⁷⁰⁷ et l'effet horizontal indirect de certains droits fondamentaux¹⁷⁰⁸. La lettre des dispositions et l'intention des rédacteurs de la Convention ne déterminent pas la solution que la Cour va finalement adopter dans chaque cas d'espèce¹⁷⁰⁹. D'ailleurs, l'effectivité de la protection des droits de l'homme n'est pas seulement cherchée au niveau de l'élaboration des normes juridiques mais aussi au niveau de leur application¹⁷¹⁰. Ainsi, en ce qui concerne la protection des droits fondamentaux, la CEDH a peu à envier à une constitution nationale¹⁷¹¹.

L'influence de la CEDH sur les constitutions française, anglaise et grecque. Les systèmes juridiques nationaux ont réagi différemment à l'influence européenne. La France fait partie des États signataires de la Convention depuis 1950. L'article 55 de la Constitution de 1958 confère un statut supra-législatif aux traités

¹⁷⁰² Sur ce point, V. FOROWICZ M., *The Reception of International Law in the European Court of Human Rights*, Oxford, OUP, coll. « International courts and tribunals series », 2010 ; VANNESTE F., *General International Law before Human Rights Courts: Assessing the Specialty Claims of Human Rights Law*, Antwerp, Intersentia, 2009. V., par exemple, *Wemhoff c. Allemagne*, 27 juin 1968, n° 2122/64, para. 8.

¹⁷⁰³ *Tyrrer c. RU*, 25 avril 1978, n° 5856/72, para. 31.

¹⁷⁰⁴ *Golder c. RU*, 21 février 1975, n° 4451/70. Cette jurisprudence s'applique tant aux personnes détenues à la suite d'une condamnation pénale qu'aux membres des services militaires et aux fonctionnaires.

¹⁷⁰⁵ V. VAN DROOGHENBROECK S., *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme: prendre l'idée simple au sérieux*, Bruxelles, Publications Fac St Louis, 2001, p. 63 s. V. aussi *Hornsby c. Grèce*, 19 mars 1997, n° 18357/91, para. 40.

¹⁷⁰⁶ V. *Sidiropoulos et autres c. Grèce*, 10 juillet 1998, n° 26695/95, para. 38. Sur l'interprétation extensive de la Convention, V. plus généralement VAN DROOGHENBROECK S., *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme: prendre l'idée simple au sérieux*, op. cit., p. 49 s.

¹⁷⁰⁷ *Marckx c. Belgique*, 13 juin 1979, n° 6833/74, para. 31.

¹⁷⁰⁸ *X et Y c. Pays-Bas*, 26 mars 1985, n° 8978/80, para. 23.

¹⁷⁰⁹ CHRISTOFFERSEN J., *Fair Balance: Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights*, Leiden ; Boston, Martinus Nijhoff Publishers, coll. « International studies in human rights », 2009, p. 44 s.

¹⁷¹⁰ *Philis c. Grèce*, 27 août 1991, n° 12750/87 ; 13780/88 ; 14003/88, para. 61.

¹⁷¹¹ PIRKER B., *Proportionality Analysis and Models of Judicial Review*, op. cit., p. 202.

internationaux, sous la double condition de leur ratification régulière et de leur application réciproque par les autres parties signataires. Selon la doctrine dominante, toutefois, cette dernière condition de réciprocité ne vaut pas en matière de droits fondamentaux¹⁷¹². La CEDH a donc acquis un statut juridique dès sa ratification, qui n'a eu lieu qu'en 1974, à savoir vingt-quatre ans après la signature du texte. Il n'en reste pas moins que la jurisprudence de la Cour de Strasbourg est restée peu connue des juristes français jusqu'au début des années quatre-vingt, quand les premiers recours individuels à cette juridiction ont été permis¹⁷¹³. D'ailleurs, jusqu'à la fin des années quatre-vingt, l'effet de la Convention dans la sphère interne était limité. En effet, dans la décision *IVG I*, le Conseil constitutionnel a décliné sa compétence pour contrôler la conventionnalité des lois dans le cadre du contrôle de constitutionnalité, considérant qu'il s'agissait là d'une compétence des juridictions ordinaires¹⁷¹⁴. Si la Cour de cassation a accepté l'invitation du juge constitutionnel en 1975, dans son arrêt *Société des cafés Jacques Vabre*¹⁷¹⁵, le Conseil d'État a refusé d'écarter l'application des lois inconstitutionnelles postérieures à la ratification du traité en question jusqu'en 1989. Combinée avec la théorie de la loi écran, cette jurisprudence laissait peu de possibilités à l'invocation de la Convention dans le contentieux administratif.

Depuis l'abandon de cette jurisprudence avec le célèbre arrêt *Nicolo*¹⁷¹⁶, le contrôle de conventionnalité est en pleine expansion. Bien qu'ils ne soient pas « faits maison », les droits de la Convention ont été de plus en plus invoqués devant les juges ordinaires pour contester les actes publics, y compris la législation. L'importance de cette évolution apparaît dans toute son ampleur, si l'on considère que, jusqu'en 2010, le Conseil constitutionnel n'exerçait qu'un contrôle *a priori* de la constitutionnalité des lois. Toutefois, la place grandissante prise par des considérations sécuritaires dans la pratique constitutionnelle française entraîne un certain déclin des droits fondamentaux. Dans le cadre de l'état d'urgence récent, le gouvernement français a fait usage de sa possibilité de déroger à l'application de la Convention, en vertu de l'article 15 de la CEDH.

Quant aux juristes anglais, ceux-ci ont un rapport particulier avec la Convention. En effet, l'élaboration de ce texte a été l'initiative du gouvernement britannique, il était destiné à offrir une réponse à la montée du communisme dans l'Europe de l'après-guerre. Le gouvernement a permis les recours individuels devant la Cour dès 1965, ce qui a abouti aux premières condamnations du Royaume-Uni déjà au milieu

¹⁷¹² SUDRE F., *Droit européen et international des droits de l'homme*, 13^e éd., Paris, PUF, 2016, p. 57 s.

¹⁷¹³ Dans la première affaire française, en 1986, la Cour EDH a condamné la France pour une violation de la Convention. V. *Bozano c. France*, 18 décembre 1986, n° 9990/82. Sur l'évolution de l'application de la Convention par les autorités françaises plus généralement, V. GIRARD D., *La France devant la Cour européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*

¹⁷¹⁴ Décision n° 74-54 DC du 15 janvier 1975, *Loi relative à l'interruption volontaire de la grossesse (IVG I)*, ECLI:FR:CC:1975:74.54.DC.

¹⁷¹⁵ Cass, 24 mai 1975, n° 73-13556.

¹⁷¹⁶ CE (Ass.), 20 octobre 1989, *Nicolo*, n° 108243, ECLI:FR:CEASS:1989:108243.19891020. Cette décision a été issue après l'invitation du Conseil constitutionnel à toutes les autorités publiques de respecter les obligations internationales de la France dans le cadre de leur compétences (V. Décision n° 86-216 DC, 3 septembre 1986, *Loi relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France*, ECLI:FR:CC:1986:86.216.DC, cons. 6). Sur l'application de la Convention par les juridictions françaises, V. KELLER H. et A. STONE SWEET, *A Europe of Rights: the Impact of the ECHR on National Legal Systems*, Oxford, OUP, 2008 chapitre 3.

des années soixante-dix. Néanmoins, dans le système dualiste du *common law*, la Convention n'avait pas de statut juridique jusqu'à son incorporation avec le *HRA*. Ainsi, jusqu'aux années deux mille, l'influence de la jurisprudence de Strasbourg sur le droit interne n'était que limitée et indirecte¹⁷¹⁷. La CEDH était appliquée par l'intermédiaire du *ECA* de 1972, à chaque fois le droit communautaire imposait sa prise en compte¹⁷¹⁸. Par ailleurs, les droits de la Convention étaient considérés comme des considérations extra-juridiques, prises en compte par le juge dans le cadre de la *balance of convenience*, dans le processus d'évolution du *common law* ou en *judicial review*, lors du choix du standard de contrôle approprié¹⁷¹⁹. Le but du *HRA* a été de « ramener les droits [de l'homme] à la maison », pour qu'ils puissent être directement appliqués par les juridictions internes¹⁷²⁰. Depuis l'entrée en vigueur de cet Acte, le langage des droits fondamentaux connaît un retentissement sans précédent en droit public anglais, bouleversant les fondements mêmes du *common law*.

La Grèce est membre du Conseil de l'Europe depuis 1949 et elle a adhéré à la Convention en 1953. Toutefois, la junte militaire ayant renoncé à la Convention en 1970, le pays a dû y adhérer à nouveau en 1974. Avec sa ratification la même année, la Convention a acquis un statut supra-législatif. L'article 28, paragraphe 1, de la Constitution déclare en effet que les règles du droit international généralement reconnues, ainsi que les conventions internationales « font partie intégrante du droit hellénique interne et priment toute disposition de loi contraire. » Le contrôle de conventionnalité, comme le contrôle de constitutionnalité, est incident et diffus. Il faut noter que la Constitution interne confère le même statut juridique à la Convention et aux traités du droit de l'UE. La Grèce a permis le recours individuel devant la Cour de Strasbourg en 1985, ce qui a considérablement accéléré la diffusion du langage des droits fondamentaux. La Convention jouit d'un prestige particulier dans le contexte grec comme l'expression d'un paradigme européen des droits de l'homme entériné par les élites juridiques locales. Le rapport de la CEDH avec la Constitution a été étudié très tôt par les auteurs les plus éminents¹⁷²¹. Par ailleurs, l'article 25 de la Constitution qui, depuis la réforme de 2001, consacre explicitement le principe de proportionnalité fait écho à la Convention et à la jurisprudence de la Cour de Strasbourg.

Proportionnalité et narrations locales sur les droits fondamentaux. Ce chapitre entreprend une analyse comparée de l'application de la proportionnalité dans le champ de la CEDH. Le but de la première section est d'identifier la fonction de la proportionnalité dans la jurisprudence de la Cour européenne (**Section 1**). Nous verrons que, dans ce contexte, la proportionnalité est un principe d'acculturation :

¹⁷¹⁷ V. *supra*, Partie I, chapitre 2.1.4.

¹⁷¹⁸ V., par exemple, *R. c. Secretary of State for the Home Department, ex parte Adams* [1995] All ER (EC) 177 (HC, Queen's Bench Division, 26 juillet 1994), où la *High Court* envisage l'application de la liberté d'expression comme un principe général du droit communautaire.

¹⁷¹⁹ V. *supra*, Partie II, chapitre 5.2.

¹⁷²⁰ Labour White Paper https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/263526/rights.pdf.

¹⁷²¹ Phédon Vegleris, *Η Σύμβαση των Δικαιωμάτων του Ανθρώπου και το Σύνταγμα* [The European Convention on Human Rights and the Constitution] (Athènes: Σάκκουλας, 1977).

elle sanctionne des mentalités particulières des autorités publiques nationales et impose la prise en compte des droits fondamentaux, tant au stade de la détermination des buts des politiques publiques qu'au stade de l'application concrète des dispositions juridiques. Ensuite, nous procéderons à une analyse de l'application de la proportionnalité par les juges français, anglais et grecs, dans le champ de la CEDH. L'objet est de montrer que les différences observées dans l'utilisation du langage de la proportionnalité sont liées à des tendances plus générales de la pensée juridique locale, ainsi qu'à des narrations locales différentes concernant la protection des droits fondamentaux et l'Europe.

En France, *la patrie des droits de l'homme*, la fonction d'acculturation de la proportionnalité a été généralement négligée par les juristes locaux. Le rationalisme dominant a orienté l'attention de la doctrine vers le contenu matériel du principe et la cohérence de celui-ci avec des principes antérieurs à sa réception. Cela a largement contraint la dynamique d'intégration dont la proportionnalité est porteuse (**Section 2**). Dans la tradition pragmatique du *common law*, au contraire, la proportionnalité a été mise au service du respect des obligations internationales du Royaume-Uni. Depuis l'entrée en vigueur du *HRA*, la fonction d'acculturation de la proportionnalité est prise au sérieux et génère un changement paradigmatique (**Section 3**). En Grèce, la proportionnalité a été reçue comme faisant partie d'une civilisation constitutionnelle européenne à rejoindre et elle a été mobilisée par les juristes locaux pour réinventer les concepts et institutions traditionnels à la lumière de leur *telos*. Si la proportionnalité comme méthode de raisonnement téléologique provoque des changements importants en droit grec, son application reste incohérente (**Section 4**).

1. *La proportionnalité, principe d'acculturation*

La portée et le contenu de la proportionnalité dans la jurisprudence de la Cour EDH. La proportionnalité est employée dans la jurisprudence de la Cour de Strasbourg depuis 1976, en matière de limitation des droits protégés par les articles 8 à 11 de la Convention. Il s'agit notamment du droit de mener une vie privée et familiale normale, de la liberté de pensée, de conscience et de religion, de la liberté d'expression et de la liberté d'association¹⁷²². La proportionnalité s'est progressivement propagée dans d'autres domaines, comme le droit de propriété, le principe de non-discrimination et le droit à l'accès au juge, et tend aujourd'hui à s'établir comme un principe général dans la jurisprudence européenne¹⁷²³. Si la Cour affirme que, en ce qui concerne les obligations positives de protection imposées aux

¹⁷²² Sur l'application de la proportionnalité dans ce contexte, V., entre autres, MCBRIDE J., « Proportionality and the European Convention on Human Rights », E. ELLIS (dir.), *The principle of proportionality in the laws of Europe*, Oxford ; Portland, Or, Hart, 1999, p. 23-35 ; VAN DROOGHENBROECK S., *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit. ; ARAI-TAKAHASHI Y., *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Antwerp ; Oxford, Intersentia, 2002 ; CHRISTOFFERSEN J., *Fair Balance*, op. cit. ; PIRKER B., *Proportionality Analysis and Models of Judicial Review*, op. cit., p. 202 s.

¹⁷²³ VAN DROOGHENBROECK S., *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 148 s.

autorités publiques, « les principes applicables sont assez voisins¹⁷²⁴ », ce n'est que dans de rares cas qu'elle emploie le terme proportionnalité¹⁷²⁵, optant le plus souvent pour un vocabulaire de « juste équilibre » dans ce domaine¹⁷²⁶. L'examen de proportionnalité est exclu dans l'application des droits absolus, comme notamment l'interdiction de la torture et des traitements inhumains et dégradants celui consacré de l'article 3¹⁷²⁷. Dans certains cas, la Cour se réfère à l'« essence » ou à la « substance » d'un droit ou d'une liberté garantie par la Convention ; pour autant, dans les domaines où la proportionnalité est appliquée, il n'est pas clair si le contenu de ce concept est indépendant du raisonnement de proportionnalité¹⁷²⁸.

La proportionnalité est un des moteurs principaux de l'intégration européenne au sein de la CEDH. Néanmoins, la jurisprudence de la Cour de Strasbourg en la matière est tout sauf claire. Il n'y a pas de décision de principe, dans laquelle la proportionnalité serait annoncée et expliquée¹⁷²⁹. Son application est variable, au cas par cas, en fonction du contexte et des circonstances, ce qui provoque souvent la critique des commentateurs¹⁷³⁰. Des considérations d'ordre institutionnel sont prises en compte dans l'application de la doctrine de la marge d'appréciation, qui est tout aussi ambiguë¹⁷³¹. Si l'influence des Cours de Karlsruhe et de Luxembourg transparait la jurisprudence de la Cour EDH, les particularités de cette dernière, notamment en ce qui concerne la terminologie utilisée et la structure du test de proportionnalité, témoignent également l'influence de la Cour suprême états-unienne. La pratique variable de la Cour génère des doutes sur la possibilité de déduire une norme ou un principe général de proportionnalité dont le contenu et la fonction seraient homogènes¹⁷³². Cela étant, nous pouvons observer certains traits caractéristiques de l'utilisation de la proportionnalité au moyen de la présentation de quelques décisions exemplaires.

L'affaire *Leyla Şahin* concerne l'interdiction de porter le foulard islamique dans les établissements d'enseignement supérieur turcs. Le gouvernement invoquait le principe de laïcité pour soutenir que cette restriction avait pour but de faire face à la menace de mouvements politiques extrémistes¹⁷³³. La Cour, suivant sa jurisprudence constante en la matière, a d'abord recherché s'il y avait une ingérence dans l'exercice

¹⁷²⁴ V. *Powell et Rayner c. RU*, 21 février 1990, n° 9310/81, para. 41.

¹⁷²⁵ *Gaskin c. RU*, 7 juillet 1989, n° 10454/83.

¹⁷²⁶ V., par exemple, *Harrudj c. France*, 4 octobre 2012, n° 43631/09.

¹⁷²⁷ V. *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, 21 janvier 2011, n° 30696/09. L'application de l'article 6 souvent implique un raisonnement de dogmatique juridique classique aussi.

¹⁷²⁸ Sur ce point, V. RIVERS J., « Proportionality and Variable Intensity of Review », *op. cit.*

¹⁷²⁹ CHRISTOFFERSEN J., *Fair Balance*, *op. cit.*, p. 69 s. ; VAN DROOGHENBROECK S., *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 71 s.

¹⁷³⁰ VAN DROOGHENBROECK S., *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 611. V. aussi MCBRIDE J., « Proportionality and the European Convention on Human Rights », *op. cit.*, p. 28 s.

¹⁷³¹ Pour une analyse plus détaillée avec des références à la littérature relative à ce problème, V. VAN DROOGHENBROECK S., *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 483 s. ; PIRKER B., *Proportionality Analysis and Models of Judicial Review*, *op. cit.*, p. 202 s. ; ARAI-TAKAHASHI Y., *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, *op. cit.*

¹⁷³² VAN DROOGHENBROECK S., *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 167 s.

¹⁷³³ *Leyla Şahin c. Turquie*, 10 novembre 2005, n° 44774/98, para. 70 s.

des droits de la Convention et si cette ingérence était prévue par la loi. Elle a constaté une restriction à l'exercice de la liberté de pensée, de conscience et de religion de la requérante, garantie par l'article 9 de la CEDH, ingérence qui trouvait sa base légale dans le droit turc¹⁷³⁴. L'étape suivante du raisonnement consiste typiquement en l'évaluation du but des mesures contestées. Selon la Cour, l'interdiction du port de symboles religieux dans l'université poursuit « pour l'essentiel les buts légitimes que sont la protection des droits et libertés d'autrui et la protection de l'ordre¹⁷³⁵ ». Après avoir identifié les valeurs concurrentes dans l'affaire portée devant elle, la Cour procède à l'examen de la nécessité des mesures litigieuses dans une société démocratique.

Avant l'application du test de proportionnalité, les juges énoncent certaines considérations de principe, sous le label de « principes généraux ». Il s'agit de considérations d'ordre déontologique concernant l'importance du but poursuivi par les autorités nationales, l'existence d'un consensus en la matière parmi les États signataires, l'importance du droit en cause dans une société démocratique et la nature de la restriction contestée. Par exemple, dans l'affaire *Leyla Şahin*, la Cour déclare que « la liberté de pensée, de conscience et de religion représente l'une des assises d'une "société démocratique" au sens de la Convention¹⁷³⁶ », avant de définir la portée de cette liberté et les possibilités laissées aux autorités publiques pour limiter son exercice. D'ailleurs, quelques lignes plus tard, la Cour souligne que « [p]luralisme, tolérance et esprit d'ouverture caractérisent une "société démocratique"¹⁷³⁷. »

Ce type de raisonnement d'ordre politique ou moral, qui parfois se rapproche d'un raisonnement de mise en balance, est caractéristique de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg. Souvent la Cour utilise des formules-type : concernant la liberté d'expression, par exemple, elle déclare que celle-ci « constitue l'un des fondements essentiels d'une société démocratique et l'une des conditions primordiales de son progrès et de l'épanouissement de chacun¹⁷³⁸. » Ces considérations déontologiques déterminent l'intensité du contrôle que la Cour va exercer par la suite. Dans l'affaire *Leyla Şahin*, les juges décident que « [l]orsque se trouvent en jeu des questions sur les rapports entre l'État et les religions, sur lesquelles de profondes divergences peuvent raisonnablement exister dans une société démocratique, il y a lieu d'accorder une importance particulière au rôle du décideur national ». Toutefois, cette réserve vis-à-vis des autorités nationales va « de pair avec un contrôle européen portant à la fois sur la loi et sur les décisions qui l'appliquent¹⁷³⁹. » La Cour se borne finalement à

¹⁷³⁴ *Ibid.*, para. 78 et 98.

¹⁷³⁵ *Ibid.*, para. 99 ; *Handyside c. RU*, 7 décembre 1976, n° 5493/72, para. 42-46 ; *Dudgeon c. RU*, 22 octobre 1981, n° 7525/76, para. 42-49.

¹⁷³⁶ *Leyla Şahin*, précitée, para. 104.

¹⁷³⁷ *Ibid.*, para. 108.

¹⁷³⁸ *V. Association Ekin c. France*, 17 juillet 2001, n° 39288/98, para. 56.

¹⁷³⁹ *Leyla Şahin*, para. 109-110. V. aussi *Handyside*, précitée, para. 48-50 ; *The Sunday Times c. RU*, 26 avril 1979, n° 6538/74, para. 59 ; *Dudgeon*, précitée, para. 50-54.

s'assurer que l'ingérence litigieuse est une réponse à un « besoin social impérieux¹⁷⁴⁰ » et qu'elle est « justifiée dans son principe et proportionnée à l'objectif visé¹⁷⁴¹. »

Entre principe optimisateur et exigence formelle. Dans la jurisprudence de la Cour EDH, la proportionnalité ne correspond pas à un principe d'optimisation des droits fondamentaux¹⁷⁴². En effet, alors que, dans la version optimisatrice de la proportionnalité, le contrôle du juge porte sur les conséquences des actes contrôlés, la Cour de Strasbourg s'assure simplement du caractère raisonnable des évaluations des autorités nationales : elle n'exige que l'existence d'« un rapport raisonnable de proportionnalité¹⁷⁴³ ». D'ailleurs, le juge européen se limite à l'examen de la proportionnalité en principe des mesures contestées et ne procède pas à une évaluation concrète des effets de celles-ci. Les autorités nationales, y compris les juges, jouissent d'une marge d'appréciation¹⁷⁴⁴. Selon une jurisprudence constante, pour que l'exigence de nécessité dans une société démocratique soit remplie, il suffit que les motifs justifiant la mesure nationale soient « pertinents et suffisants¹⁷⁴⁵ ».

À cet égard, le juge européen se montre respectueux des choix faits par les autorités contrôlées. L'affaire *Handyside*, par exemple, concerne une injonction des juges anglais interdisant la diffusion du livre *The Little Red Schoolbook*. Pour justifier la restriction, le gouvernement invoquait la protection de la morale, puisque, à ses yeux, le contenu du livre était « de nature à dépraver et corrompre » les personnes susceptibles de le lire¹⁷⁴⁶. Après une considération détaillée du contenu du livre et de sa destination, la Cour accepte que les mesures litigieuses poursuivent un but légitime. Selon les termes utilisés dans la décision :

« malgré la diversité et l'évolution constante des conceptions éthiques et éducatives au Royaume-Uni les magistrats anglais compétents étaient en droit de croire à l'époque, dans l'exercice de leur pouvoir d'appréciation, que le Schoolbook aurait des répercussions néfastes sur la moralité de beaucoup des enfants et adolescents qui le liraient¹⁷⁴⁷. »

La déférence vis-à-vis des autorités nationales est encore plus évidente dans certains cas où, après avoir affirmé la légitimité du but poursuivi, la Cour exerce un contrôle

¹⁷⁴⁰ *Leyla Şahin*, para. 115. V. aussi *Handyside*, para. 48 ; *Sunday Times*, para. 59 ; *Dudgeon*, para. 51. Plus récemment, *V. S. et Marper c. RU*, 4 décembre 2008, n° 30562/04 et 30566/04.

¹⁷⁴¹ *Leyla Şahin*, para. 122.

¹⁷⁴² Cela est plus évident dans l'application du droit de propriété. V. *James et autres c. RU*, 21 février 1986, n° 8793/79, para. 51. En ce qui concerne la jurisprudence sur les obligations positives découlant des droits de la Convention, V. *Gaskin*, précité ; *Powell et Rayner*, précitée, para. 43-44. Sur l'attitude réservée de la Cour en la matière, V. PIRKER B., *Proportionality Analysis and Models of Judicial Review*, *op. cit.*, p. 202 s.

¹⁷⁴³ *Leyla Şahin*, précitée, para. 117.

¹⁷⁴⁴ *V. Handyside*, précitée, para. 48.

¹⁷⁴⁵ *Ibid.*, para. 48-50. V. aussi *Sunday Times*, précitée, para. 62.

¹⁷⁴⁶ *Ibid.*, para. 25.

¹⁷⁴⁷ *Handyside*, précitée, para. 52 ; *James et autres*, précitée, para. 77. V. toutefois *Darby c. Suède*, 23 octobre 1990, n° 11581/85, para. 33 s.

formel de proportionnalité, s'assurant seulement qu'il a été « dûment tenu compte » du droit en cause¹⁷⁴⁸.

Si sa fonction n'est pas celle d'un principe optimisateur des droits fondamentaux, la proportionnalité n'implique pas seulement un contrôle des buts des autorités nationales. Déjà dans la décision *Handyside*, la Cour a précisé que la marge d'appréciation ne désigne pas « un pouvoir d'appréciation illimité¹⁷⁴⁹ ». Dans l'affaire *Dudgeon*, concernant la criminalisation des actes homosexuels dans le Royaume-Uni, la Cour a clarifié la nature de son contrôle :

« Placé devant ces diverses considérations, le gouvernement du Royaume-Uni a sans nul doute agi avec soin et de bonne foi ; de surcroît, il n'a pas ménagé ses efforts pour arriver à un jugement équilibré sur différentes thèses avant de conclure qu'il lui fallait abandonner la réforme du droit en vigueur tant elle suscitait une large opposition en Irlande du Nord [...]. Néanmoins, à lui seul cela ne saurait prouver la nécessité de l'atteinte à la vie privée de M. Dudgeon découlant des mesures dont il se plaint [...]. Nonobstant la marge d'appréciation laissée aux autorités nationales, il appartient à la Cour de trancher la question de savoir si les motifs qu'elle a jugés pertinents étaient aussi suffisants, c'est-à-dire si l'ingérence incriminée était proportionnée au besoin social invoqué en sa faveur¹⁷⁵⁰. »

L'évaluation finale de la proportionnalité des mesures litigieuses appartient donc à la Cour européenne. L'aspect du droit ou de la liberté auquel il a été porté atteinte est ainsi important dans le contrôle du juge européen. Dans l'affaire *Smith & Grady*, par exemple, la séquelle de l'affaire anglaise *Smith*, la Cour a souligné que, puisque les atteintes portées aux droits des requérants concernaient « un aspect des plus intimes de la vie privée », elle exigerait « des raisons particulièrement graves » pour qu'elles répondent aux exigences de l'article 8 § 2 de la Convention¹⁷⁵¹. Le caractère sérieux des atteintes portées aux droits de la Convention joue également un rôle important dans la solution finale du litige. Des restrictions particulièrement larges entraînent un contrôle intrusif de la part du juge.

La décision *Sunday Times* est illustrative à cet égard. Cette décision concerne la censure, au moyen d'une injonction de la Chambre des Lords, d'un article d'actualité sur l'affaire de Thalidomide, une affaire similaire à celle du Mediator en France. L'affaire pendante devant les juridictions internes, les autorités britanniques considéraient que la publication de l'article dans *Sunday Times* affecterait l'autorité et l'impartialité des juges. La Cour de Strasbourg a mis en exergue le fait que l'injonction de la Chambre des Lords était formulée dans des termes très larges : elle

¹⁷⁴⁸ V. not. *Otto-Preminger-Institut c. Autriche*, 20 septembre 1994, n° 13470/87, para. 56.

¹⁷⁴⁹ *Handyside*, précitée, para. 49.

¹⁷⁵⁰ *Dudgeon*, précitée, para. 59.

¹⁷⁵¹ *Smith & Grady c. RU*, 27 septembre 1999, n° 33985/96 et 33986/96, para. 89. V. aussi *Dudgeon*, précitée, para.

ne couvrait pas seulement la publication de l'article dans le journal *Sunday Times*, mais empêchait aussi les requérants « de communiquer à des commissions gouvernementales et à un parlementaire le résultat de leurs investigations ainsi que de poursuivre ces dernières¹⁷⁵² ». D'ailleurs, la Cour a relevé que l'injonction a « retardé la publication d'un livre et privé le rédacteur en chef de l'hebdomadaire de l'occasion de consacrer à la question des commentaires ou de répondre à des critiques dirigées contre lui¹⁷⁵³. » Ces considérations ont poussé les juges à exercer « un contrôle particulièrement attentif » de la nécessité des mesures en cause¹⁷⁵⁴.

Si la pertinence des motifs avancés par les autorités nationales est facilement acceptée, leur caractère suffisant n'est pas toujours admis. À cet égard, les juges prennent en compte les effets des mesures et leur capacité d'atteindre leur but. Dans la décision *Smith & Grady*, par exemple, la Cour a souligné que les affirmations du gouvernement concernant le risque d'inefficacité que génère la présence d'homosexuels dans l'armée devaient être « étayées par des exemples concrets¹⁷⁵⁵. » Le gouvernement britannique invoquait un rapport du groupe d'évaluation sur la politique relative à l'homosexualité du ministère de la Défense. La Cour a toutefois douté de la fiabilité de ce rapport tant du point de vue de sa méthodologie que de celui de ses résultats¹⁷⁵⁶.

D'ailleurs, les juges ont examiné les effets des mesures en cause sur les individus concernés. Ils ont relevé que le processus d'enquête conduisant à la révocation des requérants de l'armée était « exceptionnellement indiscret » et que cette révocation avait eu « une profonde incidence sur [leur] carrière et [leur] avenir »¹⁷⁵⁷. Dans cette affaire donc, le contrôle de proportionnalité porte sur les conséquences des mesures nationales, du point de vue non seulement de leur but, mais aussi des droits des requérants. Comme nous l'avons vu, la préoccupation des juges de Strasbourg avec les *merits* de la décision publique les a conduits à critiquer la jurisprudence anglaise en la matière¹⁷⁵⁸.

La prise en compte des droits fondamentaux au cours du processus de décision publique. L'analyse de proportionnalité de la Cour EDH se situe entre un contrôle du but des autorités nationales et un contrôle des effets des mesures restrictives des droits fondamentaux. Elle se situe entre une application formelle de la proportionnalité, qui ne contesterait en rien les jugements de valeur des décideurs initiaux, et son application comme un test objectif, qui mènerait le juge à substituer sa propre échelle de valeurs à celle de l'autorité contrôlée. D'un côté, la Cour déclare constamment que « le mécanisme de sauvegarde instauré par la Convention revêt un caractère subsidiaire par rapport aux systèmes nationaux de garantie des droits de

¹⁷⁵² *Sunday Times*, précitée, para. 63.

¹⁷⁵³ *Ibid.*

¹⁷⁵⁴ *Ibid.*

¹⁷⁵⁵ *Smith & Grady*, para. 89.

¹⁷⁵⁶ *Ibid.*, para. 95.

¹⁷⁵⁷ *Ibid.*, para. 91 et 92. De façon similaire, *Dudgeon*, précitée, para. 60 s.

¹⁷⁵⁸ V. *supra*, Partie II, chapitre 5.4.

l'homme¹⁷⁵⁹ ». La subsidiarité du contrôle supranational est assurée par la doctrine de la marge d'appréciation qui, dans ce contexte, exprime le pluralisme normatif de la jurisprudence européenne et laisse la possibilité pour une pluralité des systèmes de valeurs parmi les États signataires¹⁷⁶⁰. De l'autre côté, la proportionnalité exige la prise en compte des droits de l'homme dans le processus national de décision publique. Dans certains cas, elle sert à l'élimination d'atteintes inacceptables *per se*, c'est dans ce sens que certains auteurs voient la fonction de la proportionnalité comme corrective et restrictive de la doctrine de la marge d'appréciation¹⁷⁶¹.

Dans leur étude comparée sur la proportionnalité et la mise en balance, Moshe Cohen-Eliya et Iddo Porat identifient ce type de contrôle intermédiaire, qu'ils nomment contrôle de l'« indifférence ». Selon ces auteurs, le contrôle de l'« indifférence » vise à garantir que les autorités nationales ne soient pas indifférentes aux atteintes portées aux droits de l'homme¹⁷⁶². En effet, si le contrôle de proportionnalité de la Cour EDH porte toujours sur l'état d'esprit du décideur initial, sa fonction est d'imposer la prise en compte des droits de l'homme dans le processus national de décision publique comme une obligation *juridique*. Dans la décision *Darby*, par exemple, l'absence de considération totale pour la Convention a conduit les juges à sanctionner la disposition contrôlée, sans même procéder à un contrôle de proportionnalité. La loi contestée exemptait certaines personnes résident en Suède d'un impôt destiné à l'Église luthérienne. Si le gouvernement invoquait certains motifs pour l'exclusion des personnes ne résidant pas en Suède de cette exemption, les juges observent que :

« le projet introduisant les amendements à l'origine du présent litige [...] ne mentionnait pas la situation spéciale qu'ils créeraient pour les non-résidents au regard de la loi de 1951 [...]. En fait, à l'audience devant la Cour le Gouvernement a déclaré ne pas prétendre que la distinction eût un but légitime¹⁷⁶³. »

La décision *Sidiropoulos* illustre bien la nature du contrôle de proportionnalité exercé par les juges européens. Cette affaire concernait le refus des magistrats grecs de reconnaître une association de citoyens se réclamant de leur origine ethnique macédonienne. Selon la conviction des juges nationaux, l'intention des requérants était la contestation de l'identité grecque de Macédoine (une région du nord de la Grèce) et donc la mise en danger de l'intégrité territoriale de l'État. La Cour commence par préciser que, pour qu'elles puissent justifier les mesures en cause, les

¹⁷⁵⁹ *Handyside*, précitée, para. 48.

¹⁷⁶⁰ V. FERRERES COMELLA V., *Constitutional Courts and Democratic Values : A European Perspective*, New Haven, Yale University Press, 2009, p. 139 s.

¹⁷⁶¹ MATSCHER F., « Methods of Interpretation of the Convention », R. MACDONALD, F. MATSCHER et H. PETZOLD (dir.), *The European system for the protection of human rights*, Dordrecht ; Boston, M. Nijhoff, 1993, p. 63-81.

¹⁷⁶² COHEN-ELIYA M. et I. PORAT, *Proportionality and Constitutional Culture*, op. cit., p. 73 s.

¹⁷⁶³ *Darby c. Suède*, 23 octobre 1990, n° 11581/85, para. 33.

raisons avancées par les autorités nationales doivent être « convaincantes et impératives¹⁷⁶⁴ ». Selon les termes utilisés dans la décision :

« Lorsqu'elle exerce son contrôle, la Cour n'a point pour tâche de se substituer aux juridictions internes compétentes, mais de vérifier sous l'angle de l'article 11 les décisions qu'elles ont rendues en vertu de leur pouvoir d'appréciation. Il ne s'ensuit pas qu'elle doive se borner à rechercher si l'Etat défendeur a usé de ce pouvoir de bonne foi, avec soin et de façon raisonnable : il lui faut considérer l'ingérence litigieuse compte tenu de l'ensemble de l'affaire pour déterminer si elle était "proportionnée au but légitime poursuivi" et si les motifs invoqués par les autorités nationales pour la justifier apparaissent "pertinents et suffisants". Ce faisant, la Cour doit se convaincre que les autorités nationales ont appliqué des règles conformes aux principes consacrés par l'article 11 et ce, de surcroît, en se fondant sur une appréciation acceptable des faits pertinents¹⁷⁶⁵. »

En l'espèce, la Cour a statué que le refus de reconnaître l'association des requérants était fondée sur « une simple suspicion quant aux véritables intentions des fondateurs de l'association », dont la certitude n'était pas établie¹⁷⁶⁶.

Le juge européen ne se préoccupe pas tant des effets des mesures nationales sur la protection des droits fondamentaux que des critères et des procédures mises en place dans le système juridique interne. L'attention est portée sur les standards que les autorités nationales ont appliqués pour prendre leur décision. Ainsi, l'harmonisation du droit national avec la Convention passe souvent par l'adoption d'un raisonnement de proportionnalité par les autorités nationales¹⁷⁶⁷. Dans ce sens, la proportionnalité se rapproche d'une exigence procédurale. Cela est plus évident dans les affaires qui se traduisent en un conflit entre deux ou plusieurs droits de la Convention. Dans ces affaires la Cour accorde une large marge d'appréciation aux autorités nationales et se limite à contrôler que les autorités en cause ont effectivement cherché à établir un équilibre entre les droits concurrents¹⁷⁶⁸. Toutefois, le plus souvent, elle va plus loin et cherche à imposer un certain état d'esprit lors de la prise de décision nationale. En effet, les standards de sa jurisprudence n'opèrent pas seulement au niveau juridique : il s'agit des standards qui caractérisent une « société démocratique ». Dans ce contexte, la proportionnalité fonctionne comme un principe d'acculturation. Les juges européens n'hésitent pas à substituer leur propre conviction sur les faits à celle des autorités nationales, même juridictionnelles.

¹⁷⁶⁴ *Sidiropoulos*, précitée, para. 40.

¹⁷⁶⁵ *Ibid.*

¹⁷⁶⁶ *Ibid.*, para. 45 s.

¹⁷⁶⁷ V. KELLER H. et A. STONE SWEET, *A Europe of Rights: the Impact of the ECHR on National Legal Systems*, *op. cit.*, p. 10 s.

¹⁷⁶⁸ *Chassagnou c. France*, 29 avril 1999, n° 25088/94, 28331/95 et 28443/95, para. 113 ; *Leyla Şahin*, précitée, para. 108. V. PIRKER B., *Proportionality Analysis and Models of Judicial Review*, *op. cit.*, p. 216 s.

Dans d'autres affaires, la critique de la Cour ne porte pas sur la fiabilité des appréciations factuelles des autorités nationales, mais sur la compatibilité de leurs considérations déontologiques à la Convention. De cette façon, la jurisprudence européenne encourage les autorités nationales à reformuler leurs buts dans des termes qui sont acceptables par la Convention. Dans la décision *Open Door*, par exemple, le gouvernement irlandais a interdit la diffusion d'informations sur les possibilités de procéder à une interruption volontaire de la grossesse à l'étranger. Pour justifier cette interdiction, le gouvernement s'est appuyé, entre autres choses, sur la protection de l'enfant à naître, qu'il rattachait à la protection des droits d'autrui. Les juges ont toutefois reformulé les buts invoqués par les autorités nationales : selon eux, le gouvernement ne poursuivait pas la protection des droits d'autrui mais uniquement la protection de la morale¹⁷⁶⁹. De façon similaire, dans la décision *Smith & Grady*, la Cour a rejeté les arguments du gouvernement britannique, en estimant que « les problèmes perçus dans le rapport [...] comme menaçant la puissance de combat et l'efficacité opérationnelle de l'armée tenaient uniquement aux attitudes négatives des militaires hétérosexuels envers ceux ayant des préférences homosexuelles¹⁷⁷⁰. » Dans ces affaires les juges européens ont donc substitué leur propre qualification du besoin social impérieux à celle des autorités nationales.

Le poids que la Cour accorde aux évaluations des décideurs initiaux dépend aussi de l'existence d'un consensus parmi les États signataires sur les intérêts ou les valeurs en cause. Ainsi, dans la décision *Handyside*, la Cour a constaté qu'« on ne peut dégager du droit interne des divers États contractants une notion européenne uniforme de la "morale". L'idée que leurs lois respectives se font des exigences de cette dernière varie dans le temps et l'espace, spécialement à notre époque caractérisée par une évolution rapide et profonde des opinions en la matière¹⁷⁷¹. » Les juges ont conclu :

« Grâce à leurs contacts directs et constants avec les forces vives de leur pays, les autorités de l'État se trouvent en principe mieux placées que le juge international pour se prononcer sur le contenu précis de ces exigences comme sur la "nécessité" d'une "restriction" ou "sanction" destinée à y répondre¹⁷⁷². »

Néanmoins, l'attitude de la Cour était différente dans la décision *Sunday Times*, où était en cause la notion, « beaucoup plus objective¹⁷⁷³ », d'autorité du pouvoir judiciaire :

« En la matière, une assez grande concordance de vues ressort du droit interne et de la pratique des États contractants. Elle se reflète dans une série de clauses de la Convention, dont l'article 6, qui n'ont pas d'équivalent pour la "morale". A une liberté d'appréciation moins

¹⁷⁶⁹ *Open Door et Dublin Well Woman c. Irlande*, 29 octobre 1992, n° 14234/88, para. 61 s.

¹⁷⁷⁰ *Smith & Grady*, précitée, para. 96-97.

¹⁷⁷¹ *Handyside*, précitée, para. 48.

¹⁷⁷² *Ibid.*

¹⁷⁷³ *Sunday Times*, précitée, para. 59.

discrétionnaire correspond donc ici un contrôle européen plus étendu¹⁷⁷⁴. »

Les juges ont procédé à un examen de l'efficacité réelle de la mesure et à une mise en balance des intérêts en cause, pour conclure 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 Convention¹⁷⁷⁵. » La marge d'appréciation des autorités nationales était pratiquement non-existante.

La façon dont les juristes internes et les juridictions nationales ont perçu le rôle de la proportionnalité dans le contexte de la CEDH varie considérablement, en fonction des besoins argumentatifs spécifiques à chaque système et des narrations locales en matière de droits fondamentaux.

2. *La disproportion, correctif aux effets pervers de la loi française*

L'assimilation des concepts internes et européens, une expression du rationalisme français. Nous avons vu que, dès son émergence en tant que principe européen en droit français, la proportionnalité a été assimilée à des méthodes de contrôle existantes, classées par les juristes locaux comme des instances d'un *contrôle de proportionnalité*. En raison de leur dénomination quasi-identique, les concepts de proportionnalité européenne et de proportionnalité interne sont depuis considérés comme équivalents ou synonymes, ils sont censés avoir un contenu identique. Les juristes français ne perçoivent pas les différences dans la structure et dans la fonction de ces différentes versions de la proportionnalité. Nous avons vu que cette impression de synonymie a provoqué la diffusion des méthodes de contrôle traditionnelles, comme le contrôle de nécessité, dans les domaines affectés par le droit européen. Néanmoins, le contrôle de proportionnalité des juges français ne dispose pas de la rigueur et de l'intensité du contrôle exercé par les juridictions supranationales¹⁷⁷⁶.

L'assimilation des concepts juridiques internationaux à des concepts du droit interne qui leur sont homonymes n'est pas une caractéristique spécifique au langage de la proportionnalité ; elle n'est pas non plus limitée au champ d'application de la CEDH. Il s'agit d'une tendance plus générale de la pensée juridique française, liée à la version particulière du formalisme qui l'imprègne. Il est significatif que, jusqu'en 1990, toute question d'interprétation d'un texte international était renvoyée au ministre des affaires étrangères. Ainsi, malgré le statut supra-législatif des traités dans l'ordre juridique interne selon la Constitution, en cas de doute, le contenu des dispositions de ces traités était défini par le gouvernement. Cette attitude, justifiée par

¹⁷⁷⁴ *Ibid.*

¹⁷⁷⁵ *Ibid.*, para. 67. Contraste avec l'opinion des Juges Wiarda, Cremona, Thór Vilhjálmsson, Ryssdal, Ganshof van der Meersch, Fitzmaurice, Bindschedler-Robert, Liesch et Matscher.

¹⁷⁷⁶ V. *supra*, Partie I, chapitre 1.2.1. Nous nous inspirons sur ce point des analyses de YANNAKOPOULOS C., « Μεταξύ συνταγματικών σκοπών και συνταγματικών ορίων: η διαλεκτική εξέλιξη της συνταγματικής πραγματικότητας στην εθνική και στην κοινοτική έννομη τάξη [Entre buts constitutionnels et limites constitutionnelles : l'évolution dialectique de la pratique constitutionnelle dans l'ordre juridique national et communautaire] », *op. cit.*

le refus traditionnel du juge de s’immiscer dans les affaires diplomatiques, faisait que les termes et les notions des conventions internationales ne pouvaient pas avoir d’autre sens que celui que les autorités étatiques leur attribuaient¹⁷⁷⁷. Dans le contexte français, l’interprétation des textes internationaux en conformité avec le droit interne est une manière de gérer les conflits normatifs qui se déploient dans l’application du droit international par les juridictions françaises. Cette technique préserve la cohérence matérielle du droit applicable dans la sphère juridique interne, une cohérence si chère aux juristes locaux.

En effet, l’assimilation des concepts du droit international aux concepts du droit interne peut être comprise comme une instance du rationalisme de la pensée juridique française. Elle conforte la perception du droit comme un ordre, comme un ensemble cohérent, fondé sur des principes rationnels communément partagés, voire universels. Notamment en ce qui concerne l’interprétation de la CEDH, la tendance à assimiler les concepts internes aux concepts européens est renforcée par la croyance des juristes locaux dans l’existence d’une « civilisation » des droits fondamentaux dont l’origine serait la France, *la patrie des droits de l’homme*. Puisant sa source dans la Révolution de 1789, cette civilisation se serait ensuite diffusée en Europe et partout dans le monde. Ainsi, les obligations internationales de protection des droits de l’homme ont toujours été reçues en France comme faisant déjà partie du droit interne¹⁷⁷⁸. Dans ce contexte, le processus d’acculturation auquel la jurisprudence de la Cour EDH invite les juges nationaux n’a jamais été perçu comme nécessaire.

Cela se reflète dans la perception de la proportionnalité en matière de droits fondamentaux européens. Les juristes français négligent souvent les aspects structurels et institutionnels du contrôle de proportionnalité en tant que technique qui permet la réparation des violations de la Convention et sont plus attentifs au contenu matériel du principe. Au lieu d’un processus de raisonnement particulier, la proportionnalité prescrit des solutions matérielles concrètes. Qu’elle soit appliquée dans des affaires purement internes, dans le champ du droit communautaire ou dans le contexte de la Convention, pour les juristes locaux, elle correspond à un principe libéral, une exigence de modération de l’exercice de la puissance publique. En tant que telle, la proportionnalité fait partie d’une conception européenne des droits de l’homme qui est déjà inhérente aux textes révolutionnaires. Nous avons vu en effet que, même avant sa connexion à la jurisprudence du bilan, la proportionnalité dans sa version de nécessité des peines était liée à la DDHC. Pendant les années quatre-vingt, malgré l’absence de sa reconnaissance explicite en droit positif, la doctrine française a toujours perçu la proportionnalité comme faisant partie du bloc de légalité¹⁷⁷⁹. Ainsi, pour la doctrine dominante, la jurisprudence de la Cour de Strasbourg n’a rien ajouté

¹⁷⁷⁷ Pour l’abandon de cette jurisprudence, V. CE (Ass.), 29 juin 1990, *GISTI*, n° 78519, ECLI:FR:CEASS:1990:78519.19900629. Toutefois, si dans cet arrêt le Conseil d’État s’est reconnu le pouvoir d’interpréter les dispositions du droit international, dans l’exercice de ce pouvoir le juge se réfère aux pièces du dossier administratif.

¹⁷⁷⁸ GIRARD D., *La France devant la Cour européenne des droits de l’homme*, op. cit., p. 276.

¹⁷⁷⁹ V. *supra*, Partie I, chapitre 1.1.2 et 1.1.3.

aux théories existantes du contentieux administratif. Seulement, en incluant la proportionnalité dans le bloc de conventionnalité, elle a étendu son champ, en permettant son application vis-à-vis du Parlement¹⁷⁸⁰.

L'adaptation informelle du droit interne aux exigences de la CEDH. Si les droits de l'homme sont nés en France, c'est en Europe que leur force juridique a été pleinement affirmée. Sous l'impulsion de l'école d'Aix, les publicistes français ont progressivement développé une admiration croissante pour la jurisprudence allemande, italienne, espagnole et supranationale en matière de droits fondamentaux. Ainsi, dans un article datant de 1996, Jacques Ziller, professeur à Paris 1, étudie l'application de la proportionnalité par plusieurs juridictions étrangères¹⁷⁸¹. Selon lui, la proportionnalité fait partie d'une civilisation libérale, fruit de l'influence réciproque entre systèmes européens. Tout en mettant en lumière les particularités de la jurisprudence française, l'auteur rejette l'idée d'une exception française à la civilisation européenne des droits fondamentaux. Cela étant, la crainte est devenue forte au sein des juristes locaux qu'en matière de protection juridictionnelle des droits fondamentaux, la France, autrefois admirée comme la patrie des droits de l'homme, ne traîne derrière certains de ses partenaires européens. Les condamnations de la part de la Cour de Strasbourg, perçues comme des « défaillances » du contentieux administratif, résonnaient de plus en plus en droit interne¹⁷⁸². Dans ce contexte, le refus des juges de reconnaître explicitement la proportionnalité était progressivement perçu comme un signe d'étroitesse d'esprit. C'est ainsi que Michel Fromont conclut son analyse comparative sur la proportionnalité : « Il reste à souhaiter que la France rejoigne la grande famille des droits qui consacrent le principe de proportionnalité. Les pays du sud de l'Europe s'y emploient déjà¹⁷⁸³. »

Ce sentiment d'insatisfaction a enclenché un processus d'adaptation du droit interne aux exigences de la CEDH. Selon la répartition traditionnelle des compétences en droit public français, les droits de l'homme sont protégés par la loi et non contre celle-ci. Ainsi, la mise en conformité avec les obligations de la Convention n'a pas été traduite par une procédure ou un *head of review* spécifique qui permettrait la contestation des décisions du Parlement ; le plus souvent, elle a procédé par l'interprétation de la loi à la lumière de la Convention, parfois sans référence explicite à cette dernière. Pendant les années quatre-vingt et quatre-vingt-dix, l'appareil conceptuel traditionnel des libertés publiques a été adapté aux exigences européennes de protection des droits de l'homme. Même les notions et les principes les plus chers aux publicistes français, comme le principe de laïcité, ont été réinterprétés pour s'adapter à la jurisprudence européenne en la matière¹⁷⁸⁴. Comme

¹⁷⁸⁰ Sur le bloc de conventionnalité, V. MARKUS J.-P., « Le contrôle de conventionnalité des lois par le Conseil d'État », *op. cit.*

¹⁷⁸¹ ZILLER J., « Le Principe de proportionnalité », *op. cit.*

¹⁷⁸² MARKUS J.-P., « Le contrôle de conventionnalité des lois par le Conseil d'État », *op. cit.* avant note 41, référence omise.

¹⁷⁸³ FROMONT M., « Le principe de proportionnalité », *op. cit.* après la nb 71.

¹⁷⁸⁴ CE, 2 novembre 1992, n° 130394, ECLI:FR:CESSR:1992:130394.19921102. V. aussi le célèbre avis CE, 27 novembre 1989, n° 346893, *Avis "Port du foulard islamique"*, où la Convention et d'autres textes internationaux sont mentionnés dans les visas.

nous l'avons vu, la « traduction » de la jurisprudence européenne dans les principes et les notions républicaines a eu comme résultat la réinvention des droits fondamentaux comme des principes objectifs¹⁷⁸⁵. L'arrêt *Morsang-sur-Orge*, voyant la traduction de la protection de la dignité humaine en une composante de l'ordre public, en est une illustration significative¹⁷⁸⁶.

Les juridictions françaises ont souvent coopéré avec les autorités publiques dans le processus d'adaptation du droit interne aux obligations internationales du pays. Par exemple, longtemps avant l'application directe de l'article 8 de la CEDH et de la proportionnalité par le Conseil d'État, le regroupement familial des ressortissants étrangers était déjà prévu par un décret¹⁷⁸⁷. Sur la base de ce décret et du Préambule de la Constitution de 1946, le juge administratif avait reconnu le droit de mener une vie familiale normale en tant que principe général du droit¹⁷⁸⁸. Par ailleurs, une loi de 1979 avait encadré la procédure d'expulsion en prévoyant des conditions strictes pour son application et des garanties procédurales pour les individus concernés, ce qui avait déjà introduit un contrôle formel des actes relatifs de la part du juge administratif¹⁷⁸⁹. Une loi de la fin des années quatre-vingt avait davantage amélioré le statut des étrangers, en excluant certaines catégories de personnes de la procédure d'expulsion, compte tenu de leur situation individuelle et familiale. Le Conseil d'État a adopté une interprétation large de ces dispositions et a introduit un contrôle de l'erreur manifeste en ce qui concerne leur respect par les autorités d'immigration¹⁷⁹⁰.

L'émergence du standard de disproportion dans l'affaire *Babas* a progressivement conduit à l'abandon du contrôle de l'erreur manifeste en la matière¹⁷⁹¹. Il n'en reste pas moins que la continuité de la jurisprudence administrative dans ce domaine nuance l'importance de la réception de la proportionnalité comme principe de la CEDH. D'ailleurs, nous avons montré que, plus généralement, la proportionnalité en tant qu'outil juridictionnel a apporté peu de changements dans les structures du contentieux administratif. Chacun dans le cadre de sa compétence, les juges et l'administration se sont efforcés de se conformer aux préceptes de la Convention, sans contester radicalement les méthodes de raisonnement traditionnelles et la répartition des compétences entre autorités publiques. En 1986, le Conseil constitutionnel déclare « qu'il appartient aux divers organes de l'État de veiller à

¹⁷⁸⁵ V. *supra*, Partie II, chapitre 4.5.

¹⁷⁸⁶ CE (Ass.), 27 octobre 1995, *Commune de Morsang-sur-Orge*, n° 136727, ECLI:FR:CEASS:1995:136727.19951027. V. également CE, 18 décembre 1959, *Films Lutétia*, n° 36385 et 36428, ECLI:FR:CESJS:1959:36385.19591218.

¹⁷⁸⁷ Décret du 29 avril 1976.

¹⁷⁸⁸ CE (Ass.), 8 décembre 1978, *GISTI, CFDT et CGT*, n° 10097, 10677 et 10679, ECLI:FR:CEASS:1978:10097.19781208.

¹⁷⁸⁹ Loi du 11 juillet 1979. V. sur ce point LONG M., P. WEIL, G. BRAIBANT, P. DELVOLVÉ, et B. GENEVOIS, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, *op. cit.* n. 83.10.

¹⁷⁹⁰ V. CE (Ass.), 29 juin 1990, n° 115971, ECLI:FR:CEASS:1990:115971.19900629. Cet arrêt a été issu le même jour que l'arrêt *GISTI*, dans lequel le Conseil a abandonné sa pratique de renvoyer les questions d'interprétation des textes internationaux au ministre. Les textes appliqués dans cet arrêt sont la Loi du 2 août 1989 et du 10 janvier 1990, qui introduisent des amendements à l'ordonnance du 2 novembre 1945.

¹⁷⁹¹ V. toutefois CE, 11 octobre 1991, n° 125101, ECLI:FR:CEORD:1991:125101.19911011, où le juge applique de manière cumulée l'erreur manifeste et le standard de disproportion.

l'application de ces conventions internationales dans le cadre de leurs compétences respectives¹⁷⁹² ». Le Conseil lui-même a participé activement au processus d'adaptation de l'ordre constitutionnel aux engagements internationaux, notamment en conférant une valeur constitutionnelle à un grand nombre de principes du droit international, y compris la proportionnalité¹⁷⁹³. Par ailleurs, le Conseil constitutionnel a souvent « forcé » la législation interne de tenir dûment compte des droits fondamentaux, en émettant des réserves d'interprétation à cet égard¹⁷⁹⁴.

Plus généralement, dans le contexte français, les autorités détentrices du pouvoir normatif ne sont pas obligées de « parler » le langage de la Convention ; la « traduction » des concepts du droit interne dans des termes conventionnels est la mission de la jurisprudence, au fil de l'application de la loi dans des cas concrets. Suivant « la tendance naturelle d'un juge national », les juges français ont cherché à corriger ou cacher les incompatibilités du droit interne à la Convention au moyen d'un processus d'interprétation conforme¹⁷⁹⁵. Cette solution était aussi dictée par des considérations pratiques, puisque la législation républicaine était souvent adoptée longtemps avant la propagation de la *lingua franca* des droits fondamentaux.

La fonction correctrice de la proportionnalité. Dans ce cadre, la fonction de la proportionnalité en tant que principe de la CEDH est principalement correctrice des défaillances du contentieux administratif en matière de droits de l'homme¹⁷⁹⁶. Comme l'application directe des standards de la Convention, plus généralement, l'examen de proportionnalité n'a servi qu'à « nettoyer » le droit français « des défauts, des scories et des anomalies qu'il a accumulés avec le temps¹⁷⁹⁷ ». S'analysant le plus souvent en un standard de disproportion, la proportionnalité introduit une exception à l'application des règles générales et abstraites dans des cas particuliers. Pour prendre un exemple, en matière d'urbanisme, une loi avait frappé certaines propriétés de servitudes, tout en excluant l'indemnisation des propriétaires concernés. Le Conseil

¹⁷⁹² Décision n° 86-216 DC, 3 septembre 1986, *Loi relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France*, ECLI:FR:CC:1986:86.216.DC, cons. 6.

¹⁷⁹³ En ce qui concerne la protection de la dignité humaine, par exemple, V. Décision n° 94-343/344 DC, 27 juillet 1994, *Loi relative au respect du corps humain et loi relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal*, ECLI:FR:CC:1994:94.343.DC ; sur le droit de mener une vie privée et familiale normale, V. Décision n° 93-325 DC, 13 août 1993, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France*, ECLI:FR:CC:1993:93.325.DC, cons. 104 ; sur le principe de proportionnalité, V. Décision n° 94-352 DC, 18 janvier 1995, *Loi d'orientation et de programmation relative à la sécurité*, ECLI:FR:CC:1995:94.352.DC. Sur ce point, V. supra, Partie I, chapitre 1.1.3.

¹⁷⁹⁴ Décision n° 93-325 DC, 13 août 1993, précitée, cons. 127.

¹⁷⁹⁵ GENEVOIS B., « Note sous CE Ass. 20 octobre 1989, *Nicolo* », *RFDA*, 1989, p. 832 ; cité par CASSIA P. et E. SAULNIER, « Le Conseil d'Etat et la Convention européenne des droits de l'homme », *op. cit.* note 44.

¹⁷⁹⁶ La fonction correctrice de la proportionnalité dans le cadre de la CEDH est confirmée par la lecture des conclusions de Ronny Abraham sur les arrêts *Belgacem* et *Babas*. Derrière l'extension du contrôle de proportionnalité dans le domaine de haute police des mesures d'immigration était la peur exprimée par le Commissaire du gouvernement que, si les juges internes refusaient d'exercer ce contrôle, ce serait la jurisprudence de Strasbourg qui prévaudrait en la matière. ABRAHAM R., Conclusions sur CE Ass., 19 avril 1991, *Belgacem et Babas*, *RFDA*, 1991, p. 502 ; sur ce point, V. ANDRIANTSIMBAZOVINA J., *L'autorité des décisions de justice constitutionnelles et européennes sur le juge administratif français*, Paris, LGDJ, 1998, p. 437.

¹⁷⁹⁷ MADIOT Y., « La protection internationale de la personne », *Les petites affiches*, 23 juin 1993, p. 8 ; cité par CASSIA P. et E. SAULNIER, « Le Conseil d'Etat et la Convention européenne des droits de l'homme », *op. cit.* note 45.

d'État a déclaré cette disposition conforme à la Convention, tout en l'interprétant dans le sens qu'elle n'exclue pas nécessairement, contrairement à sa lettre, l'indemnisation des propriétaires dont les biens ont été frappés de servitudes. Ceux-ci doivent en effet être indemnisés « dans le cas exceptionnel, où il résulte de l'ensemble des conditions et circonstances [de l'affaire] que ce propriétaire supporte une charge spéciale et exorbitante, hors de proportion avec l'objectif d'intérêt général poursuivi¹⁷⁹⁸ ». Selon le Conseil, l'exception de disproportion appliquée au cas par cas était suffisante pour garantir la compatibilité de la loi à l'article 1 du Premier Protocole Additionnel *in abstracto*.

La fonction correctrice de la proportionnalité rend son utilisation dans la jurisprudence administrative résiduelle, ce qui contraste avec la perception communément partagée de la proportionnalité comme un principe général du droit. En effet, dans la jurisprudence du Conseil d'État, le standard de disproportion est employé principalement en matière de droits de la CEDH, et notamment dans le contentieux des étrangers. Parmi les 10.500 arrêts qui mentionnent le terme « disproportionné » ou des termes proches, plus que 8.500 concernent le droit de mener une vie familiale normale de l'article 8 de la CEDH (ces chiffres sont approximatifs¹⁷⁹⁹). En dehors de ce domaine, l'utilisation du vocabulaire de la proportionnalité par la juridiction administrative suprême est incohérente. Dans des affaires où la Cour EDH accorde une marge d'appréciation aux États signataires, les juges déclarent souvent les mesures internes compatibles avec la Convention sans procéder à une analyse de proportionnalité¹⁸⁰⁰.

L'utilisation résiduelle du vocabulaire de la proportionnalité est à la source d'un paradoxe : alors que la proportionnalité est communément perçue par les juristes locaux comme un principe protecteur des droits fondamentaux inhérent à la législation républicaine, elle a servi en tant que tel principalement aux ressortissants étrangers. Une étude globale de la jurisprudence du Conseil d'État en la matière montre d'ailleurs que, en réalité, elle ne leur a pas servi tant que cela. La disproportion en tant que standard correctif joue seulement dans les cas où les concepts traditionnels ne sont pas suffisants pour faire respecter les obligations de la Convention ; ce qui, dans la patrie des droits de l'homme, est très exceptionnel. Ainsi, dans la grande majorité des cas, les mesures d'éloignement des étrangers ont été déclarées justifiées dans une société démocratique¹⁸⁰¹.

La préservation des contraintes traditionnelles du droit public français sur la protection des droits fondamentaux. Le standard de disproportion assure la conformité du droit interne avec la Convention au cas par cas et n'a donc pas remis

¹⁷⁹⁸ CE, 3 juillet 1998, n° 158592, ECLI:FR:CESJS:1998:158592.19980703.

¹⁷⁹⁹ Sur la base d'une recherche de termes dans la base de données de la jurisprudence du Conseil d'État, accessible sur le site officiel de cette juridiction, effectuée le 23 janvier 2018 : <http://www.conseil-etat.fr/Decisions-Avis-Publications/Decisions/ArianeWeb>. Plus de 9 100 arrêts concernent le droit de mener une vie familiale normale plus généralement, prévu par d'autres textes internationaux ou par la législation nationale.

¹⁸⁰⁰ V. toutefois l'affaire *Gonzalez-Gomez*, sur laquelle *infra*, chapitre 9.1.

¹⁸⁰¹ Sur l'application de la proportionnalité dans ce domaine V. *supra*, Partie I, chapitre 1.2.1.

en cause les contraintes procédurales et institutionnelles qui pèsent plus généralement sur la protection juridictionnelle des droits fondamentaux. Notamment, jusqu'à récemment, le Conseil d'État s'est montré réticent à exercer un contrôle de conventionnalité de la loi dans le cadre de la procédure du référé-liberté¹⁸⁰². Qui plus est, pendant quelque temps, la confusion concernant l'intensité du contrôle de proportionnalité a empêché son application dans le contrôle des actes administratifs également dans ce contexte. En effet, dans le cadre des procédures d'urgence, le juge examine seulement si une décision administrative « porte une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale¹⁸⁰³ ». Soucieux de ne pas transgresser les limites de sa compétence, le juge des référés a initialement appliqué un test de disproportion manifeste sur les mesures contrôlées¹⁸⁰⁴. Pour autant, la disproportion étant déjà une exception, la différence de ce test avec un contrôle dit « normal » de proportionnalité était difficile à établir, ce qui a conduit le Conseil à éviter l'utilisation du vocabulaire de la proportionnalité dans ce contexte¹⁸⁰⁵. Dans certains cas récents, le juge des référés annonce les trois étapes du contrôle de proportionnalité sans toutefois les appliquer par la suite¹⁸⁰⁶.

La préservation des concepts et des méthodes traditionnels du droit public français a aussi préservé les tabous, les représentations et les mythes qui dominent cette matière. Notamment, l'application de la proportionnalité n'a pas mis en question le rôle du législateur en tant que protecteur des libertés publiques. En effet, pendant longtemps, les juridictions nationales ont refusé de déclarer la législation interne contraire à la Convention. Le plus souvent, les violations de la Convention ont été présentées comme le résultat, non pas de la législation elle-même, mais de son application dans des cas concrets¹⁸⁰⁷. De telles violations ont été perçues comme une dénaturation de la volonté du Parlement, comme un effet pervers de la loi, lié à son application dans les circonstances de l'affaire. Nous avons vu en effet que ce qui caractérise le contrôle de proportionnalité du Conseil d'État est sa nature *in concreto*. En matière de droit de mener une vie familiale normale, par exemple, le Conseil prend en compte la durée et l'importance des liens familiaux invoqués par le

¹⁸⁰² V. sur ce point DUTHEILLET DE LAMOTHE L. et G. ODINET, « Contrôle de conventionnalité : in concreto veritas ? », *op. cit.* Pour une présentation plus détaillée de ces contraintes procédurales et institutionnelles, V. MARKUS J.-P., « Le contrôle de conventionnalité des lois par le Conseil d'État », *op. cit.* in « Le déclenchement du contrôle ». Dans la jurisprudence, V. CE, 30 décembre 2002, *Carminati*, n° 240430, ECLI:FR:CESSR:2002:240430.20021230. L'ordonnance *Gonzalez-Gomez* a introduit un changement radical à cet égard, ce qui explique les débats qu'il provoque en doctrine ces dernières années. Cet ordonnance sera discutée *infra*, chapitre 9.1.

¹⁸⁰³ Article L. 521-2 du code de la justice administrative.

¹⁸⁰⁴ CE ord, 30 octobre 2001, n° 238211, ECLI:FR:CESJS:2001:238211.20011030.

¹⁸⁰⁵ V. CE ord, 9 novembre 2005, n° 286321.

¹⁸⁰⁶ V. CE ord, 9 janvier 2014, *Ministre de l'intérieur c/ Société Les Productions de la Plume et M. Diendoné M'Bala M'Bala*, n° 374508, ECLI:FR:CEORD:2014:374508.20140109, cons. 5 s. ; CE, 9 novembre 2015, *Le Mur (Diendoné)*, n° 376107, ECLI:FR:CESSR:2015:376107.20151109 ; CE ord, 27 janvier 2016, *Ligue des droits de l'homme et autres*, n° 396220, ECLI:FR:CEORD:2016:396220.20160127 ; CE ord, 26 août 2016, *Ligue des droits de l'homme et autres - association de défense des droits de l'homme collectif contre l'islamophobie en France*, n° 402742 et 402777, ECLI:FR:CEORD:2016:402742.20160826.

¹⁸⁰⁷ En ce sens, V. GIRARD D., *La France devant la Cour européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 25.

requérant, son attachement avec son pays d'origine et le risque pour l'ordre public que provoque sa présence sur le territoire français¹⁸⁰⁸.

La séparation stricte qu'opère le juge entre la loi et son application peut être illustrée au moyen d'une analyse de l'affaire *Meyet*, concernant l'interdiction de la publication des sondages pendant la semaine précédant les élections européennes¹⁸⁰⁹. Les requérants contestaient la compatibilité de cette interdiction à l'article 10 de la CEDH. Dans un arrêt antérieur, le juge administratif avait déclaré la restriction conforme à la Convention, puisqu'elle était prévue par la loi et reposait sur un souci légitime du législateur de garantir la sincérité du scrutin¹⁸¹⁰. Le juge a rattaché ce souci à la protection des droits d'autrui, un but légitime selon la Convention. Toutefois, à partir du milieu des années quatre-vingt-dix, les sondages effectués dans des pays voisins étaient accessibles en France sur internet. La législation française était donc constamment transgressée par la presse. Les requérants faisaient prévaloir un changement des circonstances qui devait selon eux remettre en question la nécessité de l'interdiction dans une société démocratique.

L'affaire se rapproche de l'affaire anglaise *Spycatcher*, où, comme nous avons vu, le contenu de la proportionnalité en tant que principe de la CEDH a été consolidé en droit anglais. Si dans l'arrêt *Meyet*, les juges français ont conclu à la même solution que leurs collègues anglais, la proportionnalité n'apparaît toutefois pas dans leur raisonnement¹⁸¹¹. Le Conseil s'est borné à affirmer que le requérant ne contestait pas la conventionnalité de la loi elle-même mais de son application ineffective. Selon les termes utilisés dans la décision :

« les limites auxquelles se heurte l'application effective de l'article 11 de la loi du 19 juillet 1977 ne constituent pas un changement dans la situation de droit engendrant entre les stipulations de l'article 10 de la convention et la loi nationale une incompatibilité qui ferait juridiquement obstacle, en vertu de l'article 55 de la Constitution, à l'application de cette loi ; qu'un changement dans la situation de fait –qu'invoque en réalité le requérant-, s'il peut conduire le législateur, dans l'exercice de son pouvoir d'appréciation, à reconsidérer certaines modalités de la loi du 19 juillet 1977 ou même son principe, ne saurait avoir d'incidence sur la portée de la loi et sur l'obligation qu'a l'autorité administrative d'en assurer l'application¹⁸¹² ».

Ainsi, le Conseil a déclaré l'interdiction en cause conforme à la Convention. La séparation formaliste entre la norme juridique et son application, découlant directement de la séparation entre *être* et *devoir être*, a privé la proportionnalité de toute fonction dans cette affaire. Par ailleurs, le Conseil a rejeté l'argument des requérants

¹⁸⁰⁸ V. *supra*, Partie I, chapitre 1.2.1.

¹⁸⁰⁹ CE, 2 juin 1999, n° 207752, ECLI:FR:CESJS:1999:207752.19990602.

¹⁸¹⁰ *Ibid.*

¹⁸¹¹ Sur l'affaire *Spycatcher*, V. *supra*, Partie I, chapitre 2.1.3 et Partie II, chapitre 4.2.

¹⁸¹² V. *Meyet*, précité.

sur la violation du principe de non-discrimination, en invoquant le « caractère général et impersonnel » de la loi. Dans le raisonnement du Conseil, le respect des droits de la Convention n'est pas une question objective, appréciée au moment de la décision du juge, mais une question concernant les motifs de l'autorité contrôlée, appréciée au moment de l'édition de l'acte litigieux. Ce n'est pas aux juges d'évaluer l'efficacité et l'opportunité de la loi ; la protection efficace des droits de la CEDH incombe principalement au législateur.

La Cour EDH a critiqué à plusieurs reprises le formalisme des juridictions françaises, ce qui a parfois mené ces dernières à ajuster leurs méthodes pour s'adapter aux préceptes de la jurisprudence Strasbourg, sans toujours se référer explicitement à la Convention (« chacun sa dignité », selon Olivier Dutheillet de Lamothe, membre du Conseil constitutionnel à l'époque¹⁸¹³). Dans la décision *Association Ekin* de 2001, la Cour a critiqué la pratique des juges internes d'éviter les déclarations d'incompatibilité de la loi *in abstracto*¹⁸¹⁴. Dès lors, le Conseil d'État exerce un contrôle de proportionnalité vis-à-vis du Parlement¹⁸¹⁵. Les juridictions du fond écartent également l'application des dispositions législatives qu'elles considèrent disproportionnées et, dans des affaires importantes, peuvent renvoyer une question au Conseil d'État sur ce sujet¹⁸¹⁶.

Il n'en reste pas moins que la proportionnalité n'a pas radicalement changé les méthodes du juge en matière de droits fondamentaux. Son effet principal a été la généralisation et l'intensification des méthodes existantes. Quand elle est appliquée explicitement au moyen du standard de disproportion, sa fonction est symbolique, une fonction de « signalisation¹⁸¹⁷ » : adressée aux publicistes français et aux juges de Strasbourg, elle exprime l'effort de persuasion de la part des juges internes quant à la conformité du droit français avec la CEDH et quant à leur propre rôle comme protecteurs des droits de la Convention. Le plus souvent, l'affirmation de la légitimité des mesures nationales ne nécessite même pas l'utilisation du langage de la proportionnalité.

¹⁸¹³ DUTHEILLET DE LAMOTHE O., « La Convention européenne et le Conseil constitutionnel », *RIDC*, 2008, n° 2, p. 301. L'auteur fait référence au changement de la jurisprudence du Conseil en matière de validations législatives. V. la Décision n° 99-422 DC, 21 décembre 1999, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2000*, ECLI:FR:CC:1999:99.422.DC, para. 64 : cette décision a été prise à la suite de la décision de la Cour EDH *Zielinski, Pradal, Gonzalez et autres c. France*, 28 octobre 1999, n° 24846/94, 34165/96 - 34173/96. Depuis, dans son contrôle de l'objectif du législateur, le Conseil a parfois utilisé un raisonnement qui se rapproche d'une mise en balance des valeurs constitutionnelles concurrentes. Toutefois, ce raisonnement est très rare. D'ailleurs, encore plus rares sont les cas dans lesquels ce raisonnement conduit à une censure des buts du législateur.

¹⁸¹⁴ Cour EDH, *Association Ekin c. France*, 17 octobre 2001, n° 39288/98.

¹⁸¹⁵ CE (Ass.), 30 novembre 2001, *Diop*, n° 212179, ECLI:FR:CEASS:2001:212179.20011130 ; CE, 24 février 2006, n° 250704, ECLI:FR:CESSR:2006:250704.20060224, sur la loi anti-Perruche. Cet arrêt a été décidé à la suite d'une condamnation de la part Strasbourg. La Cour EDH a considéré qu'il y avait violation de l'article 1 du Premier Protocole additionnel à la Convention, puisque les requérants pouvaient légitimement espérer une réparation de leur préjudice. V. Cour EDH, *Maurice c. France*, 6 octobre 2005, n° 11810/03. Sur l'application de la proportionnalité dans le contrôle de la loi, V. MARKUS J.-P., « Le contrôle de conventionnalité des lois par le Conseil d'État », *op. cit.* in « Les manifestations d'un contrôle de proportionnalité ».

¹⁸¹⁶ CE (Ass.), 27 mai 2005, n° 277975, ECLI:FR:CEASS:2005:277975.20050527.

¹⁸¹⁷ COHN M., « Legal Transplant Chronicles », *op. cit.*, p. 588 ; l'auteur fait référence à Assaf Likhovski.

L'arrêt de la Cour de cassation dans l'affaire *SAS* en donne une illustration saisissante. Quatre ans après la décision du Conseil constitutionnel sur l'interdiction du port de la *burqa* dans l'espace public, une femme condamnée à un « stage de citoyenneté » en application de ces dispositions a contesté leur compatibilité à la Convention. En réponse à ses arguments, la juridiction suprême de l'ordre judiciaire a observé que l'article 9 de la CEDH permet des restrictions à la liberté de pensée, de conscience et de religion, quand celles-ci sont prévues par la loi et sont nécessaires, dans une société démocratique, à la poursuite des intérêts légitimes. Sans justification supplémentaire, les juges ont statué : « tel est le cas de la loi interdisant la dissimulation intégrale du visage dans l'espace public en ce qu'elle vise à protéger l'ordre et la sécurité publics en imposant à toute personne circulant dans un espace public, de montrer son visage¹⁸¹⁸ ». L'application de la Convention par la Cour de cassation, suivant le style traditionnel de la rédaction des décisions de cette juridiction, n'implique aucune justification des atteintes portées aux droits fondamentaux, mais ressemble plutôt à un processus d'inculcation républicaine.

Si, dans l'affaire *SAS c. France*, la Cour EDH accepte la compatibilité de l'interdiction du port de la *burqa* à la Convention, elle critique la réinvention républicaine française des droits fondamentaux¹⁸¹⁹. Après avoir rejeté les arguments du gouvernement fondés sur l'égalité des sexes et la dignité humaine, elle admet la légitimité des motifs des autorités nationales en faisant appel à la notion des exigences minimales de la vie en société¹⁸²⁰. En d'autres termes, selon la Cour, la seule justification plausible pour l'interdiction de la *burqa* est une perception majoritaire de la vie sociale. Les juges ne manquent pas de relever que ce but d'intérêt général « ne correspond [pas] explicitement aux buts légitimes énumérés au second paragraphe de l'article 8 et à celui de l'article 9 ». Toutefois, il peut se rattacher à la protection des droits d'autrui¹⁸²¹. Ainsi la Cour déclare qu'elle « peut accepter qu'un État juge essentiel d'accorder dans ce cadre une importance particulière à l'interaction entre les individus et qu'il considère qu'elle se trouve altérée par le fait que certains dissimulent leur visage dans l'espace public¹⁸²² ».

Cela étant, la Cour la façon dont la Cour accepte la compatibilité de la moralité républicaine française aux droits fondamentaux n'est pas anodine. Elle souligne à cet égard :

« Bien qu'il faille parfois subordonner les intérêts d'individus à ceux d'un groupe, la démocratie ne se ramène pas à la suprématie constante de l'opinion d'une majorité mais commande un équilibre qui assure aux

¹⁸¹⁸ Cass. crim., 5 mars 2013, n° 12-80891.

¹⁸¹⁹ Cour EDH, *SAS c. France*, 1 juillet 2014, n° 43835/11. Sur cette affaire, V. *supra*, Partie II, chapitre 4.5.

¹⁸²⁰ *SAS c. France*, para. 117.

¹⁸²¹ *Ibid.*, para. 117 et 121.

¹⁸²² *Ibid.*, para. 141.

individus minoritaires un traitement juste et qui évite tout abus d'une position dominant¹⁸²³ ».

L'interdiction de dissimuler son visage en public a finalement été acceptée comme une manifestation de l'exceptionnalisme français en matière de droits fondamentaux. Non sans paradoxe, l'interdiction du port de la *burqa*, justifiée dans la sphère interne par une conception universaliste de la laïcité et des valeurs sociales, est justifiée devant la Cour EDH comme un particularisme républicain. La Cour met en exergue que « de nombreux acteurs internationaux comme nationaux de la protection des droits fondamentaux considèrent qu'une interdiction générale est disproportionnée¹⁸²⁴. » Par ailleurs, elle déclare être « très préoccupée » par certaines remarques islamophobes lors du débat sur l'adoption de la loi¹⁸²⁵. Selon les juges :

« un État qui s'engage dans un processus législatif de ce type prend le risque de contribuer à la consolidation des stéréotypes qui affectent certaines catégories de personnes et d'encourager l'expression de l'intolérance alors qu'il se doit au contraire de promouvoir la tolérance¹⁸²⁶ ».

Bien que le but principal de la loi soit l'élimination d'une pratique de certaines femmes musulmanes, la Cour met l'accent sur la formulation neutre de ses dispositions¹⁸²⁷. Après une considération détaillée de l'impact des mesures en cause sur les femmes concernées, elle accepte que l'interdiction de la *burqa* soit un « choix de société¹⁸²⁸ ». En l'absence de consensus parmi les États signataires de la Convention, les autorités nationales jouissent d'une large marge d'appréciation en la matière¹⁸²⁹. La Cour a finalement décidé que la loi française « peut passer pour proportionnée au but poursuivi¹⁸³⁰ ». La justification détaillée de l'interdiction de la *burqa* par le juge européen est en pleine contraste avec le raisonnement formaliste des juges français. Si la proportionnalité n'est certainement pas vectrice d'une « culture de justification » en France, elle l'est en Angleterre.

3. *La proportionnalité, vectrice d'une « culture de justification » dans le common law*

Le formalisme analytique, une expression du pragmatisme du *common law*. Dans le contexte anglais, la tradition analytique du *common law* n'a pas permis l'assimilation inconsidérée des concepts de la CEDH aux concepts du droit interne. Comme nous l'avons vu, la réception de la proportionnalité comme principe protecteur des droits fondamentaux remet en cause des traits fondamentaux de la culture juridique anglaise, tels que le principe de souveraineté parlementaire, le

¹⁸²³ *Ibid.*, para. 128.

¹⁸²⁴ *Ibid.*, para. 147.

¹⁸²⁵ *Ibid.*, para. 149.

¹⁸²⁶ *Ibid.*

¹⁸²⁷ *Ibid.*, para. 151.

¹⁸²⁸ *Ibid.*, para. 153 et 154.

¹⁸²⁹ *Ibid.*, para. 156.

¹⁸³⁰ *Ibid.*, para. 157.

pragmatisme du raisonnement juridique et l'importance accordée à la sécurité juridique. Depuis l'incorporation de la Convention dans le droit interne, l'approche rationaliste et contextuelle dont la proportionnalité est porteuse s'étend progressivement. Toutefois, l'application de la proportionnalité en tant que technique pour la protection juridictionnelle des droits fondamentaux est strictement contenue dans le cadre du *HRA* : en dehors de ce domaine, ce sont les concepts et les doctrines traditionnels qui trouvent application.

Cette pluralité de cadres conceptuels et procéduraux n'est pas troublante pour les juristes anglais. Contrairement à leurs collègues français, qui cherchent toujours à établir la cohérence matérielle du droit au moyen des théories et des méthodes scientifiques, les juristes du *common law* préfèrent traditionnellement « se débrouiller [*muddling through*¹⁸³¹] ». Thomas Poole décrit l'administration comme « un bricolage polyglotte d'institutions décisionnelles et d'acteurs¹⁸³² ». Dans la pensée juridique anglaise, comme dans d'autres cultures du *common law*, les formes juridiques ne composent pas un ensemble cohérent, imposé par une réalité transcendante et rationnelle ; elles sont plutôt perçues comme des outils. Elles sont choisies par les autorités qui disposent d'un pouvoir normatif (y compris les juges) pour la régulation de différentes activités, afin d'atteindre les buts spécifiques de chacune. Ainsi, la distinction analytique entre les concepts du droit interne et les concepts du droit européen est un exemple du pragmatisme qui imprègne la pensée juridique anglaise¹⁸³³.

Ce pragmatisme trouve expression dans les débats concernant l'adoption de la proportionnalité comme principe général du droit public interne. Pour les sceptiques, les défenseurs de la diffusion de la proportionnalité et des droits fondamentaux ressemblent à des « simplificateurs d'arc modernes¹⁸³⁴ ». Ils négligent que, dans la culture juridique anglaise, les formes juridiques existent parce qu'elles servent des buts différents dans les contextes dans lesquels elles sont employées. Thomas Poole critique le discours sur le règne des droits de l'homme et de la proportionnalité, qui selon lui témoigne d'une obsession pour les juges et leurs méthodes¹⁸³⁵. La fragmentation et la complexité du droit administratif anglais est au service du fonctionnement fragmenté et complexe de l'administration publique, qui constitue son objet principal. Dans le même sens, Tom Hickman avertit ses collègues que l'adoption de la proportionnalité comme un concept du *common law* peut aller au détriment de l'architecture du droit public anglais¹⁸³⁶. D'ailleurs, même Paul Craig, parmi les défenseurs les plus fervents de la proportionnalité, admet que celle-ci n'est

¹⁸³¹ ATIYAH P., *Pragmatism and Theory in English Law*, *op. cit.*, p. 4.

¹⁸³² POOLE T., « The Reformation of English Administrative Law », *op. cit.*, p. 153 s.

¹⁸³³ Dans son étude sur la mise en balance, Jacco Bomhoff montre que les juristes états-uniens lient l'utilisation de certaines formes juridiques avec la poursuite des buts idéologiques spécifiques. Au contraire, dans le contexte du droit anglais les formes juridiques ne sont pas tant liées à des résultats substantiels particuliers. Le choix de telle ou telle forme est applaudi ou critiqué par rapport à l'effectivité du droit comme instrument de régulation des pratiques sociales. V. BOMHOFF J., *Balancing Constitutional Rights: The Origins and Meanings of Postwar Legal Discourse*, *op. cit.*

¹⁸³⁴ HICKMAN T., *Public Law after the Human Rights Act*, *op. cit.*, p. 270.

¹⁸³⁵ POOLE T., « The Reformation of English Administrative Law », *op. cit.*

¹⁸³⁶ HICKMAN T., *Public Law after the Human Rights Act*, *op. cit.*, p. 257.

pas appropriée pour certains types d'affaires juridiques, notamment en matière de politique économique¹⁸³⁷.

La proportionnalité au service de l'adaptation du droit interne à la Convention. L'hésitation des juristes anglais à affirmer la portée générale du principe de proportionnalité est liée au fait que la proportionnalité elle-même, en tant que concept juridique, est un outil : elle est mise au service de l'application juridictionnelle des droits de l'homme. C'est ce qui l'empêche d'obtenir le statut de principe général dans ce contexte, comme elle c'est le cas dans le contexte français ou grec. En d'autres termes, les débats sur le « *spill-over* » de la proportionnalité révèlent que le processus de « droitisation [*righting*] » du droit public anglais, à savoir sa focalisation sur les droits de l'homme, n'est pas complet¹⁸³⁸. Les droits de l'homme ne sont pas considérés comme un cadre conceptuel suffisant pour englober l'ensemble de l'action publique ; ils sont une catégorie parmi d'autres, même s'il est de plus en plus difficile d'en définir les contours.

Il est significatif à cet égard que les auteurs qui s'opposent à la diffusion de la proportionnalité dans le *common law* procèdent à une catégorisation des différents domaines du droit administratif anglais, en fonction des valeurs qui les sous-tendent. Par exemple, Michael Taggart propose une distinction des affaires du droit administratif en celles qui concernent les droits de l'homme et celles qui concernent les « maux publics¹⁸³⁹ ». Selon lui, la proportionnalité est une technique appropriée pour la résolution du premier type d'affaires mais pas du deuxième. De façon similaire, Tom Hickman et Jeff King proposent l'application de la proportionnalité seulement quand cela est justifié par l'importance de la valeur en cause. Ainsi, ils identifient différentes catégories de valeurs qui justifient un contrôle de proportionnalité, parmi lesquelles figurent notamment les droits fondamentaux¹⁸⁴⁰.

Le confinement du contentieux des droits de l'homme dans une catégorie normative est obtenu au moyen de l'externalisation du processus de définition du contenu matériel de cette catégorie : dans le contexte anglais en effet, les droits de l'homme sont définis par référence à la CEDH et à la jurisprudence de la Cour de Strasbourg. Les écrits juridiques emploient souvent le terme « *Convention rights* » pour désigner cette catégorie normative. Comme nous l'avons vu, avant l'introduction du *HRA*, les droits de l'homme n'avaient pas de statut juridique en droit anglais mais correspondaient à des idéaux d'ordre politique ou moral. Suivant la narration Whig de l'histoire, le *common law* a toujours garanti la protection des libertés civiles au moyen de l'application rigoureuse des commandements du Parlement. Ce n'est qu'avec l'incorporation des droits garantis par la Convention européenne dans le droit interne que les droits de l'homme ont acquis un statut juridique dans ce contexte, à savoir le statut des droits de la Convention.

¹⁸³⁷ CRAIG P., *Administrative Law*, *op. cit.* para. 19-027.

¹⁸³⁸ V. TAGGART M., « Reinventing Administrative Law », *op. cit.*, p. 323 s.

¹⁸³⁹ « Proportionality, Deference, Wednesbury », *op. cit.*

¹⁸⁴⁰ HICKMAN T., *Public Law after the Human Rights Act*, *op. cit.* ; KING J., « Proportionality: A Halfway House », *New Zealand Law Review*, 2010, vol. 2010, p. 327.

Cette perception imprègne également la jurisprudence. Dans l'application du *HRA*, les juridictions anglaises ne raisonnent pas comme s'ils appliquaient un catalogue de droits interne. Plus modestement, dans leur qualité d'autorités publiques dans le sens de la section 6, ils agissent en conformité avec les engagements internationaux du Royaume-Uni¹⁸⁴¹. Dans l'affaire *Al-Skeini*, par exemple, la Chambre des Lords a déclaré que « le but principal de l'Acte de 1998 était d'offrir une structure pour la réparation des violations des droits garantis par la Convention en droit interne¹⁸⁴² ». Cela explique que l'article 13 de la CEDH, concernant le droit à un recours effectif, n'a pas été incorporé dans le *HRA*. Cet Acte lui-même est censé accomplir les obligations que cette disposition impose.

En d'autres termes, la proportionnalité en droit anglais n'est pas perçue comme un principe protecteur des droits fondamentaux mais comme une technique, un chef de contrôle [*head of review*], qui rend possible la réparation des victimes des violations du *HRA* et qui garantit donc l'effectivité des recours institués par cet Acte. En tant que chef de contrôle européen, la proportionnalité est mise au service de l'adaptation du droit interne aux engagements internationaux du Royaume-Uni. Par conséquent, ce sont les aspects procéduraux et institutionnels de la proportionnalité qui sont accentués dans ce contexte, ce qui contraste avec l'attention portée par la doctrine française sur le contenu matériel du principe de proportionnalité.

Cette vision pragmatique et instrumentale de la proportionnalité se manifeste dans la stricte limitation de son champ d'application. Par exemple, ce n'est que les « victimes » des violations des droits de la Convention qui peuvent invoquer le *HRA* et donc contester les actes publics comme disproportionnés. La notion de victime est plus restreinte que la notion de *locus standi*, qui conditionne la recevabilité des demandes de *judicial review* généralement¹⁸⁴³. Cette limitation formaliste de la portée de la proportionnalité, difficile à justifier quand on la perçoit comme un principe protecteur des droits fondamentaux, devient moins énigmatique quand on la comprend comme un outil permettant l'alignement du droit interne aux engagements internationaux du pays. D'ailleurs, le champ d'application des droits de l'homme et de la proportionnalité est limité par le champ d'application de la Convention, qui est souvent différent du champ d'application du *HRA*¹⁸⁴⁴.

La proportionnalité est mise au service de la conformité du droit anglais avec le droit européen et son contenu est défini par référence à ce dernier. Dans le cadre du *HRA*, elle est appliquée de manière variable, à l'instar de la jurisprudence strasbourgeoise. Dans l'affaire *Daly*, Lord Steyn précise que ses observations concernant le contrôle de proportionnalité et son intensité valent « tenant dûment compte des différences structurelles importantes entre les droits de la

¹⁸⁴¹ *Wilson c. First County Trust Ltd* [2003] UKHL 40 (HL, 10 juillet 2003).

¹⁸⁴² *R. c. Secretary of State for Defence, ex parte Al-Skeini* [2008] 1 A.C. 153 (HL, 13 juin 2007), p. 154.

¹⁸⁴³ ELLIOTT M., « The Human Rights Act 1998 and the Standard of Substantive Review », *op. cit.* ; CRAIG P., *Administrative Law, op. cit.* chapitre 24.

¹⁸⁴⁴ *Regina c. Lambert* [2002] 2 A.C. 545 (HL, 5 juillet 2001); *In re McCaughey* [2011] UKSC 20 (SC, 18 mai 2011).

Convention¹⁸⁴⁵. » Ainsi, en matière de politique sociale, la proportionnalité se traduit en un standard unitaire, ce qui correspond à l'approche suivie par la Cour EDH en matière d'obligations positives découlant des droits de la Convention¹⁸⁴⁶. De façon similaire, dans l'application du droit de propriété, les juges internes n'exercent pas un contrôle de nécessité stricte mais accordent une plus large marge de manœuvre aux autorités contrôlées, suivant la jurisprudence de la Cour de Strasbourg en la matière¹⁸⁴⁷.

La définition de la proportionnalité dans le cadre du *HRA* par référence à la jurisprudence européenne a comme résultat sa fragmentation conceptuelle. En effet, les juges anglais distinguent la proportionnalité comme chef de contrôle du *HRA* de la proportionnalité comme chef de contrôle du droit de l'UE, malgré leur homonymie. La proportionnalité étant une technique pour assurer la conformité du droit interne avec les engagements internationaux du Royaume-Uni, sa forme et sa fonction diffèrent dans ces contextes, puisque les obligations du Royaume-Uni sont différentes dans le cadre du Conseil de l'Europe et dans le cadre de l'UE¹⁸⁴⁸.

Le « principe du miroir ». Nous avons montré dans le chapitre 5 que la proportionnalité et son « bagage » rationaliste contribuent à la construction d'un système de droit public en droit anglais qui s'applique à côté du *common law*. Toutefois, contrairement aux attentes des défenseurs de la proportionnalité, ce système de droit public n'est pas exactement *anglais*. Cela conduit au strict encadrement du pouvoir des juges dans son application. La section 2 du *HRA* oblige les juges nationaux à « prendre en compte » la jurisprudence de la Cour EDH dans l'interprétation de la Convention. Suivant l'opinion qui a prévalu en pratique, cette disposition impose que la jurisprudence interne reflète la jurisprudence de Strasbourg ; ce n'est que dans des cas exceptionnels que les juges internes peuvent déroger aux décisions de la Cour de Strasbourg. Selon la formule démonstrative de Lord Rodger : « *Argentoratum locutum, iudicium finitum - Strasbourg has spoken, the case is closed*¹⁸⁴⁹. »

Les juges anglais ont inféré de cette disposition une obligation de ne pas « devancer » la jurisprudence de Strasbourg. Ainsi, ils ont généralement refusé d'accorder une protection plus étendue aux droits de la Convention que la Cour EDH elle-même. C'est dans l'affaire *Ullah* que Lord Bingham a clarifié le contenu de ce principe de non devancement, que les juristes locaux appellent « le principe du miroir » :

¹⁸⁴⁵ R. c. *Secretary of State for the Home Department, ex parte Daly* [2001] UKHL 26 (HL, 23 mai 2001), para. 27.

¹⁸⁴⁶ R. c. *British Broadcasting Corporation, ex parte ProLife Alliance* [2003] UKHL 23 (HL, 15 mai 2003).

¹⁸⁴⁷ R. c. *Attorney General & Anor, ex parte Countryside Alliance and others* [2007] UKHL 52 (HL, 28 novembre 2007), para. 75, per Lord Hope. V. aussi *Wilson*, précité.

¹⁸⁴⁸ *Ibid.* V. aussi, plus récemment, R. c. *Legal Services Board, ex parte Lumsdon & others* [2015] UKSC 41 (24 juin 2015).

¹⁸⁴⁹ *Secretary of State for the Home Department c. AF, AN and AE (No3)* [2009] UKHL 28, (HL, 10 juin 2009), para. 98.

« En vertu de la section 6 de l'Acte de 1998, il est en effet illégal pour une autorité publique, y compris pour une juridiction, d'agir de manière incompatible avec un droit de la Convention. S'il est bien sûr loisible aux États membres de prévoir une protection des droits plus généreuse que [...] la Convention, cela ne devrait pas être le résultat d'une interprétation de la Convention par les juridictions nationales, puisque la signification de la Convention devrait être uniforme à travers les États parties. Les juridictions nationales doivent suivre le rythme de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg telle qu'elle évolue dans le temps : ni plus et certainement ni moins¹⁸⁵⁰. »

Dans le même sens, dans l'affaire *Ambrose c. Harris*, Lord Hope souligne :

« Ce qu'entend Lord Bingham, avec qui je m'accorde respectueusement, [...] est que le Parlement n'a jamais eu l'intention de donner aux juridictions de ce pays le pouvoir de protéger ces droits plus généreusement que la jurisprudence de la Cour de Strasbourg. Cela reviendrait de les transformer, de droits de la Convention, fondés sur les obligations découlant du traité, à de droits autonomes, créés par ces juridictions¹⁸⁵¹. »

Ni les droits de la Convention ni la proportionnalité n'ont donc un contenu autonome dans le *judicial review* anglais ; ils sont définis par la Cour de Strasbourg et appliqués à travers la « fenêtre » du *HRA*. Si les juges anglais veulent développer leur propre jurisprudence en matière de droits fondamentaux, ils doivent le faire au moyen d'une évolution du *common law*. Si des méthodes de raisonnement équivalentes à la proportionnalité pourraient être mobilisées dans ce processus, la proportionnalité en tant que chef de contrôle européen n'y aurait aucune place. Pour certains, c'est le principe de légalité qui accomplit la fonction rationalisant de la proportionnalité dans le *common law*¹⁸⁵². Malgré son émergence comme principe du *Commonwealth* dans l'affaire *Daly*, la proportionnalité est donc perçue comme chef de contrôle européen. Cette idée est d'ailleurs acceptée même par certains de ses défenseurs¹⁸⁵³.

Toutefois, l'absence de contenu autonome des droits de l'homme dans le droit anglais est plus problématique dans les cas où la Cour EDH laisse une marge d'appréciation aux autorités nationales dans l'application de la Convention. Dans ces cas, en effet, le droit interne renvoie à la jurisprudence de la Cour de Strasbourg, qui renvoie à son tour aux choix des autorités nationales. Si les droits de la Convention n'avaient pas de statut juridique dans le droit public interne, ce réseau de renvois court-circuiterait l'application de la Convention dans ces affaires et conduirait à la

¹⁸⁵⁰ R. c. *Special Adjudicator, ex parte Ullah* [2004] UKHR 26 (HL, 17 juin 2004), para. 20.

¹⁸⁵¹ *Ambrose c. Harris* [2011] UKSC 43 (SC, 6 octobre 2011), para. 19.

¹⁸⁵² POOLE T., « The Reformation of English Administrative Law », *op. cit.*, p. 2 faisant référence à l'affaire *Simms*.

¹⁸⁵³ V., par exemple, KAVANAGH A., *Constitutional Review under the UK Human Rights Act, op. cit.*, p. 153 s. *Contra* : KLUG F. et H. WILDBORE, « Follow or lead?: the Human Rights Act and the European Court of Human Rights », *European Human Rights Law Review*, 2010, vol. 6, p. 621-630. Sur ce débat, V. FENWICK H., « What's Wrong with s.2 of the Human Rights Act? », *U.K. Const. L. Blog*, 9 octobre 2012, accessible sur <https://ukconstitutionallaw.org/>.

validation systématique de l'acte contrôlé. Comme nous l'avons vu d'ailleurs, cela n'est pas très loin de la façon dont les juridictions françaises interprètent la doctrine de la marge d'appréciation, puisque l'aspect institutionnel-procédural de la CEDH est négligé dans ce contexte.

La position des juristes anglais est toutefois différente : ceux-ci en effet perçoivent les droits garantis par la Convention comme des normes juridiques internes. Si leur origine est conventionnelle, ce qui détermine également leur contenu, les droits de la Convention sont incorporés dans le droit interne et appliqués par les juges nationaux dans le champ d'application de la Convention, même dans des affaires où la doctrine de la marge d'appréciation est en jeu. C'est dans ce sens que, dans l'affaire *in re P*, Lord Hoffmann déclare que « les droits de la Convention sont des droits internes et non des droits internationaux¹⁸⁵⁴. » Cette affaire concernait une disposition législative de l'Irlande du Nord qui interdisait l'adoption aux couples non mariés. La Cour EDH laissant la question à la marge d'appréciation des autorités nationales, il était question de savoir si la Convention imposait des obligations particulières aux autorités britanniques. Lord Hoffmann a considéré que, bien que le droit de mener une vie familiale normale soit en jeu, l'affaire devait être décidée suivant la répartition des pouvoirs traditionnelle entre les juges et le Parlement¹⁸⁵⁵. Ainsi, la Chambre des Lords a appliqué les principes et les standards traditionnels du *judicial review* pour déclarer les dispositions législatives de l'Irlande du Nord irrationnelles – la proportionnalité n'était pas en jeu¹⁸⁵⁶.

La proportionnalité prise au sérieux. Malgré la perception pragmatique et instrumentale de la proportionnalité en droit anglais ou, pour être plus exacte, en raison de cette perception précisément, les juristes locaux ont pris sa fonction au sérieux. Contrairement au contrôle de conventionnalité à la française, l'application de la proportionnalité dans le cadre du *HRA* provoque un changement constitutionnel fondamental dans le *common law*. Ainsi, dans son application, les juges sont amenés à reformuler les buts du Parlement dans des termes compatibles avec la Convention. Selon Lord Nicholls :

« Le *Human Rights Act* de 1998 exige que le juge exerce un nouveau rôle à l'égard de la législation primaire. Ce nouveau rôle est fondamentalement différent de celui de l'interprétation et de l'application de la législation. Les juges se voient exigés d'évaluer les effets de la législation primaire dans les termes des droits de la Convention [...]. Si la législation empiète

¹⁸⁵⁴ *In re P (Adoption: Unmarried Couple)* [2009] 1 AC 173 (HL, 18 juin 2008), para. 33, *per* Lord Hoffmann.

¹⁸⁵⁵ *Ibid.*, para. 37.

¹⁸⁵⁶ Ces observations doivent être nuancées après l'affaire *Nicklinson*, où, malgré la marge d'appréciation laissée par la Cour EDH en matière de suicide assisté, les juges internes ont procédé à une analyse de proportionnalité (il convient de préciser pour autant que Lord Neuberger n'applique pas explicitement la proportionnalité comme *head of review*). V. *R c. Ministry of Justice, ex parte Nicklinson and another*; *R c. The Director of Public Prosecutions, ex parte AM* ; *R c. The Director of Public Prosecutions, ex parte AM* [2014] UKSC 38 (SC, 25 juin 2014). Dans le cadre de cette analyse, l'affaire *Nicklinson* peut être considérée comme exceptionnelle et, pour l'instant, elle est perçue comme telle par les juristes locaux. Certes, cela n'exclut pas l'application de la jurisprudence *Nicklinson* dans l'avenir. Sur cette affaire, V. *supra*, Partie II, chapitre 5.6.

sur un droit de la Convention, le juge doit ensuite comparer l'objectif politique de la législation et l'objectif politique qui, dans le cadre de la Convention, peut justifier une atteinte *prima facie* au droit de la Convention. Quand il procède à cette comparaison, le juge regarde principalement la législation elle-même, mais il ne s'y limite pas. Les droits de la Convention régissent les aspects pratiques [du droit]. Dans le processus d'identification de l'effet pratique d'une disposition législative contestée, il se peut que le juge ait besoin d'aller voir au-delà de la loi afin d'avoir une vision globale [...]. Quant à l'objectif de la loi, dans un sens, celui-ci coïncidera à son effet. [...] Mais ce n'est pas le sens pertinent pour les fins de la Convention. Ce qui est pertinent est le but social sous-jacent que la disposition législative cherche à obtenir¹⁸⁵⁷. »

En d'autres termes, contrairement à la tradition exégétique du *common law*, les juges sont obligés de chercher le but de la loi. La *purposive interpretation*, jusqu'alors exceptionnelle, devient donc une des méthodes principales du juge. Pour identifier le but législatif, les juges peuvent avoir recours aux « déclarations du Ministre ou des autres défenseurs » de la loi lors des débats parlementaires¹⁸⁵⁸. En effet, le recours au *Hansard* ici n'est pas censé violer l'article 9 du *Bill of Rights* de 1689, puisqu'il ne sert qu'à l'établissement du contexte de la loi, utilisé par les juges comme un élément externe qui contribue à l'identification de son but. Il n'en reste pas moins que la ligne qui sépare l'identification du but de la loi et les questions normatives de la signification ou la validité de cette loi est tout sauf claire. Aileen Kavanagh montre, en effet, que la prise en compte des débats parlementaires influence considérablement le poids que les juges accordent aux appréciations du Parlement dans le cadre du *HRA*¹⁸⁵⁹.

La recherche du but de la loi ne va pas sans une certaine idéalisation du Parlement et de sa volonté, notamment quand les droits de la Convention ont été pris en compte lors des débats parlementaires. Dans la décision *Countryside Alliance*, par exemple, c'est avec cet argument que Lord Bingham a proposé à ses collègues de déférer aux choix du Parlement :

« Certes, plusieurs personnes en Angleterre et au Pays de Galles considèrent qu'il n'y a aucun besoin social impérieux (ou aucun besoin social tout court) pour l'interdiction imposée par l'Acte. Toutefois, après un débat intense, la majorité des représentants démocratiquement élus du pays a décidé autrement. Il est certes vrai que l'existence d'une loi régulièrement votée et promulguée n'est pas décisive [par rapport à la question de la violation de la Convention]. Mais la loi que nous

¹⁸⁵⁷ *Wilson*, précitée, para. 61, *per* Lord Nicholls.

¹⁸⁵⁸ *Ibid.*, para. 60.

¹⁸⁵⁹ KAVANAGH A., « Proportionality and Parliamentary Debates », *op. cit.*

examinons ici est très récente et doit [...] être vue comme reflétant la conscience de la majorité de la nation¹⁸⁶⁰. »

Par ailleurs, l'intensité variable de la proportionnalité accentue son effet pédagogique et encourage le Parlement à prendre en compte les droits fondamentaux lors des débats. Ainsi, il n'est pas rare dans ce contexte que le Parlement ou le gouvernement raisonnent en termes de proportionnalité. La proportionnalité de la législation anglaise, tout comme la protection des droits fondamentaux, sont un « projet commun » qui implique la coopération du juge et du législateur¹⁸⁶¹. L'internalisation des droits fondamentaux dans le processus d'élaboration de la loi est désormais institutionnalisée : la section 19 du *HRA* oblige le gouvernement d'accompagner les projets de loi d'une déclaration de leur compatibilité ou incompatibilité à la Convention. La *Joint Committee on Human Rights* du Parlement britannique est par ailleurs chargée de contrôler la compatibilité des lois aux droits de l'homme¹⁸⁶².

Si les juges sont amenés à évaluer l'effet de la législation, la proportionnalité ne fonctionne pas comme un principe optimisateur, dans le sens de Robert Alexy. À l'instar de la Cour de Strasbourg, les juges internes se montrent respectueux des appréciations du Parlement en ce qui concerne l'adéquation ou la nécessité des mesures contestées. L'affaire *Wilson*, par exemple, concerne une disposition du *Consumer Credit Act* qui empêche l'exécution d'une obligation contractuelle, quand celle-ci découle d'un contrat de crédit à la consommation irrégulièrement conclu. Tout en admettant que la sanction imposée peut, dans certaines circonstances, être trop sévère pour le créancier, la Chambre des Lords considère que cela est justifié par le but dissuasif de la législation en cause. Lord Nicholls a souligné que le but du *Consumer Credit Act* est la protection des consommateurs. À ses yeux, si l'acte ne prévoyait que des sanctions proportionnées, son effet serait neutralisé. Suivant les termes utilisés par le juge : « quelque chose plus drastique était nécessaire afin d'attirer l'attention sur le besoin pour les créanciers de se conformer strictement avec ces obligations spécifiques¹⁸⁶³. » Pour lui :

« le but ou la politique sous-tendant l'interdiction législative d'exécution d'un contrat de prêt dans les cas où le débiteur n'a pas signé de document comprenant tous les termes prescrits par la loi, ne peut pas, à mon avis, être qualifié de disproportionné. Le besoin de contrôler les opérations de prêt est aussi vieux que notre civilisation et je ne connais aucun système juridique qui n'a pas imposé de tels contrôles¹⁸⁶⁴. »

¹⁸⁶⁰ *Countryside Alliance*, précitée, para. 45. V. aussi *R c. Secretary of State for Work and Pensions, ex parte SG & others* [2015] UKSC 16 (SC, 18 mars 2015), para. 95, *per* Lord Reed.

¹⁸⁶¹ RIVERS J., « Proportionality and Variable Intensity of Review », *op. cit.*, p. 207.

¹⁸⁶² HIEBERT J., « Parliament and the Human Rights Act: Can the JCHR help facilitate a culture of rights? », *International Journal of Constitutional Law*, 2006, vol. 4, n° 1, p. 1-38.

¹⁸⁶³ *Wilson*, précitée, para. 71.

¹⁸⁶⁴ *Ibid.*, *per* Lord Nicholls, para. 169.

Dans cette affaire, le but préventif des mesures a conduit les juges à accepter leur caractère adéquat et nécessaire. Selon Lord Nicholls, les mesures contestées ne pouvaient pas être vues comme contraires à la civilisation européenne des droits de la Convention a pour but d'établir.

La proportionnalité et l'importation d'une culture institutionnelle des droits fondamentaux. Il convient de noter la différence entre le raisonnement du juge anglais et l'application de la proportionnalité tant par la CJCE que par le Conseil d'État grec dans l'affaire *Michaniki*¹⁸⁶⁵. Dans le contexte du *HRA*, la proportionnalité n'est pas un test formel, portant sur les buts de l'autorité contrôlée, mais elle n'est pas non plus un test objectif, portant sur les effets et les conséquences des actes juridiques. Comme dans la jurisprudence de la Cour EDH, elle sanctionne l'indifférence des autorités publiques vis-à-vis des droits de la Convention. En droit public anglais donc elle accomplit la fonction d'acculturation dont la jurisprudence de la Cour de Strasbourg l'a investie. En effet, depuis l'adoption du *HRA*, les juristes locaux ont perçu cet Acte comme instaurant une « culture des droits de l'homme » ou une « culture de justification¹⁸⁶⁶ ». Selon les termes utilisés par Lord Hope dans l'affaire *Kebeline*, « la Convention devait être vue comme une expression de principes fondamentaux plutôt que comme un ensemble de règles juridiques¹⁸⁶⁷. »

Contrairement à son utilisation résiduelle par les juges français, en droit public anglais l'application de la proportionnalité est une question de principe dans le champ du *HRA*. Loin d'être une exception qui joue dans des cas marginaux, comme c'est le cas dans le contrôle de conventionnalité français, la proportionnalité transforme le droit public anglais et se trouve au cœur des débats doctrinaux. Les exceptions à son application sont formulées et justifiées comme telles par les juridictions internes. Dans l'affaire *Kay*, par exemple, la Chambre des Lords a déclaré que, quand « une loi complexe et constamment changeante témoigne des efforts élaborés du Parlement d'établir l'équilibre approprié entre les intérêts concurrents¹⁸⁶⁸ », il est plus approprié de présumer que la législation contrôlée est proportionnée, afin d'éviter « un gaspillage colossal de temps et d'argent¹⁸⁶⁹ ».

La culture importée par le *HRA* n'est pas seulement juridique mais aussi institutionnelle¹⁸⁷⁰. Les juges anglais imposent aux tribunaux l'application de la proportionnalité comme cadre argumentatif dans l'examen en appel des décisions

¹⁸⁶⁵ V. *supra*, Partie II, chapitre 6.4 et 6.5.

¹⁸⁶⁶ HUNT M., « The Human Rights Act and Legal Culture », *op. cit.* ; KAVANAGH A., *Constitutional Review under the UK Human Rights Act*, *op. cit.*, p. 241 s. ; HICKMAN T., *Public Law after the Human Rights Act*, *op. cit.*, p. 236 s. ; POOLE T., « The Reformation of English Administrative Law », *op. cit.*, qui parle d'« une culture administrative de justification par référence aux droits de l'homme » ; MEAD D., « Outcomes Aren't All: Defending Process-Based Review of Public Authority Decisions under the Human Rights Act », *PL*, 2012, p. 63-87 ; TAGGART M., « Reinventing Administrative Law », *op. cit.*, p. 332 s.

¹⁸⁶⁷ *Kebeline*, précitée, p. 380.

¹⁸⁶⁸ *Ibid.*, para. 53. Sur ce sujet, V. également *Doherty and others c. Birmingham City Council* [2008] UKHL 57 (HL, 30 juillet 2008) et *Manchester City Council c. Pinnock* [2010] UKSC 45 (SC, 3 novembre 2010).

¹⁸⁶⁹ *Kay c. Lambeth LBC* [2006] 2 A.C. 465 (HL, 8 mars 2006), para. 55.

¹⁸⁷⁰ HICKMAN T., *Public Law after the Human Rights Act*, *op. cit.*, p. 236 s.

administratives¹⁸⁷¹. Certains membres de la doctrine prônent donc l'application de la proportionnalité comme cadre de raisonnement lors de l'élaboration des décisions administratives ; selon eux, les autorités publiques doivent procéder à une analyse explicite de proportionnalité avant de prendre des décisions affectant les droits de l'homme¹⁸⁷². Cette idée a été critiquée, notamment par Thomas Poole, qui y voit une espèce de « nouveau formalisme¹⁸⁷³ ». Les Lords ont également rejeté cette solution dans l'affaire *Begum*¹⁸⁷⁴ : selon eux, nous ne pouvons pas attendre des autorités publiques « de prendre des décisions avec des manuels des droits de l'homme sous les yeux¹⁸⁷⁵ ». Il n'en reste pas moins que les juges accordent plus de poids aux décisions motivées¹⁸⁷⁶ et respectent les choix des autorités publiques quand celles-ci ont explicitement mis en balance les droits et intérêts en cause¹⁸⁷⁷. Ainsi, loin d'assumer une fonction symbolique, comme elle l'a fait pendant longtemps en droit français, la proportionnalité génère la profonde transformation constitutionnelle du *common law* et tend à affecter l'ensemble de l'action publique. La proportionnalité assume une fonction de transformation constitutionnelle en droit grec aussi, si ce n'est que de manière complètement différente.

4. La proportionnalité, méthode d'interprétation téléologique en droit grec

L'interprétation « originaliste » des droits de l'homme. La Constitution de 1975 est le fruit de l'influence du paradigme des droits de l'homme qui a dominé en Europe dans la période d'après-guerre. Pour les publicistes grecs, ce texte a relié leur pays à la civilisation constitutionnelle européenne. Ainsi, l'application de la Constitution a pendant longtemps été considérée comme suffisante pour aligner le droit interne aux préceptes de cette civilisation. Les concepts de la CEDH ont été reçus comme synonymes ou équivalents de leurs concepts correspondants dans la Constitution. Comme dans le contexte français, parce que les droits ou les principes européens avaient la même dénomination avec ceux du droit interne, il était supposé qu'ils avaient la même signification avec ces derniers. Pendant longtemps, lorsqu'un droit ou un principe de la Convention était invoquée devant les juges grecs, c'était le droit ou le principe correspondant de la Constitution qui trouvait application¹⁸⁷⁸. La proportionnalité était perçue comme un principe du droit public interne. Si elle était importée d'autres systèmes, son application n'était pas perçue comme une obligation formelle résultant du droit de la CEDH.

¹⁸⁷¹ V. *Huang c. Secretary of State for the Home Department; Kashmiri c. Same* [2007] 2 A.C. 167 (HL, 21 mars 2007).

¹⁸⁷² V., par exemple, *R c. Governors of Denbigh High School, ex parte Begum*, [2005] 1 W.L.R. 3372 (CA, Civil Division, 2 mars 2005), per Lord Justice Brooke. Sur ce point, V. HICKMAN T., *Public Law after the Human Rights Act*, *op. cit.*, p. 245 s. ; MEAD D., « Outcomes Aren't All », *op. cit.* ; KAVANAGH A., « Proportionality and Parliamentary Debates », *op. cit.*

¹⁸⁷³ POOLE T., « Of headscarves and heresies: The Denbigh High School case and public authority decision making under the Human Rights Act », *PL*, 2005, p. 685 ; « The Reformation of English Administrative Law », *op. cit.*, p. 691 s.

¹⁸⁷⁴ *R c. Headteacher and Governors of Denbigh High School, ex parte Begum* [2006] UKHL 15 (HL, 22 mars 2006), not. para. 31 ; V. aussi *Belfast City Council c. Miss Behavin' Ltd* [2007] 1 W.L.R. 1420 (HL, 25 avril 2007).

¹⁸⁷⁵ *Begum* (HL), précitée, para. 68, per Lord Hoffmann.

¹⁸⁷⁶ *Kebeline*, précitée, per Lord Hope.

¹⁸⁷⁷ *Miss Behavin'*, précitée, para. 37, per Baroness Hale ; CRAIG P., *Administrative Law*, *op. cit.*, para. 19-018.

¹⁸⁷⁸ V. StE (Ass.) 2376/1988 *APM* 1989, 1034, concernant le droit à l'éducation.

L'assimilation des concepts du droit européen aux concepts du droit interne a produit une interprétation « originaliste » tant de la Constitution que de la Convention. En effet, la révérence des juristes locaux pour le régime constitutionnel établi après la chute de la junte a encouragé une interprétation des droits constitutionnellement garantis selon la volonté présumée des constituants. Dans certaines affaires, les juridictions internes ont explicitement refusé d'appliquer la jurisprudence de la Cour EDH car celle-ci était perçue comme ne correspondant pas à la volonté historique des rédacteurs du texte de 1975¹⁸⁷⁹. L'exemple le plus connu est le refus insistant de la part des juridictions suprêmes d'inclure la protection des droits pécuniaires dans le champ du droit de propriété. La Cour des comptes a ainsi accepté la conventionnalité d'une loi imposant des plafonds aux retraites et exigeant le remboursement des montants excédant acquittés aux retraités¹⁸⁸⁰. Pour les juges, si les droits réels sont protégés par le Premier Protocole Additionnel de la Convention, le législateur jouit d'un pouvoir discrétionnaire étendu en matière des droits pécuniaires.

Cette interprétation insulaire des droits de l'homme a pendant longtemps compromis la dynamique de la proportionnalité. Dans l'affaire mentionnée plus haut, par exemple, la Cour des comptes a statué que les mesures contestées ne pouvaient pas être considérées « disproportionnées à l'intérêt public poursuivi¹⁸⁸¹ ». La Convention n'ajoutant rien à la protection constitutionnelle des droits de l'homme, la proportionnalité en tant que principe européen n'impose pas des limites additionnelles à la poursuite des buts législatifs. Une solution différente mènerait le juge à empiéter sur les pouvoirs des représentants du peuple. La Cour des comptes était en effet plus préoccupée par la répartition constitutionnelle des compétences que par la protection des droits fondamentaux. Dans sa décision, elle souligne qu'« il est loisible au législateur commun de limiter » le droits à la retraite¹⁸⁸². D'ailleurs, selon l'orthodoxie constitutionnelle à l'époque, la réalisation des droits de la Convention était principalement la mission des autorités détentrices du pouvoir normatif et pas des juges. Pendant longtemps, la fonction primaire assignée à l'ordre constitutionnel par les juristes locaux était la préservation des pouvoirs du Parlement contre les forces antiparlementaires.

L'acculturation de la Grèce à la civilisation européenne des droits de l'homme et la montée au pouvoir des juges. Avec le temps, les condamnations de la Grèce à Strasbourg ont connu de plus en plus d'écho dans les débats publics et la protection des droits de l'homme s'est établie comme enjeu majeur de la pratique constitutionnelle. Comme dans le contexte français, l'adaptation du droit interne aux préceptes de la Convention a été principalement la mission du législateur et de

¹⁸⁷⁹ Sur cette interprétation formaliste de la CEDH dans la jurisprudence interne, V. CHRYSOGONOS K., *Η ενσωμάτωση της ευρωπαϊκής σύμβασης των δικαιωμάτων του ανθρώπου στην εθνική έννομη τάξη [The incorporation of the European Convention on Human Rights into the national legal order]*, Athènes; Komotini, Αντ. Ν. Σάκκουλας, 2001.

¹⁸⁸⁰ ES 28/1994 *ΔΕΝ* 1994, 439 (Cour des comptes).

¹⁸⁸¹ *Ibid.*

¹⁸⁸² *Ibid.*

l'administration¹⁸⁸³. La proportionnalité a eu un rôle limité dans ce processus d'adaptation, qui s'est d'ailleurs rarement traduit par l'institutionnalisation des remèdes concrets pour la violation des droits conventionnels, prenant la forme des procédures ou des *heads of review*. Cela explique que la proportionnalité n'est guère mentionnée dans les études sur l'influence de la CEDH en droit interne¹⁸⁸⁴. Comme leurs collègues français, les juristes grecs interprètent la Convention comme imposant des exigences matérielles de protection des droits plutôt que des méthodes de raisonnement. Dans ce contexte, les aspects structurels et institutionnels de la proportionnalité comme principe de la CEDH ont été négligés.

Toutefois, à la différence de la France, cela ne résulte pas d'un mépris de la fonction d'acculturation de la Convention. Si pour la plupart des juristes grecs la Grèce est le berceau de la démocratie, peu nombreux sont ceux qui croient qu'il s'agit d'un modèle en matière de protection des droits humains. La Convention et la civilisation constitutionnelle européenne qu'elle représente ont toujours été vues avec admiration dans la sphère interne. L'intégration dans l'ordre juridique de la CEDH a été perçue par les juristes locaux comme un moment socio-politique qui dépasse le droit. Comme le remarque Antonis Manidakis, « l'application de la CEDH en Grèce ne se réduit pas à un simple événement juridique mais exerce une influence institutionnelle plus large et touche l'État, la société et le système politique¹⁸⁸⁵. » Avec la consolidation du régime démocratique, les pressions pour l'« humanisation » de l'ordre juridique interne se renforcent. Les publicistes grecs font appel au pouvoir judiciaire pour réaliser les préceptes de la civilisation européenne des droits fondamentaux. L'application du droit interne de manière divergente avec cette civilisation est progressivement perçue comme erronée.

La proportionnalité et la réinvention de la législation interne. À partir des années quatre-vingt-dix, les juges répondent aux pressions de la doctrine pour l'« humanisation » de l'ordre juridique. Cela commence en matière de détention provisoire, mesure qui était pendant longtemps infligée par les autorités grecques en présence d'éléments indiquant la culpabilité de l'accusé¹⁸⁸⁶. Dans sa décision 12/1991, le juge d'instruction de Tripoli déclare qu'il s'agit « d'une contrainte procédurale exceptionnelle », dont les effets « ne sont pas différents de l'exécution de la peine ». En tant que telle, la détention provisoire ne devrait être infligée que lorsque cela est absolument nécessaire pour la prévention de la récidive, dans les cas où l'accusé est particulièrement dangereux ou soupçonné d'une tentative de fuite pendant le procès. Le juge a appuyé son argumentation sur la Déclaration des droits de l'homme de

¹⁸⁸³ STAVROPOULOS G., « Η επίδραση της ΕΣΔΑ στην ελληνική έννομη τάξη [The influence of the ECHR in the Greek legal order] », *Constitutionalism.gr blog*, 9 décembre 2017, accessible sur <https://www.constitutionalism.gr/>.

¹⁸⁸⁴ V., par exemple, CHRYSOGONOS K., *Η ενσωμάτωση της ευρωπαϊκής σύμβασης των δικαιωμάτων του ανθρώπου στην εθνική έννομη τάξη [The incorporation of the European Convention on Human Rights into the national legal order]*, *op. cit.*, p. 173 s. Pour un exemple plus récent, V. STAVROPOULOS G., « Η επίδραση της ΕΣΔΑ στην ελληνική έννομη τάξη [The influence of the ECHR in the Greek legal order] », *op. cit.*

¹⁸⁸⁵ TSAPOGAS M. et D. CHRISTOPOULOS (dir.), *Τα δικαιώματα στην Ελλάδα. Από το τέλος του εμφυλίου στο τέλος της Μεταπολίτευσης [Rights in the Greece 1953-2003. From the end of the civil war to the end of Metapolitefsi]*, Athènes, Καστανιώτης, 2004, p. 435.

¹⁸⁸⁶ Anakr Tripoli 12/1991 ΠΟΙΝΧΡ 1991, 932 (juge d'instruction de Tripoli).

l'ONU, à la CEDH et à certaines décisions de la Cour de Strasbourg. Malgré l'absence de consécration explicite de la présomption d'innocence dans la Constitution, le juge affirme le statut constitutionnel de celle-ci en vertu de l'article 28 de la Constitution, qui régit la normativité des traités internationaux dans l'ordre juridique interne.

En faisant appel à des standards internationaux de protection des droits de l'homme, le juge d'instruction de Tripoli s'est reconnu le pouvoir de co-définir les buts légitimes de la mesure de détention provisoire. Cela l'a conduit à l'application de la proportionnalité comme un test de nécessité stricte¹⁸⁸⁷. De manière similaire, la cour militaire de Thessaloniki a invoqué l'article 6 de la CEDH et la jurisprudence de la Cour EDH pour écarter l'application d'une loi imposant la détention provisoire comme mesure obligatoire pour les personnes accusées des crimes sérieux. Les juges ont statué que la loi en question ne laissait pas de place pour une appréciation *in concreto* de la situation individuelle de l'accusée et excédait donc ce qui était nécessaire pour la poursuite des buts légitimes de la détention provisoire¹⁸⁸⁸.

Dans ces affaires, l'examen intense de la proportionnalité des mesures contrôlées ne résulte pas d'une application cohérente de la structure en étapes professée par les adeptes de la théorie alexyenne. Elle résulte plutôt de la reconstruction par le juge des buts poursuivis par la législation à la lumière des préceptes de la protection internationale des droits de l'homme¹⁸⁸⁹. La CEDH et d'autres textes internationaux ont été appliqués comme faisant partie du droit interne et ont ainsi soufflé un nouveau contenu dans les règles et les institutions de celui-ci, un contenu orienté sur les valeurs de droits de l'homme. L'ordre constitutionnel a été réinterprété pour imposer ces droits comme des priorités dans la définition des buts de politique publique. Dans ce contexte, l'examen de proportionnalité n'intervient qu'après la réinvention des buts législatifs par le juge et n'a qu'un rôle secondaire, quelque peu opérationnel dans ce processus. Son application ne concerne pas la priorisation des valeurs concurrentes mais le champ d'application des dispositions contrôlées par rapport à leur *telos*. Dans le cadre de l'application de la Convention donc, la proportionnalité est utilisée comme une méthode d'interprétation téléologique¹⁸⁹⁰. Bien que sa fonction soit différente de la fonction correctrice de la disproportion à la française, il s'agit d'un test portant sur le rapport moyens/fins de l'action législative.

Sous une forte pression doctrinale, les juridictions suprêmes ont également affirmé leur pouvoir d'interpréter la législation interne en conformité avec la CEDH.

¹⁸⁸⁷ *Ibid.*

¹⁸⁸⁸ DStrThess 482/1993 *APM* 1993, 1166 (Cour militaire de Thessaloniki). Cette évolution s'observe également dans d'autres domaines. V., par exemple, DPrAth 6628/1997 *EJKA* 1997, 642 (Tribunal administratif d'Athènes), concernant l'article 1 PPA CEDH.

¹⁸⁸⁹ Cela est lié à la perception volontariste de la législation qu'imprègne le raisonnement juridique et l'application de la proportionnalité dans ce contexte. V. sur ce point *supra*, Partie II, chapitre 6.2.

¹⁸⁹⁰ En ce sens, V. MITSOPOULOS G., « "Τριτενέργεια" και "αναλογικότητα" ως διατάξεις του αναθεωρηθέντος Συντάγματος ["Third party effect" and "proportionality" as provisions of the amended Constitution] », *ΔΤΑ*, 2002, vol. 15, p. 641.

Si, au départ, elles ne l'ont fait que de manière implicite¹⁸⁹¹, dans certaines affaires l'application des décisions de la Cour de Strasbourg a impliqué le revirement de leur jurisprudence¹⁸⁹². L'ordre juridique grec s'est progressivement réinventé pour s'aligner aux préceptes de la civilisation constitutionnelle européenne que la Convention représente. La proportionnalité a fonctionné comme outil interprétatif dans ce processus. Son origine européenne a été progressivement affirmée dans la littérature aussi¹⁸⁹³.

La proportionnalité en matière d'emprisonnement pour dette. La manière dont la Convention et la proportionnalité agissent dans la sphère juridique interne est bien illustrée en matière d'emprisonnement pour dette en droit privé. Depuis l'entrée en vigueur de la Constitution de 1975, certains auteurs ont proposé l'abandon de la mesure d'emprisonnement pour dette qu'ils considéraient comme incompatible avec le principe de protection de la dignité humaine, consacré dans l'article 2 de la Constitution. Cette opinion s'est établie comme dominante avec la ratification du Pacte international des droits civils et politiques en 1997. L'article 11 de ce pacte en effet déclare : « Nul ne peut être emprisonné pour la seule raison qu'il n'est pas en mesure d'exécuter une obligation contractuelle. » Dans une série de décisions, les cours d'appel ont écarté l'application de la législation nationale en la matière, considérant que la ratification du pacte en a entraîné l'abrogation tacite¹⁸⁹⁴.

Ces décisions ont été critiquées par Giorgos Vellis, vice-président de l'*Areios Pagos*, dans un article datant de 1999¹⁸⁹⁵. Selon le juge, la protection supra-législative de la dignité humaine ne joue pas en cas de mauvaise foi du débiteur, puisque ni le pacte international en cause ni la Constitution n'ont pour but d'inclure dans leur champ protecteur de tels cas. Il propose de voir le conflit entre la législation interne et les standards internationaux de droits de l'homme comme un conflit des droits de l'homme, dans lequel la proportionnalité trouve application. En effet, le vice-président de l'*Areios Pagos* souligne que, si l'emprisonnement pour dette porte atteinte à la liberté et à la dignité humaine des débiteurs, la CEDH et d'autres textes internationaux protègent également le droit des créateurs à la protection juridictionnelle efficace. Dans ce cadre, la proportionnalité fonctionne comme une exigence de nécessité ou de non-abus. Selon Giorgos Vellis, le créateur ne peut exiger l'emprisonnement de son débiteur que comme mesure ultime d'exécution,

¹⁸⁹¹ StE 3739/1999 NoB 2000, 1323. Sur ce point, V. CHRYSOGONOS K., *Η ενσωμάτωση της ευρωπαϊκής σύμβασης των δικαιωμάτων του ανθρώπου στην εθνική έννομη τάξη* [The incorporation of the European Convention on Human Rights into the national legal order], *op. cit.*, p. 274.

¹⁸⁹² AP (Ass.) 40/1998 APM 1999, 46 ; StE (Ass.) 542/1999 TNILJSA.

¹⁸⁹³ ORFANOUDAKIS S., *Η αρχή της αναλογικότητας στην ελληνική έννομη τάξη : από τη νομολογιακή εφαρμογή της στη συνταγματική της καθιέρωση* [The principle of proportionality in the Greek legal order: from its judicial application to its constitutional consecration], Thessaloniki, Σάκκουλα, 2003 ; ANTHOPOULOS C., « Όψεις της συνταγματικής δημοκρατίας στο παράδειγμα του άρθρου 25 παρ. 1 του Συντάγματος [Aspects of constitutional democracy in the example of article 25 par. 1 of the Constitution] », D. TSATSOS, E. VENIZELOS et X. CONTIADES (dir.), *Το νέο Σύνταγμα* [The new Constitution], Athens; Komotini, Avt. N. Σάκκουλας, 2001, p. 153.

¹⁸⁹⁴ V. EfAth 6903/1997 APM 1997, 1393 (Cour d'appel d'Athènes); EfPeir 1410/1997 TNILJSA (Cour d'appel de Pirée).

¹⁸⁹⁵ VELLIS G., « Η προσωπική κράτηση μετά το ν. 2462/1997 [The detention of persons after law no. 2462/1997] », *Ελλάλη*, 1999, vol. 40, p. 9.

lorsque des mesures moins onéreuses ne sont pas disponibles. D'ailleurs, l'emprisonnement devrait être exclu dans tous les cas lorsque le débiteur n'a pas de fortune.

Dans cette analyse donc, l'application de la proportionnalité passe par la rectification des finalités de la loi. Le but des mesures concernées n'est pas identifié par référence à l'intention du législateur historique mais de manière objective, en vue de ce qui peut être vu comme légitime au moment de l'application de la mesure par le juge. Cela affecte considérablement le raisonnement qui suit, puisque les mesures en cause ne sont applicables que dans la mesure où elles servent effectivement le but légitime identifié. Ainsi, la notion d'abus de droit est, elle aussi, objectivée : elle ne concerne qu'indirectement l'intention du détenteur du droit en cause mais le champ protecteur du droit lui-même. La proportionnalité fonctionne comme une méthode d'interprétation téléologique de la législation nationale, dont le but présumé n'est plus défini par référence à l'intention du législateur historique mais en vue de ce qui est légitime dans une société démocratique. En substituant l'interprétation dynamique des droits de l'homme à leur interprétation « originaliste », la proportionnalité implique une exigence de modération de la puissance publique appliquée selon les circonstances de chaque cas. En 2000, cette version de la proportionnalité a été adoptée dans la jurisprudence de l'*Areios Pagos*¹⁸⁹⁶.

L'« osmose interprétative » du droit interne et du droit européen. Dans les chapitres qui précèdent nous avons décrit le processus d'appropriation de la civilisation constitutionnelle européenne par les juristes grecs, processus qui culmine avec la réforme constitutionnelle de 2001. Certains auteurs ont vu dans l'article 25 et la reconnaissance explicite du principe de proportionnalité, l'adhésion de l'ordre constitutionnel à « un ordre public européen en matière de droits de l'homme¹⁸⁹⁷ ». L'appropriation de la civilisation européenne des droits de l'homme se reflète également dans l'application de la Convention. Depuis 2001, les juridictions internes appliquent cumulativement la Convention et la Constitution, comme s'il s'agissait du même texte ou des textes équivalents du point de vue de leur valeur normative¹⁸⁹⁸. Costas Chryssogonos parle d'une « osmose interprétative » des ordres juridiques interne et européen¹⁸⁹⁹. Ainsi, l'application de la proportionnalité comme méthode téléologique s'est également diffusée en droit constitutionnel. En matière de restrictions au droit d'accès au juge, par exemple, les cours n'hésitent pas à en tirer

¹⁸⁹⁶ AP 1597/2000 Δ/ΝΗ 2001, 1304 ; AP 254/2000 ΕΕΜΙΔ 2000, 712.

¹⁸⁹⁷ CHRYSOGONOS K., « Η προστασία των θεμελιωδών δικαιωμάτων στην Ελλάδα πριν και μετά την αναθεώρηση του 2001 [The protection of fundamental rights in Greece before and after the 2001 reform] », ΔτΑ, 2001, vol. 10, p. 541: «ευρωπαϊκής δημόσιας τάξης στο πεδίο των ανθρωπίνων δικαιωμάτων».

¹⁸⁹⁸ V., par exemple, StE 1065/2002 ΕλλΔνη 2003, 1073. Dans cette décision, le Conseil rattache le droit à la protection juridictionnelle tant à l'article 20, paragraphe 1, de la Constitution qu'à l'article 6 de la CEDH.

¹⁸⁹⁹ CHRYSOGONOS K., *Η ενσωμάτωση της ευρωπαϊκής σύμβασης των δικαιωμάτων του ανθρώπου στην εθνική έννομη τάξη [The incorporation of the European Convention on Human Rights into the national legal order]*, *op. cit.*, p. 192 s. ; GERONTAS A., « Η αρχή της αναλογικότητας και η τριτενέργεια των θεμελιωδών δικαιωμάτων μετά την αναθεώρηση του 2001 [The principle of proportionality and the third party effect of fundamental rights after the 2001 reform] », X. CONTIADES (dir.), *Πέντε χρόνια μετά τη συνταγματική αναθεώρηση του 2001 [Five years after the constitutional 2001 reform]*, Athens; Komotini, Αντ. Ν. Σάκκουλας, 2006, vol. II/A, p. 499.

une exigence de nécessité stricte vis-à-vis du Parlement¹⁹⁰⁰. L'osmose interprétative des droits garantis par la Constitution et des droits garantis par la CEDH parfois conduit à l'osmose des versions interne et européenne du principe de proportionnalité, ce qui ne conduit pas toujours à une protection renforcée des droits de l'homme¹⁹⁰¹.

Toutefois, contrairement à ce qui est observé en droit anglais, la proportionnalité correspond à une *méthode* de raisonnement dans la jurisprudence grecque et non à un *head of review* ou à un recours contre la violation de la Convention. Son utilisation est ainsi incohérente et fragmentée, elle n'implique en outre pas l'application d'une structure de raisonnement particulière. De manière paradoxale, l'appropriation de la proportionnalité par les juristes grecs compromet sa dynamique d'intégration. Dans ce contexte, la proportionnalité n'est pas porteuse d'une « culture de justification ». Elle est absente de certaines décisions importantes en matière de droits de l'homme¹⁹⁰², malgré les nombreuses condamnations de la part de la Cour de Strasbourg pour violation du principe¹⁹⁰³. Les droits de la Convention sont généralement compris comme imposant des solutions matérielles concrètes et non des modes de raisonnement. Ainsi, bien que l'intégration à l'ordre juridique de la CEDH soit perçue comme un processus d'acculturation constitutionnelle, elle n'a pas réussi à changer certaines mentalités et certaines pratiques institutionnelles bien établies.

L'application de la proportionnalité dans la jurisprudence de la Cour de Strasbourg n'est pas propice à la systématisation. Si l'objet et l'effet des décisions publiques jouent un rôle important dans l'examen du juge européen, celui-ci n'exige pas l'optimisation des droits de la Convention, comme le professe Robert Alexy. Tandis que les buts politiques des autorités nationales sont au cœur du contrôle de la Cour EDH, la proportionnalité ne se réduit pas à un contrôle du détournement de pouvoir. La jurisprudence de la Cour européenne encourage les autorités nationales à prendre en compte la Convention dans l'élaboration des politiques publiques et à reformuler leurs buts dans des termes acceptables « dans une société démocratique ». Cela étant, la proportionnalité ne se réduit pas à une exigence procédurale ; elle impose la prise en compte effective des droits fondamentaux au cours du processus de décision publique. Elle ne joue pas seulement au niveau de l'élaboration des normes juridiques mais aussi au niveau de l'évaluation des faits. Si la marge

¹⁹⁰⁰ V. AP (Ass.) 20/2000 *TNILΣA*. Sur cette affaire, MATTHIAS S., « Το πεδίο λειτουργίας της αρχής της αναλογικότητας [The scope of the principle of proportionality] », *Ελλάγη*, 2006, vol. 47, n° 1, p. 1.

¹⁹⁰¹ V., par exemple, AP (Ass.) 26/2003 *Ελλάγη* 2003, 1263. Dans cette décision, l'*Areios Pagos* suit la jurisprudence de la Cour EDH et applique la proportionnalité comme une exigence de « juste équilibre » en matière de droit de propriété.

¹⁹⁰² Pour quelques exemples, StE (Ass.) 2281/2001 *ΔΔΙΚΗ* 2001, 959, acceptant la légalité d'une décision prohibant l'inscription de la religion sur les cartes d'identité ; StE (Ass.) 4202/2012 *ΕΔΔΔ* 2013, 505, déclarant l'inconstitutionnalité de la loi soumettant la construction de lieux de culte non-orthodoxes à une autorisation, dans la mesure où le ministre peut refuser cette autorisation pour des motifs substantiels.

¹⁹⁰³ Pour quelques exemples, V. *Manoussakis et autres c. Grèce*, 26 septembre 1996, n° 18748/91, *Kokkinakis c. Grèce*, 25 mai 1993, n° 14307/88, *Sidiropoulos*, précitée, *Tourkiki Enosi Xanthis c. Grèce*, 27 mars 2008, n° 26698/05.

d'appréciation autorise différentes compréhensions des droits de la Convention, dans la jurisprudence de la Cour de Strasbourg, la proportionnalité est porteuse d'une culture commune des droits fondamentaux.

Les juristes français, anglais et grecs ont perçu différemment la fonction de la proportionnalité dans le champ de la Convention, et ils l'ont appliquée différemment suivant les tendances traditionnelles propres à chacun de ces contextes. L'analyse présentée dans ce chapitre n'a pas la prétention d'être exhaustive, ni de nier la force transformatrice de la proportionnalité en tant que principe de la CEDH. Son but est simplement de montrer que cette force se déploie de différentes manières, en fonction des sens locaux de la proportionnalité et des narrations dominantes sur les droits fondamentaux et sur l'Europe.

En France, la patrie des droits de l'homme, la CEDH représente une culture européenne des droits fondamentaux qui est déjà inhérente à la Constitution et aux lois républicaines. L'adaptation aux standards de la Convention ne s'est pas traduite par la transformation structurelle du contentieux administratif ou constitutionnel. Elle n'a pas pris la forme d'un recours ou d'une réparation qui serait spécifique aux violations de la Convention. Dans la doctrine française, la proportionnalité n'a pas été envisagée comme un chef de contrôle [*head of review*] européen, mais comme un principe général du droit, partie intégrante du bloc de légalité, qui guide le contrôle du juge. Ainsi, l'adaptation aux exigences de la Convention n'a pas remis en cause la répartition traditionnelle des compétences. La protection des droits de la Convention incombe principalement au législateur ; l'administration et le juge sont des partenaires dans un effort commun d'appliquer le droit interne en conformité avec les engagements internationaux.

Dans ce contexte, les violations de la Convention et du principe de proportionnalité sont perçues comme exceptionnelles : elles résulteraient plutôt des circonstances du cas concret que d'un décalage plus général entre la culture constitutionnelle française et européenne. La fonction de la proportionnalité en jurisprudence est corrective : elle est utilisée de façon résiduelle, principalement dans le cadre de la CEDH, ce qui contraste avec sa compréhension comme principe général en doctrine. Ainsi, pendant longtemps, la proportionnalité n'a pas remis en cause la réinvention républicaine des droits fondamentaux. Son utilisation en tant que principe de la CEDH était symbolique, elle « signalait » l'engagement des autorités françaises, et notamment des juges, à respecter la Convention. Cela a été critiqué à plusieurs reprises par la Cour EDH.

La trajectoire de la proportionnalité dans le *common law* est inversée. Suivant la narration Whig de l'histoire, qui a pendant longtemps dominé, les libertés civiles existent indépendamment du droit et sont garanties au moyen de l'application du principe de souveraineté parlementaire. La loi est vue comme un commandement, dont l'autonomie et l'effectivité sont des qualités cruciales. Les formes juridiques, à savoir, les concepts, les procédures et les chefs de contrôle [*heads of review*], sont des

outils garantissant l'équilibre institutionnel et l'efficacité de l'action administrative encadrée par la volonté du Parlement. Elles ne forment pas un ensemble cohérent mais un « bricolage polyglotte ». L'incorporation de la Convention dans la sphère interne a ajouté la proportionnalité comme principe de la CEDH dans la « boîte à outils » des juges anglais.

Dans ce contexte, la proportionnalité est un chef de contrôle mis au service de la protection juridictionnelle des droits de la Convention et du respect des engagements internationaux du Royaume-Uni. Son application est confinée dans le champ d'application de la Convention ; il ne s'agit pas d'une technique de contrôle générale, comme le *HRA* n'est pas un catalogue de droits du *common law*. La proportionnalité est appliquée par référence à la jurisprudence de la Cour de Strasbourg et sa pratique ne devance pas cette dernière. Bien que contrainte et instrumentalisée, elle est prise au sérieux et elle accomplit sa fonction d'acculturation. Contrairement à son usage exceptionnel et circonstancié en France, son application en droit anglais est une question de principe en matière de droits fondamentaux. Le rationalisme dont elle est porteuse provoque ainsi un changement paradigmatique du *judicial review* anglais ; les acteurs juridiques locaux raisonnent de plus en plus en termes de proportionnalité.

En Grèce, la culture des droits de l'homme professée par la CEDH a toujours été perçue par les juristes locaux comme une civilisation à rejoindre. Toutefois, les juges ont pendant longtemps été plus préoccupés par la préservation des pouvoirs des représentants démocratiques du peuple que par la protection des droits de l'homme. Ils ont ainsi souvent refusé d'appliquer la Convention dans la mesure où elle imposait des limites additionnelles au Parlement par rapport à la Constitution. Comme en droit français, la dynamique de la proportionnalité dans ce contexte a été contrainte dans les structures traditionnelles du droit public. L'alignement du droit interne aux exigences de la Convention a été le plus souvent obtenu au moyen des réformes législatives et administratives et il ne s'est pas traduit par l'institution d'un recours spécial pour la violation des droits de l'homme.

Toutefois, avec le temps, la protection des droits de l'homme s'est établie comme un enjeu majeur de la pratique constitutionnelle et les juridictions internes ont progressivement acquis un rôle central dans l'« humanisation » de l'ordre juridique. Elles ont affirmé leur pouvoir de réinventer les règles et les institutions traditionnelles en conformité avec les standards d'une société démocratique. Dans ce processus, la proportionnalité leur a servi comme méthode d'interprétation téléologique. Contrairement à son application résiduelle dans le contexte français, elle détermine le champ d'application des dispositions des lois internes en conformité avec leur but légitime, leur *telos*. En même temps, à la différence de ce qu'on observe dans le *common law*, la proportionnalité en Grèce est comprise comme une méthode et non comme un *head of review*. Ses aspects structurels et institutionnels sont largement négligés. Cela compromet sa dynamique d'intégration dans ce contexte et cela rend l'acculturation de la Grèce à la civilisation européenne des droits de l'homme superficielle voire esthétique.

CHAPITRE 8

La construction d'un marché commun

Intégration de l'UE et constitutions nationales. Dans le cadre du droit de l'UE, la proportionnalité joue également un rôle d'intégration supranationale. Toutefois, tandis que, dans le cadre de la CEDH le processus d'intégration porte sur les valeurs, dans le cadre de l'UE il revêt une dimension factuelle. Les traités communautaires ont en effet été pensés comme des instruments permettant l'établissement d'un marché commun. Les fondateurs des Communautés européennes ont vu dans ce marché une des « réalisations concrètes¹⁹⁰⁴ » contribuant à l'établissement « d'une union sans cesse plus étroite entre les peuples européens¹⁹⁰⁵. » Très vite, il est apparu que le potentiel du droit communautaire dépassait celui d'un ordre juridique international classique, même celui de la CEDH. La Cour de Justice a déclaré que les traités instituaient un ordre intégré, qui produisait des effets directs dans les relations entre les États membres et les individus et dont l'application primait sur celle du droit interne.

Ainsi, le droit de l'UE remet en cause les catégories traditionnelles du monisme et du dualisme pour ce qui concerne les rapports entre droit international et droit interne. Le principe de l'effet utile impose d'ailleurs l'interprétation et l'application des dispositions du droit de l'UE de manière à préserver leurs objectifs. En raison de cette configuration particulière, l'application effective du droit de l'UE repose largement sur l'action des individus, souvent présentés comme des agents de l'intégration, et sur la coopération des autorités nationales, et particulièrement sur celle des juges. La Cour de Luxembourg demande aux juges internes d'être les « juges communautaires de droit commun¹⁹⁰⁶ ». Le processus d'intégration dans le cadre de l'UE exige l'adaptation des ordres juridiques internes et génère parfois des changements importants dans les discours juridiques nationaux. Cela a entraîné des réactions diverses chez les juristes locaux. Tantôt, ils ont identifié les changements requis pour se conformer aux exigences de la jurisprudence de la Cour de Justice, tantôt ils y sont restés aveugles. Ces changements ont aussi pris des formes diverses. Parfois, ils ont été traduits dans des réformes législatives ou même constitutionnelles, parfois ils ont été opérés par voie d'interprétation des normes et des catégories juridiques locales.

L'ordre constitutionnel français se caractérise par une ouverture progressive vis-à-vis du droit de l'UE. Dans sa décision *Maastricht* de 1992, le Conseil constitutionnel a déclaré l'abandon de la règle d'unanimité au sein du Conseil des ministres en

¹⁹⁰⁴ SCHUMAN R., « Déclaration du gouvernement français ».

¹⁹⁰⁵ Préambule du Traité de Rome, 25 mars 1957.

¹⁹⁰⁶ TPI, T-51/89, 10 juillet 1990, *Tetra Pak Rausing SA*, ECLI:EU:T:1990:41, para. 42.

matière de relations internationales contraire à la Constitution¹⁹⁰⁷. Cela a entraîné un amendement constitutionnel introduisant une section de la Constitution dédiée aux Communautés européennes, puis à l'UE¹⁹⁰⁸. L'article 88-1 prévoit la participation de la République française à ces organisations supranationales et permet le transfert de certaines compétences à leurs institutions. Sur la base de cette disposition, depuis 2004, le Conseil constitutionnel qualifie d'exigence constitutionnelle la transposition des directives européennes dans l'ordre juridique interne¹⁹⁰⁹. Par ailleurs, dans sa décision concernant le Traité constitutionnel, le Conseil a reconnu la nature spéciale du droit de l'UE par rapport aux autres engagements internationaux¹⁹¹⁰. Si, pour le juge constitutionnel, la ratification du Traité constitutionnel n'exigeait pas une nouvelle réforme constitutionnelle, le peuple français a rejeté ce Traité à l'occasion d'un référendum en 2005.

Quant à la constitution anglaise, le *ECA* de 1972 est la première manifestation dans la sphère juridique interne du processus d'intégration dans l'UE. Comme cela a été souligné précédemment, cet Acte incorpore les traités communautaires et les droits et libertés garantis par ceux-ci dans le droit anglais. Toutefois, ce n'est qu'en 1990 que les juristes locaux ont appréhendé l'étendue des changements qu'exigeait le droit de l'UE. Dans la décision *Factortame*, les juges ont affirmé leur pouvoir d'écarter l'application d'un acte du Parlement contraire au droit de l'UE. Par ailleurs, dans la même décision, la Chambre des Lords a affirmé pour la première fois son pouvoir d'enjoindre la Couronne de s'abstenir d'appliquer d'un tel acte¹⁹¹¹. Cela a nécessité une réinvention conceptuelle de la souveraineté parlementaire, afin d'y inclure la possibilité de limiter le pouvoir suprême du Parlement¹⁹¹². Toutefois, l'intégration sans cesse plus profonde dans l'UE a remplacé le caractère démocratique des décisions publiques au cœur des débats politiques. Pendant les années deux mille, la soumission des traités européens et de leurs amendements au référendum est devenue une revendication politique majeure qui a conduit à l'adoption d'une disposition à cet effet. En 2008, quand le *EU Amendment Act* a incorporé le Traité de Lisbonne dans le droit interne sans référendum, il était déjà clair que l'intégration dans l'UE n'était pas un projet partagé par l'ensemble du peuple britannique et que, dans tous les cas, le dernier mot sur ce point crucial n'appartiendrait plus au Parlement.

En Grèce, la Constitution de 1975 a ouvert la porte à l'intégration européenne avant même l'adhésion à l'UE. Le deuxième paragraphe de l'article 28 permet le transfert, par voie de traité ou d'accord, des compétences constitutionnelles à des organes d'organisations internationales, « afin de servir un intérêt national important

¹⁹⁰⁷ Décision n° 92-308 DC, 9 avril 1992, *Traité sur l'Union européenne*.

¹⁹⁰⁸ Loi - art. 5 *JORF* 26 juin 1992.

¹⁹⁰⁹ Décision n° 2004-496 DC, 10 juin 2004, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique*, ECLI:FR:CC:2004:2004.496.DC.

¹⁹¹⁰ Décision n° 2004-505 DC, 19 novembre 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, ECLI:FR:CC:2004:2004.505.DC.

¹⁹¹¹ *R. c. Secretary of State for Transport, ex p Factortame Ltd* [1991] 1 AC 603 (HL, 11 octobre 1990).

¹⁹¹² V. *supra*, Partie I, chapitre 2.2.

et de promouvoir la collaboration avec d'autres États ». Le troisième paragraphe du même article va jusqu'à permettre « des restrictions à l'exercice de la souveraineté nationale, dans la mesure où cela est dicté par un intérêt national important, ne lèse pas les droits de l'homme et les fondements du régime démocratique et est effectué sur la base du principe de l'égalité et sous la condition de réciprocité. » La clause interprétative ajoutée à cet article en 2001 précise qu'il « constitue une base de la participation du Pays au processus d'intégration européenne. » Toutefois, dans le contexte de la crise de la zone euro, l'avancement du projet européen a exigé le dépassement des limites – pourtant déjà assez lâches – posées par la Constitution grecque à l'opération du droit supranational dans la sphère interne. Les constitutionnalistes locaux ont vu dans les instruments d'ajustement économique un « point culminant » dans le fonctionnement du régime¹⁹¹³, une « dérégulation » de l'ordre constitutionnel interne¹⁹¹⁴ et même l'établissement d'une « para-constitution¹⁹¹⁵ ».

La proportionnalité et l'appropriation des valeurs juridiques européennes par les juristes nationaux. Ce chapitre consiste en une étude de l'application variable de la proportionnalité par le juge européen et par les juges internes en matière de libertés de circulation dans le cadre du marché commun. Le but est de montrer que, si la jurisprudence de la CJUE inscrit sa propre logique dans l'usage de la proportionnalité, une fois confrontée aux discours juridiques locaux, cette logique se déploie de différentes manières, selon la perception de l'UE et du marché commun que partagent les juristes dans chacun des systèmes étudiés. Ainsi, les particularités locales dans l'application de la proportionnalité expriment des tendances plus générales observées dans la réception du droit de l'UE en France, en Angleterre et en Grèce.

Certes, le processus d'intégration européenne n'a pas eu comme seul but la construction d'un marché. Dépassant de loin les attentes de ses fondateurs, l'UE promeut aujourd'hui des buts et des politiques beaucoup plus vastes. Notamment, suivant l'exemple de la CEDH, les institutions européennes deviennent des acteurs majeurs en matière de protection des droits fondamentaux¹⁹¹⁶. Malgré l'intérêt que présentent ces évolutions, l'application de la proportionnalité en matière de droits fondamentaux de l'UE n'est pas incluse dans notre étude. Ce chapitre ne prétend pas à l'exhaustivité. Il ne vise pas non plus à tirer des conclusions générales sur la forme,

¹⁹¹³ DROSSOS Y., « Το 'Μνημόνιο' ως σημείο στροφής του πολιτεύματος [The "Memorandum" as a turning point of the regime] », *The Book's Journal*, 2011, vol. 6, p. 42.

¹⁹¹⁴ YANNAKOPOULOS C., « Μεταξύ εθνικής και ενωσιακής έννομης τάξης: το «Μνημόνιο» ως αναπαραγωγή της κρίσης του κράτους δικαίου [Between national and EU legal order: the "Memorandum" reverberating of the crisis in the ideal of a state ruled by law] », *Constitutionalism.gr blog*, 30 janvier 2011, accessible sur <https://www.constitutionalism.gr/>, après la nb 20.

¹⁹¹⁵ KATROUGKALOS G., « Το 'παράσύνταγμα' του μνημονίου και ο άλλος δρόμος [The "paraconstitution" of the memorandum and the alternative way] », *NoB*, 2011, n° 59, p. 231.

¹⁹¹⁶ V. DE BÚRCA G., « Fundamental Human Rights and the Reach of EC Law », *Oxford Journal of Legal Studies*, 1993, vol. 13, n° 3, p. 283-319 ; ALSTON P. (dir.), *The EU and Human Rights*, Oxford, OUP, 1999 ; DE BÚRCA G., B. DE WITTE, et L. OGERTSCHNIG, *Social Rights in Europe*, New York, OUP, 2005 ; DE BÚRCA G., *After the EU Charter of Fundamental Rights: The Court of Justice as a Human Rights Adjudicator?*, Rochester, NY, Social Science Research Network, 2013.

le statut et le contenu de la proportionnalité en droit européen. Plus modestement, au moyen de l'analyse de certains exemples, nous cherchons à mettre en lumière les différentes façons dont la proportionnalité – et la dynamique d'intégration européenne dont elle est porteuse – opèrent dans les contextes français, anglais et grec. Nous nous limiterons donc à étudier les libertés de circulation. Ce choix est justifié par le fait que la construction du marché commun a été le moteur principal de l'intégration supranationale dans le cadre de l'UE et qu'elle en demeure la singularité la plus importante. L'analyse présentée ici n'est donc en aucun cas exhaustive concernant le droit de l'UE et il ne s'agit pas d'affirmer que l'application de la proportionnalité dans la jurisprudence de la Cour de Justice ne prend pas d'autres formes dans d'autres domaines¹⁹¹⁷.

La première section consiste en une étude de l'application de la proportionnalité dans la jurisprudence de la Cour de Justice en matière de libertés de circulation (**Section 1**). Dans ce domaine, la proportionnalité est chargée d'une fonction d'intégration économique. Elle accomplit cette fonction en reformulant les buts politiques nationaux et en les évaluant du point de vue de leur contribution à la construction du marché commun. Insérée dans les discours juridiques nationaux, la proportionnalité impose une nouvelle priorisation des valeurs qui remet en cause la cohérence matérielle du droit applicable dans la sphère juridique interne. La réussite ou l'échec de la proportionnalité dans sa fonction intégratrice dépend de la mesure dans laquelle les acteurs juridiques locaux s'emparent du projet de marché commun. Les sections suivantes offrent une analyse de l'application de la proportionnalité par pays, dans le champ des libertés de circulation.

En France, le rationalisme qui imprègne la pensée juridique dans ce contexte rend les juristes locaux aveugles aux conflits normatifs entre le droit interne et le droit de l'UE. Dans l'application du droit européen, le Conseil d'État a préservé la priorité des buts constitutionnels internes au détriment des libertés de circulation. Ceci a été obtenu au moyen d'un processus de traduction « imprécise » de la proportionnalité et d'autres concepts européens dans des concepts internes homonymes ou correspondants (**Section 2**). Au contraire, les juges anglais ont pris au sérieux leur fonction de juges communautaires de droit commun, fonction qui leur est assignée par le *ECA* de 1972. Ils n'ont pas cherché à établir une cohérence matérielle entre le droit interne et le droit de l'UE ; les conflits normatifs ont été résolus au moyen de la stricte délimitation de la portée des concepts européens, selon les préceptes du formalisme analytique. L'expansion continue du droit communautaire a trouvé la résistance des juges du *common law* (**Section 3**). Différemment, la proportionnalité, en tant que principe d'intégration économique, n'a pas rencontré d'obstacles constitutionnels majeurs en Grèce. Depuis la fin des années quatre-vingt-dix, elle s'applique dans la sphère interne par voie de

¹⁹¹⁷ Sur l'application de la proportionnalité en droit de l'UE plus généralement, V. DE BÚRCA G., « The Principle of Proportionality and its Application in EC Law », *Yearbook of European Law*, 1993, vol. 13, n° 1, p. 105-150 ; TRIDIMAS T., *The General Principles of EC law*, *op. cit.*, p. 215 s. et SCHWARZE J., *European administrative law*, *op. cit.*, p. 726. Plus récemment, V. CRAIG P., *EU administrative law*, *op. cit.*, p. 605 s.

« traduction » de la jurisprudence de la Cour de Justice. Sa fonction est de redéfinir les buts constitutionnels internes dans les termes du projet du marché commun. Dans ce contexte, son application illustre la tendance plus générale des juristes locaux à chercher pour le contenu normatif de leur Constitution en Europe (**Section 4**).

1. *La proportionnalité, principe d'intégration économique*

La structure de la proportionnalité dans la jurisprudence de la Cour de Justice. Si le contrôle de proportionnalité en matière de libertés de circulation consiste en une analyse structurée en étapes, le raisonnement du juge européen reste différent du modèle théorisé par Robert Alexy. Paul Craig décrit le « cas-typique » de l'application de la proportionnalité dans ce contexte¹⁹¹⁸ : une mesure nationale affecte une des libertés économiques garanties par les traités ; l'État membre défendant la mesure invoque un objectif légitime mentionné dans les traités, comme la santé publique ou la sécurité nationale, ou bien une autre « raison impérieuse d'intérêt général » reconnue dans la jurisprudence de la Cour de Justice, comme la protection des droits fondamentaux ou la protection des consommateurs¹⁹¹⁹. Après l'identification de l'objectif poursuivi, les États membres doivent établir que la mesure choisie est appropriée pour promouvoir cet objectif et qu'elle est nécessaire pour ce faire. Prenons l'exemple de l'arrêt *Finalarte*, concernant le régime des travailleurs détachés¹⁹²⁰. Dans cette affaire, les employeurs, établis au Portugal et au Royaume-Uni, contestaient l'obligation imposée par la loi allemande de participer au régime de cotisations des travailleurs. La Cour commence son raisonnement par constater que les mesures nationales portent atteinte à la libre prestation des services. L'objectif des autorités allemandes était en l'espèce une raison impérieuse d'intérêt général, à savoir la protection des travailleurs¹⁹²¹. La Cour déclare que la mesure nationale « ne peut être justifiée que si elle est nécessaire pour poursuivre effectivement et par les moyens appropriés un objectif d'intérêt général¹⁹²². »

Un contrôle objectif des effets des mesures nationales. Paul Craig observe que, dans ce contexte, la proportionnalité a été initialement « déduite » de l'interdiction de mesures protectionnistes. L'article 36 TFUE interdit en effet les interdictions ou les restrictions constituant « un moyen de discrimination arbitraire » ou « une restriction déguisée dans le commerce entre les États membres ». C'est cette disposition qui a permis à la Cour d'exercer un contrôle de nécessité sur les mesures nationales¹⁹²³. Dans ce contexte donc, la proportionnalité devrait se rapprocher d'un contrôle des motifs ou des finalités des autorités nationales, afin d'éliminer les discriminations « arbitraires » ou « déguisées » sur la base de la nationalité¹⁹²⁴.

¹⁹¹⁸ CRAIG P., *EU administrative law*, *op. cit.*, p. 617.

¹⁹¹⁹ TRIDIMAS T., *The General Principles of EC law*, *op. cit.*, p. 137 s.

¹⁹²⁰ Affaires Jointes C-49/98, C-50/98, C-52/98 to C-54/98 et C-68/98 à C-71/98, 25 octobre 2001, ECLI:EU:C:2001:564.

¹⁹²¹ *Ibid.*, para. 33.

¹⁹²² *Ibid.*, para. 37.

¹⁹²³ CRAIG P., *EU administrative law*, *op. cit.*, p. 617.

¹⁹²⁴ La distinction entre contrôle orienté sur les intentions et contrôle orienté sur les effets est inspirée de COHEN-ELIYA M. et I. PORAT, *Proportionality and Constitutional Culture*, *op. cit.*, p. 73 s.

Toutefois, cette orientation du contrôle du juge vers l'intention de l'autorité contrôlée s'est progressivement effacée. Depuis le célèbre arrêt *Cassis de Dijon*, datant de 1979, l'examen de proportionnalité a été détaché de l'existence d'une discrimination sur la base de la nationalité¹⁹²⁵. Dans la jurisprudence postérieure, la proportionnalité a été détachée de l'existence même d'une intervention étatique puisque, dans certains cas, la Cour a reconnu que les libertés de circulation jouissaient d'un effet horizontal¹⁹²⁶.

En matière de libertés de circulation donc, la proportionnalité est un test objectif pour le contrôle des effets des mesures nationales. L'évaluation de ces effets est concrète, puisque la procédure du renvoi préjudiciel implique nécessairement l'application de la mesure contestée dans un litige devant le juge national¹⁹²⁷. L'arrêt *Finalarte* est illustratif de l'interprétation que font les juges européens des exigences d'adéquation et de nécessité. Après l'identification du but des dispositions litigieuses, la Cour doit vérifier « si, considérée objectivement, la réglementation en cause au principal promeut la protection des travailleurs détachés », à savoir, si elle « comporte, pour les travailleurs concernés, un avantage réel qui contribue, de manière significative, à leur protection sociale¹⁹²⁸. » Dans l'étape du contrôle de nécessité, la Cour vérifie s'il existe de mesures équivalentes à celles choisies par les autorités nationales, qui seraient moins restrictives pour les libertés de circulation. Souvent, l'appréciation *in concreto* de la proportionnalité des mesures litigieuses est laissée aux autorités nationales et notamment aux juges¹⁹²⁹.

En raison de la nature objective et *in concreto* du contrôle, la répartition des compétences entre juges nationaux et supranationaux n'est pas toujours claire¹⁹³⁰. Dans certains cas, la Cour délègue l'examen de proportionnalité tout entier aux juridictions internes¹⁹³¹. Dans d'autres cas, elle donne « des indications » concernant les considérations que les juges nationaux doivent prendre en compte dans cet examen¹⁹³². Dans d'autres cas encore, c'est le juge européen lui-même qui propose des mesures alternatives, moins restrictives pour les libertés de circulation¹⁹³³. Enfin, la Cour de Justice procède parfois elle-même à l'examen de proportionnalité des mesures nationales¹⁹³⁴. Le seul critère des juges européens quant à la voie à adopter semble être le caractère suffisant des éléments de fait portés devant eux¹⁹³⁵. Parfois, la Cour déclare explicitement les normes nationales contraires au droit de l'UE. Par

¹⁹²⁵ C-120/78, 20 février 1979, *Rewe-Zentral AG c. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, ECLI:EU:C:1979:42.

¹⁹²⁶ C-415/93, 15 décembre 1995, *Bosman*, ECLI:EU:C:1995:463 ; C-112/00, 12 juin 2003, *Schmidberger*, ECLI:EU:C:2003:333 ; C-341/05, 18 décembre 2007, *Laval*, ECLI:EU:C:2007:809 ; C-438/05, 11 décembre 2007, *Viking Line*, ECLI:EU:C:2007:772.

¹⁹²⁷ *Finalarte*, précité, para. 28 s.

¹⁹²⁸ *Ibid.*, para. 41-42.

¹⁹²⁹ *Ibid.*, para. 50.

¹⁹³⁰ MARZAL YETANO A., *La dynamique du principe de proportionnalité*, *op. cit.*, p. 148 s.

¹⁹³¹ C-145/88, 23 novembre 1989, *Torfaen Borough Council c. B. & Q. Plc.*, ECLI:EU:C:1989:593, para. 16.

¹⁹³² C-438/05, *Viking Line*, précité, para. 85.

¹⁹³³ *Ibid.*, para. 49-53. V. aussi C-140/03, 21 avril 2005, *Commission c. Grèce*, ECLI:EU:C:2005:242. Sur ce point, V. CRAIG P., *EU administrative law*, *op. cit.*, p. 629 s. ; DE BÚRCA G., « The Principle of Proportionality and its Application in EC Law », *op. cit.*, p. 126 s.

¹⁹³⁴ C-341/05, *Laval*, précité.

¹⁹³⁵ CRAIG P., *EU administrative law*, *op. cit.*, p. 636 s.

exemple, selon une jurisprudence constante, l'interdiction d'un produit n'est pas nécessaire quand son objectif de protection des consommateurs peut être obtenu au moyen d'un étiquetage adéquat¹⁹³⁶.

La force intégratrice de la proportionnalité. Ainsi, la version de la proportionnalité adoptée en matière de libertés de circulation est très différente du test d'inadéquation manifeste appliqué dans le contrôle des actes européens en matière de politiques communes. Selon Takis Tridimas, le caractère intrusif du contrôle de la Cour dans ce domaine est lié à la fonction intégratrice de la proportionnalité. Comme il l'explique :

« Dans les cas où la proportionnalité est invoquée comme chef de contrôle [*ground of review*] des mesures politiques de la Communauté, la Cour doit mettre en balance un intérêt privé vis-à-vis d'un intérêt public. [...] En contraste, dans les cas où la proportionnalité est invoquée pour contester la compatibilité des mesures nationales portant atteinte à une des libertés fondamentales avec le droit communautaire, la Cour doit mettre en balance un intérêt communautaire vis-à-vis d'un intérêt national. Le principe est appliqué comme un mécanisme d'intégration dans le marché commun et le contrôle est beaucoup plus strict.¹⁹³⁷ »

En effet, la proportionnalité est un moteur crucial du processus de construction du marché commun. Sa transformation en un test objectif portant sur les effets des actes publics est le corollaire de l'interprétation très extensive de la notion d'entrave à la libre circulation pour englober toute mesure « susceptible de gêner ou de rendre moins attrayant l'exercice des libertés fondamentales garanties par le traité¹⁹³⁸ ». Cette interprétation conduit une grande partie des actes nationaux à entrer dans le champ du droit communautaire¹⁹³⁹. Selon la jurisprudence constante de la Cour, la notion d'entrave couvre pratiquement tous les domaines de politique publique. Dans une formule célèbre, la Cour a considéré, dans l'arrêt *Dassonville* rendu en 1974, que « toute réglementation commerciale des États membres susceptible d'entraver directement ou indirectement, actuellement ou potentiellement¹⁹⁴⁰ » le commerce au sein de la Communauté était constitutive d'une entrave.

L'extension de la notion d'entrave à la circulation fait de la proportionnalité le critère ultime de la compatibilité des mesures nationales au droit communautaire¹⁹⁴¹. Une fois l'entrave à la libre circulation constatée, l'autorité étatique est chargée de sa

¹⁹³⁶ C-120/78, *Cassis de Dijon*, précité. V. CRAIG P., *EU administrative law, op. cit.*, p. 617 s. Pour d'autres décisions où la Cour déclare les mesures nationales contraires au droit de l'UE elle-même, V. C-442/02, 5 octobre 2004, *Caixa-Bank France*, ECLI:EU:C:2004:586.

¹⁹³⁷ TRIDIMAS T., *The General Principles of EC law, op. cit.*, p. 90.

¹⁹³⁸ V. aussi C-55/94, 30 novembre 1995, *Gebhard*, ECLI:EU:C:1995:411, para. 37.

¹⁹³⁹ TRIDIMAS T., *The General Principles of EC law, op. cit.*, p. 126 s.

¹⁹⁴⁰ C-8/74, 11 juillet 1974, *Dassonville*, ECLI:EU:C:1974:82, para. 5.

¹⁹⁴¹ MARZAL YETANO A., *La dynamique du principe de proportionnalité, op. cit.*, p. 305 s. Dans le même sens, REYNOLDS S., « Explaining the constitutional drivers behind a perceived judicial preference for free movement over fundamental rights », *Common Market Law Review*, 1 juin 2016, vol. 53, n° 3, p. 643-677.

justification selon le cadre argumentatif de la proportionnalité. Quasiment toute mesure nationale étant susceptible de constituer une entrave à la circulation, toute politique publique est susceptible d'être soumise au contrôle de proportionnalité, indépendamment de sa nature protectionniste. Au fil de la jurisprudence de la Cour, la proportionnalité a absorbé et dilué d'autres catégories et concepts qui servaient initialement à la délimitation du champ d'application des traités¹⁹⁴².

La reformulation des politiques nationales selon la rationalité du marché.

Dans le cadre du contrôle de proportionnalité européen, les mesures nationales sont vues comme des instruments, des moyens pour obtenir une fin. Les autorités nationales disposent d'une marge de manœuvre concernant les fins qu'elles se fixent. La Cour accepte en effet qu'il est loisible aux États membres de choisir les objectifs d'intérêt public qu'ils poursuivent et le niveau de protection qu'ils veulent accorder à ces objectifs¹⁹⁴³. À une exception près, la Cour rejette en principe les objectifs de nature économique comme justification légitime des restrictions aux libertés de circulation¹⁹⁴⁴. Comme elle l'a répété dans l'arrêt *Finalarte* : « des mesures constituant une restriction à la libre prestation des services ne sauraient être justifiées par des objectifs de nature économique, tels que la protection des entreprises nationales¹⁹⁴⁵ ». Toutefois, cette exception ne joue pas dans les cas où l'objectif invoqué aborde d'autres aspects de l'intérêt public, comme la sécurité nationale ou la santé publique¹⁹⁴⁶.

Lors de l'examen du juge européen, les politiques publiques nationales sont reformulées et évaluées par référence au projet de marché commun. En effet, la législation étatique est seulement considérée dans la mesure où elle constitue une entrave à la libre circulation. La Cour accorde peu d'importance au caractère éventuellement minimal ou exceptionnel de cette entrave¹⁹⁴⁷. L'impact des mesures nationales sur les libertés de circulation est ensuite comparé à leurs effets du point de vue de la promotion de leur objectif. Les étapes d'adéquation et de nécessité concernent l'efficacité des mesures contrôlées. La Cour invite les juges nationaux à effectuer un bilan coût-avantages, un calcul objectif des dommages et des bénéfices générés par la mesure en question, dans la recherche des mesures équivalentes qui seraient plus efficaces¹⁹⁴⁸. En matière de libertés de circulation, la proportionnalité est un test conséquentialiste ; elle exige l'optimisation des résultats de l'ordre juridique national dans chaque cas d'espèce.

¹⁹⁴² MARZAL YETANO A., *La dynamique du principe de proportionnalité*, *op. cit.*, p. 335 s.

¹⁹⁴³ Affaires Jointes 1-90, 176-90, 25 juillet 1991, *Aragonesa*, ECLI:EU:C:1991:327, para. 16: « il appartient aux États membres de décider du niveau auquel ils entendent assurer la protection de la santé publique et de la manière dont ce niveau doit être atteint. Ils ne peuvent cependant le faire que dans les limites tracées par le traité et, en particulier, dans le respect du principe de proportionnalité ».

¹⁹⁴⁴ Sur ce point, V. CHALMERS D., G. DAVIES, et G. MONTI, *European Union Law : Text and Materials*, 3^e éd., New York, CUP, 2014, p. 898.

¹⁹⁴⁵ *Finalarte*, précité, para. 39. V. aussi C-238/82, 7 février 1984, *Duphar*, ECLI:EU:C:1984:45, para. 2 ; C-109/04, 17 mars 2005, *Kranemann*, ECLI:EU:C:2005:187, para. 34.

¹⁹⁴⁶ V. C-72/83, 10 juillet 1984, *Campus Oil*, ECLI:EU:C:1984:256. TRIDIMAS T., *The General Principles of EC law*, *op. cit.*, p. 150.

¹⁹⁴⁷ C-243/01, 6 novembre 2003, *Piorgiorgio Gambelli et autres*, ECLI:EU:C:2003:597, para. 48-49.

¹⁹⁴⁸ MARZAL YETANO A., *La dynamique du principe de proportionnalité*, *op. cit.*, p. 51 s. ; 248 s.

La comparaison des avantages et des désavantages d'une mesure particulière présuppose la commensurabilité des valeurs ou des intérêts en cause. Nous avons vu que, dans la théorie alexyenne de la proportionnalité, cette commensurabilité est obtenue au moyen d'une mise en balance *ad hoc* des droits et des intérêts concurrents par référence à l'ordre des valeurs défini par la Constitution. Toutefois, dans le contrôle de proportionnalité luxembourgeois, l'application de l'étape de la mise en balance n'est qu'exceptionnelle¹⁹⁴⁹. D'ailleurs, même quand la Cour utilise la métaphore de la mise en balance, la fonction de celle-ci est rhétorique et n'affecte pas le raisonnement du juge ni la forme du contrôle exercé¹⁹⁵⁰. Souvent, les auteurs reconstruisent le raisonnement variable de la Cour comme la manifestation d'un exercice de mise en balance qui reste implicite¹⁹⁵¹. Cette mise en balance n'est toutefois pas explicite dans la motivation des arrêts¹⁹⁵².

La « factualisation » des valeurs dans le raisonnement de la Cour. De façon très différente de ce que professe la théorie alexyenne, dans la jurisprudence de la CJUE, la commensurabilité des intérêts en cause est obtenue au moyen de l'exclusion des valeurs et des normes du raisonnement juridictionnel. En effet, l'histoire des normes nationales, leur place dans la hiérarchie des normes, leur valeur culturelle ou sentimentale ne sont pas prises en compte par le juge européen. D'ailleurs, si la vision instrumentale des mesures nationales implique l'interprétation de celles-ci selon leur finalité, le contrôle de proportionnalité ne porte pas sur les motifs ni sur l'état d'esprit des autorités nationales, comme dans le cadre de la CEDH. La Cour ne fait pas référence à un ordre de valeurs particulier du droit de l'UE. Dans la plupart des cas, les libertés de circulation ne sont pas définies selon les règles de la dogmatique juridique classique, elles n'ont pas un contenu matériel concret dans le sens d'un « noyau » ou d'une « essence » ; la délimitation de leur champ protecteur est une question factuelle de proportionnalité¹⁹⁵³.

La légitimité des mesures nationales n'est pas jugée par référence à des normes juridiques de procédure ou de compétence institutionnelle. Leur applicabilité dans des cas concrets n'est pas déterminée par des concepts juridiques, comme le concept de validité. Ce sont les circonstances factuelles de chaque cas d'espèce qui jouent un rôle décisif. L'arrêt *Grunkin-Paul* en est un exemple¹⁹⁵⁴. Cette affaire concerne le refus

¹⁹⁴⁹ L'exception la plus connue est l'affaire C-112/00, *Schmidberger*, précitée.

¹⁹⁵⁰ V. MARZAL YETANO A., *La dynamique du principe de proportionnalité*, *op. cit.*, p. 95 s. Dans les arrêts *Viking Line* et *Laval*, par exemple, si la Cour fait référence à l'établissement d'un équilibre entre libertés économiques et droits sociaux, elle n'exerce pas un contrôle de proportionnalité *stricto sensu*, ni procède-t-elle à une mise en balance explicite des valeurs en cause.

¹⁹⁵¹ DE BÚRCA G., « The Principle of Proportionality and its Application in EC Law », *op. cit.*, p. 113 s.

¹⁹⁵² DAVIES G., « Free movement, the quality of life, and the myth that the court balances interests », *Exceptions from EU Free Movement Law. Derogation, Justification and Proportionality*, Oxford, Hart, coll. « Modern studies in European law », 2016, p. 218-239. V. aussi RÉVEILLÈRE V., *Le juge et le travail des concepts juridiques*, Clermont-Ferrand, Institut Universitaire Varenne, 2018, p. 417 s.

¹⁹⁵³ V., toutefois, C-212/97, 9 mars 1999, *Centros* ; C-208/00, 5 novembre 2002, *Überseering*, ECLI:EU:C:2002:632. Sur ce point, MARZAL YETANO A., *La dynamique du principe de proportionnalité*, *op. cit.*, p. 229 s. Ces observations doivent être nuancées dans le cadre de la jurisprudence sur la citoyenneté de l'UE. Sur ce point, RÉVEILLÈRE V., *Le juge et le travail des concepts juridiques*, *op. cit.*

¹⁹⁵⁴ C-353/06, 14 octobre 2008, *Grunkin Paul*, ECLI:EU:C:2008:559.

des autorités allemandes de reconnaître le nom d'un ressortissant allemand tel qu'il avait été déterminé au Danemark, son pays de naissance et de résidence. Contrairement au droit danois, le droit allemand n'autorise pas les noms composés. Pour justifier le refus de reconnaître le nom Grunkin-Paul, le gouvernement allemand invoquait le principe de la continuité du nom d'une personne, ainsi que le principe de « l'unité du nom au sein de la fratrie », dans le but de « maintenir les relations entre les membres d'une famille étendue¹⁹⁵⁵ ». D'ailleurs, selon le gouvernement, le principe d'égalité imposait la détermination des noms des ressortissants allemands par le droit allemand. Dans un considérant concis, la Cour a rejeté tous ces arguments :

« Or, aucun de ces motifs invoqués au soutien du rattachement de la détermination du nom d'une personne à la nationalité de cette dernière, si légitimes qu'ils puissent être en tant que tels, ne mérite de se voir attribuer une importance telle qu'il puisse justifier, dans des circonstances telles que celles de l'affaire au principal, un refus des autorités compétentes d'un État membre de reconnaître le nom patronymique d'un enfant tel qu'il a déjà été déterminé et enregistré dans un autre État membre où cet enfant est né et réside depuis lors¹⁹⁵⁶. »

La nécessité de garantir la continuité et la stabilité du nom ne pouvait pas justifier la mesure « dans des circonstances telles que celles de l'affaire au principal¹⁹⁵⁷ », puisque M. Grunkin-Paul changerait de nom, à chaque fois qu'il devait franchir les frontières entre Danemark et Allemagne. Concernant « l'unicité du nom au sein de la fratrie », la Cour s'est bornée à affirmer « qu'un tel problème ne se pose pas dans l'affaire au principal¹⁹⁵⁸. » Enfin, la règle de conflit du droit international privé invoquée par le gouvernement n'a pas non plus pesé dans le contrôle de proportionnalité *in concreto*, puisque, comme l'a relevé la Cour, « [u]ne situation semblable à celle de l'enfant Leonhard Matthias pourrait donc également se produire en Allemagne¹⁹⁵⁹. »

La proportionnalité est un contrôle factuel et objectif à partir du cas d'espèce. Antonio Marzal a mis en lumière la façon dont, dans le cadre du raisonnement de proportionnalité, la Cour « factuelise » les buts d'intérêt général poursuivis par les autorités nationales¹⁹⁶⁰. La détermination de ces buts dépend exclusivement de leur capacité de produire des effets. Comme le remarque la Cour dans l'arrêt *Finalarte* :

¹⁹⁵⁵ *Ibid.*, para. 30.

¹⁹⁵⁶ *Ibid.*, para. 31.

¹⁹⁵⁷ *Ibid.*, para. 32.

¹⁹⁵⁸ *Ibid.*, para. 33.

¹⁹⁵⁹ *Ibid.*, para. 34.

¹⁹⁶⁰ MARZAL YETANO A., *La dynamique du principe de proportionnalité*, *op. cit.*, p. 68-69: « Plutôt qu'"objectivée", la notion de "but" a été "factualisée", dans la mesure où sa détermination dépend exclusivement d'une analyse des "effets" dont la loi en question serait la "cause". » Ce processus de factualisation parfois conduit à la confusion entre le contrôle du but invoqué et le contrôle d'adéquation. V. C-270/02, 5 février 2004, *Commission c. Italie*, ECLI:EU:C:2004:78.

« s'il est vrai que l'intention du législateur telle qu'elle se manifeste lors des débats politiques qui précèdent l'adoption d'une loi ou dans l'exposé de ses motifs peut constituer un indice quant au but poursuivi par ladite loi, cette intention ne peut être déterminante. [...] l'intention déclarée du législateur peut conduire à un examen plus circonstancié des avantages prétendument conférés aux travailleurs par les mesures qu'il a prises¹⁹⁶¹. »

La factualisation des buts d'intérêt général nationaux procède de leur « objectivation¹⁹⁶² ». Dans le raisonnement de la Cour, les buts invoqués par les autorités nationales ne sont que provisoirement rattachés à des valeurs générales, comme la santé publique ou la sécurité. Par la suite, ils sont traduits par des objectifs concrets ; ils correspondent à une « réalité projetée » qui rend possible l'établissement des liens de causalité et l'appréciation de l'efficacité des mesures alternatives. Dans l'affaire *José Manuel Blanco Pérez*, par exemple, le but de la protection de la santé publique invoqué par le gouvernement pour justifier la réglementation de l'ouverture des pharmacies a été traduit par « l'objectif visant à assurer un approvisionnement en médicaments de la population sûr et de qualité¹⁹⁶³ ».

L'approche factuelle de la Cour laisse peu de marge de manœuvre aux autorités nationales. Même dans des cas d'incertitude épistémique, le risque réel allégué par les autorités nationales doit être « suffisamment établi¹⁹⁶⁴ ». L'application de la proportionnalité illustre l'optimisme épistémologique des acteurs juridiques de l'UE, à savoir leur croyance dans la possibilité d'avoir une connaissance objective des faits et dans le potentiel de cette connaissance « scientifique » à résoudre les problèmes d'ordre social, politique ou moral. Comme l'explique Clifford Geertz, cette tendance à factualiser les querelles morales ou politiques est une caractéristique qu'on observe plus généralement dans les systèmes juridiques occidentaux¹⁹⁶⁵. Ce n'est que très rarement que, en présence des « divergences d'ordre moral, religieux ou culturel¹⁹⁶⁶ », la Cour confère une valeur normative aux objectifs des autorités nationales. Dans ces cas, les États membres disposent d'une marge d'appréciation pour évaluer « selon [leur] propre échelle des valeurs » ce qu'exige l'intérêt général¹⁹⁶⁷, la Cour se limitant à un contrôle de la pertinence et de la cohérence des motifs invoqués par les autorités nationales.

Dans la jurisprudence européenne, l'objectivation des buts nationaux produit leur fragmentation ; leur appartenance à des projets politiques plus compréhensifs et

¹⁹⁶¹ *Finalarte*, précité, para. 40 et 42.

¹⁹⁶² MARZAL YETANO A., *La dynamique du principe de proportionnalité*, *op. cit.*, p. 104.

¹⁹⁶³ Affaires Jointes C-570/07 et C-571/07, 1 juin 2010, ECLI:EU:C:2010:300, para. 63-66.

¹⁹⁶⁴ C-41/02, 2 décembre 2004, *Commission c. Pays-Bas*, ECLI:EU:C:2004:762. V. CRAIG P., *EU administrative law*, *op. cit.*, p. 617 s. Sur les exigences élevées en matière d'établissement des preuves, V. C-639/11, 20 mars 2014, *Commission c. Pologne*, ECLI:EU:C:2014:173.

¹⁹⁶⁵ GEERTZ C., « Local Knowledge: Fact and Law in Comparative Perspective », *op. cit.*, p. 171.

¹⁹⁶⁶ C-42/07, 8 septembre 2009, *Liga Portuguesa*, ECLI:EU:C:2009:519, para. 57. Sur ce sujet, V. CRAIG P., *EU administrative law*, *op. cit.*, p. 632. V. aussi Affaires Jointes C-171/07 et C-172/07, 19 mai 2009, *Apothekerkammer des Saarlandes*, ECLI:EU:C:2007:311, para. 59-61.

¹⁹⁶⁷ *Liga Portuguesa*, précité, para. 57.

cohérents est complètement éclipsée. En ce sens, Gareth Davies observe que « dans l'application de la proportionnalité, l'autonomie ou la capacité des autorités nationales à formuler et à réaliser des politiques publiques sont rarement vues comme une valeur en soi¹⁹⁶⁸. » Le seul projet politique qui transparait dans le raisonnement de proportionnalité de la Cour est la construction d'un marché commun. En reformulant les politiques nationales comme des obstacles à la libre circulation, la proportionnalité les soumet à une évaluation du point de vue du marché commun qui élimine leurs disparités et leurs divergences. Dans ce contexte, la fonction de la proportionnalité est une fonction d'intégration économique ; son application garantit l'effet utile des libertés de circulation, souvent au détriment d'autres buts constitutionnels. Quand la Cour de Justice invite les juges nationaux à exercer un contrôle de proportionnalité des mesures nationales, elle les invite à devenir juges communautaires de droit commun et à participer au processus de construction du marché commun. Les juridictions internes ont toutefois appréhendé leur mission dans ce contexte de manière complètement différente.

2. « Lost in translation » : la proportionnalité et l'effet utile des libertés de circulation dans la jurisprudence du Conseil d'État

La traduction « inexacte » de la proportionnalité en droit français. La tendance des juristes français à assimiler les concepts de la jurisprudence européenne à des concepts internes, observée dans le contexte de la CEDH, caractérise aussi la réception de la proportionnalité dans le cadre du droit de l'UE. Jusqu'au milieu des années deux mille, les différences structurelles entre les versions interne et européenne de la proportionnalité sont peu étudiées dans ce contexte. Peu importe son domaine d'application, la proportionnalité est perçue comme un principe général, exigeant la modération de la puissance publique. Dans son article relatif à ce sujet, Michel Fromont comprend le principe de proportionnalité du droit communautaire comme équivalent à celui du droit français ; pour lui, la seule différence entre l'ordre juridique français et l'ordre juridique communautaire sur ce point est l'absence de reconnaissance explicite de la proportionnalité en France, ce qui, aux yeux de l'auteur, compromet son application cohérente dans ce contexte¹⁹⁶⁹.

En pratique, l'assimilation du contrôle de proportionnalité européen au contrôle de proportionnalité français implique un compromis important du point de vue de la structure et de la rigueur du test européen. Pendant longtemps, la proportionnalité ne correspond pas à un test structuré en étapes, similaire à celui appliqué par la Cour de

¹⁹⁶⁸ DAVIES G., « Constitutional disagreement in Europe and the search for pluralism », J. KOMÁREK et M. AVBELJ (dir.), *Constitutional pluralism in the European Union and beyond*, Oxford, Hart, 2012, p. 281.

¹⁹⁶⁹ V. FROMONT M., « Le principe de proportionnalité », *op. cit.* Dans le même sens, MARKUS J.-P., « Le contrôle de conventionnalité des lois par le Conseil d'État », *op. cit.* Cet auteur conçoit le contrôle de proportionnalité et de conventionnalité comme étant en continuité avec les méthodes traditionnelles du juge administratif. V. aussi ZILLER J., « Le Principe de proportionnalité », *op. cit.* Si cet auteur est plus attentif aux différences dans l'application de la proportionnalité en Europe et en France, il rejette l'idée d'une exception française en la matière et affirme que les juridictions nationales appliquent la proportionnalité. Selon lui, les différentes versions de la proportionnalité résultent des différentes sources d'inspiration des juges et ne conduisent pas à des résultats différents en ce qui concerne la protection des droits de l'homme.

Justice. Elle se traduit plutôt par un standard unitaire, appliqué selon les circonstances du cas d'espèce. Son application dépend de l'accès du juge aux faits, ce qui rend difficile son invocation en cassation. Si, en matière de droit communautaire, le Conseil d'État a parfois été plus fidèle au raisonnement de la Cour de Luxembourg, les juges nationaux ne présentent pas l'application des différentes étapes du contrôle de proportionnalité comme découlant d'une obligation formelle du droit européen. Traditionnellement, ils se bornent à un examen de la légitimité du but des autorités nationales et à une affirmation de la proportionnalité des mesures contestées, sans ou avec peu de justification à cet égard. D'ailleurs, la structure du test de proportionnalité n'affecte pas nécessairement l'intensité du contrôle du juge. Dans leur étude de la jurisprudence interne en la matière, Jean Sirinelli et Brunessen Bertrand caractérisent l'application de la proportionnalité par les juridictions françaises comme « superficielle », « parfaitement dogmatique » et « arbitraire¹⁹⁷⁰ ».

La dynamique de la proportionnalité contrainte par les structures discursives traditionnelles. Comme nous avons vu, la perception unitaire de la proportionnalité en droit français illustre le rationalisme et la quête de cohérence matérielle qui sous-tend la pensée juridique dans ce contexte. La tendance à assimiler, malgré leurs différences structurelles, les concepts juridiques européens à leurs concepts homonymes en droit interne a pendant longtemps compromis la dynamique intégratrice de la proportionnalité et l'effet utile du droit communautaire¹⁹⁷¹. Cela peut être illustré à partir de l'arrêt du Conseil d'État sur les produits dangereux, déjà présenté dans le premier chapitre.

Cet arrêt concerne la validité d'un arrêté portant suspension de la diffusion de produits destinés à être mis en bouche par les enfants de bas âge¹⁹⁷². Depuis les années soixante-dix, le code de la consommation avait habilité l'administration à prendre des mesures restrictives du commerce, à condition qu'elles soient « proportionnées au danger présenté » par les produits et les services concernés. En l'espèce, les requérants contestaient la légalité des mesures nationales en invoquant la législation interne, les libertés de circulation du droit communautaire et la directive n° 92/59/CEE du Conseil. Dans l'examen de leurs moyens, le juge administratif fusionne les exigences de proportionnalité du droit européen et du droit interne pour appliquer un standard unitaire de disproportion, censé satisfaire les deux. Sans plus de justification, le Conseil affirme en effet que « la mesure édictée n'est pas disproportionnée au regard des risques que représentent les produits considérés pour la santé des jeunes consommateurs¹⁹⁷³ ». Ensuite, il déclare que « l'arrêté attaqué, justifié par les exigences de protection de la santé des jeunes enfants et par les risques

¹⁹⁷⁰ SIRINELLI J. et B. BERTRAND, « La proportionnalité », *op. cit.*, p. 636.

¹⁹⁷¹ Nous nous inspirons ici de l'analyse de YANNAKOPOULOS C., « Μεταξύ συνταγματικών σκοπών και συνταγματικών ορίων: η διαλεκτική εξέλιξη της συνταγματικής πραγματικότητας στην εθνική και στην κοινοτική έννομη τάξη [Entre buts constitutionnels et limites constitutionnelles : l'évolution dialectique de la pratique constitutionnelle dans l'ordre juridique national et communautaire] », *op. cit.*

¹⁹⁷² CE, 28 juillet 2000, n° 212115, 212135, ECLI:FR:CESSR:2000:212115.20000728. V. *supra*, Partie I, chapitre 1.2.1

¹⁹⁷³ *Ibid.*

que présentent les produits en cause, ne méconnaît ni les stipulations des articles 28 et 30 CE, ni les objectifs fixés par les dispositions précitées de la directive n° 92/59/CEE¹⁹⁷⁴ ».

Un examen attentif du raisonnement du Conseil montre que, dans cette affaire, le processus d'assimilation des concepts européens aux concepts internes ne s'est pas limité à l'application de la proportionnalité. Concernant la compatibilité des mesures au droit communautaire, le juge administratif justifie sa décision en mentionnant que les traités communautaires permettent des restrictions aux libertés de circulation pour des raisons de santé et de protection de la vie des personnes. Le Conseil accorde une importance particulière au fait que la directive n° 92/59/CEE a pour objectif la sécurité et la sûreté des produits mis sur le marché. Il met en exergue le fait que la sûreté est mentionnée dans le préambule de la directive, dont certaines dispositions accordent aux États membres les pouvoirs nécessaires pour empêcher la mise sur le marché des produits dangereux. En d'autres termes, c'est parce que le droit communautaire est présenté comme ayant les mêmes buts que le code de la consommation français que l'exigence de proportionnalité européenne est assimilée à l'exigence de proportionnalité de la législation nationale. Le conflit normatif entre l'ordre juridique communautaire et l'ordre juridique interne est effacé derrière l'homonymie des concepts utilisés dans leurs textes.

Toutefois, en qualifiant la sécurité et la sûreté d'objectifs de l'ordre juridique communautaire en matière de consommation, le Conseil d'État opère une subtile manœuvre conceptuelle. En effet, une différence importante existe entre le concept communautaire de sûreté et le concept homonyme du droit interne, malgré l'identité de leur dénomination. Si les textes communautaires reconnaissent qu'il s'agit là d'un but de la législation nationale, ils ne lui attribuent pas le statut de but du droit communautaire. Nous avons vu que dans la jurisprudence de la Cour de Justice, la poursuite de buts légitimes par les autorités nationales est traduite en une *entrave* aux libertés de circulation qui crée des obstacles à la réalisation du marché commun. Dans ce contexte, les buts d'intérêt public nationaux sont reformulés comme des objectifs concrets et fragmentés, pour être ensuite soumis à une évaluation du point de vue de leurs effets sur le projet de construction d'un marché commun. Seuls sont pris en compte leurs effets ; les valeurs qu'elles incorporent sont ainsi factuelles¹⁹⁷⁵.

La lecture du préambule de la directive appliquée en l'espèce confirme cette appréhension de la sécurité et de la sûreté des produits mis sur le marché comme des objectifs nationaux et non communautaires. Selon son deuxième alinéa :

« considérant que certains États membres ont adopté une législation horizontale sur la sécurité des produits qui impose notamment aux opérateurs économiques une obligation générale de ne commercialiser que des produits sûrs ; que ces législations présentent des différences

¹⁹⁷⁴ *Ibid.*

¹⁹⁷⁵ V. *supra*, section 1 du présent chapitre.

dans le niveau de protection qu'elles accordent aux personnes ; que ces disparités et l'absence de législation horizontale dans d'autres États membres sont susceptibles de créer des obstacles aux échanges et des distorsions de la concurrence dans le marché intérieur¹⁹⁷⁶ ».

Ainsi, ce n'est pas la sûreté et la sécurité *per se* que poursuit le législateur communautaire, mais plutôt l'harmonisation des mesures prises par les autorités nationales pour les garantir. Malgré leur dénomination identique, la structure et la fonction de la sûreté et de la sécurité des produits sont différentes en droit interne et dans en droit communautaire.

Cette différence structurelle est mise en lumière par Constantinos Yannakopoulos et sa distinction entre buts et limites juridiques. Cet auteur observe que la réalisation des buts d'intérêt général implique l'attribution d'un pouvoir discrétionnaire aux autorités publiques qui justifie et parfois même exige leur intervention¹⁹⁷⁷. En effet, en formulant la santé et la sûreté comme des buts du droit communautaire, le Conseil d'État justifie la large marge de manœuvre accordée aux autorités nationales pour leur réalisation. Cela conduit à l'application de la proportionnalité comme un standard déférant de disproportion n'appelant pas la justification du juge. Il en irait autrement si le Conseil avait caractérisé la santé et la sécurité comme étant simplement des objectifs nationaux. Le pouvoir des autorités nationales serait considérablement limité dans ce cas, puisque la proportionnalité en tant que test du droit communautaire exigerait l'adéquation et la nécessité des mesures prises pour les garantir. En affirmant que les buts de l'ordre juridique interne sont également des buts du droit communautaire, le Conseil d'État a refusé de les soumettre à la rationalité du marché commun. De cette façon, il a compromis l'effet utile des libertés de circulation et contraint la dynamique d'intégration économique dont la proportionnalité est porteuse dans les structures du droit public interne.

Pendant longtemps, cette opération de traduction « inexacte » entre les concepts du droit communautaire et ceux du droit interne était une caractéristique plus générale de la jurisprudence du Conseil d'État. Selon une pratique récurrente des juges français, les textes communautaires employant des homonymes des concepts nationaux étaient présentés comme des « actes clairs », qui n'appelaient pas l'interprétation de la Cour de Justice¹⁹⁷⁸. Les concepts du droit communautaire étaient ainsi envisagés à travers des concepts du droit interne et appliqués comme tels¹⁹⁷⁹.

¹⁹⁷⁶ V. directive n° 92/59/EEC du Conseil, 29 juin 1992, relative à la sécurité générale des produits, OJ L 228, préambule, alinéa 2.

¹⁹⁷⁷ Sur la différence structurelle entre buts et limites, V. YANNAKOPOULOS C., « Μεταξύ συνταγματικών σκοπών και συνταγματικών ορίων: η διαλεκτική εξέλιξη της συνταγματικής πραγματικότητας στην εθνική και στην κοινοτική έννομη τάξη [Entre buts constitutionnels et limites constitutionnelles : l'évolution dialectique de la pratique constitutionnelle dans l'ordre juridique national et communautaire] », *op. cit.* V. aussi conclusion de la deuxième partie, ainsi que la version anglaise de la thèse, Part II, Chapter 6(2).

¹⁹⁷⁸ Sur la jurisprudence de l'acte clair, V. notamment CE, 19 juin 1964, *Société des pétroles Shell-Berre*, n° 47007, Rec. 344 ; Cass. civ. 1, 19 décembre 1995, *Banque africaine de développement*, n° 93-20424.

¹⁹⁷⁹ Toutefois, le Conseil a souvent laissé l'appréciation de la proportionnalité des actes de droit dérivé à la Cour de Justice. V., par exemple, CE, 29 octobre 2003, n° 260768, ECLI:FR:CEORD:2003:260768.20031029.

L'application variable de la proportionnalité en matière de droit communautaire. Cette lecture de la jurisprudence administrative peut aussi expliquer le fait que, dans des affaires où les buts poursuivis par les autorités nationales ne sont clairement pas européens, le Conseil d'État se montre plus fidèle à la jurisprudence de la CJCE et procède à un contrôle de proportionnalité plus approfondi et structuré. L'arrêt *Serv Fun Radio*, par exemple, concerne la compatibilité au droit communautaire d'une disposition législative imposant un seuil minimum de quarante pour cent de chansons d'expression française à la diffusion du programme musical des stations de radio. Par ailleurs, la même loi a exigé que la moitié de ces chansons proviennent de « nouveaux talents » ou « de nouvelles productions¹⁹⁸⁰. » En application de la loi, le Conseil Supérieur de l'Audiovisuel a modifié les conditions accompagnant les autorisations à émettre des programmes sur les fréquences françaises. Serc Fun Radio a contesté la modification de la convention conditionnant son autorisation, en invoquant ses libertés de circulation garanties par le droit communautaire.

Le Conseil d'État ouvre son raisonnement en observant que, si les mesures nationales en cause ne comportent pas en elles-mêmes de restrictions quantitatives à l'importation de marchandises, elles sont susceptibles de favoriser la demande de supports sonores de chansons françaises et de limiter la vente de programmes radiophoniques à des sociétés titulaires d'une autorisation de diffuser en France. Ainsi, le Conseil conclut que les mesures litigieuses peuvent avoir des effets indirects sur les libertés de circulation, ce qui justifie l'application du droit communautaire. Les juges identifient ensuite les objectifs promus par les dispositions en cause. Selon eux, l'exigence d'une proportion obligatoire de chansons d'expression française ne poursuit pas un objectif de nature économique mais fait partie « d'une politique culturelle définie par le législateur et ayant pour but d'assurer à la fois la défense et la promotion de la langue française et le renouvellement du patrimoine musical francophone¹⁹⁸¹ ». Pour le Conseil, il s'agit là d'une « raison impérieuse » qui peut justifier les restrictions contestées dans le sens de la jurisprudence communautaire.

Les juges administratifs ne se contentent pas de cette affirmation mais procèdent à un contrôle structuré de la proportionnalité des mesures contrôlées :

« Considérant, enfin, que le pourcentage de 40 % de chansons d'expression française, dont la diffusion est imposée dans les conditions indiquées précédemment, n'est pas disproportionné par rapport à l'objectif poursuivi, dès lors que ce pourcentage apparaît propre à en garantir la réalisation et ne va pas au-delà de ce qui est nécessaire pour l'atteindre ; qu'il résulte de ce qui précède, et sans qu'il y ait lieu à renvoi d'une question préjudicielle à la cour de justice des Communautés européennes en application de l'article 177 du Traité instituant la

¹⁹⁸⁰ CE (Ass.), 8 avril 1998, n° 161411, ECLI:FR:CEASS:1998:161411.19980408.

¹⁹⁸¹ *Ibid.*

Communauté européenne, que le moyen tiré de la violation des articles 30 et 59 de ce Traité doit être écarté¹⁹⁸² ».

Il est clair que le contrôle exercé par le Conseil est beaucoup plus fidèle aux préceptes de la jurisprudence européenne, du moins dans son apparence¹⁹⁸³. Dans cette affaire, l'assimilation du contrôle de proportionnalité communautaire au standard de disproportion utilisé en droit interne était en effet impossible, puisque les buts poursuivis par la législation nationale étaient difficilement traduisibles par des concepts du droit communautaire.

L'inversion du processus de traduction. La perception des concepts homonymes du droit interne et du droit européen comme équivalents ou synonymes a permis au juge administratif français d'interpréter le droit communautaire à la lumière du droit interne et à permettre ainsi la réalisation des buts nationaux même dans le champ d'application des traités. Le recul de la pratique de l'acte clair dans la jurisprudence récente est le corollaire de la transformation de la Communauté européenne en une Union à laquelle les juristes français confient désormais la réalisation des buts de l'ordre juridique national¹⁹⁸⁴. Toutefois, cette évolution n'implique pas la fin du processus de traduction « inexacte » entre ordre juridique européen et ordre juridique interne. Ce processus est en effet fondamental pour les juristes locaux, puisqu'il assure la cohérence matérielle du droit applicable dans la sphère juridique interne, malgré la pluralité des sources normatives. Simplement, tandis que, jusqu'à récemment, c'étaient les concepts du droit communautaire qui étaient projetés dans les concepts juridiques locaux, désormais c'est l'ordre des valeurs de la Constitution française, le *bloc de constitutionnalité*, qui est « transporté vers l'ordre juridique communautaire¹⁹⁸⁵ ». En d'autres termes, le processus de traduction est inversé pour garantir cette fois l'effet utile des dispositions du droit de l'UE. La doctrine parle d'une « opération de translation¹⁹⁸⁶ ».

Les juges nationaux deviennent les juges communautaires de droit commun et exercent leur contrôle « pour partie, sous le timbre du droit communautaire¹⁹⁸⁷ ». Ils garantissent l'application effective du droit de l'UE dans l'ordre juridique interne et

¹⁹⁸² *Ibid.*

¹⁹⁸³ V. aussi CE, 28 février 2001, n° 209419, ECLI:FR:CESSR:2001:209419.20010228, concernant l'obligation imposée aux raffineries de disposer d'une capacité de transport maritime sous pavillon français ; CE, 30 juillet 2003, n° 237649, mentionné aux tables du recueil *Lebon*, concernant la légalité des mesures nationales dérogeant à l'application des accords de Schengen.

¹⁹⁸⁴ V. CE (Ass.), 9 février 2007, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine et autres*, n° 287110, ECLI:FR:CEASS:2007:287110.20070208 ; CE (Ass.), 30 octobre 2009, *Dame Perreux*, n° 298348, ECLI:FR:CEASS:2009:298348.2009103. Dans ce sens, la jurisprudence de l'acte clair peut être comparée aux décisions allemandes *Solange*. V. aussi ALTER K., *Establishing the Supremacy of European Law: The Making of an International Rule of Law in Europe*, Oxford ; New York, OUP, coll. « Oxford studies in European law », 2002, p. 143.

¹⁹⁸⁵ GUYOMAR M., Conclusions sur CE (Ass.), 9 février 2007, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine et autres*, *Rec.*, p. 55 ; cité par LONG M., P. WEIL, G. BRAIBANT, P. DELVOLVÉ, et B. GENEVOIS, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, *op. cit.* para. 109.4.

¹⁹⁸⁶ *Ibid.*

¹⁹⁸⁷ *Ibid.* V. aussi GUYOMAR M., Conclusions sur CE (Ass.), 30 octobre 2009, *Dame Perreux*, *Rec.*, p. 407 ; cité par LONG M., P. WEIL, G. BRAIBANT, P. DELVOLVÉ, et B. GENEVOIS, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, *op. cit.* para. 111.10.

acceptent la compétence de la CJUE dans la détermination du contenu des concepts européens et de leurs homonymes locaux. Cela implique un processus d'« externalisation » de la définition des valeurs constitutionnelles nationales qui est maintenant déléguée au droit européen et à la jurisprudence de la Cour de Justice. Dans ce contexte, la proportionnalité peut accomplir sa fonction d'intégration économique. Cette ouverture vis-à-vis du droit de l'UE peut être également observée dans la jurisprudence d'autres juridictions. Ainsi, le Conseil constitutionnel qualifie la transposition des directives européennes comme une exigence constitutionnelle. Par ailleurs, en 2013, le juge constitutionnel a renversé sa jurisprudence traditionnelle pour renvoyer une question préliminaire à la CJUE, en application de l'article 267 TFEU¹⁹⁸⁸.

Si les juges nationaux acceptent généralement l'incorporation de l'ordre des valeurs du droit de l'UE dans la sphère juridique interne, ils se réservent la possibilité de refuser leur mission de juges communautaires de droit commun, dans le cas où l'application du droit européen serait contraire à la Constitution. Ainsi, le Conseil constitutionnel réserve son pouvoir d'empêcher la transposition d'une directive dans le droit interne, quand ses dispositions sont contraires à une règle ou un principe « inhérent à l'identité constitutionnelle de la France¹⁹⁸⁹ ». De façon similaire, dans l'arrêt *Arcelor*, le Conseil d'État s'est réservé la possibilité de contrôler la compatibilité d'une mesure nationale transposant les dispositions précises et inconditionnelles d'une directive européenne à la Constitution. Lorsqu'une norme constitutionnelle est invoquée à l'encontre d'un acte de transposition, avant de renvoyer une question préliminaire à la CJCE, le juge administratif s'assure qu'il existe :

« une règle ou un principe général du droit communautaire qui, eu égard à sa nature et à sa portée, tel qu'il est interprété en l'état actuel de la jurisprudence du juge communautaire, garantit par son application l'effectivité du respect de la disposition ou du principe constitutionnel invoqué¹⁹⁹⁰ ».

Cette jurisprudence introduit des éléments de pragmatisme en droit français : tout en continuant le processus de traduction qui assure la cohérence matérielle entre droit européen et droit interne, les juges nationaux reconnaissent explicitement la possibilité d'un conflit normatif entre ces deux ordres juridiques. Qui plus est, de tels conflits peuvent se manifester non seulement au niveau de l'élaboration des normes juridiques mais aussi au niveau de leur interprétation et de leur application. Ce pragmatisme dans l'application du droit communautaire par les juges français rapproche la jurisprudence française de la façon dont les juges anglais ont traditionnellement appréhendé et appliqué les concepts du droit européen.

¹⁹⁸⁸ Décision n° 2013-314P QPC, 4 avril 2013, *M. Jeremy F*, ECLI:FR:CC:2013:2013.314P.QPC.

¹⁹⁸⁹ Décision n° 2006-540 DC, 27 juillet 2006, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*, ECLI:FR:CC:2006:2006.540.DC, cons. 19.

¹⁹⁹⁰ V. *Arcelor*, précité.

3. Ce « truc machin » culturel : l'objection des juges anglais à l'application du principe communautaire de proportionnalité

Le *common law* face à l'hyper-rationalisme du droit européen. Comme nous avons observé dans le contexte de la CEDH, l'application des concepts du droit européen, y compris celui de la proportionnalité, par les juges du *common law* est mise au service de l'alignement du droit interne sur les obligations internationales du Royaume-Uni. Les juges anglais prennent au sérieux la fonction d'intégration dont les concepts européens sont porteurs, tout en contraignant cette fonction dans le champ d'application du *ECA* de 1972. En contraste avec le rationalisme qui imprègne la pensée juridique française, dans la tradition dualiste du *common law*, c'est le formalisme analytique qui évite les conflits entre droit européen et droit interne et qui garantit le respect du principe de souveraineté parlementaire. La répugnance des juristes anglais au rationalisme affecte la perception locale du droit de l'UE. Comme l'observe Martin Loughlin :

« L'UE est une entité gouvernementale complètement étrangère au tempérament anglais. L'UE est ce que les Allemands appellent un *Rechtsgemeinschaft*, une communauté de droit. Dépourvue de tous ces éléments qui irriguent la conception traditionnelle d'un ordre constitutionnel – histoire et culture partagées, langue commune –, l'UE oblige les États membres au seul moyen du droit formel. Dépourvue des ressources militaires ou fiscales des États-nations, son moyen de domination primordial est la production des normes juridiques. L'UE propage une nouvelle espèce : l'« Eurolégalisme », marqué par la définition stricte des normes finalisées régissant l'action gouvernementale, et reposant principalement sur des mécanismes formels de surveillance et de sanction juridictionnelle. En tant qu'artifice juridique, l'UE est en effet une expression d'hyper-Rationalisme directement contraire à la tradition de la pratique constitutionnelle britannique¹⁹⁹¹. »

Dans la jurisprudence de la Cour de Justice, la proportionnalité est un principe d'intégration économique : sa fonction est de reformuler des larges domaines de politique publique par référence à leurs effets sur le marché commun. Dans ce sens, elle constitue une manifestation exemplaire de l'hyper-rationalisme européen. Son application par les juridictions internes, même limitée dans le champ du *ECA*, est parfois entrée en conflit avec les fondements de la tradition du *common law*. L'affaire *Sunday trading* en est l'exemple le plus caractéristique¹⁹⁹².

La reformulation de l'interdiction d'ouverture des commerces le dimanche comme une entrave au commerce. Le *Shops Act* de 1950 a interdit le

¹⁹⁹¹ LOUGHLIN M., *The British constitution, op. cit.*, p. 79.

¹⁹⁹² Sur cette affaire, V. MICKLITZ H., *The Politics of Judicial Co-operation in the EU: Sunday Trading, Equal Treatment and Good Faith*, Cambridge, CUP, 2005, p. 43 s.

commerce de la plupart des produits le dimanche. Cette interdiction a produit un nombre conséquent d'affaires devant les juridictions anglaises. B&Q, une chaîne nationale de commerces de bricolage, l'a régulièrement transgressée. Les sanctions pécuniaires s'étant montrées inefficaces, au début des années quatre-vingt, les autorités municipales poursuivent la compagnie en justice pour obtenir une injonction judiciaire interdisant l'ouverture de ses commerces le dimanche¹⁹⁹³. À partir de 1988, Arthur Hugh Vaughan, l'avocat de B&Q, a invoqué le droit communautaire en défense de ses clients. Dans plusieurs affaires, il avance que l'interdiction d'ouverture des commerces le dimanche constitue une entrave injustifiée aux libertés de circulation, puisque certains des produits vendus par B&Q proviennent d'autres États-membres. Ainsi l'avocat cherchait-il à obtenir un renvoi préjudiciel à la Cour de Justice qui, peu importe son résultat sur le fond, retarderait les injonctions et donc servirait les intérêts de B&Q à court-terme. C'est le *Cwmbran Magistrates' Court* qui a finalement renvoyé la question à Luxembourg.

Jusque-là, l'affaire n'était pas formulée en termes de proportionnalité. La question principale était de savoir si l'interdiction du commerce dominical constituait une entrave au commerce qui enclenche l'application de l'article 30 TCE (aujourd'hui article 36 TFUE¹⁹⁹⁴). Dans le célèbre arrêt *Torfaen*, la Cour de Luxembourg répond par l'affirmative¹⁹⁹⁵. Toutefois, elle précise que la réglementation du *Sunday trading* peut être justifiée, dans la mesure où elle constitue « l'expression de certains choix politiques et économiques en ce qu'elle vis[e] à assurer une répartition des heures de travail et de repos adaptée aux particularités socioculturelles nationales ou régionales¹⁹⁹⁶ ». Ainsi, les juges européens laissent l'appréciation de la justification des mesures en cause aux autorités nationales, tout en précisant qu'il convient de « vérifier si les effets d'une telle réglementation nationale ne vont pas au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif visé¹⁹⁹⁷. » Selon la formule utilisée par la Cour, devenue par la suite célèbre en droit anglais : « La question de savoir si les effets d'une réglementation nationale déterminée restent effectivement dans ce cadre relève de l'appréciation des faits, qui appartient à la juridiction nationale¹⁹⁹⁸. »

L'affaire *Stoke-on-Trent*. Entre temps, les Conseils municipaux de Stoke-on-Trent et de Norwich ont à nouveau poursuivi B&Q devant la *High Court*, où la compagnie invoquait l'article 30 TCE¹⁹⁹⁹. Justice Hoffmann, à l'époque membre de cette juridiction, commence son opinion par une interrogation : « À qui incombe la décision sur l'ouverture des commerces le dimanche ? Au Parlement ou à cette cour²⁰⁰⁰ ? » Le juge reconnaît que les traités communautaires ont un statut supérieur

¹⁹⁹³ *Stoke-On-Trent City Council c. B & Q (Retail) Ltd* [1984] 1 AC 754 (HL, 17 mai 1984).

¹⁹⁹⁴ Pour la jurisprudence relative en la matière, V. MICKLITZ H., *The Politics of Judicial Co-operation in the EU*, *op. cit.*, p. 47 s.

¹⁹⁹⁵ CJCE, C-145/88, 23 novembre 1989, *Torfaen Borough Council c. B. & Q. Plc.* [1990] 2 Q.B. 19. V. aussi *Rochdale Borough Council c. Anders* [1988] 3 All ER 490 (HC, Queen's Bench Division, 23 mai 1988).

¹⁹⁹⁶ *Torfaen*, précité, para. 14.

¹⁹⁹⁷ *Ibid.*, para. 15.

¹⁹⁹⁸ *Ibid.*, para. 16.

¹⁹⁹⁹ *Stoke-on-Trent & Norwich* [1991] Ch. 48 (HC, Chancery Division, 18 juillet 1990).

²⁰⁰⁰ *Ibid.*, p. 55.

dans le droit interne. Il précise qu'en adhérant à la Communauté européenne, le Parlement a réalisé « un acte important de politique économique et sociale²⁰⁰¹ ». Selon lui, la « concession partielle de souveraineté » que cet acte implique devrait être largement compensée par les avantages de l'adhésion²⁰⁰² ».

Le juge admet donc qu'en vertu du *ECA* de 1972, dans le champ d'application des traités, les objectifs de politique publique sont définis par le droit communautaire, même quand des sujets sensibles de politique sociale ou culturelle sont en cause. Justice Hoffmann souligne en effet que « la fonction de la Cour de Justice à Luxembourg est d'interpréter le Traité et celle du juge national de l'appliquer²⁰⁰³. » Dans ce contexte, les juges anglais sont les juges communautaires de droit commun. Justice Hoffmann observe d'ailleurs que, dans son arrêt *Torfaen*, la Cour de Justice a essayé de « ciseler avec attention une ligne qui combine l'audace dans la poursuite des objectifs de la Communauté avec la sensibilité aux intérêts internes des États membres²⁰⁰⁴. » En contraste avec la recherche continue d'une cohérence matérielle entre droit interne et droit européen qui imprègne la pensée juridique française, Justice Hoffmann distingue clairement les objectifs poursuivis par la Communauté de ceux poursuivis par les autorités nationales.

Toutefois, en ce qui concerne l'ouverture des commerces le dimanche en particulier, Justice Hoffmann a refusé de se conformer à la jurisprudence européenne. Pour lui, l'application que fait l'arrêt *Torfaen* de la proportionnalité était contraire à la conception de la répartition des pouvoirs telle qu'elle est bien établie dans le *common law*. Suivant les termes qu'il a utilisés :

« Quand il applique le Traité tel qu'il est interprété par la Cour européenne, la juridiction nationale doit être consciente d'une autre séparation des pouvoirs : non pas [la séparation] entre compétence européenne et compétence nationale, mais celle entre le législateur et le juge. Le fait que la Cour européenne ait dit qu'une question particulière devait être décidée par la juridiction nationale ne dote pas cette juridiction d'un pouvoir quasi-législatif. Celle-ci doit se limiter à la sphère d'intervention juridictionnelle qu'impose le Traité et ne doit pas empiéter sur des questions qui incombent au processus de décision démocratique dans le Parlement²⁰⁰⁵. »

Si le *ECA* de 1972 a investi les juges anglais d'une mission d'intégration européenne, celle-ci entre maintenant en conflit avec la compétence du Parlement de déterminer les questions de politique publique. Dans le raisonnement qui a suivi, Justice Hoffmann a davantage analysé ce point.

²⁰⁰¹ *Ibid.*, p. 56.

²⁰⁰² *Ibid.*

²⁰⁰³ *Ibid.*

²⁰⁰⁴ *Ibid.*

²⁰⁰⁵ *Ibid.*

La proportionnalité, un « irritant » des fondements de la tradition du *common law*. Justice Hoffmann commence son contrôle de la justification de l'interdiction du commerce dominical par l'examen de son but. Dans l'arrêt *Torfaen*, la CJCE déclare que le but des mesures en cause est légitime « en ce qu'elles visent à assurer une répartition des heures de travail et de repos adaptée aux particularités socioculturelles nationales ou régionales²⁰⁰⁶. » Le juge de la *High Court* précise que, bien que les membres du Parlement ne soient pas d'accord sur l'objectif de l'Acte en cause, celui-ci vise généralement « à maintenir ce qu'ils perçoivent comme le dimanche traditionnel anglais²⁰⁰⁷. » Afin d'arriver à cette conclusion, le juge se réfère à l'histoire des mesures contestées, à certaines déclarations juridictionnelles sur le sujet, ainsi qu'au *Hansard* – malgré les doutes qu'il a exprimés quant à la possibilité de se référer aux débats parlementaires. En imposant une vision instrumentale de la législation nationale comme un moyen mis au service d'une fin et en exigeant l'identification d'un but législatif unique, la proportionnalité « irrite » la méthode analytique du *common law* et la représentation du processus de décision politique qui la sous-tend.

En ce qui concerne l'application des autres étapes du contrôle de proportionnalité, les défenseurs de l'ouverture des commerces le dimanche alléguaient que le législateur disposait d'autres solutions, moins restrictives au commerce. Par exemple, ils proposaient l'instauration d'une exception à l'interdiction pour les commerces de bricolage. Par ailleurs, ils fournissaient des éléments qui, selon eux, prouvaient que les mesures étaient disproportionnées, puisque leur coût était très important comparé à leurs avantages marginaux²⁰⁰⁸. Justice Hoffmann a mis en exergue le manque de précision qui caractérise la distinction entre le test de nécessité et de proportionnalité *stricto sensu* dans la jurisprudence européenne. Pendant longtemps, en effet, la rigueur structurelle était une qualité importante des opinions juridictionnelles du *common law* à laquelle le juge anglais devait maintenant renoncer dans l'application de la jurisprudence luxembourgeoise.

Sur un autre point encore, la proportionnalité comme méthode européenne « irritait » les méthodes et les principes du *common law*. Les défenseurs du commerce dominical arguaient que, suivant la jurisprudence de la Cour de Luxembourg, les autorités municipales étaient chargées de la preuve du caractère justifié des mesures contestées. Au contraire, les autorités en cause considéraient que la nécessité des restrictions n'était pas une question de fait mais de droit et ne fournissaient donc aucun élément de preuve à cet égard²⁰⁰⁹. Si Justice Hoffmann suivait la jurisprudence de la CJCE, il aurait dû nécessairement rejeter les arguments des autorités locales. En effet, les juges de Luxembourg avaient clairement déclaré que la question de la

²⁰⁰⁶ V. *Torfaen*, précité, para. 14.

²⁰⁰⁷ V. *Stoke-on-Trent & Norwich*, précité, p. 66.

²⁰⁰⁸ *Ibid.*, p. 55.

²⁰⁰⁹ *Ibid.*, p. 64.

proportionnalité des restrictions au commerce relevait « de l'appréciation des faits, qui appartient à la juridiction nationale²⁰¹⁰. »

Dans l'affaire *Torfaen*, la CJCE a demandé aux juridictions anglaises beaucoup plus que l'application d'une règle juridique ou d'un chef de contrôle [*head of review*] européen. Elle leur a demandé d'envisager l'applicabilité d'un acte de Parlement comme une question de fait et d'écarter l'application de cet acte à chaque fois que ses effets allaient « au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif visé²⁰¹¹ ». En faisant apparaître les effets des mesures législatives parmi les conditions d'applicabilité de celles-ci dans des cas concrets, la CJCE introduit une confusion entre forme et substance, confusion complètement étrangère à la tradition du *common law*. En application de cette jurisprudence, les juges anglais doivent changer leur perception du droit et la façon dont ils conçoivent leur propre rôle : ils ne doivent désormais appliquer la volonté du Parlement que dans la mesure où elle ne compromet pas de manière excessive la construction du marché commun.

Qui plus est, les défenseurs du commerce dominical prônaient que des exigences de preuve plus strictes jouaient dans cette affaire, en conformité avec le principe de présomption d'innocence applicable en droit pénal²⁰¹². Justice Hoffmann rejette ces arguments. Il regrette qu'une « troupe d'experts fasse sa tournée partout dans le pays » pour donner son avis sur les impacts des mesures législatives en cause, conduisant à des décisions contradictoires²⁰¹³. Selon lui, les faits pris en compte lors de l'évaluation de la nécessité de l'interdiction du commerce dominical doivent être ceux qui sont immédiatement à la connaissance du juge, à savoir ceux qui relèvent des connaissances communément partagées. Seul ce type de preuves pourrait conduire à une appréciation uniforme et permettre l'établissement d'un précédent sur le sujet²⁰¹⁴. Comme nous l'avons remarqué, les juristes du *common law* ne partagent en effet pas l'optimisme épistémologique des juristes continentaux. Ils sont aussi plus dubitatifs que la Cour de Luxembourg quant à la capacité des évaluations expertes à résoudre des problèmes d'ordre social, qui plus est des questions sensibles et controversées. Contrairement au ton scientifique des qualifications juridiques continentales, dans ce contexte, c'est la rigueur analytique et la sécurité juridique qui garantissent l'objectivité du raisonnement juridictionnel.

Enfin, l'application de la dernière étape du contrôle de proportionnalité invitait le juge à mettre en balance les intérêts en cause dans l'affaire. Toutefois, Justice Hoffmann a objecté que cela n'était pas la mission de la *High Court*, notamment sur un sujet comme le *Sunday trading*. Selon lui, les questions sensibles d'ordre social sont des questions politiques et elles doivent être laissées à la décision démocratique du Parlement ; les rendre juridiques reviendrait à abandonner l'économie du *common law*. Justice Hoffmann a critiqué la jurisprudence européenne pour avoir inclus des

²⁰¹⁰ *Torfaen*, para. 16.

²⁰¹¹ *Ibid.*

²⁰¹² *Stoke-on-Trent & Norwich*, précité, p. 53-4.

²⁰¹³ *Ibid.*, p. 65-6.

²⁰¹⁴ *Ibid.*

mesures nationales de politique publique dans le champ d'application des libertés de circulation²⁰¹⁵. La fonction de la proportionnalité comme principe d'intégration économique, c'est-à-dire son expansion continue pour soumettre de plus en plus de domaines de politique publique à la rationalité du marché commun, est en effet contraire à la vision pragmatique du droit, dominante en Angleterre, et au principe de la souveraineté du Parlement.

Le refus de Justice Hoffmann d'appliquer la proportionnalité. Le juge a finalement refusé d'appliquer la décision de la Cour de Justice et a libéré les autorités locales de la charge de prouver la nécessité des mesures en cause. La justification fournie par le juge pour cette solution reste célèbre en droit anglais :

« La plus importante question que pose cette affaire est de loin celle la fonction de la présente juridiction dans l'application des tests de proportionnalité. [...] Cette question suscite des opinions fortes et différentes et est souvent débattue au Parlement. La présente juridiction doit-elle évaluer, elle-même, l'importance de la protection des employés contre le travail dominical et mettre en balance cette évaluation avec son évaluation de l'importance du surplus de ventes d'ampoules néerlandaises ou de meubles italiens ? Si le législateur a refusé d'adopter des amendements concernant les exceptions en vigueur, la présente juridiction doit-elle dire que des amendements doivent toutefois être introduits parce que, à son avis, ils n'entraveraient pas l'objectif législatif et ils permettraient que l'Acte entraîne moins d'obstacles aux échanges communautaires ?

À mon avis, ce n'est pas ma fonction d'effectuer la mise en balance ou de former ma propre opinion sur la question de savoir si l'objectif législatif pourrait être atteint par d'autres moyens. Ces questions impliquent la conciliation d'intérêts concurrents qui, dans une société démocratique, incombe au législateur. La présente juridiction doit seulement vérifier si la conciliation effectuée par le Parlement du Royaume-Uni est une conciliation à laquelle un législateur raisonnable aurait pu arriver, du point de vue de son impact sur les échanges communautaires. La fonction de la présente juridiction est de contrôler les actes du législateur mais pas d'y substituer sa propre idéologie ou ses propres valeurs.

Cela n'est pas une abdication de compétence juridictionnelle. La primauté du processus démocratique est beaucoup plus importante que la question de savoir si nos lois sur le commerce dominical peuvent être améliorées ou pas²⁰¹⁶. »

²⁰¹⁵ *Ibid.*, p. 59 s.

²⁰¹⁶ *Ibid.*, p. 69.

Ainsi, le juge a rejeté l'application du test de proportionnalité. Au lieu de cela, il a appliqué le test de « *rational basis* », employé dans plusieurs systèmes du *Commonwealth* en matière de contrôle matériel des actes du Parlement²⁰¹⁷. En contraste avec le test conséquentialiste de la Cour de Justice, l'examen de « *rational basis* » porte sur la rationalité des actes contrôlés, à savoir sur la plausibilité et le caractère raisonnable de des évaluations du décideur initial. À cet égard, B&Q alléguait que les larges exceptions introduites par la loi à l'interdiction du commerce dominical rendaient le régime incohérent et indiquaient les intentions discriminatoires de ses rédacteurs. Justice Hoffmann n'en a pas été convaincu. Selon lui, les exceptions aux règles relatives au *Sunday trading* étaient des concessions nécessaires, étant donné qu'il n'était pas possible d'atteindre en pratique le but d'intérêt public poursuivi par la loi : certains commerces devaient être ouverts le dimanche²⁰¹⁸. Selon le juge :

« l'histoire de la loi sur le commerce dominical montre que les exceptions en vigueur sont conçues par le Parlement comme des limites nécessaires à la poursuite de l'objectif législatif. Certes, [l'Acte en cause] comprend certaines irrationalités [*illogicalities*] et les opinions peuvent diverger sur la question de savoir s'il fixe les limites au bon endroit. Toutefois, le compromis irrationnel tend à être une "caractéristique socio-culturelle" britannique, pour adopter le langage de la Cour de Justice. Cela peut aussi expliquer pourquoi le commerce dominical est permis en Écosse mais qu'il ne l'est pas en Angleterre et au Pays de Galles. À mon avis, il était loisible au Parlement de décider que les restrictions étaient en l'espèce nécessaires pour atteindre l'objectif de l'Acte et que des restrictions différentes auraient été inadéquates, même si elles auraient eu moins d'impact sur les échanges communautaires²⁰¹⁹. »

Ainsi, Justice Hoffmann a refusé d'appliquer la proportionnalité comme un test d'efficacité des mesures législatives. Il n'a pas exigé que le régime en cause soit *le plus* adéquat pour atteindre son but, il n'a pas non plus examiné si des régimes alternatifs, moins restrictifs aux échanges communautaires, existaient à cette fin. Il s'est borné à la constatation qu'il « était loisible » au Parlement de décider comme il l'a fait.

Ce qui a empêché l'application de la proportionnalité comme un test d'efficacité est le pragmatisme du *common law* et la préférence des juristes locaux pour le « compromis irrationnel », que Justice Hoffmann a identifié comme une « caractéristique socio-culturelle » locale. Ce pragmatisme, l'économie du *common law* en ce qui concerne les principes régissant l'exercice du pouvoir politique, est précieux aux yeux des juristes locaux car il laisse la place au désaccord raisonnable. Au contraire, l'application de la proportionnalité par la Cour de Justice est animée par la croyance dans la possibilité de résoudre les problèmes sociaux les plus sensibles au moyen d'un processus de décision rationnel fondé sur l'appréciation objective des

²⁰¹⁷ *Ibid.*, p. 69-71. Le juge se réfère notamment à la jurisprudence canadienne, états-unienne et australienne.

²⁰¹⁸ *Ibid.*, p. 66-8.

²⁰¹⁹ *Ibid.*, p. 72.

faits. Ainsi, dans l'affaire *Sunday trading*, le juge anglais a mis en lumière ce qui est souvent négligée par les juristes du droit de l'UE : la proportionnalité n'est pas un test neutre et objectif. L'évaluation et la qualification des faits dépendent largement de l'échelle des valeurs du décideur. En tant que méthode « scientifique », la proportionnalité ne peut pas résoudre des problèmes sensibles d'ordre socio-politique.

L'enclenchement d'un « dialogue » des juges. Les *dicta* de Justice Hoffmann témoignent d'une certaine indignation vis-à-vis de la CJCE. D'abord, il reproche à la Cour d'avoir soumis l'interdiction du commerce dominical et d'autres questions sensibles d'ordre politique ou moral au jugement des juridictions nationales ; ensuite, il refuse d'appliquer le test de proportionnalité, comme il avait été invité à le faire par les juges européens. Au lieu de cela, il suit la jurisprudence des systèmes de *Commonwealth* et applique un test de « *rational basis* », beaucoup plus respectueux des appréciations du Parlement. Enfin, le juge laisse entendre que le contrôle de proportionnalité de la Cour de Luxembourg est contraire à une « caractéristique socio-culturelle » britannique. S'agit-il ici d'un dialogue entre juges ou d'une menace de la part de Justice Hoffmann, « bien connu pour ses décisions fortes et pour sa volonté de rompre avec la tradition²⁰²⁰ » ?

Toujours est-il que le juge s'est fait entendre à Luxembourg. Sa décision a fait l'objet d'un recours devant la Chambre des Lords. Entre temps, la CJCE a rendu deux arrêts importants sur les affaires *Conforama* et *Marchandise*²⁰²¹, qui concernaient des mesures françaises similaires à celles relatives au *Sunday trading*. Dans ces arrêts, la Cour de Justice a procédé elle-même au contrôle de proportionnalité de l'interdiction du commerce dominical pour déclarer les mesures litigieuses conformes au droit communautaire. Cette inflexion de la jurisprudence communautaire a provoqué une certaine incertitude dans l'application de la proportionnalité par les juges anglais²⁰²². L'interprétation de la jurisprudence européenne en la matière était contestée devant la Chambre des Lords, qui a de nouveau renvoyé la question à Luxembourg²⁰²³. En réponse, la CJCE précise que, dans les affaires *Conforama* et *Marchandise*, elle « a estimé qu'elle disposait de tous les éléments nécessaires pour se prononcer sur la proportionnalité²⁰²⁴ » de l'interdiction du commerce dominical. Selon la Cour, cela assurerait l'application uniforme du droit communautaire dans les États-membres, « une telle appréciation ne pouvant pas varier en fonction des constatations de fait formulées par chaque juridiction dans le cadre d'un litige déterminé²⁰²⁵. » Ainsi, la

²⁰²⁰ « Lennie Hoffmann, Baron Hoffmann », *Wikipedia*, 2018, https://en.wikipedia.org/wiki/Lennie_Hoffmann,_Baron_Hoffmann, consulté le 12 décembre 2018.

²⁰²¹ CJCE, C-312/89, 28 février 1991, *Union Départementale des Syndicats C.G.T. de l'Aisne c. SIEF Conforama*, ECLI:EU:C:1991:93 ; C-332/89, 28 février 1991, *André Marchandise, Jean-Marie Chapuis et SA Trafitec*, ECLI:EU:C:1991:94.

²⁰²² V. *Kirkeles Borough Council c. Wickes Building Supplies Ltd; Mendip District Council c. B & Q plc* [1991] 4 All ER 240 (CA, Civil Division, 30 avril 1991).

²⁰²³ CJCE, C-169/91, 16 décembre 1992, *Council of the City of Stoke-on-Trent et Norwich City Council c. B & Q plc*, ECLI:EU:C:1992:519.

²⁰²⁴ *Ibid.*, para. 14.

²⁰²⁵ *Ibid.*

Cour a déclaré à nouveau l'interdiction de l'ouverture des commerces le dimanche conforme aux traités. La Chambre des Lords a appliqué ce jugement par la suite²⁰²⁶.

Si la réponse de la Cour de Luxembourg a apporté une solution uniforme en ce qui concerne le *Sunday trading*, des problèmes persistaient dans l'application de la proportionnalité en tant que chef de contrôle européen. La jurisprudence anglaise en la matière était confuse, ce qui a amené les juges à demander à la CJCE des indications sur l'application du principe en matière de libertés de circulation. De façon intéressante, cela a produit une des rares occurrences du langage de la mise en balance dans cette branche de la jurisprudence européenne. Dans l'arrêt *Stoke-on-Trent* de 1992, la Cour a explicitement reconnu le conflit normatif entre les intérêts communautaires et les intérêts nationaux et a utilisé le langage de la mise en balance : « Le contrôle de la proportionnalité d'une réglementation nationale qui poursuit un but légitime au regard du droit communautaire met en balance l'intérêt national à la réalisation de ce but avec l'intérêt communautaire à la libre circulation des marchandises²⁰²⁷. »

Ainsi, ce n'est pas l'application de la proportionnalité qui a permis aux juges anglais d'engager un dialogue transnational avec leurs collègues à Luxembourg ; c'est plutôt leur refus motivé de suivre la jurisprudence européenne. En effet, c'est le refus d'appliquer la proportionnalité qui a obligé la Cour de Justice à reconnaître le pluralisme normatif dans le cadre de l'UE. Dans son analyse de la construction de l'ordre juridique européen, Karen Alter constate dans ce sens que, le plus souvent, les juges nationaux ont influencé le processus d'intégration européenne en s'opposant explicitement à l'application effective du droit européen²⁰²⁸.

Dans la jurisprudence postérieure, l'application de la proportionnalité en matière de droit communautaire n'a pas toujours été cohérente. Les juges nationaux ont, tantôt suivi la jurisprudence européenne, tantôt appliqué un test de « *rational basis* » peu structuré²⁰²⁹. L'application du droit européen dans la sphère juridique interne a compromis la rigueur analytique des opinions du *common law* et a introduit des fissures dans la doctrine du précédent. Cela peut être observé également concernant la CEDH. Comme nous l'avons vu, les juges anglais sont obligés de prendre en compte la jurisprudence de Strasbourg dans l'application du *HRA*. Toutefois, dans l'affaire *Horncastle*, Lord Phillips a déclaré qu'il était loisible aux juges de ne pas suivre la jurisprudence de la Cour EDH, « dans de rares cas », lorsque celle-ci n'avait pas

²⁰²⁶ V. *Stoke-on-Trent & Norwich (No. 2)* [1993] 2 W.L.R. 730 (HL, 31 mars 1993).

²⁰²⁷ V. CJCE, C-169/91, *Stoke-on-Trent & Norwich*, précité, para. 15.

²⁰²⁸ ALTER K., *Establishing the Supremacy of European Law*, *op. cit.*, p. 60-63.

²⁰²⁹ R. c. *International Stock Exchange of the UK and the Republic of Ireland Ltd*, *ex parte Else* [1993] B.C.C. 11 (CA, Civil Division, 16 octobre 1992). De même, *Customs and Excise Commissioners c. Peninsular and Oriental Steam Navigation Co* [1992] STC 809 (HC, Divisional Court, 30 septembre 1992). V. Aussi R. c. *Secretary of State for Health, ex parte Sinclair Collis* [2012] QB 394 (CA, Civil Division, 17 juin 2011), para. 54.

« suffisamment apprécié ou pris en compte des aspects particuliers » du système national²⁰³⁰.

Tout en prenant au sérieux la fonction intégratrice du droit européen, les juges anglais décident par référence à la jurisprudence européenne et non par traduction de celle-ci. Ainsi, au prix de la rigueur de la doctrine du précédent, ils s'opposent à l'application de la jurisprudence supranationale quand celle-ci va à l'encontre des éléments fondamentaux de la culture juridique locale. Le pragmatisme du *common law* permet en effet aux acteurs juridiques locaux de formuler de façon explicite les conflits normatifs entre ordre juridique européen et ordre juridique interne. Les choses sont très différentes dans le contexte grec.

4. *La proportionnalité et la redéfinition des buts constitutionnels grecs*

L'explicitation impossible des particularités constitutionnelles grecques.

Comme leurs collègues français, les juristes grecs assimilent les versions interne et européenne de la proportionnalité. Toutefois, depuis les années quatre-vingt-dix, cela conduit à une interprétation du droit interne en conformité avec le droit européen – et non l'inverse. Nous avons vu en effet qu'en matière de droit de l'UE, la proportionnalité est appliquée « par voie de traduction » de la jurisprudence européenne et mène parfois à un contrôle intense de l'action publique, qui défie les contraintes traditionnelles du droit public. Ainsi, depuis les années deux mille, la version européenne de la proportionnalité est perçue comme l'« acception scientifique commune » du concept dans la théorie juridique grecque. Toute application ne correspondant pas au test d'efficacité de la jurisprudence européenne est rejetée comme erronée. D'ailleurs, il n'est pas rare que le contenu des concepts juridiques internes soit défini dans ce contexte par voie de traduction des développements doctrinaux dans d'autres systèmes²⁰³¹.

Dans l'affaire *Michaniki*, l'idée que la proportionnalité constitue une espèce de science européenne a conduit le Conseil d'État à renvoyer la question de la proportionnalité de certaines dispositions constitutionnelles à la CJCE. Contrairement à ce que l'on observe dans le système anglais, les acteurs juridiques grecs n'ont pas opposé la Constitution interne et la répartition traditionnelle des compétences qu'elle opère, d'un côté, à la dynamique intégratrice de la proportionnalité et à l'effet utile du droit européen, de l'autre. La réponse de la Cour de Justice a généré un revirement de la jurisprudence du Conseil en ce qui concerne l'interprétation de l'article 14, paragraphe 9, de la Constitution. Il est possible de considérer que la juridiction suprême de l'ordre administratif s'est pliée devant la détermination du « vrai sens » de la Constitution interne par le juge européen²⁰³².

²⁰³⁰ *R. c. Horncastle & Ors* [2009] UKSC 14 (SC, 09 décembre 2009), para. 11. Dans le même sens, *V. Pinnock*, précitée, para. 48.

²⁰³¹ *V. supra*, Partie II, chapitre 6.

²⁰³² *Ibid.*

Il n'est pas nouveau que le droit supranational produise des changements constitutionnels dans le contexte grec. L'article 28, paragraphe 3, de la Constitution permet la définition du contenu normatif de la Constitution en dehors des frontières du système juridique. Cette disposition prévoit en effet des restrictions à l'exercice de la souveraineté nationale, dans la mesure où cela est dicté par un intérêt national important. Yannis Drossos a relevé qu'en séparant le sujet de la souveraineté nationale du sujet de l'intérêt national, cette disposition brouille les limites posées par la Constitution au processus d'intégration supranationale²⁰³³. Avant 2001 déjà, les spécialistes y ont vu la possibilité de révision constitutionnelle tacite au moyen du droit européen²⁰³⁴. Dans l'affaire *Michaniki*, cela s'est concrétisé par l'application de la proportionnalité, principe à la fois constitutionnel et européen. Il n'en reste pas moins que la cohérence établie entre le droit européen et le droit interne dans cette affaire a nui à la continuité de la jurisprudence constitutionnelle du Conseil d'État, et donc à la cohérence de l'ordre constitutionnel interne.

À la différence de ce que l'on observe en France, la cohérence matérielle recherchée par les juristes grecs opère seulement à un niveau esthétique : sa fonction est de représenter la société grecque comme une société européenne moderne. L'importance de l'esthétique explique que le concept d'identité constitutionnelle soit un concept difficilement invocable dans ce contexte. Constantinos Yannakopoulos explique qu'en Grèce, « il est généralement impossible [...] d'identifier les particularités nationales en vue de les prendre en compte de manière cohérente dans la détermination et la mise en œuvre des politiques étatiques concrètes²⁰³⁵. »

Les conflits normatifs entre l'ordre constitutionnel interne et l'ordre juridique européen sont d'ailleurs difficilement concevables dans la pensée juridique grecque. Yannis Drossos observe que, dans ce contexte, les organisations internationales sont censées, *par définition*, respecter les valeurs des droits de l'homme, de l'égalité et de la démocratie, valeurs qui occupent une place centrale dans la Constitution interne aussi²⁰³⁶. Plus particulièrement, en ce qui concerne l'UE, Evaggelos Venizelos relève que, « du point de vue politique, l'Union européenne incarne toujours pour les grecs, la démocratie, le principe de l'État de droit et un sentiment de croissance²⁰³⁷ ».

Le dévoilement du conflit normatif dans l'affaire *Michaniki*. Les conflits normatifs entre droit interne et droit européen sont donc traditionnellement négligés

²⁰³³ DROSSOS Y., *Δοκίμιο ελληνικής συνταγματικής θεωρίας [Essay on Greek constitutional theory]*, Athènes; Komotini, Αντ. Ν. Σάκκουλας, 1996, p. 649 s.

²⁰³⁴ Sur ce point, V. PAPAPOULOU L., « Η συνταγματική οικοδόμηση της Ευρώπης από τη σκοπιά του ελληνικού Συντάγματος [The constitutional construction of Europe from the point of view of the Greek Constitution] », L. PAPAPOULOU et A. MANITAKIS (dir.), *Η προοπτική ενός Συντάγματος για την Ευρώπη [The perspective of a Constitution for Europe]*, Athènes, Σάκκουλας, 2003, p. 147-199.

²⁰³⁵ YANNAKOPOULOS C., *Η επίδραση του δικαίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης στον δικαστικό έλεγχο της συνταγματικότητας των νόμων [The Influence of EU law on Judicial Review of the Constitutionality of Legislation]*, Athènes; Thessaloniki, Σάκκουλας, 2013, p. 375.

²⁰³⁶ DROSSOS Y., *Δοκίμιο ελληνικής συνταγματικής θεωρίας [Essay on Greek constitutional theory]*, *op. cit.*, p. 652. V. aussi article 28, paragraphe 3, qui pose des limites aux limitations à l'exercice de la souveraineté nationale du point de vue de ces valeurs.

²⁰³⁷ VENIZELOS E., « Η σχέση Συντάγματος και Ευρωπαϊκής Ολοκλήρωσης [The relationship between the Constitution and European Integration] », 25 octobre 2006, accessible sur <https://www.evenizelos.gr/>.

par les acteurs juridiques locaux, comme le montre l'affaire *Michaniki*. Dans cette affaire, la résonance entre ordre juridique interne et ordre juridique de l'Union, tous les deux affirmant la valeur de la transparence, de la démocratie et de la libre concurrence, n'a pas permis la formulation du problème juridique comme un conflit normatif. Ainsi, dans sa décision de renvoi à la CJCE, l'assemblée plénière du Conseil d'État a précisé qu'à son avis, si la Cour de Justice constatait l'incompatibilité des mesures nationales à la directive n° 93/37/CEE, se poserait la question de la compatibilité de cette directive elle-même à certains principes généraux du droit européen, tels que la démocratie, le pluralisme des médias, la transparence et la libre concurrence. En effet, selon les juges internes, l'article 14, paragraphe 9, de la Constitution avait comme but la protection de ces principes précisément, « dans la configuration particulière en vue de la réalité grecque²⁰³⁸. » La juridiction grecque perçoit les buts constitutionnels internes comme étant également des buts de l'ordre juridique européen. En raison de leur dénomination commune, les concepts constitutionnels et européens sont compris comme ayant la même structure et la même fonction dans le raisonnement juridique.

Le conflit normatif entre le droit européen et la Constitution interne ressort toutefois dans la question de l'étendue du pouvoir discrétionnaire laissé aux autorités nationales (ici, l'assemblée constituante). Constantinos Yannakopoulos observe que la réforme de 2001 a élevé la transparence en but primaire de la Constitution interne. Dans ce cas, la Constitution a fonctionné exceptionnellement comme une « constitution des buts », justifiant ou même imposant des restrictions aux libertés, y compris les libertés de circulation, dans la poursuite effective de ces buts²⁰³⁹. Nous savons que, dans son renvoi préjudiciel, le Conseil déclare en effet que le but de prévention de la corruption entraîne l'obligation du législateur de prévoir des sanctions « suffisamment dissuasives » en cas de transgression des interdictions de l'article 14, paragraphe 9²⁰⁴⁰. Présument l'identité des buts constitutionnels et européens, le Conseil a invité la Cour de Justice à ne pas procéder à une application stricte de la proportionnalité qui, pour les juges grecs, « viderait [l'article 14, paragraphe 9, de la Constitution] de son contenu ou serait contraire à sa formulation claire et à ses objectifs, qui sont également clairs²⁰⁴¹ ».

Par ailleurs, les juges internes considéreraient que, si la Cour de Justice constatait l'incompatibilité des dispositions constitutionnelles à la directive, cette dernière pourrait être contraire au principe de subsidiarité. Selon le Conseil, ce principe implique que la Communauté n'empêche pas les États membres de prendre des mesures « dans la poursuite de buts qui sont également des buts de l'ordre juridique communautaire » et, « dans les cas où cela est approprié en raison des conditions

²⁰³⁸ StE (Ass.) 3670/2006 *EΛΛΔ* 2009, 461, para. 31.

²⁰³⁹ YANNAKOPOULOS C., « Μεταξύ συνταγματικών σκοπών και συνταγματικών ορίων: η διαλεκτική εξέλιξη της συνταγματικής πραγματικότητας στην εθνική και στην κοινοτική έννομη τάξη [Between constitutional goals and constitutional limits: the dialectical evolution of constitutional reality in the national and the Community legal orders] », *EφΛΔ*, 2008, n° 5, p. 737.

²⁰⁴⁰ StE (Ass.) 3670/2006, précitée, para. 14.

²⁰⁴¹ *Ibid.*

locales, de leur accorder le pouvoir discrétionnaire d'agir en principe en premiers²⁰⁴² ». En absence de conflit normatif, toutefois, les arguments du Conseil étaient voués à l'échec. Nous avons vu que, dans la jurisprudence européenne, c'est l'identification des conflits normatifs entre l'ordre juridique européen et les ordres juridiques nationaux qui entraîne l'application de la doctrine de la marge d'appréciation. Dans ce contexte, le contrôle de proportionnalité est beaucoup moins intrusif et se focalise sur la cohérence des mesures nationales dans la poursuite de leur but. Les autorités nationales ont ainsi la liberté de procéder à la priorisation des valeurs et des buts de politique publique selon l'ordre constitutionnel interne. Pour autant, la Cour n'a pas suivi ce raisonnement dans l'affaire *Michaniki*, où seule « la configuration particulière en vue de la réalité grecque » était invoquée par les autorités nationales.

La Cour de Justice commence par admettre la légitimité des objectifs d'égalité de traitement et de transparence poursuivis par les mesures nationales, objectifs qui constituent aussi la base de la directive n° 93/37/CEE. Elle affirme par ailleurs que « [c]haque État membre est, en effet, le mieux à même d'identifier, à la lumière de considérations historiques, juridiques, économiques ou sociales qui lui sont propres [...], les situations propices à l'apparition de comportements susceptibles d'entraîner des entorses au respect de ces principes²⁰⁴³. » Les juges européens précisent que « le droit communautaire n'entend pas remettre en cause l'appréciation portée par un État membre, en fonction du contexte qui est le sien, sur le risque particulier de survenance » de comportements qui peuvent compromettre la libre concurrence et la transparence dans certains cas²⁰⁴⁴. En bref, les juges ont laissé de la liberté aux instances nationales quant au niveau de protection qu'elles souhaitent accorder aux valeurs en question. Pour autant, ils ont considéré que ce choix national pouvait tout de même être pris en compte dans le contrôle de proportionnalité²⁰⁴⁵.

Dans l'affaire *Michaniki*, la proportionnalité a fonctionné comme un test de nécessité. Ainsi, les buts d'intérêt public, peu importe leur importance ou leur valeur normative du point de vue interne, n'ont pas échappé à la dynamique d'intégration économique. La poursuite de ces buts a été insérée dans le cadre argumentatif de la proportionnalité et reformulée en une entrave à la circulation et à la libre concurrence dont la compatibilité au droit communautaire n'est qu'exceptionnelle. Les dispositions de la Constitution grecque ont été jugées contraires à la directive n° 93/37/CEE.

Le Conseil d'État a appliqué la décision de la Cour de Justice, ce qui a conduit à un revirement spectaculaire de sa jurisprudence. La proportionnalité, « principe de

²⁰⁴² *Ibid.*

²⁰⁴³ CJCE, C-213/07, 16 décembre 2008, *Michaniki*, ECLI:EU:C:2008:731, para. 56.

²⁰⁴⁴ *Ibid.*, para. 57.

²⁰⁴⁵ *Ibid.*, para. 62-63. Il faut noter que, dans son application de la doctrine de la marge d'appréciation, la Cour de Justice souvent exige aux autorités nationales de *justifier les exceptions* à l'application des mesures nationales. C'est l'inverse qui est observé ici, puisque la Cour sanctionne la formulation trop large des mesures. Sur ce point, V. RÉVEILLÈRE V., *Le juge et le travail des concepts juridiques*, *op. cit.*, p. 425 s.

l'ordre juridique tant grec [...] que communautaire²⁰⁴⁶ », a établi la cohérence esthétique entre la Constitution et le droit européen au détriment de la cohérence interne de l'ordre constitutionnel. Il n'en reste pas moins que la nouvelle interprétation des dispositions constitutionnelles qu'a produite le Conseil passe par la reformulation des buts constitutionnels. Dans la dernière décision sur l'affaire de « l'actionnaire majeur », le but constitutionnel de transparence poursuivi par l'article 14, paragraphe 9, a été objectivé, selon les termes de la décision, la disposition en cause ne visait « que l'influence illégitime concrète qui peut s'exercer dans le cadre d'une procédure de marché public, avec l'intention d'obtenir la passation d'un contrat²⁰⁴⁷. » Dans l'affaire *Michaniki*, non seulement la proportionnalité a déplacé les connaissances locales en ce qui concerne la réalité socio-politique grecque, mais au niveau normatif, elle a affaibli la réalisation effective des buts de l'ordre constitutionnel interne au profit de l'effet utile des libertés de circulation communautaires²⁰⁴⁸. En se focalisant sur les faits et les preuves, elle a détournée l'attention des conflits de valeurs qui sous-tendaient les divergences dans son application. Ainsi peut-on considérer qu'elle a transformé la Constitution interne par voie d'« abnégation²⁰⁴⁹ ».

La proportionnalité, l'État de droit social et la crise de la zone euro.

Constantinos Yannakopoulos montre que les juridictions grecques ont souvent opté pour une interprétation libérale de la Constitution au détriment des buts et des valeurs constitutionnelles. Dans certains cas, elles ont considérablement limité le pouvoir discrétionnaire des autorités publiques au profit des libertés individuelles, et notamment économiques²⁰⁵⁰. Cela est plus visible dans l'application de la proportionnalité comme un test objectif d'efficacité dans la jurisprudence du Conseil d'État depuis 2001. Dans ce contexte, la constitutionnalité des atteintes législatives aux libertés économiques n'est acceptée que dans la mesure où celles-ci sont efficaces pour atteindre le but poursuivi. Il n'est donc pas surprenant que la proportionnalité ait frustré les attentes des constitutionnalistes locaux quant à la réalisation du principe de l'État de droit social²⁰⁵¹. L'échec de la proportionnalité devient plus flagrant dans le contexte de la crise économique.

Dans sa décision 668/2012, le Conseil d'État s'est pour la première fois prononcé sur les mesures d'austérité adoptées en application du programme

²⁰⁴⁶ StE (Ass.) 3470/2011, E_1111 2012, 199, para. 9 ; 3741/2011, para. 13.

²⁰⁴⁷ StE (Ass.) 3471/2011, précitée, para. 13.

²⁰⁴⁸ V. en ce sens YANNAKOPOULOS C., « Μεταξύ συνταγματικών σκοπών και συνταγματικών ορίων: η διαλεκτική εξέλιξη της συνταγματικής πραγματικότητας στην εθνική και στην κοινοτική έννομη τάξη [Between constitutional goals and constitutional limits: the dialectical evolution of constitutional reality in the national and the Community legal orders] », *op. cit.*

²⁰⁴⁹ COTTERRELL R., « Is it so Bad to be Different? Comparative Law and the Appreciation of Diversity », E. ÖRÜCÜ et D. NELKEN (dir.), *Comparative law: a handbook*, Oxford ; Portland, Or, Hart, 2007, p. 136. L'auteur parle de "self-denying transformation".

²⁰⁵⁰ *Ibid.*

²⁰⁵¹ KATROUGKALOS G., « Αρχή της αναλογικότητας και κοινωνικά δικαιώματα [The principle of proportionality and social rights] », *ΔΕΛΤΑ IV*, 2006, p. 141.

d'ajustement économique négocié entre la Grèce et ses créanciers²⁰⁵². Les mesures contestées, convenues entre les représentants du gouvernement grec, la BCE, le FMI et la Commission, ont été incluses dans un document rédigé en anglais, le fameux MoU. Ce dernier a été par la suite annexé à la loi n° 3845/2010, qui a imposé d'importantes réductions de salaires et de primes dans le secteur public, ainsi qu'une baisse des retraites²⁰⁵³. Plusieurs unions syndicales et associations professionnelles, ainsi que des requérants individuels lésés par les mesures en cause, ont contesté la constitutionnalité de ces mesures dans une affaire qui a très vite attiré l'attention des médias. Les requérants alléguaient, notamment, que les baisses décidées étaient contraires au principe de proportionnalité.

La proportionnalité a été appliquée dans le raisonnement du Conseil d'État comme un principe autonome, découlant de l'article 25, paragraphe 1, de la Constitution. Elle ne concerne pas les droits individuels et sociaux invoqués par les requérants, mais le rapport entre les moyens et les fins de la législation nationale. À cet égard, les requérants contestaient la stricte nécessité des mesures introduites par la loi n° 3845/2010. Selon eux, si l'austérité avait pour but de faire face à la crise, elle devait avoir un caractère temporaire. Le Conseil n'a pas accepté cet argument. Il souligne à plusieurs reprises que les mesures en cause « font partie d'un programme plus large pour l'économie grecque, combinant l'ajustement financier avec des réformes structurelles²⁰⁵⁴ ». « Appliquées cumulativement », ces mesures ne visent donc pas seulement à répondre aux besoins financiers immédiats du pays mais, de manière plus générale, elles poursuivent aussi « la consolidation des finances publiques [...], en vue d'obtenir leur viabilité après la période de trois ans initialement envisagée²⁰⁵⁵. » De même, le Conseil a rejeté les arguments des requérants quant à l'existence de mesures alternatives moins onéreuses et plus efficaces dans la poursuite de l'intérêt public. Selon les juges, ces arguments n'étaient pas fondés en fait et étaient d'ailleurs inopérants, puisque le but législatif de consolidation financière était aussi poursuivi par d'« autres mesures économiques, financières et structurelles, dont l'application cumulative et coordonnée, selon l'appréciation du législateur, conduira[it] le Pays à dépasser la crise et à améliorer ses résultats financiers pour les rendre viables²⁰⁵⁶. »

Les requérants cherchaient une application de la proportionnalité dans sa version de test d'efficacité. Pour autant, l'approche holiste de la politique publique concernée n'a pas permis au Conseil de contester concrètement les appréciations sur lesquelles les mesures étaient fondées. Aux arguments concernant le caractère approprié des baisses en cause pour atteindre leur but, les juges répondent que celles-ci « visent principalement à limiter les dépenses générales du gouvernement et donc à

²⁰⁵² StE (Ass.) 668/2012 NoB 2012, 384. Sur cette affaire, V. entre autres ANTONIOU T., « Η απόφαση της Ολομελείας του Συμβουλίου της Επικρατείας για το Μνημόνιο – Μια ευρωπαϊκή υπόθεση χωρίς ευρωπαϊκή προσέγγιση [The Council of State Plenum decision on the Memorandum - A European affair without a European approach] », *ΤοΣ*, 2012, p. 197.

²⁰⁵³ Law n° 3845/2010 de 6 mai 2010, JO A 65.

²⁰⁵⁴ StE (Ass.) 668/2012, précitée, para. 35.

²⁰⁵⁵ *Ibid.*

²⁰⁵⁶ *Ibid.*

contribuer à la réduction du déficit financier du Pays²⁰⁵⁷ ». À cet égard, les syndicats arguaient que l'adéquation des mesures n'était pas suffisamment fondée en fait, puisque le nombre total des employés publics concernés et l'impact financier concret des mesures n'était pas encore connu. Le Conseil a toutefois refusé de remettre en cause les appréciations du législateur. Selon lui, les baisses actées contribuaient par leur nature directement à la réduction des dépenses publiques. Ainsi, « selon les circonstances constatées par le législateur au moment de leur mise en vigueur²⁰⁵⁸, » elles n'étaient pas en principe inappropriées, qui plus est de manière manifeste, pour poursuivre leurs buts. Les mesures ne pouvaient pas non plus être vues comme excédant ce qui est nécessaire, « étant donné que l'appréciation du législateur sur les mesures à prendre pour faire face à la crise constatée par lui n'est soumise qu'au contrôle marginal du juge²⁰⁵⁹. »

Rendre intelligible l'application de la proportionnalité dans la décision sur le premier MoU. L'application de la proportionnalité dans la décision 668/2012 est très différente du test d'efficacité qu'on observe dans d'autres décisions du Conseil d'État en matière de liberté économique et professionnelle. Les juges ont été beaucoup moins exigeants quant aux données et aux preuves sur lesquels étaient fondées les appréciations législatives et se sont limités à contrôler la cohérence des mesures contestées, appréhendées comme partie d'une politique plus globale. Pour le Conseil, la législation en cause avait « assuré l'équilibre » entre les besoins d'intérêt général appréciés par le Parlement et la protection des droits de propriété des requérants. À cet égard, les juges ont aussi pris en compte l'existence de dispositions spécifiques atténuant l'impact des mesures sur les groupes les plus vulnérables. La proportionnalité a pris la forme du test déferent que la Cour de Justice applique dans les cas de la marge d'appréciation²⁰⁶⁰. Si, d'un point de vue de politique jurisprudentielle, la réserve des juges dans cette affaire peut sembler raisonnable, comment peut-on comprendre l'application de la proportionnalité du point de vue du droit constitutionnel ?

La lecture attentive de la motivation de la décision montre que ce qui sous-tend l'attitude déferente des juges est l'importance qu'ils accordent au but législatif. Le Conseil consacre une longue partie de son raisonnement aux évolutions économiques et politiques qui ont conduit au mécanisme de « sauvetage » de l'économie du pays²⁰⁶¹. Si les juges ne se sont pas explicitement référés à une urgence au stade de l'identification du but législatif, ils y ont fait allusion, en parlant de « crise financière aigue » et d'un besoin de la confronter « immédiatement », d'une « longue période de récession » ou d'une « situation économique cruciale²⁰⁶² ». On trouve plus de deux cents occurrences du terme « économique » dans la décision et plus de cent quarante

²⁰⁵⁷ *Ibid.*

²⁰⁵⁸ *Ibid.*

²⁰⁵⁹ *Ibid.*

²⁰⁶⁰ V. *supra*, section 1 du présent chapitre.

²⁰⁶¹ StE (Ass.) 668/2012, précitée, para. 19-24.

²⁰⁶² *Ibid.*, para. 35.

du terme « financier ». Dans le raisonnement qui a suivi, le Conseil a explicitement mentionné l'existence d'une urgence économique²⁰⁶³.

Cela étant, ce n'était pas seulement la situation cruciale du pays qui a justifié l'application de la proportionnalité comme un test de l'erreur manifeste. Pour une fois, le droit européen exigeait aussi cette attitude réservée de la part des juges. En effet, alors que les droits invoqués par les requérants ne faisaient pas partie des libertés de circulation, le but poursuivi par le législateur était également un but du droit européen. Selon la juridiction interne, le dépassement de la crise et la consolidation des finances publiques sont « à la fois des raisons impérieuses d'intérêt public et des buts d'intérêt commun des États membres de la zone euro, compte tenu de l'obligation de discipline financière et d'assurer la stabilité de la zone euro dans son ensemble²⁰⁶⁴ ». Le raisonnement du Conseil montre que, encore une fois, le droit de l'Union a joué un rôle important dans la détermination des buts constitutionnels. La présomption d'identité entre les buts internes et les buts européens a conduit le Conseil à adopter une approche holiste de la législation et à se borner à un contrôle de la cohérence des mesures contestées.

Cette interprétation de la décision est renforcée par une lecture du raisonnement du Conseil en ce qui concerne la nature du MoU. Selon les requérants, ce document avait le statut d'une convention internationale dont l'introduction dans la sphère juridique interne n'avait pas respecté la procédure constitutionnelle pour la ratification des traités. Le Conseil, en revanche, considère le MoU comme le programme politique du gouvernement, « indépendamment du fait qu'il est le produit de coopération entre les autorités nationales, la Commission européenne, la Banque centrale européenne et le Fonds monétaire international [...] et indépendamment des obligations que la Grèce a assumées par la suite à l'égard du reste des États membres de la zone euro avec l'Accord d'emprunt²⁰⁶⁵. » Le Conseil accepte ainsi la codétermination des politiques publiques par des instances des organisations internationales.

Dans le contexte de la crise économique, la tendance des juristes grecs à chercher le contenu normatif de la Constitution en dehors des frontières de leur système juridique acquiert une nouvelle dynamique. Avant, sous l'influence du droit européen, l'effet utile des limites constitutionnelles, notamment des libertés économiques, absorbait la réalisation des buts constitutionnels tels que la transparence ou les droits sociaux. Cela conduisait à un contrôle intrusif des politiques publiques au profit de l'intégration économique. Dans le contexte d'ajustement financier, au contraire, les buts du droit européen renforcent la poursuite des objectifs financiers poursuivis par les autorités nationales, ce qui affaiblit considérablement les limites constitutionnelles.

²⁰⁶³ *Ibid.*

²⁰⁶⁴ *Ibid.*

²⁰⁶⁵ *Ibid.*, para. 28.

Dans la décision 668/2012, le Conseil souligne à plusieurs reprises que son contrôle n'est que « marginal²⁰⁶⁶ ». Les juges contrôlent simplement la plausibilité des appréciations des autorités publiques. Les principes d'égalité et de dignité humaine, proclamés de manière solennelle dans la décision, ne conduisent pas à un contrôle concret des effets des mesures contestées sur les requérants²⁰⁶⁷. Le Conseil a rejeté les arguments des requérants portant sur la violation de leurs droits garantis par la Constitution et par la CEDH, ceux-ci n'ayant pas invoqué et établi que la loi en cause mettait en danger leur « subsistance décente [αξιοπρεπής διαβίωση²⁰⁶⁸] ». La Cour EDH a approuvé cette solution. Elle a déclaré l'appel à la Convention dans ce cas « manifestement mal fondé », du moment que les mesures ne risquent pas d'exposer les requérants « à des difficultés de subsistance²⁰⁶⁹ ». Dans un contexte d'urgence économique donc, l'amélioration de résultats financiers du pays est cherchée à tout prix. Les valeurs de l'ordre constitutionnel interne et de l'ordre européen des droits fondamentaux sont réduites à une exigence minimale de subsistance décente.

Nous avons relevé que ce qui a pendant longtemps préservé la normativité de la Constitution interne a été son apparence de cohérence avec le droit européen et la représentation de la Grèce comme un pays moderne qu'elle implique. Dans ce qui ressemble à « une espèce de magie compatissante », les juristes grecs ont cherché à moderniser leur société, en traduisant les règles et les concepts du droit européen en droit grec. La crise de la zone euro a toutefois mis en évidence que la cohérence entre droit interne et droit européen était seulement esthétique et illusoire. Désormais, la modernisation de l'État grec et l'alignement aux préceptes du droit européen exige une espèce de magie constitutionnelle qui n'est pas si compatissante. En effet, elle remet en question la normativité de la Constitution dans son ensemble. L'implémentation des programmes d'ajustement économique a exigé la transgression continue des limites constitutionnelles qui est devenue plus flagrante dans le contournement de règles et de procédures constitutionnelles claires et précises²⁰⁷⁰.

Dans ce contexte, le Conseil d'État assume une fonction de justification de la déviance constitutionnelle. Dans sa décision sur le premier MoU, si la proportionnalité a été annoncée comme un test de l'erreur manifeste, elle a conduit à un raisonnement très détaillé dont la fonction a été de justifier les mesures introduites par la loi n° 3845/2010. Le juge administratif a agi comme un partenaire des autorités publiques contrôlées et il opposé une argumentation fournie à tous les arguments des requérants, un par un. Ainsi, au moyen d'une réinterprétation des concepts tels que l'intérêt public, il a fait entrer de force les politiques publiques contestées dans les catégories constitutionnelles²⁰⁷¹. Le partenariat entre le

²⁰⁶⁶ *Ibid.*, para. 34, 35 et 38.

²⁰⁶⁷ *Ibid.*, para. 37 s.

²⁰⁶⁸ *Ibid.*, para. 35.

²⁰⁶⁹ Cour EDH, *Konfaki et ADEDY c. Grèce*, 7 mai 2013, n° 57665/12 et 57657/12, para. 46.

²⁰⁷⁰ Marketou A.I., « Economic Energy and the Loss of Faith in the Greek Constitution: How Does a Constitution Function When It Is Dying », *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, 2015, vol. 4, p. 289.

²⁰⁷¹ MATHIOUDAKIS I., « Μετασχηματισμοί του ταμειακού συμφέροντος του Δημοσίου σε περίοδο έντονης οικονομικής κρίσης [Transformations of the cash interest of the State in a period of intense economic crisis] », *Εφ.Δ.*, 2011, n° 4, p. 478.

gouvernement et le Conseil dans la mise en œuvre des programmes d'ajustement est devenue plus évidente avec la nomination du président du Conseil comme Premier ministre ad intérim en 2012.

Certains constitutionnalistes locaux ont également cherché à justifier la nouvelle situation dans des termes constitutionnels. Dans leurs analyses, il y a toutefois peu de place pour une « constitution de limites ». Ainsi, Xenophon Contiades et Alkmene Fotiadou suggèrent dans leur commentaire de la décision 668/2012 qu'

« Une théorie des droits sociaux, pour être convaincante, doit se montrer applicable indépendamment des circonstances économiques et politiques changeantes. Si les approches défendant que les droits sociaux incorporent un noyau de protection stable et intouchable [...] se montrent inapplicables en pratique, cela ne doit pas être imputé à la réalité changeante mais à ces approches elles-mêmes²⁰⁷². »

Dans ce nouveau genre de constitutionnalisme, la Constitution n'est normative que dans la mesure où elle est applicable en pratique. Au lieu d'être interprétée, la Constitution est *observée*²⁰⁷³. La proportionnalité, pragmatique et conséquentialiste, devient la seule structure théorique apte à saisir la pratique constitutionnelle²⁰⁷⁴. Ses promoteurs suggèrent qu'elle est la seule méthode pour la réalisation juridictionnelle des droits fondamentaux²⁰⁷⁵. Loin d'établir une vision des droits fondamentaux comme principes, l'hégémonie récente de la proportionnalité en droit constitutionnel grec exprime l'intrusion d'autres disciplines, notamment de l'économie et de la finance, dans le processus de définition des valeurs constitutionnelles.

Dans la jurisprudence de la Cour de Justice en matière de libertés de circulation, la proportionnalité fonctionne comme un principe d'intégration économique. Son application peut s'analyser comme un processus d'objectivation des buts d'intérêt public nationaux et de factualisation des valeurs concurrentes dans chaque cas. De cette façon, la proportionnalité établit un dénominateur commun qui permet l'appréciation uniforme de l'efficacité des mesures nationales. En d'autres termes, la fonction de la proportionnalité consiste en la reformulation et en l'évaluation des politiques publiques nationales du point de vue du projet du marché commun. Son application garantit l'effet utile des libertés de circulation du droit de l'UE, elle est présentée par la CJUE comme une obligation formelle des juges nationaux dans ce domaine. Toutefois, la fonction d'intégration dont la proportionnalité est porteuse

²⁰⁷² CONTIADES X. et A. FOTIADOU, « Κοινωνικά δικαιώματα, αναλογικότητα και δημοσιονομική κρίση, θεωρητικές επισημάνσεις επ' ευκαιρία της ΟλΣΕ 668/2012 [Social rights, proportionality and financial crisis, theoretical remarks on the occasion of StE (Pl.) 668/2012] », *ΑτΑ*, 2012, n° 53, p. 29.

²⁰⁷³ V. en ce sens YANNAKOPOULOS C., « Το ελληνικό Σύνταγμα και η επιφύλαξη του εφικτού της προστασίας των κοινωνικών δικαιωμάτων [The Greek Constitution and the feasibility clause of social rights protection] », *ΕφΑΔ*, 2015, vol. 4, p. 417.

²⁰⁷⁴ V. CONTIADES X. et A. FOTIADOU, « Κοινωνικά δικαιώματα, αναλογικότητα και δημοσιονομική κρίση, θεωρητικές επισημάνσεις επ' ευκαιρία της ΟλΣΕ 668/2012 [Social rights, proportionality and financial crisis, theoretical remarks on the occasion of StE (Pl.) 668/2012] », *op. cit.*, p. 29.

²⁰⁷⁵ V. *supra*, Partie I, chapitre 3.2.1.

dans la jurisprudence de Luxembourg est nuancée une fois que le test est reçu dans les contextes discursifs locaux. La « réussite » ou l'« échec » de la proportionnalité dans la mission qui lui est assignée dépend largement des spécificités culturelles de chaque système juridique. La perception et l'application divergente de la proportionnalité en tant que principe du droit de l'UE exprime la façon dont les acteurs juridiques locaux perçoivent la construction du marché commun et le projet d'intégration européenne.

En France, la quête d'une cohérence matérielle du droit applicable dans la sphère interne a pendant longtemps conduit à l'application de la proportionnalité et du droit européen à la lumière du droit interne. Les concepts du droit de l'UE ont été traduits par leurs homonymes dans le droit interne et leur dynamique a été absorbée par les structures et les modes de raisonnement traditionnels de la jurisprudence du Conseil d'État. Dans la jurisprudence récente, toutefois, le juge administratif a changé son attitude et a assumé le rôle de juge communautaire de droit commun. Le processus de traduction est inversé et l'ordre constitutionnel national est maintenant transporté vers les normes et les concepts européens. Si l'interprétation de ces normes et concepts incombe principalement à la CJUE, les juges nationaux se réservent la possibilité de refuser leur application si celle-ci est contraire à des normes fondamentales de la Constitution française. La reconnaissance explicite de la possibilité de conflit normatif entre l'ordre juridique interne et l'ordre juridique européen introduit des éléments de pragmatisme dans la pensée juridique française.

En contraste avec le rationalisme qui imprègne la pensée juridique française, le pragmatisme du *common law* a permis aux juristes anglais de formuler explicitement les conflits normatifs entre le droit de l'UE et le droit interne. Dans ce contexte, la proportionnalité est traditionnellement perçue comme un chef de contrôle [*head of review*] du droit de l'UE : elle est mise au service de l'effet utile des libertés de circulation et son application est confinée dans le champ d'application des traités. Sa fonction est prise au sérieux, les juges anglais deviennent les juges de droit commun du droit communautaire, dans la mesure où celui-ci effectue une conciliation des buts nationaux avec les objectifs de la Communauté. Toutefois, quand la jurisprudence européenne en matière de proportionnalité entre en conflit avec les fondements de la tradition du *common law*, les juges anglais s'opposent à son application, au prix de l'application rigoureuse de la doctrine du précédent. Dans l'affaire *Sunday trading*, le refus motivé des juges anglais d'appliquer la proportionnalité a enclenché un dialogue transnational des juges, à l'issue duquel la CJCE a reconnu explicitement le pluralisme normatif dans l'UE, même dans le cadre du marché commun.

Les juristes grecs, comme leurs collègues français, ont toujours cherché à établir une cohérence matérielle entre le droit de l'UE et le droit interne. Pour autant, la quête de cohérence des juristes grecs n'est pas tant l'expression d'un rationalisme qui imprègnerait leur pensée que de leur tendance au classicisme. Il n'est pas rare en effet que la cohérence entre droit interne et droit européen soit établie seulement au niveau esthétique. La proportionnalité, principe partagé entre le droit grec et le droit

européen, acquiert un rôle central dans ce contexte. En tant que principe d'intégration économique, elle assure l'effet utile des libertés de circulation au détriment de la réalisation des buts constitutionnels internes. Dans « une espèce de magie compatissante », elle semble réaliser ces buts, en les transformant en « impacts » et en « effets ». Leur poursuite effective paraît redondante par la suite aux juristes locaux, la Grèce étant déjà représentée comme un pays européen et moderne.

CHAPITRE 9

Désintégration

Une tendance transnationale à la désintégration. L'intégration européenne traverse une crise. Cela se manifeste dans la pratique des institutions européennes elles-mêmes, tant dans le contexte de l'UE que de la Convention. Les spécialistes de l'intégration européenne se penchent déjà sur l'analyse et l'interprétation de telles manifestations²⁰⁷⁶. Différemment, le présent chapitre s'intéresse à la façon dont cette tendance à la désintégration affecte l'utilisation du langage de la proportionnalité dans les systèmes français, anglais et grec. La jurisprudence supranationale ne sera donc évoquée que dans la mesure où cela est pertinent pour comprendre les décisions des juridictions internes étudiées. En effet, l'analyse qui suit ne prétend pas à l'exhaustivité. Elle n'a pas non plus pour but de prédire le développement de l'intégration européenne dans l'avenir. Plus modestement, elle offre une lecture originale de certaines utilisations récentes de la proportionnalité en droit français, anglais et grec, qui ont provoqué de vives discussions chez les juristes locaux. Nous défendrons que ce qui est particulier dans ces affaires n'est pas tant l'utilisation de la proportionnalité en soi, puisque celle-ci suit des modes de raisonnement déjà présents par ailleurs, que le contexte de désintégration dans lequel la proportionnalité opère.

De façon paradoxale, la tendance à la désintégration de l'Europe transcende les frontières nationales. En France, elle se manifeste dans des dérogations à l'application des textes européens. Notamment dans le contexte de l'état d'urgence qui a duré de 2015 à 2017, le gouvernement français a, à plusieurs reprises, invoqué l'article 15 de la CEDH pour déroger à la Convention. D'ailleurs, le tournant sécuritaire de la pratique constitutionnelle, en combinaison avec des politiques d'austérité en partie recommandées par l'UE, crée un cadre socio-politique explosif dans lequel le Brexit devient une revendication politique proposée par certains acteurs. En Grèce, la désintégration européenne ne s'est pour le moment pas traduite par des changements juridiques formels. Il n'en reste pas moins que la crise de la zone euro a posé le dilemme de l'orientation européenne du pays dans l'avenir, au point que le référendum de 2015, portant sur la conditionnalité de l'application des programmes d'ajustement économique, a été compris par certains acteurs comme un référendum sur le Grexit.

L'euro-scepticisme est presque une caractéristique traditionnelle dans le contexte britannique, souvent traduite dans des clauses de non-participation [*opt out*] et des

²⁰⁷⁶ See, for example, DE WITTE B., A. OTT, et E. VOS, *Between flexibility and disintegration: the trajectory of differentiation in EU law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2017 ; THYM D., « When Union citizens turn into illegal migrants: the Dano case », *European Law Review*, 2015, vol. 40, n° 2, p. 249-262.

réserves conditionnant les efforts d'approfondissement de l'intégration européenne. Aujourd'hui cette tendance devient toutefois radicale. Dans les débats publics récents, la réforme constitutionnelle du gouvernement travailliste est souvent critiquée comme une mise en cause considérable de la souveraineté du Parlement et de l'autonomie des juridictions nationales. Le parti conservateur propose ainsi le retrait du *HRA* et son remplacement par un « Catalogue des droits britannique²⁰⁷⁷ ». Néanmoins, depuis 2010 c'est la désintégration de l'UE qui fait la priorité du gouvernement britannique. Après le référendum sur le Brexit en 2017, le Royaume-Uni a déclenché l'article 50 TUE et les négociations pour sa sortie de l'UE.

La proportionnalité et le bouleversement des trajectoires locales d'europanisation. Ces évolutions bouleversent les trajectoires juridiques locales de l'intégration européenne et affectent considérablement la forme et la fonction de la proportionnalité en tant que principe européen dans le raisonnement des acteurs juridiques nationaux. Ainsi, si l'on ne peut pas affirmer que la proportionnalité est elle-même porteuse d'une dynamique de déconstruction, son utilisation exprime la tendance transnationale à la désintégration observée plus haut.

En France, la prise de conscience progressive des juristes locaux du pluralisme normatif au sein de l'Europe attribue à la proportionnalité une fonction radicale. En tant qu'exception correctrice, celle-ci n'impose plus seulement l'intégration sociale des étrangers ; dans l'affaire *Gonzalez-Gomez*, elle permet aussi une forme de désintégration sociale des citoyens européens, en exemptant ceux-ci de l'application de la loi républicaine (**Section 1**). La tendance à la désintégration dans le *common law* se traduit dans l'abandon de la proportionnalité en tant que chef de contrôle [*head of review*] européen. Cela n'empêche toutefois pas la diffusion du rationalisme dont la proportionnalité est porteuse. En substituant des concepts et des méthodes du *common law* à la proportionnalité, les juges anglais se reconnaissent des pouvoirs que le Parlement avait concédés aux juridictions supranationales (**Section 2**). En Grèce, la tendance à la désintégration se manifeste dans l'affirmation par les juridictions internes de l'autonomie normative de la Constitution, ce qui introduit une sorte de dualisme. Les juges grecs se reconnaissent le pouvoir de définir et de réaliser eux-mêmes les valeurs constitutionnelles et deviennent ainsi les garants de l'ordre constitutionnel. Dans cette nouvelle mission, la proportionnalité peut, pour une fois, se montrer une « arme formidable » (**Section 3**).

1. La proportionnalité, limite à l'applicabilité de la loi républicaine

L'affaire *Gonzalez-Gomez*. Dans certaines affaires récentes, tant en droit public qu'en droit privé, l'application de la proportionnalité défie les contraintes traditionnelles du raisonnement juridique en droit français et suscite de nombreux

²⁰⁷⁷ Conservative Party, "Protecting Human Rights in the UK: The Conservatives' Proposals for Changing Human Rights Laws", accessed 19 février 2018, <https://s3.amazonaws.com/s3.documentcloud.org/documents/1308198/protecting-human-rights-in-the-uk.pdf>

commentaires en doctrine²⁰⁷⁸. En droit public, c'est l'ordonnance *Gonzalez-Gomez* de 2016, décidée en assemblée, qui attire l'attention²⁰⁷⁹. Mme Gonzalez-Gomez, ressortissante espagnole, habitait avec son époux, ressortissant italien, en France. L'époux de Mme Gonzalez-Gomez étant atteint d'une maladie grave dont le traitement risquait de le rendre stérile, le couple a congelé ses gamètes pour procéder à une procréation médicalement assistée. Pour autant, le décès de l'époux de Mme Gonzalez-Gomez a empêché l'accomplissement de ce projet. Mme Gonzalez-Gomez a donc demandé l'exportation des gamètes de son époux en Espagne, où l'insémination *post-mortem* est permise pendant l'année qui suit la mort de l'un des époux. La loi française interdisant l'insémination *post-mortem* et l'exportation des gamètes à cette fin, elle s'est heurtée au refus de l'hôpital. Mme Gonzalez-Gomez a contesté ce refus devant le juge des référés, en invoquant une violation de l'article 8 de la CEDH. Sa demande étant rejetée en première instance, elle a introduit un pourvoi devant le Conseil d'État.

Le Conseil s'était jusque-là montré réticent à contrôler la conventionnalité de la loi dans le cadre de la procédure du référé liberté. Si la violation de la Convention par l'administration peut constituer une atteinte manifestement illégale aux libertés, il est plus difficile pour le juge d'affirmer une telle violation flagrante de la Convention par la loi elle-même. D'ailleurs, un tel examen n'est souvent pas nécessaire, en raison de l'existence d'un acte administratif d'application de la loi. Ce n'était toutefois pas le cas dans l'ordonnance *Gonzalez-Gomez*, et c'est ce qui a mené le Conseil à contrôler l'incompatibilité manifeste de la loi à la Convention²⁰⁸⁰.

Examinant les arguments de la requérante, le Conseil a explicitement divisé son raisonnement en deux étapes. Tout d'abord, il a contrôlé la compatibilité de la loi sur l'insémination *post-mortem* à la Convention *in abstracto*. Selon le juge, ce sujet « relève de la marge d'appréciation dont chaque État dispose, dans sa juridiction, pour l'application de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme²⁰⁸¹ ». Ainsi, l'interdiction de l'insémination *post-mortem* par la loi française « ne porte pas, par elle-même, une atteinte disproportionnée » aux droits de la Convention²⁰⁸². Par ailleurs, pour le juge des référés, l'interdiction de l'exportation des gamètes à l'étranger à cette fin ne méconnaît pas non plus l'article 8 de la CEDH.

²⁰⁷⁸ V. notamment Cass. civ. 1, 4 décembre 2013, n° 12-26066. Sur ce sujet, V. DUTHEILLET DE LAMOTHE L. et G. ODINET, « Contrôle de conventionnalité : in concreto veritas ? », *op. cit.*, not. « Le contrôle in concreto avant la décision Gonzalez Gomez ». Dans la majorité des arrêts mentionnés par ces auteurs, la Cour n'utilise pas le vocabulaire de la proportionnalité. V., toutefois, Cass. civ. 3, 17 décembre 2015, n° 14-22095, où la Cour annule une décision de la Cour d'appel pour ne pas avoir procédé à un examen de proportionnalité de la loi *in concreto*, dans l'application de l'article 8 de la CEDH.

²⁰⁷⁹ CE ord (Ass.), 31 mai 2016, *Gonzalez-Gomez*, n° 396848, ECLI:FR:CEASS:2016:396848.20160531.

²⁰⁸⁰ V. *Ibid.*, not. « Le contrôle in concreto avant la décision Gonzalez Gomez ».

²⁰⁸¹ *Gonzalez-Gomez*, précitée, cons. 8.

²⁰⁸² *Ibid.*, cons. 8. Il convient de noter ici que, contrairement à sa jurisprudence dans les affaires où joue la marge d'appréciation, le Conseil utilise le vocabulaire de la proportionnalité pour affirmer la conventionnalité de la loi en cause.

Toutefois, les juges administratifs ne se sont pas arrêtés à cette affirmation de la légitimité de principe de la loi. Dans un considérant quelque peu étonnant, l'assemblée du Conseil d'État déclare :

« Toutefois, la compatibilité de la loi aux stipulations de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ne fait pas obstacle à ce que, dans certaines circonstances particulières, l'application de dispositions législatives puisse constituer une ingérence disproportionnée dans les droits garantis par cette convention. Il appartient par conséquent au juge d'apprécier concrètement si, au regard des finalités des dispositions législatives en cause, l'atteinte aux droits et libertés protégés par la convention qui résulte de la mise en œuvre de dispositions, par elles-mêmes compatibles avec celle-ci, n'est pas excessive²⁰⁸³ ».

Contrairement à la tradition formaliste de la pensée juridique française, la mise en œuvre de la loi dans des cas concrets a été annoncée comme une question de droit qui peut affecter sa compatibilité à la Convention. Cela est d'autant plus étonnant ici que la loi en cause est jugée conforme à la Convention *per se*, tout en n'accordant aucune marge de manœuvre aux autorités d'application. Après une considération détaillée de la situation de Mme Gonzalez-Gomez, le Conseil a écarté l'application de la loi en l'espèce. Il a statué que le refus de l'hôpital d'exporter les gamètes en Espagne « porte, eu égard à l'ensemble des circonstances de la présente affaire, une atteinte manifestement excessive » au droit au respect de la vie privée et familiale de Mme Gonzalez-Gomez²⁰⁸⁴. Les juges ont donc enjoint l'hôpital à assurer le transfert des gamètes à un établissement de santé espagnol.

Une application révolutionnaire de la proportionnalité ? L'ordonnance *Gonzalez-Gomez* est mentionnée souvent comme une application révolutionnaire de la proportionnalité, comme une instance de « subjectivisation » du droit, ou même comme introduisant un changement de paradigme dans le contentieux administratif²⁰⁸⁵. La proportionnalité, appréciée au cas par cas, a permis au juge de substituer sa propre évaluation sur ce qui est juste à celle du législateur. Il est difficile pour la doctrine d'interpréter cette décision et d'en tirer des conclusions générales²⁰⁸⁶. Plusieurs explications possibles ont été avancées à cet égard : les juges administratifs auraient agi selon leur sentiment d'équité ou, pour ceux qui sont familiers avec le droit de l'UE, il s'agirait là d'un effort du juge administratif de se conformer aux exigences des libertés de circulation du droit de l'UE.

²⁰⁸³ *Ibid.*, cons. 9.

²⁰⁸⁴ *Ibid.*, cons. 11.

²⁰⁸⁵ DELVOLVÉ P., « Droits subjectifs contre interdit législatif », *op. cit.*

²⁰⁸⁶ V. CREPEY É., Conclusions sur CE, 28 décembre 2017, *M. Molenat*, n° 396571, ECLI:FR:CECHR:2017:396571.20171228, Le Rapporteur public admet que le raisonnement de l'arrêt *Gonzalez-Gomez* lui est incompréhensible.

Dans tous les cas, la solution du Conseil d'État n'allait pas de soi pour les juristes locaux, qui reprochent au juge une mauvaise application de la procédure de référé-liberté du code de la justice administrative. La proportionnalité semble acquérir une fonction radicale en droit public français, qui pourrait aller à l'encontre de ses principes les plus fondamentaux, notamment l'égalité devant la loi et la séparation des pouvoirs. La volonté du juge administratif de se libérer des contraintes du formalisme traditionnel est déjà évidente dans le style de la rédaction de l'ordonnance *Gonzalez-Gomez*, qui abandonne la formulation traditionnelle du raisonnement du juge en considérants²⁰⁸⁷. Cette décision a donné au Conseil la possibilité de participer au dialogue transnational des juges, aux côtés de juges prestigieux en matière de droits fondamentaux. Le communiqué de presse de l'affaire est d'ailleurs disponible en anglais sur le site officiel de la juridiction²⁰⁸⁸.

Toutefois, une étude attentive du raisonnement du Conseil d'État montre que la fonction de la proportionnalité dans cette affaire n'est en soi pas si nouvelle²⁰⁸⁹. Suivant sa jurisprudence traditionnelle, le juge administratif a appliqué le standard de disproportion comme une exception à la conventionnalité de la loi, qui joue en fonction des circonstances particulières du cas d'espèce. La proportionnalité *in abstracto* de la loi n'a pas été remise en cause ; ni les jugements de valeur incorporés dans la législation républicaine. Le contrôle concret de proportionnalité a simplement éliminé un effet pervers de la loi, que produirait l'application de celle-ci dans le cas de Mme Gonzalez-Gomez²⁰⁹⁰. La Rapporteur de l'affaire, Aurélie Bretonneau, a mis en exergue que les dispositions en cause introduisent une « interdiction absolue », sans nuance²⁰⁹¹. La fonction de la proportionnalité a donc été corrective du caractère trop général de la législation en cause, celle-ci a censuré la « croyance dans la capacité du législateur d'anticiper toutes les situations²⁰⁹² ». D'ailleurs, malgré son style direct, la motivation du Conseil reste laconique et se rapproche peu du « style européen de décision-dissertation²⁰⁹³ ». En d'autres termes, ce n'est pas tant l'application de la proportionnalité elle-même qui est révolutionnaire dans l'affaire *Gomez-Gonzalez*, que l'affirmation explicite du caractère *in concreto*, et donc exceptionnel, de la solution à laquelle arrive le juge, ce qui prive la décision en cause de toute possibilité d'application dans l'avenir²⁰⁹⁴. Il convient de se demander ce qui a pu conduire les juges administratifs à une telle solution.

²⁰⁸⁷ DEUMIER P., « Contrôle concret de conventionnalité: l'esprit et la méthode », *RTD Civ.*, 2016, p. 578.

²⁰⁸⁸ The Conseil d'État, *Posthumous Insemination*, 2 juin 2016, <http://english.conseil-etat.fr/Activities/Press-releases/Posthumous-Insemination>, consulté le 5 décembre 2018.

²⁰⁸⁹ En ce sens, V. CREPEY É., Conclusions sur CE, 28 décembre 2017, *M. Molenat*, *op. cit.*

²⁰⁹⁰ V. *supra*, section 2 du présent chapitre.

²⁰⁹¹ BRETONNEAU A., Conclusions sur CE Ass., 31 mai 2016, *Gonzalez-Gomez*, *RFDA*, 2016, p. 740, cité par DELVOLVÉ P., « Droits subjectifs contre interdit législatif », *op. cit.*, para. 8.

²⁰⁹² DEUMIER P., « Contrôle concret de conventionnalité: l'esprit et la méthode », *op. cit.*

²⁰⁹³ V. *Ibid.* Dans son commentaire de la décision, Pierre Delvolvé observe que, jusque-là, la proportionnalité n'était pas appliquée dans le contrôle de conventionnalité de la loi *in abstracto*: DELVOLVÉ P., « Droits subjectifs contre interdit législatif », *op. cit.*, para. 6 s. Si cela est généralement exact, nous avons vu que depuis la décision *Association Ekin* de la Cour EDH, la proportionnalité a été appliquée dans certains cas pour écarter l'application de la loi. V. *supra*, section 2 du présent chapitre.

²⁰⁹⁴ DELVOLVÉ P., « Droits subjectifs contre interdit législatif », *op. cit.*, para. 8 et 14.

La proportionnalité et les limites de la perception républicaine des droits fondamentaux. Comme nous l'avons souvent relevé dans l'analyse de la jurisprudence grecque, l'« activisme » du juge dans cette affaire repose sur une reconstruction juridictionnelle du but du législateur²⁰⁹⁵. Avant d'arriver à sa conclusion, le Conseil identifie le but du législateur : l'interdiction d'exporter les gamètes à l'étranger vise « à faire obstacle à tout contournement²⁰⁹⁶ ». C'est cette identification du but social derrière l'interdiction qui a permis l'exemption de Mme Gonzalez-Gomez de son application. Le Conseil d'État relève à cet égard :

« seuls les gamètes stockés en France dans le centre d'étude et de conservation des œufs et du sperme de l'hôpital Tenon sont susceptibles de permettre à Mme [Gonzalez-Gomez] qui réside désormais en Espagne, d'exercer la faculté, que lui ouvre la loi espagnole de poursuivre le projet parental commun qu'elle avait formé, dans la durée et de manière réfléchie, avec son mari. Dans ces conditions et en l'absence de toute intention frauduleuse de la part de la requérante, [...] le refus qui lui a été opposé sur le fondement des dispositions précitées du code de la santé publique – lesquelles interdisent toute exportation de gamètes en vue d'une utilisation contraire aux règles du droit français – porte, eu égard à l'ensemble des circonstances de la présente affaire, une atteinte manifestement excessive à son droit au respect de la vie privée et familiale [...]»²⁰⁹⁷.

En excluant Mme Gonzalez-Gomez du champ d'application de l'interdiction, la proportionnalité a fonctionné comme une méthode d'interprétation téléologique : elle a restreint la portée de la législation en cause pour en exempter des cas qui n'étaient pas couverts par la fin poursuivie par le législateur, telle qu'elle a été reconstruite par le juge. Aurélie Bretonneau a souligné que les juges auraient pu arriver à la même solution par la technique de l'interprétation conforme de la loi à la Convention²⁰⁹⁸.

Il n'en reste pas moins que Mme Gonzalez-Gomez souhaitait exporter les gamètes de son époux en Espagne pour procéder à une insémination *post-mortem*, ce qui, tout aussi clairement, était interdit par la loi française. En effet, la portée extraterritoriale de la loi française est un choix du législateur, un moyen de garantir l'effectivité de la loi. Par conséquent, soit la disposition en cause devait être déclarée disproportionnée *in abstracto*, en raison de son caractère trop général, soit elle devait être appliquée en l'espèce. Les juges ont choisi une troisième voie : introduire une exception particulière pour Mme Gonzalez-Gomez, tout en affirmant le caractère exceptionnel de son cas. Certains auteurs observent que, de façon paradoxale, le Conseil d'État a écarté l'application de la loi interne, au profit de celle de la loi

²⁰⁹⁵ Référence à la version anglaise de la thèse, Part III, Chapter 7(4). Dans le même sens, CREPEY É., Conclusions sur CE, 28 décembre 2017, M. Molenat, *op. cit.*

²⁰⁹⁶ *Gonzalez-Gomez*, précitée, cons. 8.

²⁰⁹⁷ *Ibid.*, cons. 11.

²⁰⁹⁸ BRETONNEAU A., Conclusions sur CE Ass., 31 mai 2016, *Gonzalez-Gomez*, *op. cit.*

espagnole, contrairement aux normes de conflit du droit international privé et notamment à la perception française de l'ordre public²⁰⁹⁹. Comme ce raisonnement peut-il se justifier ?

C'est la nationalité espagnole de la requérante, ainsi que le fait qu'elle ait rejoint sa famille en Espagne, qui est décisif dans le raisonnement du juge administratif. Selon les termes utilisés dans la motivation de la décision, l'installation de Mme Gonzalez-Gomez en Espagne « ne résulte pas de la recherche, par elle, de dispositions plus favorables à la réalisation de son projet que la loi française, mais de l'accomplissement de ce projet dans le pays où demeure sa famille qu'elle a rejointe²¹⁰⁰ ». Le raisonnement du Conseil d'État devient plus intelligible si l'on le lit à côté de la décision de la Cour EDH dans l'affaire *SAS c. France*. En effet, comme cela a été montré, la Cour de Strasbourg a dans cette affaire accepté la vision républicaine française des droits, comme une instance d'exceptionnalisme français. La Cour y a vu un choix de société qu'il était loisible aux États signataires de faire, à la marge du paradigme européen des droits fondamentaux. Les choix de sociétés républicains n'ont toutefois été acceptés que dans la mesure où ils sont nécessaires pour la préservation des exigences minimales de la vie en société. C'est précisément cette condition qui fait défaut dans l'affaire *Gonzalez-Gomez*. Le fait que la requérante ne souhaite pas intégrer la société française a « défait » la loi dans cette affaire. Son application n'était pas nécessaire, puisque l'exemption de Mme Gonzalez-Gomez de l'interdiction en cause ne remettait pas en cause l'« unité républicaine ». C'est d'ailleurs cette circonstance particulière qui prive la décision *Gonzalez-Gomez* de sa normativité dans le contexte français.

La décision *Gonzalez-Gomez* marque en effet un changement significatif. Jusqu'à cette décision, le formalisme et le rationalisme de la pensée juridique française ne laissaient pas de place aux systèmes de valeurs alternatifs à ceux de la majorité. L'application de la proportionnalité pouvait en effet s'analyser comme un processus d'inculcation républicaine, une affirmation de la légitimité des choix de la majorité qui ne laisse pas la place à la contestation. Nous avons vu que cela exprime une perception particulièrement française de l'intégration sociale des minorités, comme un processus d'assimilation²¹⁰¹. Toutefois, si elle n'a pas déclaré la loi sur la *burqa* contraire à la Convention, l'affaire *SAS* a mis en lumière le particularisme de la perception française des droits fondamentaux et les limites de l'« esprit de clocher²¹⁰² » républicain. La jurisprudence de la Cour de Strasbourg les force à abandonner leur croyance dans le caractère universel des valeurs françaises et d'accepter le pluralisme dans les perceptions des droits fondamentaux en Europe, qui sous-tend la jurisprudence européenne et la doctrine de la marge d'appréciation.

²⁰⁹⁹ DELVOLVÉ P., « Droits subjectifs contre interdit législatif », *op. cit.*, para. 9 s.

²¹⁰⁰ *Gonzalez-Gomez*, précitée, cons. 11.

²¹⁰¹ V. *supra*, Partie II, chapitre 4.5.

²¹⁰² KUMM M., « The Cosmopolitan Turn in Constitutionalism: On the Relationship between Constitutionalism in and beyond the State », *op. cit.*, p. 307.

L'effort des juges français pour s'adapter à cette jurisprudence contredit les fondements rationalistes du droit public et bouleverse ses catégories et distinctions traditionnelles. Dans l'affaire *Gonzalez-Gomez*, le Conseil d'État reconnaît qu'il existe de choix alternatifs en matière d'insémination *post-mortem*, qui sont tout aussi acceptables dans le cadre de la Convention et du paradigme européen des droits. Toutefois, pour ce faire, le juge administratif a été obligé d'introduire une exception à la légalité républicaine : il a exclu un cas du champ d'application de la loi française, bien qu'il prenne place sur le territoire français et qu'il soit soumis au jugement des juridictions françaises. Ce qui a délimité l'applicabilité de la législation républicaine dans cette affaire n'est, ni l'application des règles du droit international privé, ni d'aucun autre type de règles juridiques, c'est la proportionnalité comme principe protecteur des droits fondamentaux, dans un contexte de pluralisme normatif.

2. *Le droit public anglais sans le chef de contrôle [head of review] de proportionnalité*

La reconnaissance d'un pluralisme normatif, en complète opposition à la tradition française, est en revanche classique dans la pensée pragmatique du *common law*. Pour autant, si la proportionnalité n'a jamais été appliquée dans le contexte anglais comme un chef de contrôle [*head of review*] du droit public interne, son « bagage » rationaliste dépasse les limites du *HRA* et du *ECA*²¹⁰³. Dans des affaires récentes, qui suscitent une vive discussion doctrinale, la proportionnalité prend la forme d'une méthode. Son utilisation provoque l'enthousiasme de la doctrine anglaise nouvellement formée et suscite l'attente d'une rationalisation croissante du raisonnement juridictionnel dans le *common law*. Ce qui n'est en général pas perçu est toutefois que l'utilisation de la proportionnalité comme méthode implique le refus de l'appliquer comme chef de contrôle européen. Cela peut être illustré au moyen d'une analyse de plusieurs affaires récentes, tant dans le champ de la CEDH que dans le champ du droit de l'UE.

L'affaire *Kennedy*. L'affaire *Kennedy* concerne le droit d'accès à l'information²¹⁰⁴. M. Kennedy, journaliste dans les *Times*, souhaitait obtenir plus d'informations sur l'utilisation de l'argent du « *Mariam Appeal* », une campagne de charité conduite par un député britannique dans le but de rassembler des fonds qui devaient servir à la prise en charge médicale d'enfants irakiens souffrant de leucémie. Le *Freedom of Information Act (FOIA)*, l'Acte concernant l'accès aux documents des autorités publiques, reconnaît aux individus un large droit d'accès aux informations détenues par celles-ci. Toutefois, la *Charity Commission*, l'autorité chargée de l'enquête concernant le « *Mariam Appeal* », a refusé la demande de M. Kennedy, au motif que l'information demandée avait été obtenue dans le cadre d'une enquête, ce qui excluait l'application du *FOIA* en vertu de sa section 32. En appel, M. Kennedy arguait que la section 32 cesse d'être applicable après la fin de l'enquête. Subsidiairement, il avançait que cette disposition devait être interprétée restrictivement, en conformité avec l'article 10 de la CEDH, ou qu'elle devait être déclarée incompatible à la Convention.

²¹⁰³ V. *supra*, Partie II, chapitre 5.

²¹⁰⁴ *Kennedy c. The Charity Commission* [2014] UKSC 20 (SC, 26 mars 2014).

L'affaire est arrivée devant la Cour suprême, qui a rejeté les arguments de M. Kennedy. Les Lords ont estimé que le champ d'application de la section 32 couvrirait également la période débutant après la fin de l'enquête administrative. D'ailleurs, concernant la base subsidiaire de la demande de M. Kennedy, ils ont trouvé qu'il n'y avait pas lieu de contrôler la conventionnalité de la disposition litigieuse, puisque le *common law* protégeait suffisamment les droits du demandeur. Dans une série de longs paragraphes, Lord Mance reproche à M. Kennedy et à son avocat d'avoir directement invoqué la Convention, alors que d'autres lois et procédures du *common law* auraient pu obliger la *Charity Commission* à permettre l'accès aux informations demandées ou, du moins, à mettre en balance les intérêts en cause au principal.

Selon Lord Mance, avant d'examiner la conventionnalité de la section 32, les juges anglais doivent prendre en compte que « les pouvoirs attribués par le *common law* ont évolué pour s'adapter aux exigences de la Convention et sont soumis au contrôle du juge au moyen des procédures du *judicial review*²¹⁰⁵ ». Le juge souligne qu'il s'agit là d'une jurisprudence saluée par la Cour de Strasbourg²¹⁰⁶. Comme Lord Mance le déclare dans un ton didactique :

« dans tout litige, le point de départ naturel est le droit interne et [nous ne devons] certainement pas [nous] concentrer exclusivement sur les droits de la Convention, sans avoir examiné le contexte plus large du *common law*. Comme l'a d'ailleurs dit Lord Justice Toulson dans l'affaire *Guardian News and Media*, par. 88 : "L'évolution du *common law* n'est pas arrivé à son terme après l'adoption du *Human Rights Act* de 1998. Elle est en pleine santé et florissante dans différents endroits du monde qui partagent cette tradition juridique commune²¹⁰⁷." »

Lord Mance affirme ainsi la pertinence du *common law* en matière de protection juridictionnelle des droits fondamentaux, même après l'adoption du *HRA*. À cet égard, il considère que le *Charities Act*, l'Acte qui définit le régime général des campagnes de charité, est applicable à l'information exemptée de l'application du *FOIA*. Pour lui, le *Charities Act* peut être interprété de façon qui n'est pas moins favorable aux intérêts de M. Kennedy que l'article 10 de la CEDH.

La proportionnalité, l'irrationalité et l'approche contextuelle du contrôle du juge. Lord Mance explique ce point dans un long *obiter dictum* qui énonce les principes directeurs en matière d'accès des individus aux documents des autorités publiques. Selon lui, tant dans le cadre du *common law* que de la Convention, « la vraie question est de savoir si les intérêts publics ou privés qui correspondent à ceux mentionnés dans l'article 10(2) [de la Convention] l'emportent sur les intérêts publics en faveur de la publicité²¹⁰⁸ ». En d'autres termes, pour Lord Mance, aussi bien le *common law* que la Convention exigent la mise en balance des intérêts concurrents et

²¹⁰⁵ *Ibid.*, para. 38.

²¹⁰⁶ *Ibid.* Le juge fait référence aux affaires *Doberty*, *Kay* et *Pinnock*, précités.

²¹⁰⁷ *Ibid.*, para. 46.

²¹⁰⁸ *Ibid.*, para. 45.

n'impliquent pas nécessairement une solution favorable au demandeur²¹⁰⁹. Le juge conclut que l'article 10 de la CEDH n'ajoute rien au *Charities Act*, interprété à la lumière de « la présomption du *common law* en faveur de la publicité dans un contexte tel que celui de l'espèce²¹¹⁰. » En ce qui concerne l'intensité du contrôle juridictionnel, Lord Mance déclare que, tant dans le cadre du *Charities Act* que de la CEDH, la solution devait être la même. En effet, selon lui : « le *common law* n'insiste plus sur l'application uniforme du test rigide d'irrationalité qu'on a autrefois considéré applicable en vertu de la soi-disant jurisprudence de *Wednesbury*. La nature du contrôle juridictionnel dépend du contexte de chaque cas²¹¹¹. »

À l'appui de son opinion, Lord Mance s'est référé à la jurisprudence de l'« *anxious scrutiny* » dans le cadre du *common law* et à certaines applications réservées de la proportionnalité dans le cadre du *HRA*. Par ailleurs, il n'a pas omis de citer la doctrine universitaire en la matière, notamment Paul Craig et Stanley Alexander De Smith. Pour le juge, malgré les différences structurelles entre le contrôle européen et le contrôle du *common law*, ce sont les mêmes considérations qui sont prises en compte dans le raisonnement juridique. En présence d'un droit du *common law* ou d'un principe constitutionnel, le contrôle du juge doit être plus approfondi. La matière joue également un rôle important : les juges se montrent plus volontaires pour connaître de questions qui entrent dans leurs compétences traditionnelles²¹¹². Appliquant ces principes dans le cas de M. Kennedy, Lord Mance conclut :

« Si, comme c'est le cas ici, l'information [litigieuse] présente un vrai intérêt pour le public et [que sa communication] est demandée dans le but de faire l'objet d'une publication dans la presse, la *Charity Commission* doit prouver que des considérations opposées convaincantes renversent une présomption *prima facie* en faveur de la communication de l'information. Dans toutes les procédures de *judicial review* contre un refus de la part de la *Charity Commission* de satisfaire une telle demande, le juge doit se placer dans la même position que la *Charity Commission*, dans la mesure du possible, ce qui implique parfois l'inspection du matériel dont la communication est demandée. C'est ainsi seulement qu'il peut exercer son contrôle pour s'assurer [de l'établissement] d'un équilibre approprié des intérêts pertinents. L'évaluation des intérêts en cause et de la mise en balance est un exercice bien connu du juge, un exercice auquel celui-ci est habitué. L'appréciation de la *Charity Commission* elle-même a du poids, comme dans le cadre de l'article 10. Mais les objectifs, les fonctions et les obligations de la *Charity Commission* dans le cadre du *Charities Act*, ainsi que la nature et l'importance des intérêts en cause, limitent les

²¹⁰⁹ *Ibid.*, para. 50.

²¹¹⁰ *Ibid.*, para. 40, para. 43-56, not. para. 47.

²¹¹¹ *Ibid.*, para. 51.

²¹¹² *Ibid.*, para. 51-55, not. para. 53 ; référence à *IBA Health Ltd c. Office of Fair Trading* [2004] EWCA Civ 142 (CA, Civil Division, 19 février 2004), para. 92, *per* Lord Justice Carnwath.

réponses que peut faire la *Charity Commission* à toute demande individuelle²¹¹³. »

Dans cette affaire, la différence entre le contrôle interne et le contrôle européen est minimale, quasi-inexistante. Lord Mance a même affirmé le pouvoir du juge, dans le cadre du *judicial review*, d'inspecter le matériel dont la communication est demandée. Même si l'opinion de Lord Mance n'a pas fait l'unanimité, d'autres Lords ont exprimé des opinions similaires quant à la relation entre irrationalité et proportionnalité²¹¹⁴. Lord Toulson, par exemple, a également affirmé la possibilité pour les juges d'exercer un contrôle matériel des actes administratifs dans le cadre du chef de contrôle d'irrationalité²¹¹⁵.

L'assimilation explicite du standard de *Wednesbury* au contrôle de proportionnalité, en ce qui concerne non seulement les résultats mais également le raisonnement qu'ils impliquent, a été célébrée par la doctrine, qui y a vu un signe d'abandon du formalisme analytique traditionnel au profit d'une approche contextuelle du contrôle juridictionnel. Dans son commentaire de l'affaire *Kennedy*, Mark Elliott a observé que l'approche de Lord Mance déplaçait l'attention du juge, de questions formelles concernant la doctrine ou le test applicable, aux valeurs substantielles en cause. Elle appelle ainsi « une analyse plus nuancée », dans laquelle le juge prend en compte « l'importance de la valeur menacée par la décision contestée », ainsi que « les contraintes constitutionnelles et institutionnelles » qui pèsent sur son contrôle²¹¹⁶. À l'instar de leurs collègues continentaux, les juges anglais abandonnent progressivement leur préférence traditionnelle pour les *heads of review* et se tournent vers les méthodes du juge. Ce faisant, ils répondent aux attentes de la doctrine locale pour la construction d'un droit public rationaliste.

L'affaire *Pham*. Cela est devenu explicite dans l'affaire *Pham*, concernant la légalité d'une décision de retrait de la citoyenneté britannique²¹¹⁷. M. Pham, né à Vietnam, a acquis la citoyenneté britannique tout en gardant sa citoyenneté vietnamienne. En 2011, le ministre de l'intérieur britannique, soupçonnant la participation de M. Pham dans des activités terroristes au Yémen, a décidé de lui retirer sa citoyenneté et de l'expulser au Vietnam. Toutefois, le gouvernement vietnamien a refusé de reconnaître la citoyenneté vietnamienne de M. Pham. Ainsi, M. Pham a contesté la décision du gouvernement britannique sur la base de la Convention de 1954 relative au statut des apatrides. La Cour suprême, considérant que la décision du gouvernement vietnamien de priver M. Pham de sa citoyenneté vietnamienne était manifestement arbitraire, a rejeté les arguments de celui-ci sur la base de cette Convention. Toutefois, le demandeur alléguait aussi que la décision du

²¹¹³ *Kennedy*, précitée, para. 56.

²¹¹⁴ V., toutefois, *per* Lord Carnwath, qui exprime ses doutes sur ce point, para. 267.

²¹¹⁵ *Ibid.*, para. 132.

²¹¹⁶ ELLIOTT M., « Common-law constitutionalism and proportionality in the Supreme Court: *Kennedy v The Charity Commission* », *Public Law for Everyone*, 31 mars 2014, accessible sur : <https://publiclawforeveryone.com/>.

²¹¹⁷ *Pham c. Secretary of State for the Home Department* [2015] UKSC 19 (SC, 25 mars 2015).

gouvernement britannique le privait de sa citoyenneté européenne et portait donc atteinte au principe de proportionnalité du droit de l'UE. Les juges de la Cour suprême ont exprimé leurs doutes sur l'applicabilité du droit de l'UE en l'espèce. Cela étant, ils ont considéré qu'il n'était pas nécessaire de répondre à cette question, puisque le droit de l'UE et le *common law* conduisaient à la même solution sur le fond.

Dans l'affaire *Pham*, les juges ont envisagé l'application de la proportionnalité en droit interne. Après une référence à la doctrine anglaise et allemande sur le sujet, Lord Mance conclut que « l'outil de la proportionnalité » est disponible aux juges anglais dans des affaires purement internes concernant le retrait de la citoyenneté britannique²¹¹⁸. À ses yeux, la différence entre contrôle de proportionnalité et contrôle d'irrationalité repose sur la structure du raisonnement juridictionnel et n'affecte pas la méthode de contrôle appliquée. Ainsi, selon le juge, la proportionnalité n'implique pas un contrôle plus approfondi que les concepts du *common law* et peut être employée dans les affaires du *judicial review*. Lord Reed a poussé cette analyse plus loin, en citant les décisions *Hook*, *Leech* et *Daly* comme des applications d'un contrôle de proportionnalité. Selon ce juge, à la différence de l'affaire *Hook*, dans les deux autres décisions, les juridictions nationales ont interprété la législation nationale à la lumière du principe de légalité du *common law*, afin de l'aligner sur les préceptes de la Convention, qui n'était pas incorporée à l'époque. Ainsi, dans les décisions *Leech* et *Daly*, les juges ont affirmé leur pouvoir d'exercer un contrôle matériel des actes portant atteinte aux droits garantis par le *common law*, afin de s'assurer de leur nécessité. Pour Lord Reed, l'exigence de nécessité consacrée dans ces affaires correspond « en substance à une exigence de proportionnalité²¹¹⁹. » Ce contrôle de proportionnalité devrait être appliqué dans le cas de M. Pham également, en ce qui concerne le statut fondamental de la citoyenneté²¹²⁰.

Les *dicta* de Lord Reed marquent une importante prise de distance avec la tradition analytique du *common law* et l'attention que celle-ci porte à la définition rigoureuse des chefs de contrôle. La motivation de la décision du juge est en effet centrée sur les méthodes du juge et sur les principes qui les sous-tendent. Lord Reed classe comme des instances d'un contrôle de proportionnalité des cas où les juges ont explicitement refusé d'appliquer le chef de contrôle de proportionnalité européen. En effet, à la différence des chefs de contrôle, les méthodes juridiques ne sont pas nécessairement explicites ; elles peuvent être « devinées » à la lecture des décisions de justice. Elles guident le raisonnement du juge, comme la méthode de la physique guide les expériences des physiciens.

Développement du *common law* et désintégration européenne. Dans les affaires *Kennedy* et *Pham*, la proportionnalité défie le formalisme analytique du *common law* et le pragmatisme qui le sous-tend. Elle efface les conflits normatifs entre droit

²¹¹⁸ *Pham*, précitée, para. 98.

²¹¹⁹ *Pham*, précitée, para. 119.

²¹²⁰ Pour une analyse des opinions des juges de la Cour suprême sur le sujet, V. ELLIOTT M., « Proportionality and contextualism in common-law review: The Supreme Court's judgment in *Pham* », *Public Law for Everyone*, 17 avril 2015, accessible sur <https://publiclawforeveryone.com/>.

européen et droit interne : peu importe le droit applicable, le raisonnement du juge est centré sur les principes et les méthodes du droit, et celui-ci ressemble de plus en plus à une science. La doctrine anglaise est enthousiaste avec le développement des méthodes du *common law* dans le sens de la construction d'un système de droit public rationaliste. Selon Mark Elliott, l'approche contextuelle adoptée dans ces affaires peut être le fondement d'un « corps mature, nuancé et sophistiqué de doctrines en matière de contrôle matériel » qui sera « mis au service des principes » pour refléter « toute la complexité de cette branche du droit du point de vue normatif, institutionnel et constitutionnel²¹²¹. »

Toutefois, un élément important est négligé dans les discussions doctrinales en la matière : dans les affaires *Kennedy* et *Pham*, le développement du *common law* s'est fait au prix de l'effet utile du droit européen. En effet, si le tournant rationaliste du *common law* donne momentanément l'impression d'une convergence entre droit anglais et droit européen, des dissonances entre ces deux systèmes resurgissent « sous une nouvelle forme dans laquelle ils sont à peine discernables²¹²². » L'évolution conceptuelle du standard d'irrationalité, même formulée en termes de proportionnalité, passe par le refus des juges nationaux d'appliquer la proportionnalité comme chef de contrôle européen. Ainsi, si les affaires *Kennedy* et *Pham* sont des exemples du degré de maturité qu'a atteint le droit public anglais, elles expriment aussi une tendance croissante à la désintégration de l'Europe. Dans ce sens, dans un discours extra-juridictionnel, Lady Hale a relevé que le développement de méthodes du *common law* est une réponse possible à « la hausse du sentiment anti-européen²¹²³ ».

L'enjeu principal de la promotion de la proportionnalité en droit anglais n'a jamais été l'intégration européenne mais plutôt la construction d'un droit public anglais²¹²⁴. Il n'est donc pas si surprenant que, tandis que les juristes locaux s'approprient la proportionnalité comme méthode, son application comme *head of review* européen soit progressivement marginalisée. Dans l'affaire *Kennedy*, la majorité de la Cour suprême a refusé d'appliquer directement la Convention. M. Kennedy avançait la prise en compte de l'évolution de la jurisprudence de Strasbourg en la matière qui, selon lui, devait conduire à la reconnaissance d'une obligation positive de l'autorité de communiquer l'information demandée. Après un examen détaillé de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg toutefois, les *Law Lords* ont décidé que l'article 10 de la CEDH n'impliquait pas un droit d'accès à l'information dans une affaire comme celle de M. Kennedy²¹²⁵.

La technique du précédent opposée à l'interprétation dynamique de la Convention. À l'appui de sa décision, Lord Mance mentionne une décision de la

²¹²¹ *Ibid.* L'auteur identifie aussi des risques qu'implique cette approche, à savoir notamment l'augmentation des pouvoirs du juge et le compromis excessif du principe de sécurité juridique.

²¹²² TEUBNER G., « Legal Irritants », *op. cit.*, p. 18.

²¹²³ HALE B., « UK court rulings show move away from European to common law », *The Guardian*, 15 août 2014.

²¹²⁴ V. *supra*, Partie II, chapitre 5.

²¹²⁵ *Kennedy*, précitée, para. 57 s.

Cour suprême où cette jurisprudence avait été examinée en détail²¹²⁶. Il relève par ailleurs que, tandis que, dans ses premiers arrêts sur ce sujet, la Cour EDH, siégeant en Grande Chambre, avait nié l'existence d'une obligation positive des autorités publiques de communiquer l'information demandée, dans des décisions postérieures, les sections de la Cour avaient reconnu une telle obligation, notamment dans des cas où cette information était demandée par des « chiens de garde publics », comme la presse ou les ONG. Lord Mance, percevant ces décisions comme contradictoires, a conclu que l'état actuel de la jurisprudence strasbourgeoise n'était « pas satisfaisant », et qu'elle n'était donc pas suffisante pour établir l'obligation positive de la *Charity Commission* de communiquer l'information demandée par M. Kennedy²¹²⁷.

Au passage, le juge n'a pas raté l'opportunité de critiquer l'ambiguïté de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg :

« Les décisions de Strasbourg ne sont ni claires ni faciles à concilier [...]. En l'espèce, la Cour de Strasbourg s'est prononcée à plusieurs reprises sur le sujet avec des effets apparemment différents. Par ailleurs, plusieurs de ces décisions sont issues de la Grande Chambre et comprennent des déclarations de principe apparemment claires. Toutefois, elles sont entourées de décisions isolées des sections, qui semblent suggérer qu'au moins certains des membres de la Cour sont en désaccord avec les déclarations de principe de la Grande Chambre et souhaitent aller plus loin. Si cette interprétation est correcte, il est peut-être inopportun que les sections en cause n'aient pas choisi de renvoyer le problème porté devant elles à la Grande Chambre. Il est inutile pour les juridictions nationales qui cherchent à prendre en compte la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme d'avoir différentes décisions de section qui sont incohérentes avec les précédents de la Grande Chambre sans explication claire²¹²⁸. »

Pour Lord Mance, les juges de Strasbourg avaient beaucoup à apprendre de leurs collègues du *common law*. Cela transparait aussi dans le renouveau de la narration Whig dans son opinion :

« les droits de la Convention représentent une protection minimale ; et, vu notamment la contribution des juristes du *common law* dans la conception de la Convention, on peut attendre qu'ils aient des reflets et qu'ils trouvent leur homologue dans le *common law* ou dans la législation nationale, du moins généralement sinon toujours. [...] Dans les affaires internes, on peut accorder plus d'importance dans l'état d'évolution du droit interne, ce qui aurait comme avantage incident le fait que les cours nationales passent moins de temps à chercher à interpréter et à concilier

²¹²⁶ *Sugar c. BBC* [2012] 1 W.L.R. 439 (SC, 15 février 2012).

²¹²⁷ *Kennedy*, précitée, para. 94.

²¹²⁸ *Ibid.*, para. 59.

les jugements différents (souvent issus seulement de sections isolées de la Cour européenne des droits de l'homme), d'une façon que cette Cour elle-même, qui n'est pas liée par la doctrine du précédent, n'a pas entreprise²¹²⁹. »

La critique de Lord Mance semble négliger les règles concernant la répartition des affaires entre les différentes formations de décision de la Cour de Strasbourg²¹³⁰. Qui plus est, Lord Mance semble négliger une technique caractéristique de la jurisprudence de la Cour EDH qui est à la source de sa fonction d'intégration : la technique d'interprétation dynamique²¹³¹. En effet, le raisonnement par cas de la Cour de Strasbourg est très différent des techniques du *precedent* et du *distinguishing* des juges anglais. Dans son opinion dissidente, Lord Wilson a mis en exergue ce point. Selon lui, la définition plus large du champ protecteur de l'article 10 de la CEDH dans la jurisprudence récente « n'est pas en conflit avec "l'approche basique" adoptée dans les premières décisions ; [...] elle en est l'extension dynamique²¹³². »

Les propos critiques de Lord Mance concernant le raisonnement de la Cour de Strasbourg font écho à une critique des techniques de raisonnement continentales que l'on retrouve souvent dans le *common law*²¹³³. Cette traduction « inexacte » des méthodes de Strasbourg par des techniques de raisonnement du *common law* peut être vue comme la version anglaise de la théorie de l'acte clair, qui a pendant longtemps privé la jurisprudence européenne de son effectivité dans la sphère juridique française. Dans une décision en Grande Chambre, la Cour de Strasbourg a répondu aux remarques de Lord Mance. Elle a relevé que, si la sécurité juridique jouait un rôle important dans l'interprétation des conventions internationales, en matière de droits de l'homme notamment, les juges devaient également prendre en compte l'évolution des pratiques nationales et internationales. Concernant l'article 10 en particulier, la Cour a conclu qu'il y avait lieu de « clarifier » les principes de sa jurisprudence, dans le sens de la reconnaissance d'une obligation des autorités publiques de communiquer les informations demandées par des « chiens de garde publics²¹³⁴ ».

Le principe de souveraineté parlementaire opposé à l'application des décisions de la CJUE. Dans l'affaire *Kennedy*, malgré son attitude critique vis-à-vis de la jurisprudence de Strasbourg, Lord Mance a concédé que les juges anglais « devaient s'efforcer de comprendre » les principes sous-tendant les décisions de Strasbourg et devaient décider en conformité avec ceux-ci²¹³⁵. Dans l'affaire *Pham*, au

²¹²⁹ *Ibid.*, para. 46.

²¹³⁰ CLAYTON R., « The Curious Case of Kennedy v Charity Commission », *U.K. Const. L. Blog*, 18 avril 2014, accessible sur <https://ukconstitutionallaw.org/>.

²¹³¹ Pour un exemple plus récent où Lord Mance critique l'extension dynamique de la portée des droits de la Convention, V. *Commissioner of Police of the Metropolis c. DSD and another* [2018] UKSC 11 (SC, 21 février 2018), para. 142.

²¹³² *Kennedy*, précitée, para. 188.

²¹³³ Sur ce point, V. KOMÁREK J., « Reasoning with Previous Decisions: Beyond the Doctrine of Precedence », *The American Journal of Comparative Law*, 2013, vol. 61, n° 1, p. 149–172.

²¹³⁴ Cour EDH, *Magyar Helsinki Bizottság c. Hongrie*, 8 novembre 2016, n° 18030/11, not. § 150 s.

²¹³⁵ *Kennedy*, précitée, § 60.

contraire, les juges de la Cour suprême sont entrés en conflit direct avec la jurisprudence de la CJUE en matière de citoyenneté européenne. En réponse à l'argument de M. Pham tiré du droit de l'UE, Lord Carnwath observe qu'aucun élément transfrontalier n'enclenche l'application du droit de l'UE dans cette affaire. À cet égard, le requérant faisait remarquer que, dans l'arrêt *Rottmann*, la CJUE avait étendu sa jurisprudence en matière de citoyenneté dans des cas où l'élément transfrontalier faisait défaut, en déclarant : « le statut de citoyen de l'Union a vocation à être le statut fondamental des ressortissants des États membres²¹³⁶. » Toutefois, Lord Carnwath a préféré appliquer une décision issue des juridictions nationales : la décision de la Cour d'appel dans l'affaire *G1* de 2012²¹³⁷, dont les faits étaient similaires aux faits de l'espèce.

Dans cette affaire, Lord Justice Laws, dont l'opinion a fait l'unanimité, critique le raisonnement de la Cour de Justice dans l'arrêt *Rottmann*. Le juge remarque que l'attribution de la citoyenneté nationale n'entre pas dans les compétences de l'UE et que les principes généraux du droit international imposent une interprétation restrictive des obligations des États membres. Ainsi, contrairement à la jurisprudence de la Cour de Justice, Lord Justice Laws refuse de prendre en compte le droit de l'UE et d'appliquer le chef de contrôle de proportionnalité dans des affaires concernant l'attribution de la citoyenneté nationale. Pour lui, la citoyenneté de l'UE est « totalement parasitaire²¹³⁸ » à la citoyenneté nationale. Le juge remarque d'ailleurs qu'« une aspiration générale à la jouissance d'un "statut fondamental" ne peut certainement pas en faire plus²¹³⁹ ».

Lord Carnwath et les autres juges de la Cour suprême étaient d'accord avec les observations de Lord Justice Laws. Ils ont relevé que les difficultés qu'a trouvées le juge de la Cour d'appel dans l'interprétation de la jurisprudence européenne n'avaient pas été suffisamment prises en compte par la Cour de Justice. Lord Carnwath a également rejeté les arguments fondés sur l'arrêt *Zambrano* de la CJUE, en observant que « la portée de la jurisprudence *Zambrano* reste controversée dans la jurisprudence interne²¹⁴⁰ ». Encore une fois, dans la décision *Pham* les juges anglais exigent d'une juridiction supranationale la clarté conceptuelle de l'approche analytique du *common law* et expriment leur désenchantement face aux aspirations qui sous-tendent sa technique d'interprétation téléologique.

La contestation de l'autorité du droit européen dans la décision *Pham* est radicale. Dans son jugement dans l'affaire *G1*, Lord Justice Laws va jusqu'à invoquer l'identité nationale du Royaume-Uni. Selon lui :

²¹³⁶ CJUE, C-135/08, 2 mars 2010, *Rottmann*, ECLI:EU:C:2010:104. V. aussi les conclusions de l'Avocat Général Miguel Poiares Maduro, ECLI:EU:C:2009:588. L'Avocat Général fait référence à un élément transfrontalier.

²¹³⁷ *G1 c. Secretary of State for the Home Department* [2012] EWCA Civ 867 (CA, Civil Division, 4 juillet 2012).

²¹³⁸ *G1*, précitée, para. 37 s., not. para. 39 ; cité par Lord Carnwath in *Pham*, para. 50 s.

²¹³⁹ *G1*, précitée, para. 39.

²¹⁴⁰ *Pham*, précitée, para. 55. V. CJUE, C-34/09, 8 mars 2011 *Ruiz Zambrano*, ECLI:EU:C:2011:124.

« Les conditions pour l'attribution, le refus d'attribution ou le retrait de la citoyenneté nationale font partie intégrante de l'identité de l'État-nation. Elles touchent la constitution, car elles identifient les participants à la constitution. Si la Cour de Justice se présentait comme le juge de toutes les conditions procédurales régissant ces questions, de façon que sa décision soit applicable dans une affaire qui ne présente aucun élément transfrontalier, à mon avis, la question se poserait de savoir si le *European Communities Act* de 1972 ou une de ses lois successeurs a conféré à la Cour de Justice le pouvoir d'exercer cette compétence²¹⁴¹. »

Lord Carnwath approuve les *dicta* de Lord Justice Laws, considérant qu'il s'agit là d'une question « qui doit être examinée en priorité par la Cour d'appel ou par cette cour, avant de considérer un renvoi préjudiciel à la Cour européenne²¹⁴² ». Lord Mance cite aussi Lord Justice Laws pour souligner que, malgré le développement spectaculaire du droit de l'UE, le Parlement reste souverain dans le Royaume-Uni. La constitution dualiste du *common law* impose des limites à la compétence de la CJUE qui ont été affirmées dans les traités européens et dans leurs actes d'incorporation dans l'ordre juridique interne²¹⁴³. Au raisonnement téléologique du juge européen, les juges anglais opposent l'interprétation « originaliste²¹⁴⁴ » du *ECA* de 1972 et de ses successeurs. Ce faisant, en contraste avec leurs collègues grecs dans l'affaire *Michaniki*, ils refusent de déléguer la définition de limites constitutionnelles nationales à la CJUE²¹⁴⁵.

Souveraineté parlementaire ou identité nationale ? Malgré leur refus d'appliquer le droit européen, les juges ont considéré l'application de la proportionnalité comme un concept du droit interne. La Cour suprême n'a pas considéré nécessaire de résoudre le problème des limites entre le droit européen et la constitution nationale dans le cas de *M. Pham*. Elle a déclaré que, quand un statut fondamental comme la citoyenneté nationale est en jeu, la proportionnalité et les standards de contrôle matériel du *common law* impliquent des méthodes de raisonnement similaires et conduisent à des résultats identiques. Ainsi, les juges anglais ont encore une fois nié l'existence de conflits normatifs entre le droit européen et le droit interne. Dans l'affaire *Pham*, Lord Carnwath a en effet contesté l'« effet pratique » du statut de citoyenneté européenne du point de vue de la protection des droits du requérant, tant par rapport au *common law* que par rapport à la Convention, pour conclure qu'il s'agissait là d'une question de fait décidée par l'autorité administrative compétente²¹⁴⁶.

Cela marque une importante prise de distance avec le formalisme analytique du *common law* et le dualisme qui a pendant longtemps préservé la souveraineté du

²¹⁴¹ *G1*, para. 43, cité in *Pham*, para. 54.

²¹⁴² *Pham*, para. 58.

²¹⁴³ *Ibid.*, para. 80.

²¹⁴⁴ Nous faisons ici référence à la théorie d'interprétation de la Constitution états-unienne.

²¹⁴⁵ Référence à la version anglaise de la thèse, Part II, Chapter 6 et Part III, Chapter 7(4).

²¹⁴⁶ *Pham*, para. 61.

Parlement en droit anglais. De manière intéressante, dans l'affaire *Pham* la souveraineté parlementaire semble vidée de son contenu. Alors que le rationalisme conquiert la pensée juridique anglaise, rien n'est moins sûr que la réaffirmation de la souveraineté du Parlement après le Brexit ou le retrait du *HRA*. En l'absence de conflit normatif entre le *common law* et le droit de l'UE, la question de la définition des limites entre droit européen et droit interne devient une question d'identité et de nationalisme. Comme l'affirme Lord Mance, en utilisant un autre concept d'origine européenne, celui d'identité constitutionnelle : « l'Europe n'est pas encore arrivée à un stade d'évolution où l'identité constitutionnelle de l'Union avec ses Membres devient axiomatique²¹⁴⁷ ». Alors que les juges anglais ne sont plus liés par les décisions des juridictions supranationales, les principes rationalistes qu'ils consacrent dans leur jurisprudence lient les autorités publiques, y compris le Parlement²¹⁴⁸. En faisant appel à la souveraineté du Parlement, les juges anglais affirment leur propre pouvoir de définir les limites de la constitution du *common law*.

3. La proportionnalité et l'affirmation de l'autonomie de la Constitution grecque

La fragmentation conceptuelle de la proportionnalité dans un contexte de conflit normatif. Si l'utilisation de la proportionnalité en Angleterre est pendant longtemps restée externe aux procédures et aux concepts du *common law*, elle a, en Grèce, toujours fait partie d'une civilisation constitutionnelle que les juristes locaux prennent comme modèle. Initialement perçue comme un transplant, la proportionnalité et son « bagage » de droits fondamentaux a progressivement été assimilée par les constitutionnalistes grecs, avant d'être institutionnalisée dans la Constitution de 2001²¹⁴⁹. Dans ce contexte, la désintégration ne s'est pas traduite par le refus des juges internes d'appliquer la proportionnalité, celle-ci étant perçue comme étant à la fois un principe interne et européen. Au lieu de cela, la désintégration en droit grec se manifeste dans l'affirmation progressive de l'autonomie de la proportionnalité comme concept du droit interne par rapport à la jurisprudence européenne.

Ainsi que cela a été montré, la version européenne de la proportionnalité est devenue hégémonique en droit grec, ce qui est lié à l'impossibilité d'affirmer des particularités constitutionnelles dans ce contexte. Il est en effet difficile pour les juristes locaux de concevoir l'éventualité d'un conflit normatif entre droit européen et droit interne. Depuis le milieu des années deux-mille, toutefois, certains écrits sur la proportionnalité affirment le décalage entre les versions interne et européenne du principe. Qui plus est, les auteurs justifient la particularité de la version grecque de la proportionnalité en faisant appel aux buts différents, même opposés, entre la Constitution interne et la Communauté européenne.

²¹⁴⁷ *Pham*, para. 77.

²¹⁴⁸ Dans le même sens, GEARTY C., « The Tories' proposal for a British bill of rights is incoherent, but they don't care », *The Guardian*, 10/2014.

²¹⁴⁹ V. *supra*, Partie II, chapitre 6.

Sarantis Orfanoudakis et Vassiliki Kokota, par exemple, suggèrent qu'en droit constitutionnel interne, la proportionnalité est mise au service de la protection des droits fondamentaux, ce qui « maintient et accentue son aspect *matériel*, qui consiste en l'obtention d'une proportion entre les droits constitutionnels en conflit²¹⁵⁰ ». Selon ces auteurs, la proportionnalité est au contraire appliquée en droit de l'Union européenne comme un test d'efficacité qui sert à la construction d'un marché commun. Dans ce contexte, elle accomplit une fonction « *fonctionnelle – procédurale* » : elle assure la répartition des compétences entre les autorités nationales et communautaires²¹⁵¹. Akritas Kaidatzis relève aussi le décalage entre la jurisprudence grecque et européenne dans l'application de la proportionnalité en matière de liberté professionnelle, différence qu'il attribue aux différents buts poursuivis par l'UE et les ordres constitutionnels internes²¹⁵². L'étude de la pratique juridictionnelle interne et sa systématisation du point de vue des valeurs de la Constitution est relativement nouvelle dans la pensée juridique grecque, traditionnellement méfiante vis-à-vis des juges et obsédée avec les développements doctrinaux et juridictionnels étrangers.

La reconnaissance des conflits entre les valeurs sous-tendant le droit interne et le droit européen génère la fragmentation conceptuelle de la proportionnalité. Les juristes locaux l'ont progressivement comprise comme un test qui peut conduire à différents modes de raisonnement selon le cadre normatif dans lequel il est appliqué. Cela se perçoit également dans la jurisprudence, où la reconnaissance des conflits normatifs entre droit interne et droit européen conduit à un nouveau dualisme dans le raisonnement juridictionnel. L'affaire *Idryma Typou* en donne une illustration significative. Elle concerne les sanctions administratives infligées à des entrepreneurs dans le secteur des médias, pour la violation de la déontologie journalistique par une chaîne de télévision dont ils détiennent des actions. Le Conseil d'État a renvoyé une question préjudicielle à la CJUE concernant la compatibilité des règles nationales aux directives européennes en matière de compagnies à responsabilité limitée²¹⁵³. La Cour de Justice a statué que, si la loi nationale était compatible avec le droit dérivé, elle était contraire au principe général de proportionnalité. Même en l'absence d'élément transfrontalier, les règles nationales entraînent en effet dans le champ d'application des traités puisqu'elles décourageaient l'investissement dans le secteur des médias et constituaient donc une entrave à la circulation des capitaux²¹⁵⁴.

Le Conseil d'État a toutefois refusé d'appliquer la décision de la Cour, considérant que les juges européens avaient dépassé les limites de leur compétence

²¹⁵⁰ ORFANOUDAKIS S. et V. ΚΟΚΟΤΑ, « Η εφαρμογή της αρχής της αναλογικότητας στην ελληνική και την κοινοτική έννομη τάξη: συγκλίσεις και αποκλίσεις [The application of the principle of proportionality in the Greek and the Community legal order: convergences and divergences] », *ΕΕΕυρ*, 2007, p. 719-720 (c'est les auteurs qui soulignent).

²¹⁵¹ *Ibid.* (c'est les auteurs qui soulignent).

²¹⁵² ΚΑΙΔΑΤΖΙΣ Α., « Παρατηρήσεις σχετικά με τις ΣτΕ (Ολ.) 1991/2005 και ΔΕΚ C-140/2003, 21.4.2005 Επιτροπή κατά Ελλάδα [Observations on StE (Pl.) 1991/2005 and ECJ C-140/03, 21 April 2005, Commission v Greece] », *ΤόΣ*, 2006, p. 181.

²¹⁵³ StE (Ass.) 3031/2008 *ΕΛΛΑΔΑ* 2009, 71.

²¹⁵⁴ CJUE, C-81/09, 21 October 2010, *Idryma Tipou AE*, ECLI:EU:C:2010:622, not. para. 65 s.

dans le cadre du renvoi préjudiciel²¹⁵⁵. Au lieu de cela, appliquant la proportionnalité comme un test de l'erreur manifeste, la juridiction interne a accepté la compatibilité de la loi en cause à la liberté économique²¹⁵⁶. Le Conseil est entré dans un conflit similaire avec la Cour EDH en ce qui concerne l'application du principe *non bis in idem* et de la proportionnalité en matière de sanctions administratives pour des infractions douanières²¹⁵⁷. Appliquer la métaphore du « dialogue de juges » à ces instances de désaccord explicite entre les juges grecs et les juges supranationaux relèverait sans doute de l'euphémisme²¹⁵⁸. Il n'en demeure pas moins que la mise en évidence de conflits normatifs entre droit interne et droit européen oblige progressivement les juges grecs à communiquer avec leurs collègues à la CJUE et à la Cour EDH.

L'affaire des « régimes salariaux spéciaux » et l'affirmation des droits sociaux. Dans les affaires mentionnées, le Conseil d'État refuse de prendre en compte la jurisprudence européenne en matière de proportionnalité et applique celle-ci dans sa version traditionnelle en droit constitutionnel interne. De cette façon, la juridiction grecque sacrifie l'intégrité conceptuelle de la proportionnalité au profit de l'autonomie normative de la Constitution interne par rapport au droit européen. Cela est encore plus évident dans une série des décisions relatives aux mesures d'austérité prises pour faire face à la crise de la zone euro. En 2012, en application du deuxième MoU et du Cadre budgétaire à moyen terme, une loi a imposé des baisses importantes dans les salaires et les retraites des membres de l'armée et des forces de maintien de l'ordre. Les baisses en cause ont été actées rétroactivement pour une période de trois mois ; les montants déjà payés aux individus concernés seraient automatiquement déduits des salaires et retraites futurs. Des unions syndicales des forces militaires et des forces de maintien de l'ordre ont contesté la constitutionnalité des mesures en cause ainsi que celle de leurs actes d'application devant le Conseil d'État.

L'assemblée plénière du Conseil commence son raisonnement par souligner la valeur constitutionnelle du statut spécial des forces militaires et des forces de maintien de l'ordre. Après un examen des dispositions pertinentes, les juges concluent que ces forces ont pour mission d'assurer la défense nationale, l'ordre public et la sécurité nationale, « des missions publiques par excellence et des manifestations de souveraineté », qui constituent des compétences « inséparables du noyau du pouvoir étatique²¹⁵⁹ ». Selon le Conseil, pour accomplir leur mandat constitutionnel, les forces de maintien de l'ordre, les services secrets et le personnel de l'armée sont soumis à une organisation militaire qui implique des dangers spéciaux pour leurs membres. Par ailleurs, les membres de l'armée, de la police et des services

²¹⁵⁵ StE (Ass.) 1617/2012 *EΛΛΑΔ* 2012, 632.

²¹⁵⁶ V. aussi StE (Ass.) 3031/2008, précitée.

²¹⁵⁷ V. StE 2067/2011, *NoB* 2011, 1952 ; Cour EDH, *Kapetanios et autres c. Grèce*, 30 avril 2015, n° 3453/12, 42941/12 et 9028/13 ; StE (Ass.) 1741/2015, *NoB* 2015, 1065.

²¹⁵⁸ MUIR-WATT H. et G. TUSSEAU, « Repenser le dévoilement de l'idéologie juridique : une approche fictionnelle de la gouvernance globale », B. BONNET (dir.), *Traité des rapports entre ordres juridiques*, Paris, LGDJ, 2016, p. 198.

²¹⁵⁹ StE (Ass.) 2192/2014 *TNIΛΣA*, para. 7 s., not. para. 11.

secrets sont sujets à un « rapport hiérarchique spéciale » (*ειδική κυριαρχική σχέση*) qui implique des restrictions à leurs droits fondamentaux²¹⁶⁰.

En contrepartie, la loi a progressivement institué un régime de rémunération spéciale pour ces individus (*ειδικό μισθολόγιο*) afin de leur permettre de se consacrer à l'exercice efficace de leurs fonctions et d'éliminer le danger de corruption. Les juges déclarent que « le principe de rémunération spéciale » des membres des forces armées et des forces de maintien de l'ordre est une « obligation résultant indirectement [...] de la Constitution²¹⁶¹ ». Elle constitue une « garantie institutionnelle additionnelle » qui « assure l'accomplissement effectif de la mission des forces armées et des forces de maintien de l'ordre » mais aussi « un droit du personnel de l'armée, en raison des interdictions et des restrictions constitutionnelles auxquelles il est soumis et du caractère dangereux de leurs devoirs²¹⁶². » Pour la première fois, le Conseil d'État accorde un statut normatif concret à un droit social.

Cela étant, pour les juges, ce droit ne garantit pas un montant de rémunération ou de retraite fixe. Le Parlement, dans le cadre de sa politique économique, peut décider la baisse des revenus du personnel des forces armées et des forces de maintien de l'ordre dans la mesure où cela est nécessaire. C'est ainsi que les juges ont décrit le raisonnement que devait suivre le législateur :

« une baisse des revenus des forces armées de telle nature ou étendue qui bouleverse le régime salarial valable jusque-là ne peut être imposée qu'après appréciation de son bénéfice fiscal par rapport à ses impacts potentiels sur le fonctionnement de ces forces armées, ainsi que de sa nécessité ou de l'existence de mesures d'effet équivalent moins coûteuses pour le personnel des forces armées et des forces de maintien de l'ordre²¹⁶³. »

Le raisonnement décrit par le Conseil est très proche de la proportionnalité : un test de nécessité s'analysant en un calcul des coûts et des bénéfices des mesures contestées. Les juges n'ont toutefois pas utilisé le vocabulaire de la proportionnalité à ce stade du raisonnement. Dans un *obiter dictum*, ils ont déclaré que l'obligation d'apprécier les coûts et les bénéfices des mesures législatives vaut « en principe, pour toute réduction importante des revenus d'une certaine catégorie de fonctionnaires ou d'agents publics²¹⁶⁴. » De cette manière, le Conseil a explicitement attribué un statut constitutionnel à la protection de l'acquis social d'une large catégorie d'employés publics.

Les juges continuent en soulignant que, en ce qui concerne les forces armées et les forces de maintien de l'ordre, l'obligation du législateur « est plus impérative »

²¹⁶⁰ *Ibid.*, para. 11.

²¹⁶¹ *Ibid.*, para. 12.

²¹⁶² *Ibid.*

²¹⁶³ *Ibid.*

²¹⁶⁴ *Ibid.*

parce que, au-delà des critères normaux, le Parlement doit aussi prendre en compte « les conditions spéciales de l'exercice de leur profession et le caractère dangereux de celle-ci, ainsi que l'exigence de se consacrer exclusivement à cette profession²¹⁶⁵ ». Ainsi, les revenus des membres des forces armées doivent « être suffisants pour assurer leur subsistance décente et proportionnés à l'importance de leur mission²¹⁶⁶. » Les juges procèdent à l'énumération d'un nombre de critères concrets que le législateur doit prendre en compte, tels que le grade de l'agent concerné ou ses responsabilités. À la suite de ces considérations, le Conseil annonce que seul un « contrôle marginal » des mesures contestées relève de sa compétence, ce contrôle consiste à examiner si le législateur a pris en compte les critères mentionnés et « non d'autres, manifestement inappropriés²¹⁶⁷ ».

L'application de la proportionnalité dans l'affaire des « régimes salariaux spéciaux ». Le standard du caractère manifestement inapproprié fait écho à la version traditionnelle de la proportionnalité dans la jurisprudence constitutionnelle. Toutefois, comme dans l'affaire sur le premier MoU, le raisonnement qui suit est très loin d'être tautologique. Le Conseil commence par l'identification du but des mesures contestées. Dans une série de longs considérants, il reprend les dispositions du deuxième MoU, leurs actes d'exécution dans l'ordre juridique interne ainsi que le contenu de la Décision 2012/211/UE du Conseil concernant les régimes salariaux spéciaux²¹⁶⁸. Suivant son raisonnement sur le premier MoU, le Conseil souligne que ces mesures « ont été édictées par le Parlement Grec en souveraineté », ce qui exclut la pertinence du droit international²¹⁶⁹. Les juges concluent que le législateur a acté les baisses litigieuses pour faire face à la crise économique et financière prolongée, compte tenu de l'inefficacité des politiques contre l'évasion fiscale et des réformes structurelles²¹⁷⁰. Selon le Conseil, en période de dépression économique prolongée, il est loisible au Parlement de prévoir des mesures onéreuses pour certains groupes sociaux dans la poursuite de l'intérêt fiscal de l'État. Cela étant, les juges posent des limites à ce pouvoir : les mesures en cause doivent respecter les principes de proportionnalité, d'égalité et de dignité humaine.

Le raisonnement juridictionnel est très proche de celui qui a été suivi dans l'affaire du premier MoU, citée à maintes reprises dans la décision. Il n'en reste pas moins que la proportionnalité conduit les juges à un contrôle beaucoup plus intrusif dans cette affaire. Cela est lié au fait qu'elle n'est pas appliquée comme un test autonome mais en combinaison avec d'autres dispositions constitutionnelles et notamment avec le principe d'égalité devant les charges publiques²¹⁷¹. Dans le raisonnement qui suit, les juges examinent les critères concrets pris en compte par le Parlement, tels qu'ils ressortent des travaux parlementaires :

²¹⁶⁵ *Ibid.*

²¹⁶⁶ *Ibid.*

²¹⁶⁷ *Ibid.*

²¹⁶⁸ *Ibid.*, para. 13-14.

²¹⁶⁹ *Ibid.*, para. 17.

²¹⁷⁰ *Ibid.*

²¹⁷¹ *Ibid.*, para. 19.

« alors que chacun des régimes salariaux “spéciaux” concernait une catégorie différente d’agents publics et de fonctionnaires, avec une mission et des devoirs clairement distincts, le législateur les a traités collectivement comme un ensemble économique unitaire, calculé de manière cumulative, qui devait être réduit de 10 pourcent dans le contexte de la politique de réduction du déficit économique et de la dette publique. De plus, il résulte de ces éléments [...] que, lors de la détermination du montant des baisses imposées sur chaque régime salarial et sur chaque grade au sein de ce régime [...], le législateur a exclusivement pris en compte les revenus accordés jusque-là en les quantifiant. [...] En application de ce critère purement arithmétique, le législateur a déterminé les baisses dans les revenus des forces armées et des forces de sécurité²¹⁷² ».

Selon le Conseil, dans la poursuite d’une réduction du déficit, le législateur a négligé l’importance constitutionnelle du régime salarial spécial du personnel de l’armée et des forces de maintien de l’ordre. Toutefois, le contrôle des juges ne se borne pas aux intentions du Parlement mais porte également sur les impacts des mesures en cause. Le Conseil calcule en détail l’effet cumulé des politiques d’austérité depuis 2010 sur le revenu net des requérants, pour conclure de manière unanime que les mesures contrôlées sont « profondément disproportionnées et inéquitables²¹⁷³ ». Cela est d’autant plus le cas que le législateur n’a pas été efficace dans la promotion de réformes structurelles et dans la confrontation de l’évasion fiscale.

La préservation de la normativité de la Constitution. Dans l’affaire des « régimes salariaux spéciaux », les droits des requérants ne sont pas réduits à une exigence minimale de subsistance décente. Au lieu de cela, ils impliquent l’obligation pour le Parlement d’être cohérent dans la programmation de sa politique publique et d’étudier minutieusement ses impacts²¹⁷⁴. L’affirmation claire des buts et des impératifs constitutionnels à l’encontre de l’intérêt public invoqué par le législateur attribue au Conseil le pouvoir de s’immiscer dans la définition des priorités politiques. En réponse aux arguments du gouvernement, qui invoquait des

²¹⁷² *Ibid.*

²¹⁷³ *Ibid.*, para. 15 s., not. para. 21.

²¹⁷⁴ À cet égard, le raisonnement du Conseil est proche de la jurisprudence « activiste » des années quatre-vingt-dix en matière de protection de l’environnement. Constantinos Yannakopoulos observe que, dans cette jurisprudence également, le Conseil a imposé aux autorités détentrices du pouvoir normatif d’employer des critères rationnels dans le processus de programmation de la politique publique et des obligations d’établissement des faits. V. YANNAKOPOULOS C., « Τα δικαιώματα στην νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας [Rights in the case law of the Council of State] », *Τα δικαιώματα στην Ελλάδα 1953-2003 [Rights in Greece 1953-2003]*, Athènes, Kastanioti, 2004, p. 448 s. ; « Μεταξύ συνταγματικών σκοπών και συνταγματικών ορίων: η διαλεκτική εξέλιξη της συνταγματικής πραγματικότητας στην εθνική και στην κοινοτική έννομη τάξη [Between constitutional goals and constitutional limits: the dialectical evolution of constitutional reality in the national and the Community legal orders] », *ΕφΑΔ*, 2008, n° 5, p. 736 s. ; « Το ελληνικό Σύνταγμα και η επιφύλαξη του εφικτού της προστασίας των κοινωνικών δικαιωμάτων [The Greek Constitution and the feasibility clause of social rights protection] », *ΕφΑΔ*, 2015, vol. 4, p. 5.

circonstances économiques exceptionnelles, les juges observent que « l'intérêt fiscal de l'État n'est plus impérieux²¹⁷⁵ ».

De manière intéressante, l'affirmation des buts constitutionnels dans le raisonnement des juges administratifs passe par une séparation stricte entre droit de l'UE et droit constitutionnel. En effet, dans l'affaire sur les « régimes salariaux spéciaux », abandonnant le raisonnement suivi dans la décision 668/2012, le Conseil distingue clairement les exigences du droit européen de l'intérêt public et des valeurs constitutionnelles internes. Les mesures contestées dans l'affaire 2192/2014, comme celles qui l'étaient dans l'affaire 668/2012, sont entachées de la même ambiguïté en ce qui concerne leur origine : alors que l'austérité est présentée comme un choix politique du gouvernement en application du Cadre budgétaire de moyen terme, elle résulte clairement des MoU, et donc des accords informels entre l'exécutif et les représentants des créanciers du pays. Qui plus est, en l'espèce, les mesures litigieuses avaient été reprises dans une décision du Conseil dans le cadre des procédures de discipline fiscale²¹⁷⁶. Selon les juges, toutefois, « pour l'exercice de la politique économique dans le cadre des obligations internationales du Pays, le législateur national n'est pas dispensé du respect des [...] règles et principes constitutionnels²¹⁷⁷ ». Alors que, dans la décision sur le premier MoU, le Conseil avait défini les buts constitutionnels internes en se référant à l'intérêt commun des pays membres de la zone euro, dans l'affaire des « régimes salariaux spéciaux », il a clairement distingué les exigences constitutionnelles de l'impératif de discipline fiscale résultant des obligations « internationales » du Pays.

Le Conseil a suivi le même raisonnement dans d'autres affaires concernant le régime de rémunération du personnel de l'université et les retraites dans le secteur privé²¹⁷⁸. Suivant un raisonnement similaire, la Cour des comptes a également déclaré l'inconstitutionnalité des baisses de salaires des magistrats et des juges²¹⁷⁹. Dans la jurisprudence récente en matière d'ajustement économique, les juridictions internes exigent « l'étude concrète, approfondie et bien documentée » de l'impact des mesures d'austérité, qui leur permet seule d'apprécier le caractère approprié et nécessaire de celles-ci et de censurer toute « violation prohibée du noyau » des droits sociaux²¹⁸⁰. De cette façon, elles préservent l'autonomie de la Constitution, tant vis-à-vis de la rationalité économique de l'exécutif que du droit européen.

L'affirmation de la pertinence du droit constitutionnel en matière de politique économique fait des juges, et notamment du Conseil d'État, des acteurs politiques majeurs. Les déclarations d'inconstitutionnalité des lois d'application des MoU

²¹⁷⁵ StE (Ass.) 2192/2014, précitée, para. 21.

²¹⁷⁶ V. Décision 2011/734/UE du Conseil du 12 juillet 2011, adressée à la Grèce en vue de renforcer et d'approfondir la surveillance budgétaire et mettant la Grèce en demeure de prendre des mesures pour procéder à la réduction du déficit jugée nécessaire pour remédier à la situation de déficit excessif, JO L 296, 15.11.2011, 38, et ses amendements.

²¹⁷⁷ StE (Ass.) 2192/2014, para. 21.

²¹⁷⁸ V. StE (Ass.) 4741/2014 *E.L.L.L.* 2015, 170 et StE (Ass.) 2287/2015 *APM* 2015, 1371 resp.

²¹⁷⁹ ES (Ass.) 4327/2014 *APM* 2015, 1194 (Cour des comptes).

²¹⁸⁰ StE (Ass.) 2287/2015, précitée, not. para. 24.

résonnent dans les médias internes et internationaux. La référence à des « grandes » décisions de la jurisprudence constitutionnelle devient de plus en plus récurrente dans la littérature²¹⁸¹. Les impacts fiscaux de la jurisprudence du Conseil ont même été mentionnés dans la déclaration du Sommet de la zone euro de juillet 2015, où le Conseil est lui-même mentionné comme une « Cour constitutionnelle²¹⁸² ». Les juges administratifs adaptent leur raisonnement formaliste à leur nouveau rôle. Dans la décision 4741/2014, l'assemblée plénière du Conseil s'est reconnu le pouvoir de reporter les effets de sa décision dans le temps, après « une mise en balance de l'intérêt public relatif à la crise économique aigüe avec le manque de liquidité de l'État grec, connu de tous²¹⁸³ ». La mise en balance conséquentialiste est certainement une méthode nouvelle pour le Conseil. Elle ouvre la porte à l'application de la proportionnalité comme principe protecteur des droits fondamentaux en droit public grec.

Des applications récentes de la proportionnalité en France, en Angleterre et en Grèce peuvent être lues comme exprimant des tendances à la désintégration de l'Europe, tendances qui se manifestent également dans d'autres instances du discours juridique et politique. Encore une fois, la transformation de la proportionnalité dans ce contexte particulier n'est pas uniforme à travers les différents systèmes étudiés ; elle suit un chemin particulier dans chaque système, selon le sens local que prennent la proportionnalité et le droit européen dans chacune de ces cultures.

Dans la pensée juridique française, les valeurs républicaines ont pendant longtemps été perçues comme compatibles, par définition, avec le paradigme européen des droits fondamentaux. Dans ce contexte, les conflits entre droit européen et droit interne étaient difficilement concevables. Néanmoins, la Cour EDH oblige de plus en plus les juristes locaux à admettre le particularisme de leur vision majoritaire des valeurs sociales et de leur conception des droits de l'homme comme des principes objectifs et rationnels. Sous l'influence de la jurisprudence européenne, les acteurs juridiques français prennent conscience du pluralisme des systèmes européens de protection des droits fondamentaux, ce qui remet en question les fondements de leur tradition rationaliste. Dans ce contexte, l'application de la proportionnalité devient radicale : « défaisant » la loi républicaine, elle introduit le pragmatisme et le raisonnement par cas en droit public français.

Si le processus d'intégration européenne dans le Royaume-Uni a procédé par la reconnaissance explicite des conflits normatifs entre le droit interne et le droit supranational, l'effort des juges anglais pour faire taire ces conflits dans la

²¹⁸¹ MANTZOUFAS P. et A. PAVLOPOULOS, « Η μεγάλη απόφαση για τις τηλεοπτικές άδειες και η μεγαλύτερη δοκιμασία της ερμηνείας του Συντάγματος [The great case concerning TV licences and the greater challenge of constitutional interpretation] », *ΣΥΝΗΓΟΡΟΣ*, 2017, p. 22-28.

²¹⁸² V. Euro Summit Statement, 12 juillet 2015 (SN 4070/15), (consulté le 15 novembre 2019), <https://www.consilium.europa.eu/media/20353/20150712-eurosummit-statement-greece.pdf>, p. 1.

²¹⁸³ V. ES (Ass.) 4347/2014, précitée (Cour des comptes).

jurisprudence récente expriment une rupture. L'assimilation de la proportionnalité aux concepts du *common law*, notamment à l'irrationalité, passe en effet par le rejet de son application en tant que chef de contrôle européen. Les attentes suscitées chez les juristes locaux par la proportionnalité se concrétisent ; le droit public anglais est de plus en plus fondé sur des principes rationalistes. Toutefois, la proportionnalité en tant que chef de contrôle n'en fait pas partie. Le développement des concepts et des standards du *common law* compromet l'effet utile du droit européen dans la sphère juridique interne et illustre ainsi le processus de désintégration qui est en cours dans le Royaume-Uni. Rien n'est moins sûr que la réaffirmation du principe de souveraineté parlementaire après le Brexit ou le retrait du *HRA*. Les juges anglais opposent déjà leur identité nationale à l'application des décisions de la Cour EDH et de la CJCE. Dans un raisonnement qui semble être la version anglaise de la théorie de l'acte clair, la Cour suprême exige de la jurisprudence supranationale la rigueur analytique des techniques du *common law*. Ainsi prive-t-elle cette jurisprudence d'un des moteurs principaux de sa dynamique d'intégration : le raisonnement téléologique.

En Grèce, la désintégration ne se manifeste pas dans l'abandon du langage de la proportionnalité ou des droits fondamentaux. Cela semblerait d'ailleurs impossible étant donné que ce langage est perçu par les juristes locaux comme un acquis de leur civilisation constitutionnelle. Au lieu de cela, la désintégration se traduit par l'affirmation de l'autonomie de la Constitution grecque. Jusqu'à récemment, la Constitution n'était normative que dans la mesure où elle était compatible avec le droit européen. Dans la jurisprudence récente, au contraire, la Constitution s'applique même lorsqu'elle entre en conflit direct et explicite avec celui-ci. Le droit européen devient une « obligation internationale » du pays, qui ne lie les autorités étatiques que dans la mesure où elle est compatible avec la Constitution. Le contenu normatif de cette dernière cesse ainsi d'être déterminé par référence à la jurisprudence européenne. La pratique juridictionnelle interne attire de plus en plus l'attention des juristes. Les juges cessent d'être les partenaires du gouvernement dans la réalisation des buts législatifs pour devenir les gardiens des valeurs constitutionnelles. La proportionnalité peut se montrer une « arme formidable » pour cette nouvelle mission.

Il convient de rappeler que l'analyse présentée dans ce chapitre n'a pas de prétention à l'exhaustivité. Le choix des affaires commentées repose sur la réception de celles-ci par les juristes locaux comme des affaires importantes, parfois même révolutionnaires. La lecture proposée ici de ces affaires n'est toutefois qu'une lecture parmi d'autres possibles. En outre, d'autres affaires pourraient exprimer des tendances différentes, voire opposées, dans les différents systèmes étudiés. Cela ne doit toutefois pas être vu comme une remise en cause de l'analyse présentée dans ce chapitre, mais comme une illustration du caractère malléable et contesté du droit, de

la culture juridique et de la proportionnalité, qui permet la coexistence simultanée de phénomènes d'intégration et de désintégration dans le même contexte²¹⁸⁴.

²¹⁸⁴ WARD I., « Identity and difference: The European Union and Postmodernism », G. MORE et J. SHAW (dir.), *New legal dynamics of European Union*, New York, Clarendon Press, 1995, p. 15.

Conclusion de la troisième partie

Proportionnalité, rationalisme et pluralisme normatif

Des visions locales de l'intégration européenne. L'intégration européenne est une intégration par le droit. En s'appuyant sur les traditions constitutionnelles des États membres, la CJUE et la Cour EDH ont initié des processus d'intégration différents, qui sont marqués par les objectifs spécifiques des ordres juridiques dont elles font partie. La proportionnalité et le langage des droits l'accompagnant ont joué un rôle important dans ces processus d'intégration. Dans la jurisprudence de la Cour de Strasbourg, l'intégration se traduit essentiellement par l'établissement d'une culture institutionnelle commune entre les États signataires, au sein de laquelle les droits de l'homme sont pris en compte à l'occasion du processus de décision publique. La proportionnalité prend la forme d'un principe d'acculturation et sanctionne l'indifférence des autorités nationales vis-à-vis des valeurs constitutionnelles communes. En contraste, la jurisprudence de la Cour de Luxembourg s'est principalement attachée aux faits. Dans ce contexte, l'intégration prend la forme de la construction d'un marché commun, au moyen de l'application effective des libertés de circulation, et cela, parfois au détriment d'autres valeurs. Dans la jurisprudence de la Cour de Justice, la proportionnalité traduit les objectifs poursuivis par les autorités étatiques en entraves à la circulation dont les effets sont mesurés et soumis à l'évaluation, essentiellement du point de vue de la rationalité du marché.

Ces différents projets d'intégration européenne ont été perçus de manière différente par les juristes français, anglais et grecs, en fonction des conceptions locales de la proportionnalité, des récits locaux sur le droit et la protection des droits de l'homme, ainsi que des constructions locales du savoir juridique lui-même. Ainsi peut-on dire que la façon dont la dynamique intégratrice de la proportionnalité se déploie dans les différents contextes étudiés exprime la façon dont les acteurs juridiques locaux perçoivent les projets d'intégration européenne à travers le temps.

Le rationalisme et la négation des conflits normatifs. Dans la tradition rationaliste des systèmes continentaux, le droit est conçu comme une connaissance objective, scientifique même, à laquelle des méthodes juridiques rigoureuses permettent d'accéder. Les valeurs que le droit incorpore sont perçues comme faisant partie d'une culture communément partagée, voire universelle – en un mot, d'une « civilisation ». Le droit est un ordre juridique, articulé sur la base des principes rationnels et objectifs qui inspirent l'ensemble. Dans ce contexte, les ordres juridiques supranationaux sont censés garantir les mêmes valeurs que les ordres juridiques internes : puisque ces valeurs découlent de la raison, elles ne peuvent pas varier entre les différents systèmes juridiques. Le rationalisme de la pensée juridique française et grecque empêche donc les juristes locaux de concevoir et d'explicitier les conflits normatifs entre le droit interne et le droit européen.

Les droits et libertés garantis par le droit européen et la proportionnalité sont en général reçus dans ces contextes comme s'ils imprégnaient déjà le droit interne. Ainsi, en France, *la patrie des droits de l'homme*, la civilisation européenne des droits de l'homme est censée achevée depuis la Révolution de 1789 et elle sous-tend la DDHC et les lois républicaines. En Grèce, au contraire, elle est perçue comme une civilisation à rejoindre. Le paradigme européen des droits de l'homme est perçu comme le *telos* de la Constitution grecque. Dans la pensée juridique continentale, les condamnations de la part des juridictions supranationales ne sont donc pas perçues comme le résultat d'une différence d'ordre axiologique entre le droit interne et le droit européen, mais plutôt du dysfonctionnement de l'ordre juridique interne dans des cas concrets. L'établissement d'une cohérence matérielle entre ces deux ordres juridiques fait partie des défis majeurs de l'application du droit par les autorités publiques et notamment par les juges.

Cette réception n'implique donc pas de changements institutionnels majeurs mais passe par l'inscription des concepts juridiques européens dans leurs homonymes de l'ordre juridique interne, ce qui entraîne une transformation importante de leur contenu et de leur structure. Les juristes locaux restent souvent aveugles à ce processus de « traduction inexacte », les concepts juridiques européens se coulant subrepticement dans des concepts juridiques internes. Dans ce contexte, la proportionnalité est appliquée de manière incohérente. Elle n'est pas une technique de contrôle spécifique au droit européen. Elle n'est pas mise au service de l'application effective des droits et libertés européens mais correspond plutôt à un principe objectif imprégnant l'ensemble de l'ordre juridique et, comme telle, elle peut être présumée dans l'intention du législateur. Son application s'analyse en un contrôle du rapport entre les moyens et les fins de l'action publique, afin de garantir la promotion efficace des buts législatifs. Ses aspects institutionnels et procéduraux sont négligés par les juristes locaux, qui peinent aussi à saisir la fonction de la marge d'appréciation telle qu'elle est appliquée par le juge européen. Il ne s'agit pas là de dire que les juristes continentaux auraient plus de mal que d'autres à comprendre le droit européen, mais que ces questions sont difficilement pensables dans leur cadre intellectuel traditionnel.

Une fois reçue dans les systèmes continentaux, le potentiel de la proportionnalité relève de l'esthétique : sa dynamique transformatrice se déploie en fonction de la possibilité de présenter les valeurs constitutionnelles internes comme également européennes. À cet égard, les narrations locales concernant la protection des droits et libertés jouent un rôle crucial. En France, *la patrie des droits de l'homme*, l'application de la proportionnalité prend la forme d'une forme de processus d'inculcation républicaine. Elle ne conteste donc pas véritablement les jugements de valeur incorporés dans la législation. Elle n'appelle pas non plus de véritable justification de la part du juge. Ainsi ne génère-t-elle pas de changements radicaux dans le raisonnement juridictionnel : l'utilisation du vocabulaire de la proportionnalité en pratique est peu cohérent et joue essentiellement une fonction symbolique de « signalisation ». La dynamique intégratrice de la proportionnalité est donc fortement

contrainte par les structures traditionnelles du droit public français. En Grèce, au contraire, le contenu normatif de la Constitution interne est traditionnellement défini par référence aux systèmes européens et supranationaux. En tant que méthode d'interprétation téléologique, la proportionnalité génère des changements constitutionnels importants. Elle conduit à interpréter la Constitution pour trouver son « vrai » sens, à la lumière du droit européen. Dans l'affaire *Michaniki*, elle a même produit une transformation radicale de la Constitution par « abnégation ».

Le pragmatisme et la gestion du pluralisme normatif. Les difficultés à saisir la proportionnalité européenne dans le contexte anglais sont différentes. Contrairement à ce qui est observé dans les systèmes continentaux, le rationalisme dont la proportionnalité est porteuse est difficile à penser dans le contexte du droit anglais. L'interprétation de cette difficulté fait partie des objets principaux de ce travail et elle a déjà longuement été évoquée. Il convient ici de se limiter à quelques remarques concernant la proportionnalité dans le contexte d'intégration européenne. Dans la tradition pragmatique du *common law*, la proportionnalité est perçue comme un chef de contrôle spécifique, un « *remedy* », qui garantit l'application effective du droit européen dans l'ordre juridique interne et qui garantit le respect des obligations internationales du Royaume-Uni. De façon quelque peu paradoxale, il résulte de ce confinement que les juges anglais prennent au sérieux sa fonction d'intégration et assument leur rôle de juges de droit commun du droit européen. Le contenu de la proportionnalité en jurisprudence est défini par référence à la jurisprudence supranationale, ainsi réussit-elle à déployer largement sa dynamique intégratrice.

Toutefois, comme chef de contrôle matériel, la proportionnalité « irrite », au sens de Gunther Teubner, les fondements de la tradition du *common law*, qui est fondée sur une stricte séparation entre formes juridiques et valeurs matérielles. Dans les cas où les juridictions supranationales n'ont pas suffisamment pris en compte les particularités du système juridique anglais, les juges ont refusé d'appliquer leurs décisions. Au prix de la rigueur analytique du *common law*, ils ont exposé dans des motivations détaillées les éléments institutionnels et culturels qui les empêchaient de se conformer à la jurisprudence européenne en matière de proportionnalité. Ainsi, ils ont engagé un dialogue transnational des juges, à l'issue duquel la CJUE a reconnu le pluralisme normatif en Europe, même dans le cadre du marché commun. Par conséquent, dans le cas anglais, ce n'est pas tant l'application de la proportionnalité, que le désaccord explicite et motivé avec les préceptes de la jurisprudence européenne, qui a donné aux juridictions nationales la possibilité de communiquer avec leurs homologues européens et d'influencer le processus de construction européen.

La culture juridique fournit aux acteurs juridiques des moyens plus ou moins efficaces pour participer au processus d'intégration européenne. En contraste avec leurs collègues continentaux, les juristes du *common law* sont conscients des conflits normatifs entre le droit interne et le droit européen. Traditionnellement, ces conflits ont été gérés par une conception stricte et formelle du dualisme ; celle-ci empêche

l'application des concepts du droit européen en dehors de leur champ d'application formel. Les juges anglais ont pendant longtemps confiné la dynamique intégratrice de la proportionnalité au champ d'application des traités communautaires et de la CEDH. Ils ont relevé le caractère particulier de la rationalité qui sous-tend ces textes et se sont occasionnellement opposés à leur aspiration à englober de plus en plus de domaines de l'action publique et de la société. Le pragmatisme du *common law* et le « compromis irrationnel » qui le traverse, ou la préférence des juristes locaux pour le « *muddling through* », a permis aux juges anglais de formuler explicitement les conflits normatifs entre le droit interne et le droit européen et de rappeler à leurs collègues continentaux le caractère imparfait de l'intégration européenne.

Convergence et nouvelles dissonances sous l'influence du droit européen.

Toutefois, le « bagage » rationaliste de la proportionnalité se propageant en droit public anglais, il devient de plus en plus difficile pour les juristes locaux de concevoir et d'expliciter les conflits normatifs entre droit européen et droit interne. Dans certaines affaires récentes, les juges anglais ont en effet nié l'existence de différences matérielles entre le *common law* et le droit européen en matière de protection des droits de l'homme. Dans ces affaires, si la proportionnalité est présentée comme une méthode juridique transcendant le formalisme analytique du droit anglais, son application en tant que chef de contrôle européen est progressivement abandonnée au profit des concepts et des doctrines du *common law* perçus comme équivalents, comme le principe de légalité ou le chef d'irrationalité. Si cela donne momentanément l'impression d'une convergence entre droit interne et droit européen, les dissonances entre ces deux systèmes resurgissent sous des formes qui les rendent à peine discernables. Dans l'application du droit européen, les juges anglais opposent les techniques du *common law*, comme l'interprétation « originaliste » et la doctrine du précédent, à la technique d'interprétation téléologique des juridictions supranationale.

Ces divergences, pour être parfois difficile à déceler, à la différence des oppositions explicites plus anciennes, n'en sont pas moins importantes. Elles confinent considérablement la dynamique d'intégration des concepts européens dans la sphère juridique interne. Ce que les juristes anglais ont attendu de la transplantation de la proportionnalité est peut-être essentiellement la construction d'un droit public *anglais*. Il est donc logique que l'accomplissement de cette attente ne passe pas nécessairement par l'application de la proportionnalité comme chef de contrôle *européen*. Pendant que le droit anglais acquiert progressivement son propre système de droit public et se rapproche des systèmes continentaux, le principe de souveraineté parlementaire se transforme en une défense de l'identité nationale, garantie par les juges et la constitution.

Dans une trajectoire inversée, la prise de conscience croissante des juristes continentaux des possibilités de conflit normatif entre l'ordre juridique interne et le droit européen introduit des éléments de pragmatisme dans leur pensée juridique. Ce nouveau pragmatisme donne la possibilité aux juges français d'explicitement ces conflits

et d'entrer dans un dialogue transnational avec leurs collègues d'autres systèmes occidentaux. Les juges français ont ainsi cessé d'affirmer axiomatiquement la coïncidence entre valeurs supranationales et nationales. Dans le cadre du droit de l'UE, avant de traduire les concepts juridiques français par leurs homonymes européens, ils procèdent à un examen détaillé de la jurisprudence de la Cour de Justice, afin de s'assurer de la protection effective des valeurs constitutionnelles nationales. Ainsi, une distinction classique de la pensée positiviste française est progressivement abandonnée : celle entre la norme juridique et son application. Par ailleurs, les juridictions nationales n'hésitent pas à affirmer explicitement les particularités constitutionnelles de leur ordre juridique qui peuvent compromettre l'effet utile des dispositions du droit de l'UE. L'exemple le plus caractéristique est la création jurisprudentielle du concept d'identité constitutionnelle de la France.

Ces évolutions deviennent encore plus apparentes dans le contexte de la Convention, où la Cour de Strasbourg oblige les juristes français à reconnaître la particularité et l'exceptionnalisme de leur perception républicaine des droits fondamentaux. Si cette reconnaissance peut être vue comme une certaine garantie pour l'identité constitutionnelle française, elle heurte de front certaines de ses caractéristiques traditionnelles, et notamment sa prétention à l'universalité, en lui imposant de reconnaître, dans le même mouvement, sa singularité et le pluralisme normatif en Europe. Comme le montre l'affaire *Gonzalez-Gomez*, l'effort des juges français pour concilier différentes visions du monde sous-tendant la protection des droits fondamentaux en Europe les conduit à déconstruire les catégories et les distinctions traditionnelles du droit public et confère une fonction radicale à la proportionnalité. Celle-ci s'établit comme le critère ultime permettant l'application de la loi républicaine.

Dans le contexte grec, la crise de la zone euro a révélé le caractère illusoire de la modernisation préconisée par les élites juridiques et politiques locales et a rompu l'impression de cohérence entre l'ordre constitutionnel interne et le droit européen. Cela provoque une crise constitutionnelle avec des dimensions existentielles. Les limites de la Constitution sont considérablement affaiblies dans la poursuite des objectifs financiers déterminés par les autorités étatiques et les créanciers du pays. Face à cette situation, les juges abandonnent leur attitude initialement réservée pour affirmer l'autonomie de la Constitution et leur propre pouvoir de définir son contenu normatif. Ce faisant, ils entrent en conflit direct et explicite, tant avec le Parlement qu'avec les juridictions supranationales. Ce nouveau dualisme en droit grec est lié à la revendication d'un rôle actif de la part des juges dans la définition des priorités de la politique publique. De manière paradoxale, le détachement de la proportionnalité de sa fonction d'eupéanisation ouvre la porte à l'importation du modèle alexyen en Grèce.

CONCLUSION GÉNÉRALE

L'étude des sens locaux de la proportionnalité. À la différence d'une littérature le plus souvent enthousiaste, présentant la proportionnalité comme un élément fondateur du constitutionnalisme global, nous nous sommes intéressés aux différences dans l'usage de la proportionnalité à travers l'espace et à travers le temps. Déplacer l'attention sur ces différences est crucial pour comprendre la diffusion de la proportionnalité et pour prendre la mesure des bouleversements qu'elle a entraînés. Tout au long de ce travail, nous avons cherché à rendre moins énigmatique l'application de la proportionnalité dans les systèmes français, anglais et grec. Pour ce faire, nous avons eu le souci constant de replacer l'usage de la proportionnalité au sein d'un contexte discursif plus large. Le droit et la proportionnalité ont été conçus comme des langages ; ils ne prennent sens que dans le cadre d'une certaine culture juridique. Cette étude s'est efforcée d'identifier et d'interpréter les versions locales de la proportionnalité et la façon dont elles ont évolué au cours du temps. Ainsi avons-nous proposé un récit permettant de rendre compte de l'émergence et de l'évolution de la proportionnalité qui fasse justice à la spécificité de chacun des cas étudiés. Nous avons cherché à saisir les sens locaux de la proportionnalité en étudiant les attentes que les acteurs juridiques de chaque système avaient lors de son introduction et la façon dont ces attentes ont pu évoluer au cours du temps.

L'étude des sens locaux de la proportionnalité se révèle très enrichissante, non seulement pour notre compréhension du retentissement de la proportionnalité, mais aussi pour notre compréhension des différentes cultures juridiques dans lesquelles elle s'insère. En effet, cette étude permet aussi de mettre au jour les diverses manières dont les juristes français, anglais et grecs ont résisté à la proportionnalité en tant que structure analytique visant à la protection des droits fondamentaux. Elle permet ainsi de dévoiler les mythes et les tabous propres à chaque contexte, les versions locales du formalisme et les modes particuliers de changement culturel pour faire face à des influences et des évolutions externes. L'analyse d'un cas spécifique de transfert permet de jouer comme un révélateur, non pas de la nature ou de l'essence de ce qui serait transféré, mais des cultures juridiques au sein desquelles ce transfert s'insère. C'est en ce sens que nous avons parlé de la fonction expressive du principe de proportionnalité : il permet de rendre visible des traits culturels difficilement perceptibles lorsque l'on est immergé dans chacune des cultures étudiées. Cette étude, par une meilleure appréhension des différences dans l'usage de la proportionnalité, permet aussi de réfléchir à la possibilité de convergence entre les systèmes juridiques et, partant, de penser le passé et le futur des différents projets d'intégration européenne.

Les divergences dans l'utilisation de la proportionnalité. L'étude des pratiques juridiques dans les systèmes français, anglais et grec a permis de montrer que la proportionnalité était loin de toujours être conçue comme un raisonnement en étapes permettant de mettre en balance des droits fondamentaux. Cela est par

exemple très clair dans la version du « bilan » mise en œuvre par le Conseil d'État français. Dans ce cas, la proportionnalité n'est même pas directement liée aux droits fondamentaux. D'ailleurs, dans sa version « contrôle de proportionnalité », très répandue en France, la proportionnalité est avant tout une théorie doctrinale. Elle permet la systématisation des pratiques du juge, mais elle est rarement utilisée de façon explicite par celui-ci comme une technique permettant la protection des droits fondamentaux. Différemment, la proportionnalité a longtemps pris la forme d'un *head of review* européen en Angleterre, celui-ci venant « parasiter » le système de recours et de procédures du *common law*. Elle a été confinée à l'application d'obligations européennes, plutôt qu'utilisée dans le cadre du contentieux public du *common law*.

L'adoption du langage de la proportionnalité n'emporte pas nécessairement une harmonisation des pratiques juridiques. Il faut d'ailleurs insister sur le fait que, même lorsque les juges en appellent explicitement au modèle allemand ou européen de la proportionnalité, des différences importantes demeurent entre l'application qu'ils en font et le modèle auquel ils se réfèrent. En Grèce, par exemple, la proportionnalité a toujours été pensée comme un principe importé de l'Allemagne qui implique un raisonnement en étapes pour la protection juridictionnelle des droits de l'homme. Il n'en reste pas moins que son application en pratique a toujours été en décalage avec cette conception : dans le contrôle de la loi, elle se réduit traditionnellement en une censure des erreurs manifestes dans les motifs du législateur. En droit administratif, elle correspond à une exigence d'équité de l'action publique. Celle-ci implique parfois un contrôle intrusif de la motivation des actes administratifs. Ainsi, l'étude approfondie de l'usage de la proportionnalité montre que le discours dominant, selon lequel l'utilisation du langage de la proportionnalité dans différents contextes entraîne la mise en œuvre d'un même type de contrôle et donc une convergence entre systèmes juridiques n'est pas suffisant.

Toutefois, il ne faut pas non plus en conclure que la construction des versions locales de la proportionnalité se serait faite de façon complètement autonome, en dehors de toute influence externe. Cette influence se perçoit tout d'abord dans le recours au langage transnational de la proportionnalité, langage qui était absent des contextes étudiés avant les années soixante-dix. En effet, à la différence de ce que soutiennent certains théoriciens de la proportionnalité et certains acteurs juridiques locaux, la proportionnalité n'est pas une dimension naturelle ou inhérente au raisonnement juridique. On peut d'ailleurs noter que l'insertion de la proportionnalité dans un contexte national a parfois conduit à forger un nouveau terme, comme dans le cas grec (*αναλογιστότητα*). Dans les cas français et anglais, les termes de proportionnalité ou *proportionality* existaient déjà, ils ne faisaient toutefois aucunement référence à un raisonnement en étapes ou à l'optimisation des droits fondamentaux. Comme nouveau langage, la proportionnalité provoque des changements discursifs et culturels. Dans tous les contextes étudiés, ce langage a été conçu comme un transfert venant de l'extérieur. Il a été promu par différents acteurs dont le but était de provoquer certains changements, ce qui a pu dans certains cas entraîner des

convergences. En outre, s'il n'y a rien d'automatique ou nécessaire à cela, le recours au langage de la proportionnalité a dans certains cas véritablement conduit à mettre en place un raisonnement en étapes permettant la mise en balance des droits.

Si les intentions des acteurs d'un système juridique, ou bien des défenseurs de la proportionnalité comme mode de raisonnement global, ont pu jouer un rôle important, il faut toutefois prendre garde au fait que la diffusion des concepts juridiques et la signification qu'ils prennent n'est jamais complètement sous le contrôle de ceux qui les utilisent. En effet, de manière plus générale, le langage n'est pas complètement maîtrisé par celui qui s'exprime ; celui qui fait une assertion n'est pas le seul maître de la signification qu'elle prendra. Cela se perçoit très bien à travers l'étude menée dans cette thèse. Celle-ci révèle en effet que la façon dont la proportionnalité a affecté les cultures juridiques locales échappe en grande partie aux théoriciens de la proportionnalité qui la promeuvent au niveau transnational et aux acteurs juridiques locaux qui l'introduisent dans leur contexte juridique. Les concepts, distinctions et tabous locaux affectent la forme que la proportionnalité prend dans chacun des contextes. Ainsi la proportionnalité est-elle comprise comme une méthode de contrôle en France, comme un chef de contrôle en Angleterre – locution que nous avons forgée pour traduire *head of review* afin de souligner qu'elle n'a pas d'équivalent dans le contexte français – et comme un « principe total » en Grèce. Parmi les tabous juridiques locaux ayant joué un rôle majeur, on peut penser à l'interdiction de juger en opportunité, pour les juges continentaux, et à l'impératif de ne pas juger les *merits* de la décision, pour les juges anglais. La diffusion de la proportionnalité fait donc émerger de « nouvelles dissonances » révélant les logiques spécifiques des discours au sein desquels elle prend place. C'est en ce sens que l'on peut dire que la proportionnalité exprime les cultures locales dans lesquelles elle s'insère.

Proportionnalité, formalismes et exceptionnalismes. Les structures discursives spécifiques affectant la proportionnalité sont elles-mêmes liées à la façon dont le droit est conçu et pratiqué localement. Les différentes versions de la proportionnalité permettent de révéler les conceptions locales du droit qui les sous-tendent et les différences façons dont les cultures juridiques locales conçoivent l'autonomie du droit au regard de la morale, de la politique ou de l'économie. En d'autres termes, les différentes versions de la proportionnalité expriment différentes conceptions du formalisme juridique, conceptions qui sont propres à chaque système.

En Angleterre, le formalisme analytique exclut en principe la prise en compte de valeurs par le juge. C'est ainsi que le *common law* anglais justifie que le juge ne soit pas créateur de droit, ce qui permet au contrôle juridictionnel de ne pas remettre en cause la souveraineté du Parlement, principe fondamental du droit anglais. De manière différente, le formalisme prend une allure plus dogmatique dans les systèmes continentaux. Les juges sont censés respecter les jugements de valeur incorporés dans la loi, qui sont quasiment présentés comme des vérités scientifiques. Alors qu'en

Angleterre, la conception du juge comme arbitre le conduit à juger de « la procédure et de la forme [*of manner and form*] » entre deux parties en principe égales, en France et en Grèce, le juge comme scientifique, est censé rechercher objectivement la « volonté générale » exprimée par le législateur. En Angleterre, le mythe peut être vu comme extérieur au contrôle juridictionnel – celui-ci est souvent représenté comme un jeu. Différemment, dans les systèmes français et grec, le contrôle juridictionnel est plutôt vu comme un rituel, dans lequel les intérêts des parties sont dilués dans la poursuite de l'intérêt général. Ces différences se perçoivent bien dans le rôle qui est assigné à la mise en balance dans ces systèmes. Alors qu'elle est absente dans le cas anglais, elle se limite essentiellement, dans les cas français et grec, à un rituel conduisant à reconstruire l'intention du législateur afin qu'elle soit compatible avec la Constitution.

Si les traits culturels locaux ont conduit à l'adoption de différentes versions de la proportionnalité, ils ont aussi conduit à différentes formes de résistance au modèle alexyen. La proportionnalité a longtemps été rejetée comme un chef de contrôle du *common law* en Angleterre. En France et en Grèce, elle a pendant longtemps été transformée en une méthode dogmatique de contrôle ne pouvant conduire à la remise en cause de la volonté politique des autorités publiques. Ces différences mettent en lumière différents types d'exceptionnalisme à l'application du modèle global de la proportionnalité. Si, à la différence du cas des États-Unis, les systèmes étudiés n'expriment pas un refus explicite et général du modèle, ils en contestent toutefois la forme et la fonction professées par les adeptes du constitutionnalisme global.

S'intéresser à ces exceptionnalismes, en partant de la façon dont les juristes locaux ont pu résister au transfert du modèle alexyen de la proportionnalité, montre que le succès ou l'échec de ce modèle ne résulte pas tant de ses mérites sur le plan moral ou philosophique. Ils sont plutôt à rechercher dans les modes locaux de raisonnement, les perceptions locales du droit et du rôle du juge, ainsi que dans les « *binding arrangements* » locaux entre le droit et les autres discours. En France et en Grèce, les droits fondamentaux ne peuvent être pensés comme des impératifs que le juge aurait pour mission d'optimiser. Le rôle du juge étant traditionnellement conçu comme celui d'un censeur, celui-ci doit simplement imposer des limites à l'exercice du pouvoir public. En Angleterre, il a longtemps été impensable que le juge puisse mettre en balance des droits ; « en raison de leur formation et de leur expérience », les juges du *common law* n'étaient pas perçus comme qualifiés pour procéder à un tel acte.

La résistance au modèle global de la proportionnalité permet aussi de rappeler que l'émergence de celui-ci n'avait rien de nécessaire. Il y a quelques décennies, les démocraties constitutionnelles convergeaient vers un autre modèle de contrôle constitutionnel : un modèle de neutralité libérale plutôt qu'un modèle dans lequel les droits fondamentaux sont conçus comme des impératifs à optimiser. Il est d'ailleurs significatif que la version dogmatique de la proportionnalité, que l'on trouve dans des systèmes comme la France et la Grèce, soit assez proche de la version originale de la

proportionnalité que l'on trouvait en droit administratif prussien, ainsi que de celle utilisée dans l'immédiat après-guerre en droit constitutionnel allemand.

La proportionnalité et les savoirs locaux. Ainsi que nous l'avons soutenu, les différentes versions de la proportionnalité ne doivent pas être simplement vues comme des applications déficientes ou déviantes d'un modèle idéal. Elles expriment des mythes, des représentations et des rituels locaux. Leur étude permet de révéler les différentes représentations du monde que portent en eux les différents langages juridiques. Par exemple, la tradition anglaise commandant de faire l'« économie » de principes et d'éviter les grandes théories juridiques est directement liée à la narration Whig de l'histoire du *common law* et à l'idéalisation du processus politique qui lui est sous-jacente. De manière différente, le rationalisme qui irrigue les cultures juridiques continentales est hérité de l'esprit des révolutions nationalistes des siècles précédents et de la volonté de rompre avec les régimes autoritaires du passé.

Les mythes, les représentations et les imaginaires locaux déterminent la façon dont le savoir juridique est localement produit. Ils forment les « *legal formants* » et déterminent les critères locaux permettant d'évaluer ce qui est acceptable comme argument juridique ou non. Ils participent donc à déterminer les versions de la proportionnalité qui peuvent réussir ou échouer au sein d'une certaine culture. Par exemple, la proportionnalité comme équation arithmétique a pu fournir une théorie de la mise en balance dans le contexte français, mais cela n'a pas été le cas dans le contexte anglais. Cela s'explique notamment parce que, si les juristes français sont de manière générale optimistes quant à la possibilité de réduire des conflits moraux à des évaluations factuelles objectives, il n'en va pas de même des juristes anglais, qui demeurent dans l'ensemble très sceptiques à cet égard. Alors qu'en France, le droit a tendance à être vu comme un savoir de type rationnel et scientifique, le droit anglais est conçu comme un ensemble d'obligations fragmentées. En *common law*, la cohérence du savoir juridique n'est pas matérielle ; elle ne provient pas de constructions théoriques ou scientifiques mais de la référence à la volonté et à la souveraineté du Parlement. Quant aux juristes grecs, ceux-ci ont une manière singulière d'établir la cohérence du droit : ils le font au moyen de la traduction des théories et des débats doctrinaux étrangers.

Dans le cadre de cette thèse, nous avons essayé de mettre en lien le droit comparé avec des travaux en histoire intellectuelle et en anthropologie culturelle pour montrer que la diffusion de concepts juridiques, tels que la proportionnalité, n'est pas le produit de l'évolution d'une science juridique universelle. Les savoirs et les significations juridiques sont construits localement. Dans les différents contextes étudiés, les acteurs juridiques ont attaché des attentes différentes à la diffusion de la proportionnalité et se sont concentrés sur certains aspects de son usage. Les généalogies locales de la proportionnalité permettent de mettre en évidence les différents « bagages » sémantiques dont elle est chargée. En France, la proportionnalité a initialement émergé comme un impératif de prudence financière. Elle a pris la forme d'une théorie scientifique, prise en dehors du droit, qui

permettrait au savoir juridique et au contrôle juridictionnel de rationaliser les choix politiques. En Angleterre, la proportionnalité a été perçue comme un transfert continental, et de façon quelque peu étonnante, essentiellement comme une importation du droit français. En tant que telle, elle a tout d'abord été rejetée par les juges, tout en favorisant le développement d'un mouvement contestant l'héritage de Dicey chez les universitaires et les avocats. Ces derniers ont adhéré à l'ambition de rationaliser les éléments épars du *common law* autour de standards de justice matériels. Enfin, la théorie juridique grecque a toujours présenté la proportionnalité comme un transplant. Il était attendu de son importation de l'Allemagne et de l'Europe qu'elle permette de moderniser le système juridique et politique grec – cette modernisation, après laquelle court le pays depuis l'indépendance, a d'ailleurs pendant longtemps été considérée comme équivalente à l'eupéanisation dans le discours public.

La proportionnalité exprime des chemins locaux de changement culturel, des façons locales d'étendre la portée du champ juridique et de négocier son autonomie par rapport à d'autres discours. Les raisons expliquant sa diffusion sont propres à chaque contexte de réception. On peut constater que, contrairement à la rhétorique du constitutionnalisme global, cette diffusion ne s'explique pas forcément par des qualités qui seraient intrinsèques au modèle, telle que l'optimisation de la protection des droits fondamentaux ou la protection des droits de la minorité. Il faut d'ailleurs souligner que, si les arguments de la modernisation, de la rationalisation et de l'intégration européenne peuvent être vus comme des éléments communs à la diffusion du modèle, ils sont compris différemment dans chaque système juridique. C'est ici qu'une étude culturelle du droit est fondamentale. Elle permet de mettre en évidence les différences de signification se trouvant derrière le recours aux mêmes termes.

Les effets de la réception de la proportionnalité. S'ils ne sont pas universels, les sens donnés aux termes juridiques et, plus généralement, la culture, doivent être vus comme publics ; ils se construisent dans les interactions et sont accessibles à l'observateur à condition qu'il fasse l'effort de mener une véritable enquête. La culture juridique propre à un système se trouve notamment dans ce que les participants conçoivent comme relevant du sens commun mais qui est pourtant spécifique à ce système. C'est ici que le recul offert par le droit comparé peut aider à voir ce qui peut passer inaperçu pour les acteurs immergés dans une pratique, par ce que cela est pris comme donné. La particularité de la motivation des juges, mais aussi des manuels juridiques ou des notes d'arrêt dans une certaine culture n'apparaît véritablement qu'à la condition d'en connaître d'autres. La diffusion de la proportionnalité ne s'explique pas uniquement par la volonté de promouvoir une certaine classe d'acteurs ni par celle d'établir une « juristocratie ». Les motifs personnels des acteurs juridiques pris individuellement sont confrontés à la publicité du langage et de la culture dans laquelle ces acteurs s'expriment ; celui qui parle ne maîtrise pas complètement la signification que prennent ses assertions. Ainsi, dans la perspective adoptée dans la thèse, les effets de la proportionnalité doivent être vus,

au-delà des rapports de pouvoir, à travers les changements culturels que celle-ci entraîne.

Ainsi que nous l'avons signalé, s'intéresser aux différences n'interdit pas de voir les similarités que l'on peut trouver dans les différentes versions de la proportionnalité, versions qui se réfèrent parfois à un modèle commun. Ce qui lie l'usage de la proportionnalité dans les différents contextes étudiés est qu'elle exprime une vision du droit comme une forme de savoir rationnel qui transcende l'interprétation formelle des textes juridiques. La proportionnalité est porteuse d'une volonté de rationalisation du processus de décision politique et d'un appel aux valeurs de la communauté, et plus particulièrement, d'un appel aux droits fondamentaux. Le juge est alors idéalisé comme une institution capable de décider dans l'intérêt général, ce qui entraîne des changements institutionnels et culturels importants. En effet, au niveau du discours juridique, l'« impérialisme doctrinal » de la proportionnalité remet en cause les distinctions préexistantes qui ont traditionnellement permis de délimiter la compétence du juge : le contenu opposé aux motifs, dans le cas des actes administratifs en France ; le *review* opposé à l'*appeal*, dans le cas de l'Angleterre ; le *si* opposé au *comment*, dans le contrôle des compétences des autorités publiques en Grèce.

La proportionnalité conduit ainsi au développement de certains points de convergence entre les systèmes juridiques. Les juges devenant de plus en plus des décideurs publics, ils peuvent trouver dans la proportionnalité un cadre permettant de justifier de façon standard et pédagogique leurs décisions. La proportionnalité coïncide ainsi avec l'émergence des premiers signes de *legal analysis* dans les systèmes continentaux, rappelant à certains égards le *common law*. Toutefois, c'est dans le contexte anglais que la proportionnalité entraîne les changements les plus radicaux. En liant le droit à la décision politique, la proportionnalité a favorisé le développement d'une doctrine à la française. Alors qu'en France, les travaux académiques normatifs sont traditionnels – il s'agit là du rôle de la doctrine – en Angleterre, la nouvelle forme de savoir juridique rationnel que porte la proportionnalité se trouve en rupture radicale avec l'orthodoxie héritée de Dicey. La proportionnalité a été un instrument révolutionnaire dans les mains des juristes du *common law*, qui s'en sont saisi pour construire un système de droit public fondé sur les valeurs, suivant en cela les modèles continentaux. Au cours des deux dernières décennies, la proportionnalité a donné naissance à une culture des droits fondamentaux dans le système de contrôle juridictionnel anglais. Il s'agit là d'un cas exemplaire de transformation culturelle.

Cela dit, la proportionnalité n'a pas toujours été conçue comme ayant pour fonction l'optimisation des droits fondamentaux. Pas plus que sa diffusion n'a nécessairement conduit à une amélioration de la protection de ceux-ci. C'est particulièrement le cas en France. Alors qu'elle a parfois été promue par la doctrine comme un principe protecteur des droits fondamentaux, son application en pratique n'a pas nécessairement conduit à expliciter les jugements de valeur mis en œuvre

dans le contrôle juridictionnel. Dans ce contexte, la proportionnalité a plutôt rempli un rôle symbolique : elle a été utilisée pour présenter le droit et le contrôle juridictionnel comme relevant d'entreprises rationnelles. En ce sens, on pourrait dire qu'elle a renforcé une tendance à l'administrativisation du droit. Sa diffusion comme une méthode moderne et rationnelle de raisonnement juridique exprime le recours de plus en plus commun aux analyses factuelles et aux expertises par les juristes de droit français lorsqu'il s'agit de traiter des affaires sociales et politiques sensibles.

Les changements qu'entraîne la proportionnalité suscitent différentes réactions parmi les acteurs juridiques. L'échec de la proportionnalité dans sa mission de moderniser le système juridique et politique grec n'a pas attiré l'attention des juristes locaux. Dans ce contexte, le sens de la proportionnalité comme un principe faisant partie d'une civilisation européenne tant désirée était jusqu'à peu hégémonique. L'utilisation du langage de la proportionnalité dans les textes officiels, et même dans la Constitution, est consensuel parmi les juristes locaux et acquiert une valeur en soi : elle représente l'État grec comme un État moderne et européen.

Toutefois, l'usage de la proportionnalité est loin d'être toujours uniforme et consensuel au sein des systèmes étudiés ; il varie au cours du temps et différentes formes de proportionnalité peuvent coexister au sein d'un système, parfois même dans les décisions de la même juridiction. Les asymétries dans l'usage de la proportionnalité et les débats entre les différents acteurs juridiques locaux auxquels elle donne lieu révèlent les tensions internes à chaque culture. La culture ne doit en effet pas être vue comme uniforme et immobile, mais comme faisant l'objet de controverses et comme étant toujours susceptible d'évolutions. Ces controverses donnent des indications sur les changements que la proportionnalité pourrait connaître dans l'avenir. Par exemple, alors que l'usage de la proportionnalité en France intéresse de plus en plus les juges eux-mêmes, il entraîne une suspicion croissante de la doctrine. Le contexte d'état d'urgence a certainement rendu les juristes français moins optimistes quant à la possibilité de trouver des solutions objectives ou scientifiques dans le cadre des conflits relatifs aux droits fondamentaux. En Angleterre, le débat concernant les répercussions de la proportionnalité sur le droit public anglais témoigne d'un conflit plus profond sur les aspects fondamentaux de la constitution anglaise. Ce débat exprime une tension ancienne entre la souveraineté du Parlement et des considérations de justice matérielle. À mesure que le rationalisme sous-tendant la proportionnalité s'étend en *common law*, la quête pour établir le caractère démocratique du processus de décision publique, longtemps incarnée par la souveraineté parlementaire, est reformulée dans les termes du contextualisme et de la *deference*.

Proportionnalité et intégrations européennes. L'usage de la proportionnalité et son évolution prennent sens au sein d'un contexte culturel spécifique. Celui-ci n'est toutefois pas figé une fois pour toutes, pas plus qu'il n'est insensible aux influences externes. Rendre compte des sens locaux de la proportionnalité pour l'Angleterre, la France et la Grèce ne peut se faire sans considérer l'intégration

européenne. L'idée de l'intégration par le droit est au cœur des différentes entreprises de construction européenne, que cela soit dans le cadre du Conseil de l'Europe ou dans celui de l'Union européenne. La CJUE et la Cour EDH ont inscrit dans la proportionnalité des logiques spécifiques à leurs ordres juridiques. Dans leur jurisprudence, le langage de la proportionnalité et des droits fondamentaux est doté d'une dynamique puissante et spécifique, différente de celle qui la caractérise en droit constitutionnel allemand. Cette dynamique est directement liée aux buts supranationaux poursuivis par ces cours. Lorsque la proportionnalité est reçue dans les cultures juridiques nationales des différents États européens, elle est aussi chargée de ce « bagage » culturel européen.

Toutefois, ici aussi, le transfert n'a rien d'automatique ou de nécessaire ; la façon dont la proportionnalité déploie sa dynamique intégratrice varie selon les différents systèmes juridiques et au cours du temps. Bien que son application soit une obligation juridique pour les cours nationales, les pratiques juridiques sont loin d'être uniformes. Même dans le champ du droit de l'Union européenne, qui constitue un ordre juridique relativement intégré, la proportionnalité est affectée par les particularités de chaque système juridique. Ainsi, les juges et les juristes français ont interprété la proportionnalité comme correspondant à des techniques de contrôle juridictionnel internes. Cette assimilation de la proportionnalité aux modes de raisonnement locaux l'a dépourvue de son potentiel radical. De façon diamétralement opposée, la proportionnalité en Angleterre a pris la forme d'un recours spécifique au droit européen, un « *remedy* » pour la violation des obligations européennes. C'est sans doute parce que les juges anglais ont pris sa dynamique intégratrice au sérieux, qu'ils ont essayé de la confiner au sein du droit européen. Différemment, la proportionnalité a été comprise dans la pensée juridique grecque comme une méthode scientifique qui transcende l'interprétation des textes juridiques et même de la Constitution. Comme il est typique dans ce contexte, les juristes grecs ont cherché pour son application correcte dans la jurisprudence européenne.

La pratique de la proportionnalité dans le contexte du droit européen peut être vue comme un cas de « communication systématiquement distordue ». Les différences entre les pratiques locales expriment des tendances plus générales de changement culturel sous l'influence européenne : l'insularité du droit français, le dualisme du *common law* et l'éclecticisme de la pensée juridique grecque. Elles expriment aussi des modes de réponse locaux à l'impératif d'intégration supranationale. Le rationalisme des systèmes continentaux implique que les juges établissent la cohérence matérielle du droit qu'ils appliquent. Ainsi, les cours ont le plus souvent nié l'existence de conflit normatif entre le droit national et le droit européen. L'application du droit européen et de la proportionnalité en particulier a pris la forme de la traduction « inexacte » des concepts juridiques européens dans des formes nationales préexistantes. De manière très différente, le pragmatisme caractéristique de la tradition anglaise a conduit les juristes du *common law* à articuler de façon explicite les ordres juridiques anglais et européens, ainsi que les valeurs qui les sous-tendent. Dans ce contexte, la proportionnalité a été mise au service du

respect des obligations internationales du Royaume-Uni et de la promotion des buts supranationaux des ordres juridiques européens. Toutefois, lorsque son application est entrée en conflit avec des traits fondamentaux du *common law*, les juges anglais ont abandonné leur rigueur analytique et ont opposé un refus argumenté de se conformer à la jurisprudence européenne. Comme le montre la série d'affaires sur l'ouverture des commerces le dimanche (*Sunday trading*), c'est le pragmatisme – et non la proportionnalité en elle-même, comme le prétend la littérature dominante en la matière – qui a conduit les juges à accéder à « la communauté globale des juges » en engageant un dialogue transnational.

Convergences, divergences et désintégration. Dans le contexte de l'intégration européenne, la proportionnalité provoque des changements culturels et entraîne certaines convergences entre les systèmes juridiques. Le cas de l'Angleterre est très révélateur à cet égard. La proportionnalité conduit à rationaliser le système de droit public anglais, portant avec elle le « bagage » de la doctrine continentale. De nouveaux termes, comme « discrétion », et de nouvelles méthodes, comme un contrôle à intensité variable, émergent, exprimant un mouvement inédit vers une certaine idéalisation du raisonnement juridictionnel dans la pensée juridique anglaise.

Ainsi, la proportionnalité introduit une certaine forme de rationalisme en droit anglais. À la suite de sa réception, le *common law* se rapproche des systèmes continentaux. Toutefois, sous cette apparence de convergence, la dissonance peut réapparaître. Alors que le rationalisme se développe dans le droit public anglais, les juges locaux abandonnent l'application de la proportionnalité dans le cadre du droit européen pour des chefs de contrôle du *common law*, tout particulièrement le *Wednesbury unreasonableness*. Si cela exprime l'évolution du *common law*, cela traduit également des tendances locales à la désintégration. Les juges anglais opposent de plus en plus fréquemment les méthodes du *common law*, telles que le « *anxious scrutiny* », l'interprétation « originaliste » et le précédent, au raisonnement dynamique et téléologique porté par les cours européennes.

Cette trajectoire de convergence est inversée dans les systèmes continentaux. L'établissement d'une cohérence matérielle du droit applicable par les juges internes étant un enjeu majeur de l'argumentation juridique dans ces contextes, la dynamique d'intégration de la proportionnalité n'affecte pas les structures de la pensée juridique locale mais relève plus de l'esthétique. Le potentiel de la proportionnalité dépend largement des narrations locales sur l'intégration européenne et des visions locales de l'Europe. Les juristes grecs perçoivent l'Europe comme un modèle et son système de protection des droits et libertés comme une civilisation à laquelle ils aspirent. La convergence prend ainsi la forme d'une « osmose interprétative » entre la Constitution interne et l'ordre juridique européen des droits fondamentaux. La proportionnalité sert comme une méthode d'interprétation téléologique dans ce processus. Son application en matière de libertés de circulation conduit parfois à une transformation de la Constitution par la voie de son « abnégation ».

De manière différente, dans le système français, les transformations entraînées par la proportionnalité ont plus été symboliques. Dans *la patrie des droits de l'homme*, la proportionnalité était jusqu'à récemment appliquée comme un standard correctif, elle n'affectait que de façon mineure le processus de contrôle juridictionnel. Ainsi peut-on dire que le recours à la proportionnalité dans la justification a longtemps joué essentiellement le rôle d'un « signal ». Elle n'a pas emporté de transformations significatives des structures du raisonnement du juge. L'adaptation du droit interne aux exigences européennes ne s'est pas traduite par une remise en question radicale de la répartition traditionnelle des compétences entre juge, administration et Parlement. Cette adaptation appartient traditionnellement aux diverses autorités publiques « dans le cadre de leurs compétences respectives ». Ainsi, elle a pris essentiellement la forme de réformes législatives ou administratives ou de revirements jurisprudentiels quant à l'interprétation des textes.

Il n'en reste pas moins que les tendances à la désintégration de l'Europe poussent les juristes continentaux à expliciter les conflits normatifs entre droit européen et droit interne et à chercher des solutions plus sensibles au contexte socio-politique. En Grèce, la crise de la zone euro expose le caractère illusoire de l'apparence de modernisation établi avec la réforme constitutionnelle de 2001. Les juristes locaux prennent progressivement conscience de la différence des valeurs promues par l'ordre constitutionnel interne et celles promues par l'ordre juridique européen, ce qui justifie la fragmentation conceptuelle de la proportionnalité selon le cadre normatif de son application et l'apparition d'un certain dualisme dans la pratique juridictionnelle. Les juridictions internes affirment ainsi l'autonomie de la Constitution par rapport aux appréciations expertes de l'exécutif et au droit européen, et la pertinence de celle-ci dans la détermination des buts de politique publique. Cela ouvre la porte à l'importation de la proportionnalité comme un principe optimisateur des droits fondamentaux.

L'introduction du pragmatisme provoque des changements encore plus importants dans le contexte français, où la jurisprudence des cours supranationales, et notamment de la Cour EDH, pousse les juristes locaux à envisager et à reconnaître le pluralisme dans les conceptions des droits fondamentaux en Europe. Cela remet en cause le rationalisme et le formalisme de la pensée juridique française et la conception républicaine des valeurs sociales qui la sous-tend. Dans leur effort de gérer le pluralisme normatif en Europe, les juges français affirment progressivement des particularités nationales et assurent la protection effective des valeurs constitutionnelles dans l'application des règles juridiques. Dans ce contexte, la proportionnalité acquiert une fonction radicale. Appliquée au cas par cas, elle fonctionne comme une limite à l'applicabilité de la législation républicaine au profit des visions alternatives de la société et des droits fondamentaux.

La perspective culturelle en droit comparé. L'interprétation culturelle du droit vise à offrir un discours qui « ne peut qu'être plus ou moins persuasif et ne peut

jamais être «vrai²¹⁸⁵». Ses conclusions «seront toujours provisionnelles, partielles et contestées²¹⁸⁶.» Toutefois, le droit comparé dans une perspective culturelle est une entreprise qui mérite d'être menée, même si d'autres perspectives sont également légitimes. Nous avons essayé de montrer qu'en améliorant la compréhension d'autres cultures, l'interprétation culturelle des pratiques juridiques peut conduire à de nouvelles solutions juridiques qui sont plus adaptées à certaines sensibilités locales. Surtout, en exposant des mentalités et des visions du monde éloignées, elle donne au juriste l'opportunité de réfléchir à sa propre culture, et lui permet de la repenser d'une façon qui respecte l'altérité et tolère la différence.

L'application et l'évolution de la proportionnalité dans chaque système présentent des singularités notables. Ainsi, l'étude comparée des sens locaux de la proportionnalité permet de montrer que les différences observées entre les systèmes français, anglais et grec ne se résument pas à l'opposition entre *common law* et *civil law*, parfois stéréotypée en droit comparé. La recherche menée dans le cadre de cette thèse pourrait être développée en incluant d'autres contextes nationaux dans l'analyse, ce qui permettrait de mieux les comprendre, mais enrichirait également la compréhension des cas déjà étudiés. La recherche pourrait aussi être développée différemment, en élargissant le champ de l'analyse. Le travail sur la proportionnalité nous a conduit à initier une réflexion sur les différentes façons de concevoir l'intégration européenne, pour approfondir les sens locaux de la proportionnalité. Le type d'approche culturelle que nous avons proposé permettrait de rendre compte de façon plus générale des différentes formes d'européanisation des droits nationaux. En définitive, on pourrait se demander jusqu'où l'on peut dire que le droit européen est européen, au sens où il prendrait la même signification dans les différents États membres, enquête cruciale, tant pour penser les différences entre les systèmes juridiques que leurs possibilités de communication.

²¹⁸⁵ LEGRAND P., «Public Law, Europeanisation and Convergence», P. BEAUMONT, C. LYONS et N. WALKER (dir.), *Convergence and Divergence in European Public Law*, *op. cit.*, p. 245.

²¹⁸⁶ COTTERRELL R., «Is it so Bad to be Different? Comparative Law and the Appreciation of Diversity», E. ÖRÜCÜ et D. NELKEN (dir.), *Comparative law: a handbook*, *op. cit.*, p. 149.

BIBLIOGRAPHIE

OUVRAGES

ALEXY R., *Theorie der Grundrechte*, Baden-Baden, Nomos, 1985.

ALEXY R., *A Theory of Constitutional Rights*, traduit par Julian RIVERS, Oxford ; New York, OUP, 2002.

ALEXY R., *A Theory of Legal Argumentation: The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification*, traduit par Ruth ADLER et Neil MCCORMICK, 2^e éd., Oxford ; New York, Clarendon Press ; OUP, 2010.

ALLAN T., *The Sovereignty of Law: Freedom, Constitution, and Common Law*, Oxford, OUP, 2013.

ALLISON J., *A Continental Distinction in the Common Law: A Historical and Comparative Perspective on English Public Law*, Oxford ; New York, OUP, 1996.

ALLISON J., *The English Historical Constitution: Continuity, Change and European Effects*, Cambridge, CUP, 2007.

ALIVIZATOS N., *Les Institutions politiques de la Grèce à travers les crises: 1922-1974*, Paris, LGDJ, 1979.

ALIVIZATOS N., *Ο αβέβαιος εκσυγχρονισμός και η θολή συνταγματική αναθεώρηση [Uncertain modernization and vague constitutional reform]*, Athènes, Πόλις, 2001.

ALSTON P. (dir.), *The EU and Human Rights*, Oxford, OUP, 1999.

ALTER K., *Establishing the Supremacy of European Law: The Making of an International Rule of Law in Europe*, Oxford ; New York, OUP, coll. « Oxford studies in European law », 2002.

ANDERSON B.R.O., *Imagined Communities: Reflections on the Origin and Spread of Nationalism*, London ; New York, Verso, 1991.

ANDRIANTSIMBAZOVINA J., *L'autorité des décisions de justice constitutionnelles et européennes sur le juge administratif français*, Paris, LGDJ, 1998.

ANDROULAKIS N., *Θεμελιώδεις έννοιαι της ποινικής δίκης [Fundamental notions of criminal procedure]*, Athènes, Σάκκουλα, 1972, vol. A.

ANTONIOU T., *Η ισότητα εντός και διά του νόμου [Equality In and Through the Law]*, Athènes ; Komotini, Αντ. Ν. Σάκκουλας, 1998.

ARAI-TAKAHASHI Y., *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Antwerp ; Oxford, Intersentia, 2002.

- ATTYAH P., *Pragmatism and Theory in English Law*, London, Sweet & Maxwell, 1987.
- AUDREN F. et J.-L. HALPÉRIN, *La culture juridique française : entre mythes et réalités : XIXe-XXe siècles*, Paris, CNRS, 2013.
- AUSTIN J., *How to Do Things with Words*, 2^e éd., Oxford, Clarendon Press, 1975.
- BARAK A., *Proportionality: Constitutional Rights and Their Limitations*, Cambridge, CUP, coll. « Cambridge studies in constitutional law », 2012.
- BEATSON J. (dir.), *Constitutional Reform in the United Kingdom: Practice and Principles*, Oxford, Hart, 1998.
- BEATTY D., *The Ultimate Rule of Law*, Oxford ; New York, OUP, 2004.
- BEIS K., *To ελληνικό έλλειμμα κράτους δικαίου [The Greek rule of law deficit]*, Athènes, Eunomia, 1998.
- BERNAL PULIDO C., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 3^e éd., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.
- BIENVENU J.-J., *L'interprétation juridictionnelle des actes administratifs et des lois : sa nature et sa fonction dans l'élaboration du droit administratif*, Paris II, thèse, 1979, vol. II.
- BIRKINSHAW P., *European Public Law*, London, Butterworths, 2003.
- BLANQUER J.-M., *Les méthodes du juge constitutionnel*, Paris, LGDJ, 2000.
- BOGDANOR V., *The New British Constitution*, Oxford, Hart, 2009.
- BOMHOFF J., *Balancing Constitutional Rights: The Origins and Meanings of Postwar Legal Discourse*, Cambridge ; New York, CUP, coll. « Cambridge studies in constitutional law », 2013.
- BRADY A., *Proportionality and Deference under the UK Human Rights Act: An Institutionally Sensitive Approach*, Cambridge, CUP, 2012.
- BREYER S., *Making Our Democracy Work: A Judge's View*, New York, Knopf, 2010.
- BRUNET P., *Vouloir pour la nation : le concept de représentation dans la théorie de l'état*, Rouen, Publications de l'Université de Rouen, 2004.
- DE BÚRCA G., B. DE WITTE, et L. OGERTSCHNIG, *Social Rights in Europe*, New York, OUP, 2005.
- CARBONNIER J., *Droit et passion du droit sous la Ve République*, Paris, LGDJ, 2008.
- CARRÉ DE MALBERG R., *La loi, expression de la volonté générale : étude sur le concept de la loi dans la constitution de 1875*, Paris, Sirey, 1931.

CASSIN R., M. WALINE, P. WEIL, L. MARCEAU, et G. BRAIBANT, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 1^{re} éd., Paris, Sirey, 1956.

CHALMERS D., G. DAVIES, et G. MONTI, *European Union Law : Text and Materials*, 3^e éd., New York, CUP, 2014.

CHAMPEIL-DESPLATS V., *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Paris, Dalloz, 2016.

CHEVALLIER J. et D. LOSCHAK, *Science administrative*, Paris, LGDJ, 1978.

CHOUDHRY S. (dir.), *The Migration of Constitutional Ideas*, Cambridge, CUP, 2006.

CHRISTOFFERSEN J., *Fair Balance: Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights*, Leiden ; Boston, Martinus Nijhoff Publishers, coll. « International studies in human rights », 2009.

CHRYSSOGONOS K., *Μια Βεβαιωτική Αναθεώρηση. Η Αναθεώρηση των Διατάξεων του Συντάγματος για τα Ατομικά και Κοινωνικά Δικαιώματα [A Confirmatory Reform. The Reform of the Constitutional Provisions on Individual and Social Rights]*, Athènes, Αντ. Ν. Σάκκουλας, 2000.

CHRYSSOGONOS K., *Η ενσωμάτωση της ευρωπαϊκής σύμβασης των δικαιωμάτων του ανθρώπου στην εθνική έννομη τάξη [The incorporation of the European Convention on Human Rights into the national legal order]*, Athènes ; Komotini, Αντ. Ν. Σάκκουλας, 2001.

CHRYSSOGONOS K. et E. VENIZELOS, *Το πρόβλημα της συνταγματικής δικαιοσύνης στην Ελλάδα [The problem of constitutional justice in Greece]*, Athènes ; Komotini, Σάκκουλα, 2006.

CLAPHAM A., *Human Rights in the Private Sphere*, Oxford ; New York, Clarendon Press ; OUP, coll. « Oxford monographs in international law », 1993.

COHEN-ELIYA M. et I. PORAT, *Proportionality and Constitutional Culture*, Cambridge, CUP, coll. « Cambridge studies in constitutional law », 2013.

CONTIADES X., *Ο νέος συνταγματισμός και τα θεμελιώδη δικαιώματα μετά την αναθεώρηση του 2001 [The new constitutionalism and fundamental rights after the 2001 reform]*, Athènes ; Komotini, Αντ. Ν. Σάκκουλας, 2002.

CRAIG P., *Administrative Law*, 2^e éd., London, Sweet & Maxwell, 1989.

CRAIG P., *Administrative Law*, 3^e éd., London, Sweet & Maxwell, 1994.

CRAIG P., *Administrative Law*, 8^e éd., London, Sweet & Maxwell, 2016.

CRAIG P., *EU Administrative Law*, 2^e éd., Oxford ; New York, OUP, coll. « Collected courses of the Academy of European Law », 2012.

DAGTOGLOU P., *Γενικό Διοικητικό Δίκαιο [General Administrative Law]*, 2^e éd., Athènes, Αντ. Σάκκουλας, 1984.

- DAGTOGLOU P., *Γενικό Διοικητικό Δίκαιο [General Administrative Law]*, 4^e éd., Athènes ; Komotini, Αντ. Σάκκουλας, 2004.
- DAGTOGLOU P., *Ευρωπαϊκό Κοινοτικό Δίκαιο [European Community Law]*, 2^e éd., Athènes, Αντ. Σάκκουλας, 1985.
- DAGTOGLOU P., *Συνταγματικό Δίκαιο. Ατομικά Δικαιώματα [Constitutional Law. Individual Rights]*, Athènes ; Komotini, Αντ. Ν. Σάκκουλας, 1991.
- DAGTOGLOU P., *Συνταγματικό Δίκαιο. Ατομικά Δικαιώματα [Constitutional Law. Individual Rights]*, 2^e éd., Athènes ; Komotini, Αντ. Ν. Σάκκουλας, 2005, vol. Α.
- DAGTOGLOU P., *Συνταγματικό Δίκαιο. Ατομικά Δικαιώματα [Constitutional Law. Individual Rights]*, 3^e éd., Athènes ; Komotini, Αντ. Ν. Σάκκουλας, 2012, vol. Α.
- DALAKOURAS T., *Η αρχή της αναλογικότητας και τα μέτρα δικονομικού καταναγκασμού [The principle of proportionality and coercive measures in criminal proceedings]*, Thessaloniki, Σάκκουλας, 1993.
- DAWSON J.P., *The Oracles of the Law*, Westport, Conn, Greenwood Press, 1978.
- DE SMITH S.A., *Constitutional and Administrative Law*, London, Penguin Books, 1971.
- DE SMITH S.A., *Judicial Review of Administrative Action*, New York, Oceana Publications, 1959.
- DEKLERIS M., *Ο δωδεκαδελτος του περιβαλλοντος. Εγκόλπιο βιώσιμου αναπτύξεως [The Twelve Tables of the Environment. A Handbook of Sustainable Growth]*, Athènes ; Komotini, Αντ. Ν. Σάκκουλας, 1996.
- DENNING A., *Freedom under the Law*, London, Stevens and Sons, 1949.
- DI MANNO T., *Le juge constitutionnel et la technique des décisions « interprétatives » en France et en Italie*, Paris, Economica, 1999.
- DICEY A.V., *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 9^e éd., London, Macmillan and Co, 1939.
- DIMITROPOULOS A., *Τα Αμυντικά Δικαιώματα του Ανθρώπου και η Μεταβολή της Έννομης Τάξης [Negative Human Rights and the Transformation of the Legal Order]*, Athènes ; Komotini, Αντ. Ν. Σάκκουλας, 1981.
- DROSSOS Y., *Δοκίμιο ελληνικής συνταγματικής θεωρίας [Essay on Greek constitutional theory]*, Athènes ; Komotini, Αντ. Ν. Σάκκουλας, 1996.
- DUBOUIS L., *La théorie de l'abus de droit et la jurisprudence administrative*, Paris, LGDJ, 1962.
- DUCLERQ J.-B., *Les mutations du contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, LGDJ, 2015.

- DWORKIN R., *Taking Rights Seriously*, new impression, with A reply to critics, London, Duckworth, 1978.
- DWORKIN R., *Law's Empire*, London, Fontana, coll. « Fontana master guides », 1986.
- FAVOREU L., *Droit des libertés fondamentales*, 2e éd., Paris, Dalloz, coll. « Précis », 2001.
- FAVOREU L. et L. PHILIP, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Paris, Dalloz-Sirey, 1975.
- FAVOREU L., L. PHILIP, P. GAÏA, R. GHEVONTIAN, et A. ROUX, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 18^e éd., Paris, Dalloz, 2016.
- FERRERES COMELLA V., *Constitutional Courts and Democratic Values : A European Perspective*, New Haven, Yale University Press, 2009.
- FLOGAITIS S., *Administrative Law et Droit administratif*, Paris, Pichon et Durand-Auzias, 1986.
- FOROWICZ M., *The Reception of International Law in the European Court of Human Rights*, Oxford, OUP, coll. « International courts and tribunals series », 2010.
- FORSTHOFF E., *Der Staat der Industriegesellschaft: dargestellt am Beispiel der Bundesrepublik Deutschland*, 2^e éd., München, Beck, 1971.
- FOULQUIER N., *Les droits publics subjectifs des administrés : émergence d'un concept en droit administratif français du XIXe au XXe siècle*, Paris, Dalloz, 2003.
- GAUDEMET Y., *Droit administratif*, Paris, LGDJ : Lextenso, 2015.
- GEARTY C., *Civil Liberties*, Oxford ; New York, OUP, coll. « Clarendon law series », 2007.
- GEERTZ C., *The Interpretation of Cultures: selected essays*, New York, Basic Books, 2000.
- GÉNY F., *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris, LGDJ, 1919.
- GERAPETRITIS G., *Proportionality in administrative law: judicial review in France, Greece, England and in the European Community*, Athènes, Σάκκουλα, 1997.
- GERAPETRITIS G., *Σύνταγμα και Βουλή. Αυτονομία και ανέλεγκτο των εσωτερικών του σώματος [Constitution and Parliament. Autonomy and the exemption of the interna corporis affairs from judicial review]*, Athènes, Νομική Βιβλιοθήκη, 2012.
- GIRARD D., *La France devant la Cour européenne des droits de l'Homme : contribution à l'analyse du comportement étatique devant une juridiction internationale*, Thèse de doctorat, Université Paul Cézanne, Aix-en-Provence, 2011.
- GOLDENBERG L., *Le Conseil d'État, juge du fait*, Paris, Dalloz, 1932.

GRIFFITH J., *The Politics of the Judiciary*, 2^e éd., London, Fontana, coll. « Fontana originals », 1981.

HABERMAS J., *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, Cambridge, MA, MIT Press, coll. « Studies in contemporary German social thought », 1996.

HAKIM N. et F. MELLERAY, *Le renouveau de la doctrine française*, Paris, Dalloz, coll. « Méthodes du droit », 2009.

HARLOW C., *Law and Administration*, London, Weidenfeld and Nicolson, coll. « Law in context », 1984.

HARLOW C., *Administrative Liability: A Comparative Study of French and English Law*, PhD, The London School of Economics and Political Science (LSE), 1979.

HART H.L.A., *The Concept of Law*, Oxford, OUP, 1961.

HART H.L.A., *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford ; New York, Clarendon Press ; OUP, 1983.

HAURIOU M., *Précis élémentaire de droit constitutionnel*, 2^e éd., Paris, Sirey, 1930.

HEWART G., *The New Despotism*, Westport, Conn, Greenwood Press, 1945.

HICKMAN T., *Public Law After the Human Rights Act*, Oxford, Hart, 2010.

HIRSCHL R., *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Cambridge, MA ; London, Harvard University Press, 2004.

HUNT M., *Using Human Rights Law in English Courts*, Oxford, Hart, 1997.

HUSCROFT G., B. MILLER, et G. WEBBER (dir.), *Proportionality and the Rule of Law: Rights, Justification, Reasoning*, New York, CUP, 2014.

IGNATIEFF M., *American Exceptionalism and Human Rights*, Princeton, NJ, Princeton University Press, 2005.

ILIOPOULOU-STRAGGA J., *Ελληνικό συνταγματικό δίκαιο και ευρωπαϊκή ενοποίηση [Greek constitutional law and European integration]*, Athènes, Αντ. Ν. Σάκκουλας, 1996.

JAMIN C. et F. MELLERAY, *Droit civil et droit administratif. Dialogues sur un modèle doctrinal*, Paris, Dalloz, coll. « Méthodes du droit », 2018.

KALLIGAS P., *Η εξάντλησις των κομμάτων, ήτοι ηθικά γεγονότα της κοινωνίας μας [The effeteness of political parties, namely moral issues of our society]*, Athènes, 1842.

ΚΑΜΤΣΙΔΟΥ Ι., *Η επιφύλαξη υπέρ του νόμου [The clause of legislative competence]*, Athènes, Σάκκουλας, 2001.

- KARAMANOF M., *Βιώσιμο κράτος και δημόσια κτήση. Τα όρια των ιδιωτικοποιήσεων [Sustainable State and public property. The limits of privatization]*, Athènes, Κυριακίδης Π., 2011.
- KARR A., *Plus ça change et plus c'est la même chose : notes de voyage*, Nice, A. Gilletta, 1871.
- KAVANAGH A., *Constitutional Review under the UK Human Rights Act*, Cambridge, CUP, 2009.
- KELLER H. et A. STONE SWEET, *A Europe of Rights: the Impact of the ECHR on National Legal Systems*, Oxford, OUP, 2008.
- KLATT M. et M. MEISTER, *The Constitutional Structure of Proportionality*, Oxford, OUP, 2012.
- KOMMERS D., *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, 3^e éd. révisée, Durham, NC, Duke University Press, 2012.
- KONTOGIORGA-THEOCHAROPOULOU D., *Η αρχή της αναλογικότητας στο εσωτερικό δημόσιο δίκαιο [The principle of proportionality in domestic public law]*, Thessaloniki, Σάκκουλα, 1989.
- LAFERRIÈRE É., *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, vol.2, Paris, Berger-Levrault et Cie, 1887.
- LAMBERT É., *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis : l'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*, Paris, Giard, 1921.
- LASSER M., *Judicial Deliberations: A Comparative Analysis of Judicial Transparency and Legitimacy*, Oxford ; New York, OUP, coll. « Oxford studies in European law », 2004.
- LASSER M., *Judicial Transformations: The Rights Revolution in the Courts of Europe*, Oxford ; New York, OUP, 2009.
- LATOUR B., *La fabrique du droit : une ethnographie du conseil d'État*, Paris, La Découverte, 2002.
- LECKEY R., *Bills of Rights in the Common Law*, Cambridge, CUP, 2015.
- LÉVI-STRAUSS C., *La pensée sauvage*, Plon, 1962.
- LONG M., P. WEIL, G. BRAIBANT, P. DELVOLVÉ, et B. GENEVOIS, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 21^e éd., Paris, Dalloz, 2017.
- LOUGHLIN M., *The British Constitution : A Very Short Introduction*, Oxford, OUP, coll. « Very short introductions », 2013.
- LOUGHLIN M., *Public Law and Political Theory*, Oxford ; New York, Clarendon Press ; OUP, 1992.
- MACHAW J., *Due Process in the Administrative State*, New Haven, Yale University Press, 1985.

- MANESSIS A., *Αι εγγυήσεις τηρήσεως του Συντάγματος [The normative guarantees of the Constitution]*, Thessaloniki, Το νομικόν, 1956, vol. I.
- MANESSIS A., *Deux États nés en 1830: ressemblances et dissemblances constitutionnelles entre la Belgique et la Grèce*, Bruxelles, Maison Ferdinand Larcier, 1959.
- MANESSIS A., *Συνταγματικά Δικαιώματα [Constitutional Rights]*, Thessaloniki, Σάκκουλα, 1978, vol. A.
- MANESSIS A., *Συνταγματικά Δικαιώματα [Constitutional Rights]*, 2^e éd., Thessaloniki, Σάκκουλα, 1982, vol. A.
- MANITAKIS A., *Κράτος δικαίου και δικαστικός έλεγχος της συνταγματικότητας [The ideal of a state ruled by law and judicial review of constitutionality]*, Thessaloniki, Σάκκουλα, 1994.
- MANITAKIS A., *Ελληνικό Συνταγματικό Δίκαιο [Greek Constitutional Law]*, Thessaloniki, Σάκκουλα, 2004, vol.I.
- MANITAKIS A., *Το Συνταγματικό Δικαστήριο σε ένα σύστημα παρεμπόπτοντος ελέγχου της συνταγματικότητας των νόμων [The Constitutional Court in a system of incidental judicial review of the constitutionality of legislation]*, Athènes ; Thessaloniki, Σάκκουλα, 2008.
- MARZAL YETANO A., *La dynamique du principe de proportionnalité: Essai dans le contexte des libertés de circulation du droit de l'Union européenne*, thèse de doctorat, Paris I, 2013.
- MATHIEU B. et M. VERPEAUX, *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, Paris, LGDJ, coll. « Manuels », 2002.
- MEUNIER J., *Les pouvoirs du Conseil constitutionnel. Essai d'analyse stratégique*, Paris ; Bruxelles, LGDJ ; Bruylant, 1994.
- MICKLITZ H., *The Politics of Judicial Co-operation in the EU: Sunday Trading, Equal Treatment and Good Faith*, Cambridge, CUP, 2005.
- MOLFESSIS N., *Le Conseil constitutionnel et le droit privé*, Paris, LGDJ, 1997.
- MÖLLER K., *The Global Model of Constitutional Rights*, Oxford, OUP, coll. « Oxford constitutional theory », 2012.
- MONTESQUIEU, *De l'Esprit des lois*, Paris, Flammarion, 1979, vol. I.
- NOZICK R., *Anarchy, State, and Utopia*, Oxford, Blackwell, 1974.
- ORFANOUDAKIS S., *Η αρχή της αναλογικότητας στην ελληνική έννομη τάξη: από τη νομολογιακή εφαρμογή της στη συνταγματική της καθιέρωση [The principle of proportionality in the Greek legal order: from its judicial application to its constitutional consecration]*, Thessaloniki, Σάκκουλα, 2003.
- PAPATOLIAS A., *Συνταγματικές επιχειρηματολογίες για την συνταγματική αναθεώρηση [Constitutional argumentations for the constitutional reform]*, Athènes, Αντ. Ν. Σάκκουλας, 1999.

- PARARAS P., *Το κεκτημένον του ευρωπαϊκού συνταγματικού πολιτισμού [The *acquis* of the European constitutional civilisation]*, Athènes, Αντ. Ν. Σάκκουλας, 2001.
- PARARAS P., *Συνταγματικός πολιτισμός και Δικαιώματα του Ανθρώπου [Constitutional Civilisation and Human Rights]*, Athènes ; Komotini, Αντ. Ν. Σάκκουλας, 2011.
- PARDINI J.-J., *Le juge constitutionnel et le « fait » en Italie et en France*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2001.
- PHILIPPE X., *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative françaises*, Paris, Économica, 1990.
- PIRKER B., *Proportionality Analysis and Models of Judicial Review: A Theoretical and Comparative Study*, Groningen, Europa Law Pub, coll. « European administrative law series », 2013.
- PLESSIX B., *Droit administratif général*, Paris, LexisNexis, 2016.
- PUTNAM H., *The Collapse of the Fact/Value Dichotomy and Other Essays*, Cambridge, MA ; London, Harvard University Press, 2002.
- QVORTRUP M. (dir.), *The British Constitution: Continuity and Change: A Festschrift for Vernon Bogdanor*, Oxford, Hart, 2013.
- RAIKOS A., *Παραδόσεις Συνταγματικού Δικαίου. Θεμελιώδη Δικαιώματα [Constitutional Law Lessons. Fundamental Rights]*, Athènes, Σάκκουλας, 1983, vol.B.
- RANCHORDÁS S. et B.W.N. DE WAARD, *The Judge and the Proportionate Use of Discretion: A Comparative Study*, London ; New York, Routledge, 2015.
- RÉVEILLÈRE V., *Le juge et le travail des concepts juridiques : le cas de la citoyenneté de l'Union européenne*, Clermont-Ferrand, Institut Universitaire Varenne, 2018.
- RIALS S., *Le juge administratif français et la technique du standard (Essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité)*, Paris, LGDJ, 1980.
- ROUSSEAU D., *Droit du contentieux constitutionnel*, 6^e éd., Paris, Montchrestien, 2001.
- ROUSSEAU D., *Droit du contentieux constitutionnel*, 9^e éd., Paris, Montchrestien, 2010.
- ROUSSEAU D., *Droit du contentieux constitutionnel*, 11^e éd., Paris, Montchrestien, 2016.
- ROUSSEAU D. et J. BONNET, *L'essentiel de la QPC : mécanisme et mode d'emploi, commentaires des principales décisions*, Paris, Gualino ; Lextenso, 2011.
- SARIPOLOS N.I., *Πραγματεία του Συνταγματικού Δικαίου [Treatise of Constitutional Law]*, 1^{re} éd., Athènes, 1851.
- SCARMAN L., *English Law: The New Dimension*, London, Stevens Publishing, coll. « Hamlyn Lecture Series », 1975.

SCHWARZE J., *European Administrative Law*, Luxembourg ; London, Office for Official Publications of the European Communities ; Sweet & Maxwell, 1992.

SIMANTIRAS K., *Γενικές αρχές αστικού δικαίου [General principles of civil law]*, 4^e éd., Athènes, Αντ. Σάκκουλας, 1990.

SKINNER Q., *Visions of Politics*, Cambridge, CUP, 2002.

SMITH S.A.D., H. WOOLF, J. JOWELL, et A. LE SUEUR, *Judicial Review of Administrative Action*, 5^e éd., London, Sweet & Maxwell, 1995.

SOTIRELIS G., *Σύνταγμα και δημοκρατία στην εποχή της παγκοσμιοποίησης [Constitution and democracy in the age of globalization]*, Athènes, Αντ. Ν. Σάκκουλας, 2000.

SPILIOTOPOULOS E., *Droit administratif hellénique*, 2^e éd., Athènes ; Bruxelles, Sakkoula ; Bruylant, 2004.

STASSINOPOULOS M.D., *Δίκαιον των διοικητικών πράξεων [Law of Administrative Acts]*, [χ.ε.], 1951.

STONE SWEET A., *The Birth of Judicial Politics in France: the Constitutional Council in Comparative Perspective*, New York, OUP, 1992.

SUDRE F., *La Convention européenne des droits de l'homme*, 6^e éd., Paris, PUF, 2004.

SUDRE F., *Droit européen et international des droits de l'homme*, 13^e éd., Paris, PUF, 2016.

SULLIVAN T. et R. FRASE, *Proportionality Principles in American Law: Controlling Excessive Government Actions*, Oxford ; New York, OUP, 2009.

TRIDIMAS T., *The General Principles of EC law*, Oxford ; New York, OUP, coll. « Oxford EC law library », 1999.

TROPER M., *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, Paris, LGDJ, 1973.

TROPER M., *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, PUF, coll. « Leviathan », 1994.

TSAPOGAS M. et D. CHRISTOPOULOS (dir.), *Ta δικαιώματα στην Ελλάδα. Από το τέλος του εμφυλίου στο τέλος της Μεταπολίτευσης [Rights in the Greece 1953-2003. From the end of the civil war to the end of Metapolitefsi]*, Athènes, Καστανιώτης, 2004.

TSATSOS D., *Συνταγματικό Δίκαιο [Constitutional Law]*, 4^e éd., Athènes, Αντ. Ν. Σάκκουλας, 1994, vol. Α, Θεωρητικό Θεμέλιο [Theoretical Underpinnings].

TSATSOS D., *Συνταγματικό Δίκαιο [Constitutional Law]*, Athènes, Αντ. Ν. Σάκκουλας, 1988, vol. Γ, Θεμελιώδη Δικαιώματα [Fundamental Rights].

TURPIN C., *British Government and the Constitution: Text, Cases and Material*, 4^e éd., Cambridge, CUP, 1999.

URBINA MOLFINO F.J., *A Critique of Proportionality and Balancing*, Cambridge ; New York, CUP, 2017.

VAN DIJK P. et Y. ARAI, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 4^e éd., Antwerp, Intersentia, 2006.

VAN DROOGHENBROECK S., *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme: prendre l'idée simple au sérieux*, Bruxelles, Publications Fac St Louis, 2001.

VANNESTE F., *General International Law before Human Rights Courts: Assessing the Specialty Claims of Human Rights Law*, Antwerp, Intersentia, 2009.

VEDEL G., *Les bases constitutionnelles du droit administratif*, Paris, Économica, 1986.

VEDEL G. et P. DELVOLVÉ, *Droit administratif*, 10^e éd., Paris, PUF, 1988.

VEGLERIS P., *Η Σύμβαση των Δικαιωμάτων του Ανθρώπου και το Σύνταγμα [The European Convention on Human Rights and the Constitution]*, Athènes, Σάκκουλας, 1977.

VENIZELOS E., *Το γενικό συμφέρον και οι περιορισμοί των συνταγματικών δικαιωμάτων [The general interest and the limitations on constitutional rights]*, Thessaloniki, Παρατηρητής, 1990.

VENIZELOS E., *Το σχέδιο της αναθεώρησης του Συντάγματος [The draft of the constitutional amendment]*, Athènes, Αντ. Ν. Σάκκουλας, 2000.

VENIZELOS E., *Το αναθεωρητικό κεκτημένο. Το Συνταγματικό Φαινόμενο στον 21ο Αιώνα και η Εισφορά της Αναθεώρησης του 2001 [The Amendment's Achievement. The Constitutional Phenomenon in the 21st Century and the Contribution of the Amendment of 2001]*, Athènes, Αντ. Ν. Σάκκουλας, 2002.

VIALA A., *Les réserves d'interprétation dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, LGDJ, 1999.

WADE W., *Administrative Law*, 9^e éd., Oxford ; New York, OUP, 2004.

WADE W. et C. FORSYTH, *Administrative Law*, Oxford ; New York, Clarendon Press ; OUP, 1961.

WADE W. et C. FORSYTH, *Administrative Law*, 5^e éd., Oxford ; New York, Clarendon Press ; OUP, 1982.

WADE W. et C. FORSYTH, *Administrative Law*, 6^e éd., Oxford ; New York, Clarendon Press ; OUP, 1988.

WATSON A., *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*, 2^e éd., Athens, Ga, University of Georgia Press, 1974.

WEBBER G., *The Negotiable Constitution: On the Limitation of Rights*, Cambridge ; New York, CUP, 2009.

DE WITTE B., A. OTT, et E. VOS, *Between flexibility and disintegration: the trajectory of differentiation in EU law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2017.

ΧΥΝΟΠΟΥΛΟΣ G., *Le contrôle de proportionnalité dans le contentieux de la constitutionnalité et de la légalité en France, en Allemagne et en Angleterre*, Paris, LGDJ, 1995.

ΥΑΝΝΑΚΟΠΟΥΛΟΣ C., *Η επίδραση του δικαίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης στον δικαστικό έλεγχο της συνταγματικότητας των νόμων [The Influence of EU law on Judicial Review of the Constitutionality of Legislation]*, Athènes ; Thessaloniki, Σάκκουλα, 2013.

ZANDER M., *A Bill of Rights?*, London, Rose in association with the British Institute of Human Rights, 1979.

ZWEIGERT K. et H. KÖTZ, *An Introduction to Comparative Law*, Amsterdam ; New York, North-Holland Pub., 1977.

ARTICLES, CHAPITRES D'OUVRAGES ET AUTRES

AKRIVOΠΟΥΛΟΥ C., « Ο πολιτικός δικαστής αντιμέτωπος με την αναλογικότητα κατά τον ανααιρετικό έλεγχο της εύλογης χρηματικής αποζημίωσης [Civil law courts faced with proportionality in the review of the legality of reasonable indemnity] », *Τόμος τιμητικός Πέτρου Ι. Παραρά*, Athènes, Αντ. Ν. Σάκκουλας, 2012, p. 30-56.

AKRIVOΠΟΥΛΟΥ C., « Βιβλιοπαρουσίαση: Πέτρος Ι. Παραράς, Συνταγματικός πολιτισμός και δικαιώματα του ανθρώπου [Book review: Petros I. Pararas, Constitutional civilization and human rights] », *Constitutionalism.gr blog*, 29 novembre 2012, accessible sur <https://www.constitutionalism.gr/>.

ALEINIKOFF A., « Constitutional Law in the Age of Balancing », *Yale Law Journal*, 1987, vol. 96, n° 5, p. 943.

ALEXY R., « Constitutional Rights, Balancing and Rationality », *Ratio Juris*, 2003, vol. 16, n° 2, p. 131.

ALEXY R., « On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison », *Ratio Juris*, 2003, vol. 16, n° 4, p. 433.

ALEXY R., « Balancing, constitutional review, and representation », *International Journal of Constitutional Law*, 2005, vol. 3, n° 4, p. 572.

ALEXY R., « On the Concept and the Nature of Law », *Ratio Juris*, 2008, vol. 21, n° 3, p. 281.

ALIVIZATOS N., « Η ελευθερία έκφρασης επί εθνικών θεμάτων [Freedom of expression on national matters] (1996) », *Ο αβέβαιος εκσυγχρονισμός και η θολή συνταγματική αναθεώρηση [Uncertain modernization and vague constitutional reform]*, Athènes, Πόλις, 2001, p. 251-259.

ALIVIZATOS N., « Συνολική αποτίμηση του αναθεωρητικού εγχειρήματος [Overall evaluation of the amendment] », D. Tsatsos, E. Venizelos et X. Contiades (dir.), *Το νέο Σύνταγμα [The new Constitution]*, Athènes ; Komotini, Αντ. Ν. Σάκκουλας, 2001, p. 437.

ALIVIZATOS N., « Μεταξύ ακτιβισμού και αυτοσυγκράτησης [Between activism and self-restraint] », *ΔΤΑ*, 2003, vol. 19, p. 697-728.

ALLAN T., « Pragmatism and Theory in Public Law », *LQR*, 1988, vol. 104, p. 422.

ALLAN T., « Human Rights and Judicial Review: A Critique of “Due Deference” », *CLJ*, 2006, vol. 65, n° 3, p. 671.

ANDROULAKIS N., « Τα όρια της ανακριτικής δράσεως και η «αρχή της αναγκαιότητας» [The limits of inquisitory action and the “principle of necessity”] », 1975, p. 1.

ANDROULAKIS N., « Το «κράτος των δικαστών» - Ένα ανύπαρκτο σιάχτρο; [The “government of judges” - An inexistent scarecrow?] », *ΝοΒ*, 1985, vol. 33, p. 1505.

ANTHOPOULOS C., « Όψεις της συνταγματικής δημοκρατίας στο παράδειγμα του άρθρου 25 παρ. 1 του Συντάγματος [Aspects of constitutional democracy in the example of article 25 par. 1 of the Constitution] », D. TSATSOS, E. VENIZELOS et X. CONTIADES (dir.), *Το νέο Σύνταγμα [The new Constitution]*, Athènes ; Komotini, Αντ. Ν. Σάκκουλας, 2001, p. 153.

ANTHOPOULOS C., « Το ασυμβίβαστο των ιδιοκτητών μέσων ενημέρωσης πριν και μετά το νέο άρθρο 14 παρ. 9 του Συντάγματος [The incompatibility concerning media owners before and after the new article 14 par. 9 of the Constitution] », X. CONTIADES (dir.), *Πέντε χρόνια μετά τη συνταγματική αναθεώρηση του 2001 [Five years after the 2001 constitutional reform]*, Athènes ; Komotini, Αντ. Ν. Σάκκουλας, 2006, vol. I, p. 313-366.

ANTONIOU T., « Η απόφαση της Ολομελείας του Συμβουλίου της Επικρατείας για το Μνημόνιο – Μια ευρωπαϊκή υπόθεση χωρίς ευρωπαϊκή προσέγγιση [The Council of State Plenum decision on the Memorandum - A European affair without a European approach] », *ΤοΣ*, 2012, p. 197.

ASSIER-ANDRIEU L., « Carbonnier Jean, Droit et passion du droit sous la Ve République, coll. « Forum », 1996 », *Droit et Société*, 1998, vol. 40, n° 1, p. 651.

ATIAS C. et D. LINOTTE, « Le mythe de l’adaptation du droit au fait », *Recueil Dalloz*, 1977, chronique XXXIV, p. 251.

AUBY J.-M., « Le contrôle juridictionnel du degré de gravité d’une sanction disciplinaire, note sous CE, 9 juin 1978, Lebon », *RDP*, 1979, p. 227.

BALKIN J., « The Crystalline Structure of Legal Thought », *Rutgers Law Review*, 1986, vol. 39, p. 1.

BALKIN J., « The Hohfeldian Approach to Law and Semiotics », *U. Miami L. Rev*, 1990, n° 44, p. 1119.

BALKIN J., « Nested oppositions », *Yale Law Faculty Scholarship Series*, 1990, p. 281.

- BALKIN J., « The Promise of Legal Semiotics », *Texas Law Review*, 1991, vol. 69, p. 1831.
- BARBER N., « The afterlife of Parliamentary sovereignty », *International Journal of Constitutional Law*, 2011, vol. 9, n° 1, p. 144.
- BASTIEN F., « Une revendication de juridiction. Compétence et justice dans le droit constitutionnel de la Ve République », *Politix*, 1990, vol. 3, n° 10-11, p. 92.
- DE BÉCHILLON D., « De quelques incidences du contrôle de la conventionnalité internationale des lois par le juge ordinaire (Malaise dans la Constitution) », *RDA*, 1998, p. 225.
- DE BÉCHILLON D., « Observations sur le contrôle de proportionnalité », *La semaine juridique*, 2016, Regards d'universitaires sur la réforme de la Cour de cassation-conférence débat 24 novembre 2015, supplément au n° 1-2, p. 27.
- BEIS K., « Η αρχή της αναλογικότητας [The principle of proportionality] », *Δικ*, 1999, vol. 30, Δ, p. 467.
- BELL J., « The Expansion of Judicial review over Discretionary Powers in France », *PL*, 1986, p. 99.
- BIENVENU J.-J., « Note sous décision n° 85-192 DC », *AJDA*, 1985, p. 485.
- BINGHAM T., « “There is a World Elsewhere”: The Changing Perspectives of English Law », *ICLQ*, 1992, vol. 41, p. 513.
- BINGHAM T., « The European Convention on Human Rights: Time to Incorporate », *The Business of Judging Selected Essays and Speeches*, Oxford, OUP, 2000, p. 131.
- BOAS F., « Introduction », *Traditions of the Thompson River Indians of British Columbia*, Houghton, Mifflin, Boston : New York, coll. « Memoirs of the American Folklore Society », 1898.
- BOCKEL A., « Contribution à l'étude du pouvoir discrétionnaire de l'administration », *AJDA*, 1978, p. 355.
- BÖCKENFÖRDE E.W., « Grundrechte als Grundsatznormen. Zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik », *Staat, Verfassung, Demokratie : Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1991, p. 185.
- BOMHOFF J., « Genealogies of Balancing as Discourse », *Law & Ethics of Human Rights*, avril 2010, n° 4, p. 108.
- BOMHOFF J., « Perfectionism in European law », C. BARNARD, M. GEHRING et I. SOLANKE (dir.), *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, Vol. 14, 2011-2012, Oxford, Hart, 2012, p. 75.
- BOMHOFF J., « Comparing Legal Argument », M. ADAMS et J. BOMHOFF (dir.), *Practice and theory in comparative law*, Cambridge ; New York, CUP, 2012, p. 74.

BOMHOFF J., *Balancing Constitutional Rights: Introduction*, Rochester, NY, Social Science Research Network, 2013.

BOMHOFF J., « Beyond Proportionality: Thinking Comparatively about Constitutional Review and Punitiveness », V. JACKSON et M. TUSHNET (dir.), *Proportionality: New Frontiers, New Challenges*, Cambridge ; New York, CUP, 2017, p. 148.

BOUSTA R., « La spécificité du contrôle constitutionnel français de proportionnalité », *RIDC*, 2007, n° 4, p. 859.

BOUSTA R., « Contrôle constitutionnel de proportionnalité : la “spécificité” française à l’épreuve des évolutions récentes », *RFDC*, 2011, p. 913.

BOYRON S., « Proportionality in English Administrative Law: A Faulty Translation? », *Oxford Journal of Legal Studies*, 1992, vol. 12, n° 2, p. 237.

BRAIBANT G., « Le principe de proportionnalité », *Mélanges offerts à Marcel Waline : le juge et le droit public*, Paris, LGDJ, 1974, vol. II, p. 297.

BRETT A., « What is Intellectual History Now? », D. CANNADINE (dir.), *What is History Now?*, New York, Palgrave Macmillan, 2002, p. 113.

BROWN N., « General Principles of Law and the English Legal System », M. CAPPELLETTI et N. BROWN (dir.), *New perspectives for a common law of Europe = Nouvelles perspectives d’un droit commun de l’Europe*, Leiden; London, Sijthoff, coll. « Publications of the European University Institute », 1978, p. 177.

BROWNE-WILKINSON N., « The Infiltration of a Bill of Rights », *PL*, 1992, p. 397.

BRUNET P., « Le juge constitutionnel est-il un juge comme les autres? Réflexions méthodologiques sur la justice constitutionnelle », O. Jouanjan, C. Grewe, E. Maulin et P. Wachsmann (dir.), *La notion de « justice constitutionnelle »*, Paris, Dalloz, 2005, p. 115.

BRUNET P., « Que reste-t-il de la volonté générale? Sur les nouvelles fictions du droit constitutionnel français », *Pouvoirs*, 2005, n° 114, p. 5.

DE BÚRCA G., « Fundamental Human Rights and the Reach of EC Law », *Oxford Journal of Legal Studies*, 1993, vol. 13, n° 3, p. 283.

DE BÚRCA G., « The Principle of Proportionality and its Application in EC Law », *Yearbook of European Law*, 1993, vol. 13, n° 1, p. 105.

DE BÚRCA G., « The language of rights and European integration », G. MORE et J. SHAW (dir.), *New legal dynamics of European Union*, New York, Clarendon Press, 1995, p. 29.

DE BÚRCA G., « Convergence and Divergence in European Public Law: The Case of Human Rights », P. BEAUMONT, C. LYONS et N. WALKER (dir.), *Convergence and Divergence in European Public Law*, Oxford ; Portland, Or., Hart, 2002, p. 131.

DE BÚRCA G., *After the EU Charter of Fundamental Rights: The Court of Justice as a Human Rights Adjudicator?*, Rochester, NY, Social Science Research Network, 2013.

CADIET L., « Introduction », *La semaine juridique*, 2016, Regards d'universitaires sur la réforme de la Cour de cassation-conférence débat 24 novembre 2015, supplément au n° 1-2, p. 10.

CASSIA P. et E. SAULNIER, « Le Conseil d'Etat et la Convention européenne des droits de l'homme », *AJDA*, 1997, p. 411.

CHAMPEIL-DESPLATS V., « Le Conseil constitutionnel a-t-il une conception des libertés publiques ? », *Jus Politicum*, 2012, n° 7, <http://juspoliticum.com/article/Le-Conseil-constitutionnel-a-t-il-une-conception-des-libertes-publiques-402.html>.

CHEVALLIER J., « Doctrine juridique et science juridique », *Droit et société*, 2002, n° 50, p. 103.

CHRYSOGONOS K., « Η προστασία των θεμελιωδών δικαιωμάτων στην Ελλάδα πριν και μετά την αναθεώρηση του 2001 [The protection of fundamental rights in Greece before and after the 2001 reform] », *ΔτΑ*, 2001, vol. 10, p. 529.

CHRYSOGONOS K., « Η χαμένη τιμή της Ελληνικής Δημοκρατίας. Ο μηχανισμός «στήριξης της ελληνικής οικονομίας» από την οπτική της εθνικής κυριαρχίας και της δημοκρατικής αρχής [The lost honour of the Hellenic Republic. The “rescue” mechanism of the Greek economy from the point of view of national sovereignty and of the principle of democracy] », *ΝοΒ*, 2010, vol. 6, p. 58.

CLAYTON R., « Proportionality and the HRA 1998: Implications for Substantive Review », *JR*, 2002, p. 124.

CLAYTON R., « Judicial Deference and Democratic Dialogue: the legitimacy of judicial intervention under the Human Rights Act 1998 », *PL*, 2004, p. 33.

CLAYTON R., « The Curious Case of Kennedy v Charity Commission », *U.K. Const. L. Blog*, 18 avril 2014, accessible sur <https://ukconstitutionallaw.org/>.

COHEN M., « Law and Scientific Method », *Jurisprudence in action: a pleader's anthology*, London, Sweet & Maxwell, 1953.

COHEN-ELIYA M. et I. PORAT, « American balancing and German proportionality: The historical origins », *International Journal of Constitutional Law*, 2010, vol. 8, n° 2, p. 263.

COHEN-ELIYA M. et I. PORAT, « The Administrative Origins of Constitutional Rights and Global Constitutionalism », V. JACKSON et M. TUSHNET (dir.), *Proportionality: New Frontiers, New Challenges*, Cambridge ; New York, CUP, 2017, p. 75.

COHN M., « Legal Transplant Chronicles: The Evolution of Unreasonableness and Proportionality Review of the Administration in the United Kingdom », *American Journal of Comparative Law*, 2010, vol. 58, p. 583.

CONTIADES X. et A. FOTIADOU, « Social Rights in the age of proportionality: Global economic crisis and constitutional litigation », *International Journal of Constitutional Law*, 2012, n° 10, p. 660.

CONTIADES X. et A. FOTIADOU, « Κοινωνικά δικαιώματα, αναλογικότητα και δημοσιονομική κρίση, θεωρητικές επισημάνσεις επ' ευκαιρία της ΟλΣΕ 668/2012 [Social rights, proportionality and financial crisis, theoretical remarks on the occasion of StE (Pl.) 668/2012] », *ΔτΑ*, 2012, n° 53, p. 27-51.

COSTA J.-P., « Le principe de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil d'État », *AJDA*, 1988, p. 434.

COTTERRELL R., « Comparative Law and Legal Culture », M. REIMANN et R. ZIMMERMANN (dir.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford ; New York, OUP, 2006, p. 710.

COTTERRELL R., « Is it so Bad to be Different? Comparative Law and the Appreciation of Diversity », E. ÖRÜCÜ et D. NELKEN (dir.), *Comparative law: a handbook*, Oxford ; Portland, Or, Hart, 2007, p. 133.

CRAIG P., « Formal and Substantive Conceptions of the Rule of Law: an Analytical Framework. », *PL*, 1997, p. 467.

CRAIG P., « Competing models of judicial review », *PL*, 1999, p. 428.

CRAIG P., « Unreasonableness and Proportionality in UK Law », E. ELLIS (dir.), *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*, 1^{re} éd., London, Bloomsbury Publishing, 1999, p. 107.

CRAIG P., « The Nature of Reasonableness Review », *Current Legal Problems*, 2013, vol. 66, n° 1, p. 131.

DAGTOGLOU P., « Δημόσιο συμφέρον και Σύνταγμα [Public Interest and the Constitution] », *ΤοΣ*, 1986, p. 425.

DALY P., « Proportionality and Rationality: the Debate Goes On », *Administrative Law Matters Blog*, 17 février 2016, accessible sur <https://www.administrativelawmatters.com/>.

DASHWOOD A., « The Limits of European Community Powers », *European Law Review*, 1996, vol. 21, p. 113.

DAVIES G., « Constitutional disagreement in Europe and the search for pluralism », J. KOMÁREK et M. AVBELJ (dir.), *Constitutional pluralism in the European Union and beyond*, Oxford, Hart, 2012, p. 269.

DAVIES G., « Free movement, the quality of life, and the myth that the court balances interests », *Exceptions from EU Free Movement Law. Derogation, Justification and Proportionality*, Oxford, Hart, coll. « Modern studies in European law », 2016, p. 218.

DAVIS A. et J. WILLIAMS, « Proportionality in English law », S. RANCHORDÁS et B.W.N. de WAARD (dir.), *The Judge and the Proportionate Use of Discretion: A Comparative Study*, Abington, Routledge, 2015, p. 73.

DE WITTE B., « The Past and Future Role of the European Court of Justice in the Protection of Human Rights », P. ALSTON (dir.), *The EU and Human Rights*, Oxford ; New York, OUP, 1999, p. 859.

DEBRÉ J.-L., « Protection des libertés et QPC », Discours au Conseil national des Barreaux, Nantes, 21 octobre 2011.

DELMAS-MARTY M., « De l'état d'urgence au despotisme doux », *Libération*, 16 juillet 2017.

DELVOLVÉ P., « Droits subjectifs contre interdit législatif », *RFDA*, 2016, p. 754.

DEUMIER P., « Contrôle concret de conventionnalité: l'esprit et la méthode », *RTD Civ.*, 2016, p. 578.

DORIS F., « Η αρχή της αναλογικότητας στο πεδίο ρύθμισης των ιδιωτικού δικαίου σχέσεων και ιδιαίτερα στο Αστικό Δίκαιο [The principle of proportionality in the field of private law relations and especially in civil law] », *Τόμος τιμητικός του Συμβουλίου της Επικρατείας - 75 χρόνια*, Thessaloniki, Σάκκουλα, 2004, p. 229.

DRAGO G., « La conciliation entre principes constitutionnels », *Droits*, 1991, p. 265.

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.

DROSSOS Y., « Το 'Μνημόνιο' ως σημείο στροφής του πολιτεύματος [The "Memorandum" as a turning point of the regime] », *The Book's Journal*, 2011, vol. 6, p. 41-53.

DUTHEILLET DE LAMOTHE L. et G. ODINET, « Contrôle de conventionnalité: in concreto veritas ? », *AJDA*, 2016, p. 1398.

DUTHEILLET DE LAMOTHE O., « La Convention européenne et le Conseil constitutionnel », *RIDC*, 2008, n° 2, p. 293.

DWORKIN R., « The Model of Rules », *University of Chicago Law Review*, 1967, vol. 35, n° 1, Article 3.

DYZENHAUS D., M. HUNT, et M. TAGGART, « The Principle of Legality in Administrative Law: Internationalisation as Constitutionalisation », *Oxford University Commonwealth Law Journal*, 2001, vol. 1, n° 1, p. 5.

EISENMANN C., « L'Esprit des lois et la séparation des pouvoirs », *Mélanges Raymond Carré de Malberg*, Paris, Duchemin, 1933, p. 165.

ELLIOTT M., « The Human Rights Act 1998 and the Standard of Substantive Review », *CLJ*, 2001, vol. 60, n° 2, p. 301.

ELLIOTT M., « Common-law constitutionalism and proportionality in the Supreme Court: Kennedy v The Charity Commission », *Public Law for Everyone*, 31 mars 2014, accessible sur <https://publiclawforeveryone.com/>.

ELLIOTT M., « Proportionality and contextualism in common-law review: The Supreme Court's judgment in Pham », *Public Law for Everyone*, 17 avril 2015, accessible sur <https://publiclawforeveryone.com/>.

ELLIOTT M., « A tangled constitutional web: the black-spider memos and the British constitution's relational architecture », *PL*, 2015, p. 539.

ETOA S., « La terminologie des « droits fondamentaux » dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *CRDF*, 2011, n° 9, p. 23.

FATIN-ROUGE STÉFANINI M. et X. PHILIPPE, « Jurisprudence du Conseil constitutionnel Octobre 2010-mars 2011 », *RFDC*, 2011, p. 547.

FAVOREU L., « Le principe de constitutionnalité, essai de définition d'après la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Mélanges Charles Eisenmann*, 1975, p. 33-48.

FAVOREU L., « Note sous décision n° 84-181 DC », *RDP*, 1986, p. 395.

FENWICK H., « What's Wrong with s.2 of the Human Rights Act? », *U.K. Const. L. Blog*, 9 octobre 2012, accessible sur <https://ukconstitutionallaw.org/>.

FORDHAM M. et T. DE LA MARE, « Identifying the Principles of Proportionality », J. JOWELL et J. COOPER (dir.), *Understanding human rights principles*, Oxford ; Portland, Or, Hart, coll. « Justice series », 2001, p. 27.

FRAISSE R., « Le Conseil constitutionnel exerce un contrôle conditionné, diversifié et modulé de la proportionnalité », *Les petites affiches*, 2009, n° 46, p. 74.

FRIEDMAN L. et G. TEUBNER, « Legal Education and Legal Integration: European Hopes and American Experience », M. CAPPELLETTI, M. SECCOMBE et J. WEILER (dir.), *Integration Through Law*, Berlin, de Gruyter, 1986, vol. I:3 Forces and Potential for a European Identity, p. 345.

FROMONT M., « Le principe de proportionnalité », *AJDA*, 1995, n° spécial, p. 156-165.

GALE M., « The UK's Uncodified Constitution – Parliamentary Sovereignty and the Rise of Common Law Constitutionalism », *University of Pennsylvania Journal of International Law*, novembre 2017 <http://pennjil.com/the-uks-uncodified-constitution-parliamentary-sovereignty-and-the-rise-of-common-law-constitutionalism/>.

GARAPON A., « French legal culture and the Shock of "Globalization" », *Social and Legal Studies*, 1995, vol. 4, Special issue on Legal culture, Diversity and Globalization, p. 493.

GARDBAUM S., « Positive and Horizontal Rights: Proportionality's Next Frontier or a Bridge Too Far? », V. JACKSON et M. TUSHNET (dir.), *Proportionality: New Frontiers, New Challenges*, Cambridge ; New York, CUP, 2017, p. 221.

GAUDEMET Y., « Les nouvelles méthodes du juge administratif français », P. Pararas (dir.), *État-loi-administration. Mélanges en l'honneur de Epaminondas Spiliotopoulos*, Athènes ; Bruxelles, Αντ. Ν. Σάκκουλας ; Bruylant, 1998, p. 147.

GAUDEMET Y., « Méthodes du juge », D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, p. 1018.

GEARTY C., « The Tories' proposal for a British bill of rights is incoherent, but they don't care », *The Guardian*, 10/2014.

GEERTZ C., « Local Knowledge: Fact and Law in Comparative Perspective », *Local knowledge: further essays in interpretive anthropology*, 3^e éd., New York, Basic Books, 1983, p. 167.

GEERTZ C., « Common Sense as a Cultural System », *Local knowledge: further essays in interpretive anthropology*, 3^e éd., New York, Basic Books, 1983, p. 73.

GENEVOIS B., « L'application du principe de proportionnalité aux amendes fiscales (à propos de la décision du Conseil Constitutionnel n° 87-237 DC du 30 décembre 1987) », *RFDA*, 1988, vol. 2, n° 4, p. 350.

GENEVOIS B., « Le Conseil constitutionnel et la définition des pouvoirs du Conseil supérieur de l'audiovisuel », *RFDA*, 1989, p. 215.

GENEVOIS B., « Note sous CE Ass. 20 octobre 1989, *Nicolo* », *RFDA*, 1989, p. 832.

GERAPETRITIS G., « Στο δρόμο για την θεσμικά ισορροπη παρέμβαση του δικαστή [Towards an institutionally balanced judicial intervention] », *ΔτΑ*, 2005, vol. 25, p. 187.

GERAPETRITIS G., « Πρόσωπα και προσωπεία του ελέγχου της αναλογικότητας [Faces and guises of the proportionality review] », *ΔτΑΤΕΣ IV*, 2006, p. 269.

GERONTAS A., « Η αρχή της αναλογικότητας στο γερμανικό δημόσιο δίκαιο [The principle of proportionality in German public law] », *ΤοΣ*, 1983, p. 20.

GERONTAS A., « Η αρχή της αναλογικότητας και η τριτενέργεια των θεμελιωδών δικαιωμάτων μετά την αναθεώρηση του 2001 [The principle of proportionality and the third party effect of fundamental rights after the 2001 reform] », X. CONTIADES (dir.), *Πέντε χρόνια μετά τη συνταγματική αναθεώρηση του 2001 [Five years after the constitutional 2001 reform]*, Athènes ; Komotini, Αντ. Ν. Σάκκουλας, 2006, vol. II/A, p. 499.

GIAKOUMIS D., « Οι αόριστες έννοιες, η διακριτική ευχέρεια του δικαστή ως αόριστη νομική έννοια, η εξειδίκευσή της και η δυνατότητα αναιρετικού ελέγχου υπό το πρίσμα της αρχής της αναλογικότητας [Indeterminate notions, judicial discretion as an indeterminate

legal notion, its concretisation, and the possibility of cassation under the framework of the principle of proportionality] », *Δικ*, 2005, vol. 36, p. 48.

GLENN P., « Legal Cultures and Legal Traditions », M.V. HOECKE (dir.), *Epistemology and Methodology of Comparative Law: Epistemology and Methodology of Comparative Law*, London, Bloomsbury Publishing, 2004, p. 7.

GOESEL-LE BIHAN V., « Réflexion iconoclaste sur le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel », *RFDC*, 1997, p. 227.

GOESEL-LE BIHAN V., « Le contrôle exercé par le Conseil constitutionnel : défense et illustration d'une théorie générale », *RFDC*, 2001, p. 67.

GOESEL-LE BIHAN V., « Le contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel : figures récentes », *RFDC*, 2007, p. 269.

GOESEL-LE BIHAN V., « Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel », *Cahiers du Conseil Constitutionnel*, 2007, n° 22, Dossier : Le réalisme en droit constitutionnel.

GOESEL-LE BIHAN V., « Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel, technique de protection des libertés publiques ? », *Jus Politicum*, 2012, vol. 7.

GOGOS K., « Πτυχές του ελέγχου αναλογικότητας στη νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας [Aspects of proportionality review in the case law of the Council of State] », *ΔτΑΤΕΣ III*, 2005, p. 299.

GRAZIADEI M., « The functionalist heritage », P. LEGRAND et R. MUNDAY (dir.), *Comparative legal studies: traditions and transitions*, Cambridge ; New York, CUP, 2003, p. 100.

GRAZIADEI M., « Comparative Law as the Study of Transplants and Receptions », M. REIMANN et R. ZIMMERMANN (dir.), *Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford, OUP, 2006, p. 441.

GREEN N., « Proportionality and the Supremacy of Parliament in the UK », E. ELLIS (dir.), *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*, London, Bloomsbury Publishing, 1999, p. 145.

GRIFFITH J., « The Brave New World of Sir John Laws », *The Modern Law Review*, 2000, vol. 63, n° 2, p. 159.

GRIMM D., « Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence », *University of Toronto Law Journal*, 2007, vol. 57, n° 2, p. 383.

GUIBAL M., « De la proportionnalité », *AJDA*, 1978, p. 477.

HAIN M., « Guardians of the Constitution – the Constitutional Implications of a Substantive Rule of Law », *U.K. Const. L. Blog*, 12 septembre 2017, accessible sur <https://ukconstitutionallaw.org/>.

HALE B., « UK court rulings show move away from European to common law », *The Guardian*, 15 août 2014.

HARLOW C., « Disposing of Dicey: from Legal Autonomy to Constitutional Discourse? », *Political Studies*, 2000, vol. 48, p. 356.

HARLOW C., « Voices of Difference in a Plural Community », P. BEAUMONT, C. LYONS et N. WALKER (dir.), *Convergence and Divergence in European Public Law*, Oxford ; Portland, Or., Hart, 2002, p. 177.

HIEBERT J., « Parliament and the Human Rights Act: Can the JCHR help facilitate a culture of rights? », *International Journal of Constitutional Law*, 2006, vol. 4, n° 1, p. 1.

HIRSCHL R., « The Question of Case Selection in Comparative Constitutional Law », *The American Journal of Comparative Law*, 2005, vol. 53, n° 1, p. 125.

HOFFMANN L., « The Influence of the European Principle of Proportionality upon UK Law », E. ELLIS (dir.), *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*, 1^{re} éd., London, Bloomsbury Publishing, 1999, p. 85.

HOGG Q. (dir.), « Proportionality », Q. HOGG (dir.), *Halsbury's Laws of England*, London, Butterworths, 1989, vol.1, p. 144.

HUNT M., « The Human Rights Act and Legal Culture: The Judiciary and the Legal Profession », *Journal of Law and Society*, 1999, vol. 26, n° 1, p. 86.

HUNT M., « Sovereignty's Blight: Why Contemporary Public Law Needs the Concept of "Due Deference" », N. BAMFORTH et P. LEYLAND (dir.), *Public law in a multi-layered constitution*, Oxford ; Portland, Or, Hart, 2003, p. 337.

HUNT M., « Against Bifurcation », D. DYZENHAUS, M. HUNT et G. HUSCROFT (dir.), *A simple common lawyer: essays in honour of Michael Taggart*, Oxford ; Portland, Or, Hart, 2009, p. 108.

JACKSON V., « Proportionality and Equality », V. JACKSON et M. TUSHNET (dir.), *Proportionality: New Frontiers, New Challenges*, Cambridge ; New York, CUP, 2017, p. 148.

JACKSON V., « Constitutional Law in an Age of Proportionality », *Yale Law Journal*, 2015, vol. 124, n° 8, p. 3094.

JAMIN C., « Juger et motiver. Introduction comparative à la question du contrôle de proportionnalité en matière de droits fondamentaux », *Cour de cassation*, 30 mars 2015, accessible sur <https://www.courdecassation.fr/>.

JEULAND E., « Réforme de la Cour de cassation. Une approche non utilitariste du contrôle de proportionnalité », *La semaine juridique*, 2016, Regards d'universitaires sur la réforme de la Cour de cassation-conférence débat 24 novembre 2015, supplément au n° 1-2, p. 20.

VON JHERING R., « In the Heaven for Legal Concepts: A Fantasy », *Temple Law Quarterly*, traduit par Charlotte LEVY, 1985, vol. 58, p. 799.

JOHANNES F., « Voile islamique : la CEDH ne condamne pas la France mais émet des réserves », *Le Monde*, 01 juillet 2014.

JOUANJAN O., « De la vocation de notre temps pour la science du droit : modèles scientifiques et preuve de la validité des énoncés juridiques », *Revue européenne des sciences sociales*, 2003, XLI-128, p. 129.

JOWELL J., « Beyond the Rule of Law: Towards Constitutional Judicial Review », *PL*, 2000, p. 671.

JOWELL J., « Judicial Deference and Human Rights: A Question of Competence », P. CRAIG et R. RAWLINGS (dir.), *Law and Administration in Europe: essays in honour of Carol Harlow*, Oxford ; New York, OUP, 2003, p. 67.

JOWELL J. et A. LESTER, « Beyond Wednesbury: Substantive Principles of Administrative Law », *Commonwealth Law Bulletin*, 1988, vol. 14, p. 858.

JOWELL J. et A. LESTER, « Proportionality: Neither Novel nor Dangerous », J. JOWELL et D. OLIVER (dir.), *New directions in judicial review*, London, Stevens, coll. « Current legal problems series », 1988, p. 51.

KABOĞLU I.Ö. et S.-I. KOUTNATZIS, « The Reception Process in Greece and Turkey », H. KELLER et A. STONE SWEET (dir.), *A Europe of Rights: the Impact of the ECHR on National Legal Systems*, Oxford, OUP, 2008, p. 451.

KAHN J., « Note sous CE (Ass.), 26 octobre 1973, *Grassin* », *AJDA*, 1973, p. 586.

KAHN J., « Le pouvoir discrétionnaire du juge administratif », IFSA (dir.), *Le pouvoir discrétionnaire et le juge administratif*, Paris, Cujas, 1978, p. 9.

KAHN P., « The Court, the Community and the Judicial Balance: The Jurisprudence of Justice Powell », *Yale Law Journal*, 1987, vol. 97, p. 9.

KAHN P., « Comparative Constitutionalism in a New Key », *Michigan Law Review*, 2004, vol. 101, p. 2677.

KAHN-FREUND O., « On Uses and Misuses of Comparative Law », *The Modern Law Review*, 1974, vol. 37, n° 1, p. 1.

KAIDATZIS A., « Παρατηρήσεις σχετικά με τις ΣτΕ (Ολ.) 1991/2005 και ΔΕΚ C-140/2003, 21.4.2005 Επιτροπή κατά Ελλάδα [Observations on StE (Pl.) 1991/2005 and ECJ C-140/03, 21 April 2005, Commission v Greece] », *ΤοΣ*, 2006, p. 181.

KAIDATZIS A., « Δικαστικός έλεγχος των μέτρων οικονομικής πολιτικής. Νομολογιακές τάσεις και προσαρμογές στο μεταβαλλόμενο οικονομικο-πολιτικό περιβάλλον [Judicial review of economic policy measures. Jurisprudential tendencies and adaptations to the changing economic-political circumstances] », *Constitutionalism.gr blog*, 10 juin 2010, accessible sur <https://www.constitutionalism.gr/>.

KAIDATZIS A., « 'Μεγάλη πολιτική' και ασθενής δικαστικός έλεγχος. Ένα σχόλιο για τις στρατηγικές τήρησης του Συντάγματος στην εποχή του 'Μνημονίου' ["Big policy" and weak judicial review. A comment on the strategies for observing the Constitution in the Age of the "Memorandum"] », *Constitutionalism.gr blog*, 21 mars 2011, accessible sur <https://www.constitutionalism.gr/>.

KAIDATZIS A., « Ο έλεγχος της συνταγματικότητας των νόμων στην Ελλάδα, ενόψει της διάκρισης σε συστήματα ισχυρού και ασθενούς τύπου [Judicial review of the constitutionality of legislation in Greece, in view of the distinction between strong and weak systems] », *Constitutionalism.gr blog*, 9 avril 2013, accessible sur <https://www.constitutionalism.gr/>.

KALFLÈCHE G., « Le contrôle de proportionnalité exercé par les juridictions administratives », *Les petites affiches*, 2009, n° 46, p. 46.

KAPSALI V., « Η αρχή της αναλογικότητας στο γαλλικό δημόσιο δίκαιο [The principle of proportionality in French public law] », *ΔτΑΤΕΣ IV*, 2006, p. 309.

KASSIMATIS G., « Παρατηρήσεις στην ΣτΕ (Ολ.) 58/1977 [Observations on StE (Pl.) 58/1977] », *ΤοΣ*, 1977, p. 625.

KATROUGKALOS G., « Νομική και πολιτική σημασία της αναθεώρησης του άρθρου 25 του Συντάγματος [Legal and political significance of the reform of article 25 of the Constitution] », *ΔτΑ*, 2001, vol. 10, p. 457.

KATROUGKALOS G., « Αρχή της αναλογικότητας και κοινωνικά δικαιώματα [The principle of proportionality and social rights] », *ΔτΑΤΕΣ IV*, 2006, p. 141.

KATROUGKALOS G., « Memoranda sunt servanda? Η συνταγματικότητα του ν. 3845/2010 και του Μνημονίου για τα μέτρα εφαρμογής των συμφωνιών με το ΔΝΤ, την ΕΕ και την ΕΚΤ [Memoranda sunt servanda? The constitutionality of law 3845/2010 and of the Memorandum for the implementation of the agreements with the IMF, the EU and the ECB] », *ΕφΔΔ*, 2010, vol. 2, p. 151-163.

KATROUGKALOS G., « Το 'paraconstitution' του μνημονίου και ο άλλος δρόμος [The "paraconstitution" of the memorandum and the alternative way] », *ΝοΒ*, 2011, n° 59, p. 231.

KAVANAGH A., « Proportionality and Parliamentary Debates: Exploring Some Forbidden Territory », *Oxford Journal of Legal Studies*, 2014, vol. 34, n° 3, p. 443.

KELLER H. et A. STONE SWEET, « Assessing the Impact of the ECHR on National Legal Orders », H. KELLER et A. STONE SWEET (dir.), *A Europe of Rights: the Impact of the ECHR on National Legal Systems*, Oxford, OUP, 2008, p. 675.

KELLER H. et A. STONE SWEET, « The Reception of the ECHR in National Legal Orders », H. KELLER et A. STONE SWEET (dir.), *A Europe of Rights: the Impact of the ECHR on National Legal Systems*, Oxford, OUP, 2008, p. 3.

KENNEDY D., « American Constitutionalism as Civil Religion: Notes of an Atheist », *Nova L. Rev.*, 1995, vol. 19, p. 908.

KENNEDY D., « A Transnational Genealogy of Proportionality in Private Law », R. BROWNSWORD, H. MICKLITZ, L. NIGLIA et S. WEATHERILL (dir.), *The Foundations of European Private Law*, Oxford ; Portland, Or, Hart, 2011, p. 185-220.

KHOSLA M., « Proportionality: An assault on human rights?: A reply », *International Journal of Constitutional Law*, 2010, vol. 8, n° 2, p. 298.

KING J., « Proportionality: A Halfway House », *New Zealand Law Review*, 2010, vol. 2010, p. 327.

KIRBY M., « Struggle for Simplicity: Lord Cooke and Fundamental Rights », *Commonwealth Law Bulletin*, 1998, vol. 24, p. 496.

KLATT M. et M. MEISTER, « Proportionality—a benefit to human rights? Remarks on the I·CON controversy », *International Journal of Constitutional Law*, 2012, vol. 10, n° 3, p. 687.

KLUG F. et H. WILDBORE, « Follow or lead?: the Human Rights Act and the European Court of Human Rights », *European Human Rights Law Review*, 2010, vol. 6, p. 621.

KOMÁREK J., « Reasoning with Previous Decisions: Beyond the Doctrine of Precedence », *The American Journal of Comparative Law*, 2013, vol. 61, n° 1, p. 149.

KONTOGIORGA-THEOCHAROPOULOU D., « Σημεία εργασίας επί της αρχής της αναλογικότητας [Elements of study on the principle of proportionality] », *Σύμμεικτα προς τιμήν Γεωργίου Μ. Παπαχατζή*, Athènes, Σάκκουλα, 1989, p. 889-929.

KOUMPLI C., « Un essai sur la clarification de l'inférence : État de droit - principe de proportionnalité », 8^e Congrès mondial de l'Association internationale de Droit constitutionnel, Mexico, 6-10 décembre 2010.

KROUSTALLAKIS E., « Ελληνική Πολιτική Δικονομία και Κοινοτικό Δίκαιο: άμεσες και έμμεσες επιδράσεις [Greek Civil Procedure and Community Law: direct and indirect influences] », *Δ/νη*, 1999, p. 1457.

KRYGIER M., « Law as Tradition », *Law and Philosophy*, 1986, vol. 5, n° 2, p. 237.

KUMM M., « Constitutional rights as principles: On the structure and domain of constitutional justice. A review essay on A Theory of Constitutional Rights », *International Journal of Constitutional Law*, 2004, vol. 2, n° 3, p. 574.

KUMM M., « What Do You Have in Virtue of Having a Constitutional Right? On the Place and Limits of the Proportionality Requirement », 2006, Paper 46, coll. « New York University Public Law and Legal Theory Working Papers ».

KUMM M., « Who is Afraid of the Total Constitution? Constitutional Rights as Principles and the Constitutionalization of Private Law », *German Law Journal*, 2006, vol. 7, n° 4, p. 341.

KUMM M., « Political Liberalism and the Structure of Rights: On the Place and Limits of the Proportionality Requirement », *Law, rights and discourse: the legal philosophy of Robert Alexy*, Oxford, Hart, 2007, p. 131.

KUMM M., *Democracy is Not Enough: Rights, Proportionality and the Point of Judicial Review*, Rochester, NY, Social Science Research Network, 2009.

KUMM M., « The Cosmopolitan Turn in Constitutionalism: On the Relationship between Constitutionalism in and beyond the State », J. DUNOFF et J. TRACHTMAN (dir.), *Ruling the world?: constitutionalism, international law, and global governance*, Cambridge ; New York, CUP, 2009, p. 258.

KUMM M., « The Idea of Socratic Contestation and the Right to Justification: The Point of Rights-Based Proportionality Review », *Law and Ethics of Human Rights*, 2010, vol. 41, n° 2, p. 141.

KUMM M., « Alexy's Theory of Constitutional Rights and the Problem of Judicial Review », *Institutionalized reason: the jurisprudence of Robert Alexy*, Oxford ; New York, OUP, 2012, p. 201.

KUMM M., « Is the Structure of Human Rights Practice Defensible? Three Puzzles and Their Resolution », V. JACKSON et M. TUSHNET (dir.), *Proportionality: New Frontiers, New Challenges*, Cambridge ; New York, CUP, 2017, p. 30.

KUMM M. et A. WALLEN, « Human Dignity and Proportionality: Deontic Pluralism in Balancing », G. HUSCROFT, B. MILLER et G. WEBBER (dir.), *Proportionality and the Rule of Law: Rights, Justification, Reasoning*, New York, CUP, 2014, p. 67.

LABETOUILLE D. et P. CABANES, « Note sous CE (Ass.), 28 mai 1971, *Ville Nouvelle Est* », *AJDA*, 1971, p. 404.

LAKIN S., « The Sovereignty of Law: Freedom, Constitution and Common Law by Professor Trevor Allan: Some Preliminary Thoughts », *U.K. Const. L. Blog*, 4 février 2014, accessible sur <https://ukconstitutionallaw.org/>.

- DE LAUBADÈRE A., « Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire dans la jurisprudence récente du Conseil d'État français », *Mélanges offerts à Marcel Waline : le juge et le droit public*, Paris, LGDJ, 1974, p. 531.
- LAWS J., « Is the High Court the Guardian of fundamental constitutional rights? », *Commonwealth Law Bulletin*, 1992, vol. 18, p. 1385.
- LAWS J., « Law and Democracy », *PL*, 1995, p. 72.
- LAWS J., « The Limitations of Human Rights », *PL*, 1998, p. 254.
- LEGRAND P., « European Legal Systems are not Converging », *International & Comparative Law Quarterly*, 1996, vol. 45, n° 1, p. 52.
- LEGRAND P., « The impossibility of legal transplants », *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 1997, vol. 4, p. 111.
- LEGRAND P., « Public Law, Europeanisation and Convergence », P. BEAUMONT, C. LYONS et N. WALKER (dir.), *Convergence and Divergence in European Public Law*, Oxford ; Portland, Or., Hart, 2002, p. 225.
- LEGRAND P., « The Same and the Different », P. LEGRAND et R. MUNDAY (dir.), *Comparative legal studies: traditions and transitions*, Cambridge ; New York, CUP, 2003, p. 240.
- LEIGH I., « Taking rights proportionately : judicial review, the Human Rights Act and Strasbourg », *PL*, 2002, p. 265.
- LEMASURIER J., « Vers un nouveau principe général du droit ? Le principe “bilan-coût-avantages” », *Mélanges offerts à Marcel Waline : le juge et le droit public*, Paris, LGDJ, 1974, vol. II, p. 551.
- LETOURNEUR M., « Le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation dans la jurisprudence du Conseil d'État », *Mélanges Ganshof van der Meersch*, Paris, LGDJ, 1972, vol. III, p. 563.
- LÉVI-STRAUSS C., « The Structural Study of Myth », *The Journal of American Folklore*, 1955, vol. 68, n° 270, p. 428.
- LOUGHLIN M., « Constitutional law: the third order of the political », N. BAMFORTH et P. LEYLAND (dir.), *Public Law in a Multi-Layered Constitution*, Oxford, Hart, 2003, p. 27.
- LOUVEL B., « Réflexions à la Cour de cassation : contribution à la refondation de la Justice », *La semaine juridique*, 2016, Regards d'universitaires sur la réforme de la Cour de cassation – conférence débat 24 novembre 2015, supplément au n° 1-2, p. 1.
- MADIOT Y., « La protection internationale de la personne », *Les petites affiches*, 23 juin 1993, p. 8.
- MANESSIS A., « Οι κύριες συνιστώσες του συστήματος θεμελιωδών δικαιωμάτων του Συντάγματος του 1975 [The main components of the fundamental rights system in the

Constitution of 1975] », *Συνταγματική θεωρία και πράξη [Constitutional theory and practice]*, Athènes, Σάκκουλα, 2007, vol. II, p. 529.

MANITAKIS A., « Fondement et légitimité du contrôle juridictionnel des lois en Grèce », *RIDC*, 1988, vol. 40, n° 1, p. 39.

MANITAKIS A., « Η πολυσήμαντη επιστροφή του Κράτους Δικαίου [The multifaceted return of the ideal of a State ruled by Law] », Κ. STAMATIS et A. MANITAKIS (dir.), *Όψεις του Κράτους Δικαίου [Aspects of the ideal of a State ruled by Law]*, Thessaloniki, Σάκκουλα, 1990, p. 27.

MANITAKIS A., « Πρόλογος [Preface] », Κ. STAMATIS et A. MANITAKIS (dir.), *Όψεις του Κράτους Δικαίου [Aspects of the ideal of a State ruled by Law]*, Thessaloniki, Σάκκουλα, 1990, p. 5.

MANITAKIS A., « Η τριτενέργεια, μια περιττή για την ελληνική έννομη τάξη έννοια [Third-party effect: a superfluous notion for the Greek legal order] », *Χρον ΙΜΔΑ*, 1991, p. 289.

MANITAKIS A., « Ο Δικαστής Υπηρέτης του Νόμου ή Εγγυητής των Συνταγματικών Δικαιωμάτων και Μεσολαβητής Διαφορών [The Judge, Servant of the Law or Guarantor of Constitutional Rights and Mediator in Legal Disputes] », *ΝοΒ*, 1999, vol. 47, n° 2, p. 177.

MANITAKIS A., « Ιστορικά γνωρίσματα και λογικά προαπαιτούμενα του δικαστικού ελέγχου της συνταγματικότητας των νόμων στην Ελλάδα [Historical traits and logical assumptions of judicial review of the constitutionality of legislation in Greece] », *Τμητικός τόμος του Κ. Μπέη*, Athènes, Αντ. Σάκκουλας, 2003, p. 3121.

MANITAKIS A., « Οι (αυτο)δεσμεύσεις του δικαστή από τον παρεμπόδιοντα έλεγχο της (αντι)συνταγματικότητας των νόμων [Judicial (self-)restraint resulting from the incidental system of judicial review of the (un)constitutionality of legislation] », *ΤοΣ*, 2006, n° 2, p. 403.

MANITAKIS A., « Η αναγκαιότητα της αναθεώρησης μεταξύ πλειοψηφικού κοινοβουλευτισμού και αναθεωρητικής συναίνεσης [The need for the constitutional reform, between majoritarian parliamentary and consensus] », *ΤοΣ*, 2007, p. 3.

MANITAKIS A., « Οι θεσμικές παρενέργειες της «υπόθεσης του Βασικού Μετόχου» [The institutional side-effects of the “Major Shareholder affair”] », Thessaloniki, 2014.

MANITAKIS A., « Η προτεραιότητα εφαρμογής του κοινοτικού δικαίου έναντι του Συντάγματος, η εναρμονισμένη με το κοινοτικό δίκαιο ερμηνεία του Συντάγματος και η τεχνική της αναλογικότητας [The primacy of community law over the Constitution, the interpretation of the Constitution in conformity with Community law and the technique of proportionality] », *ΕφΔΔ*, 2015, vol. 3, p. 317.

MANOLAKOGLOU K., « Η αρχή της αναλογικότητας ως τεχνική του δικαστικού ελέγχου πράξεων διακριτικής ευχέρειας της διοίκησης [The principle of proportionality as a technique for the judicial scrutiny of discretionary administrative acts] ».

MANTZOUFAS P., « Ασφάλεια και πρόληψη στην εποχή της διακινδύνευσης [Security and prevention in the age of risk] », *Τόμος τιμητικός του Συμβουλίου της Επικρατείας - 75 χρόνια*, Thessaloniki, Σάκκουλα, 2004, p. 55.

MANTZOUFAS P. et A. PAVLOPOULOS, « Η μεγάλη απόφαση για τις τηλεοπτικές άδειες και η μεγαλύτερη δοκιμασία της ερμηνείας του Συντάγματος [The great case concerning TV licences and the greater challenge of constitutional interpretation] », *ΣΥΝΗΓΟΡΟΣ*, 2017, p. 22.

MARKETOU A.I., « Economic Energy and the Loss of Faith in the Greek Constitution: How Does a Constitution Function When It Is Dying », *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, 2015, vol. 4, p. 289.

MARKUS J.-P., « Le contrôle de conventionnalité des lois par le Conseil d'État », *AJDA*, 1999, p. 99.

MARTENS P., « L'irrésistible ascension du principe de proportionnalité », *Présence du droit public et des droits de l'homme : mélanges offerts à Jacques Velu*, Bruxelles, Bruylant, 1992, p. 49.

MATHEWS J. et A. STONE SWEET, « All Things in Proportion? American Rights Doctrine and the Problem of Balancing », *Emory Law Journal*, 2011, vol. 60, n° 4, p. 799.

MATHIOUDAKIS I., « Μετασχηματισμοί του ταμειακού συμφέροντος του Δημοσίου σε περίοδο έντονης οικονομικής κρίσης [Transformations of the cash interest of the State in a period of intense economic crisis] », *ΕφΔΔ*, 2011, n° 4, p. 478.

MATSCHER F., « Methods of Interpretation of the Convention », R. MACDONALD, F. MATSCHER et H. PETZOLD (dir.), *The European system for the protection of human rights*, Dordrecht ; Boston, M. Nijhoff, 1993, p. 63.

MATTHIAS S., « Το πεδίο λειτουργίας της αρχής της αναλογικότητας [The scope of the principle of proportionality] », *ΕλλΔνη*, 2006, vol. 47, n° 1, p. 1.

MAUGUE C., « La QPC : 5 ans déjà, et toujours aucune prescription en vue », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2015, n° 47, p. 11.

MAZEAUD P., « 2, rue de Montpensier : un bilan », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2008, n° 25, p. 27.

MAZEAUD P., « Voeux du président du Conseil constitutionnel au président de la République ». Palais de l'Élysée, 3 janvier 2006, *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 20.

MCBRIDE J., « Proportionality and the European Convention on Human Rights », E. ELLIS (dir.), *The principle of proportionality in the laws of Europe*, Oxford ; Portland, Or, Hart, 1999, p. 23.

MEAD D., « Outcomes Aren't All: Defending Process-Based Review of Public Authority Decisions under the Human Rights Act », *PL*, 2012, p. 63.

MERLAND G., « L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Conseil constitutionnel*, accessible sur https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/pdf/Conseil/merland.pdf.

MESTRE A., « Note sous CE, 19 mai 1933, *Benjamin* », *Rec. Sirey*, 1934, vol. 3, p. 1.

MICHELMAN F., « Proportionality outside the Courts with Special Reference to Popular and Political Constitutionalism », V. JACKSON et M. TUSHNET (dir.), *Proportionality: New Frontiers, New Challenges*, Cambridge ; New York, CUP, 2017, p. 13.

MITSOPOULOS G., « “Τριτενέργεια” και “αναλογικότητα” ως διατάξεις του αναθεωρηθέντος Συντάγματος [“Third party effect” and “proportionality” as provisions of the amended Constitution] », *ΑΤΑ*, 2002, vol. 15, p. 641.

MÖLLER K., « Balancing and the structure of constitutional rights », *International Journal of Constitutional Law*, 2007, vol. 5, n° 3, p. 453.

MÖLLER K., « US Constitutional Law, Proportionality, and the Global Model », V. JACKSON et M. TUSHNET (dir.), *Proportionality: New Frontiers, New Challenges*, Cambridge ; New York, CUP, 2017, p. 103.

MUIR-WATT H., « La fonction subversive du droit comparé », *RIDC*, 2000, vol. 52, n° 3, p. 503.

MUIR-WATT H., « Globalization and Comparative Law », M. REIMANN et R. ZIMMERMANN (dir.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford, OUP, 2006, p. 579.

MUIR-WATT H. et G. TUSSEAU, « Repenser le dévoilement de l'idéologie juridique : une approche fictionnelle de la gouvernance globale », B. BONNET (dir.), *Traité des rapports entre ordres juridiques*, Paris, LGDJ, 2016, p. 169.

MUZNY P., « Proportionnalité », J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, H. GAUDIN et J.-P. MARGUENAUD (dir.), *Dictionnaire des droits de l'homme*, Paris, PUF, 2008, p. 810.

NELKEN D., « Disclosing/Invoking Legal Culture: An Introduction », *Social & Legal Studies*, 1995, vol. 4, p. 435.

NELKEN D., « Comparatists and Transferability », P. LEGRAND et R. MUNDAY (dir.), *Comparative legal studies: traditions and transitions*, Cambridge ; New York, CUP, 2003, p. 437.

NELKEN D., « Defining and Using the Concept of Legal Culture », E. ÖRÜCÜ et D. NELKEN (dir.), *Comparative law: a handbook*, Oxford ; Portland, Or, Hart, 2007, p. 109.

NELKEN D., « Using Legal Culture: Purposes and Problems », D. NELKEN (dir.), *Using legal culture*, London, Wildy, Simmonds & Hill, coll. « JCL studies in comparative law », 2012, p. 1.

NEUBERGER D., « Proportionate costs », *The Law Society. Fifteenth Lecture*, 29 mai 2012.

NEUBERGER D., « The role of judges in human rights jurisprudence: a comparison of the Australian and UK experience », conference at the Supreme Court of Victoria, Melbourne, 8 août 2014.

NIKIFOROS D., « Η αναλογικότητα ως διάμεσος της εθνικής και της ενωσιακής έννομης τάξης [Proportionality as an intermediary between the domestic and the EU legal order] », *Constitutionalism.gr blog*, 17 septembre 2012, accessible sur <https://www.constitutionalism.gr/>.

ORFANOUDAKIS S. et V. ΚΟΚΟΤΑ, « Η εφαρμογή της αρχής της αναλογικότητας στην ελληνική και την κοινοτική έννομη τάξη: συγκλίσεις και αποκλίσεις [The application of the principle of proportionality in the Greek and the Community legal order: convergences and divergences] », *ΕΕΕυρ*, 2007, p. 691.

PANNICK D., « Principles of Interpretation of Convention Rights under the Human Rights Act and the Discretionary Area of Judgment », *PL*, 1998, p. 545.

PAPADOPOULOU L., « Η συνταγματική οικοδόμηση της Ευρώπης από τη σκοπιά του ελληνικού Συντάγματος [The constitutional construction of Europe from the point of view of the Greek Constitution] », L. PAPADOPOULOU et A. MANITAKIS (dir.), *Η προοπτική ενός Συντάγματος για την Ευρώπη [The perspective of a Constitution for Europe]*, Athènes, Σάκκουλα, 2003, p. 147.

PAPADOPOULOU M., « Η κοινοτική αρχή της αναλογικότητας ενώπιον του εθνικού δικαστή [The EC principle of proportionality before national judges] », *ΔΤΑΤΕΣ IV*, 2006, p. 279.

PARARAS P., « Παρατηρήσεις υπο την ΣτΕ (Ολ.) 2952/1975 [Observations on StE (Pl.) 2952/1975] », *ΤόΣ*, 1976, p. 347.

PARARAS P., « Το νέο Σύνταγμα [The new Constitution] », *Το Βήμα*, 19/01/2003.

PARARAS P., « Κριτικό Σημείωμα - Recension X. Contiades (Ed.), *Engineering Constitutional Change. A Comparative Perspective on Europe, Canada and the USA* », *ΔΤΑ*, 2012, vol. 55, p. 895.

PARARAS P., « Το Ευρωπαϊκό Δίκαιο των Δικαιωμάτων του Ανθρώπου [European Human Rights Law] », *ΔΤΑ*, 2012, vol. 86, p. 1131.

PAVLOPOULOS P., « Δικαστικός έλεγχος της συνταγματικότητας των νόμων ή δικαστικός έλεγχος της νομιμότητας του Συντάγματος; [Judicial review of the constitutionality of legislation or judicial review of the legality of the Constitution?] », *ΝοΒ*, 1988, vol. 36, p. 13.

PERELMAN C., « Droit, logique et épistémologie », *Ethique et droit*, Bruxelles, éditions de l'Université de Bruxelles, 1990, p. 619.

PERJU V., « Proportionality and freedom—An essay on method in constitutional law », *Global Constitutionalism*, 2012, vol. 1, n° 2, p. 334.

PERJU V., « Proportionality and Stare Decisis: Proposal for a New Structure », V. JACKSON et M. TUSHNET (dir.), *Proportionality: New Frontiers, New Challenges*, Cambridge ; New York, CUP, 2017, p. 75.

PETERS A., « The Merits of Global Constitutionalism », *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 2009, XVI, p. 397.

PHILIPPE X., A. VIDAL-NAQUET, A. DUFFY-MEUNIER, et O. LE BOT, « Les délibérations du Conseil constitutionnel - Année 1984 », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2011, n° 32.

PHILLIPSON G., « Transforming Breach of Confidence? Towards a Common Law Right of Privacy under the Human Rights Act », *The Modern Law Review*, 2003, vol. 66, n° 5, p. 726.

PICARD E., « “Science du droit” ou “doctrine juridique” », *L’unité du droit : mélanges en hommage à Roland Drago*, Paris, Economica, 1996, p. 119.

POOLE T., « Of headscarves and heresies: The Denbigh High School case and public authority decision making under the Human Rights Act », *PL*, 2005, p. 685.

POOLE T., « The Reformation of English Administrative Law », *CLJ*, 2009, vol. 68, n° 1, p. 142.

POOLE T. et S. SHAH, « The impact of the Human Rights Act on the House of Lords », *PL*, 2009, p. 347.

POTTAGE A., « Law after Anthropology: Object and Technique in Roman Law », *Theory, Culture & Society*, 2014, vol. 31, n° 2-3, p. 147.

POWELL W. et P. DIMAGGIO, « The Iron Cage Revisited: Institutional Isomorphism and Collective Rationality in Organizational Fields », W. POWELL et P. DIMAGGIO (dir.), *The new institutionalism in organizational analysis*, Chicago, University of Chicago Press, 1991, p. 63.

PRÉLOT P.-H., « L’actualité de l’arrêt Benjamin », *RFDA*, 2013, n° 5, p. 1020.

PREVEDOUROU E., « Η αρχή της αναλογικότητας στη νομολογία του ΔΕΚ [The principle of proportionality in the ECJ case law] », *ΕΕΕυρ*, 1997, p. 1, 297.

RENESI N., « Η αρχή της αναλογικότητας στη νομολογία του Ελεγκτικού Συνεδρίου [The principle of proportionality in the case law of the Court of Audit] », *Δι*, 2005, vol. 17, p. 1401.

REYNOLDS S., « Explaining the constitutional drivers behind a perceived judicial preference for free movement over fundamental rights », *Common Market Law Review*, 1 juin 2016, vol. 53, n° 3, p. 643.

RILES A., *A New Agenda for the Cultural Study of Law: Taking on the Technicalities*, Rochester, NY, Social Science Research Network, 2004.

- RIVERO J., « Apologie pour les “faiseurs de systèmes” », *Recueil Dalloz*, 1951, p. 99.
- RIVERO J., « Note sous décision n° 80-127 DC », *AJDA*, 1981, p. 275.
- RIVERO J., « Fin d'un absolutisme », *Pouvoirs*, 1991, n° 13, p. 5.
- RIVERS J., « Proportionality and Variable Intensity of Review », *CLJ*, 2006, vol. 65, n° 1, p. 174.
- RIVERS J., « Proportionality, Discretion and the Second Law of Balancing », G. PAVLAKOS (dir.), *Law, rights and discourse: the legal philosophy of Robert Alexy*, Oxford, Hart, 2007, p. 167.
- ROUSSEAU D., « La démocratie continue », *Le Débat*, 1997, n° 96, p. 73.
- ROUSSEAU D., « La question prioritaire de constitutionnalité : un big bang juridictionnel ? », *RDP*, 2009, n° 3, p. 631.
- ROUSSEAU D., « Le procès constitutionnel », *Pouvoirs*, 2011, vol. 137-La Question prioritaire de constitutionnalité, p. 47.
- SACCO R., « Legal Formants: A Dynamic Approach To Comparative Law », *American Journal of Comparative Law*, 1991, vol. 39, p. 1 ; 343.
- SAINT BONNET F., « L'intérêt général dans l'ancien droit constitutionnel », *Conseil constitutionnel*, accessible sur https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/pdf/Conseil/saintbonnet.pdf.
- SANKEY J., « The principles and practice of the law today », Conférence à l'Université de Londres, 14 mars 2018.
- SAUVÉ J.-M., « Le Conseil d'État et l'application de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales », Intervention dans le cadre du colloque organisé par l'Université Paris 3 Sorbonne Nouvelle au Sénat, 9 avril 2010.
- SAUVÉ J.-M., « Le Conseil d'État, une cour suprême administrative », Intervention lors de la remise des prix à la Faculté de droit de l'Université de Strasbourg, 9 décembre 2014.
- SAUVÉ J.-M., « Le juge administratif, protecteur des libertés », Intervention pour les dix ans de l'AFDA, Université d'Auvergne, 16 juin 2016.
- SAUVÉ J.-M., « Le principe de proportionnalité, protecteur des libertés », Intervention à l'Institut Portalis, Aix-en-Provence, 17 mars 2017.
- SCARMAN L., « The Development of Administrative Law: Obstacles and Opportunities », *PL*, 1990, p. 490.
- SCHAUER F., « A Comment on the Structure of Rights », *Ga. L. Rev.*, 1992, vol. 27, p. 415.

SCHAUER F., « Commensurability and Its Constitutional Consequences », *Hastings Law Journal*, 1994, vol. 45, p. 785.

SCHAUER F., « Proportionality and the Question of Weight », G. HUSCROFT, B. MILLER et G. WEBBER (dir.), *Proportionality and the Rule of Law: Rights, Justification, Reasoning*, New York, CUP, 2014, p. 173.

SCHLAG P., « The Aesthetics of American Law », *Harvard Law Review*, 2002, vol. 115, n° 4, p. 1047.

SCHLINK B., « Proportionality », M. ROSENFELD et A. SAJÓ (dir.), *The Oxford handbook of comparative constitutional law*, Oxford, OUP, 2012, p. 718.

SCHNEIDERMAN D., « Proportionality and Constitutional Culture », *International Journal of Constitutional Law*, 2015, vol. 13, n° 3, p. 769.

SEDLEY S., « The Sound of Silence », *Ashes and Sparks*, Cambridge, CUP, 2011, p. 64.

SEDLEY S., « The Rocks or the Open Sea: Where is the Human Rights Act Heading? », *Journal of Law and Society*, 2005, vol. 32, n° 1, p. 3.

SEDLEY S., « Human Rights: a Twenty-First Century Agenda », *PL*, 1995, p. 386.

SEUBE J.-B., « Le contrôle de proportionnalité exercé par le juge judiciaire : Présentation générale », *Les petites affiches*, 2009, n° 46, p. 86.

SIRINELLI J. et B. BERTRAND, « La proportionnalité », J.-B. AUBY (dir.), *L'influence du droit européen sur les catégories du droit public*, Paris, Dalloz, 2010, p. 623.

SKOURIS V., « Η συνταγματική αρχή της αναλογικότητας και οι νομοθετικοί περιορισμοί της επαγγελματικής ελευθερίας [The constitutional principle of proportionality and legislative restrictions of professional freedom] », *Ελλάδη*, 1987, vol. 28, p. 773.

SKOURIS V., « Συνολική αποτίμηση του αναθεωρητικού εγχειρήματος [Overall evaluation of the amendment] », D. TSATSOS, E. VENIZELOS et X. CONTIADES (dir.), *Το νέο Σύνταγμα [The new Constitution]*, Athènes ; Komotini, Αντ. Ν. Σάκκουλας, 2001, p. 457.

SPILIOTOPOULOS E., « Judicial Review of Legislation Acts in Greece », *Temple Law Quarterly*, 1983, vol. 56, p. 463.

SRIRANGAM V., « A Difference in Kind – Proportionality and Wednesbury », *LALS Student Law Review*, 2016, vol. 4, n° 1, p. 46.

STAMATIS K., « Το νόημα του Κράτους Δικαίου στην Ελλάδα, 1952-1967 [The meaning of the ideal of a State ruled by Law in Greece, 1952-1967] », K. STAMATIS et A. MANITAKIS (dir.), *Όψεις του Κράτους Δικαίου [Aspects of the ideal of a State ruled by Law]*, Thessaloniki, Σάκκουλας, 1990, p. 109.

STAVROPOULOS G., « Η επίδραση της ΕΣΔΑ στην ελληνική έννομη τάξη [The influence of the ECHR in the Greek legal order] », *Constitutionalism.gr blog*, 9 décembre 2017, accessible sur <https://www.constitutionalism.gr/>.

STONE SWEET A. et J. MATHEWS, « Proportionality Balancing and Global Constitutionalism », *Columbia Journal of Transnational Law*, 2008, vol. 47, p. 73.

STRATILATIS K., « Η συγκεκριμένη στάθμιση των συνταγματικών αξιών κατά τη δικαστική ερμηνεία του Συντάγματος [The in concreto balancing of constitutional values in the process of judicial interpretation of the Constitution] », *ΤοΣ*, 2001, n° 3, p. 495.

TACHOS A., « Παρατηρήσεις στην ΣτΕ 2112/1984 [Observations on StE 2112/1984] », *Αρμ*, 1984, p. 907.

TAGGART M., « Reinventing Administrative Law », N. BAMFORTH et P. LEYLAND (dir.), *Public law in a multi-layered constitution*, Oxford ; Portland, Or, Hart, 2003, p. 251.

TAGGART M., « Proportionality, Deference, Wednesbury », *New Zealand Law Review*, 2008, p. 423.

TASSOPOULOS I., « Η συνταγματική θέση της δικαιοσύνης στο πολιτικό μας σύστημα [The constitutional role of justice in our political system] », D. TSATSOS, E. VENIZELOS et X. CONTIADES (dir.), *Το νέο Σύνταγμα [The new Constitution]*, Athènes, Αντ. Ν. Σάκουλας, 2001, p. 357.

TAYLOR G., « Judicial Review of Improper Purposes and Irrelevant Considerations », *CLJ*, 1976, vol. 35, n° 2, p. 272.

TEITGEN F., « Le principe de proportionnalité en droit français », H. KUTSCHER, G. RESS et F. TEITGEN (dir.), *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in europäischen Rechtsordnungen*, Heidelberg, Müller, 1985, p. 53.

TEUBNER G., « The Two Faces of Janus: Rethinking Legal Pluralism », *Cardozo Law Review*, 1991-1992, vol. 13, p. 1443.

TEUBNER G., « Altera Pars Audiatur: Law in the Collision of Discourses », R. RAWLINGS (dir.), *Law, Society and Economy*, Oxford ; New York, OUP, 1997, p. 149.

TEUBNER G., « Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Differences », *Modern Law Review*, 1998, vol. 61, p. 11.

THOMAS Y., « La langue du droit romain. Problèmes et méthodes », *Archives de Philosophie du Droit*, 1973, vol. 18, p. 103.

THYM D., « When Union citizens turn into illegal migrants: the Dano case », *European Law Review*, 2015, vol. 40, n° 2, p. 249.

TRIANAFYLLOU G., « Η αρχή της αναλογικότητας στην ποινική δίκη [The principle of proportionality in the criminal process] », *Ελλάγη*, 1990, vol. 31, p. 301.

- TROPER M., « La motivation des décisions constitutionnelles », C. PERELMAN et P. FORIERS (dir.), *La motivation des décisions de justice*, Bruxelles, Bruylant, 1978, p. 287.
- TROPER M., « Who needs a third party effect doctrine? The case of France », A. SAJÓ et R. UITZ (dir.) *The constitution in private relations. Expanding constitutionalism*, Utrecht, Eleven International Publishing, 2005.
- TSAKYRAKIS S., « Proportionality: An Assault on Human Rights? », 2008, Paper 9, coll. « New York School Jean Monnet Working Paper Series ».
- TURPIN D., « Le traitement des antinomies des droits de l'homme par le Conseil constitutionnel », *Droits*, 1985, n° 2, p. 85.
- TUSHNET M., « Making Easy Cases Harder », V. JACKSON et M. TUSHNET (dir.), *Proportionality: New Frontiers, New Challenges*, Cambridge ; New York, CUP, 2017, p. 303.
- TUSSEAU G., « A Plea for a Hint of Empiricism in Constitutional Theory: A Comment on Cesare Pinelli's Constitutional Reasoning and Political Deliberation », *German Law Journal*, 2013, vol. 14, n° 8, p. 1183.
- VAN HOECKE M., « Deep Level Comparative Law », M. VAN HOECKE (dir.), *Epistemology and methodology of comparative law*, Oxford, Hart, coll. « European Academy of Legal Theory series », 2004.
- VASSILAKAKIS G., « Η αρχή της αναλογικότητας. Ο αναιρετικός έλεγχος της εφαρμογής της από τον Άρειο Πάγο επί χρηματικής ικανοποίησεως λόγω ηθικής βλάβης [The principle of proportionality. The review of its application in cassation by Areios Pagos in the field of indemnity for moral damage] », *Νομικά Χρονικά*, 2008, vol. 50.
- VEDEL G., « Note sous CE, 12 février 1960, *Société Eky* », *J.C.P.*, 1960, II, p. 11629.
- VEDEL G., « Le Conseil constitutionnel, gardien du droit positif ou défenseur de la transcendance des droits de l'homme », *Pouvoirs*, 1988, vol. 45, p. 149.
- VEDEL G., « Réflexions sur quelques apports de la jurisprudence du Conseil d'État à la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Mélanges René Chapus*, Paris, LGDJ; Lextenso, 1992, p. 647.
- VEDEL G., « Réflexions sur les singularités de la procédure devant le Conseil constitutionnel », *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs? : mélanges en l'honneur de Roger Perrot*, Dalloz, 1995, p. 537.
- VEDEL G., « Introduction », *L'unité du droit : mélanges en hommage à Roland Drago*, Paris, Economica, 1996.
- VEDEL G., « Excès de pouvoir législatif et excès de pouvoir administratif », *Cahiers du Conseil Constitutionnel*, 1996 1997, n° 1-2.

VEGLERIS P., « La Constitution, la Loi et les Tribunaux en Grèce », *Annales de la Faculté de Droit de Liège*, Liège, Faculté de droit, 1967, vol. 1/ p. 437.

VELLIS G., « Η προσωπική κράτηση μετά το ν. 2462/1997 [The detention of persons after law no. 2462/1997] », *Ελλάδα*, 1999, vol. 40, p. 9.

VENIZELOS E., « Η θέση του ΣτΕ στο σύστημα δικαστικού ελέγχου της συνταγματικότητας των νόμων [The role of the Council of State in the system of judicial review of the constitutionality of legislation] », *Δίκαιο & Πολιτική*, 1983, n° 6, p. 9.

VENIZELOS E., « Η νομικοπολιτική σημασία της αναθεώρησης του Συντάγματος [The Legal-Political Significance of the Constitutional Reform] », 6 avril 2004, accessible sur <https://www.evenizelos.gr/>.

VENIZELOS E., « Οι εγγυήσεις πολυφωνίας και διαφάνειας στα ΜΜΕ κατά το άρθρο 14 παρ. 9. Οι κανόνες ερμηνείας του Συντάγματος και οι σχέσεις Συντάγματος - Κοινοτικού δικαίου [The guarantees of pluralism and transparency in the media according to article 14 par. 9. The rules for the interpretation of the Constitution and the relations between the Constitution and Community law] », *NoB*, 2005, vol. 53, p. 425.

VENIZELOS E., « Η σχέση Συντάγματος και Ευρωπαϊκής Ολοκλήρωσης [The relationship between the Constitution and European Integration] », 25 octobre 2006, accessible sur <https://www.evenizelos.gr/>.

VENIZELOS E., « Ερμηνευτικός σχετισμός, δικονομικοί καταναγκασμοί, δογματικές αντιφάσεις και πολιτικά διλήμματα στη νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας για τις σχέσεις εθνικού συντάγματος και ευρωπαϊκού κοινοτικού δικαίου [Hermeneutic relativism, procedural constraints, doctrinal inconsistencies and political dilemmas in the Council of State case law on the relationship between the national Constitution and European Community law] », *ΕφΔΔ*, 2008, n° 1, p. 85.

VIGNEAU V., « Libres propos d'un juge sur le contrôle de proportionnalité », *Droits*, 2017, p. 123.

VOUTSAKIS V., « Η αρχή της αναλογικότητας: Από την ερμηνεία στη διάπλαση του δικαίου [The principle of proportionality: from legal interpretation to legal formation] », Κ. STAMATIS et A. MANITAKIS (dir.), *Όψεις του Κράτους Δικαίου [Aspects of the ideal of a State ruled by Law]*, Thessaloniki, Σάκκουλα, 1990, p. 205.

VOUTSAKIS V., « Η αρχή του κράτους δικαίου και οι νέες διατάξεις περί ατομικών και κοινωνικών δικαιωμάτων [The principle of a state ruled by law and the new provisions on individual and social rights] », *NoB*, 2002, n° 1, p. 7.

VRONTAKIS M., « Ο δικαστής ως κριτής σταθμίσεων, αξιών και επιλογών του νομοθέτη κατά την πρόκριση των προς θέσπιση ρυθμίσεων [The judge as a reviewer of legislative weighing, values and choices in legal norm-production] », *Constitutionalism.gr blog*, 6 juillet 2011, accessible sur <https://www.constitutionalism.gr/>.

- WACHSMANN P., « Des chameaux et des moustiques. Réflexions critiques sur le Conseil constitutionnel », V. CHAMPEIL-DESPLATS et N. FERRE (dir.), *Billet d'humeur en l'honneur de Danièle Lochak*, Paris, LGDJ, 2007, p. 279.
- WADE W., « The Basis of Legal Sovereignty », *CLJ*, novembre 1955, vol. 13, n° 2, p. 172.
- WADE W., « Sovereignty - revolution or evolution? », *LQR*, 1996, vol. 112, p. 568.
- WALDRON J., « Fake Incommensurability. A response to Professor Schauer », *Hastings Law Journal*, 1994, vol. 45, p. 813.
- WALDRON J., « The Core of the Case Against Judicial Review », *Yale Law Journal*, juin 2005, vol. 115, p. 1346.
- WALINE J., « Le rôle du juge administratif dans la détermination de l'utilité publique justifiant l'expropriation », *Mélanges offerts à Marcel Waline : le juge et le droit public*, Paris, LGDJ, 1974, p. 811.
- WALINE M., « Note sous CE (Ass.), 28 mai 1971, *Ville Nouvelle Est* », *RDP*, 1972, p. 454.
- WALKER N., « Culture, Democracy and the Convergence of Public Law: Some Scepticisms about Scepticism », P. BEAUMONT, C. LYONS et N. WALKER (dir.), *Convergence and Divergence in European Public Law*, Oxford ; Portland, Or., Hart, 2002, p. 257.
- WALTERS M., « Dicey on Writing the Law of the Constitution », *Oxford Journal of Legal Studies*, 2012, vol. 32, n° 1, p. 21.
- WARD I., « Identity and difference: The European Union and Postmodernism », G. MORE et J. SHAW (dir.), *New legal dynamics of European Union*, New York, Clarendon Press, 1995, p. 15.
- WEBBER G., « Proportionality and Absolute Rights », V. JACKSON et M. TUSHNET (dir.), *Proportionality: New Frontiers, New Challenges*, Cambridge ; New York, CUP, 2017, p. 51.
- WEILER J., « Deciphering the Political and Legal DNA of European Integration », J. DICKSON et P. ELEFThERIADIS (dir.), *Philosophical Foundations of European Union Law*, Oxford, OUP, 2012, p. 137.
- WHITMAN J., « The neo-Romantic turn », P. LEGRAND et R. MUNDAY (dir.), *Comparative legal studies: traditions and transitions*, Cambridge ; New York, CUP, 2003, p. 312.
- WONG G., « Towards the Nutcracker Principle, Reconsidering the Objections to Proportionality », *PL*, 2000, p. 92.
- WOOLF H., « Droit Public - English Style », *PL*, 1995, p. 57.
- XYNOPOULOS G., « Réflexions sur le contrôle de proportionnalité en Europe continentale et en Grèce », P.J. PARARAS (dir.), *Etat - loi - administration: mélanges en l'honneur de Epaminondas P. Spiliotopoulos*, Athènes ; Bruxelles, Ant. N. Sakkoulas ; Bruylant, 1998, p. 461.

YANNAKOPOULOS C., « Μεταξύ εθνικής και ενωσιακής έννομης τάξης: το «Μνημόνιο» ως αναπαραγωγή της κρίσης του κράτους δικαίου [Between national and EU legal order: the “Memorandum” reverberating of the crisis in the ideal of a state ruled by law] », *Constitutionalism.gr blog*, 30 janvier 2011, accessible sur <https://www.constitutionalism.gr/>.

YANNAKOPOULOS C., « Ο αυτεπάγγελτος έλεγχος (αντι)συνταγματικότητας των νόμων [The ex officio judicial review of the (un)constitutionality of legislation] », *ΔΤΑ*, 2002, vol. 16, p. 1175.

YANNAKOPOULOS C., « Τα δικαιώματα στη νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας [Rights in the Council of State case law] », M. TSAPOGAS et D. CHRISTOPOULOS (dir.), *Τα δικαιώματα στην Ελλάδα 1953-2003 [Rights in Greece 1953-2003]*, Athènes, Καστανιώτης, 2004, p. 439.

YANNAKOPOULOS C., « Μεταξύ συνταγματικών σκοπών και συνταγματικών ορίων: η διαλεκτική εξέλιξη της συνταγματικής πραγματικότητας στην εθνική και στην κοινοτική έννομη τάξη [Entre buts constitutionnels et limites constitutionnelles: l'évolution dialectique de la pratique constitutionnelle dans l'ordre juridique national et communautaire] », *ΕφΔΔ*, 2008, n° 5, p. 733.

YANNAKOPOULOS C., « Η μετάλλαξη του υποκειμένου των συνταγματικών δικαιωμάτων [The transformation of the subject of constitutional rights] », *ΕφΔΔ*, 2012, vol. 2, p. 146.

YANNAKOPOULOS C., « Το ελληνικό Σύνταγμα και η επιφύλαξη του εφικτού της προστασίας των κοινωνικών δικαιωμάτων [The Greek Constitution and the feasibility clause of social rights protection] », *ΕφΔΔ*, 2015, vol. 4, p. 417.

YARDLEY D., « The Abuse of Powers and Its Control in English Administrative Law », *The American Journal of Comparative Law*, 1970, vol. 18, n° 3, p. 565.

ZENATI-CASTAING F., « La juridictionnalisation de la Cour de cassation », *RTD Civ.*, 2016, p. 511.

ZILLER J., « Le Principe de proportionnalité », *AJDA*, 1996, spécial, p. 185.

TABLE DE LA JURISPRUDENCE

JURIDICTIONS FRANÇAISES

Conseil d'État

CE, 4 avril 1914, *Gomel*, n° 55125, Rec. 488.

CE, 14 janvier 1916, *Camino*, n° 59619, Rec. 15.

CE, 19 mai 1933, *Benjamin*, n° 17413 et 17520, Rec. 541.

CE, 6 novembre 1936, *Arrighi*, n° 41221, Rec. C.E. 966.

CE, 9 juillet 1943, *Tabouret et Laroche*, Rec. 182.

CE (Ass.), 26 octobre 1945, *Aramu*, n° 77726, Rec. 213.

CE, 11 juillet 1956, *Amicale des Annamites de Paris*, n° 26638, Rec. 317.

CE, 26 juin 1959, *Syndicat général des ingénieurs conseils*, n° 92099, ECLI:FR:CESJS:1959:92099.19590626.

CE, 18 décembre 1959, *Films Lutétia*, n° 36385 et 36428, ECLI:FR:CESJS:1959:36385.19591218.

CE, 12 février 1960, *Société Eky*, n° 46922 et 46923, Rec. 101.

CE, 15 février 1961, *Lagrange*, Rec. 121.

CE, 16 novembre 1962, *Syndicat intercommunal d'électricité de la Nièvre et autres*, n° 42202 et 44595, Rec. 612.

CE, 19 juin 1964, *Société des pétroles Shell-Berre*, n° 47007, Rec. 344.

CE, 13 octobre 1967, n° 71629, ECLI:FR:CEORD:1967:71629.19671013.

CE, 12 juillet 1969, n° 72648, ECLI:FR:CEORD:1969:72648.19690712.

CE (Ass.), 28 mai 1971, *Ville Nouvelle Est*, n° 78825, ECLI:FR:CEASS:1971:78825.19710528.

CE (Ass.), 20 octobre 1972, *Société civile Sainte-Marie-de-l'Assomption*, n° 78829, ECLI:FR:CEASS:1972:78829.19721020.

CE (Ass.), 18 juillet 1973, *Ville de Limoges*, n° 86275, ECLI:FR:CEASS:1973:86275.19730718.

CE, 18 juillet 1973, n° 83745, ECLI:FR:CESSR:1973:83745.19730718.

CE, 26 octobre 1973, *Sieur Grassin*, n° 83261, ECLI:FR:CESJS:1973:83261.19731026.

CE, 15 février 1974, *Fédération nationale des syndicats de fonctionnaires de l'agriculture*, n° 80772 et 80814, ECLI:FR:CESJS:1974:80772.19740215.

CE (Ass.), 22 février 1974, *Adam*, n° 91848 et 93520, ECLI:FR:CEASS:1974:91848.19740222.

CE, 4 octobre 1974, n° 86978, ECLI:FR:CESJS:1974:86978.19741004.

CE, 6 juillet 1977, n° 00267, ECLI:FR:CESSR:1977:00267.19770706.

CE, 28 janvier 1976, n° 95507, ECLI:FR:CESSR:1993:95507.19930219.

CE (Ass.), 5 mai 1976, *Bernette*, n° 98647 et 98820, ECLI:FR:CEASS:1976:98647.19760505.

CE, 23 juin 1976, n° 96285, ECLI:FR:CESSR:1976:96285.19760623.

CE, 6 juillet 1977, n° 00267, ECLI:FR:CESSR:1977:00267.19770706.

CE, 9 juin 1978, *Sieur Lebon*, n° 05911, ECLI:FR:CESJS:1978:05911.19780609.

CE (Ass.), 8 décembre 1978, *GISTI, CFDT et CGT*, n° 10097, 10677 et 10679, ECLI:FR:CEASS:1978:10097.19781208 Rec. 493.

CE, 13 février 1981, n° 14148, 14170, 14171 et 14172, ECLI:FR:CESSR:1981:14148.19810213.

CE, 7 mai 1982, n° 17713, ECLI:FR:CESSR:1982:17713.19820507.

CE, 23 octobre 1986, n° 64900, ECLI:FR:CESSR:1985:64900.19851023.

CE, 17 décembre 1986, n° 76115 et 77265, ECLI:FR:CESSR:1986:76115.19861217.

CE, 12 juin 1987, n° 75276, ECLI:FR:CESSR:1987:75276.19870612.

CE, 28 janvier 1987, n° 37945, ECLI:FR:CESSR:1987:37945.19870128.

CE, 21 octobre 1988, *Syndicat des avocats de France*, n° 70066, ECLI:FR:CESSR:1988:70066.19881021.

CE, 21 octobre 1988, n° 72862, 72863 et 73062, ECLI:FR:CESSR:1988:72862.19881021.

CE, 1 mars 1989, n° 86306, ECLI:FR:CESSR:1989:86306.19890301.

CE, 13 octobre 1989, n° 84133, ECLI:FR:CESJS:1989:84133.19891013.

CE (Ass.), 20 octobre 1989, *Nicolo*, n° 108243, ECLI:FR:CEASS:1989:108243.19891020.

CE (Ass.), 29 juin 1990, *GISTI*, n° 78519, ECLI:FR:CEASS:1990:78519.19900629.

CE (Ass.), 29 juin 1990, n° 115971, ECLI:FR:CEASS:1990:115971.19900629.

CE, 14 novembre 1990, n° 100899, ECLI:FR:CESSR:1990:100899.19901114.

CE (Ass.), 19 avril 1991, *M. Belgacem*, n° 107470, ECLI:FR:CEASS:1991:107470.19910419.

CE (Ass.), 19 avril 1991, *Mme Babas*, n° 117680, ECLI:FR:CEASS:1991:117680.19910419.

CE, 2 octobre 1991, n° 65758, ECLI:FR:CESSR:1991:65758.19911002.

CE, 11 octobre 1991, n° 125101, ECLI:FR:CEORD:1991:125101.19911011.

CE, 12 juillet 1993, n° 121337, ECLI:FR:CESSR:1993:121337.19930712.

CE, 6 décembre 1993, n° 124984, ECLI:FR:CESSR:1993:124984.19931206.

CE, 21 janvier 1994, n° 120043, ECLI:FR:CESSR:1994:120043.19940121.

CE, 20 octobre 1995, n° 154868, ECLI:FR:CESSR:1995:154868.19951020.

CE (Ass.), 27 octobre 1995, *Commune de Morsang-sur-Orge*, n° 136727, ECLI:FR:CEASS:1995:136727.19951027.

CE, 8 décembre 1995, n° 158676, ECLI:FR:CESSR:1995:158676.19951208.

CE, 15 avril 1996, n° 142020, ECLI:FR:CESSR:1996:142020.19960415.

CE, 6 janvier 1997, n° 162553, ECLI:FR:CESJS:1997:162553.19970106.

CE (Ass.), 8 avril 1998, n° 161411 ECLI:FR:CEASS:1998:161411.19980408.

CE, 3 juillet 1998, n° 158592, ECLI:FR:CESJS:1998:158592.19980703.

CE, 12 mars 1999, n° 181976, 182549, 182572 et 182624, ECLI:FR:CESSR:1999:181976.19990312.

CE, 2 juin 1999, n° 207752, ECLI:FR:CESJS:1999:207752.19990602.

CE, 28 juillet 1999, n° 202606, 203438, 203487, 203541 et 203589, ECLI:FR:CESSR:1999:202606.19990728.

CE, 29 décembre 1999, n° 206945, ECLI:FR:CESSR:1999:206945.19991229.

CE, 28 juillet 2000, n° 212115 et 212135, ECLI:FR:CESSR:2000:212115.20000728.

CE, 28 février 2001, n° 209419 ECLI:FR:CESSR:2001:209419.20010228.

CE ord., 30 octobre 2001, n° 238211, ECLI:FR:CESJS:2001:238211.20011030.

CE (Ass.), 30 novembre 2001, *Diop*, n° 212179, ECLI:FR:CEASS:2001:212179.20011130.

CE, 30 décembre 2002, *Carminati*, n° 240430, ECLI:FR:CESSR:2002:240430.20021230.

CE, 23 avril 2003, n° 206913, ECLI:FR:CESSR:2003:206913.20030423.

CE, 30 juillet 2003, n° 237649, mentioned in the *Recueil Lebon* tables.

CE, 29 octobre 2003, n° 260768, ECLI:FR:CEORD:2003:260768.20031029.

CE (Ass.), 11 mai 2004, *Assoc. AC ! et autres*, n° 255886, ECLI:FR:CEASS:2004:255886.20040511.

CE, 24 février 2006, n° 250704, ECLI:FR:CESSR:2006:250704.20060224.

CE (Ass.), 27 mai 2005, n° 277975, ECLI:FR:CEASS:2005:277975.20050527.

CE ord., 9 novembre 2005, n° 286321, ECLI:FR:CEORD:2005:286321.20051109.

CE (Ass.), 9 février 2007, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine et autres*, n° 287110
ECLI:FR:CEASS:2007:287110.20070208.

CE (Ass.), 30 octobre 2009, *Dame Perreux*, n° 298348 ECLI:FR:CEASS:2009:298348.2009103.

CE (Ass.), 16 octobre 2011, *Association pour la promotion de l'image et autres*, n° 317827,
ECLI:FR:CEASS:2011:317827.20111026.

CE (Ass.), 21 décembre 2012, *Société Groupe Canal Plus et autres*, n° 362347,
ECLI:FR:CEASS:2012:362347.20121221.

CE (Ass.), 13 novembre 2013, n° 347704, ECLI:FR:CEASS:2013:347704.20131113.

CE ord., 9 janvier 2014, *Ministre de l'intérieur c/ Société Les Productions de la Plume et M. Diendonné M'Bala M'Bala*, n° 374508, ECLI:FR:CEORD:2014:374508.20140109.

CE (Ass.), 30 décembre 2014, n° 381245, ECLI:FR:CEASS:2014:381245.20141230.

CE ord., 6 février 2015, 6 février 2015, *Commune de Cournon d'Auvergne*, n° 387726,
ECLI:FR:CEORD:2015:387726.20150206.

CE, 9 novembre 2015, *Le Mur (Diendonné)*, n° 376107, ECLI:FR:CESSR:2015:376107.20151109.

CE ord., 27 janvier 2016, *Ligue des droits de l'homme et autres*, n° 396220,
ECLI:FR:CEORD:2016:396220.20160127.

CE (Ass.) ord., 31 mai 2016, *Gonzalez-Gomez*, n° 396848,
ECLI:FR:CEASS:2016:396848.20160531.

CE (Ass.), 6 juillet 2016, n° 398234, ECLI:FR:CEASS:2016:398234.20160706.

CE ord., 26 août 2016, *Ligue des droits de l'homme et autres - association de défense des droits de l'homme collectif contre l'islamophobie en France*, n° 402742 et 402777,
ECLI:FR:CEORD:2016:402742.20160826.

Conclusions des commissaires du gouvernement

BRAIBANT G., Conclusions sur CE Ass., 28 mai 1971, *Ville Nouvelle Est*, *Rev. Adm.*, 1971, n° 142, p. 422.

MORISOT M., Conclusions sur CE Ass., 20 octobre 1972, *Société Sainte-Marie-de-l'Assomption*, RDP, 1973, p. 847.

DENIS-LINTON M., Conclusions sur CE, 10 avril 1992, *Aykan, Marzini et Minin*, RFD, 1993, p. 543.

CORNEILLE, Conclusions sur CE, 10 août 1917, *Baldy, Rec.*, 1917, p. 638.

MICHEL, Conclusions sur CE, 19 mai 1933, *Benjamin*, Rec. Sirey, 1935, III, p. 6.

ROUGEVIN-BAVILLE M., Conclusions sur CE (Ass.), 18 juillet 1973, *Ville de Limoges*, Rec. 572.

BAUDOUIN, Conclusions sur CE (Ass.), 23 janvier 1970, *Epoux Néel*, Rec. 44.

ABRAHAM R., Conclusions sur CE Ass., 19 avril 1991, *Belgacem et Babas*, RFD A, 1991, p. 502.

CREPEY É., Conclusions sur CE, 28 décembre 2017, *M. Molenat*, n° 396571, ECLI:FR:CECHR:2017:396571.20171228.

BRETONNEAU A., Conclusions sur CE Ass., 31 mai 2016, *Gonzalez-Gomez*, RFD A, 2016, p. 740.

GUYOMAR M., Conclusions sur CE (Ass.), 9 février 2007, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine et autres*, Rec., p. 55.

GUYOMAR M., Conclusions sur CE (Ass.), 30 octobre 2009, *Dame Perreux*, Rec., p. 407.

Conseil constitutionnel

Décision n° 71-44 DC, 16 juillet 1971, *Liberté d'association*, ECLI:FR:CC:1971:71.44.DC.

Décision n° 74-54 DC, 15 janvier 1975, *Loi relative à l'interruption volontaire de la grossesse (IVG I)*, ECLI:FR:CC:1975:74.54.DC.

Décision n° 79-105 DC, 25 juillet 1979, *Loi modifiant les dispositions de la loi n° 74-696 du 7 août 1974 relatives à la continuité du service public de la radio et de la télévision en cas de cessation concertée du travail*, ECLI:FR:CC:1979:79.105.DC.

Décision n° 80-127 DC, 20 janvier 1981, *Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes*, ECLI:FR:CC:1981:80.127.DC.

Décision n° 82-141 DC, 27 juillet 1982, *Loi sur la communication audiovisuelle*, ECLI:FR:CC:1982:82.141.DC.

Décision n° 82-155 DC, 30 Décembre 1982, *Loi de finances rectificative pour 1982*, ECLI:FR:CC:1982:82.155.DC.

Décision n° 83-162 DC, 20 juillet 1983, *Loi relative à la démocratisation du secteur public*, ECLI:FR:CC:1983:83.162.DC.

Décision n° 84-176 DC, 25 juillet 1984, *Loi modifiant la loi du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle et relative à certaines dispositions applicables aux services de communication audiovisuelle soumis à autorisation*, ECLI:FR:CC:1984:84.176.DC.

Décision n° 85-187 DC, 25 janvier 1985, *Loi relative à l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie et dépendances*, ECLI:FR:CC:1985:85.187.DC.

Décision n° 85-196 DC, 8 août 1985, *Loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie*, ECLI:FR:CC:1985:85.196.DC.

Décision n° 85-197 DC, 23 août 1985, *Loi sur l'évolution de la Nouvelle Calédonie*, ECLI:FR:CC:1985:85.197.DC.

Décision n° 86-210 DC, 29 juillet 1986, *Loi portant réforme du régime juridique de la presse*, ECLI:FR:CC:1986:86.210.DC.

Décision n° 86-215 DC, 3 septembre 1986, *Loi relative à la lutte contre la criminalité et la délinquance*, ECLI:FR:CC:1986:86.215.DC.

Décision n° 86-216 DC, 3 septembre 1986, *Loi relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France*, ECLI:FR:CC:1986:86.216.DC.

Décision n° 86-218 DC, 18 novembre 1986, *Loi relative à la délimitation des circonscriptions pour l'élection des députés* ECLI:FR:CC:1986:86.218.DC.

Décision n° 87-227 DC, 7 juillet 1987, *Loi modifiant l'organisation administrative et le régime électoral de la ville de Marseille*, ECLI:FR:CC:1987:87.227.DC.

Décision n° 87-237 DC, 30 décembre 1987, *Loi de finances pour 1988*, ECLI:FR:CC:1987:87.237.DC.

Décision n° 88-248 DC, 17 janvier 1989, *Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication*, ECLI:FR:CC:1989:88.248.DC.

Décision n° 89-260 DC, 28 juillet 1989, *Loi relative à la sécurité et à la transparence du marché financier*, ECLI:FR:CC:1989:89.260.DC.

Décision n° 89-269 DC, 22 janvier 1990, *Loi portant diverses dispositions relatives à la sécurité sociale et à la santé*, ECLI:FR:CC:1990:89.269.DC.

Décision n° 89-254 DC, 4 juillet 1989, *Loi modifiant la loi n° 86-912 du 6 août 1986 relative aux modalités d'application des privatisations*, cons. 5, ECLI:FR:CC:1989:89.254.DC.

Décision n° 89-266 DC, 9 janvier 1990 *Loi modifiant l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France*, ECLI:FR:CC:1990:89.266.DC.

Décision n° 90-280 DC, 6 décembre 1990, *Loi organisant la concomitance des renouvellements des conseils généraux et des conseils régionaux*, ECLI:FR:CC:1990:90.280.DC.

Décision n° 90-284 DC, 16 janvier 1991, *Loi relative au conseiller du salarié*, ECLI:FR:CC:1991:90.284.DC.

Décision n° 92-308 DC, 9 avril 1992, *Traité sur l'Union européenne*, ECLI:FR:CC:1992:92.308.DC.

Décision n° 92-316 DC, 20 janvier 1993, *Loi relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques*, ECLI:FR:CC:1993:92.316.DC.

Décision n° 93-323 DC, 5 août 1993, *Loi relative aux contrôles et vérifications d'identité*, ECLI:FR:CC:1993:93.323.DC.

Décision n° 93-325 DC, 13 août 1993, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France*, ECLI:FR:CC:1993:93.325.DC.

Décision n° 94-343/344 DC, 27 juillet 1994, *Loi relative au respect du corps humain et loi relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal*, ECLI:FR:CC:1994:94.343.DC.

Décision n° 94-345 DC, 29 juillet 1994, *Loi relative à l'emploi de la langue française*, ECLI:FR:CC:1994:94.345.DC.

Décision n° 94-352 DC, 18 janvier 1995, *Loi d'orientation et de programmation relative à la sécurité*, ECLI:FR:CC:1995:94.352.DC.

Décision n° 94-359 DC, 19 janvier 1995, *Loi relative à la diversité de l'habitat*, ECLI:FR:CC:1995:94.359.DC.

Décision n° 97-389 DC, 22 avril 1997 *Loi portant diverses dispositions relatives à l'immigration*, ECLI:FR:CC:1997:97.389.DC.

Décision n° 97-395 DC, 30 décembre 1997, *Loi de finances pour 1998*, ECLI:FR:CC:1997:97.395.DC.

Décision n° 99-411 DC, 16 juin 1999, *Loi portant diverses mesures relatives à la sécurité routière et aux infractions sur les agents des exploitants de réseau de transport public de voyageurs*, ECLI:FR:CC:1999:99.411.DC.

Décision n° 99-422 DC, 21 décembre 1999, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2000*, ECLI:FR:CC:1999:99.422.DC.

Décision n° 2000-433 DC, 27 juillet 2000, *Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication*, ECLI:FR:CC:2000:2000.433.DC.

Décision n° 2000-436 DC, 7 décembre 2000, *Loi relative à la solidarité et au renouvellement urbains*, ECLI:FR:CC:2000:2000.436.DC.

Décision n° 2000-439 DC, 16 janvier 2001, *Loi relative à l'archéologie préventive*, ECLI:FR:CC:2001:2000.439.DC.

Décision n° 2001-452 DC, 6 December, 2001, *Loi portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier*, ECLI:FR:CC:2001:2001.452.DC.

Décision n° 2002-464 DC, 22 décembre 2001, *Loi de finances pour 2003*, ECLI:FR:CC:2002:2002.464.DC.

Décision n° 2004-490 DC, 12 février 2004, *Loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française*, ECLI:FR:CC:2004:2004.490.DC.

Décision n° 2004-496 DC, 10 juin 2004, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique*, ECLI:FR:CC:2004:2004.496.DC.

Décision n° 2004-505 DC, 19 novembre 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, ECLI:FR:CC:2004:2004.505.DC.

Décision n° 2005-528 DC, 15 décembre 2005, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2006*, ECLI:FR:CC:2005:2005.528.DC.

Décision n° 2006-540 DC, 27 juillet 2006, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*, ECLI:FR:CC:2006:2006.540.DC.

Décision n° 2007-555 DC, 16 août 2007, *Loi en faveur du travail, de l'emploi et du pouvoir d'achat*, ECLI:FR:CC:2007:2007.555.DC.

Décision n° 2008-562 DC, 21 février 2008, *Loi relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental*, ECLI:FR:CC:2008:2008.562.DC.

Décision n° 2008-24 ELEC, 28 mai 2008, *Observations du Conseil constitutionnel relatives aux élections législatives des 10 et 17 juin 2007*, ECLI:FR:CC:2008:2008.24.ELEC.

Décision n° 2008-564 DC, 19 juin 2008, *OGM*, ECLI:FR:CC:2008:2008.564.DC.

Décision n° 2008-571 DC, 11 décembre 2008, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2009*, ECLI:FR:CC:2008:2008.571.DC.

Décision n° 2009-580 DC, 10 juin 2009, *Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet*, ECLI:FR:CC:2009:2009.580.DC.

Décision n° 2010-2 QPC, 11 juin 2010, *Loi dite "anti-Perruche"*, ECLI:FR:CC:2010:2010.2.QPC.

Décision n° 2010-613 DC, 7 octobre 2010, *Loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public*, ECLI:FR:CC:2010:2010.613.DC.

Décision n° 2010-71 QPC, 26 novembre 2010, *Mlle Danielle S. [Hospitalisation sans consentement]*, ECLI:FR:CC:2010:2010.71.QPC.

Décision n° 2012-249 QPC, 16 mai 2012, *Société Cryo-Save France [Prélèvement de cellules du sang de cordon ou placentaire ou de cellules du cordon ou du placenta]*, ECLI:FR:CC:2012:2012.249.QPC.

Décision n° 2013-314P QPC, 4 avril 2013, *M. Jeremy F.* ECLI:FR:CC:2013:2013.314P.QPC.

Décision n° 2013-318 QPC, 7 juin 2013, *M. Mohamed T. [Activité de transport public de personnes à motocyclette ou tricycle à moteur]*, ECLI:FR:CC:2013:2013.318.QPC.

Décision n° 2015-524 QPC, 2 mars 2016, *M. Abdel Manane M. K. [Gel administratif des avoirs]*, ECLI:FR:CC:2016:2015.524.QPC.

Décision n° 2015-527 QPC, 22 décembre 2015 *M. Cédric D. [Assignations à résidence dans le cadre de l'état d'urgence]*, ECLI:FR:CC:2015:2015.527.QPC.

Décision n° 2016-536 QPC, 19 février 2016, *Ligue des droits de l'homme [Perquisitions et saisies administratives dans le cadre de l'état d'urgence]*, ECLI:FR:CC:2016:2016.536.QPC.

Décision n° 2016-591 QPC, 21 octobre 2016, *Mme Helen S. [Registre public des trusts]*, cons. 3, ECLI:FR:CC:2016:2016.591.QPC.

Décision n° 2016-600 QPC, 2 décembre 2016, *M. Raïme A. [Perquisitions administratives dans le cadre de l'état d'urgence III]*, ECLI:FR:CC:2016:2016.600.QPC.

Décision n° 2016-611 QPC, 10 février 2017, *M. David P. [Délit de consultation habituelle de sites internet terroristes]*, ECLI:FR:CC:2017:2016.611.QPC.

Décision n° 2016-620 QPC, 30 mars 2017, *Société EDI-TV [Taxe sur la publicité diffusée par les chaînes de télévision]*, ECLI:FR:CC:2017:2016.620.QPC.

Décision n° 2017-624 QPC, 16 mars 2017, *M. Sofïyan I. [Durée maximale de l'assignation à résidence dans le cadre de l'état d'urgence]*, ECLI:FR:CC:2017:2017.624.QPC.

Cour de cassation

Cass. crim., 11 juillet 1990, n° 89-86852, non publié.

Cass. crim., 12 mars 1991, n° 90-83545, non publié.

Cass. comm., 8 décembre 1992, n° 90-20258, 90-20271, 90-20273, 90-20282, 90-20286, 90-20287, 90-20306, 90-20314, 90-20350, 90-20351 et 90-20352, Bull. 1992, n° 404, 283.

Cass. crim., 10 mars 1993, n° 91-86197, Bull. crim., 1990, n° 108, 261.

Cass. crim., 18 mai 1994, n° 92-86386, Bull. crim., 1994, n° 190, 434.

Cass. civ. 1, 19 décembre 1995, *Banque africaine de développement*, n° 93-20424, Bull. 1995, n° 470, 326.

Cass. civ. 1, 13 février 1996, n° 93-12750, Bull. 1996, n° 73, 47.

Cass. crim., 19 mars 1996, n° 94-81420, Bull. crim., 1996, n° 117, 340.

Cass. civ. 3, 19 juin 1996, n° 94-70323, non publié.

Cass. comm., 1 octobre 1996, n° 94-18845, non publié.

Cass. soc., 11 mai 2010, n° 08-45307, Bull. 2010, n° 105.

Cass. crim., 5 mars 2013, n° 12-80891, Bull. crim., 2013, n° 54.

Cass. civ. 1, 4 décembre 2013, n° 12-26066, Bull. 2013, n° 234.

Cass. soc., 17 mars 2015, n° 13-27142, Bull. 2015, n° 53.

Cass. civ. 3, 17 décembre 2015, n° 14-22095, Bull. 2016, n° 841.

Cass. civ. 1, 14 avril 2016, n° 14-29981, Bull. 2016.

Cass. civ. 1, 5 juillet 2017, n° 16-22183, Bull. 2017.

JURIDICTIONS BRITANNIQUES

House of Lords

Ridge c. Baldwin [1964] AC 40 (HL, 14 mars 1963).

R c. Minister of Agriculture and Fisheries, ex parte Padfield [1968] UKHL 1 (HL, 14 février 1968).

Anisminic Ltd c. Foreign Compensation Commission [1968] UKHL 6 (HL, 17 décembre 1968).

Home Office c. Dorset Yacht Co Ltd [1970] UKHL 2 (HL, 6 mai 1970).

Express Newspapers Ltd c. MacShane and another [1980] 1 All ER 65 (HL, 13 décembre 1979).

Duport Steels LTD vs Sirs [1980] 1 All ER 529 (HL, 3 janvier 1980).

Attorney General c. British Broadcasting Corporation [1980] 3 W.L.R. 109 (HL, 12 juin 1980).

Bromley London Borough Council c. Greater London Council [1982] All ER 153 (HL, 17 décembre 1981).

Regina c. Goldstein [1983] 1 W.L.R. 151 (HL, 20 janvier 1983).

Davy c. Spelthorne Borough Council [1983] 3 All ER 278 (HL, 13 octobre 1983).

Customs and Excise Commissioners c. Viva Gas Appliances Ltd [1984] 1 All ER 112 (HL, 24 novembre 1983).

O'Reilly c. Mackman [1983] UKHL 1 (HL, 25 novembre 1983).

Stoke-On-Trent City Council -v- B & Q (Retail) Ltd [1984] 1 AC 754 (HL, 17 mai 1984).

Council of Civil Service Unions c. Minister for the Civil Service [1984] 3 All ER 935 (HL, 22 novembre 1984).

Bugdaycay c. Secretary of State for the Home Department [1986] UKHL 3 (HL, 19 février 1986).

Rainey c. Greater Glasgow Health Board [1987] IRLR 26 (HL, 27 novembre 1986).

Attorney General c. Guardian Newspapers Ltd and others; and related appeals [1987] 1 W.L.R. 1248 (juge des référés, HL, 13 août 1987).

Attorney General c. Guardian Newspapers Ltd (No 2); Attorney General c. The Observer Ltd and others [1990] 1 AC 109 (HL, 13 octobre 1988).

R c. Secretary of State for the Environment, ex parte London Borough of Hammersmith and Fulham [1991] 1 AC 521 (HL, 4 octobre 1990).

R c. Secretary of State for Transport, ex parte Factortame Ltd [1991] 1 AC 603 (HL, 11 octobre 1990).

R c. Secretary of State for the Home Department, ex parte Brind [1991] 1 A.C. 696 (HL, 7 février 1991).

Stoke-on-Trent & Norwich (No. 2) [1993] 2 W.L.R. 730 (HL, 31 mars 1993).

R c. Secretary of State for the Home Department, ex parte Doody [1994] 1 AC 531 (HL, 24 juin 1993).

R c. Secretary of State for the Home Department, ex parte Pierson [1998] A.C. 539 (HL, 24 juillet 1997).

R c. Chief Constable of Sussex, ex parte International Trader's Ferry Ltd [1998] UKHL 40 (HL, 11 novembre 1998).

R c. Director of Public Prosecutions, ex parte Kebeline and others [2000] 2 A.C. 326 (HL, 28 octobre 1999).

R c. Secretary of State for the Environment, Transport and the Regions, ex parte Alconbury Developments Ltd and others [2001] UKHL 23 (HL, 9 mai 2001).

Regina c. A (No 2) [2002] 1 A.C. 45 (HL, 17 mai 2001).

R c. Secretary of State for the Home Department, ex parte Daly [2001] UKHL 26 (HL, 23 mai 2001).

Regina c. Lambert [2002] 2 A.C. 545 (HL, 5 juillet 2001).

Regina c. Shayler [2003] 1 A.C. 247 (HL, 21 mars 2002).

R c. British Broadcasting Corporation, ex parte ProLife Alliance [2003] UKHL 23 (HL, 15 mai 2003).

Wilson c. First County Trust Ltd [2003] UKHL 40 (HL, 10 juillet 2003).

Campbell c. MGN Ltd [2004] UKHL 22 (HL, 6 mai 2004).

R c. Special Adjudicator, ex parte Ullab [2004] UKHR 26 (HL, 17 juin 2004).

Ghaidan c. Mendoza [2004] 3 W.L.R. 113 (HL, 21 juin 2004).

A and others c. Secretary of State for the Home Department; X and another c. Secretary of State for the Home Department [2004] UKHL 56 (HL, 16 décembre 2004).

R c. Attorney General, ex parte Jackson and others [2006] 1 A.C. 262 (HL, 13 octobre 2005).

Kay c. Lambeth, [2006] UKHL 10 (HL, 8 mars 2006).

R c. Headteacher and Governors of Denbigh High School, ex parte Begum [2006] UKHL 15 (HL, 22 mars 2006).

R c. Chief Constable of Gloucestershire Constabulary, ex parte Laporte [2007] 2 A.C. 105 (HL, 13 novembre 2006).

Huang c. Secretary of State for the Home Department; Kashmiri c. Same [2007] 2 A.C. 167 (HL, 21 mars 2007).

R c. Secretary of State for Defence, ex parte Al-Skeini [2008] 1 A.C. 153 (HL, 13 juin 2007).

Belfast City Council c. Miss Behavin' Ltd [2007] 1 W.L.R. 1420 (HL, 25 avril 2007).

R c. Secretary of State for Defence, ex parte Al-Skeini [2008] 1 A.C. 153 (HL, 13 juin 2007).

R c. Attorney General and another, ex parte Countryside Alliance and others [2007] UKHL 52 (HL, 28 novembre 2007).

In re P (Adoption: Unmarried Couple) [2009] 1 AC 173 (HL, 18 juin 2008).

Doherty and others c. Birmingham City Council [2008] UKHL 57 (HL, 30 juillet 2008).

Supreme Court

R c. Horncastle and others [2009] UKSC 14 (SC, 9 décembre 2009).

Manchester City Council c. Pinnock [2010] UKSC 45 (SC, 3 novembre 2010).

In re McCaughey [2011] UKSC 20 (SC, 18 mai 2011).

Sugar c. BBC [2012] 1 W.L.R. 439 (SC, 15 février 2012).

Bank Mellat c. Her Majesty's Treasury (No. 2) [2013] UKSC 39 (SC, 19 juin 2013).

Kennedy c. The Charity Commission [2014] UKSC 20 (SC, 26 mars 2014).

R c. Ministry of Justice, ex parte Nicklinson and another; R c. The Director of Public Prosecutions, ex parte AM; R c. The Director of Public Prosecutions, ex parte AM [2014] UKSC 38 (SC, 25 juin 2014).

Pham c. Secretary of State for the Home Department [2015] UKSC 19 (SC, 25 mars 2015).

R c. Legal Services Board, ex parte Lumsdon and others [2015] UKSC 41 (SC, 24 juin 2015).

R c. Secretary of State for Work and Pensions, ex parte SG and others [2015] UKSC 16 (SC, 18 mars 2015).

Keyu and others c. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs and another [2015] UKSC 69 (SC, 25 novembre 2015).

Hesham Ali (Iraq) c. Secretary of State for the Home Department [2016] UKSC 60 (SC, 16 novembre 2016).

R c. Secretary of State and another, ex parte MM (Lebanon) and others [2017] UKSC 10 (SC, 22 février 2017).

R c. Lord Chancellor, ex parte UNISON [2017] UKSC 51 (SC, 26 juillet 2017).

Commissioner of Police of the Metropolis c. DSD and another [2018] UKSC 11 (SC, 21 février 2018).

Privy Council

Elloy de Freitas c. Permanent Secretary of Ministry of Agriculture, Fisheries, Lands and Housing and others [1999] 1 A.C. 69 [Privy Council (Antigua and Barbuda), 30 juin 1998].

Thomas c. Baptiste [2000] 2 A.C. 1 [Privy Council (Trinidad and Tobago), 17 mars 1999].

Bahamas District of the Methodist Church in the Caribbean and the Americas and others c. The Hon. Vernon J. Symonette M.P. and 7 others [2000] UKPC 31 [Privy Council (Bahamas), 26 juillet 2000].

Court of Appeal

Associated Provincial Picture Houses Ltd c. Wednesbury Corporation [1948] 1 KB 223 (CA, Civil Division, 7 novembre 1947).

R. c. Northumberland Compensation Appeal Tribunal, ex parte Shaw [1952] 1 K.B. 338 (CA, Civil Division, 19 décembre 1951).

R. c. Barnsley MBC, ex parte Hook [1976] 1 W.L.R. 1052 (CA, Civil Division, 20 février 1976).

R. c. Slater (Terence Clifford) (1979) 1 Cr App R (S) 349 (CA, Criminal Division, 4 décembre 1979).

Schering Chemicals Ltd. c. Falkman Ltd. and others [1982] Q.B. 1 (CA, Civil Division, 27 janvier 1981).

Regina c. Goldstein [1982] 1 W.L.R. 804 (CA, Criminal Division, 2 avril 1982).

R. c. Thompson (David William) (1983) 5 Cr App R (S) 303 (CA, Criminal Division, 5 septembre 1983).

International Drilling Fluids Ltd c. Louisville Investments (Uxbridge) Ltd [1986] 1 Ch. 513 (CA, Civil Division, 20 novembre 1985).

R. c. Panel on Takeovers and Mergers, ex parte Datafin PLC [1987] QB 815 (CA, Civil Division, 5 décembre 1986).

R. c. London Borough of Brent, ex parte Assegai [1987] 151 LG Rev 891 (CA, Civil Division, 11 juin 1987).

A Co c. K Ltd [1987] 3 All ER 377 (CA, Civil Division, 8 juillet 1987).

Attorney General c. Guardian Newspapers Ltd and others; and related appeals [1987] 1 W.L.R. 1248 (juge des référés, CA, Civil Division, 24 juillet 1987).

R. c. The Pharmaceutical Society of Great Britain, ex parte Association of Pharmaceutical Importers [1987] 3 C.M.L.R. 951 (CA, Civil Division, 30 juillet 1987).

Attorney-General c. Guardian Newspapers Ltd. and others (No. 2); Attorney-General c. Observer Ltd. and others; Attorney-General c. Times Newspapers Ltd. and another [1988] 2 W.L.R. 805 (CA, Civil Division, 10 février 1988).

Roman c. Roman, (CA, Civil Division, 1989), non publié.

R. c. Secretary of State for the Home Department, ex parte Brind [1990] 1 All ER 469 (CA, Civil Division, 6 décembre 1989).

R. c. General Medical Council, ex parte Colman [1990] 1 All ER 489 (CA, Civil Division, 6 décembre 1989).

Kirklees Borough Council c. Wickes Building Supplies Ltd; Mendip District Council c. B & Q plc [1991] 4 All ER 240 (CA, Civil Division, 30 avril 1991).

Derbyshire County Council c. Times Newspapers Ltd. and others [1992] Q.B. 770 (CA, Civil Division, 19 février 1992).

R c. International Stock Exchange of the UK and the Republic of Ireland Ltd, ex parte Else [1993] B.C.C. 11 (CA, Civil Division, 16 octobre 1992).

R c. Secretary of State for the Home Department, ex parte Leech [1994] Q.B. 198 (CA, Civil Division, 19 mai 1993).

R c. Admiralty Board of the Defence Council, ex parte Lustig-Prean ; R c. Admiralty Board of the Defence Council, ex parte Beckett ; R c. Secretary of State for Defence, ex parte Smith ; R c. Ministry of Defence, ex parte Grady [1996] Q.B. 517 (CA, Civil Division, 3 novembre 1995).

R c. Secretary of State for the Home Department and another, ex parte Hargreaves [1997] 1 W.L.R. 906 (CA, Civil Division, 20 novembre 1996).

R c. Secretary of State for Health, ex parte Eastside Cheese Company (a firm) [1999] 3 C.M.L.R. 123 (CA, Civil Division, 1 juillet 1999).

R c. The Department of Education and Employment, ex parte Begbie [2000] 1 W.L.R. 1115 (CA, Civil Division, 20 août 1999).

B c. SSHD [2000] Imm. A. R. 478 (CA, Civil Division, 18 mai 2000).

R c. Secretary of State for the Home Department, ex parte Mahmood [2001] 1 W.L.R. 840 (CA, Civil Division, 8 décembre 2000).

R c. Secretary Of State for Home Department, ex parte Isiko and another [2000] EWCA Civ 346 (CA, Civil Division, 20 décembre 2000).

Poplar Housing & Regeneration Community Association Ltd c. Donoghue [2002] Q.B. 48 (CA, Civil Division, 27 avril 2001).

International Transport Roth GmbH and others c. Secretary of State for the Home Department [2003] Q.B. 728 (CA, Civil Division, 22 février 2002).

Gough and another c. Chief Constable of the Derbyshire Constabulary [2002] EWCA Civ 351 (CA, Civil Division, 20 mars 2002).

R c. Secretary of State for the Home Department, ex parte Q [2004] QB 36 (CA, Civil Division, 18 mars 2003).

R c. Secretary of State for Defence, ex parte Association of British Civilian Internees: Far East Region [2003] Q.B. 1397 (CA, Civil Division, 3 avril 2003).

IBA Health Ltd c. Office of Fair Trading [2004] EWCA Civ 142 (CA, Civil Division, 19 février 2004).

R c. Governors of Denbigh High School, ex parte Begum, [2005] 1 W.L.R. 3372 (CA, Civil Division, 2 mars 2005).

Douglas c. Hello! Ltd [2005] EWCA Civ 595 (CA, Civil Division, 18 mai 2005).

Nadarajah, Abdi c. The Secretary of State for the Home Department [2005] EWCA Civ 1363 (CA, Civil Division, 22 novembre 2005).

Bank Mellat c. Her Majesty's Treasury (No 2) [2011] EWCA Civ 1 (CA, Civil Division, 13 janvier 2011).

R c. Secretary of State for Health, ex parte Sinclair Collis [2012] QB 394 (CA, Civil Division, 17 juin 2011).

R c. Office of Communications, ex parte ICO Satellite Ltd [2011] EWCA Civ 1121 (CA, Civil Division, 11 octobre 2011).

G1 c. Secretary of State for the Home Department [2012] EWCA Civ 867 (CA, Civil Division, 4 juillet 2012).

High Court

Malone c. Commissioner of Police of the Metropolis (No.2) [1979] 1 Ch 344 (HC, Chancery Division, 28 février 1979).

Customs and Excise Commissioners c. ApS Samex (Hanil Synthetic Fiber Industrial Co Ltd, third party) [1983] 1 All ER 1042 (HC, Queen's Bench Division, 14 décembre 1982).

R c. Minister of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte Bell Line [1984] 2 C.M.L.R. 502 (HC, Queen's Bench Division, 9 avril 1984).

R c. Secretary of State for the Home Department, ex parte Bennell [1985] 1 Q.B. 554 (HC, Queen's Bench Division, 24 mai 1984).

R. c. Intervention Board for Agricultural Produce, ex parte ED&F Man (Sugar) Ltd [1984] 3 C.M.L.R. 633 (HC, Queen's Bench Division, 18 juin 1984).

R c. Warwick Crown Court, ex parte Smalley [1987] 1 W.L.R. 237 (HC, Queen's Bench Division, 10 juin 1986).

Attorney General c. Guardian Newspapers Ltd and others, Attorney General c. The Observer Ltd. and others [1989] 2 F.S.R. 3 (juge des référés, HC, Chancery Division, 11 juillet 1986 – CA, 25 juillet 1986).

R c. Secretary of State for Education, ex parte Schaffter [1987] IRLR 53 (HC, Queen's Bench Division, 1 janvier 1987).

R c. Waltham Forest London Borough, ex parte Waltham Borough Ratepayers Action Group, The Times 31 juillet 1987 (HC, Queen's Bench, 29 juillet 1987).

R c. Secretary of State for Transport, ex parte Pegasus Holidays (London) Ltd and another [1989] 2 All ER 481 (HC, Queen's Bench Division, 7 août 1987).

St Marylebone Property Co Ltd c. Tesco Stores Ltd and others [1988] 27 EG 72 (HC, Chancery Division, 9 octobre 1987).

Allied Dunbar (Frank Weisinger) Ltd c. Frank Weisinger [1988] I.R.L.R. 60 (HC, Queen's Bench Division, 1 janvier 1988).

R c. Minister of Agriculture, Fisheries and Food and another, ex parte Fédération Européenne de la Santé Animale (Fedesa) and others [1988] 3 C.M.L.R. 207 (HC, Queen's Bench Division, 19 février 1988).

Rochdale Borough Council c. Anders [1988] 3 All ER 490 (HC, Queen's Bench Division, 23 mai 1988).

R c. Secretary of State for the Home Department, ex parte Brind and another, *The Times*, 30 mai 1989 (HC, Queen's Bench Division).

R c. Bournemouth Crown Court, ex parte Jobson and another (HC, Queen's Bench Division) CO/1917/89.

WH Smith Do-It-All Ltd c. Peterborough City Council [1991] 4 All ER 193 (HC, Queen's Bench Division, 4 juin 1990).

Stoke-on-Trent & Norwich [1991] Ch. 48 (HC, Chancery Division, 18 juillet 1990).

R c. Minister of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte Roberts [1991] 1 C.M.L.R. 555 (HC, Queen's Bench Division, 11 novembre 1990).

R c. Secretary of State for the Home Department, ex parte Cox, *The Independent*, 8 octobre 1991.

R c. Secretary of State for the Environment, ex parte National and Local Government Officers' Association [1992] 5 Admin.L.R. 785 (HC, Queen's Bench Division, 20 décembre 1991).

R c. International Stock Exchange of the UK and the Republic of Ireland Ltd [1993] B.C.C. 11 (HC, Queen's Bench Division, 20 juillet 1992).

Customs and Excise Commissioners c. Peninsular and Oriental Steam Navigation Co [1992] STC 809 (HC, Divisional Court, 30 septembre 1992).

R c. Eastbourne Magistrates' Court, ex parte Hall, (HC, Queen's Bench) CO/2026/92.

R c. Manchester Metropolitan University, ex parte Nolan, (HC, Queen's Bench Division, 15 juillet 1993), non publié.

R c. Chief Constable of Kent and another, ex parte Absalom, (HC, Queen's Bench Division, 6 mai 1993), non publié.

R c. Highbury Corner Magistrates' Court, ex parte Uchendu, 158 JP 409 (HC, Queen's Bench Division, 12 janvier 1994).

R c. Secretary of State for the Home Department, ex parte Adams [1995] All ER (EC) 177 (HC, Queen's Bench Division, 26 juillet 1994).

R c. Secretary of State for the Home Department, ex parte McQuillan [1995] 4 All ER 400 (HC, Queen's Bench, 9 septembre 1994).

R c. Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte Hamble Fisheries [1995] 1 C.M.L.R. 533 (HC, Queen's Bench Division, 3 novembre 1994).

R c. Ministry of Agriculture, Fisheries and Food and another, ex parte First City Trading [1997] 1 C.M.L.R. 250 (HC, Queen's Bench Division, 29 novembre 1996).

R c. Lord Chancellor, ex parte Witham [1998] 2 W.L.R. 849 (HC, Queen's Bench Division, 7 mars 1997).

Chesterfield Properties Plc c. Secretary of State for the Environment [1998] 76 P. & C.R. 117 (HC, Queen's Bench Division, 24 juillet 1997).

R. c. Secretary of State for the Home Department, ex parte Arthur H Cox Ltd, [1999] EuLR 677 (HC, Queen's Bench Division, 14 décembre 1998).

R. c. Secretary of State for the Home Department, ex parte Samaroo [2000] EWHC Admin 435 (HC, Queen's Bench Division, 20 décembre 2000).

R. c. Secretary of State for Health, ex parte Rose [2003] A.C.D. 6 (HC, Queen's Bench Division, 26 juillet 2002).

R. c. The Parole Board for England and Wales, ex parte Wells; *R. c. The Secretary of State for the Home Department, ex parte Walker* [2007] EWHC 1835 (HC, Queen's Bench Division, 31 juillet 2007).

R. c. Secretary of State for Justice, ex parte Conway [2017] EWHC 2447 (HC, 5 octobre 2017).

JURIDICTIONS GRECQUES

Anotato Eidiko Dikastirio (Cour spéciale suprême)

AED 36/1990 Δ/NH 1993, 552.

Areios Pagos (Cour de cassation)

AP (Ass.) 53/1983 NOB 1983, 1370.

AP (Ass.) 1104/1986 NOB 1987, 759.

AP 1094/1987 Δ/EN 1988, 412.

AP 1067/1996 NOB 1997, 480.

AP (Ass.) 40/1998 APM 1999, 46.

AP (Ass.) 13/1999 ΕλλΔρη 1999, 753.

AP (Ass.) 17/1999 Δ/NH 1999, 1288.

AP 445/1999 EEN 2000, 534.

AP 451/1999 NOMOS.

AP (Ass.) 20/2000 ΤΝΠΔΣΑ.

AP 254/2000 EEMILΔ 2000, 712.

AP 1215/2000 EEMILΔ 2002, 369.

AP 1597/2000 Δ/NH 2001, 1304.

AP (Ass.) 14/2001 ΠΟΙΝΔ/ΝΗ 2001, 832.

AP (Ass.) 15/2001 ΠΟΙΝΧΡ 2001, 798.

AP (Ass.) 16/2001 ΝΟΒ 2002, 411.

AP (Ass.) 10/2003 ΕΛΛΔΠΥ 2003, 406.

AP (Ass.) 26/2003 ΕΛΛΔΠΥ 2003, 1263.

AP (Ass.) 43/2005 ΝοΒ 2005, 1587.

AP 132/2006 ΝοΒ 2006, 825.

AP 6/2009 ΝοΒ 2009, 1162.

AP (Ass.) 5/2013 ΤΝΠΔΣΑ.

Symvoulío tis Epikrateias (Conseil d'État)

StE (Ass.) 300/36 ΤΝΠΔΣΑ.

StE (Ass.) 2952/1975 ΤοΣ 1976, 345.

StE (Ass.) 58/1977 ΕΕΝ 1977, 580.

StE (Ass.) 1303/1977 ΤΝΠΔΣΑ.

StE 630/1979 ΤοΣ 1980, 153.

StE (Ass.) 4036/1979 ΑΡΜ 1980, 327.

StE 2112/1984 ΤοΣ 1985, 63.

StE 2261/1984 ΘΕ ΣΤΕ 110/1984, paras 107; 179-180.

StE 400/1986 ΑΡΜ 1987, 430.

StE 3682/1986 ΘΕ ΣΤΕ 1986, paras 292 f.

StE 257/1987 ΘΕ ΣΤΕ 16/1987, paras 10 f.

StE 1149/1988 ΤοΣ 1988, 324

StE 2173/1988 ΘΕ ΣΤΕ 11/1988, paras 3-4; 16 f.

StE (Ass.) 2376/1988 ΑΡΜ 1989, 1034.

StE 1426/1989 ΑΡΜ 1989, 810.

StE 2153/1989 ΑΡΜ 1990, 382.

StE 2775/1989 ΑΡΧΝ 1990, 281.

StE 4050-1/1990 ΔΔΙΚΗ 1991, 566.

StE 3705/1992 *TNII*ΣΑ.

StE 53/1993 *TNII*ΣΑ.

StE 268/1993 *APM* 1993, 180.

StE 392/1993 *ToΣ* 1994, 150.

StE (Ass.) 413/1993 *Δ/NH* 1993, 443.

StE 1540/1994 *TNII*ΣΑ.

StE (Ass.) 1821/1995 *ToΣ* 1996, 263.

StE (Ass.) 2537/1996 *TNII*ΣΑ.

StE 4335/1996 *TNII*ΣΑ.

StE (Ass.) 5116/1996 *ΔΔΙΚΗ* 1998, 252.

StE (Ass.) 1918/1998 *NOMOS*.

StE (Ass.) 4027/1998 *ΔΦΟΡΝΟΜΟΘ* 1999, 931.

StE (Ass.) 542/1999 *TNII*ΣΑ.

StE 2245/1999 *ΔΔΙΚΗ* 2000, 458.

StE 3739/1999 *NoB* 2000, 1323.

StE 1926/2000 *ΕλλΔνη* 2002, 1191.

StE (Ass.) 1910/2001 *APXN*/2001, 690.

StE (Ass.) 2281/2001 *ΔΔΙΚΗ* 2001, 959.

StE (Ass.) 613/2002 *NoB* 2002, 1972.

StE 1006/2002 *ΔΕΕ* 2003, 1229.

StE 1065/2002 *ΕλλΔνη* 2003, 1073.

StE 1624/2002 *ΕΔΚΑ* 2002, 343.

StE 398/2003 *TNII*ΣΑ.

StE 1129/2003 *ΕλλΔνη* 2004, 1202.

StE (Ass.) 1528/2003, *NoB* 2003, 1346.

StE (Ass.) 990/2004, *ΕΔΚΑ* 2004, 585.

StE 2110/2003 *ΕΔΔΔ* 2004, 89.

StE 2820/2004 *ΔΔΙΚΗ* 2005, 229.

StE 3242/2004 *NoB* 2005, 1878.

StE (Ass.) 3665/2005 *EΛKA* 2006, 59.
StE 4182/2005 *ΔΔΙΚΗ* 2005, 970.
StE (Ass.) 3670/2006 *EΔΔΔ* 2009, 461.
StE (Ass.) 3177/2007 *ΔΦΟΡΝΟΜΟΘ* 2008, 1214.
StE (Ass.) 250/2008 *EΔΔΔ* 2008, 407.
StE 1501/2008 *EΛKA* 2009, 60.
StE (Ass.) 3031/2008 *EΔΔΔ* 2009, 71.
StE 796/2009 *TNILLΣA*.
StE 956/2009 *TNILLΣA*.
StE 1249/2010 *NoB* 2010, 390.
StE 2067/2011, *NoB* 2011, 1952.
StE (Ass.) 3470/2011 *APM* 2012, 804.
StE (Ass.) 3471/2011 *EΔΔΔ* 2012, 199.
StE (Ass.) 668/2012 *NoB* 2012, 384.
StE (Ass.) 1617/2012 *EΔΔΔ* 2012, 632.
StE (Ass.) 1621/2012 *EΔΔΔ* 2012, 2143.
StE (Ass.) 4202/2012 *EΔΔΔ* 2013, 505.
StE (Ass.) 460/2013 *EΔΔΔ* 2013, 121, 445.
StE (Ass.) 1685/2013 *EΔΔΔ* 2013, 391.
StE (Ass.) 2192/2014, *TNILLΣA*.
StE (Ass.) 4741/2014 *EΔΔΔ* 2015, 170.
StE (Ass.) 1741/2015, *NoB* 2015, 1065.
StE (Ass.) 2287/2015 *APM* 2015, 1371.

Elegktiko Synedrio (Cours des comptes)

ES (Ass.) 737/1989 *ΔΔΙΚΗ* 1990, 1458.
ES 28/1994 *ΔΕΝ* 1994, 439.
ES 1376/2002 *APXN* 2003, 593.
ES (Ass.) 4327/2014 *APM* 2015, 1194.

Juridictions inférieures

- MPrAth 10517/1979 *NOMOS* (tribunal de première instance d'Athènes, juge des référés).
- EfThess 849/1983 *APM* 1984, 406 (cour d'appel de Thessaloniki).
- DPrAth 6056/1987 *EJKΑ* 1988, 58 (tribunal administratif d'Athènes).
- DEfAth 3057/1988 *EJKΑ* 1988, 728 (cour administrative d'appel d'Athènes).
- DPrThes 18/1989 *EJKΑ* 2000, 44 (tribunal administratif de Thessaloniki).
- DEfAth 2313/1989 *ΔΦΟΡΝΟΜΟΘ* 1989, 914 (cour administrative d'appel d'Athènes).
- DStrThess 772/1989 *APM* 1989, 1254 (cour militaire de Thessaloniki).
- EfAth 5025/1990 *Δ/NH* 1992, 193 (cour d'appel d'Athènes).
- DEfAth 1440/1990 *ΔΔΙΚΗ* 1990, 1352 (cour administrative d'appel d'Athènes).
- Anakr Tripoli 12/1991 *ΠΟΙΝΧΡ* 1991, 932 (juge d'instruction de Tripoli).
- MPrAth 458/1991 *ΕλλΔμ* 1991, 628 (tribunal de première instance d'Athènes).
- MPrAth 3308/1992 *ΔΕΝ* 1993, 594 (tribunal de première instance d'Athènes).
- MPrAth 3646/1992 *APM* 1994, 561 (tribunal de première instance d'Athènes).
- EfAth 1/92 *ΕΕΔ* 1992, 840 (cour d'appel d'Athènes).
- SymbPlim Mesolongi 2/1992 *ΥΠΕΡΑΣΤΙΣΗ* 1992, 140 (Tribunal de grande instance de Mesolongi en conseil).
- DPrAth 5/1992 *ΔΔΙΚΗ* 1993, 194 (tribunal administratif d'Athènes).
- DPrAth 5/1993 *ΔΔΙΚΗ* 1993, 447 (tribunal administratif d'Athènes).
- DStrThess 482/1993 *APM* 1993, 1166 (cour militaire de Thessaloniki).
- DPrThess 921/1995 *ΔΔΙΚΗ* 1995, 730 (tribunal administratif de Thessaloniki).
- DEfAth 219/1996 *ΔΦΟΡΝΟΜΟΘ* 1997, 891 (cour administrative d'appel d'Athènes).
- EfAth 6903/1997 *APM* 1997, 1393 (cour d'appel d'Athènes).
- EfPeir 1410/1997 *ΤΝΙΔΣΑ* (cour d'appel de Pirée).
- DPrAth 6628/1997 *EJKΑ* 1997, 642 (tribunal administratif d'Athènes).
- EfAth 5846/1998 *Δ/NH* 1999, 1372 (cour d'appel d'Athènes).
- EfAth 7029/1998, *ΔΕΕ* 1999, 75 (cour d'appel d'Athènes).
- EfLar 1345/1999, *ΔΙΚΟΓΡΑΦΛΑ* 2000, 133 (cour d'appel de Larissa).
- EfAth 7028/1999 *ΔΕΕ* 1999, 75 (cour d'appel d'Athènes).

DPrHer 367/1999 ΔΕΕ 2000, 217 (tribunal administratif d'Herakleion).

DEfAth 1/2000 ΔΦΟΠΝΟΜΟΘ 2000, 707 (cour administrative d'appel d'Athènes).

EfAth 630/2001 ΕλλΔνη 2001, 1370 (cour d'appel d'Athènes).

DPrAth 7287/2001 ΔΔΙΚΗ 2002, 736 (tribunal administratif d'Athènes).

COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPÉENNE

CJCE, C-8/55, 26 novembre 1956, *Fédération Charbonnière de Belgique c. Haute Autorité de la Communauté européenne du charbon et de l'acier*, ECLI:EU:C:1956:11.

CJCE, C-11/70, 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, ECLI:EU:C:1970:114.

CJCE, C-8/74, 11 juillet 1974, *Dassonville*, ECLI:EU:C:1974:82.

CJCE, C-41-74, 4 décembre 1974, *Van Duyn*, ECLI:EU:C:1974:133.

CJCE, C-36/75, 28 octobre 1975, *Rutili c. Ministre de l'Intérieur français*, ECLI:EU:C:1975:137.

CJCE, C-4/73, 11 janvier 1977, *Nold*, ECLI:EU:C:1975:114.

CJCE, C-114/76, 5 juillet 1977, *Bela-Mühle*, ECLI:EU:C:1977:116.

CJCE, C-120/78, 20 février 1979, *Rewe-Zentral AG c. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, ECLI:EU:C:1979:42 [*Cassis de Dijon*].

CJCE, C-34/79, 14 décembre 1979, *Henn et Darby*, ECLI:EU:C:1979:295.

CJCE, C-238/82, 7 février 1984, *Duphar*, ECLI:EU:C:1984:45.

CJCE, C-72/83, 10 juillet 1984, *Campus Oil*, ECLI:EU:C:1984:256.

CJCE, C-121/85, 11 mars 1986, *Conegate*, ECLI:EU:C:1986:114.

CJCE, C-265/87, 11 juillet 1989, *Hermann Schröder EIS Kraftfutter GmbH & Co KG c. Hauptzollamt Gronau*, ECLI:EU:C:1989:303.

CJCE, C-5/88, 13 juillet 1989, *Wachauf c. Bundesamt für Ernährung und Forstwirtschaft*, ECLI:EU:C:1989:321.

CJCE, C-68/88, 21 septembre 1989, *Commission c. Grèce*, ECLI:EU:C:1989:339.

CJCE, C-145/88, 23 novembre 1989, *Torfaen Borough Council c. B. & Q. Pl.* [1990] 2 Q.B. 19, ECLI:EU:C:1989:593.

TPI, T-51/89, 10 juillet 1990, *Tetra Pak Rausing SA*, ECLI:EU:T:1990:41.

CJCE, C-331/88, 13 novembre 1990, *Fedesa*, ECLI:EU:C:1990:391.

CJCE, C-312/89, 28 février 1991, *Union Départementale des Syndicats C.G.T. de l'Aisne c. SIDEF Conforama*, ECLI:EU:C:1991:93.

CJCE, C-332/89, 28 février 1991, *André Marchandise, Jean-Marie Chapuis et SA Trafitex*, ECLI:EU:C:1991:94.

CJCE, C-260/89, 18 juin 1991, *ERT*, ECLI:EU:C:1991:254.

CJCE, Affaires Jointes 1-90, 176-90, 25 juillet 1991, *Aragonesa*, ECLI:EU:C:1991:327.

CJCE, C-169/91, 16 décembre 1992, *Council of the City of Stoke-on-Trent et Norwich City Council c. B & Q plc*, ECLI:EU:C:1992:519.

CJCE, C-275/92, 24 mars 1994, *Schindler*, ECLI:EU:C:1994:119.

CJCE, C-280/93, 5 octobre 1994, *Allemagne c. Conseil [Bananas case]*, ECLI:EU:C:1994:367.

CJCE, C-55/94, 30 novembre 1995, *Gebhard*, ECLI:EU:C:1995:411.

CJCE, C-415/93, 15 décembre 1995, *Bosman*, ECLI:EU:C:1995:463.

CJCE, C-212/97, 9 mars 1999, *Centros*, ECLI:EU:C:1999:126.

CJCE, C-274/99, 6 mars 2001, *Connolly c. Commission*, ECLI:EU:C:2001:127.

CJCE, Affaires Jointes C-49/98, C-50/98, C-52/98 à C-54/98 et C-68/98 to C-71/98, 25 octobre 2001, *Finalarte*, ECLI:EU:C:2001:564.

CJCE, C-208/00, 5 novembre 2002, *Überseering*, ECLI:EU:C:2002:632.

CJCE, C-100/01, 26 novembre 2002, *Oteiza Olaçabal*, ECLI:EU:C:2002:712.

CJCE, C-491/01, 10 décembre 2002, *British American Tobacco (Investments) et Imperial Tobacco*, ECLI:EU:C:2002:741.

CJCE, C-112/00, 12 juin 2003, *Schmidberger*, ECLI:EU:C:2003:333.

CJCE, C-243/01, 6 novembre 2003, *Piergiorgio Gambelli et autres*, ECLI:EU:C:2003:597.

CJCE, C-442/02, 5 octobre 2004, *Caixa-Bank France*, ECLI:EU:C:2004:586.

CJCE, C-36/02, 14 octobre 2004, *Omega*, ECLI:EU:C:2004:614.

CJCE, C-41/02, 2 décembre 2004, *Commission c. Pays-Bas*, ECLI:EU:C:2004:762.

CJCE, C-109/04, 17 mars 2005, *Kranemann*, ECLI:EU:C:2005:187.

CJCE, C-140/03, 21 avril 2005, *Commission c. Grèce*, ECLI:EU:C:2005:242.

CJCE, C-540/03, 27 juin 2006, *Parlement européen c. Conseil*, ECLI:EU:C:2006:429.

CJCE, C-244/06, 14 février 2008, *Dynamic Medien*, ECLI:EU:C:2008:85.

CJCE, C-353/06, 14 octobre 2008, *Grunkin Paul*, ECLI:EU:C:2008:559.

CJCE, C-213/07, 16 décembre 2008, *Michaniki*, ECLI:EU:C:2008:731.

CJCE, C-438/05, 11 décembre 2007, *Viking Line*, ECLI:EU:C:2007:772.

CJCE, C-341/05, 18 décembre 2007, *Laval*, ECLI:EU:C:2007:809.

CJCE, Affaires Jointes C-171/07 et C-172/07, 19 mai 2009, *Apothekerkammer des Saarlandes*, ECLI:EU:C:2007:311.

CJCE, C-42/07, 8 septembre 2009, *Liga Portuguesa*, ECLI:EU:C:2009:519.

CJUE, C-135/08, 2 mars 2010, *Rottmann*, ECLI:EU:C:2010:104.

CJUE, Affaires Jointes C-570/07 et C-571/07, 1 juin 2010, *José Manuel Blanco Pérez*, ECLI:EU:C:2010:300.

CJUE, C-81/09, 21 octobre 2010, *Idrima Tipou AE*, ECLI:EU:C:2010:622.

CJUE, Affaires Jointes C-92/09 et C-93/09, 9 novembre 2010, *Schecke*, ECLI:EU:C:2010:662.

CJUE, C-279/09, 22 décembre 2010, *DEB Deutsche Energiehandels c. Allemagne*, ECLI:EU:C:2010:811.

CJUE, C-283/11, 22 janvier 2013, *Sky Österreich GmbH*, ECLI:EU:C:2013:28.

CJUE, C-291/12, 17 octobre 2013, *Schwarz*, ECLI:EU:C:2013:670.

CJUE, C-639/11, 20 mars 2014, *Commission c. Pologne*, ECLI:EU:C:2014:173.

CJUE, C-293/12, 8 avril 2014, *Digital Rights Ireland Ltd*, ECLI:EU:C:2014:238.

CJUE, C-528/13, 29 avril 2015, *Léger*, ECLI:EU:C:2015:288.

Conclusions des Avocats Généraux

AG WARNER, Conclusions sur C-34/79, *Henn et Darby*, présentées le 14 décembre 1979, ECLI:EU:C:1979:295.

AG DUTHEILLET DE LAMOTHE, Conclusions sur C-11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*, présentées le 2 décembre 1970, ECLI: ECLI:EU:C:1970:100.

AG JACOBS, Conclusions sur C-120/94, *Commission c. Grèce*, présentées le 6 avril 1995, ECLI:EU:C:1995:109.

AG CRUZ VILLALÓN, Conclusions sur C-62/14, *Peter Gauweiler et autres c. Deutscher Bundestag*, présentées le 14 janvier 2015, ECLI:EU:C:2015:7.

COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

- Wemhoff c. Allemagne*, 27 juin 1968, n° 2122/64.
- Golder c. RU*, 21 février 1975, n° 4451/70.
- Handyside c. RU*, 7 décembre 1976, n° 5493/72.
- Tyrer c. RU*, 25 avril 1978, n° 5856/72.
- The Sunday Times c. RU*, 26 avril 1979, n° 6538/74.
- Marckx c. Belgique*, 13 juin 1979, n° 6833/74.
- Dudgeon c. RU*, 22 octobre 1981, n° 7525/76.
- Malone c. RU*, 2 août 1984, n° 8691/79.
- X et Y c. Pays-Bas*, 26 mars 1985, n° 8978/80.
- Bozano c. France*, 18 décembre 1986, n° 9990/82.
- Gaskin c. RU*, 7 juillet 1989, n° 10454/83.
- Powell et Rayner c. RU*, 21 février 1990, n° 9310/81.
- Darby c. Suède*, 23 octobre 1990, n° 11581/85.
- Viharajah c. RU*, 30 octobre 1991, n° 13163/87, 13164/87, 13165/87, 13447/87 et 13448/87.
- Philis c. Grèce*, 27 août 1991, n° 12750/87, 13780/88 et 14003/88.
- Observer et Guardian c. RU*, 26 novembre 1991, n° 13585/88.
- Campbell c. RU*, 25 mars 1992, n° 13590/88.
- Open Door et Dublin Well Woman c. Irlande*, 29 octobre 1992, n° 14234/88.
- Kokkinakis c. Grèce*, 25 mai 1993, n° 14307/88.
- Manoussakis et autres c. Grèce*, 26 septembre 1996, n° 18748/91.
- Hornsby c. Grèce*, 19 mars 1997, n° 18357/91.
- Sidiropoulos et autres c. Grèce*, 10 juillet 1998, n° 26695/95.
- McLeod c. RU*, 23 septembre 1998, n° 24755/94.
- Chassagnou c. France*, 29 avril 1999, n° 25088/94, 28331/95 et 28443/95.
- Smith & Grady c. RU*, 27 septembre 1999, n° 33985/96 et 33986/96.
- Kress c. France*, 7 juin 2001, n° 39594/98.

Association Ekin c. France, 17 octobre 2001, n° 39288/98.
Leyla Şahin c. Turquie, 10 novembre 2005, n° 44774/98.
Zielinski, Pradal, Gonzalez et autres c. France, 28 octobre 1999, n° 24846/94, 34165/96 - 34173/96.
Maurice c. France, 6 octobre 2005, n° 11810/03.
Mamidakis c. Grèce, 11 janvier 2007, n° 35533/04.
Tourkiki Enosi Xanthis c. Grèce, 27 mars 2008, n° 26698/05.
S. et Marper c. RU, 4 décembre 2008, n° 30562/04 et 30566/04.
M.S.S. c. Belgique et Grèce, 21 janvier 2011, n° 30696/09.
Harroudj c. France, 4 octobre 2012, n° 43631/09.
Koufaki et ADEDY c. Grèce, 7 mai 2013, n° 57665/12 et 57657/12.
SAS c. France, 1 juillet 2014, n° 43835/11.
Kapetanios et autres c. Grèce, 30 avril 2015, n° 3453/12, 42941/12 et 9028/13.
Henrioud c. France, 5 novembre 2015, n° 21444/11.
Magyar Helsinki Bizottság c. Hongrie, 8 novembre 2016, n° 18030/11.

TRIBUNAL CONSTITUTIONNEL FÉDÉRAL ALLEMAND

Southwest State (1951), 1 BVerfGE 14.
(1954), 3 BVerfGE, 383.
Lüth (1958), 7 BVerfGE 198.
Pharmacy (1958), 7 BVerfGE 377.
(1965), 19 BVerfGE 342.
Mephisto (1971), 30 BVerfGE 173.
Lebach (1973), 35 BVerfGE 202.
Abortion I (1975), 39 BVerfGE 1.
Codetermination (1979), 50 BVerfGE 290.
Aviation Security Act (2006), 59 BVerfGE 751.

TABLE DES MATIERES

ABBRÉVIATIONS.....	1
SOMMAIRE.....	5
REMERCIEMENTS.....	7
INTRODUCTION	9
1. <i>Le succès de la proportionnalité</i>	10
2. <i>La proportionnalité : une lingua franca ?</i>	15
3. <i>Les différences dans l'application de la proportionnalité</i>	19
4. <i>La proportionnalité comme transfert juridique</i>	23
5. <i>La proportionnalité, la culture juridique et l'intégration européenne</i>	27
6. <i>Problématique : comparer les sens locaux de la proportionnalité</i>	32
7. <i>Hypothèses théoriques et méthodologiques : une étude culturelle du droit</i>	36
PARTIE I. LA DIFFUSION DE LA PROPORTIONNALITÉ	45
CHAPITRE 1. La diffusion de la proportionnalité en droit public français : <i>plus ça change plus c'est la même chose</i>	55
Section 1. La proportionnalité comme principe du droit administratif	58
1. <i>L'émergence en droit administratif</i>	65
2. <i>L'absence des textes officiels, l'omniprésence en doctrine</i>	72
3. <i>L'affirmation des bases constitutionnelles de la proportionnalité</i>	77
Section 2. L'importation de la proportionnalité en matière de droits fondamentaux	84
1. <i>L'application dans le cadre du contrôle de conventionnalité</i>	89
2. <i>L'adoption d'un contrôle en étapes : le transfert du « proportionality analysis »</i>	96
3. <i>La spécificité de la proportionnalité « à la française »</i>	102
CHAPITRE 2. La diffusion de la proportionnalité en droit public anglais : <i>continuity and change</i>	113
Section 1. La proportionnalité avant le <i>Human Rights Act</i>	115
1. <i>Une nuance du standard de reasonableness</i>	124
2. <i>Un chef de contrôle [head of review] du droit communautaire</i>	128
3. <i>La connexion à la CEDH</i>	133

4. <i>Le rejet en judicial review</i>	138
Section 2. L'application de la proportionnalité dans le champ du <i>Human Rights Act</i>	144
1. <i>La réception de la proportionnalité en matière de droits de l'homme</i>	148
2. <i>La structure de la proportionnalité dans les affaires de judicial review</i>	153
3. <i>La singularité de la proportionnalité</i>	158
CHAPITRE 3. La diffusion de la proportionnalité en droit public grec : η θριαμβευτική πορεία	169
Section 1. La proportionnalité sous l'empire de la Constitution de 1975	171
1. <i>Les affaires méconnues des années soixante-dix</i>	177
2. <i>Un transfert pour un autre</i>	183
3. <i>Une application institutionnellement sensible en droit administratif</i>	188
4. <i>Un principe du droit communautaire</i>	193
Section 2. L'hégémonie de la proportionnalité depuis la réforme constitutionnelle de 2001	198
1. <i>L'omniprésence de la proportionnalité</i>	201
2. <i>Proportionnalité, faits et rationalisation de l'action publique</i>	207
Conclusion de la partie : La fonction expressive de la proportionnalité ...	213
PARTIE II. LES ATTENTES ATTACHÉES À LA PROPORTIONNALITÉ	217
CHAPITRE 4. La quête d'une science du droit	229
1. <i>L'extension des pouvoirs du juge, principal enjeu du transfert de la proportionnalité</i>	238
2. <i>La recherche de l'objectivité : la proportionnalité entre fait et valeur</i>	245
3. <i>La proportionnalité et l'« administrativisation » du droit constitutionnel</i>	253
4. <i>L'effacement de la distinction entre la proportionnalité et l'erreur manifeste</i>	261
5. <i>L'application de la proportionnalité en matière de droits fondamentaux : intégration sociale et assimilation</i>	268
CHAPITRE 5. La quête d'un droit public anglais	277
1. <i>Le mythe absent : le potentiel limité d'une perception « mathématique » de la proportionnalité</i>	284
2. <i>L'application de la proportionnalité, « irritant » de la tradition analytique</i>	290
3. <i>La proportionnalité comme transplant : l'émergence d'une doctrine à la française</i>	299
4. <i>L'application de la proportionnalité « en tous points, sans la nommer »</i>	305
5. <i>La réussite de la transplantation de la proportionnalité</i>	313

6. « Vie posthume » du principe de souveraineté parlementaire : la nécessité d'un concept de deference.....	321
CHAPITRE 6. La quête d'« une espèce de magie compatissante ».....	331
1. Un principe protecteur sans droits fondamentaux.....	334
2. L'infélicité de la proportionnalité : contrainte par les mythes grecs.....	342
3. Prendre la métaphore du transplant au sérieux : la proportionnalité et l'importation d'une civilisation constitutionnelle.....	348
4. La proportionnalité en tant que science européenne : transcender les limites constitutionnelles.....	354
5. Déplacer le savoir local : la proportionnalité et l'esthétique de modernisation.....	361
Conclusion de la partie : La proportionnalité et la négociation de l'autonomie du droit.....	371
PARTIE III. LES MANIFESTATIONS LOCALES DE L'EUROPÉANISATION.....	385
CHAPITRE 7. L'institution d'une culture des droits fondamentaux.....	397
1. La proportionnalité, principe d'acculturation.....	401
2. La disproportion, correctif aux effets pervers de la loi française.....	410
3. La proportionnalité, vectrice d'une « culture de justification » dans le common law.....	420
4. La proportionnalité, méthode d'interprétation téléologique en droit grec.....	430
CHAPITRE 8. La construction d'un marché commun.....	439
1. La proportionnalité, principe d'intégration économique.....	443
2. « Lost in translation » : la proportionnalité et l'effet utile des libertés de circulation dans la jurisprudence du Conseil d'État.....	450
3. Ce « truc machin » culturel : l'objection des juges anglais à l'application du principe communautaire de proportionnalité.....	457
4. La proportionnalité et la redéfinition des buts constitutionnels grecs.....	466
CHAPITRE 9. Désintégration.....	479
1. La proportionnalité, limite à l'applicabilité de la loi républicaine.....	480
2. Le droit public anglais sans le chef de contrôle [head of review] de proportionnalité.....	486
3. La proportionnalité et l'affirmation de l'autonomie de la Constitution grecque.....	496
Conclusion de la partie : Proportionnalité, rationalisme et pluralisme normatif.....	507

CONCLUSION GÉNÉRALE	513
BIBLIOGRAPHIE	525
OUVRAGES	525
ARTICLES, CHAPITRES D'OUVRAGES ET AUTRES.....	536
TABLE DE LA JURISPRUDENCE	565
JURIDICTIONS FRANÇAISES.....	565
JURIDICTIONS BRITANNIQUES.....	574
JURIDICTIONS GRECQUES.....	581
COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPÉENNE.....	586
COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME.....	589
TRIBUNAL CONSTITUTIONNEL FÉDÉRAL ALLEMAND.....	590