

# 9<sup>ème</sup> Congrès Français de Droit Constitutionnel

## Atelier A

### *Les principes en conflit dans la QPC : de la prudence de la proportionnalité à l'audace de la pondération*

Jérémy Mercier<sup>1</sup>

L'« effet utile »<sup>2</sup> des questions prioritaires de constitutionnalité (QPC) pour le justiciable peut souvent masquer la véritable part de créativité du juge constitutionnel dans son activité d'interprétation. Si l'instauration de la QPC peut être, de façon indéniable, à l'origine d'un véritable et favorable « big bang » constitutionnel<sup>3</sup> en matière de protection des droits et libertés garantis par la Constitution, d'un autre côté, l'interprétation constitutionnelle s'en trouverait pour ainsi dire modifiée. Le recours au principe de proportionnalité dans le *contrôle restreint* réalisé par le Conseil constitutionnel n'est, certes, pas un argument dépourvu d'intérêt, étant lui-même apparu dans les décisions DC, en particulier par le bilan « coûts-avantages »<sup>4</sup>. En revanche, si l'on considère que l'évolution de la QPC vise constamment à une meilleure garantie des droits fondamentaux des citoyens par les juges, il pourrait être proposé une utilisation potentiellement plus transparente de ce principe à la lumière de la récente théorie de la pondération, notamment formalisée par Robert Alexy. Par un tel usage relatif à ce que l'on pourrait nommer une progression dans le « cartésianisme » du Conseil constitutionnel<sup>5</sup>, le principe de proportionnalité en contentieux (pénal, économique, etc.) ne reposerait plus seulement sur un contrôle relatif à l'*erreur matérielle d'appréciation* et sur une opération de « conciliation entre des exigences constitutionnelles antagonistes »<sup>6</sup>, mais deviendrait plus habilement régi par une véritable « loi de la pondération », mieux intelligible pour le justiciable et les parlementaires car déduite d'une formule « de pesée » et « de poids »<sup>7</sup> davantage *motivée*.

Les différents usages du principe de proportionnalité dans les décisions QPC<sup>8</sup>, que l'on peut considérer à juste titre comme *différents degrés*<sup>9</sup>, incitent en effet à promouvoir plus

---

<sup>1</sup> Doctorant en droit public, Attaché temporaire d'enseignement et de recherche (ATER), *Centre de Théorie et Analyse du Droit* (UMR CNRS 7074), Université Paris Oest Nanterre La Défense.

<sup>2</sup> Cons. const., déc. n° 2009-595 DC du 03 décembre 2009, *JO* 11 décembre 2009, p. 21381.

<sup>3</sup> ROUSSEAU, D., « La question préjudicielle de constitutionnalité : un big bang juridictionnel », in *Revue du droit public* n°3, pp.631-644 ; ROUSSEAU, D., BONNET, J., « La QPC, une révolution qui continue », *La Revue Parlementaire*, n°934, Mars 2011, p.38.

<sup>4</sup> GOESEL-LE BIHAN, V., *Contentieux constitutionnel*, Paris, Ellipses, coll. « Cours magistral », 2010, p. 153 ss; ROUSSEAU, D., *Droit du contentieux constitutionnel*, préface de Georges Vedel, Paris, LGDJ-Lextenso éditions, 10ème ed., 2013, p. 146-147; PHILIPPE, X., *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative françaises*, préface de Charles Debbsch, Economica-Presses Universitaires d'Aix-Marseille, coll. « Science et Droit Administratifs », 1990, not. p.23 et p.179.

<sup>5</sup> MATHIEU, B., « Le contrôle des lois de transposition des directives communautaires par le Conseil constitutionnel ou les difficultés du cartésianisme », in *Mélanges Favoreu*, 2007, pp.1307 et ss.

<sup>6</sup> GOESEL-LE BIHAN, V., « Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel, technique de protection des libertés publiques ? », in *Jus Politicum*, n°7, 2012, p.5.

<sup>7</sup> ALEXY, R., « Constitutional Rights and Proportionality », *Revus*, 22 (à paraître).

<sup>8</sup> Pour les années 2013 et 2014 : Cons. const., déc. n° 2014-394 QPC du 07 mai 2014; déc. n° 2014-391 QPC du 25 avril 2014; déc. n° 2014-375 et autres QPC du 21 mars 2014; déc. n° 2013-371 QPC du 07 mars 2014; déc. n° 2013-370 QPC du 28 février 2014; déc. n° 2013-369 QPC du 28 février 2014; déc. n° 2013-346 QPC du 11 octobre 2013; déc. n° 2013-341 QPC du 27 septembre 2013; déc. n° 2013-337 QPC du 01 août 2013; déc. n° 2013-332 QPC du 12 juillet 2013 ; déc. n° 2013-325 QPC du 21 juin 2013 ; déc. n° 2013-319 QPC du 07 juin 2013; déc. n° 2013-318 QPC du 07 juin 2013; déc. n° 2013-309 QPC du 26 avril 2013; déc. n° 2013-302 QPC

amplement la conciliation des droits et libertés constitutionnellement garantis dans l'État contemporain sur un critère laissant potentiellement moins de place à la thèse de l'arbitraire ou de l'interprétation-création. À l'exemple de Cours constitutionnelles étrangères (notamment en Allemagne<sup>10</sup>, en Colombie<sup>11</sup> ou au Chili<sup>12</sup>), le Conseil semblerait avoir à gagner « *tact et mesure* » supplémentaires, s'il est permis d'utiliser l'habile formule de Guy Braibant<sup>13</sup>, en faisant reposer la motivation de ses décisions sur une telle théorie de l'argumentation.

Dans ces conditions, il semblera utile d'explicitier l'ampleur du recours au principe de proportionnalité dans les décisions QPC que nous qualifierons de *prudence* (I) avant de mesurer en quoi une telle opération pourrait ne pas être qu'un simple outil de justification jurisprudentielle – et démocratique – classique, mais bien plus un contrôle de pondération entre des intérêts fondamentaux concurrents que nous qualifierions d'*audace* (II). Une telle méthode aboutira inévitablement à renforcer le rôle protecteur du Conseil constitutionnel en permettant de le soustraire à toute hypothèse de lacunes éventuelles en matière d'interprétation des droits et libertés, tout en confortant la légitimité du Parlement dans son plein exercice de représentation de la volonté de la Nation.

### *I La prudence du principe de proportionnalité*

Les recours au *contrôle de proportionnalité*, en particulier depuis la décision *Rétention de sûreté*<sup>14</sup>, ont pu sembler particulièrement récurrents, notamment en insistant davantage sur l'argument de l'*adéquation*, de la *nécessité*, de la *légitimité du but poursuivi*, de la *conciliation entre intérêts* et de la *proportionnalité au sens strict*. Ainsi, il n'est pas rare de retrouver dans les considérants des questions prioritaires de constitutionnalité des formules selon lesquelles une disposition « ne revêt pas un caractère disproportionné au regard de l'objectif poursuivi »<sup>15</sup>, « ne porte pas une atteinte disproportionnée »<sup>16</sup> ou, à l'inverse, « porte (...) une atteinte manifestement disproportionnée »<sup>17</sup>. Le Conseil peut en effet contrôler l'absence de disproportion manifeste, par exemple, « entre l'infraction et la peine encourue »<sup>18</sup>. De surcroît, le juge réalise en complément d'un tel contrôle restreint une *interprétation téléologique*<sup>19</sup> lorsqu'il utilise les expressions « à la condition qu'il n'en résulte

---

du 12 avril 2013; déc. n° 2012-289 QPC du 17 janvier 2013; n° 2012-288 QPC du 17 janvier 2013.

<sup>9</sup> PHILIPPE, X., « Le contrôle de proportionnalité exercé par les juridictions étrangères : l'exemple du contentieux constitutionnel », *Petites affiches*, 05 mars 2009 n° 46, p. 6 : « le contrôle de proportionnalité comporte différents degrés. La définition de ces degrés de contrôle est fonction du cadre normatif et de la liberté de choix laissée à l'auteur de la décision ou de l'action, le tout placé sous le contrôle du juge ».

<sup>10</sup> Depuis la décision *BVerfGE 7,377* explicitant le triple critère de la proportionnalité (cf., not., BOUSTA, R. « La « spécificité » du contrôle constitutionnel français de proportionnalité », *Revue Internationale de Droit Comparé*, 2007, p.860); *BVerfGE 55, 159 (167)*; *BVerfGE 55, 159 (166)*; *BVerfGE 53, 135 (146)* et surtout, avec l'affaire Titanic *BVerfGE 86, 1 (11)*.

<sup>11</sup> Cour constitutionnelle de Colombie, arrêt n° *T-426/92* du 24 juin 1992 sur le « *principio constitucional de ponderación* » pour la protection des droits fondamentaux. (<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/T-426-92.htm>).

<sup>12</sup> Cour constitutionnelle du Chili, arrêt n° *1710-2010* du 6 août 2010, sur le « *critério de la ponderación* »: (<http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/ver.php?id=1479>).

<sup>13</sup> Concl. sur CE, Ass., 28 mai 1972, *Ville Nouvelle Est*, Lebon, 409, note 82.

<sup>14</sup> Cons. const. n° 2008-562 DC du 21 février 2008, *JO* 26 février 2008, p. 3272, *Rec.*, p. 89.

<sup>15</sup> Cons. const. n° 2014-394 QPC du 07 mai 2014, *JO* du 10 mai 2014 page 7873, cons. 14.

<sup>16</sup> Cons. const. n° 2012-283 QPC du 23 novembre 2012, *JO* du 24 novembre 2012, p. 18547, cons. 15 et 20.

<sup>17</sup> Cons. const. n° 2014-391 QPC du 25 avril 2014, *JO* du 27 avril 2014 page 7359, cons. 8.

<sup>18</sup> Cons. const. n° 2013-371 QPC du 07 mars 2014, *JO* du 9 mars 2014 page 5035, cons.7.

<sup>19</sup> CHAMPEIL-DESPLATS, V., « Raisonement juridique et pluralité des valeurs: Les conflits axio-téléologiques de normes », in *Analisi e diritto 2001*, p.59 ss.

pas d'atteintes disproportionnées au regard de l'objectif poursuivi »<sup>20</sup>, ou encore lorsqu'il motive sa décision, c'est-à-dire lorsqu'il « choisit une signification »<sup>21</sup>, en expliquant que « les atteintes portées à l'exercice de cette liberté doivent être nécessaires, adaptées et proportionnées à l'objectif d'intérêt général poursuivi »<sup>22</sup>. L'argument de la proportionnalité fait alors office de *standard*<sup>23</sup> dans l'interprétation constitutionnelle contemporaine, et pourrait impliquer que le Conseil se place potentiellement en « instance concurrente de résolution d'un conflit de valeurs »<sup>24</sup> vis-à-vis du Parlement. La Haute Cour cèderait-elle alors à un progressif contrôle de l'*opportunité* des décisions parlementaires auquel, pourtant, elle ne saurait prétendre ?

Le recours à l'argument de la proportionnalité est ainsi bien instructif en ce qu'il rend compte d'un contrôle jurisprudentiel des droits fondamentaux reposant sur le bien-fondé d'un choix de valeurs (*hiérarchie axiologique*), sur un intérêt et des fins à mesurer (*interprétation téléologique*), comme sur le caractère approprié de la conclusion résolvant un conflit entre plusieurs normes (*interprétation décisoire*) avec d'éventuelles modulations. Un tel contrôle, s'il prend tout d'abord appui sur l'erreur manifeste d'appréciation (A), s'ouvre à une pratique du test de proportionnalité<sup>25</sup> (B).

#### A. L'erreur manifeste d'appréciation : assise du recours à la proportionnalité

Puisant sa source dans le contentieux administratif, en particulier depuis l'arrêt *Lagrange* du Conseil d'État<sup>26</sup>, le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation est exercé par le Conseil constitutionnel depuis sa décision *Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes* du 20 janvier 1981<sup>27</sup>. On le retrouve donc dans le cadre du contrôle *a posteriori*, avec la même fonction d'entraîner l'abrogation des dispositions impliquant une ou des « disproportions manifestes » entre une règle législative et un principe constitutionnel<sup>28</sup>. Un tel contrôle qui, selon le Doyen Vedel est une véritable « arme que les membres actuels du Conseil laissent à leurs successeurs »<sup>29</sup>, est un contrôle plus élargi que la simple qualification juridique des faits, tout en étant limité « à la vérification de l'adéquation entre les moyens employés et les fins poursuivies »<sup>30</sup>. Seule une erreur flagrante d'appréciation du législateur sera sanctionnée<sup>31</sup>, ce qui n'arrive finalement que très rarement. Depuis 1981, et la décision

<sup>20</sup> Cons. const. n° 2014-375 et autres QPC du 21 mars 2014, *JO* du 23 mars 2014 page 5737, cons. 7.

<sup>21</sup> BRUNET, P., « Le raisonnement juridique: une pratique spécifique? », *International Journal for the Semiotics of Law - Revue internationale de Sémiotique juridique*, 2013, Vol. 26 n°4, p. 780.

<sup>22</sup> Cons. const. n° 2013-319 QPC du 07 juin 2013, *JO* du 9 juin 2013 page 9632, cons. 3.

<sup>23</sup> RIALS, S., *Le juge administratif français et la technique du standard. Essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité*, préface de Prosper Weil, Paris, LGDJ, 1980, p.88 : « comme tous les standards, mais plus que tous les autres, le proportionné requiert un arbitrage entre valeurs concurrentes, au nom d'une certaine conception de leur hiérarchie, réputée normale à une époque donnée. Comme l'écrit le dictionnaire Robert, le proportionné est "ce qui est dans une proportion convenable, normale, avec quelque chose" ».

<sup>24</sup> CARTIER, E., *La QPC, le procès et ses juges. L'impact sur le procès et l'architecture juridictionnelle*, Paris, 2013, Dalloz coll. « Méthodes du droit », p.231.

<sup>25</sup> ROUSSEAU, D., *Droit du contentieux constitutionnel*, préface de Georges Vedel, Paris, LGDJ-Lextenso éditions, 10ème ed., 2013, p.147.

<sup>26</sup> CE, Sect., 15 février 1961, *Lagrange*, Rec., p.121 ; cf. BRAIBANT, G., « Le principe de proportionnalité », *Mélanges offerts à Marcel Waline. Le juge et le droit public*, t. II, juillet 1974, Paris, LGDJ, p. 302.

<sup>27</sup> Cons. const. n° 80-127 DC du 20 janvier 1981, *JO* du 22 janvier 1981, p. 308.

<sup>28</sup> DRAGO, G., *Contentieux constitutionnel français*, 3ème éd., Paris, PUF, coll. « Thémis », 2011, p.387.

<sup>29</sup> Séance du 29 décembre 1983, G. Vedel, p. 4; cité par Xavier PHILIPPE, et alii., "Les délibérations du Conseil constitutionnel - Année 1983", *Cahiers du Conseil constitutionnel n° 31* - mars 2011.

<sup>30</sup> MÉLIN-SOUCRAMANIEN, F., « Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel », in *Petites affiches*, 05 mars 2009 n° 46, p. 70 ss.

<sup>31</sup> DISANT, M., *Droit de la question prioritaire de constitutionnalité. Cadre juridique. Pratiques jurisprudentielles*, Lamy coll "Axe droit", 2011, p.319.

précitée *Sécurité et liberté*, le Conseil se garde en effet d’empiéter, par son pouvoir d’appréciation, sur celui du Parlement, véritable représentant du peuple. Ainsi que le rappelle le douzième considérant de cette décision, « l'article 61 de la Constitution ne confère pas au Conseil constitutionnel un pouvoir général d'appréciation et de décision identique à celui du Parlement, mais lui donne seulement compétence pour se prononcer sur la conformité à la Constitution des lois déférées à son examen ». Le contrôle de l’erreur manifeste d’appréciation se retrouve récemment dans la décision *Commune de Thonon-les-Bains et autre*<sup>32</sup>, à l’occasion de laquelle le Conseil juge que les dispositions de l’article L.5210-1-2 du Code général des collectivités territoriales « portent à la libre administration des communes une atteinte manifestement disproportionnée » (consid. 8). En abrogeant cet article, relatif au rattachement d’une commune par l’autorité préfectorale à un établissement public de coopération intercommunale à fiscalité propre, le Conseil s’en tient à une appréciation limitée, il ne censure précisément que les disproportions manifestes, sans recourir en particulier à un balancement total entre intérêts (égalité, libre administration, intérêt général, etc.). Ainsi encore, dans la décision *M. Roger D.*<sup>33</sup>, relative au mariage sous curatelle, le Conseil s’en tient à examiner que le législateur n'a pas privé la liberté du mariage de garanties légales et que les restrictions dont il a accompagné son exercice, afin de protéger les intérêts de la personne, « n'ont pas porté à cette liberté une atteinte disproportionnée » (consid.8). Dans la décision *Mohammed Akli B.*<sup>34</sup>, concernant le délit d’entrée ou de séjour irrégulier en France, le Conseil avait encore jugé que les peines de l’article L621-1 du CESEDA « ne sont pas manifestement disproportionnées » (consid. 5)<sup>35</sup>. Pour autant, un degré plus entier et donc plus direct du contrôle de proportionnalité, recourant à davantage de balance entre principes, semble progressivement inciter le Conseil à prendre plus d’initiative dans le cadre de son contrôle *a posteriori*.

### B. Un test de proportionnalité en essor

Un contrôle de proportionnalité que l’on peut qualifier d’entier, comme l’explique le professeur Le Bihan<sup>36</sup>, permet en effet au Conseil de mieux s’adapter à une relative plasticité des droits fondamentaux<sup>37</sup> autant qu’aux évolutions contemporaines, quitte à ce qu’il protège certains droits et libertés « plus que d’autres lors de sa mise en œuvre »<sup>38</sup>. Si d’un côté l’idée de proportionnalité exprime bien celle de « correspondance et d’équilibre, voire d’harmonie »<sup>39</sup>, elle est encore la recherche d’un « équilibre optimal »<sup>40</sup>. Or, un tel équilibre revient aussi, selon les mots du Doyen Favoreu, à l’établissement d’une « balance » entre principes<sup>41</sup>. Certes utilisée régulièrement non pas comme « conflits entre principes », mais comme technique de « seuil » à ne pas dépasser en matière de sanctions pécuniaires

<sup>32</sup> Cons. const. n° 2014-391 QPC du 25 avril 2014, *JO* du 27 avril 2014 page 7359.

<sup>33</sup> Cons. const. n° 2012-260 QPC du 29 juin 2012, *JO* du 30 juin 2012, p. 10804.

<sup>34</sup> Cons. const. n°2011-217 QPC du 3 février 2012, *JO* du 4 février 2012, p. 2076.

<sup>35</sup> LEVADE, A., « Directive retour et délit d'entrée ou de séjour irrégulier : l'exigence constitutionnelle de transposition des directives définitivement stérilisée dans le cadre de la QPC ? », in *Constitutions*, 2012, n°2, p. 286 s.

<sup>36</sup> GOESEL-LE BIHAN, V., « Le contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel : figures récentes », *Revue française de droit constitutionnel*, 2007, n°2, PUF, p.270.

<sup>37</sup> MATHIEU, B., *Constitution : rien ne bouge et tout change*, Paris, Lextenso, 2013, p.109.

<sup>38</sup> GOESEL-LE BIHAN, V., « Discours introductif : Les figures du contrôle de proportionnalité en droit français », *Petites affiches*, 05 mars 2009 n° 46, p. 5.

<sup>39</sup> PHILIPPE, X., *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative françaises*, préface de Charles Debbsch, Economica-Presses Universitaires d’Aix-Marseille, coll. « Science et Droit Administratifs », 1990, p. 19.

<sup>40</sup> PHILIPPE, X., *op. cit.*, p. 23.

<sup>41</sup> FAVOREU, L. Philip, , *Grandes décisions du CC*, 4, p.428.

encourues lors d'un litige<sup>42</sup> ou de nécessité de juste « indemnisation » pour « contribuer à la proportionnalité de la mesure »<sup>43</sup>, la proportionnalité n'en reste pas moins décisive pour balancer ou *concilier*<sup>44</sup> les intérêts en jeu comme dans la récente décision *Société Casuca*<sup>45</sup>, et, par la même occasion, pour balancer les moyens et les fins de l'action législative<sup>46</sup>.

Prenons un exemple célèbre. Dans la décision *Garde à vue* du 30 juillet 2010<sup>47</sup>, le Conseil, saisi par la Cour de cassation, a effectivement eu à balancer des intérêts en conflits. Mais a-t-il véritablement mis en pratique un « balancement » ? Les principes en conflits étaient : 1) les droits de la défense, principe fondamental reconnu par les lois de la République<sup>48</sup>, autour du principe de « rigueur nécessaire » résultant de l'article 9 de la Déclaration de 1789, et 2) le principe de protection de l'ordre public, « objectif à valeur constitutionnelle »<sup>49</sup>. L'enjeu relatif à la garde à vue pour criminalité et délinquance organisées nécessitait un examen de la constitutionnalité des articles 62, 63, 63-1, 64-4, alinéas 1er à 6, et 77 du Code de procédure pénale. En particulier, les requérants faisaient valoir que plusieurs droits fondamentaux n'étaient pas garantis dans cette procédure de garde à vue, comme, notamment, l'assistance effective d'un avocat ou la notification du droit de garder le silence (*consid.*11). S'interrogeant sur la constitutionnalité de ces dispositions, le juge constitutionnel a mis en balance les deux principes concernés, en constatant l'insuffisance de garanties législatives en matière de régime de droit commun de garde à vue. Tout en notant que l'insuffisance des droits de la défense représentait alors un critère de *disproportion qualifiée*<sup>50</sup>, ayant conduit le Conseil à privilégier un principe sur un autre, il écarta le grief tiré de l'atteinte à la dignité de la personne humaine (*consid.* 20). Ainsi, tout en donnant l'apparence de mettre en balance des intérêts et principes en conflits, le test de proportionnalité prend ici la forme de ce que l'on pourrait nommer une *pondération retenue*. En effet, lorsqu'à l'occasion d'une QPC le Conseil met en œuvre une apparente « mise en balance »<sup>51</sup> entre principes, c'est plutôt l'arbitrage entre ces derniers qui semblerait exister, qu'un plein et entier contrôle de proportionnalité. En ce sens, le mode du raisonnement du juge pourrait être susceptible d'évoluer. Le suggérer serait-il déjà une certaine façon de l'impliquer ?

En matière de faits diffamatoires, le Conseil constitutionnel a eu à examiner plusieurs requêtes dont l'une des dernières, la décision *M. Philippe B.*<sup>52</sup>, du 7 juin 2013, sur l'*exceptio veritatis*, est utile pour comprendre le contrôle de proportionnalité exercé. Saisi d'une QPC par la Cour de cassation relative à la conformité aux droits et libertés que la Constitution

<sup>42</sup> Cons. const. n° 2012-289 QPC du 17 janvier 2013, *M. Laurent D.*, JO du 18 janvier 2013, page 1294.

<sup>43</sup> Cons. const. 14 oct. 2011, *Pierre T.*, n°2011-182 QPC.

<sup>44</sup> DRAGO, G., « La conciliation des principes constitutionnels », *Recueil Sirey*, L., 1991, p.265.

<sup>45</sup> Cons. const. n° 2014-394 QPC du 07 mai 2014, JO du 10 mai 2014 page 7873.

<sup>46</sup> MÉLIN-SOUCRAMANIEN, F., *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, préface de Georges Vedel, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Economica, coll. « Droit public positif », 1997 p.202.

<sup>47</sup> Cons. const. n° 2010-14/22 QPC du 30 juillet 2010, JO du 31 juillet 2010, p. 14198.

<sup>48</sup> Cons. const. n° 76-70 DC du 02 décembre 1976, cons. 2; N° 2006-535 du 30 mars 2006, cons. 24; DEBRÉ, J.-L., « Le Conseil constitutionnel et les droits de la défense », Rentrée du Barreau de Paris, Théâtre du Chatelet – 4 décembre 2009; CHAMPEIL-DESPLATS, V., *Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République. Principes constitutionnels et justification dans les discours juridiques*, préface de Michel Troper, Aix-en-Provence, Paris, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Economica, 2001.

<sup>49</sup> Cons. const. n° 89-261 DC du 28 juillet 1989, *Loi relative aux conditions de séjour et d'entrée des étrangers en France*, cons. 12, et n° 2007-557 DC du 15 novembre 2007, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile*, cons. 11.

<sup>50</sup> GOESEL-LE BIHAN, V., « Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel, technique de protection des libertés publiques ? », in *Jus Politicum*, n°7, 2012, p.4.

<sup>51</sup> GOESEL-LE BIHAN, V., « Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel : Présentation générale », in *Petites affiches*, 05 mars 2009 n° 46, p. 62.

<sup>52</sup> Cons. const. n° 2013-319 QPC du 7 juin 2013, *M. Philippe B.*, JO du 9 juin 2013 page 9632.

garantit de l'article 35 c) de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, le Conseil avait à mettre en balance la *liberté d'expression* (consid. 2) avec l'interdiction de « la possibilité de rapporter la preuve des faits notamment lorsque ceux-ci ont donné lieu à une condamnation amnistiée » (consid. 2). Il a recouru, de la même façon que lors d'une censure du 5<sup>ème</sup> alinéa de la même loi, dans la décision *Mme Térésa C. et autre*<sup>53</sup>, à l'argument ternaire du test de proportionnalité : *adéquation, nécessité, et proportion* à l'objectif poursuivi<sup>54</sup>. En se fondant sur l'argument de la « paix politique et sociale » (consid. 5), du « débat public d'intérêt général » (consid. 9) et sur une relative mise en balance de la liberté d'expression (consid. 9), le Conseil prouve bien qu'il cherche à exercer pleinement un contrôle de proportionnalité, en se détachant autant que faire se peut de ce que l'on pourrait qualifier un *arbitraire interprétatif*.

Mais si un tel contrôle de proportionnalité pourrait être *a priori* suffisant pour assurer les exigences normatives du Conseil constitutionnel, ne reste-t-il toutefois pas soumis à une motivation qui « met fatalement en cause des jugements de valeurs »<sup>55</sup> ? Si le Conseil n'utilise en aucun cas l'expression de « balancement » ou de « pondération » entre principes, mais semble plutôt *concilier* entre ces derniers, tout en élargissant son contrôle de proportionnalité, c'est peut-être justement au profit d'une réduction d'une telle critique. Mais il reste alors à prouver en quoi le contenu de sa méthode d'interprétation obéit à une opération à l'abri d'un tel soupçon.

En effet, « concilier » ou « balancer » des principes entre eux détermine le plus souvent le Conseil constitutionnel à juger non plus uniquement et évidemment des éventuels déséquilibres manifestes<sup>56</sup>, mais encore à se doter d'un test de proportionnalité élargi, ouvert aux mutations contemporaines. Il peut certes réaliser un contrôle de proportionnalité lui permettant de vérifier, comme dans la décision *Association pour le droit à l'initiative économique*<sup>57</sup>, qu'il n'y a pas une conciliation « manifestement déséquilibrée » entre plusieurs principes, en l'espèce celui de liberté d'entreprendre (consid.2), d'intérêt général (consid. 3), d'obtenir un emploi (consid.4), de sécurité et de santé des personnes (consid.6). Mais de surcroît, il semblerait qu'en opérant un tel test de proportionnalité, le Conseil partage les craintes déjà formulées selon lesquelles un tel contrôle aboutirait à un contrôle de l'opportunité des choix du législateur, comme le met en évidence le professeur Rousseau, et donc *in fine*, à un puissant instrument de contrôle sur ce dernier<sup>58</sup>. Il semble alors se confisquer la possibilité de mettre en œuvre un contrôle plus poussé et motivé. C'est pourquoi la prudence dans laquelle paraît ainsi vouloir se tenir le Conseil en matière de contrôle de proportionnalité dans les QPC, si elle peut être comprise comme la conséquence d'un conditionnement par les textes ou par des contraintes<sup>59</sup>, mériterait de déboucher sur une

---

<sup>53</sup> Cons. const. n° 2011-131 QPC du 20 mai 2011, *Mme Térésa C. et autre*, JO du 20 mai 2011, p. 8890.

<sup>54</sup> La décision Hadopi du 10 juin 2009 fut révélatrice d'un tel contrôle. Cons. const. n° 2009-580 DC du 10 juin 2009, *Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet*, cons. 15, JO du 13 juin 2009, p. 9675; GOESEL-LE BIHAN, V., « Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel », in *Cahier du Conseil constitutionnel n° 22*, juin 2007.

<sup>55</sup> GUASTINI, R., *Leçons de théorie constitutionnelle*, trad. et présentation par Véronique Champeil-Desplats, Paris, Dalloz, 2010, p.236

<sup>56</sup> CARTIER, E., *La QPC, le procès et ses juges. L'impact sur le procès et l'architecture juridictionnelle*, cit., p.227.

<sup>57</sup> Cons. const., n°2011-139 QPC du 24 juin 2011, *Association pour le droit à l'initiative économique*, JO du 25 juin 2011, p. 10841.

<sup>58</sup> ROUSSEAU, D., *Droits du contentieux constitutionnel*, cit., p.152 ; MATHIEU, B., MÉLIN-SOUCRAMANIEN, F., « Le droit constitutionnel dans sa diversité et ses novations », in *Constitutions*, 2010, n°2, p.171 à propos du principe de proportionnalité et de la décision n°2009-599 DC ; GOESEL-LE BIHAN, V., « Le contrôle exercé par le Conseil constitutionnel : défense et illustration d'une théorie générale », *Revue française de Droit constitutionnel*, n°45, 2001, p. 79.

<sup>59</sup> FRAISSE, R., « Le Conseil constitutionnel exerce un contrôle conditionné, diversifié et modulé de la

meilleure prise en compte de la technique de la pondération. Avec la prudence de la proportionnalité, le Conseil se doterait de l'audace de la théorie de la pondération.

## II L'audace de la théorie de la pondération

Que la théorie de la pondération, formulée par Robert Alexy, puisse donner lieu à une nouvelle approche méthodologique du Conseil dans son interprétation des dispositions contestées peut être au moins pensé pour trois raisons :

- 1) cette théorie se veut rationnelle au sens de transparente et démontrable ;
- 2) elle permettrait de supprimer toute hypothèse sur une hiérarchie des « valeurs » trop flexible ou potentiellement arbitraire opérée par le Conseil ;
- 3) elle garantirait l'application d'une meilleure sécurité juridique par une appréciation empirique plus entière des situations.

C'est pourquoi l'on s'intéressera à l'examen de cette théorie autour de la « formule du poids » (A) qui permettra ensuite d'expliquer en quoi l'usage que le Conseil pourrait en faire impliquerait davantage de protection des droits et libertés (B).

### A Le « poids » des principes

En reprenant une distinction classique opérée par Dworkin, entre les règles et les principes, le professeur Alexy, dans sa *Théorie des droits fondamentaux*,<sup>60</sup> s'attache non seulement à expliquer la jurisprudence du Tribunal constitutionnel fédéral allemand (*BVerfG*), mais encore à légitimer une interprétation des droits fondamentaux la plus rationnelle possible autour d'une « formule du poids » (*Gewichtsformel*). L'intérêt d'une telle formule consiste en son caractère logique, cohérent et transparent, qui peut par conséquent être attribué à la pondération (*Abwägung*), troisième sous-ensemble du contrôle de proportionnalité<sup>61</sup>.

Les principes, selon Alexy, sont en effet chargés d'optimisation (*Optimierungsgebote*) puisqu'ils sont le noyau même des droits fondamentaux. Le contrôle de proportionnalité stricte (*Verhältnismäßigkeitgrundsatz im engeren Sinne*) consiste en une opération obligée de balancement ou de pondération entre principes, lors d'une collision sur les libertés fondamentales. Ainsi, c'est par proportionnalité (*Verhältnismäßigkeit*) que le juge pourra établir une relation de priorités entre principes lors de la lésion de droits fondamentaux. Et c'est aussi par cette même proportionnalité qu'il pourra motiver de façon plus transparente le privilège d'un principe à satisfaire sur tel autre.

La formule du « poids » établie par Robert Alexy est la suivante :

$$W_{i,j} = \frac{I_i \cdot W_i \cdot R_i}{I_j \cdot W_j \cdot R_j}$$

Comment peut-on l'expliquer ? Une telle formule détermine un résultat, c'est-à-dire un quotient, qui est celui du degré d'affectation des principes au cas concret ( $I_i/I_j$ ), du poids

---

proportionnalité », in *Petites affiches*, 05 mars 2009 n° 46, p. 74.

<sup>60</sup> ALEXY, R., *Teoria dei diritti fondamentali*, trad. italienne de la *Theorie der Grundrechte* (1994, 2ème éd.) Bologna, Il Mulino, 2012.

<sup>61</sup> ALEXY, R., « Constitutional Rights and Proportionality », *Revus - Journal for constitutional theory and philosophy of law*, 22 (2014), Ljubljana, Klub Revus, pp. 51-65.

abstrait des principes en jeu ( $Wi/Wj$ ) et de la sécurité des appréciations empiriques ( $Ri/Rj$ )<sup>62</sup>. Selon une telle loi de la pondération permettant de justifier avec objectivité, selon Alexy, les conflits entre principes en allant plus avant dans l'interprétation en matière de proportionnalité, le Conseil pourrait alors suivre une étape en un mouvement ternaire dans son contrôle de proportionnalité *a posteriori*. Certes, il serait *idéologique* d'avancer que par cette théorie, comme pour toute autre éventuelle, le juge ne fera que « déclarer le droit » plutôt que le créer<sup>63</sup>, et ce n'est d'ailleurs ni par la mathématique ni par quelque formule magique ou formalisée que la part de choix du juge entre plusieurs significations pourra être écartée<sup>64</sup>. Mais en cas de conflit entre principes, il disposerait alors, selon nous, d'une méthode bien plus vivante et transparente, sans toutefois tomber dans le contrôle de l'opportunité. Une telle méthode implique ainsi de

1) Définir le degré d'affectation de l'un des principes ( $Ii/Ij$ )

Puis de,

2) Définir l'importance d'affectation du principe opposé qui est en conflit ( $Wi/Wj$ )

Et enfin de,

3) Définir si l'importance de la satisfaction du principe contraire justifie l'affectation ou la non-satisfaction de l'autre en tenant compte des conséquences et implications ( $Ri/Rj$ )<sup>65</sup>.

Qu'il s'agisse de décisions concernant la prévention du tabagisme<sup>66</sup>, le principe de secret de la correspondance dans le cadre pénitentiaire<sup>67</sup>, ou encore de liberté d'opinion et de religion dans le cadre de l'administration<sup>68</sup>, la Cour allemande n'a de cesse de réaliser un tel balancement entre principes, en construisant ce que Alexy nomme une échelle *faible (l)*, *modérée (m)* ou *élevée (s)*<sup>69</sup>, permettant d'attribuer un poids *objectif* aux principes sous la forme d'un règle de pondération. De la sorte, s'il est encore possible, selon Alexy, de renforcer cette formule<sup>70</sup>, il n'en reste pas moins qu'indépendamment de toute formalisation, la théorie de la pondération permet de *mieux rendre compte* du contrôle de proportionnalité. Prenons deux principes en conflit  $Pi$  (liberté d'expression) et  $Pj$  (dignité). Pour Alexy, le

<sup>62</sup> ALEXY, R., « Constitutional Rights and Proportionality », cit., not. p. 55 ; « On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison ». *Ratio Juris*, núm.16, pp. 433-449. Pour un commentaire critique (confusion entre règles constitutives de l'assertion et de la prédiction et vice de circularité de l'argumentation alexienne), on renvoie à SARDO, A., « Alexy, proporzionalità e pretesa di correttezza. Un'introduzione critica », *Revus - Journal for constitutional theory and philosophy of law*, 22 (2014), Ljubljana, Klub Revus, pp. 21-34.

<sup>63</sup> VIALA, A., *Philosophie du droit*, Paris, Ellipses, 2010, p. 102.

<sup>64</sup> On se reportera sur ce point à l'excellent débat entre Otto PFERSMANN et Michel TROPER et aux théories réalistes de l'interprétation. Cf., par exemple, BRUNET, P., « La théorie réaliste n'est-elle qu'une théorie de l'interprétation? » in J.-J. Sueur (dir.), *La Transgression*, Bruxelles, Larcier, 2013, p. 397-414.

<sup>65</sup> GARCIA AMADO, J.A., « Neoconstitucionalismo, ponderaciones y respuestas mas o menos correctas. Acotaciones a Dworkin y Alexy », in CARBONELL, M., *El canon neoconstitucional*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010, p. 391.

<sup>66</sup> *BVerfGE* 95, 173.

<sup>67</sup> *BVerfGE* 33, 367 (383)

<sup>68</sup> *BVerfGE* 28, 243 (261) ; 32, 40 (46) ; 48, 127 (159) ; 33, 303 (339).

<sup>69</sup> ALEXY, R., « The Weight Formula », in Jerzy STELMACH, Bartosz BROŻEK, Wojciech ZAŁUSKI (eds.), *Studies in the Philosophie of Law. Frontiers of the Economic Analysis of Law*, Krakow, Jagiellonian University Press, 2006, pp.9-27.

<sup>70</sup> ALEXY, Robert, *Teoria dei diritti fondamentali*, cit., p. 653:  $G_{Pi}, jC = \frac{I_{Pi} - G_{PiA} - S_{PiC}}{W_{PjC} - G_{PjA} - S_{PjC}}$

poids de  $P_i$  en relation avec  $P_j$  sera le résultat du *produit* de l'importance du poids abstrait et de la sécurité des appréciations empiriques du principe de la liberté d'expression *avec*, à son tour, l'importance de  $P_j$ , de son poids abstrait, de la sécurité des appréciations empiriques du principe de dignité. Si le poids concret de  $P_i$  en relation avec  $P_j$  est *plus grand* que le poids concret de  $P_j$  en relation avec  $P_i$ , le conflit sera résolu en privilégiant  $P_i$ , et vice-versa.

En illustrant cette formule par la réponse apportée à l'affaire *Titanic* du 25 mars 1992<sup>71</sup>, le professeur Alexy explicite davantage le gain d'un tel outil méthodologique. Un journal satyrique, le « *Titanic* », avait qualifié dans une première édition, d'« assassin né » un militaire de réserve, paraplégique, qui avait réussi à honorer ses devoirs militaires, avant de le qualifier, dans une deuxième édition, d'« estropié ». L'affaire fut portée devant la Cour constitutionnelle d'Allemagne qui, saisie par le journal *Titanic*, eu à mettre en balance deux principes constitutionnels garantis par la Loi fondamentale : la liberté d'expression ( $P1$ ) et le droit à l'honneur ( $P2$ ). Comme l'explique Alexy, les principes ont été mis en balance selon un *contrôle de proportionnalité stricte* visant à établir une échelle quant à l'interférence avec la liberté d'expression. Or, c'est précisément un tel symbole de la *gradation* qui pourrait permettre au Conseil constitutionnel de motiver davantage ses décisions. Ainsi, la réparation et l'attribution de dommages liés à l'expression « assassin né » auraient représenté, pour le *BVerfG*, une lésion trop sérieuse du principe de liberté d'expression, compte tenu du contexte concret de liberté de ton d'un journal satirique. Cette lésion qui serait portée à la liberté d'expression serait en effet trop sérieuse ou grave pour une si faible lésion portée au principe de dignité de la personne humaine<sup>72</sup>. Il s'agit bien ici de la « théorie par degrés » de la jurisprudence allemande<sup>73</sup>. En revanche, concernant la seconde édition du journal *Titanic*, comportant le terme « estropié » à destination de la même personne, le *BVerfG* en a induit qu'il s'agissait d'une atteinte grave à la dignité, cette personne étant paraplégique. L'intérêt de la formule du poids et de la formule de la pondération est explicite dans le cas de contrôle de proportionnalité sur des libertés individuelles : la motivation du juge est alors plus rationnelle<sup>74</sup> et plus transparente. Le *poids concret*, le *degré d'affectation* (lésion) et la *sécurité des appréciations empiriques* mises en balance conduiraient le Conseil constitutionnel à introduire davantage de lumières dans son interprétation.

### B. Une « médiété » audacieuse et mesurée

Bien plus qu'un simple contrôle de proportionnalité, l'usage de cette théorie de la pondération pourrait donc renforcer la « jurisprudence de la médiété »<sup>75</sup> du Conseil constitutionnel. Car s'il est vrai que « le recours à l'interprétation du juge constitutionnel ne peut faire l'économie d'une analyse du statut de l'interprétation du juge »<sup>76</sup>, c'est donc bien en analysant cette interprétation qu'il paraît aujourd'hui déterminant de contribuer à une nouvelle méthode de la « raison éthique »<sup>77</sup> à l'œuvre dans le contrôle de proportionnalité. Cette pondération, élément clé du juge constitutionnel allemand<sup>78</sup>, espagnol<sup>79</sup> ou encore

<sup>71</sup> *BVerfGE* 86, 1.

<sup>72</sup> ALEXY, R., « Constitutional Rights and Proportionality » cit. (à paraître).

<sup>73</sup> L. FAVOREU, et alii, *Droit des libertés fondamentales*, 6<sup>ème</sup> éd., 2012, Paris, Dalloz, p.304.

<sup>74</sup> BERNAL PULIDO, C., *El neoconstitucionalismo a debate*, Bogota, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, 2007, p. 54.

<sup>75</sup> MASTOR, W., « La part prudentielle dans l'œuvre jurisprudentielle (Aristote au Palais-Royal) », in *Renouveau du droit constitutionnel. Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Paris, Dalloz, 2007, p.267.

<sup>76</sup> MAGNON, X., « Orientation théorique et choix méthodologique de l'école aixoise de droit constitutionnel : réflexions et tentative de reconstruction », *ibid.*, p. 243.

<sup>77</sup> ROUSSEAU, D., *La justice constitutionnelle en Europe*, Paris, Montchrestien, 1992, p. 153.

<sup>78</sup> *BVerfGE* 44, 573 (373) ; 51, 324 (346) ; 63, 131 (144) ; 81, 278 (292) ; 83, 130 (143).

<sup>79</sup> Décisions *STC* 265/2000, 103/2001 et, par exemple, 53/2002. Lire aussi RODRIGUEZ DE SANTIAGO, J.M.,

colombien<sup>80</sup>, à l'occasion de conflits entre droits fondamentaux, suppose un effort de rationalisation pour systématiser les « bonnes réponses correctes »<sup>81</sup>, en valorisant les raisonnements judiciaires. Un peu d'audace donc ?

Prenons un exemple illustrant ce qu'une telle théorie apporterait au Conseil constitutionnel, en nous appuyant sur la récente décision *Société Sephora*<sup>82</sup> relative aux conditions de recours au travail de nuit. Dans cette décision, plusieurs principes ont interagi ensemble : la liberté d'entreprendre, la liberté de travailler, la sécurité et la santé des travailleurs, l'égalité, la continuité de l'activité économique, l'intérêt général. Le juge constitutionnel a précisément exercé un contrôle de proportionnalité visant à vérifier la constitutionnalité des articles L3122-29, L3122-30 et notamment L3122-36 du Code du travail. Si le Conseil n'a certes pas empiété sur le domaine du législateur en reconnaissant que celui-ci « a opéré une conciliation qui n'est pas manifestement déséquilibrée entre la liberté d'entreprendre » (*consid.* 17) et les exigences constitutionnelles, on peut en revanche regretter qu'une loi de la pondération n'ait pas été utilisée dans le cas concret. Ainsi avec un premier principe (*Pi*) représentant la liberté d'entreprendre et un second principe (*Pj*) celui du droit au repos et à la protection de la santé, le Conseil aurait pu préciser, sous la forme d'une échelle graduelle (*faible, modéré, fort*), en quoi le degré d'affectation de l'un des principes en relation avec le degré d'affectation du principe opposé permettait, en tenant compte des conséquences et des implications pour l'avenir, d'attribuer un poids *objectif* à chacun des deux. Ainsi, lors de l'exercice d'un tel balancement selon la « formule du poids », le poids du principe de liberté d'entreprendre (*Pi*), mis en relation avec le droit au repos et à la protection de la santé (*Pj*) aurait impliqué de reconnaître qu'une lésion à *Pj* représentait une *interférence forte*, dans la mesure où il s'agit du travail de nuit, et donc une lésion plus importante que l'interférence inverse sur la liberté d'entreprendre (*interférence faible* ou *quasi-nulle*). Ainsi, en tenant compte du poids concret de *Pj*, poids *plus fort* que le poids concret de *Pi*, le conflit aurait été résolu en privilégiant *Pj*, tout en rendant compte d'une loi plus logiquement ouverte, argumentée et transparente.

En somme, tout en conduisant à la même solution que celle adoptée en l'espèce par le Conseil, l'usage de la théorie de la pondération permettrait certainement de rendre davantage motivées autant qu'intelligibles les décisions de la Haute Cour.

Enfin, puisque la pondération joue déjà un rôle clé à l'étranger dans le droit public contemporain<sup>83</sup>, la mise en œuvre du contrôle *a posteriori* serait une raison suffisante pour inciter justement les juges du Conseil, comme l'écrivait le professeur Millard, à en profiter pour utiliser de nouvelles formes de contrôle<sup>84</sup>. Celle que nous proposons ici en est une parmi d'autres. Ainsi, aux formules de proportionnalité utilisées jusqu'alors (« pas d'atteinte disproportionnée », etc.) et sans pour autant accroître considérablement son pouvoir, il

---

VELASCO CABALLERO, F., « La ponderación entre derechos públicos », in BALADO, M., GARCIA REGUEIRO, J.A. (ed.), *La Declaración Universal de los Derechos Humanos en su 50 aniversario*, Bosch, Barcelona, 1998, p. 623 et suivantes.

<sup>80</sup> BERNAL PULIDO, C., *El neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009.

<sup>81</sup> DWORKIN, R., « No right answer ? », in HACKER, P. M. S. and RAZ, J., *Law, Morality and Society. Essays in honour of H.L.A.Hart*, Oxford, Clarendon Press, 1979.

<sup>82</sup> Cons. const. n° 2014-373 QPC du 4 avril 2014, *JO* du 5 avril 2014 page 6477.

<sup>83</sup> JESTAEDT, M., « El derecho público : una ciencia », trad. espagnole de Irmgard Kleine, in MONTEALEGRE, E. (ed), *La ponderación en el derecho*, Bogota, Universidad Externado de Colombia, 2008, pp. 26 et suivante : « le principe de proportionnalité (...) et, à travers lui, la pondération sont devenus les nouveaux paradigmes du droit public » ; LEISNER, W., *Der Abwägungsstaat. Verhältnismäßigkeit Als Gerechtigkeit?*, Berlin, Duncker & Humblot, 1997.

<sup>84</sup> MILLARD, E., « Les premières QPC en droit civil : premiers bilans et perspectives », Xavier PHILIPPE, Marthe STÉFANINI (dir.), *Question prioritaire de constitutionnalité. Premiers bilans*, Actes du colloque du 26 novembre 2010, Les cahiers de l'Institut Louis-Favoreu, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, p.43.

deviendra envisageable d'ajouter d'autres motivations, par l'ajout d'un ou deux considérants supplémentaires, guidées selon un souci de mesure et de transparence renforcée dans l'interprétation des droits fondamentaux<sup>85</sup> que le contrôle *a posteriori* appelle de ses vœux sur le modèle de l'intelligibilité et du droit comparé.

---

<sup>85</sup> Les tenants de cette doctrine (Ronald Dworkin, Gustavo Zagrebelsky, Robert Alexy, Manuel Atienza) sont généralement regroupés sous l'étiquette de « néoconstitutionnalisme » ; GUASTINI, R., « Sur le néoconstitutionnalisme », trad. fr. par J. Mercier, in Jean-Yves Chérot, Sylvie Cimamonti, Laetitia Tranchant, Jérôme Trémeau (coord.), *Le droit entre autonomie et ouverture. Mélanges en l'honneur de Jean-Louis Bergel*, Bruylant, coll. « Penser le droit », 2013, pp.255-269.