

Vers l'élaboration d'un standard du " bon législateur " devant le Conseil constitutionnel français et la Cour européenne des droits de l'homme ¹?

LETURCQ

Le standard est classiquement présentés comme une technique juridictionnelle tendant à mesurer un comportement " moyen ", au sens de pratique courante ou habituelle, en termes de normalité, nécessité... Le standard du " bon père de famille " demeure à cet égard un exemple topique du droit français. Le comportement visé ici par le juge est celui de tout individu qui doit adopter une conduite raisonnable au regard d'une situation spécifiée.

En droit constitutionnel français, les standards n'ont – semble-t-il - jamais occupés une place évidente. Aussi, la doctrine constitutionnelle française ne leur a pas accordé beaucoup d'intérêt. Pourtant, le développement des contrôles de conventionnalité et de constitutionnalité des lois françaises a largement contribué à la mise en œuvre d'un certain nombre d'instruments de mesure. Au fil de leur jurisprudence, le Conseil constitutionnel et la Cour européenne ont dégagé des critères d'évaluation du juste comportement législatif. Ces juges demandent, en effet, aux autorités étatiques de réglementer l'exercice des droits fondamentaux dans des termes *intelligibles*, pour des motifs *légitimes*, en respectant l'équilibre *nécessaire sinon raisonnable* entre ces motifs et l'atteinte portée aux libertés et droits individuels. Il existe donc un certain nombre de standards sous-jacents aux règles constitutionnelles. Ces standards participent, à cet égard, à un processus d'évaluation " en douceur " d'organes qui n'y sont pas traditionnellement accoutumés.

Les standards constituent donc un angle d'étude particulièrement opportun du travail des juges, constitutionnel et européen, du point de vue des modes d'appréciation mais surtout des valeurs véhiculées à travers le contentieux des droits fondamentaux. Ils visent dans ce cadre à mesurer le caractère acceptable du comportement des autorités étatiques dans la protection des droits fondamentaux. Ces différentes valeurs relatives à la qualité de la loi, à la légitimité de son intervention et au caractère proportionné vis-à-vis de la situation considérée tendent-elles à dessiner les contours d'un standard du "bon législateur" ? Il convient de souscrire à cette hypothèse de départ. Car, cette convergence, souvent étudié, des jurisprudences dans le contentieux des droits fondamentaux est, selon nous, directement liée à l'harmonisation des techniques juridictionnelles employées par le Conseil constitutionnel français et la Cour européenne des droits de l'homme.

Cette étude se propose donc de dessiner les contours de ce qu'il convient d'appeler un standard fondamental du " bon Législateur ", à travers l'analyse comparée des jurisprudences du Conseil constitutionnel français et de la Cour européenne des droits de l'homme.

Il existe dans le texte même de la Convention européenne des droits de l'homme des directives assez générales intéressant la réglementation des droits fondamentaux. La formule des §2 des articles 8 à 11 de la Convention renferme à elle seule ce que nous désignons comme un standard fondamental. Ainsi, au §2 de l'article 8 peut-on lire :

" Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit (au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance) pour autant que cette

¹ Cette communication est issue de la thèse de doctorat de l'auteur de ces lignes, intitulée " Standards et droits fondamentaux devant le Conseil constitutionnel français et la Cour européenne des droits de l'homme ", à paraître à la LGDJ, tome 125, juillet 2005.

ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des libertés d'autrui ”.

Pour le Conseil constitutionnel français, la démonstration est moins évidente. Il reconnaît au législateur une compétence étendue pour réglementer l'exercice des droits fondamentaux. Toutefois, il encadre cette compétence en lui imposant le respect d'un certain nombre d'objectifs de valeur constitutionnelle : de préservation du pluralisme, de sauvegarde de l'ordre public, de protection des droits d'autrui et de la santé, de lutte contre la fraude fiscale, de possibilité pour toute personne de disposer d'un logement décent et d'intelligibilité de la loi. Le contenu et la mise en œuvre de ces objectifs rappellent clairement les dispositions conventionnelles.

La réunion de ce tryptique, intelligibilité, légitimité et proportionnalité, devant le Conseil constitutionnel français et la Cour européenne des droits de l'homme, intéresse directement le comportement législatif. Nous analyserons donc ce qu'il convient d'appeler des standards d'intelligibilité de la loi (I), de légitimité (II) et de proportionnalité (III) de la mesure étatique dans la protection juridictionnelle des droits fondamentaux, afin de déterminer s'il existe un standard fondamental du bon comportement législatif.

I LES STANDARDS D'INTELLIGIBILITÉ DE LA LOI

Même si la sécurité juridique semble être l'objectif évident de toute législation, les textes, constitutionnel et conventionnel, n'ont pas toujours encadré l'intervention législative par des exigences qualitatives. Le Conseil constitutionnel français et la Cour européenne des droits de l'homme ont palié à cet inconvénient en dégagant des standards d'intelligibilité de la loi par une lecture constructive des textes (A). Les démarches de ces deux juridictions s'avèrent être clairement convergentes dans la définition du bon comportement législatif(B).

A) Une lecture constructive des textes

La Cour européenne des droits de l'homme a dégagé, par une lecture constructive de la formule conventionnelle “prévu par la loi”, deux standards de prévisibilité et d'accessibilité de la loi (1). Le Conseil constitutionnel français a, de son côté, consacré un objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi qu'il rattache à diverses dispositions textuelles (2).

1) Prévisibilité et accessibilité de la loi selon la Cour européenne des droits de l'homme

Dans les §2 des articles 8 à 11 de la Convention européenne, figure une clause selon laquelle l'ingérence dans l'exercice des libertés doit être “prévue par la loi”. La notion même de loi n'est pas précisée par le texte. L'approche des organes de Strasbourg relative au test de légalité s'est forgée en deux temps. Dans une première phase, la Commission et la Cour ont accepté la qualification donnée par les États membres pour attribuer à l'ingérence une base légale. Cette démarche reposait sur une conception démocratique du processus de formation de la loi adoptée par tous les États du Conseil de l'Europe. Avec l'affaire *Sunday Times*², la formation d'un concept européen de légalité transforme le contrôle en intégrant les exigences d'accessibilité et de prévisibilité de la loi, le faisant rentrer dans la seconde phase.

Dans cette seconde phase, la “loi” est entendue en son sens matériel et non formel. Le droit écrit législatif en constitue le noyau. Les conventions internationales applicables dans

² CEDH, arrêt *Sunday Times c/ Royaume-Uni*, 26 avril 1979, A/30.

l'ordre interne³ et les dispositions issues du pouvoir réglementaire⁴ sont considérées comme des normes ayant force légale. Même un acte pris par un ordre professionnel, par délégation du législateur, dans le cadre de son "*pouvoir normatif autonome*" répond à la notion de "loi"⁵. Dans les États de *common law*, la création juridictionnelle du droit est telle que la Cour y voit aussi une manifestation de la "loi". Dans l'arrêt *Sunday Times*, la Cour tient le principe de *common law* de *Contempt of Court* pour "loi" au sens de l'article 10⁶. Il n'était cependant pas question de réserver cette extension à ces seuls États, ce qui aurait introduit une distinction entre les États contractants. Pour les pays continentaux, la Cour admet également que la base légale de l'ingérence peut être constituée par une jurisprudence constante interprétant la "loi" écrite⁷.

En dépit de leur libellé, les prescriptions conventionnelles ne traduisent donc pas exactement "*la vieille idée libérale selon laquelle toute restriction aux droits de l'homme doit être prévue par le législateur*"⁸. En lieu et place des considérations organique et formelle, la Cour européenne a retenu des critères matériels. La Convention exige, en effet, selon les juges européens, "*l'accessibilité (de la loi) à la personne concernée, qui de surcroît doit pouvoir en prévoir les conséquences pour elle, et sa compatibilité avec la prééminence du droit*"⁹. Il convient en conséquence d'explorer les notions d'"accessibilité" (a) et de "prévisibilité" (b), issues d'une interprétation constructive de la Convention européenne par la Cour, qui font de ces dernières notions les standards de la "légalité européenne".

³ Ce problème se trouve posé pour la première fois dans l'arrêt *Groppera Radio AG et autres c/ Suisse* du 28 mars 1990, A/173. Les requérants prétextaient que les règles de droit international auxquelles l'ordonnance interne renvoie n'étaient pas assez accessibles et précises. La Commission partage cet avis. Le Gouvernement suisse s'appuie sur la conception moniste du système juridique suisse pour prétendre que le droit international ne peut être ignoré des requérants. La Cour confirme cette position en se référant à la clarté des textes et à la qualité de requérants (§§ 65-68).

⁴ CEDH, arrêt *Beldjoudi c/ France*, 26 mars 1992, A/234, § 69 : "*La Cour relève, avec les comparants, que l'arrêté ministériel du 2 novembre 1979 se fonde sur l'article 23 de l'ordonnance du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France. Le Conseil d'Etat en a d'ailleurs constaté la légalité par son arrêt du 18 janvier 1991*". Et la jurisprudence ultérieure relative aux expulsions du territoire français : les arrêts *Boughanemi c/ France* du 26 avril 1996, R. 1996-III, *Bouchelkia c/ France* du 29 janvier 1997, R. 1997-I, *El Boujaïdi c/ France* du 26 septembre 1997, R. 1997-VI.

⁵ Dans l'arrêt *Barthold c/ RFA* du 25 mars 1985, A/90, la base légale de l'ingérence est inscrite dans la loi de 1909 sur la concurrence déloyale, dans la loi sur l'Ordre des vétérinaires de 1964 et dans le code de déontologie des vétérinaires. Bien qu'émanant de l'ordre des vétérinaires, ce dernier s'analyse comme une loi au sens de l'article 10 § 2. Il découle, en effet, du pouvoir normatif autonome dont bénéficie la profession de vétérinaire par délégation du pouvoir législatif et sous contrôle du Gouvernement du Land. La Cour se réfère ici à la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale allemande (§ 46).

⁶ CEDH, arrêt *Sunday Times*, précité. § 47. C'est en se référant aux intentions des auteurs de la Convention que la Cour tire cette conclusion. Aboutir à une autre conclusion aurait pour conséquence de discriminer les pays adoptant un système de *Common law* en leur enlevant la protection des droits et des libertés garantis par la Convention. Voir également la prise en compte du principe de *common law* de diffamation blasphématoire : arrêt *Wingrove c/ Royaume-Uni* du 25 novembre 1996, Recueil 1996-V, §§ 40 et s.

⁷ Dans l'arrêt *Müller c/ Suisse*, du 24 mai 1988, A/133, la Cour constate que la jurisprudence interne à propos de l'article 204 du code pénal suisse, sur les notions d'obscénité et de confiscation, est constante et publiée (§ 29). Après avoir fait référence à la jurisprudence concernant la loi de 1909 sur la concurrence déloyale, la Cour applique, dans l'arrêt *Markt intern Verlag GmbH* du 20 novembre 1989, les principes développés dans l'affaire *Müller* et conclut sur la prévisibilité de la jurisprudence en ces termes : "*Nette, abondante et amplement commentée, elle était de nature à permettre aux milieux commerciaux et à leurs conseils de régler leur conduite en la matière*" (§ 30). Voir aussi arrêt *Casado Coca c/ Espagne* du 24 février 1994, A/285, § 43.

⁸ M. DELMAS-MARTY, "La fécondité des logiques juridiques sous-jacentes", in *Raisonner la raison d'Etat*, PUF, Paris, 1989, p. 471.

⁹ CEDH, arrêt *Kruslin c/ France* du 24 avril 1990, précité.

a) La notion d'accessibilité de la loi

La notion d'accessibilité s'oppose à ce que les libertés soient restreintes sur le fondement de textes internes inconnus des administrés¹⁰. Les individus doivent pouvoir avoir connaissance des normes qui leur sont applicables. La Cour européenne estime, dès l'affaire *Sunday Times*, que pour qu'une loi soit accessible, "le citoyen doit pouvoir disposer de renseignements suffisants, dans les circonstances de la cause, sur les normes juridiques applicables à un cas donné"¹¹. Cette première condition est un préalable obligé, qui ne soulève que de rares difficultés¹². La publication légale, dans un journal officiel ou un Recueil systématique, n'est pas requise, sous peine d'ôter tout sens à l'extension de la loi au droit non-écrit¹³. La Cour se satisfait donc de ce que les principes de la *Common Law* soient accessibles aux particuliers grâce aux "texte books", et parallèlement, de ce que l'édition de Recueil d'arrêts et de décisions permette à chacun de profiter des enseignements de la jurisprudence¹⁴. Les communications par voie d'affichage ou par le biais de déclarations ministérielles au Parlement ne sont pas exclues¹⁵. Il suffit en somme que les destinataires de la règle aient eu en principe les moyens de la consulter ou l'occasion d'en apprendre le contenu, avant d'agir¹⁶.

Encore faut-il que le libellé n'en soit pas trop hermétique. C'est l'objet de la deuxième condition dite de prévisibilité.

b) La notion de prévisibilité de la loi

La prévisibilité se mesure à la précision et à la clarté de la Loi, qu'il s'agisse du droit écrit ou des normes jurisprudentielles¹⁷. La jurisprudence européenne impose que le particulier ait été à même de "prévoir à un degré raisonnable... les conséquences de nature à dériver d'un acte déterminé, en s'entourant au besoin de conseils éclairés"¹⁸. Le recours aux "conseils éclairés" peut prendre différentes formes : auprès de supérieurs hiérarchiques¹⁹ ou,

¹⁰ Ou dont seul l'Administration aurait le secret.

¹¹ CEDH, arrêt *Sunday Times c/ Royaume-Uni*, précité, § 49.

¹² Pour une application récente néanmoins, voir CEDH arrêt *Petra c/ Roumanie* du 23 septembre 1998, R. 1998-VI (contrôle automatique du courrier des détenus sur le fondement de règlements d'application non publiés). Et, arrêt *Rotaru c/ Roumanie*, 4 mai 2000, R. 2000-V, la Cour estime que l'exigence d'accessibilité se trouve remplie " dès lors que la loi a été publiée au journal officiel roumain" § 54. De façon générale, on peut lire dans différents arrêts récents : "l'accessibilité de (la loi) ne soulève aucun problème en l'occurrence" voir, arrêts *Valenzuela contreras c/ Espagne* du 30 juillet 1998, R. 1998-V, § 50 ; *Kopp c/ Suisse* du 25 mars 1998, R. 1998-II, § 62. Il arrive même, parfois, de voir la Cour éluder le problème : "quant à l'accessibilité de la loi, la Cour estime que cette exigence se trouve remplie dès lors que la loi était publique et accessible au requérant", voir arrêt *N. F. c/ Italie* du 2 août 2001, § 28.

¹³ Cependant, elle est souhaitée comme on peut le lire dans l'arrêt *Oliviera c/ Pays-Bas* du 4 juin 2002, dans lequel la Cour relève que "le texte appliqué était une disposition de la loi communale et la jurisprudence concernant son interprétation était publiée dans les recueils de jurisprudence interne" § 51.

¹⁴ CEDH, arrêt *Müller* et autres c/ Suisse, 24 mai 1988, A/133, § 29.

¹⁵ Respectivement CEDH, arrêts *Silver c/ Royaume-Uni* du 25 mars 1983, A/61, et *Malone c/ Royaume-Uni* du 2 août 1984, A/82.

¹⁶ Des considérations temporelles affleurent parfois dans le raisonnement de la Cour à propos de l'accessibilité de la loi. En ce sens, CEDH, arrêts *Observer and Guardian c/ Royaume-Uni* du 26 novembre 1991, A/216 et *Vogt c/ Allemagne* du 20 septembre 1995, A/323.

¹⁷ Nous verrons que cette notion a largement influencé la jurisprudence relative aux objectifs de valeur constitutionnelle du Conseil constitutionnel.

¹⁸ CEDH, arrêt *Sunday Times*, précité, § 49.

¹⁹ C'est la suggestion de la Cour dans l'arrêt *Rekvényi* du 20 mai 1999 concernant les dispositions relatives à l'interdiction de politisation dans la police hongroise : "en supposant même que les policiers ne fussent pas toujours en mesure de déterminer avec certitude si une action donnée tombait sous le coup de l'article 40/B § 4 de la Constitution dans le cadre du règlement de 1990, il leur était néanmoins possible de demander au préalable conseil à leur supérieur ou de faire préciser la loi au moyen d'une décision de justice" (§ 37). Il y a une forme d'idéalisme ou de naïveté de la part de la Cour de croire qu'un policier souhaitant adhérer à un parti ou toute forme d'association militante se dirigerait vers son supérieur. De même, il

plus généralement, auprès d'un avocat. Il demeure que la référence au caractère raisonnable de cette prévisibilité du droit relève de la technique du standard, comme en témoigne la doctrine anglo-saxonne, à l'origine du procédé²⁰.

Se pose également la question du pouvoir discrétionnaire dont la reconnaissance en droit interne peut affecter la prévisibilité de la norme, dans la mesure où le contenu des décisions prises en exécution de la Loi n'est pas prédéterminé. Il n'existe cependant pas d'incompatibilité de principe. Le droit, sensé suivre le fait, doit savoir s'adapter au changement de circonstances²¹ comme à la diversité des situations²². On peut ainsi lire une réaffirmation de cette idée dans l'arrêt *Tammer contre Estonie* : "*La certitude, bien que hautement souhaitable s'accompagne parfois d'une rigidité excessive ; or le droit doit savoir s'adapter aux changements de situation. Aussi, beaucoup de lois se servent-elles, par la force des choses, de formules plus ou moins vagues dont l'interprétation et l'application dépendent de la pratique*"²³. Pour des raisons tenant à l'efficacité de l'action administrative et à la protection même des particuliers, l'emploi des termes généraux est en conséquence inévitable et parfois préférable²⁴. D'ailleurs, même le "législateur" s'exprime parfois en des termes généraux parce qu'il est des domaines où la précision absolue n'est pas possible (l'évolution des conceptions sociales s'agissant des bonnes mœurs²⁵, par exemple), ni même souhaitable²⁶. L'emploi par la "loi" de termes généraux n'est pas incompatible avec l'exigence de prévisibilité quand divers moyens s'offrent aux destinataires pour réduire la marge d'incertitude : interprétation jurisprudentielle nette et constante²⁷, recours aux travaux

ne nous semble pas qu'une décision de justice puisse être considérée comme un préalable à l'adoption d'un comportement par un individu.

²⁰ Voir infra, la genèse du standard de raisonabilité dans les restrictions contractuelles, Titre II, Chapitre II.

²¹ *ibid.* ; et CEDH arrêt *Goodwin c/ Royaume-Uni*, 27 mars 1996, 1996-III.

²² La Cour rappelle dans l'arrêt *K.H.W c/ Allemagne* du 22 mars 2001, concernant le respect de l'article 7 de la Convention : "*Aussi clair que le libellé d'une disposition légale puisse être, dans quelque système juridique que ce soit (...), il existe inmanquablement un élément d'interprétation judiciaire. Il faudra toujours élucider les points douteux et s'adapter aux changements de situation.*" , § 45, repris d'un considérant de principe des arrêts *S.W et C.R c/ Royaume-Uni* du 22 novembre 1995, §§ 32-36.

²³ CEDH, arrêt *Tammer c/ Estonie* du 6 février 2001, R. 2001-I, § 37.

²⁴ Cf. l'appréciation des situations individuelles dans l'attribution d'autorisation de demeurer dans l'île de Guernesey : CEDH, *Gillow c/ Royaume-Uni*, 24 novembre 1986, A/109, § 51. De la même manière, le pouvoir du maire à prendre les ordres nécessaires pour le maintien de l'ordre public, CEDH, arrêt *Oliviera c/ Pays-Bas*, 4 juin 2002 : "*les circonstances de nature à inciter le bourgmestre à prendre les ordres qu'il juge nécessaires pour le maintien de l'ordre public sont tellement diverses qu'il ne serait guère possible de formuler une loi couvrant chaque éventualité*" § 54.

²⁵ cf. arrêt *Barthold c/ Allemagne*, 25 mars 1985, A/90, § 47, la Cour relève que "*(le législateur allemand) use de termes peu précis, spécialement celui de 'bonnes mœurs' ; il confère ainsi aux juridictions un large pouvoir d'appréciation*", mais elle souligne "*l'impossibilité d'arriver à une exactitude absolue dans la rédaction des lois*".

²⁶ Dans l'arrêt *R. c/ Royaume-Uni* du 8 juillet 1988, A/121, la Cour "*admet que les autorités locales se trouvent devant une tâche difficile à l'extrême quand elles se prononcent dans un domaine délicat. Leur prescrire dans chaque cas une procédure rigide ne ferait qu'ajouter à leurs problèmes*" (§ 67). On ne peut en effet pas souhaiter, sous prétexte d'un libellé moins vague, qu'une législation subordonne la prise en charge d'enfants à la preuve d'un préjudice réel au lieu de laisser à l'administration le soin d'apprécier les motifs qui dans chaque cas commandent d'en retirer la garde aux parents. Voir également arrêt *Olsson c/ Suède* du 24 mars 1988, A/130, § 62.

²⁷ Voir par exemple, arrêts *Müller et autres c/ Suisse* du 24 mai 1988, A/133, §§ 29 et 38 ; *Markt intern Verlag GmbH c/ Allemagne* du 20 novembre 1989, A/165, § 30 ; et *News Verlags GmbH et CoKG c/ Autriche* du 11 janvier 2000, R. 2000-I, § 43 (concernait l'interprétation des termes "intérêts légitimes" pour lesquels la Cour constate que la Cour suprême autrichienne a élaboré une jurisprudence respectée par la Cour d'Appel de Vienne donc elle conclut que la disposition litigieuse pouvait raisonnablement se prévoir dans les circonstances de la cause).

préparatoires de la loi²⁸. La Cour précise par ailleurs dans son arrêt *Vogt* “qu’une disposition légale ne se heurte pas à l’exigence qu’implique la notion ‘prévue par la loi’ du simple fait qu’elle se prête à plus d’une interprétation”²⁹.

L’exigence de prévisibilité pour ne pas condamner le pouvoir discrétionnaire suppose toutefois que la “loi” en définisse les limites en rapport avec le but légitime poursuivi par la mesure litigieuse. Ainsi, la Cour considère-t-elle “ qu’une loi libellée en des termes généraux ou conférant un pouvoir d’appréciation ne se heurte pas en soi à l’exigence de précision et de prévisibilité suffisantes, à condition que les termes utilisés ne soient pas trop vagues et que l’étendue des modalités d’exercice du pouvoir d’appréciation conféré se trouvent définie avec une netteté suffisante, eu égard au but légitime en jeu, pour fournir à l’individu une protection adéquate contre les ingérences”³⁰.

Plusieurs éléments, tels que la durée de la mesure, ses raisons justificatives³¹, son but ou sa portée, doivent nécessairement figurer dans la norme. Le degré de précision requis sera d’autant plus élevé que l’ingérence sera grave ou secrète, que la liberté atteinte sera importante pour l’intéressé³². Ainsi, la Cour européenne assure en matière d’écoutes téléphoniques un contrôle approfondi concernant les garanties entourant la prévisibilité de la loi³³. Les compétences techniques et professionnelles des destinataires de la loi constituent également un élément pris en compte par la Cour européenne dans son contrôle du standard de prévisibilité de la loi. Ainsi, elle rappelle dans l’affaire *Groppera Radio AG* que : “la portée des notions (de prévisibilité et d’accessibilité) dépend dans une large mesure du contenu du texte en cause, du domaine qu’il couvre ainsi que du nombre et de la qualité de ses

²⁸ Voir par exemple, arrêt *Olsson c/ Suède* du 24 mars 1988, A/130 : “Les travaux préparatoires de la législation donnent, quand il s’agit de l’interpréter et de l’appliquer, des indications sur l’exercice de la faculté d’appréciation qu’elle accorde (aux autorités)”, § 62. Repris dans l’arrêt *Ericksson* du 22 juin 1989, A/156, § 60. Pour un commentaire sur la jurisprudence de la Cour dans les affaires de placement de mineurs : F. TULKENS, “Le placement des mineurs et le droit au respect de la vie familiale”, RTDH, 1993, pp. 557-573.

²⁹ CEDH, arrêt *Vogt c/ Allemagne*, 20 septembre 1995, A/323, § 48.

³⁰ CEDH, arrêt *Gillow c/ Royaume-Uni*, 24 novembre 1986, A/109 § 51 ; rappelée dans l’opinion concordante des juges R. BERNHARDT et L. WILDHABER, arrêt *Grigoriades c/ Grèce* du 25 novembre 1997, R. 1997-VII.

³¹ CEDH, arrêt *Calogero Diana et Domenichini c/ Italie* du 15 novembre 1996, 1996-V.

³² Respectivement, CEDH arrêt *Malone c/ Royaume-Uni*, 2 août 1984, A/82, § 67 et CEDH arrêt *Leander c/ Suède* du 26 mars 1987, A/116, § 51 ; CEDH arrêt *Huwig c/ France*, 24 avril 1990, A/176-B, § 32 : “Les écoutes et autres interceptions des communications représentent une atteinte grave au respect de la vie privée et de la correspondance. Partant, elles doivent se fonder sur une loi d’une précision particulière” ; CEDH arrêt *Herczegfalvy c/ Hongrie*, 24 septembre 1992, A/244, § 91 : les limites au pouvoir discrétionnaire “apparaissent d’autant plus nécessaires en matière d’internement psychiatrique que les intéressés se retrouvent souvent à la merci des autorités médicales, le courrier restant alors leur seul contact avec l’extérieur”. Pour une illustration récente, *Messina c/ Italie*, 24 octobre 2002, dans le domaine du contrôle de la correspondance des détenus.

³³ CEDH, arrêt *Valenzuela Contreras c/ Espagne*, du 30 juillet 1998, R. 1998-V.

Voir également : *Prado Bugallo c/ Espagne* du 18 février 2003. La Cour reconnaît que la législation espagnole a fait “d’indéniables progrès” en matière de réglementation d’écoutes téléphoniques mais constate que “d’importantes lacunes persistaient au moment où les écoutes furent réalisées. Il est vrai que ces insuffisances ont été palliées en grande partie par la jurisprudence, notamment celle du Tribunal suprême. Cela étant, cette évolution jurisprudentielle, à supposer même qu’elle puisse combler les lacunes de la loi au sens formel, est intervenue après les ordonnances du juge d’instruction décrétant la mise sur écoute des téléphones de personnes participant à l’activité délictuelle dirigée par le requérant. Dès lors, elle ne peut rentrer en ligne de compte dans la présente affaire” § 32.

destinataires”³⁴. La Cour conclut en l’espèce que des spécialistes sont parties à l’affaire et que les aspects fort techniques et complexes ne manquent ni de clarté ni de précision pour eux³⁵.

L’interprétation constructive du texte conventionnel a permis de dégager un véritable standard européen vers lequel doivent tendre les législations et les juridictions nationales. À la contrainte du standard de prévisibilité s’ajoute désormais l’exigence d’intelligibilité de la loi, objectif de valeur constitutionnelle dégagé par le juge constitutionnel français.

2) L’objectif de valeur constitutionnelle d’accessibilité et d’intelligibilité de la loi

L’objectif de valeur constitutionnelle d’intelligibilité de la loi apparaît dans la jurisprudence constitutionnelle française au travers de l’affirmation de différents principes qui constituaient autant de signes “avant-coureurs” de sa consécration par le Conseil constitutionnel. Ainsi, en 1987, le Conseil constitutionnel reconnaît la double exigence de loyauté et de clarté à laquelle doit satisfaire la question devant être posée aux électeurs participant à la consultation relative à la Nouvelle-Calédonie³⁶. En 1993, le Conseil constitutionnel reconnaît dans une certaine mesure, sans pour autant la fonder explicitement sur une disposition de valeur constitutionnelle, l’exigence de clarté. Le juge constitutionnel obligea le législateur à “définir précisément la nature et la portée (des) expérimentations, les cas dans lesquels celles-ci peuvent être entreprises, les conditions et les procédures selon lesquelles elles doivent faire l’objet d’une évaluation (...)”³⁷. Enfin, en 1998, le Conseil constitutionnel reconnaît expressément l’exigence de clarté, qu’il fait découler de l’article 34 de la Constitution³⁸.

Des décisions ultérieures³⁹ confirmèrent la jurisprudence élaborée par le Conseil constitutionnel. Quelques mois plus tard, la Haute instance consacra formellement cette exigence et utilisa les termes “objectif de valeur constitutionnelle d’accessibilité et d’intelligibilité de la loi” dans la décision *Codification par ordonnances*⁴⁰. À cette occasion, le Conseil constitutionnel affirma que cet objectif de valeur constitutionnelle découle de l’article 6 de la Déclaration de 1789 qui consacre l’égalité devant la loi, et de l’article 16 de la Déclaration énonçant le principe de la garantie des droits. Selon le Conseil, ces deux dispositions, “pourraient ne pas être effectives si les citoyens ne disposaient pas d’une connaissance suffisante des normes qui leur sont applicables”⁴¹. Le juge constitutionnel ajouta que cette connaissance “est en outre nécessaire à l’exercice des droits et libertés garantis tant par l’article 4 de la Déclaration, en vertu duquel cet exercice n’a de bornes que celles déterminées par la loi, que par son article 5, aux termes duquel “tout ce qui n’est pas défendu par la loi ne peut être empêché, et nul ne peut être contraint à faire ce qu’elle n’ordonne pas”⁴².

³⁴ CEDH, arrêt du 28 mars 1990, § 68.

³⁵ Voir également concernant l’article 11 et la réglementation des partis politiques : CEDH, arrêt *Refah partisi et autres c/ Turquie* n°4, 13 février 2003.

³⁶ CC, décision n° 87-226 DC du 2 juin 1987, R., p. 34.

³⁷ CC, décision n° 93-322 DC du 28 juillet 1993, R., p. 204.

³⁸ CC, décision n° 98-401 DC du 10 juin 1998, R. p. 258.

³⁹ CC, décision n° 98-407 DC du 14 janvier 1999, R., p. 21 ; et la décision 99-423 DC du 13 janvier 2000, R., p.33, à l’occasion de laquelle, une saisine alléguant de la violation de l’exigence constitutionnelle de clarté de la loi à propos de l’existence de contradictions entre les nouvelles règles relatives à la modulation du temps de travail et les dispositions du Code du travail relatives aux jours fériés, le Conseil constitutionnel se borne à constater que le moyen manque en fait.

⁴⁰ CC, décision n° 99-421 DC du 16 décembre 1999, R., p. 136.

⁴¹ Ibid., cons. 13.

⁴² Ibid.

Par la suite, le Conseil constitutionnel français réaffirma clairement le fondement constitutionnel de cet objectif, dégagé dans la décision précitée, et précisa que “l’objectif de valeur constitutionnelle d’intelligibilité de la loi, qui découle des articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration de 1789, imposent (au législateur), afin de prémunir les sujets de droits contre une interprétation contraire à la Constitution ou contre le risque d’arbitraire, d’adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques”⁴³.

Au terme de ce bref historique, il convient de reconnaître les similitudes dans la consécration d’exigences qualitatives de niveau supra-législatif. Il reste à démontrer la convergence des jurisprudences du Conseil constitutionnel français et de la Cour européenne des droits de l’homme.

B) Des jurisprudences convergentes

La qualité de la loi doit être, selon la Cour européenne, “compatible avec la prééminence du droit”⁴⁴. C’est-à-dire que la “loi” doit fournir à l’individu “une protection adéquate contre l’arbitraire”⁴⁵. À cet égard, la législation française ne répond pas toujours au standard européen de prévisibilité. Ainsi, dans l’affaire *Amuur contre France*, la Cour a estimé qu’aucun des textes prévoyant le maintien d’étrangers dans la zone de transit d’un aéroport ne constituait “une loi d’une qualité suffisante au sens de la jurisprudence de la Cour”⁴⁶. Les conditions qualitatives de la loi sont de deux ordres : accessibilité et prévisibilité⁴⁷. L’accessibilité de la règle de droit signifie que “le citoyen doit pouvoir disposer de renseignements suffisants, dans les circonstances de la cause, sur les normes juridiques applicables à un cas donné”⁴⁸. Cette condition s’avère peu contraignante⁴⁹, le juge européen estimant, d’une manière générale, qu’elle est satisfaite dès lors que la “base légale” a fait l’objet d’une publication. L’accessibilité est donc entendue par le juge européen au sens d’accès pratique, physique, au support écrit de la “loi” et non pas au sens de compréhension ou de “lisibilité” du texte.

C’est sous l’angle de la prévisibilité que la jurisprudence européenne envisage la question de la compréhension de la règle de droit et, c’est précisément en cette matière que l’influence sur la jurisprudence du Conseil constitutionnel a été la plus nette. En effet, la prévisibilité⁵⁰ de la règle de droit suppose “une norme énoncée avec assez de précision pour permettre au citoyen de régler sa conduite”⁵¹. Par exemple, dans son arrêt *Heinrich contre France*, la Cour juge que l’article 668⁵² du Code général des impôts, tel qu’interprété et appliqué par la Cour de cassation, “ne satisfait pas suffisamment aux exigences de prévisibilité qu’implique la notion de loi”⁵³. Il semble que la défaillance française à l’égard du

⁴³ Décision n° 2001-455 DC du 12 janvier 2002, *Loi de modernisation sociale*, R., p. 49, cons. 9.

⁴⁴ CEDH, arrêt *Malone c/ Royaume-Uni*, 2 août 1984, A/82, § 67. Voir le fracassant arrêt *Kruslin c/ France*, 24 avril 1990, A/176-A, § 36 dans lequel la Cour résume que “le droit français, écrit et non écrit, n’indique pas avec assez de clarté l’étendue et les modalités d’exercice du pouvoir d’appréciation des autorités dans le domaine considéré (...) de sorte que M. Kruslin n’a pas joui du degré minimal de protection voulu par la prééminence du droit dans une société démocratique (...). Il y a donc eu violation de l’article 8 de la Convention”.

⁴⁵ CEDH, arrêt *Amuur c/ France*, 25 juin 1996, R. 1996-III, § 30.

⁴⁶ *Ibid.* § 53.

⁴⁷ Voir supra.

⁴⁸ CEDH, arrêt *Sunday Times c/ Royaume-Uni*, 26 avril 1979, précité, A/30, § 49.

⁴⁹ Voir supra. nos développements sur le standard d’accessibilité

⁵⁰ Pour des développements plus importants voir supra.

⁵¹ CEDH, arrêt *Sunday Times c/ Royaume-Uni*, 26 avril 1979, A/30, § 49.

⁵² Cet article fondait, à l’époque, le droit de préemption de l’Administration fiscale.

⁵³ CEDH, arrêt *Heinrich c/ France*, 22 septembre 1994, A/296, § 42.

test de qualité de la loi ait quelque peu poussé le Conseil constitutionnel à exiger à son tour du législateur que son texte soit accessible et intelligible.

Il convient de relever que le choix du terme “accessibilité” consacré par le juge constitutionnel est identique à la première exigence européenne du test de légalité. La notion d’intelligibilité de la loi fait appel pour sa part à l’exigence de compréhension des termes de la loi pour ses destinataires, ce qui correspond *a priori* à la définition donnée par la Cour de la “prévisibilité”. Ainsi dans la décision “*Codification par ordonnance*” du 16 décembre 1999⁵⁴, le Conseil constitutionnel estime que les articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration de 1789, qui fondent cet objectif constitutionnel, impliquent que “les citoyens disposent (...) d’une connaissance suffisante des normes qui leur sont applicables”⁵⁵. Toutefois, il faut attendre la décision “*Loi de modernisation sociale*”, du 12 janvier 2002⁵⁶ pour que le Conseil constitutionnel formule dans un considérant de principe le contenu de cet objectif de valeur constitutionnelle : “(...) l’article 34 de la Constitution et l’objectif de valeur constitutionnelle d’intelligibilité de la loi (...) imposent, afin de prémunir les sujets de droit contre une interprétation contraire à la Constitution ou contre le risque d’arbitraire, d’adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques”⁵⁷. Il s’agit d’un des éléments les plus importants de la prééminence du droit telle qu’elle est envisagée par la Cour européenne : la loi doit fournir “une protection adéquate contre l’arbitraire”.

L’intelligibilité, donc l’accessibilité du droit, est liée dans les deux jurisprudences à l’appréhension de la norme par son destinataire. Toutefois, le terme d’accessibilité ne peut recouvrir le même sens devant le Conseil constitutionnel français et devant la Cour européenne des droits de l’homme. Pour cette dernière, l’exigence d’accessibilité vise essentiellement la publication du texte au sens physique du terme. Le Conseil constitutionnel, pour sa part, ne saurait s’intéresser à ce type de considération alors même que le texte qui lui est soumis n’est pas encore promulgué, donc, *a fortiori*, publié. Cependant, cette idée n’est pas totalement absente de la jurisprudence du Conseil. En effet, si l’accessibilité et l’intelligibilité ne font qu’un objectif de valeur constitutionnelle, en revanche, l’intitulé entier de ce dernier n’est pas présent dans toutes les décisions. Un certain nombre de décisions ne font référence qu’à l’objectif d’intelligibilité de la loi⁵⁸. Il n’est réellement associé au second terme que dans des décisions intéressant directement (presque physiquement) l’accès des citoyens au Droit. Ainsi en est-il de la décision de principe “*Codification par ordonnance*”⁵⁹ et de la décision du 26 juin 2003 “*Loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit*”⁶⁰, dont

⁵⁴ CC, décision n° 99-421 DC du 16 décembre 1999, *Loi portant habilitation du Gouvernement à procéder par ordonnances, à l’adoption de la partie législative de certains codes*, R. p. 136.

⁵⁵ Ibid., cons. n° 13.

⁵⁶ CC, décision n° 2001-455 DC du 12 janvier 2002., “*Loi de modernisation sociale*”, R. p. 49.

⁵⁷ Ibid., cons. n° 9.

⁵⁸ CC, décisions n° 2000-437 DC, 19 décembre 2000, “*Loi de financement de la sécurité sociale pour 2001*”, R. p. 190, cons. n° 2-3 ; n° 2001-451 DC, 27 novembre 2001, “*Loi portant amélioration de la couverture des non-salariés agricoles contre les accidents du travail et les maladies professionnelles*”, R. p. 145, cons. n° 13 ; n° 2001-453 DC du 18 décembre 2001, “*Loi de financement de la Sécurité sociale pour 2002*”, R. p.164, cons. n° 3 ; n° 2001-455 DC, 12 janvier 2002, “*Loi de modernisation sociale*”, R. p. 49, cons. n° 9 ; n° 2003-468 DC, 3 avril 2003, “*Loi relative à l’élection des conseillers régionaux et des représentants au Parlement européen ainsi qu’à l’aide publique aux partis politiques*”, JORF, 12 avril 2003, p. 6493, cons. n° 32.

⁵⁹ CC, décision 99-421 DC, précitée.

⁶⁰ CC, décision n° 2003-473 DC du 26 juin 2003, “*Loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit*”, JORF, 3/07/2003, p. 11205.

l'objet était de poursuivre l'effort de codification⁶¹, très important concernant l'accès au droit pour les spécialistes comme pour les citoyens.

Dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel français, l'objectif d'intelligibilité de la loi vise à empêcher la promulgation d'une disposition législative trop imprécise. Sans quoi, le législateur laisserait nécessairement aux autorités chargées de mettre en œuvre la loi (autorité réglementaire ou juge), une marge de manœuvre qui étend inconstitutionnellement leur compétence, et n'assure donc pas une protection suffisante des sujets de droit contre une interprétation arbitraire⁶². Le Conseil constitutionnel rejoint ici clairement la position de la Cour européenne sur l'exigence de prévisibilité de la loi. L'arbitraire du juge ou de l'autorité réglementaire peut déboucher sur l'insécurité juridique ou tout au moins sur l'imprévisibilité du droit appliqué. La jurisprudence de la Cour européenne conserve cependant une certaine avance dans ce domaine. La consécration de l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité est, en effet, relativement récente. Néanmoins, la jurisprudence du Conseil constitutionnel est appelée à se préciser. D'autant que cet objectif connaît un succès grandissant auprès des sénateurs et députés saisissants.

Il est difficile de nier l'existence de standards en matière d'intelligibilité de la loi. Le bon comportement législatif exige que les dispositions législatives protègent l'individu contre le risque d'arbitraire. Ainsi en va-t-il de la sécurité juridique. À côté de ce premier élément déterminant dans l'appréciation du comportement du Législateur s'ajoute un deuxième élément intéressant les motifs d'une intervention législative. Il s'agit des standards de la légitimité de l'intervention étatique.

II LES STANDARDS DE LÉGITIMITÉ DE L'INTERVENTION ÉTATIQUE

La Convention ne contient pas une clause générale de protection de l'ordre public, tel qu'il est compris dans les pays continentaux, qui permet aux Etats de s'immiscer dans l'exercice d'une liberté afin de protéger les valeurs essentielles auxquelles adhère leur système juridique. Aussi, les buts légitimes, susceptibles de justifier des restrictions à l'exercice de droits et libertés, ne sont pas, pour la plupart, transposables d'une liberté à l'autre. Néanmoins, la Cour européenne des droits de l'homme procède à une interprétation large de ces standards. Le Conseil constitutionnel français procède de la même manière concernant ses objectifs de valeur constitutionnelle (A). La Cour européenne, comme le Conseil constitutionnel, refuse même d'accorder à ces standards une interprétation autonome vis-à-vis de l'appréciation des organes nationaux (B). Ces deux juridictions laissent classiquement une marge de manœuvre importante au Législateur dans l'appréciation de la légitimité de son intervention dans la réglementation des droits fondamentaux.

⁶¹ Voir également, décision n° 2001-454 DC, 17 janvier 2002, "*Loi relative à la Corse*", dans laquelle le Conseil constitutionnel estime que le choix (de codification) ne méconnaît pas en l'espèce l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi", R. p. 70, cons. n°27.

⁶² Les systèmes juridiques qui ont donné une portée technique à l'intelligibilité de la loi, notamment les droits américain et canadien, ont défini la loi inacceptable comme celle qui est tellement imprécise et obscure qu'elle permet l'arbitraire de ceux qui l'appliquent. Voir P. GARANT, "*Le contrôle juridictionnel de l'imprécision des textes législatifs et réglementaire au Canada*", in *l'Etat de droit, Mélanges G. BRAIBANT*, Dalloz, 1996, pp. 275-291. L'auteur souligne que la Cour suprême du Canada affirme qu'"une loi qui interdit ou impose un acte dans des termes tellement imprécis que des personnes d'intelligence moyenne ne peuvent que deviner son sens et différer quant à son application, viole l'élément fondamental de l'application régulière de la loi" ; en conséquence, elle en écarte l'application.

A) Les interprétations extensives des buts légitimes et des objectifs de valeur constitutionnelle : l'exemple de la défense de l'ordre public

La défense de l'ordre, standard souvent invoqué dans maintes dispositions de la Convention européenne, a reçu, dès le début de l'activité de la Cour, une interprétation extensive. Dans l'affaire *Engel*, relative aux limitations de la liberté d'expression des soldats néerlandais, la Cour a précisé que le terme "ordre" vaut également pour "*l'ordre régnant à l'intérieur du groupe social particulier, surtout si le désordre dans ce groupe peut avoir des incidences sur l'ordre dans la société entière*"⁶³. Il s'ensuit que même une atteinte indirecte à l'ordre public suffit pour permettre aux Etats de porter atteinte aux libertés. Ainsi, la défense de l'ordre et la prévention des infractions pénales ont été fréquemment invoquées. Elles l'ont été avec succès dans des affaires diverses traitant de la surveillance secrète de personnes soupçonnées d'infractions pénales, de perquisitions en quête de preuves, d'interdiction de pratiques homosexuelles entre personnes consentantes au sein de l'armée⁶⁴, d'enregistrement des conversations téléphoniques de journalistes avec un avocat soupçonné d'être impliqué dans des activités terroristes, de réglementation de la radiodiffusion⁶⁵, de l'arrestation et de la brève détention de deux protestataires lors d'une parade militaire à Vienne, de la divulgation obligatoire de la preuve médicale de la séropositivité d'une requérante dans une affaire pénale dirigée contre son mari pour homicide encouru à la suite d'un viol allégué ou d'expulsion d'étrangers reconnus coupables de crimes⁶⁶, etc...

La Cour européenne n'a pas réellement cherché de manière systématique, dans les affaires où ces standards ont été invoqués, à en définir les caractéristiques générales. Elle s'est contentée d'un examen des faits, de références à la nécessité "dans une société démocratique", notamment, et d'une conclusion, parfois peu étayée, selon laquelle l'ingérence alléguée était ou, plus rarement, n'était pas justifiée par la recherche du but en question⁶⁷.

Cet aspect n'incite pas les juridictions nationales, dont le Conseil constitutionnel français, à circonscrire le champ d'application de telles notions. En effet, dès la décision *Sécurité-Liberté*⁶⁸, le Conseil constitutionnel estime que "*pour prévenir une atteinte à l'ordre public, notamment une atteinte à la sécurité des personnes et des biens, (les officiers de police judiciaire) peuvent inviter toute personne à justifier de son identité. Nul ne peut déférer à cette invitation*"⁶⁹. La protection des personnes et des biens est donc pour le Conseil

⁶³ CEDH, arrêt *Engel c/ Pays-Bas*, 8 juin 1976, A/22, § 98.

⁶⁴ Dans un sens sensiblement différent, arrêts *Smith et Grady c/ Royaume-Uni* du 27 septembre 1999, R. 1999-VI et *Lustig-Prean et Beckett c/ Royaume-Uni* du 27 septembre 1999, R. 1999-V, dans lesquels la Cour a estimé que les investigations sur l'homosexualité et leur révocation subséquente étaient disproportionnées au but poursuivi : la défense de l'ordre dans l'armée.

⁶⁵ CEDH, arrêt *Groppera Radio AG et autres c/ Suisse* du 28 mars 1990, A/173.

⁶⁶ Notamment arrêt *Baghli c/ France* du 30 novembre 1999, R. 1999-VIII.

⁶⁷ Ces motifs n'ont pas été acceptés comme justifiant : l'interception d'une lettre envoyée à un avocat par un prisonnier en détention provisoire (notamment, arrêt *Labita c/ Italie* du 6 avril 2000, R. 2000-IV) ; l'interdiction d'un magazine militaire critiquant la vie à l'armée (arrêt *Vereinigung demokratischer Soldaten Österreichs et Gubi c/ Autriche* du 19 décembre 1994) ; l'expulsion et l'interdiction d'entrer en Polynésie française (et l'interdiction d'entrer en Nouvelle-Calédonie) d'un membre allemand du Parlement européen du fait de sa participation à une manifestation pro-indépendantiste et anti-nucléaire (arrêt *Piermont c/ France* du 27 avril 1995, A/314) ; l'emprisonnement et la condamnation à une amende de Témoins de Jéhovah, grecs, ayant demandé tardivement l'autorisation d'utiliser des locaux privés à des fins religieuses (arrêt *Manoussakis et autres c/ Grèce* du 26 septembre 1996, R. 1996-IV) ; la dissolution d'un parti politique faisant campagne pour l'autodétermination et la reconnaissance des droits linguistiques des kurdes (arrêt *Yazar, Karatas, Aksoy et le Parti du travail du peuple c/ Turquie* du 9 avril 2002, R. 2002-II).

⁶⁸ CC, décision n° 80-127 DC des 19 et 20 janvier 1981, R. p. 15.

⁶⁹ *Ibid.*, cons. n° 55.

constitutionnel un des éléments constitutifs de la sauvegarde de l'ordre public⁷⁰. De même, cet objectif justifie les contrôles d'identité de toute personne "quel que soit son comportement"⁷¹, mais n'autorise pas la "pratique de contrôles d'identité généralisés et discrétionnaires"⁷². Plus tard, le Conseil admettra que pour répondre aux objectifs de valeur constitutionnelle de préservation de l'ordre public⁷³, le législateur peut autoriser l'installation de systèmes de vidéosurveillance assurant la transmission et l'enregistrement d'images prises sur la voie publique, aux fins "d'assurer la protection des bâtiments et installations publiques et de leurs abords, la sauvegarde des installations utiles à la défense nationale, la régulation du trafic routier, la constatation des atteintes à la sécurité des personnes et des biens dans des lieux particulièrement exposés aux risques d'agression ou de vol"⁷⁴. De la même manière, le législateur peut prévoir la "possibilité d'opérer des visites, perquisitions et saisies de nuit" dans le domaine de la lutte contre le terrorisme⁷⁵. Et, il est clairement admis par le Conseil constitutionnel que la lutte contre l'immigration clandestine est "en relation directe" avec la sauvegarde de l'ordre public⁷⁶.

Récemment, le Conseil constitutionnel a repris à son compte le triptyque classique servant de définition à la notion d'ordre public en droit administratif : "*notamment (...) la tranquillité, la salubrité et la sécurité publiques*"⁷⁷. Le juge constitutionnel ne donne pas pour autant de définition des termes invoqués.

Vagues et imprécis, les standards justifiant une atteinte aux droits conventionnels et constitutionnels tendent à une convergence naturelle. Il faut rappeler que le flou et l'imprécision des notions, objets de cette analyse, ont précisément pour but de susciter l'accord. Cependant, au-delà du cas de la défense de l'ordre, un élément aggravant se dégage de la jurisprudence de la Cour européenne soulignant l'artificialité de ces convergences. En effet, certains de ces standards (de légitimité) ne revêtent pas, pour la Cour, un caractère autonome par rapport aux droits nationaux. Elle n'opère donc pas de contrôle poussé sur les motifs légitimes invoqués, respectant de ce fait une certaine marge d'appréciation au profit des autorités nationales ; à l'instar du Conseil constitutionnel qui ne se reconnaît pas un pouvoir d'appréciation comparable au législateur français.

⁷⁰ Pour une application ultérieure : CC, décision n° 91-294 DC du 25 juillet 1991, "*Loi autorisant l'approbation de la convention d'application de la Convention de Schengen du 14 juin 1985*", R. p. 91, § 17. Aussi décision n° 93-323 DC du 5 août 1993, "*Loi relative aux contrôles et vérifications d'identité*", cons. n° 9.

⁷¹ CC, décision n° 93-323 DC du 5 août 1993, "*Loi relative aux contrôles et vérifications d'identité*", R. p. 213, cons. n°7.

⁷² Ibid., cons. n° 9. Le Conseil constitutionnel émet donc une réserve d'interprétation : "l'autorité concernée doit justifier, dans tous les cas, des circonstances particulières établissant le risque d'atteinte à l'ordre public qui a motivé le contrôle ; que ce n'est que sous cette réserve d'interprétation que le législateur peut être regardé comme n'ayant pas privé de garanties légales l'existence de libertés constitutionnellement garanties".

⁷³ Que sont la prévention d'atteintes à l'ordre public et la recherche des auteurs d'infractions, selon le Conseil constitutionnel.

⁷⁴ CC, décision n° 94-352 DC du 18 janvier 1995, "*Loi d'orientation et de programmation relative à la sécurité*", R. p. 140, cons. n° 4.

⁷⁵ CC, décision n° 96-377 DC du 16 juillet 1996, "*Loi tendant à renforcer la répression du terrorisme et des atteintes aux personnes dépositaires de l'autorité publique ou chargées d'une mission de service public et comportant des dispositions relatives à la police judiciaire*", R. p. 87, cons. n° 17 et 23.

⁷⁶ CC, décision n° 97-389 DC du 22 avril 1997, "*Loi portant diverses dispositions relatives à l'immigration*", R. p. 45, cons. n° 21.

⁷⁷ CC, décision n° 2003-467 DC du 13 mars 2003, "*Loi pour la sécurité intérieure*", JORF, 19/03/2003, p. 5570, cons. n° 61.

B) Des notions rarement autonomes de l'appréciation des autorités étatiques

Il convient au préalable de déterminer la signification du terme “notion autonome” dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Constatons que la doctrine⁷⁸, lorsqu'elle aborde la question des notions “autonomes”, s'accorde, à la suite du juge EVRIGÉNIS, à considérer ces dernières comme une “technique d'interprétation uniforme”⁷⁹. Les “notions autonomes” sont comprises comme des notions que la Cour européenne des droits de l'homme détache du contexte juridique national pour les doter d'un sens “européen” valable pour tous les Etats contractants. “*En procédant à une lecture 'autonome' de la Convention, la Cour assure l'indispensable uniformité d'interprétation de celle-ci et tend à éviter que les normes européennes protectrices des droits de l'homme ne varient selon les qualifications juridiques propres aux droits nationaux*”⁸⁰.

Les concepts “autonomes” que la Cour va dégager permettent donc une définition uniforme des engagements étatiques et, ce faisant, préservent tout à la fois l'égalité de traitement des individus et des Etats face à la Convention. Si l'on s'en tient aux concepts formellement qualifiés par la Cour européenne des droits de l'homme d'“autonomes”, il apparaît que les “notions autonomes” sont au nombre de sept : “arrestation”, “droits et obligations de caractère civil”, “matière pénale”, “témoins”, “accusation”, “peine”, “biens”⁸¹. La Cour européenne des droits de l'homme ne prenant pas la peine de proposer une définition de la “notion autonome”, et refusant d'élaborer une quelconque théorie générale des concepts autonomes, la liste présentée ici ne saurait être définitivement exhaustive.

En tout état de cause, dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme la “protection de la morale” et la “protection des droits et des libertés d'autrui” (2) ne sont définies que par rapport à une situation nationale voire locale, interdisant toute autonomisation de ces concepts et donc toute définition à l'échelle européenne.

1) Les standards de la protection de la morale et des droits d'autrui devant la Cour européenne des droits de l'homme

La protection de la morale n'a pas reçu de définition précise dans la jurisprudence de la Cour européenne. Bien plus, la Cour renvoie à la définition donnée dans le droit national, ou perçue comme telle par la population de l'Etat. Dans l'affaire *Dudgeon*, la Cour a jugé que la morale doit s'entendre au sens des normes morales reçues dans le système juridique en question, en l'espèce celui de l'Irlande du Nord. Elle a ajouté que la morale publique implique la défense des intérêts et du bien-être moraux d'une fraction de la société notamment des

⁷⁸ On se rapportera principalement à G. COHEN-JONATHAN, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Economica, 1989, p. 194 ; M-A. EISSEN, “La Cour européenne des droits de l'homme”, RDP, 1986, p. 1584 ; W-J ; GANSHOF VAN DER MEERSCH, “Le caractère autonome des termes et la ‘marge d'appréciation’ des gouvernements dans l'interprétation de la CEDH”, *Mélanges G. Wiarda*, p. 203 ; F. SUDRE, *Droit international et européen des droits de l'homme*, PUF, 1997, p. 242 ; P. TAVERNIER, C GREWE, et H. RUIZ-FABRI, “Convention européenne des droits de l'homme”, *Juriscl. Droit int.*, fasc. 155 E, 1993, n° 134 et s.

⁷⁹ D. EVRIGÉNIS précise : “On entend par là que des concepts utilisés par la Convention ont une signification propre dans le système normatif de cet instrument et ne doivent pas être identifiés avec les concepts homonymes de tel ou tel ordre juridique. Le caractère autonome d'une notion a pour conséquence que sa teneur doit être déterminée de façon uniforme à l'intention des organes internationaux et nationaux, appelés à l'interpréter ou l'appliquer.” (“Réflexions sur la dimension nationale de la CEDH”, in *Actes du colloque sur la CEDH par rapport à d'autres instruments internationaux pour la protection des droits de l'homme*, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 1979, p. 71).

⁸⁰ F. SUDRE, “Le recours aux notions autonomes”, in *Mélanges RYSSDAL*, 2000, p. 525

⁸¹ Pour de plus amples développements sur le recours aux notions autonomes, voir l'article de F. SUDRE, op. cit.

personnes qui, à cause de leur immaturité, débilité mentale ou état de dépendance, doivent jouir d'une protection particulière⁸². Dans l'affaire *Open Door et Dublin Well Woman*, la Cour a estimé que le droit à la vie des personnes à naître, tel que garanti par le droit irlandais, repose sur de profondes valeurs morales concernant la nature de la vie. Ces convictions, souligne la Cour, se sont traduites dans l'attitude de la majorité du peuple irlandais qui s'est prononcée, par référendum, contre l'avortement. Il est significatif que la Cour n'examine pas la question de savoir si l'article 2 de la Convention englobe le droit à la vie ; elle se contente de remarquer qu'en Irlande la défense de ce droit constitue un aspect de la morale⁸³.

Il s'ensuit que la protection de la morale, en tant que motif d'ingérence dans les libertés individuelles, ne revêt pas une acception autonome. "*Elle reflète des opinions profondes et des convictions sincères partagées par la grande majorité des citoyens d'un Etat partie*"⁸⁴, habilité à protéger les normes de comportement admises et ancrées dans sa propre société.

La "protection des droits et des libertés d'autrui" est un autre exemple de renvoi au droit interne. Il s'agit d'un motif de restriction qui ne vise pas seulement à protéger les droits garantis par la Convention, mais également ceux qui sont reconnus par un ordre juridique national. Ainsi, dans certaines décisions d'irrecevabilité, la Commission a jugé que les restrictions mises en causes étaient nécessaires pour protéger les droits d'autrui en se référant exclusivement à la législation interne de l'Etat concerné⁸⁵. Ce point de vue est partagé par certains juges de la Cour qui ont exprimé des opinions concordantes ou dissidentes dans l'affaire *Open Door et Dublin Well Woman*. En l'espèce, la Cour européenne s'est placée uniquement sous l'angle de la protection de la morale sans trancher la question de savoir si le pronom "autrui" de l'alinéa 2 de l'article 10 englobe l'enfant à naître⁸⁶. La grande plasticité de ce but légitime⁸⁷ fait de ce standard une clause "attrape-tout". "Les droits et les libertés d'autrui" intéressent la protection des personnes vulnérables⁸⁸ comme les victimes de discours incitant à la haine raciale⁸⁹, etc.

Ces divergences montrent que la question des fins légitimes peut parfois devenir un sujet de controverse. À la volonté, certes discrète, de la Cour européenne de "neutraliser" une interprétation étatique trop extensive, peut s'opposer le souci de ne pas perdre de vue la complexité de l'affaire et des intérêts contradictoires, quitte à renoncer à une interprétation autonome des fins légitimes. En résumé, c'est avec un pouvoir d'examen limité que la Cour européenne des droits de l'homme analyse les standards de légitimité : dans la plupart des cas, les juges prennent acte du motif invoqué par l'Etat défendeur et, suite à un raisonnement

⁸² CEDH, arrêt *Dudgeon c/ Royaume-Uni*, précité, §§ 46-47.

⁸³ CEDH, arrêt *Open Door et Dublin Well Woman c/ Irlande*, précité, § 63 ; dans son opinion dissidente, le juge Matscher parle de la "protection de la conception irlandaise de la morale".

⁸⁴ A. KLASS, "Les clauses de limitation et de dérogation dans la Convention européenne des droits de l'homme", in *Perspectives canadiennes et européennes des droits de la personne*, Cowansville, Blais, 1986, p. 129.

⁸⁵ Voir A. M. CONNELLY, "The protection of the rights of others", in *Human rights review*, 1980, pp. 127 et s.

⁸⁶ Quatre membres de la Cour ont critiqué cette prise de position : ils ont estimé que la Cour aurait dû tenir suffisamment compte de la mention des droits d'autrui dans l'alinéa 2 de l'article 10, en vue du principe de faveur, proclamé dans l'article 60 (opinion dissidente des juges PETTITI, RUSSO, LOPES, ROCHA, dans l'affaire *Open Door et Dublin Well Woman c/ Irlande*, du 29 octobre 1992, A/246).

⁸⁷ Voir supra.

⁸⁸ CEDH, arrêt *Dudgeon c/ Royaume-Uni*, op. cit., § 47 ; ce but est fréquemment invoqué par les Etats dans le domaine du placement des mineurs à l'assistance publique, des droits de visite des parents et des mesures prises pour protéger le bien-être des enfants.

⁸⁹ CEDH, arrêt *Jersild c/ Danemark*, du 23 septembre 1994, A/298, § 27.

sommaire, ils en acceptent la légitimité. Les exemples d'un contrôle un peu moins formel ne manquent pas, comme on a pu le voir ; mais un Etat est toujours censé poursuivre un objectif-standard qui cadre avec la Convention. Cette idée est également relayée dans le contentieux constitutionnel français. Le Conseil constitutionnel laisse, en effet, au législateur français, une large marge d'appréciation dans le choix et la mise en œuvre des objectifs de valeur constitutionnelle.

2) La liberté d'appréciation du législateur français dans la mise en œuvre des objectifs de valeur constitutionnelle

L'article 34 de la Constitution, selon lequel "la loi fixe les règles concernant les droits civiques et les garanties fondamentales accordés aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques" constitue un fondement à la "réserve de loi" en matière de droits fondamentaux. Cette réserve de loi est particulièrement étendue⁹⁰.

Cette extension de compétence inclut la mise en œuvre des objectifs de valeur constitutionnelle. En effet, dès la décision fondatrice "*Communication audiovisuelle*", le Conseil constitutionnel considéra "*qu'il appartient au législateur de concilier (...) l'exercice de la liberté de communication telle qu'elle résulte de l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 (...) avec les objectifs de valeur constitutionnelle que sont la sauvegarde de l'ordre public, le respect de la liberté d'autrui et la préservation du caractère pluraliste des courants d'expression socio-culturels*"⁹¹. De la même manière, dans le domaine de la santé, le Conseil constitutionnel français estime qu'"*entrent dans le champ de compétence de la loi de financement de la sécurité sociale*", les dispositions qui ont "*un impact (direct) sur l'équilibre financier de l'assurance maladie*", objectif de valeur constitutionnelle⁹².

Parallèlement, le juge constitutionnel français rappelle fréquemment que "*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*"⁹³.

S'agissant de la mise en œuvre d'un standard constitutionnel, cette considération joue à plus forte raison. En effet, le Conseil constitutionnel précise dans sa décision *Liberté de la presse* "*qu'il n'est pas moins loisible (au législateur) d'adopter pour la réalisation ou la conciliation d'objectifs de nature constitutionnelle, des modalités nouvelles dont il lui appartient d'apprécier l'opportunité et qui peuvent comporter la modification ou la suppression de dispositions qu'il estime excessives ou inutiles*"⁹⁴. Plus tard, le juge constitutionnel rappellera que, dans le cadre du processus de codification répondant au standard d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi, "*si les sénateurs requérants font grief (à la loi) d'avoir fait disparaître du code de l'urbanisme les dispositions spécifiques à la Corse, il n'appartient pas au Conseil constitutionnel de se prononcer sur l'opportunité du choix de codification fait par le législateur*"⁹⁵.

⁹⁰ Voir TREMEAU (J.), "La réserve de loi dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel", thèse, faculté d'Aix-Marseille III, 1997.

⁹¹ CC, décision 82-141 DC du 27 juillet 1982, précitée, cons. 5.

⁹² CC, décision n°2002-463 DC du 12 décembre 2002, "*Loi de financement de la Sécurité sociale pour 2003*", R. p. 540, cons. n°41. Les dispositions en question avaient pour objet de reporter du 31 décembre 2003 au 31 décembre 2006 l'échéance avant laquelle doivent être conclues les "conventions tripartites". Ces dispositions auront pour effet d'étaler sur trois années supplémentaires la progression des charges incombant à l'assurance maladie.

⁹³ CC, décision n°75-54 DC du 15 janvier 1975, "*Interruption volontaire de grossesse*", R., p. 19.

⁹⁴ CC, décision n°86-210 DC du 29 juillet 1986, précitée, cons. 2.

⁹⁵ CC, décision n° 2001-454 DC du 17 janvier 2002, R. p. 70, cons. n°27.

La liberté d'appréciation du législateur est par principe étendue, et la mise en œuvre d'un standard constitutionnel accentue cet état de fait. Cette volonté conjointe de la Cour européenne et du Conseil constitutionnel français de ne pas pousser trop loin leur contrôle sur les choix de politiques nationales n'interdit pas l'exercice d'un contrôle sur le caractère proportionné d'une mesure spécifique.

III LES STANDARDS DE LA PROPORTIONNALITÉ

La notion de proportionnalité apparaît à travers les éléments qui caractérisent le standard à plusieurs égards. Tout d'abord, l'édiction d'un standard fait appel à la recherche d'un comportement moyen déterminé à partir d'une typologie abstraite, c'est-à-dire à un comportement idéal⁹⁶. Le comportement moyen est celui qui fait appel aux notions de mesure et d'équilibre qui sont liées à l'idée de proportionnalité. Ensuite, dans sa mise en œuvre, le standard implique une analyse axée sur la "normalité". D'une part, la mise en œuvre du standard suppose une prise en compte des circonstances. Ce rapport traduit bien l'exigence d'une certaine proportionnalité. D'autre part, le pouvoir reconnu au juge pour mettre en œuvre un standard implique la recherche d'un seuil de normalité. Or, l'instrument de mesure qu'est le standard permet précisément de distinguer le normal et l'anormal ou l'usage de l'abus en vérifiant qu'il n'existe pas de disproportion entre le seuil requis et celui rencontré. La disproportion est révélatrice de l'anormalité ou de l'abus. C'est elle qui donne à cet instrument de mesure qu'est le standard son caractère opérationnel, qui lui permet de s'adapter aux différentes espèces.

La proportionnalité n'est pas seulement un instrument de mise en œuvre du standard, elle peut également en être l'objet. Certains standards en traduisent directement l'idée. C'est le cas tout d'abord de la notion elle-même, comme nous le démontre la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Le terme "proportionné" constitue un standard "trop souvent réduit par la doctrine à quelques exemples classiques"⁹⁷. Pour détecter son emploi, il faut se reporter à d'autres standards qui traduisent sa présence. C'est tout d'abord le cas de certains d'entre eux qui révèlent directement l'idée de déséquilibre tels que les termes "excessif" ou "abusif". C'est ensuite le cas des standards qui traduisent moins directement cette idée parce qu'ils ont une signification plus vaste, mais qui constituent de véritables indicateurs de son utilisation. Ce sont les termes "suffisant" ou "insuffisant", "grave", "manifeste", "sérieux", "convenable".

*"Brièvement exprimé : le principe de proportionnalité postule que tout moyen utilisé par un pouvoir étatique doit être, dans la gravité de ses effets sur la situation des particuliers, dans un rapport raisonnable avec la fin qu'il sert à atteindre"*⁹⁸. Cette règle, on la retrouve dans tous les ordres juridiques qualifiés d'États de droit. Elle n'est pas toujours consacrée de manière explicite sous le nom de "proportionnalité". Le principe n'a pas partout la même ampleur ni la même place dans chaque ordre juridique. Mais, quelle que soit la manière dont il s'exprime, son rattachement originnaire est clair : lorsque sont garantis en même temps les

⁹⁶ Ce comportement idéal peut découler de la synthèse d'une analyse statistique des faits - auquel cas le standard est dit descriptif - ou procéder de la volonté sociale reprise par le juge - le standard est alors dogmatique. Voir, S. RIALS, op. cit. p. 130.

⁹⁷ S. RIALS, op. cit., p. 87.

⁹⁸ MOOR (P), "Systématique et illustration du principe de la proportionnalité", in *Mélanges offerts à Michel FROMONT*, 2002, p. 319.

libertés individuelles et, dans une étendue plus ou moins grande, des standards de solidarité sociale et de gestion des biens communs ou environnementaux, la proportionnalité manifeste la condition d'un équilibre entre l'autonomie de chacun et les exigences de l'intérêt général.

Il convient de présenter successivement comment la Cour européenne des droits de l'homme et le Conseil constitutionnel français ont intégré la proportionnalité dans leur jurisprudence. La Cour européenne dégage, à travers la consécration d'exigences non cumulatives, un standard de la mesure nécessaire dans une société démocratique (A). Le Conseil constitutionnel sanctionne plus volontiers la disproportionnalité manifeste du législateur (B).

A) Des exigences conventionnelles non cumulatives

La Cour européenne rappelle souvent que, pour être légitime, l'ingérence étatique doit se fonder sur des motifs à la fois "pertinents et suffisants"⁹⁹. Il s'agit de deux étapes distinctes dans le contrôle opéré par la Cour. Si l'une de ces conditions n'est pas remplie, la mesure ne correspondra pas au standard européen de la nécessité.

1) L'exigence de motifs pertinents

Une mesure prétendant poursuivre une fin donnée ne saurait de toute évidence s'appuyer sur des motifs qui ne peuvent y être rattachés. Sa justification ne serait pas appropriée. En effet, il ne s'agit pas ici d'aborder l'ingérence à l'aune de son but légitime analysé *in abstracto*, mais d'apprécier l'aptitude de la mesure étatique litigieuse à poursuivre le standard identifié. Le rapport avec le but légitime fournit donc un critère naturel de pertinence et un moyen privilégié de contrôle, dès l'arrêt *Sunday Times I*¹⁰⁰. Ainsi, l'inaptitude des parents en matière de soins, de surveillance et de stimulation a valablement pu susciter une mesure de placement prise au nom de la santé des enfants¹⁰¹. De la même manière que le risque persistant pour une entreprise en difficulté de voir son plan de redressement divulgué justifiait une mesure de saisie visant à préserver ces droits¹⁰². Ou encore, l'interdiction de publier les photos d'un suspect constitue un motif pertinent de protection des droits d'autrui, notamment de la présomption d'innocence¹⁰³. Aussi, dans les affaires *Funke*, *Mialhe* et *Crémieux c/ France*¹⁰⁴, la Cour considère que des visites domiciliaires et des saisies sont appropriées, compte tenu des sérieuses difficultés que les États rencontrent dans la poursuite du standard de lutte contre la fraude fiscale et l'évasion des capitaux¹⁰⁵. Enfin, la Cour estime pertinent que "des mesures de prévention, et notamment la surveillance spéciale, soient appliquées à l'encontre d'individus soupçonnés d'appartenir à la mafia même avant leur condamnation, car elles visent à empêcher l'accomplissement d'actes criminels"¹⁰⁶.

⁹⁹ CEDH, arrêt *Buckley c/ Royaume-Uni* du 25 septembre 1996, R. 1996-IV, § 77, pour l'article 8 ; CEDH, arrêt *Wingrove c/ Royaume-Uni* du 25 novembre 1996, R. 1996-V, § 59, pour l'article 10 ; CEDH, arrêt *Sidiropoulos c/ Grèce* du 10 juillet 1998, R. 1998-IV, § 40, pour l'article 11 ; CEDH, arrêt *Église métropolitaine de Bessarabie c/ Moldavie* du 13 décembre 2001, § 123, pour l'article 9.

¹⁰⁰ CEDH, arrêt *Sunday Times I c/ Royaume-Uni* du 26 avril 1979, A/30, § 63 : le souci d'éviter que la presse n'usurpe les fonctions des tribunaux "est pertinent pour la garantie de l'autorité du pouvoir judiciaire".

¹⁰¹ CEDH, arrêt *Olsson c/ Suède*, 24 mars 1988, A/130.

¹⁰² CEDH, arrêt *Goodwin c/ Royaume-Uni* du 27 mars 1996, R. 1996-II, §§ 44-45.

¹⁰³ CEDH, arrêt *News Verlags GmbH et CoKG c/ Autriche* du 11 janvier 2000, R. 2000-I, § 58.

¹⁰⁴ CEDH, arrêts du 25 février 1993, A/256.

¹⁰⁵ Du fait de l'étendue et de la complexité des réseaux bancaires et des circuits financiers et des multiples possibilités de placements internationaux. (§ 56).

¹⁰⁶ CEDH, arrêt *Labita c/ Italie* du 6 avril 2000, R. 2000-IV, § 195 ; la Cour poursuit et ajoute que "l'acquiescement éventuellement survenu ne les prive pas forcément de toute raison d'être : en effet, des éléments concrets recueillis au cours du procès, bien qu'insuffisants pour parvenir à une condamnation, peuvent

A l'inverse, un défaut de concordance peut révéler une forme de détournement de pouvoir, constitué par exemple lorsque les autorités administratives et ecclésiastiques grecques ont usé d'une procédure d'autorisation préalable pour limiter l'exercice de cultes non-orthodoxes. Dans ces circonstances, le fait que les intéressés, exaspérés de l'attitude dilatoire du Ministre, aient passé outre les formalités requises par la loi ne peut constituer un motif pertinent¹⁰⁷. Une erreur de droit est également de nature à priver l'ingérence de justification. Ainsi, le captage de signaux émis par un satellite de télécommunication, sans le consentement du pays où se situe la station d'alimentation, ne constitue pas une infraction à l'ordre international des télécommunications, du moment que les textes de référence ne rendent pas obligatoire une telle autorisation, contrairement à la thèse de l'État défendeur¹⁰⁸.

En revanche, il est rare que ce critère de pertinence donne lieu à un contrôle spécifique. Dans les affaires où la presse se trouvait empêchée de publier des informations sur les Mémoires (éditées sans autorisation) d'un ancien agent, les juges ne se sont pas privés de mettre en doute la capacité des injonctions temporaires à préserver la confiance dont jouissent les services secrets auprès de l'opinion, mieux que n'y avaient réussi les mesures directement prises contre l'auteur¹⁰⁹. Cet élément contribue seulement à établir l'insuffisance des motifs. En effet, dans l'affaire *Open Door*, la pertinence de la mesure semble certes avoir été considérée de manière distincte. Les juges ont logiquement noté, s'agissant d'une décision censée préserver la vie du fœtus, que l'ordonnance (sommant les associations *Open Door et Dublin Well woman* de ne plus livrer de renseignements sur les possibilités de subir une IVG à l'étranger) "n'avait pas empêché nombre d'Irlandaises d'aller se faire avorter en Grande Bretagne"¹¹⁰. Mais, l'argument est alors employé *ad abundentiam*, comme s'il n'était pas en soi décisif¹¹¹.

Il est donc fréquent que la Cour européenne des droits de l'homme reconnaisse la pertinence des motifs, mais cette considération n'influe pas sur la deuxième exigence de suffisance de ceux-ci¹¹².

néanmoins justifier des craintes raisonnables que l'individu concerné puisse à l'avenir commettre des infractions pénales".

¹⁰⁷ CEDH, arrêt *Manoussakis c/ Grèce* du 26 septembre 1996, R. 1996-IV, § 48 et § 52.

¹⁰⁸ CEDH, arrêt *Autronic c/ Suisse*, 22 mai 1990, A/178, §§ 62-63.

¹⁰⁹ CEDH, arrêt *Sunday Times II c/ Royaume-Uni* du 26 novembre 1991, A/271, § 55.

¹¹⁰ CEDH, arrêt du 29 octobre 1992, A/246, § 76.

¹¹¹ Le professeur L. DUBOUIS, commentant l'arrêt *Open Door*, s'était même étonné de son emploi, in "La liberté d'information sur les possibilités d'IVG à l'étranger au regard de la Convention européenne des droits de l'homme" RDSS, 1993, pp. 33-41.

Son enjeu s'accroît cependant quand la juridiction européenne des droits de l'homme se prononce par rapport à un autre but que celui expressément invoqué par l'administration nationale, et que ce nouveau but coïncide avec la liberté protégée. L'hypothèse est rare et concerne surtout le contentieux des placements d'enfants. On sait que de telles mesures sont le plus souvent décidées au nom de leur santé, en vue de leur développement. Mais pour les organes de la Convention, l'objet ultime de ces ingérences doit être la réunion de la famille. Il arrive à partir de là que les ingérences ne paraissent plus appropriées. Ont ainsi été jugées contraires à la Convention les restrictions apportées aux échanges téléphoniques et à la correspondance entre une mère et son fils, dont la garde lui avait été retirée, parce qu'elles ne pouvaient qu'aggraver leur éloignement (CEDH, arrêt *Margareta et Roger Andersson c/ Suède*, 25 février 1992, A/226, §§ 95-96). La même analyse révéla, dans une autre affaire, les incohérences du système suédois, qui ne reconnaît aux parents aucun droit de visite tant qu'une interdiction de retrait des enfants demeure applicable, même si l'ordonnance de prise en charge est levée (*Eriksson c/ Suède*, 22 juin 1989, A/156, § 71).

¹¹² Dans l'arrêt *News Verlags GmbH c/ Autriche* du 11 janvier 2000, R. 2000-I, § 58, "la Cour admet qu'il peut y avoir de bonnes raisons d'interdire de publier la photo d'un suspect par elle-même, selon la nature de l'infraction en cause et les circonstances particulières de l'affaire. C'est ainsi qu'a raisonné la Cour suprême

2) L'exigence de motifs suffisants

Parce que la poursuite légitime de standards européens n'évince pas les libertés, parce qu'ils ne se définissent pas seulement par référence aux besoins nationaux, toutes les raisons qui s'en réclament ne vont pas nécessairement s'imposer aux juges européens. Certaines vont être rejetées, faute d'être assez significatives ou convaincantes. Les États, pour pouvoir invoquer l'ordre public, doivent convaincre la Cour européenne du bien-fondé de leur intervention. À ce titre, il leur appartient d'établir que les faits justificatifs sont, soit crédibles, soit actuels, ou qu'ils présentent un degré de gravité minimale.

Le critère de crédibilité pourrait apparaître comme le moins contraignant pour les autorités nationales. La Cour de Strasbourg y a notamment eu recours dans le domaine de l'article 8 de la Convention, à propos des ingérences publiques dans la correspondance entre les détenus et leurs avocats. Elle a jugé qu'un risque plausible présuppose "*des faits ou des renseignements propres à persuader un observateur objectif que l'on abuse de la voie privilégiée de communication*"¹¹³. "*Une simple éventualité d'abus*" ne suffit pas¹¹⁴. Cela signifie, en l'occurrence, que les autorités pénitentiaires ne pouvaient se contenter d'invoquer une tendance fâcheuse des *solicitors* à enfreindre leur déontologie, quand il n'existait aucune raison de suspecter celle de l'intéressé. De la même manière, les motifs ne sauraient être considérés comme suffisants lorsque les juridictions nationales, condamnant une personne, se contentent de reproduire les termes d'un dispositif législatif¹¹⁵.

La réalité des motifs peut aussi dépendre de leur actualité. Cette condition peut prendre différentes formes dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Elle impose d'abord que l'événement dont l'autorité cherche à empêcher la survenance ne se soit pas encore produit. En ce sens, sont dénuées de justifications les mesures destinées à préserver la confidentialité d'informations déjà connues¹¹⁶. Ainsi a-t-il été jugé qu'"*aux fins de la Convention, l'intérêt de garder secrets les faits (que l'on reprochait au requérant d'avoir divulgués le 2 mars 1982) n'existait plus à cette date, ceux-ci ayant déjà été révélés au public le 11 mai 1981*"¹¹⁷. Dans le même ordre d'idée, les injonctions adressées à différents journaux pour éviter toute publicité autour des Mémoires d'un agent secret, dont les pouvoirs publics cherchaient à faire interdire la publication, devenaient-elles inutiles, selon la Cour, après la parution de l'ouvrage aux États-Unis¹¹⁸. Le critère d'actualité suppose donc, en second lieu,

lorsqu'elle a déclaré que même la publication d'une photo accompagnée d'une déclaration exposant correctement les faits était susceptible de porter atteinte aux intérêts légitimes de la personne concernée. La cour d'appel de Vienne n'a toutefois invoqué aucun motif en ce sens. (...) En bref, les motifs invoqués par la cour d'appel de Vienne, quoique 'pertinents' ne sont pas 'suffisants'.

¹¹³ CEDH, arrêt *Campbell c/ Royaume-Uni* du 26 mars 1992, A/233, § 48.

¹¹⁴ Dans le domaine de l'article 11 de la Convention, voir arrêt *Sidiropoulos c/ Grèce* du 10 juillet 1998, R. 1998-IV. La Cour dans cette affaire n'exclut pas que l'association, une fois fondée, aurait pu sous le couvert des buts mentionnés dans ses statuts, se livrer à des activités inconciliables avec ceux-ci. Toutefois, une telle éventualité, que les juridictions nationales ont perçue comme une certitude, n'aurait guère pu se voir démentie par des actions concrètes car, n'ayant pas existé, l'association n'a pas eu le temps d'en mener.

¹¹⁵ CEDH, arrêt *Kokkinakis c/ Grèce*, 25 mai 1993, A/260 : "*La Cour relève que les juridictions grecques ont établi la responsabilité du requérant par des motifs qui se contentaient de reproduire les termes de l'article 4, sans préciser suffisamment en quoi le prévenu aurait essayé de convaincre son prochain par des moyens abusifs*".

¹¹⁶ CEDH, arrêt *Weber c/ Suisse*, 22 mai 1990, A/177.

¹¹⁷ *Ibid.*, § 38.

¹¹⁸ CEDH, arrêt *Sunday Times II c/ Royaume-Uni* du 26 novembre 1991, A/271 ; arrêt *Observer and Guardian c/ Royaume-Uni* du 26 novembre 1991, A/270 ; arrêt *Vereiniging Weekblad Bluf! c/ Pays-Bas* du 9 février 1995,

que la mesure étatique ne soit pas seulement nécessaire au moment de son adoption, mais qu'elle le demeure tout au long de son application¹¹⁹. Logiquement, elle devrait être abandonnée lorsque la situation, à laquelle elle est censée remédier, s'est rétablie.

Ce n'est cependant pas systématique. Dans l'affaire *Gillow*, les requérants, auxquels les autorités publiques n'avaient pas permis d'occuper la maison qu'ils possédaient à Guernesey, faisaient valoir que la réglementation des logements sur l'île n'était plus nécessaire, eu égard à l'amélioration de la situation démographique. La juridiction européenne n'a pas retenu l'argument, ne se jugeant pas la mieux placée pour supputer des conséquences d'un relâchement du contrôle. Il arrive ainsi que l'appréciation de l'actualité du risque lui échappe. Toutefois, l'inapplication d'une législation par les organes internes eux-mêmes libère la Cour européenne de sa réserve. Ainsi, elle n'a pas hésité, dans l'arrêt *Dudgeon*, à tirer les conséquences du fait que, sans que l'opinion publique ne s'en émeuve, "*les autorités ont évité ces dernières années d'engager des poursuites du chef d'actes homosexuels commis de leur plein gré par des hommes de plus de 21 ans, capables d'y consentir*". Un sentiment de désuétude s'en dégage en effet. Le besoin social ne paraît plus si impérieux¹²⁰. Le critère d'actualité suppose donc une certaine constance et même une certaine célérité. Les motifs ne sembleront pas suffisants si la mesure qu'ils sont censés nécessiter n'est pas rapidement prise ou exécutée. Le juge de Strasbourg marque un certain scepticisme lorsque plusieurs années séparent les faits invoqués à l'appui d'une décision d'expulsion de son adoption¹²¹, ou d'une décision de surveillance spéciale de son exécution¹²².

Enfin, pour être convaincantes, les raisons invoquées doivent atteindre un certain degré d'intensité, condition inscrite dans l'exigence d'un "*besoin social impérieux*" ou d'une "*menace suffisamment grave à un intérêt fondamental de la société*". S'il est impossible de fixer un seuil, la Cour européenne n'hésite pas à repousser les arguments tirés de risques minimes, peu sérieux¹²³ ou négligeables¹²⁴. En effet, dans l'arrêt *Labita*, "*la Cour voit mal comment le simple fait que la femme du requérant soit la sœur d'un chef mafieux, entre-temps décédé, puisse justifier des mesures aussi lourdes à l'encontre du requérant, en l'absence de tout élément concret témoignant d'un risque réel qu'il commette des infractions*"¹²⁵. La Cour conclût dans cette affaire que "*sans sous-estimer la menace représentée par la mafia, les restrictions à la liberté de circulation de M. Labita ne pouvaient pas être considérées comme nécessaires dans une société démocratique*"¹²⁶.

A/306, §§ 41-42.

¹¹⁹ Dans le même sens, CEDH, arrêt *Eriksson c/ Suède* du 22 juin 1989, A/156, § 71.

¹²⁰ Dans ce sens voir CEDH, arrêt *Colombani c/ France* du 25 juin 2002, R. 2002-II, dans lequel la Cour conclut à la violation de l'article 10 à l'unanimité ; la Cour constate "*une évolution du droit interne ; les juridictions nationales semblent admettre que cette incrimination n'est pas une mesure nécessaire dans une société démocratique*".

¹²¹ CEDH, arrêt *Moustaquim c/ Belgique*, 18 février 1991, A/193.

¹²² CEDH, dans l'arrêt *Labita c/ Italie* 6 avril 2000, R. 2000-IV, la Cour relève que "*la surveillance spéciale exercée à l'encontre de M. Labita fût décidée le 10 mai 1993, quand il existait effectivement des indices de son appartenance à la mafia, mais ne fût appliquée qu'à partir du 19 novembre 1994, c'est-à-dire après l'acquiescement prononcé par le tribunal de Trapani*" (§ 196).

¹²³ CEDH, arrêt *Yazar, Karatas, Aksoy et le parti du travail du peuple c/ Turquie*, 9 avril 2002, R. 2002-II, § 60 : "*Eu égard à l'absence de projet politique du HEP de nature à compromettre le régime démocratique dans le pays et/ou à l'absence d'une invitation ou d'une justification de recours à la force à des fins politiques, sa dissolution ne peut raisonnablement être considérée comme répondant à un besoin social impérieux*".

¹²⁴ CEDH, arrêt *Campbell c/ Royaume-Uni*, 25 mars 1992, A/233, (à propos du risque de voir utiliser un faux papier à l'entête de la Commission européenne des droits de l'homme) ; arrêt *Piermont c/ France*, 27 avril 1995, A/134, § 77.

¹²⁵ CEDH, arrêt *Labita c/ Italie*, 6 avril 2000, R. 2000-IV, § 196.

¹²⁶ *Ibid.*, § 197.

Inversement, la gravité de la sanction doit répondre à des motifs suffisants, sans quoi la Cour européenne estimerait que la mesure n'est pas nécessaire dans une société démocratique. Ainsi, dans l'arrêt *Fuentes Bobo*, "la Cour estime que si les raisons invoquées par l'État défendeur sont pertinentes, elles ne suffisent pas à démontrer que l'ingérence dénoncée répondait, compte tenu de la gravité de la sanction, à un besoin social impérieux"¹²⁷. À cet égard, la constatation de l'existence de sanctions plus douces ou plus appropriées aux faits reprochés constitue un élément important dans l'examen de la nécessité de la mesure¹²⁸.

Parmi les conditions étudiées, celles tenant à la suffisance des motifs apparaît comme étant en soi la plus révélatrice. Mais elle n'est jugée, le plus souvent, qu'en corrélation avec l'objet de la mesure : c'est la sévérité de l'ingérence qui fixe l'intensité attendue des faits justificatifs. Il s'agit donc d'un rapport de proportionnalité qui s'instaure dans l'examen effectué par la Cour européenne. Cet examen est également présent dans le contentieux constitutionnel français, bien qu'il se limite au contrôle de la disproportionnalité manifeste de la mesure législative.

B) De la disproportionnalité dans le contentieux constitutionnel français

Plusieurs éléments permettent de déceler l'emploi de standards de proportionnalité chez le juge constitutionnel français. En premier lieu, il suffit de se référer aux articles de la Déclaration de 1789, qui recourent à des termes tels que "nécessaire"¹²⁹ ou "abus"¹³⁰, pour s'en convaincre. En second lieu, le juge constitutionnel a repris à son compte, en les adaptant à ses propres exigences, des standards appliqués par le juge administratif. Comme le traduisent des termes tels que "manifeste". Le Conseil constitutionnel est allé jusqu'à intégrer le "proportionné" dans sa jurisprudence. Il convient cependant de relever une certaine confusion dans le maniement des exigences de nécessité et de proportionnalité (1). En revanche, une constante existe : l'utilisation du standard de l'erreur manifeste, label du contrôle de constitutionnalité de la loi française (2).

1) Des exigences de nécessité à la proportionnalité constitutionnelle

L'idée de nécessité est présente dans le texte constitutionnel. Elle apparaît aux articles 8, 9¹³¹, 14¹³² et 17¹³³ de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Une référence à l'idée de nécessité est également présente à l'alinéa 10 du préambule de la

¹²⁷ CEDH, arrêt *Fuentes Bobo c/ Espagne* du 29 février 2000, § 50.

¹²⁸ CEDH, arrêt *Lehideux et Isorni c/ France* du 23 septembre 1998, R. 1998-VII, § 57 : la Cour note la gravité que représente pour les requérants une condamnation pénale pour apologie des crimes ou des délits de collaboration, eu égard à l'existence d'autres moyens d'intervention et de réfutation, notamment par les voies de droit civils. Dans un autre domaine, la Cour estimera que la condamnation d'un individu à une peine de prison pour propagande séparatiste (en publiant un livre désignant une région particulière de la Turquie comme Kurdistan) ne saurait constituer un motif suffisant pour justifier une ingérence dans le droit du requérant ; arrêt *Medhi Zana c/ Turquie* n°2 du 6 avril 2004.

¹²⁹ L'article 8 de la Déclaration de 1789 dispose que "la loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires".

¹³⁰ L'article 11 de la Déclaration de 1789 : "... tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi".

¹³¹ L'article 9 sanctionne la détention arbitraire et impose sa stricte nécessité

¹³² L'article 14 est relatif à la nécessité de la contribution publique. Les recettes doivent être proportionnées aux dépenses. Voir CC, décision n° 87-237 DC du 30 décembre 1987, "Loi de finances pour 1988", Rec. p. 63. Et note de B. GENEVOIS, "L'application du principe de proportionnalité aux amendes fiscales", RFDA, 1998, p. 350.

¹³³ Ce terme est également présent en matière de protection du droit de propriété concernant la privation qui peut en être faite pour cause de nécessité publique

Constitution de 1946 : “*La Nation assure à l’individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement*”.

L’idée de nécessité est également liée à celle de proportionnalité dans le contentieux constitutionnel français. En effet, lorsque l’article 8 de la Déclaration de 1789 dispose que “*la loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires*”, il entend que la sanction soit en rapport direct et étroit avec le fait répréhensible auquel elle s’applique, qu’ainsi la gravité de la sanction soit proportionnée à la gravité de la faute. Le lien de nécessité équivaut ici au lien de proportionnalité. De même, l’analyse historique de l’article 17 de la Déclaration de 1789 conforte l’idée selon laquelle les rédacteurs ont entendu soumettre, à travers la référence à la nécessité publique, les atteintes à la propriété privée à des conditions de stricte nécessité¹³⁴. Elles doivent être proportionnées aux besoins de la collectivité : la nécessité publique évoquant à la fois ce besoin et ce lien. Ces exemples démontrent le rapprochement entre les idées de nécessité et de proportionnalité. À tel point que certains auteurs ont identifié le contrôle de la nécessité à celui de la proportionnalité¹³⁵.

Néanmoins, il semble que le contrôle de la nécessité ne s’impose pas dans le contentieux constitutionnel français dans les mêmes termes que devant la Cour européenne. En effet, le juge constitutionnel français effectue parfois un contrôle de l’erreur manifeste alors que le texte constitutionnel posait une exigence de nécessité. Dès la décision *Sécurité-Liberté*¹³⁶, le Conseil constitutionnel a estimé qu’il ne lui appartenait pas de “*substituer sa propre appréciation à celle du législateur en ce qui concerne la nécessité des peines attachées aux infractions définies par celui-ci, alors qu’aucune disposition (de la loi) n’est manifestement contraire au principe posé par l’article 8 de la Déclaration de 1789*”. L’erreur manifeste d’appréciation étant le plus souvent reconnue par la doctrine comme la sanction d’une disproportion manifeste, il y a encore une fois un amalgame entre ces deux contrôles dans la jurisprudence constitutionnelle française. Bien plus, dans une décision plus récente¹³⁷, le Conseil rappelle que la prévention des atteintes à l’ordre public et la recherche des auteurs d’infractions sont nécessaires à la sauvegarde des droits et des principes de valeur constitutionnelle. Puis, il conclut que la nécessaire conciliation entre le respect de la vie privée et la sauvegarde de l’ordre public *n’est pas manifestement déséquilibrée*¹³⁸. Cette formule est également présente dans le contrôle de la conciliation opérée par le législateur entre la liberté de communication et le standard du pluralisme¹³⁹.

L’idée même d’équilibre renvoie inévitablement à l’exigence d’une certaine mesure donc d’une certaine proportion. Ce mélange des genres, parfois constaté dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme, est accentué dans celle du Conseil constitutionnel. Dans la jurisprudence de la Cour européenne, la nécessité renvoie à l’existence de motifs pertinents, c’est-à-dire adaptés, et suffisants, donc appropriés à la gravité de la mesure prise. Dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, rien ne permet d’obtenir le systématisme du contrôle européen.

¹³⁴ J-L MESTRE, “L’expropriation face à la propriété (du Moyen Âge au code civil)”, *Droits*, 1985, n° 1, p. 51. L’auteur démontre que la référence à la nécessité publique se faisait avant la révolution de 1789 et ne constituait pas uniquement une clause de style.

¹³⁵ Voir par exemple, B. GENEVOIS, “*La jurisprudence du Conseil constitutionnel. Principes directeurs*”, STH, Paris, 1988, p. 258. L’auteur parle de “la proportionnalité des délits et des peines” à propos de l’article 8 de la Déclaration de 1789.

¹³⁶ CC, décision n° 80-127 DC des 19 et 20 janvier 1981, R. p. 15.

¹³⁷ CC, décision n° 2003-467 DC du 13 mars 2003, “*Loi pour la sécurité intérieure*”, JORF, 19/03/2003, p. 5570.

¹³⁸ *Ibid.*, cons. 27.

¹³⁹ CC, décision n° 2001-450 DC du 11 juillet 2001, “*Loi portant diverses dispositions d’ordre social, éducatif et culturel*”, Rec. p. 82, cons. n° 18.

Parfois, il arrive que le juge constitutionnel français se prononce sur l'existence de motifs suffisants. Ce fût le cas lors de l'examen de la loi de financement de la sécurité sociale pour 2002. Le Conseil constitutionnel estima que *“le souci de remédier aux difficultés financières du fonds créé par l'article L. 131-8 du code de la sécurité sociale ne constitue pas un motif d'intérêt général suffisant pour remettre en cause rétroactivement les résultats d'un exercice clos”*¹⁴⁰. Il précise à la suite de cette affirmation, que les modalités retenues ne doivent pas être manifestement inappropriées à l'objectif poursuivi¹⁴¹.

Le Conseil constitutionnel recherche donc la proportionnalité à travers la sanction de l'erreur manifeste d'appréciation, qui peut constituer, dans ces conditions, un label de la normalité constitutionnelle.

2) L'absence d'erreur manifeste : label de la normalité constitutionnelle ?

Dans le contentieux constitutionnel français, le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation peut se traduire par la recherche de proportionnalité. Ce contrôle tend, alors, à fixer les limites de la disproportionnalité, déterminant, par là, le seuil de l'anormalité.

Apparue en droit administratif français en 1961¹⁴², l'erreur manifeste d'appréciation permet au juge de s'assurer que la décision prise ne comporte pas, à travers les rapports entre ses motifs ou son but, d'erreur évidente, disproportionnée, qu'un profane pourrait lui-même déceler. La juridiction constitutionnelle a depuis le début des années 80 introduit dans sa jurisprudence l'erreur manifeste d'appréciation. Elle apparaît en filigrane dans la décision *Sécurité - Liberté*¹⁴³, et fait son entrée formelle dans les motifs de la décision *Nationalisations I*¹⁴⁴. Elle a été ensuite couramment invoquée dans les saisines et les autres décisions¹⁴⁵, pour aboutir à une première annulation dans la décision *Evolution de la Nouvelle Calédonie I*¹⁴⁶.

Si l'analyse des décisions révèle que l'erreur manifeste reste une disproportion que constate le juge à travers le projet de loi qui lui est déféré¹⁴⁷, il reste nécessaire de s'interroger sur sa nature. Dans la jurisprudence administrative, l'erreur manifeste apparaît comme une erreur révélée à partir de l'appréciation des faits. Cette observation ne semble pas transposable à la jurisprudence constitutionnelle, qui concerne un contrôle de type abstrait portant sur la confrontation de normes. Pourtant, le contentieux constitutionnel français en offre de nombreux exemples. En effet, l'erreur manifeste d'appréciation peut aussi bien

¹⁴⁰ CC, décision n° 2001-453 DC du 18 décembre 2001, Rec. p. 164, cons. n° 28.

¹⁴¹ CC, décision n° 2003-468 DC du 3 avril 2003, *“Loi relative à l'élection des conseillers régionaux et des représentants au Parlement européen ainsi qu'à l'aide publique aux partis politiques”*, JORF, 12 avril 2003, p. 6493, cons. n° 42.

¹⁴² Encore que l'origine varie selon les auteurs ; certains la font remonter à la décision CE *Denizet* du 13 novembre 1953, d'autres à l'arrêt CE *Gesbert* du 2 mars 1960 ; son apparition formelle remonte à la décision du CE Lagrange du 15 février 1961.

¹⁴³ CC, décision n° 80-127 DC des 19 et 20 janvier 1981, précitée ; voir L. HABIB, *“La notion d'erreur manifeste d'appréciation dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel”*, RDP, 1986, p. 701.

¹⁴⁴ CC, décision n° 81-132 DC du 16 janvier 1982, *“Considérant que l'appréciation portée par le législateur sur la nécessité des nationalisations décidées par la loi soumise à l'examen du Conseil constitutionnel ne saurait, en l'absence d'erreur manifeste, être récusée par celui-ci dès lors qu'il n'est pas établi que les transferts de biens et d'entreprises présentement opérés restreindraient le champ de la propriété privée et de la liberté d'entreprendre au point de méconnaître les dispositions précitées de la Déclaration de 1789”*, R. p. 18.

¹⁴⁵ Voir L. HABIB, *“La notion d'erreur manifeste d'appréciation...”*, ib. id., p. 695 ; M. DE VILLIERS, *“Du principe des nationalisations, contrôle minimal de constitutionnalité et erreur manifeste”*, *Revue administrative*, 1982, p. 156 et s.

¹⁴⁶ CC, décision n° 85-196 DC du 8 août 1995, R. p. 63.

¹⁴⁷ Voir la formulation de la décision *Nationalisation I* précitée.

concerner le rapport entre deux normes que celui entre une norme (ou plusieurs) et une situation de fait. Il n'existe aucun obstacle à ce que, sous un même raisonnement, cette erreur ne concerne pas les mêmes rapports devant les deux juges. C'est ce qu'admet implicitement C. FRANCK dans son analyse de la transposition de l'erreur manifeste du contentieux administratif au contentieux constitutionnel, en examinant le "lien de la règle contrôlée à la norme de référence"¹⁴⁸. Ainsi, dans la décision *Loi de finances pour 1984*, l'erreur manifeste est recherchée, dans le rapport entre les principes gouvernant la fixation de l'impôt (notamment l'article 13 de la Déclaration de 1789) et l'exclusion de la prise en compte des biens professionnels, pour le calcul de l'impôt sur les grandes fortunes¹⁴⁹.

Il s'agit, le plus souvent, pour le juge constitutionnel de contrôler la conciliation opérée par le législateur entre deux dispositions antagonistes de même valeur. Le législateur met en œuvre, en les conciliant, les exigences constitutionnelles. Cette mise en œuvre fait l'objet d'un contrôle de l'erreur manifeste, comme en témoigne la décision "*Loi de finances rectificative pour 2001*". Dans cette décision, le Conseil constitutionnel a estimé que la conciliation opérée par le législateur, entre les exigences tirées de la protection de la vie privée et les standards constitutionnels de prévention des atteintes à l'ordre public et de lutte contre la fraude fiscale, n'était entachée d'aucune erreur manifeste¹⁵⁰. De façon générale, le juge constitutionnel rappelle au législateur que, dans le cadre de cette opération de conciliation, il ne saurait porter une atteinte à l'une des exigences constitutionnelles d'une gravité telle qu'elle méconnaisse manifestement un principe de valeur constitutionnelle¹⁵¹. L'idée de disproportion manifeste est donc toujours présente dans la conciliation à opérer. Opération qui peut éventuellement se traduire par une censure du Conseil constitutionnel¹⁵².

L'erreur manifeste est donc constituée par la disproportion¹⁵³. Par conséquent, les possibilités de glissements de l'erreur manifeste d'appréciation au contrôle de proportionnalité existent, et trouvent écho dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel¹⁵⁴.

¹⁴⁸ C. FRANCK, "L'évolution des méthodes de protection...", op. cit., n° 22 ; voir également B. CHENOT, "Le Conseil constitutionnel (1958-1985)", LPA, 1985, n° 6, pp. 18 et s. Analyse reprise par X. PHILIPPE, "*Le contrôle de proportionnalité...*", op. cit., p. 176.

¹⁴⁹ CC, décision n° 83-164 DC 29 décembre 1983, Rec. p. 67, cons. n° 38.

¹⁵⁰ CC, décision n° 2001-457 DC du 27 décembre 2001, Rec. p. 192, cons. n° 9.

¹⁵¹ Parmi de nombreuses décisions, décision n° 2001-455 DC du 12 janvier 2002, "*Loi de modernisation sociale*", Rec. p. 49, cons. n° 94.

¹⁵² CC, décision n° 2000-436 DC du 7 décembre 2000, "*Loi sur la solidarité et le renouvellement urbain*", Rec. p. 176. En l'espèce, la disposition législative critiquée n'apportait pas à la réalisation de l'objectif pour toute personne de disposer d'un logement décent une contribution qui justifie la grave atteinte portée à l'économie des contrats. Le législateur a donc manifestement méconnu la liberté découlant de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Même conflit de dispositions constitutionnelles mais conclusion inverse : décision n° 2001-455 DC du 12 janvier 2002, "*Loi de Modernisation sociale*", Rec. p. 49, cons. n°91 à 94.

¹⁵³ Ce qui compte, ce n'est pas la référence au caractère "manifeste" de l' "erreur", mais à la nature du contrôle exercé par ce biais : "*avec l'erreur manifeste, le Conseil introduit le contrôle de proportionnalité dans le contentieux constitutionnel (...) l'erreur manifeste permet au Conseil de mettre en balance d'un côté l'intérêt général poursuivi par la loi, et de l'autre les atteintes portées à tel ou tel principe ; et selon le résultat, selon que les atteintes seront jugées ou non par le Conseil disproportionnées, excessives eu égard à l'interprétation poursuivie par le législateur, la loi sera déclarée conforme ou non à la Constitution (...)*", voir D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, précité, p. 128 et s.

¹⁵⁴ On peut en effet retrouver dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel l'expression ambiguë "disproportion manifeste ou excessive". Bien qu'il ait affirmé le principe d'un contrôle restreint, il n'a pas hésité à censurer à deux reprises des dispositions législatives pour avoir édicté "*une sanction qui pourrait, dans nombre de cas, revêtir un caractère manifestement disproportionné*" (décision du 30 décembre 1987, *Loi de Finances pour 1988*) ou "*une sanction manifestement disproportionnée par rapport aux faits susceptibles de motiver de telles mesures*" (Décision du 20 juillet 1993). Voir également dans la décision n°2003-467 DC, "*Loi pour la sécurité intérieure*", JORF, 19/03/2003, p. 5570, le Conseil a estimé que la conciliation opérée par le législateur entre la sauvegarde de l'ordre public et la protection de la vie privée "n'est pas manifestement déséquilibrée".

Aussi et surtout, le phénomène inverse peut être observé. La recherche de proportionnalité a, en effet, tendance à s'estomper au profit de l'absence de disproportion. Le Conseil constitutionnel identifie alors le respect de la norme, la normativité, à l'absence d'anormalité¹⁵⁵.

Malgré l'absence d'une consécration jurisprudentielle aussi explicite que devant la Cour européenne, le contrôle de proportionnalité est indiscutablement présent au sein du contentieux constitutionnel français. Mais il s'exprime le plus souvent sous sa forme négative : le contrôle de la disproportion manifeste.

L'existence d'instruments de mesure du comportement du Législateur dans les jurisprudences étudiées ne fait aucun doute. Le contrôle des standards d'intelligibilité, légitimité et proportionnalité des mesures étatiques se retrouve devant le Conseil constitutionnel français comme devant la Cour européenne des droits de l'homme. Ces standards constitutionnels et européens font l'objet de contrôles variés. Rigoureux pour l'intelligibilité, restreint concernant la légitimité, il demeure en tout état de cause variable pour le standard de proportionnalité.

L'élaboration de ce type de standards a, en effet, pour but premier l'adaptabilité du droit à l'évolution sociale. Le standard procure à la règle ou au principe une flexibilité que ces normes ne possèdent pas toujours intrinsèquement. À cet égard, l'emploi de standards est toujours la marque d'un certain pragmatisme du juge concernant l'étendue de son pouvoir d'appréciation. Pouvoir qu'il module en fonction des circonstances politiques, sociales et économiques au moment de rendre sa décision. C'est pourquoi les contours de ce standard du " bon Législateur " demeurent flous. Sans doute les contrôles opérés par ces deux juridictions interviennent à des étapes différentes dans la vie d'un texte législatif, ce qui explique en partie la retenue du juge constitutionnel français, qui statue *in abstracto*, par rapport au juge européen. Néanmoins, si quelques grandes directives, dégagées dans cette étude, peuvent être retenues, le moment où le contrôle des standards fait basculer l'usage en abus de pouvoir n'est jamais déterminé à l'avance

Shirley Leturcq
Docteur en droit public
Université Paul Cézanne – Aix-Marseille III

¹⁵⁵ Voir sur ce point D. LOSCHAK, "Conseil constitutionnel et Conseil d'État. Débats", op. cit.