Rapport

LE PRINCIPE DE PROPORTIONNALITÉ DANS LA JURISPRUDENCE CONSTITUTIONNELLE*

Mohammed Amine BENABDALLAH

Professeur à l'Université Mohammed V, Rabat

Une réflexion sur la proportionnalité dans la jurisprudence constitutionnelle, alimentée et nourrie par les théoriciens et les praticiens qui participent à cette grande rencontre, nécessite d'abord que l'on précise ce que l'on entend par proportionnalité.

Il faut dire que c'est une expression qui n'est pas simple à cerner avec exactitude, tant il est vrai qu'elle peut être employée dans divers domaines et varier sensiblement selon la matière à laquelle elle est appliquée.

Néanmoins, dans le domaine juridique, elle révèle l'idée d'équilibre, d'adéquation, de rapports rationnels entre les moyens et le but à atteindre. En tout cas, l'idée de régulation.

Dès lors que cette idée d'adéquation et de régulation s'impose, on peut se rendre compte que la notion de proportionnalité n'est pas spécifique à la justice constitutionnelle et qu'elle est présente dans tous les domaines de la justice, notamment pénale, civile et administrative.

En fait, en droit public, on peut dire que c'est bien là son domaine d'élection dans la mesure où le juge administratif, après avoir franchi les étapes de contrôle de l'action administrative au regard de la compétence, de la forme, du but, a procédé au perfectionnement des moyens qu'il utilise en contrôlant si l'acte en lui-même, la mesure prise par l'autorité administrative, n'est pas disproportionnée par rapport au but poursuivi et au motif, la cause, qui est à l'origine de l'acte en lui-même.

Et, voilà le mot de proportionnalité qui s'invite et qui en fait trouve sa place en toute légitimité dans la jurisprudence constitutionnelle.

J'ai dit qu'il s'était invité en matière constitutionnelle pour la raison simple que si l'on excepte quelques rares cas (Suisse, article 5 de la Constitution du 18 avril 1999 «L'activité de l'Etat doit répondre à un intérêt public et être proportionnée au but visé» ;

* Communication présentée oralement en séance plénière au IX^e Congrès mondial de droit constitutionnel qui s'est tenu à Oslo du 16 au 20 juin 2014.

et dans le même sens, l'article 25, alinéa premier introduit par la révision constitutionnelle de 2001, en Grèce ; également l'Albanie, article 17 ; la Roumanie, article 53, le Burundi, article 19), la plupart des Constitutions n'en parlent pour ainsi dire pas. Mais est-ce à dire qu'il n'a pas sa place parmi les techniques de contrôle ?

Bien au contraire !

Tout comme il a éclos dans les autres domaines juridiques, notamment administratif, il est apparu tout naturellement dans celui de la justice constitutionnelle où le rôle du juge ne doit pas se limiter à une mesure purement technique, mécanique de la norme législative à la norme constitutionnelle, mais doit, si je puis me permettre, faire parler la constitution et au besoin la compléter au regard de l'esprit dans lequel elle a été pensée et rédigée.

Et c'est dans ce cadre précisément que les différents juges constitutionnels ont adopté la technique du contrôle de proportionnalité pour apprécier la norme législative.

Bien que certains juges l'aient adoptée ou aient eu l'occasion de l'adopter avant d'autres, force est de convenir que la proportionnalité a un caractère universel. Néanmoins, il me semble que l'on ne doit pas se contenter de son existence et de ses vertus au point de se dissimuler les risques que son usage immodéré ou, tant que l'on y est, disproportionné, peut impliquer.

*

* *

Au niveau international, on s'accorde à distinguer deux grands systèmes de contrôle de proportionnalité.

– Le système allemand suivi par plusieurs pays européens et le système du Common law qui en est l'alternative. A la fin du 19^e siècle et au début du 20^e, le contrôle est apparu dans le cadre d'un mécanisme juridique tendant à délimiter le pouvoir exécutif. Bien illustré par la phrase de Jellinek « On ne tire pas sur les moineaux avec un canon ! », le contrôle de proportionnalité s'est imposé dans le domaine des pouvoirs de police (décisions du 14 juin 1882 et 10 avril 1886), pour s'étendre, plus tard, au domaine législatif.

La Cour constitutionnelle fédérale l'a explicitement défini dans une célèbre décision « Pharmacies » (Apothekenurteil) rendue le 11 juin 1958, en divisant le principe en trois sous-principes consistant dans l'aptitude, la nécessité et la proportionnalité au sens strict.

– En parallèle avec cette conception, le système common law a également eu recours à une technique similaire, c'est le « principe of reasonableness », fondé sur l'idée qu'une décision ne doit pas avoir des effets déraisonnables, disproportionnés avec ce que l'on pourrait en attendre.

Proche de ce principe, se trouve la notion de « balancing » de la jurisprudence américaine. Et l'on sait que ce terme qui avait fait d'abord son entrée à travers le droit privé, n'a pas été introduit afin de délimiter le pouvoir de police, mais pour pondérer l'application des droits à l'intérêt général.

A partir de ces grands systèmes, très brièvement présentés pour respecter le temps, on se doit de mentionner la jurisprudence administrative du Conseil d'Etat français, notamment l'arrêt du 19 mai 1933, Benjamin rendu en matière de police administrative, ainsi que les grandes avancées du contrôle de constitutionnalité où la proportionnalité se mesure par le recours à la notion d'erreur manifeste d'appréciation, C.C. 16 janvier et 11 février 1982, Nationalisations, notion que le Conseil d'Etat avait déjà adoptée en 1953, dans l'arrêt Denizet.

Dans l'arrêt du Conseil constitutionnel, on peut en effet lire : « Considérant que l'appréciation portée par le législateur sur la nécessité de nationalisation décidées par la loi soumise à l'examen du Conseil constitutionnel, ne saurait en l'absence d'erreur manifeste d'appréciation, être récusée par celui-ci dès lors qu'il n'est pas établi que les transferts de biens et d'entreprises présentement opérés, restreignent le champ de la propriété privée et de la liberté d'entreprendre au point de méconnaître les dispositions précitées de la déclaration de 1789 ».

Plus proche de votre orateur, je citerai une récente décision du Conseil constitutionnel marocain, du 3 juin 2012, qui a reconnu au législateur le pouvoir de dresser une liste d'établissements et d'entreprises dites stratégiques, en précisant que son pouvoir n'est pas contraire à la Constitution tant que son exercice n'est pas entaché d'erreur manifeste d'appréciation.

Dans cette décision on peut relever « Et, considérant que la Constitution, en disposant dans son article 49 que la liste des établissements et entreprises publiques stratégiques est fixée par une loi organique, sur la base de la collaboration des pouvoirs publics qui constitue l'un des fondements sur lesquels repose le régime constitutionnel du Royaume en vertu de l'article premier de la Constitution et au regard des éléments matériels et moraux des établissements et entreprises publics, de la nature de leur activité, de l'objectif de leur création et de leur impact dans un domaine donné, a confié au législateur la prérogative d'apprécier ceux parmi les établissements et entreprises publics qui rentent ou ne rentent pas dans le cadre des établissements et entreprises publics stratégiques et qu'il n'appartient pas au Conseil constitutionnel de contrôler cette prérogative tant que son exercice n'est pas entaché d'une erreur manifeste d'appréciation ».

A la lumière de ce qui vient d'être présenté, on peut avancer que le contrôle de proportionnalité, même en ayant une origine que l'on localise au sein d'un système donné, n'est pas moins une technique que l'on retrouve dans toutes les jurisprudences. Sans doute, se présente-t-elle de manière différente, mais son objet demeure invariable en résidant dans l'effectivité du contrôle. Car on ne doit pas oublier que même si la constitution reconnaît un pouvoir souverain au parlement dans l'édiction de normes législatives, il demeure un pouvoir qui ne peut s'exercer que dans le respect de la constitution.

A cet égard, le contrôle juridictionnel par le recours à la technique de la proportionnalité s'avère un moyen de limiter le pouvoir discrétionnaire – je dirai, souverain – du législateur

pour qu'il ne penche pas vers le déraisonnable. Là est sans doute toute sa vertu, mais ne risque-t-il pas de basculer vers la perversion ?

*

* *

J'avoue que l'idée de risque n'est pas sans surprendre, voire de choquer! Mais, à voir de près, n'y a-t-il pas un risque de prise en main du législateur par le juge constitutionnel? Un risque de l'instauration d'un gouvernement des juges ?

Je voudrais dire, sans prétendre révéler quoi que ce soit, que tant que le juge exerce son office par référence à des normes écrites clairement consacrées par la constitution, la mesure paraît juste et convaincante, mais à partir du moment où il substitue son appréciation à celle du législateur, il y a fort à penser que le jugement risque de s'éloigner de l'objectivité voulue pour se rapprocher de la subjectivité.

Il est des cas en effet où la loi peut être parfaitement conforme à la constitution au regard de la forme et de la compétence, mais où le législateur a toute la latitude d'exercer un certain pouvoir discrétionnaire quant au différents choix qui s'offrent à lui entre un minimum et un maximum.

De ce point de vue, le juge constitutionnel peut estimer que le législateur a dépassé le seuil qui à ses yeux ne devait pas être dépassé. N'est-ce pas ce qui est annoncé lorsqu'on lit dans une décision que la loi n'est pas contraire à la constitution tant qu'il n'y a pas d'erreur manifeste d'appréciation? Dans une telle décision, le juge ne reconnaît-il pas que le domaine appartient bel et bien au législateur, mais qu'il peut le conquérir si ce même législateur, tout en exprimant la volonté générale de la nation, s'oriente dans une voie conforme à la constitution mais inappropriée au regard de la proportionnalité ?

En un mot, en lui-même, le principe, ou, si l'on veut, la technique, n'est pas sans danger dans la mesure où il peut donner lieu à la remise en cause des décisions prises par le législateur non point parce que contraires à la constitution, mais parce que dépassant les limites d'une proportionnalité qui peut être variable.

En droit administratif, la technique a été certes d'un grand apport pour limiter l'arbitraire par le recours entre autres à la notion d'erreur manifeste d'appréciation ou au bilan coût-avantages ou même au contrôle redouté de l'opportunité, mais cela est-il complètement transposable en droit constitutionnel ?

En définitive, on peut dire que la proportionnalité est plus une méthode désignant un certain nombre de contrôle qu'un principe stricto-sensu. Il relève du pragmatisme en ce sens qu'il demeure dépendant de la manière dont le juge s'acquitte de sa tâche et de son souci de rendre des décisions justes qui reflètent les valeurs constitutionnelles sans pour autant verser dans l'usage immodéré d'une technique incontestablement pleine de vertus, mais non dépourvue de perversion!

Je vous remercie de votre attention.