Le dynamisme de la proportionnalité : enjeux de la fragmentation tripartite du principe dans le processus juridictionnel

Michael Koskas

Édition électronique

URL : <http://journals.openedition.org/revdh/5352>

DOI : 10.4000/revdh.5352

ISSN : 2264-119X

Éditeur

Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux

Référence électronique

Michael Koskas, « Le dynamisme de la proportionnalité : enjeux de la fragmentation tripartite du principe dans le processus juridictionnel », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], 15 | 2019, mis en ligne le 11 décembre 2018, consulté le 10 décembre 2020. URL : <http://journals.openedition.org/revdh/5352> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/revdh.5352>

Ce document a été généré automatiquement le 10 décembre 2020.

Tous droits réservés

Le dynamisme de la proportionnalité : enjeux de la fragmentation tripartite du principe dans le processus juridictionnel

Michael Koskas

- 1 De tous les concepts structurant le constitutionnalisme contemporain, il n'en est pas de plus interrogé, de plus propice à tout discours scientifique que le principe de proportionnalité¹. Dépassant le simple mode de raisonnement juridictionnel, la doctrine constitutionnelle et comparatiste l'érige rapidement tant comme l'instrument central au service du juge dans sa mission de protection des droits fondamentaux² que comme un exemple particulièrement révélateur de *legal transplant* abouti, attestant de la convergence des systèmes juridiques européens³. Suivant ce point de vue, rien n'interdit de partager les opinions d'Alec Stone Sweet considérant le principe de proportionnalité comme « un élément fondateur du constitutionnalisme global » ou de Mattias Kumm selon qui « l'utilité du principe de proportionnalité peut transcender les limites de l'analyse juridique pour fournir un modèle adapté à la prise de décision politique et au raisonnement d'ordre pratique »⁴. En cela, cette « forme juridique » que constitue le principe de proportionnalité suggère un terrain d'analyse particulièrement favorable au développement d'une approche pragmatique se voulant plus attentive à la formulation du langage juridique et de ses effets⁵.
- 2 Pourtant, les démarches essentialistes gouvernent habituellement l'étude du principe de proportionnalité⁶. Héritée du droit administratif allemand, sa forme originale fragmentée en trois éléments que sont l'adéquation, la nécessité et la proportionnalité *stricto sensu* serait d'une certaine manière porteuse d'une essence propre au service des droits fondamentaux, sans encombre transposable d'un système juridique à un autre⁷. Robert Alexy suggère ainsi au juge le suivi d'une méthode universelle⁸ et rigoureuse pour une mise en œuvre adéquate de ce principe et respectueuse des principes constitutionnels ; de cette manière, la proportionnalité permettrait au juge d'entamer

une réflexion équilibrée autour des droits fondamentaux, éloignée du carcan de la technicité propre au raisonnement juridique traditionnel⁹.

- 3 S'inspirant des travaux issus du pragmatisme américain, la démarche proposée ici ne conçoit pas les « formes » mobilisées aujourd'hui comme déterminées « par elles-mêmes ». Bien au contraire, il ne s'agit pas de rendre compte de l'existant mais de considérer avec William James que « ce qui existe réellement ce ne sont pas les choses, mais les choses en train de se faire »¹⁰, c'est-à-dire finalement de remettre au centre de l'attention l'idée de *processus*¹¹.
- 4 Suivant les orientations suggérées par ce cadre épistémologique, c'est d'une certaine manière au processus de fragmentation du principe de proportionnalité (en trois étapes) « en devenir » qu'il faudra s'intéresser, bien plus qu'à sa forme fragmentée considérée comme « statique ». Pour le dire autrement, bien que cette dernière puisse à certains égards paraître figée et stable, il faut la concevoir en action et perpétuellement en train de se (dé)faire, un état où rien ne permet de la prémunir de l'expérience¹².
- 5 À cet égard, la dimension contextuelle du concept de *dispositif*, telle qu'initialement développée par Michel Foucault puis réappropriée plus tard par le sociologue Bruno Latour, confère un cadre théorique particulièrement propice au développement d'une enquête pragmatique s'intéressant à une forme juridique comme le principe de proportionnalité. L'exemple caractéristique de *dispositif* se retrouve chez Michel Foucault à travers sa description du panoptique ; en permettant de surveiller sans être vu, celui-ci *incite* les personnes à adopter un bon comportement. Bruno Latour généralisera plus tard cette notion à l'ensemble des procédés organisationnels et environnementaux¹³.
- 6 Reprendre ici ce concept de *dispositif* dans le cadre d'une étude touchant au principe de proportionnalité pourrait s'avérer particulièrement fructueux en ce que, si celui-ci ne véhicule aucune essence, il dispose néanmoins de son propre effet en incitant le juge (de la même manière que le panoptique incite le prisonnier) à suivre un certain comportement qu'il conviendra de mettre au jour. Transposé au principe de proportionnalité, le problème pourrait être ainsi formulé : en quoi la fragmentation tripartite du principe de proportionnalité peut-elle avoir un effet sur le processus juridictionnel ? Quelle conception du droit véhicule-t-elle ? La compréhension de tels enjeux suppose d'une part une plongée au cœur même du dispositif en l'interrogeant sur son objet initial, c'est-à-dire son *intentionnalité* : à quel objectif stratégique initial répond-il ? Mais elle suppose d'autre part que ce dispositif, manipulé au gré des divers contextes pragmatiques de l'action du juge et de ses interlocuteurs acquière une dynamique ultérieure, distincte son objectif stratégique initial¹⁴.
- 7 Considérer qu'une forme juridique puisse avoir un quelconque effet sur le processus juridictionnel doit être clairement distingué de tout essentialisme dans l'appréhension du droit : ce sont les pratiques des acteurs du droit dans le maniement de ces dispositifs qui produisent des effets et non l'inverse.
- 8 Dans cette perspective, une tentative de compréhension du principe de proportionnalité à travers sa formulation spécifique suppose ainsi de percevoir de quelle manière de tels dispositifs juridiques confèrent une certaine autonomie au discours juridictionnel (I), avant d'interroger plus spécifiquement la dynamique à l'œuvre dans la fragmentation du principe de proportionnalité : quelle était

l'intentionnalité initiale du dispositif, en quoi sa manipulation actuelle produit de nouveaux effets ? (II).

I/ - Vers une autonomie du discours juridictionnel par l'institution de *dispositifs*

- 9 Pour les partisans d'un réalisme radical, considérant que le sens de la décision rendue par le juge dépendra presque exclusivement de facteurs insaisissables, pour partie exogènes, comme ses convictions profondes, les rapports de force à l'œuvre, ou la qualité de son petit déjeuner, cette question de la fragmentation du principe de proportionnalité dans le raisonnement juridique importe peu, voire même n'a pas lieu d'être¹⁵. L'étude du raisonnement apparaît en effet superflue dès lors qu'on le perçoit comme un simple paravent dissimulant des considérations extra-juridiques plus profondes et souvent inaccessibles. Nul besoin alors de procéder à une étude approfondie de la fragmentation du principe de proportionnalité, puisque la forme du raisonnement ne sera jamais qu'un simple « habillage », un choix stratégique (individu rationnel) ou inconscient dans le recours à une méthode d'interprétation ; en somme : une justification *a posteriori*.
- 10 C'est en réaction à cette grille de lecture réductionniste que l'on souhaite proposer une démarche plus compréhensive de la mobilisation des formes juridiques dans le raisonnement juridictionnel. On rejettera donc cette approche purement instrumentale du droit le réduisant à l'intérêt ou la stratégie d'un juge qui ne ferait « [qu'] inventer après coup de fausses raisons de maquiller des motifs secrets, comme on trouve un alibi »¹⁶. Cette analyse tend plutôt à rendre compte *positivement* des contraintes propres à sa mobilisation dans des formes parfois très spécifiques, comme c'est le cas du principe de proportionnalité tel qu'il se trouve aujourd'hui fragmenté autour de l'étude de l'adéquation, de la nécessité et de la proportionnalité *stricto sensu*. En cela cette étude, délaissant la recherche des méthodes d'interprétation et des rapports de pouvoirs pour se concentrer sur le fonctionnement du « savoir juridique » et la manière dont le droit se constitue comme discours se rapproche des recherches de certains anthropologues du droit tels qu'Annelise Riles¹⁷.
- 11 En tentant, comme le suggèrent Luc Boltanski et Laurent Thevenot, de prendre au sérieux « l'impératif de justification »¹⁸, c'est-à-dire la nécessité pour le juge de produire un raisonnement justifié et cohérent, une telle perspective de type pragmatiste¹⁹ n'entend toutefois pas nier que le droit renferme des considérations politiques. Bien au contraire, il s'agit de saisir les formes juridiques en tant qu'elles constituent des « *dispositifs* », c'est-à-dire des procédés qui par leur agencement matériel et organisationnel tendent à inciter le juge à adopter un certain comportement, autrement dit à suivre une méthode de raisonnement spécifique. De cette manière, en prêtant une attention particulière à ces *dispositifs* que sont les formes juridiques, l'objet de cette enquête consiste précisément en une mise au jour des *choix* initiaux et contingents pris dans leur institution ; cet objet est en cela appréhendé comme proprement politique – cette dimension transparaissant ainsi aussi bien dans le choix décisionnel que dans la structure du raisonnement.

- 12 Des formes juridiques comme le syllogisme, le style rédactionnel des décisions ou bien le principe de proportionnalité sous sa forme tripartite constituent ainsi des *dispositifs*. Initiateur de ce concept, un *dispositif* serait selon Michel Foucault :
- [...] un ensemble résolument hétérogène, comportant des discours, des institutions, des aménagements architecturaux, des décisions réglementaires, des lois, des mesures administratives, des énoncés scientifiques, des propositions philosophiques, morales, philanthropiques ; bref, du dit aussi bien que du non-dit, voilà les éléments du dispositif. Le dispositif lui-même c'est le réseau qu'on établit entre ces éléments²⁰.
- 13 Chez l'auteur, l'hétérogénéité qui caractérise un *dispositif* est alors tout à fait centrale ; son étude ne peut ainsi passer outre la prise en compte de cette caractéristique. À rebours d'une approche structuraliste focalisée sur le seul discours juridictionnel ou législatif, ou bien d'une démarche exclusivement fondée sur l'analyse historique des propositions scientifiques, Michel Foucault opte pour une mise en réseau de l'ensemble de ces divers *éléments* ; celle-ci étant seule à même de fournir une description précise de l'objet.
- 14 Si l'analyse historique va rechercher et comprendre l'émergence d'un *dispositif* en s'interrogeant sur les objectifs initiaux de son institution (la recherche de l'intentionnalité stratégique du *dispositif*), elle ne peut occulter le moment où celui-ci acquiert une dynamique propre, cet instant où le *dispositif* devient autonome et produit des effets à travers sa mobilisation au fil du temps²¹.
- 15 Appréhender ainsi le langage juridique, en considération de ses propres effets, revient à relativiser l'approche purement fonctionnaliste du droit le réduisant à un simple moyen en vue de parvenir à une fin déterminée ; sans pour autant rejeter en bloc une telle démarche, celle proposée tend à y insérer une dimension culturelle. À travers l'usage des *dispositifs*, ces fins sont, à certains égards, déterminées par la technique juridique elle-même. Si cette dernière constitue bien un instrument à la disposition du juge, il demeure en effet contraint par la culture véhiculée²² à travers l'usage de ces *dispositifs*.
- 16 C'est d'une certaine manière un phénomène de *littéralisation*²³ qui se retrouve alors à travers la mobilisation des formes juridiques : à quel ensemble d'opérations chaque forme juridique demeure-t-elle associée ? En quoi la mobilisation pragmatique du principe de proportionnalité sous sa forme fragmentée contribue-t-elle, par son agencement, à instaurer des limites au pouvoir étatique ? Pour le dire plus simplement, quelle est la force du dispositif de la proportionnalité ? Afin de comprendre son langage, reste à découvrir son *intentionnalité*.
- 17 Interroger le principe de proportionnalité dans sa formalisation au travers du discours juridique, en évitant l'écueil d'un excès de fonctionnalisme, permettra sans doute de mieux percevoir sa dynamique à travers les contraintes spécifiques, pesant sur sa mise en œuvre dans un contexte pragmatique spécifié.

II/ - La proportionnalité fragmentée : le dynamisme du processus

- 18 Le principe de proportionnalité tel qu'il se manifeste aujourd'hui en tant que *dispositif* sous la forme d'un « triple test » résulte d'un ensemble d'opérations initiales (de

« choix politiques » pourrait-on dire) qui l'ont institué et le travaillent encore aujourd'hui de manière quotidienne dans l'activité juridictionnelle et même au-delà²⁴.

- 19 En tentant de nuancer les approches purement instrumentales du droit par une appréhension du langage juridique comme doué d'une certaine autonomie, l'orientation pragmatique ici suivie s'inscrit dans une démarche scientifique compréhensive en ce qu'elle s'intéresse aux effets du principe de proportionnalité sur le comportement des acteurs dans un contexte délimité, c'est-à-dire à la transformation du *dispositif*, c'est-à-dire de son intentionnalité initiale²⁵. Cette enquête sur les effets du discours juridique est en outre d'autant plus intéressante qu'elle a trait à un modèle de justification tout à fait singulier. Le raisonnement de la proportionnalité est en effet fragmenté en plusieurs étapes précisément identifiées et largement diffusées en Europe. Suivant la posture méthodologique inspirée notamment par Michel Foucault et les récents développements de la sociologie pragmatique, la compréhension de ce principe de proportionnalité passe par une double mise au jour : l'une à propos de la production du principe de proportionnalité en tant que *dispositif* (A), l'autre concernant sa transformation, c'est-à-dire la dynamique qu'il a acquise à travers sa mobilisation dans différents contextes pragmatiques (B)

A/ - Généalogie du langage : l'intentionnalité initiale du *dispositif* de la proportionnalité

- 20 Historiquement, l'initiative de la fragmentation du principe de proportionnalité en trois éléments que sont l'adéquation, la nécessité et la proportionnalité *stricto sensu* est ancienne et trouve son origine dans l'Empire allemand où, dès la fin du XIX^e siècle, celui-ci acquiert une place reconnue en droit administratif²⁶. La mobilisation de ce principe est alors remarquable pour ce qui concerne la vérification de la légalité des mesures de police²⁷. Le principe de proportionnalité est ensuite repris à l'occasion du contrôle de constitutionnalité des lois en vue de vérifier si le législateur n'a pas porté une atteinte excessive aux droits fondamentaux²⁸. Sans se limiter à une telle modalité de contrôle, il s'applique également en dehors des cas où un droit fondamental est en cause, par exemple pour vérifier si la séparation des pouvoirs est bien respectée entre les différents organes de l'État²⁹.
- 21 Cette application régulière par les tribunaux allemands suscite la curiosité de nombreux juristes qui y consacrent une part quelquefois non négligeable de leurs travaux³⁰. Le principe de proportionnalité est alors interrogé notamment dans son rapport au pouvoir discrétionnaire du juge³¹. Si l'on se souvient de la célèbre métaphore employée par le juriste Walter Jellinek (1851-1911) pour le décrire : « le problème de la proportionnalité est de savoir si l'on n'a pas tiré sur des moineaux avec un canon »³². Il faut aussi rappeler l'importance que celui-ci lui conférait dans le cadre de la protection des droits et libertés en le considérant comme un « corolaire du principe de légalité »³³ : une mesure étatique est légale si seulement si les moyens de sa mise en œuvre sont proportionnés au but recherché.
- 22 Le principe de proportionnalité devient alors rapidement en Allemagne un instrument juridique contraignant pour l'État. Le juge allemand ne se contente plus seulement d'apprécier la légalité d'une mesure étatique « en elle-même », ce principe le pousse à accroître son contrôle en considérant les objectifs que ces mesures prétendent atteindre. En témoigne ainsi la constitutionnalisation de ce principe après la Seconde

Guerre mondiale et sa première mise en œuvre par Tribunal constitutionnel fédéral allemand dans sa célèbre décision *Pharmacie*³⁴. Selon Michel Fromont, il s'agit dès lors « [d'] un principe qui prohibe toute atteinte excessive aux droits ou à la situation d'un individu et qui impose donc à l'État une obligation de modération ».

- 23 À la lumière du contexte à travers lequel le principe de proportionnalité (c'est-à-dire ce *dispositif* d'incitation à un certain comportement donné) se construit, se modèle et s'affirme, l'objectif est alors clair : instaurer un « cadre conceptuel »³⁵ au sein duquel seront pris en compte les objectifs avancés par les autorités publiques et l'adéquation des moyens mis en œuvre pour les atteindre³⁶. Il s'agit autrement dit de favoriser la mise en place d'un modèle de justification des mesures prises par l'État en vue de limiter les atteintes excessives aux droits des individus (ou des entités étatiques concernées) et imposer aux autorités une obligation de modération.
- 24 Cette capacité du concept de proportionnalité à exiger une justification fondée sur ce triptyque de critères est d'autant plus intéressante qu'elle lève le voile sur le projet politique à l'œuvre à travers le recours à cette forme juridique : soumettre les atteintes aux droits et libertés à une *justification rationnelle*. Le discours soumis au juge doit être ainsi fondé sur la *preuve* que les objectifs étatiques et la capacité des moyens mis en œuvre pour les atteindre sont cohérents au regard de chacun des critères avancés³⁷.
- 25 Les trois fragments du principe, aujourd'hui bien connus, concourent ainsi chacun à l'exigence de rationalité du raisonnement soumis au juge³⁸. Pour ce qui concerne l'appropriation de la mesure restrictive de liberté (*Geeingnetheit*), bien que le juge constitutionnel allemand fasse montre d'une certaine souplesse quant à son appréciation³⁹, ce critère nécessite de la part de l'autorité compétente la formulation d'un *pronostic* quant à la capacité de la mesure à protéger l'intérêt légitime mis en péril par la liberté⁴⁰. Concernant ensuite le critère de la nécessité de la mesure (*Erforderlichkeit*), c'est une *démonstration* quant au caractère le moins préjudiciable possible de la mesure pour les droits en cause qui est attendue de la part de l'autorité⁴¹. Enfin, à propos de la proportionnalité au sens strict (*Verhältnismässigkeit im engeren*) consistant à vérifier que la mesure n'est pas d'une sévérité excessive, l'épreuve de justification exigée par le juge est loin d'être insignifiante ou négligeable : après avoir réalisé une pondération des intérêts en présence, l'autorité doit en effet *démontrer* que la liberté promue par la mesure est axiologiquement supérieure à celle restreinte, cela au regard du « système de valeurs » consacré par la Loi fondamentale allemande – cette démonstration devant en outre s'effectuer au regard des circonstances en cause, c'est-à-dire en considération de l'espèce⁴².
- 26 Ce sont ainsi tout à la fois des pronostics, des démonstrations relatives au caractère préjudiciable et excessif de la mesure, et ce qui doit apparaître comme une justification causale qui sont exigés par le juge dans son contrôle. Par ce choix (politique) consistant à inciter l'autorité normative à déployer un argumentaire rationnel afin de justifier le caractère proportionné de la mesure prise, chaque étape (ou fragment) du principe de proportionnalité constitue pour celle-ci autant d'épreuves de justification dans la démonstration du bien-fondé de la mesure prise. C'est précisément en cela que la fragmentation du principe de proportionnalité participe d'un processus de rationalisation du droit des droits de l'homme, et plus largement du processus décisionnel.
- 27 En tout état de cause, il faut souligner que le recours à ce mode de justification fondé sur la raison n'allait pas « de soi » et constitue bien un choix initial parmi d'autres

possibles : celui d'une attitude rationaliste dans la pratique du droit de la proportionnalité. Auraient pu être privilégiées des approches plus éloignées de toute idée de rationalité comme par exemple le choix d'une démarche traditionaliste. Une autorité pourrait en effet avancer l'argument qu'une mesure *x* est proportionnée au regard de la « tradition » de l'État de recourir habituellement à ce type de mesure. Elle n'aurait cependant aujourd'hui que peu de chance d'être reçue par les juges allemands du fait de leur conception du principe de proportionnalité tel qu'elle ressort des jurisprudences précitées. Le choix d'une justification de la proportionnalité fondée sur la rationalité apparaît ainsi clairement. C'est en cela que la fragmentation du principe de proportionnalité dans le raisonnement juridique demeure d'une certaine manière contraignante.

- 28 Comment expliquer cependant la perpétuation de ce *dispositif* dans le raisonnement juridique – et même son extension considérable dans de nombreuses autres juridictions européennes ?

B/ - La dynamique ultérieure : splendeur et misère du processus

- 29 Les effets associés au principe de proportionnalité ne doivent rien à sa prétendue substance qui précéderait sa mise en œuvre ; plutôt que de le considérer comme stable et figé, il faut l'envisager à travers son action et son évolution⁴³. Deux phénomènes constituent, semble-t-il, des vecteurs essentiels à cette dynamique : sa manipulation par les interlocuteurs du juge et sa transposition dans d'autres systèmes juridiques.

i/ - Manipuler le langage de la proportionnalité au quotidien

- 30 En Allemagne, la perpétuation de ce modèle à trois critères ne peut ainsi s'expliquer par la simple répétition du même, détachée de toute réflexivité ; c'est au contraire à travers leur travail de qualification que le juge (dans la formulation de sa décision) autant que les parties (à travers les écritures et les plaidoiries) participent au renforcement du *dispositif* de la proportionnalité. Pour le dire autrement, c'est en acceptant le cas échéant de se conformer aux pratiques argumentatives des juges, en l'occurrence du modèle de la fragmentation du principe de proportionnalité, que les écritures et plaidoiries des parties participent pleinement du choix d'un processus décisionnel rationnel. Le *dispositif* se trouve ainsi renforcé – ou au contraire affaibli – par sa mobilisation discursive par les acteurs du droit.
- 31 Et pourtant, le juge tout autant que l'avocat n'y sont absolument pas contraints juridiquement. Ce dernier recourt à une fragmentation du principe de proportionnalité dans ses écritures parce qu'il estime sans doute que cette stratégie contentieuse, consistant à démontrer de manière rationnelle l'absence de proportionnalité d'une mesure étatique, s'avère en l'espèce plus convaincante qu'une autre qui consisterait par exemple à argumenter en dehors du terrain juridique. De telles stratégies contentieuses existent néanmoins, de sorte que la proportionnalité ne constitue pas la seule et unique forme d'argumentation. C'est le cas par exemple du « procès de rupture » fréquemment mobilisée par Jacques Vergès, laquelle, plutôt que d'argumenter sur le terrain juridique, tend à dénier toute légitimité au magistrat en charge de l'affaire⁴⁴. De manière moins radicale et plus courante, cette hypothèse se retrouve aussi lorsque l'on prête l'oreille à certaines plaidoiries développées rue de Montpensier : ici certains avocats comme François Sureau⁴⁵ préfèrent recourir à des démonstrations parfois plus

politiques ou sociologiques que proprement juridiques. Certains facteurs encouragent sans doute l'avocat à recourir à ce type de stratégie contentieuse : une audience filmée et retransmise en direct à la presse et au grand public ; la renommée de l'avocat à l'égard des juges constitutionnels et de l'opinion ; la qualité des membres parfois particulièrement sensibles à ce type d'arguments du fait d'engagements passés souvent politiques – ce qui est aisément perceptible dans les questions posées par ces derniers⁴⁶, etc. Finalement, ces deux types de pratiques contentieuses, en évitant de reproduire les formes argumentatives du juge, comme celle du principe fragmenté de proportionnalité, participent à certains égards à l'affaiblissement de ces *dispositifs*.

- 32 Dans ce jeu de renforcement ou d'affaiblissement du *dispositif*, les discours extérieurs aux arènes judiciaires ont aussi leur rôle à jouer. À travers ses commentaires et contributions, la doctrine participe ainsi d'une remise en cause perpétuelle du principe institué, autrement dit de la *tendance à agir* des juridictions et des argumentaires des parties. Le juriste Otto Mayer (1846-1924), par sa volonté d'ancrer le principe de proportionnalité dans le droit naturel, participe assurément à son renforcement⁴⁷ ; les analyses précédemment citées de Walter Jellinek et de Ernst Forsthoff vont également dans le sens d'une consolidation du *dispositif*.
- 33 C'est pourquoi, à des niveaux d'intensité variables, chaque discours à propos de la mise en œuvre du principe de proportionnalité constitue une épreuve pour le maintien de ce *dispositif*. De ce point de vue, il apparaît que les manipulations de ce langage de la proportionnalité dans d'autres systèmes juridiques constituent autant d'épreuves tout aussi subversives à l'égard du principe.

ii/ - Transplanter ce langage dans un autre contexte

- 34 Outre sa manipulation par le juge et ses interlocuteurs, le principe de proportionnalité peut être également soumis à une épreuve de transposition dans un ou plusieurs autres systèmes juridiques. Et pour cause, du fait de l'importance du phénomène de « transplantation » du principe de proportionnalité à travers une grande partie de l'Europe et du monde, celui-ci est souvent considéré comme l'exemple typique d'un phénomène de transplant réussi. Qu'il s'agisse en Europe de la Cour européenne des droits de l'homme, de la Cour de justice de l'Union européenne, ou encore de certaines cours constitutionnelles (comme c'est le cas du Conseil constitutionnel français, du Tribunal constitutionnel espagnol ou encore de la Cour constitutionnelle italienne), nombreuses sont les juridictions qui à l'image du modèle allemand fragmentent aujourd'hui le principe de proportionnalité pour en apprécier un à un ses composants et en déduire le cas échéant le caractère proportionné de la mesure⁴⁸. L'observation des pratiques de ces juridictions témoigne ainsi d'une relative uniformité à l'égard de la configuration d'un principe de proportionnalité fragmenté en plusieurs étapes⁴⁹.
- 35 Parmi l'ensemble de ces juridictions, deux s'inspirent particulièrement du *dispositif* institué par les juridictions allemandes : la Cour de Justice de l'Union européenne⁵⁰ et le Conseil constitutionnel français. Ces deux autorités reprennent en effet les trois éléments de contrôle du modèle allemand, à savoir l'adéquation, la nécessité et la proportionnalité *stricto sensu*. En cela, par l'adoption de ce *dispositif*, elles témoignent de leur volonté de ne plus limiter leur contrôle au contenu de la norme elle-même mais d'aller au-delà, en l'étendant aux objectifs avancés par les pouvoirs publics dans l'édiction de leurs normes⁵¹.

- 36 Pourtant, l'attitude de ces juridictions consistant à affirmer leur attachement à ce type de contrôle de proportionnalité à l'allemande ne peut suffire à considérer que ce dernier véhicule avec lui un pouvoir de contrainte similaire. L'attitude anti-essentialiste revendiquée ici impose de considérer le niveau de contrainte, non pas seulement à travers la revendication effective d'une vérification à trois niveaux de la proportionnalité, mais à travers la *signification pragmatique* de chacun des niveaux tels qu'ils sont dégagés par les Cours⁵². Il s'agit, pour le formuler plus simplement, d'évaluer la contrainte au regard de la profondeur du contrôle exercé par les Cours sur chacun des fragments du principe. Suivant cette perspective, il y aurait autant de niveaux de contrainte qu'il y aurait de significations pragmatiques du principe de proportionnalité.
- 37 À travers le raisonnement du Conseil constitutionnel français par exemple, le *dispositif* de la proportionnalité ne produit pas les mêmes effets que celui utilisé par les juridictions allemandes. Il révèle une tout autre dynamique, bien plus attentive au respect des actes de l'autorité publique – en l'occurrence du législateur. C'est ce que dévoile en effet l'usage du principe de proportionnalité lors de sa première application par le Conseil en 1986⁵³. La lecture du compte rendu de délibération du 3 septembre 1986⁵⁴ témoigne de façon éclairante de ce travail du *dispositif* par les juges. Manifestant la crainte d'une trop grande intrusion à l'égard du pouvoir législatif, le Conseil constitutionnel a rapidement souhaité tempérer l'usage du *dispositif* de la proportionnalité tel que déployé en Allemagne (c'est-à-dire incitant les autorités à soumettre les atteintes aux libertés à une justification rationnelle).
- 38 L'exploitation du rapport de délibération montre en effet que l'extension du principe de proportionnalité au sujet de l'exécution des peines a été initialement suggérée au Collège par le membre rapporteur Léon Jozeau-Marigne sous la forme d'un considérant de principe ainsi rédigé :
- Considérant que le principe de proportionnalité des délits et des peines énoncé par l'article 8 de la Déclaration de 1789 ne concerne pas seulement les peines prononcées par les juridictions répressives, mais s'étend nécessairement à la période de sûreté qui, bien que relative à l'exécution de la peine, n'en relève pas moins de la compétence de la juridiction de jugement qui, dans les conditions déterminées par la loi, peut en faire varier la durée en même temps qu'elle se prononce sur la culpabilité du prévenu ou de l'accusé⁵⁵.
- 39 Cette extension du principe de proportionnalité a cependant été vivement rejetée et combattue par George Vedel, estimant notamment que « le Conseil ne doit pas paraître donner des leçons au législateur » et « qu'en l'absence d'erreur manifeste, il n'y a pas lieu d'exercer un contrôle étendu » et cela afin de ne pas « opérer un glissement dangereux »⁵⁶. Il poursuit en considérant que le principe de proportionnalité « ne se retrouve pas dans la décision du 19 et 20 janvier 1981 [...], ne figure pas dans le texte de la Constitution » et qu'ainsi il n'y a pas lieu de lui donner valeur constitutionnelle⁵⁷. C'est finalement ce raisonnement qui emporte la conviction du Collège, le principe de proportionnalité n'étant pas affirmé en tant que principe à valeur constitutionnelle ; le Conseil constitutionnel estimant dans sa décision
- qu'en l'absence de disproportion manifeste entre l'infraction et la peine encourue, il n'appartient pas au Conseil constitutionnel de substituer sa propre appréciation à celle du législateur en ce qui concerne la nécessité des peines attachées aux infractions définies par celui-ci ; qu'aucune disposition du titre premier de la loi n'est manifestement contraire au principe posé par l'article 8 de la Déclaration de 1789⁵⁸.

- 40 À travers son choix de limiter ainsi, bien plus qu'en Allemagne, son contrôle des objectifs du législateur, le juge constitutionnel français participe de la dynamique du *dispositif* qui va ici se trouver diminué.
- 41 Sur ce point, la position du Conseil constitutionnel va cependant évoluer et se rapprocher par la suite du modèle allemand. Puisque la systématisation de la jurisprudence du Conseil constitutionnel ne peut être ici qu'esquissée⁵⁹, il faut à tout le moins évoquer la décision de 2008 *Rétention de sûreté*⁶⁰ où le juge constitutionnel opère une véritable transposition du *dispositif* allemand du principe de proportionnalité avec une distinction claire des différents éléments du principe : adéquation⁶¹, nécessité⁶², proportionnalité⁶³.
- 42 Certes, cette décision témoigne, semble-t-il, d'une volonté du Conseil de s'inspirer du modèle allemand de contrôle de proportionnalité en ne limitant pas celui-ci au texte de la disposition concernée mais en y intégrant un contrôle des objectifs que ces normes permettent d'atteindre. Comparativement au modèle allemand néanmoins, deux remarques peuvent être formulées. Cette décision constitue, d'une part, un cas isolé ; à notre connaissance, aucune autre décision (et cela exclut l'étude du commentaire autorisé accompagnant le texte de la décision) ne procède à une analyse fragmentée du principe de proportionnalité. Les trois éléments sont le plus souvent fondus entre eux et l'analyse du juge débouche sur une brève motivation conduisant à déclarer, le cas échéant, la proportionnalité de la mesure prise par le législateur⁶⁴. Non sans lien avec cette première observation, le contrôle exercé rue de Montpensier s'avère, d'autre part, moins profond qu'en Allemagne puisque le juge constitutionnel fait montre d'une attitude de *self-restraint* dans sa recherche de moyens alternatifs, et ainsi dans son appréciation de la nécessité, en affirmant de manière lancinante que
- Le Conseil constitutionnel ne dispose pas d'un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement ; qu'il ne lui appartient donc pas de rechercher si l'objectif que s'est assigné le législateur pouvait être atteint par d'autres voies dès lors que les modalités retenues par la loi déferée ne sont pas manifestement inappropriées à la finalité poursuivie⁶⁵.
- 43 C'est ainsi à travers son maniement par le juge constitutionnel français que toute la dynamique autonome du *dispositif* de la proportionnalité apparaît : sa redéfinition par un contrôle superficiel⁶⁶, de l'étape de la nécessité à la faveur du Parlement témoigne de son autonomie et des nouveaux objectifs qu'il fait naître : assurer un contrôle des objectifs tout en conservant une attitude de *self-restraint* à l'égard du pouvoir législatif.
- 44 Si la profondeur du contrôle des différents éléments du principe apparaît comme différente dans l'appréciation qu'en font les deux juridictions, il ne faut cependant pas perdre de vue l'essentiel : en distinguant rigoureusement chacune des étapes, le juge constitutionnel français participe du renforcement du *dispositif* dans son intentionnalité initiale telle que dégagée en Allemagne, à savoir contribuer d'une certaine manière à une approche rationnelle du processus décisionnel.

*

- 45 C'est ainsi que semblent esquissées les prémisses ainsi que les choix épistémologiques relatifs à une étude plus générale des *dispositifs* transposés dans le raisonnement juridique et plus largement dans le droit. Si la démarche pragmatique entreprise ici reste modeste et ne fait que soulever sinon qu'effleurer des questions de fond méritant

des recherches et développements plus fouillés, elle pourrait néanmoins avoir le mérite d'aboutir à une compréhension générale et plus aboutie de la forme juridique tripartite que constitue le principe de proportionnalité. Cette démarche volontiers inspirée de diverses approches comme celle de Michel Foucault ou celle des sociologues pragmatiques serait en effet transposable à une analyse anthropologique du droit. Celle-ci viserait à interroger le juge dans son environnement matériel par la voie de *dispositifs* relationnels, spatiaux ou temporels par exemple, afin de tenter de mieux comprendre ses décisions.

- 46 La force d'une telle approche pragmatique du principe fragmenté de proportionnalité réside sans doute dans la prise de conscience de la dimension empirique du droit. Esquivant le double écueil d'une essentialisation de ce *dispositif* juridique (il existerait par lui-même en dehors de tout contexte) et celui de sa pure instrumentalisation par le juge (le principe de proportionnalité ne serait qu'une simple technique d'interprétation à l'entière disposition du juge), cette étude s'apparente à une immersion au sein des processus de politisation à l'œuvre à travers la technique juridique.

NOTES

1. V. par ex. le travail de référence de Robert ALEXY, *Theorie Der Gunderechte*, Baden-Baden, Nomos, 1985 et sa traduction anglaise *A Theory of Legal Argumentation : The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification*. Translated by Ruth Adler and Neil McCormick, 2nd ed, Oxford-New York, Clarendon Press, 2010 ; Alec STONE SWEET and Jud. MATHEWS "Proportionality Balancing and Global Constitutionalism", *Columbia Journal of Transnational Law* n° 47 :72, 2008, p. 73-164 ; Mattias KUMM, « Constitutional Rights as Principles : On the Structure and Domain of Constitutional Justice. A Review Essay on A Theory of Constitutional Rights » *International Journal of Constitutional Law* 2, n° 3, 2004, p. 575. Il ne s'agit là bien sûr que de quelques exemples de contributions révélatrices de la place acquise par le principe de proportionnalité, néanmoins pour un panorama doctrinal plus large v. la thèse récemment soutenue par Afroditi MARKETOU, *Local meanings of proportionality, judicial review in France, England and Greece*, EUI (European University Institute) PhD Theses, 2018, p. 7-36.

2. Les contributions de Robert Alexy au sujet du principe de proportionnalité s'inspirent largement de celles de Ronald Dworkin à propos de la pratique judiciaire développée dans Ronald DWORKIN, *Law's Empire*, London, Fontana Master Guides, 1986.

3. Pour abonder dans le sens de ce propos, peut être mentionné le fait que l'usage du principe de proportionnalité dépasse largement le cadre européen puisqu'il est aujourd'hui mobilisé notamment par les cours constitutionnelles du Canada, d'Afrique du Sud, d'Israël et de Nouvelle-Zélande, v. Afroditi MARKETOU, *op. cit.* p. 8.

4. « A foundational element of global constitutionalism » Alec STONE SWEET, *op. cit.* p. 160 ; « [...] proportionality's utility could transcend the limits of legal analysis to provide a model for political decision-making and practical reasoning », Mattias KUMM, « Democracy Is Not Enough : Rights, Proportionality and the Point of Judicial Review » Rochester, *Social Science Research Network*, 2009, p. 10, cités in Afroditi MARKETOU, *op. cit.* p. 9.

5. L'étude des « formes juridiques » recouvre ici celle de la formulation des énoncés normatifs dans le discours juridictionnel.
6. Référence peut être à nouveau faite ici aux travaux largement diffusés de Ronald DWORKIN, *op. cit.*, ou de R. ALEXI, *op. cit.*
7. Aharon BARAK, *Proportionality : Constitutional Rights and Their Limitations*, Cambridge, Cambridge Studies in Constitutional Law, 2012. V. aussi Bernhard SCHLINK, "Proportionality," in *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, ed. Michel ROSENFELD and András SAJÓ, Oxford, OUP, 2012 selon qui le principe de proportionnalité aurait un effet normatif à l'égard des cultures constitutionnelles, v. p. 7.
8. Du moins concernant les démocraties constitutionnelles.
9. Robert ALEXI, *op. cit.*
10. « *What really exists is not things made, but things in the making* » in William JAMES, *A Pluralistic Universe : Hibbert Lectures at Manchester College on the Present Situation in Philosophy*, New York, Longmans, Green & Co Editor, 1909, p. 263.
11. Cette centralité conférée à l'idée de processus constitue le cœur des développements du courant de pensée interactionniste s'étant développé aux États-Unis à partir des années 1950. Des auteurs appartenant à la Seconde École de Chicago comme Howard Becker, Erving Goffman et Anselm Strauss revendiquent leur attachement à ce courant ; pour plus d'éléments sur ce point, v. Cyril LEMIEUX, *La sociologie pragmatique*, Paris, La Découverte, « Repères », 2018, p. 21 et s.
12. Bien que rarement mobilisée en droit, une telle approche pragmatique se retrouve à certains égards dans la thèse récemment soutenue par Vincent RÉVEILLÈRE, *Le juge et le travail des concepts juridiques : le cas de la citoyenneté de l'Union européenne*, EUI (European University Institute), PhD Theses, 2017 (à paraître aux éditions de la Fondation Varenne) où l'auteur s'intéresse à la construction et la transformation du concept de citoyenneté par les juges de la CJUE ; sur le principe de proportionnalité V. p. 414.
13. V. not. Bruno LATOUR, *Pasteur : guerre et paix des microbes*, Paris, La découverte, 2011, p. 74-76.
14. Pour davantage d'éléments sur la notion de dispositif telle que développée par Michel Foucault, voir Hervé DUMEZ, "Qu'est-ce qu'un dispositif ? Agamben, Foucault et Irénée de Lyon dans leurs rapports avec la gestion", *Le Libellio d'Aegis*, volume 5, n° 3, 2009, p. 34-39.
15. Si les tenants d'une doctrine aussi radicale demeurent aujourd'hui rares, sont ici visés les premiers réalistes américains comme par exemple les juges Olivier W. Holmes, Benjamin N. Cardozo ou Jerome Frank.
16. Luc BOLTANSKI et Laurent THÉVENOT, *De la justification. Les économies de la grandeur*, Paris, Gallimard, 1991, p. 54.
17. V. not. son approche pragmatique du concept de propriété (comment a-t-il été construit, quels sont ses effets ?) : Annelise RILES, *A New Agenda for the Cultural Study of Law : Taking on the Technicalities*, Cornell Law Faculty publications, 2005, p. 973-1033. D'autres auteurs optent également pour une telle approche comme Marina VALVERDE, *Law's dream of a common knowledge*, Princeton, Princeton University Press, coll. « Cultural lives of law », 2003 qui loin de percevoir le droit comme le reflet de rapports de forces extérieurs fait le choix d'une approche "micro" dans sa description des phénomènes juridiques.
18. Luc BOLTANSKI et Laurent THÉVENOT, *op. cit.*, p. 54.
19. Cette expression se réfère au programme de recherche initié par Luc Boltanski et Laurent Thévenot dans les années 1980 dont l'une des ambitions consistait, loin de certains développements déterministes de Pierre Bourdieu, à remettre au centre de l'attention du sociologue, les raisons d'agir des acteurs et les règles que ces derniers s'imposent. V. not. Luc BOLTANSKI et Laurent THÉVENOT, *op. cit.* Pour une remise en contexte de l'émergence de cette « nouvelle sociologie » v. Mohamed NACHI, *Introduction à la sociologie pragmatique*, Paris, Armand Colin, 2006, 223 p., p. 17-23.

20. Michel FOUCAULT, *Dits et écrits 1954-1988. Tome III : 1976-1979*, Paris, Gallimard, 1994. Pour une mise en contexte de l'usage de la notion de *dispositif* après M. Foucault, cf. le dossier « le dispositif entre usage et concept », in *Hermès La revue*, 1999-3, n° 25, p. 9-242. V. aussi Hervé Dumez, *op.cit.*, p. 34-39.
21. Hervé DUMEZ, *op. cit.* ; V. aussi Monique LINARD, « Conception de dispositifs et changement de paradigme en formation », *Éducation permanente*, Paris, La Documentation française, 2002, Regards multiples sur les nouveaux dispositifs de formation, p. 143-155.
22. Cette étude des formes culturelles véhiculées par le discours (notamment juridique) a été particulièrement mise en avant par l'anthropologue herméneutique Clifford Geertz prônant une « description dense » de l'action, c'est-à-dire qui intégrerait une multitude de points de vue, v. Clifford GEERTZ, « La description dense », *Enquête* [Online], n° 6, 1998, URL : <http://journals.openedition.org/enquete/1443>.
23. C'est-à-dire ce processus par lequel les choix initiaux, politiques, se retrouvent inscrits dans la technique juridique, autrement dit le raisonnement (ou les formes) juridique. Pour un aperçu plus complet des tenants et des aboutissants du processus de littéralisation, v. not. Simon BOUQUET, « Principes d'une linguistique de l'interprétation : une épistémologie néosaussurienne », *Langages*, 2012/1, n° 185, p. 21-33, p. 22-23.
24. Allusion faite ici au rôle de la doctrine, v. *infra*.
25. Cette posture s'inscrit notamment dans le droit fil des écrits de Max Weber faisant de la recherche des raisons d'agir des acteurs une priorité méthodologique pour le chercheur. V. parmi d'autres M. WEBER, *L'Éthique protestante et l'esprit du capitalisme*, Paris, Pocket, coll. « Agora », 1991, 285 p. (version originale : 1905).
26. Le propos ici développé au sujet de l'histoire et l'évolution du principe de proportionnalité en droit allemand se veut modeste sans nullement prétendre à une quelconque exhaustivité au regard de la littérature abondante qui lui est dédiée. Pour un aperçu de cette littérature, on peut se référer aux références suivantes. En langue française, V. not. Jürgen SCHWARZE, *Droit administratif européen*, Bruxelles, Bruylant, t. II, 1994, p. 729-736 ; Georges XYNPOULOS, *Le contrôle de proportionnalité dans le contentieux de la constitutionnalité et de la légalité en France, Allemagne et Angleterre*, Paris, LGDJ, 1995, p. 3 ; Sébastien Van DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme : prendre l'idée simple au sérieux*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 32-38. En langue anglaise v. not. Afrodit MARKETOU, *op.cit.*, p. 205-207 ; Nicholas EMILIOU, *The Principle of Proportionality in European Law: A Comparative Study*, Londres/La Haye/Boston, Kluwer Law International, 1996, p. 2.
27. C'est ce dont témoigne not. l'ouvrage d'Ernst FORSTHOFF, *Traité de droit administratif allemand*, traduit par Michel. Fromont, Bruxelles, Bruylant, 1969, 753 p., p. 130 et s., V. aussi. Michel FROMONT, « République Fédérale d'Allemagne : l'État de droit, RDP, 1984, p. 1203 et s., spec. 1213. V. aussi Jurgen SCHWARZE, *Droit administratif...*, *op. cit.*, p. 729.
28. Comme le montre Michel Fromont à travers la traduction puis l'étude de la jurisprudence *Pharmacie* (« Apothekenurteil », *BverfGE* 7, 377), « l'application du principe de proportionnalité demande l'appréciation et la constatation de faits » *Ibid.*
29. Michel FROMONT, *op. cit.*, p. 1214.
30. V. not Ernst FORSTHOFF, *op. cit.*
31. Xavier PHILIPPE, *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative françaises*, Paris, Economica, coll. « Science et Droit administratifs », 1990, 541, p. 41-42.
32. Cité par Xavier PHILIPPE, *op. cit.*, p. 2. Pour davantage de référence concernant l'étude du principe de proportionnalité par les juristes allemands de la fin du XIX^e et du XX^e siècle, v. not. E. ForsthoFF, *Traité de droit administratif allemand*, traduit par M. Fromont, Bruylant, 1969, 753 p, p. 130 et s.

33. Walter JELLINECK, « Gesetz – gesetzesanwendung und Zweckmäßigkeit erwägung », Tübingen 1913, cité par Xavier Philippe, *op. cit.*, p. 44.
34. « Apothekenurteil », *BverfGE* 7, 377.
35. V., Antonio Marzal YETANO, *La dynamique du principe de proportionnalité*, Clermont-Ferrand, Institut universitaire Varenne, « Collection des thèses », 2013.
36. Bien que le contexte historique ne soit ici que très brièvement évoqué, il ne s'agit pas d'omettre celui de rédaction de la Loi fondamentale allemande en 1949 : quatre ans après la Seconde Guerre Mondiale, l'objectif premier consistait précisément dans le rétablissement et la protection des droits fondamentaux. Le processus de *littéralisation* (cf *supra*) de ce choix politique se retrouve ainsi dans l'office du juge allemand mais aussi au travers des formes juridiques dont le principe de proportionnalité.
37. *Ibid*, p. 142 et s. ; v. aussi Vincent RÉVEILLÈRE, *op. cit.*, p. 422 et s.
38. Pour ne prendre qu'un exemple parmi d'autres d'une fragmentation claire du principe de proportionnalité dans le langage juridictionnel v. *Bverf* 79, 256 (270), paragr. 57-67.
39. V. sur ce point Sébastien Van DROOGHENBROECK, *op. cit.*, p. 35.
40. Il est toutefois aujourd'hui admis que le juge constitutionnel puisse se substituer à l'autorité compétente dans l'élaboration de ce pronostic. Cela dit, la présence d'un pronostic reste nécessaire : v. à cet égard la reconnaissance par la Cour de Karlsruhe d'une inappropriation d'une mesure imposant une licence aux centrales de covoiturage : *BverfGE* 17, 306 (315-317) cité dans *ibid*, p. 36.
41. *Id* ; v. aussi Michel FROMONT et Olivier JOUANJAN, « chronique de jurisprudence. République Fédérale d'Allemagne », *AJJC*, 1994, p. 336.
42. Sébastien Van DROOGHENBROECK, *op. cit.*, p. 37.
43. V. Antonio Marz YETANO, *La dynamique du principe de proportionnalité : essai dans le contexte des libertés de circulation du droit de l'Union européenne*, Clermont-Ferrand, Institut universitaire Varenne, coll. « Collection des thèses », 2013, p. 356 et s.
44. Pour un exemple récent de l'usage de ce procédé, v. Daniel LANDRY et Jean VILLACÈQUE, « Les limites de la défense dite « de rupture » », *La gazette du palais*, 18 oct. 2016, n° 277j8, p. 28.
45. V. parmi d'autres, l'audience QPC et la plaidoirie de François Sureau pour la Ligue des droits de l'Homme (agissant en intervention) du 31 janvier 2017 pour la QPC n° 2016-611 du 10 février 2017, M. David P. [Délit de consultation habituelle de sites internet terroristes]. Non sans références à certains philosophes comme Alain, l'avocat argumentait sur le terrain téléologique en avançant l'existence de « menaces graves pesant sur la société » en cas de déclaration de conformité de l'article 421-2-5-2 du Code pénal, dans sa rédaction issue de la loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale.
46. V. par exemple l'audience QPC du 4 juillet 2017 pour la QPC n° 2017-645 QPC du 21 juillet 2017 M. Gérard B. [Huis clos de droit à la demande de la victime partie civile pour le jugement de certains crimes] où Nicole Maestracci, membre du Conseil constitutionnel, interpelle le représentant du Premier ministre quant à la possibilité de fournir des éléments statistiques sur le nombre de huis clos prononcés sur le fondement de l'article 306 du Code de procédure pénale.
47. Otto Mayer, *Deutsches Verwaltungsrecht*, 3^e éd. 1925, t. I, p. 222 : « La réaction de l'autorité de police ne peut viser que l'administré dont provient la perturbation. Lorsque la loi autorise des mesures énergiques, cela va de soi. Mais en outre, en raison de son fondement dans le droit naturel, l'exigence de proportionnalité de la réaction demeure valable et détermine l'ampleur de la manifestation de force qui doit être considérée comme admissible. Elle s'impose juridiquement, comme toutes ces choses, par la voie de l'interprétation des lois relatives à la matière concernée et des habilitations générales accordées par la loi à l'autorité administrative. » [...] « Là où le maintien de l'ordre semble devoir être assuré par un moyen plus doux, l'autorité

commet un excès de pouvoir si elle emploie un moyen plus brutal ». Cité par Michel Fromont, « Le principe de proportionnalité », *AJDA* 1995. 156.

48. V. à cet égard la contribution de Ritha BOUSTA, « la spécificité du contrôle de proportionnalité français », *RIDC*, 4-2017, p. 859-877, p. 860 et s.

49. Si toutes les Cours susmentionnées ne distinguent pas, à la manière des juridictions allemandes, les trois étapes d'adéquation, de nécessité et de proportionnalité *stricto sensu*, elles reprennent toutes l'idée de procéder à une pondération des mesures prises par les autorités publiques à l'égard des droits garantis par la Constitution.

50. Ne sera développé dans cette contribution que l'exemple du Conseil constitutionnel, l'exemple de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne ayant fait l'objet d'éclairantes analyses dans la thèse de Vincent RÉVEILLÈRE, *op. cit.*, p. 414-430.

51. *Ibid*, p. 404.

52. Est ici retrouvée l'idée simple que si le signifiant (les termes du langage) de la fragmentation est capable de voyager d'un pays à l'autre, le signifié, porteur de contraintes ne peut quant à lui que s'égarer puisque constamment soumis à de nouvelles interprétations par le juge.

53. Conseil constitutionnel, décision n° 86-215 DC du 18 septembre 1986, *Loi relative à la lutte contre la criminalité et la délinquance* ; V. aussi décision n° 80-127 DC du 20 janvier 1981, *Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes*, qui évoque une forme de pondération bien plus discrète v. not. cons. 11 à 13.

54. Conseil constitutionnel, procès-verbal de délibération du 3 septembre 1986 – ce compte rendu n'est pas pour l'heure, on ne saurait dire pourquoi, disponible sur le site internet de l'institution. La consultation de celui-ci nécessite alors de se rendre aux archives nationales. Je tiens à cet égard à remercier Vincent Réveillère de m'avoir transmis une copie de ce rapport.

55. *Ibid*, p. 19.

56. *Ibid*, p. 20.

57. *Ibid*, p. 21.

58. CC, décision n° 86-215 DC, *op. cit.*, cons. 7.

59. Pour une analyse fouillée de l'évolution de la jurisprudence du Conseil constitutionnel à propos du principe de proportionnalité, v. Afroditi MARKETOU, *op. cit.* 68-73.

60. CC, décision n° 2008-562 DC du 21 février 2008, *Loi relative à la rétention de sureté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour trouble mental*, v. not. cons. 13-23.

61. *Ibid*, cons. 14-16.

62. *Ibid*, cons. 17-22.

63. *Ibid*, cons. 22-23.

64. V. entre autres CC, décision n° 2015-527 QPC du 22 décembre 2015, *Cédric D. [assignations à résidence dans le cadre de l'état d'urgence]*.

65. V. Valérie GOESEL-LE BIHAN, « Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 22, 2007. L'auteure prend à cet égard l'exemple de trois décisions : n° 98-401 DC du 10 juin 1998, *loi d'orientation et d'incitation relative à la réduction négociée du temps de travail* ; n° 99-423 DC du 13 janv. 2000, *loi relative à la réduction négociée du temps de travail* ; n° 2006-535 DC du 30 mars 2006, *loi pour l'égalité des chances*, cons. 20 et s. « S'agissant des mesures de lutte contre le chômage, qui expriment sans conteste les choix politiques du Parlement, le Conseil ne vérifie pas si celles soumises à son contrôle sont, à résultat égal, les moins contraignantes pour les droits et libertés atteints. En matière économique, une telle recherche serait d'ailleurs vaine : les résultats des politiques publiques ne sont qu'escomptés ; ils ne peuvent être mesurés a priori. Réduction du temps du travail restreignant la liberté d'entreprendre ou "contrat première embauche" comportant des garanties moindres pour le salarié sont donc admis. La mesure choisie, éminemment politique, n'est pas contrôlée dès lors qu'elle permet a priori d'atteindre l'objectif poursuivi et qu'elle est proportionnée à celui-ci, seules les erreurs manifestes étant au surplus sanctionnées ».

66. Pour poursuivre le débat à propos de la distinction entre l'usage du principe de proportionnalité du Conseil constitutionnel et celui de la Cour de Karlsruhe, v. not le rapport de Rainer Arnold, « Le juge constitutionnel et la proportionnalité », *AIJC* 2009, p. 119, cité par Valérie Goesel-Le Bihan, « Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel, technique de protection des libertés publiques ? », *Jus Politicum*, n° 7, 2012.

RÉSUMÉS

À travers sa forme particulière, fragmentée en trois éléments que sont l'adéquation, la nécessité et la proportionnalité *stricto sensu*, le modèle de la proportionnalité est largement perçu et encensé comme l'instrument central du constitutionnalisme contemporain au service des droits fondamentaux. Cette grille de lecture essentialiste, éloignée des réalités sociale et politique gouvernant sa mise en œuvre demeure intenable. Rejetant tout à la fois l'idée qu'un concept existe « par lui-même » en dehors de tout contexte et les démarches purement instrumentales du droit, l'approche ici suggérée tend à discerner les pratiques touchant à la production et à la transformation du principe de proportionnalité ; ainsi entendu, le langage de la proportionnalité est alors assimilable à un *dispositif* au sens foucauldien du terme, c'est-à-dire un procédé dynamique source d'effets visant à orienter les comportements des individus en véhiculant une certaine conception du droit. En tentant d'identifier les effets de ce discours sur le juge et ses interlocuteurs, cette démarche, s'associant à une perspective de type pragmatiste, tend vers une meilleure compréhension du processus juridictionnel.

Through its particular form, fragmented into three elements, which are appropriateness, necessity and proportionality, the proportionality model is widely perceived and recognized as the central instrument of contemporary constitutionalism for fundamental rights development. This essentialist reading grid, because of its blindness regarding social and political reality ruling its implementation, is unsustainable. I argue that a concept do not exist "by itself". The pragmatic approach developed here tends towards exploring practices relating to the production and transformation of the proportionality principle. In this sense, the principle is amounted to a "*dispositif*" in the use of Michel Foucault, that is a dynamic process with effects aimed at guiding the individual behavior by conveying a specific conception of the law. By attempting to identify the effects of proportionality language on judges and their interlocutors, this approach intends to contribute to a better understanding of the judicial process.

INDEX

Mots-clés : principe de proportionnalité, fragmentation, processus juridictionnel, pragmatisme, dispositif, théorie générale du droit

Keywords : proportionality principle, fragmentation, judicial process, pragmatism, dispositif, theory of law

AUTEUR

MICHAEL KOSKAS

Michael Koskas est doctorant contractuel CTAD ThéorHis