ANALYSE DE PROPORTIONNALITÉ ET RAISONNEMENT PAR CAS DANS L'APPLICATION DE LA CONVENTION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

Afroditi Marketou

▶ **To cite this version:**

Afroditi Marketou. ANALYSE DE PROPORTIONNALITÉ ET RAISONNEMENT PAR CAS DANS L'APPLICATION DE LA CONVENTION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME. Cahiers de Méthodologie Juridique [Numéros spéciaux de la RRJ - Revue de la Recherche Juridique - Droit prospectif], 2018, 32 (5), pp.1865-1883. hal-04355674

HAL Id: hal-04355674
https://hal.science/hal-04355674

Submitted on 27 Dec 2023

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

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

ANALYSE DE PROPORTIONNALITÉ ET RAISONNEMENT PAR CAS DANS L'APPLICATION DE LA CONVENTION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

Afroditi MARKETOU
Docteure de l'Institut Universitaire Européen de Florence, Chargée d'enseignement, Aix Marseille Unive, membre de l'Institut Maurice Hauriou (Université Toulouse I)

Abstract*: It is often said that proportionality is a method of ad hoc judicial reasoning. Close attention to practice however, exposes this vision as too simplistic. The content of proportionality is very different across jurisdictions, even in the application of the same legal text, and the role of concrete cases in judicial reasoning varies considerably. The purpose of this article is to illustrate this through a study of the reasoning of the French Council of State and of the European Court of Human Rights in the field of the Convention. The study of French and European proportionality case law reveals that different versions of proportionality involve different kinds of case-based reasoning, in which the case has a more or less normative function. The article suggests that this is connected to the local meanings of proportionality and of human rights in French law and in the Convention.*

On pouvait déjà écrire il y a trente ans que nous étions entrés, en matière de droits de l'homme, dans un « âge de la mise en balance »[1]. La reconnaissance d'un nombre toujours croissant de droits subjectifs, dans des sphères de plus en plus diverses, rend le conflit inévitable et crée une incertitude quant aux sources du droit sur lesquels doit se fonder le règlement des litiges. Devant cette incertitude, les juges tendent à remettre en cause certains modes de raisonnement traditionnels pour se concentrer sur les intérêts et les valeurs en conflit dans le cas d'espèce porté devant eux. La mise en balance devient un raisonnement « hégémonique »[2]. Ces évolutions sont à mettre en lien avec le succès sans précédent de la proportionnalité. Celle-ci offre en effet une structure analytique, une forme d'*analysis* telle que celle que l'on trouve dans les systèmes de *common law*, pour la mise en balance des droits constitutionnels[3].

---

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

2 V. J. Bomhoff, *Balancing constitutional rights. The origins and meanings of postwar legal discourse*, Cambridge, CUP, 2013.

3 Pour quelques exemples parmi les plus célèbres au sein d'une littérature abondante, V. K. Möller, *The global model of constitutional rights*, Oxford, OUP, coll. « Oxford constitutional theory », 2012 ; A. Barak, *Proportionality : constitutional rights and their limitations*, Cambridge, CUP, coll.

Selon la *Theorie der Grundrechte* [*Théorie des droits fondamentaux*] de Robert Alexy, qui est sans doute la référence centrale de la littérature en la matière, la proportionnalité fait partie d'un raisonnement en deux volets : tout d'abord, le décideur constate l'existence d'une restriction à un droit constitutionnel ; ensuite, il procède à un examen concret de la constitutionnalité de cette restriction en suivant le test de proportionnalité[4]. Ce test est en général présenté comme un raisonnement en quatre étapes : il comprend un contrôle de la légitimité du but poursuivi par l'autorité contrôlée, un examen du caractère approprié des moyens choisis, un contrôle de la nécessité des restrictions et, enfin, l'appréciation de la proportionnalité *stricto sensu*. Ce dernier stade du contrôle se traduit par une entreprise de pesée : les valeurs constitutionnelles affectées négativement par la mesure sont mises en balance avec les valeurs que la mesure favorise.

La mise en balance distingue la proportionnalité des méthodes de raisonnement traditionnelles, notamment de la subsumption syllogistique, et la rapproche du raisonnement par cas[5]. Tandis que les trois premières étapes du contrôle servent à l'identification des véritables conflits entre principes constitutionnels, l'exigence de proportionnalité au sens strict sert à la résolution de tels conflits[6]. Les auteurs distinguent généralement deux types de mise en balance : la mise en balance « définitionnelle » et la mise en balance *ad hoc*. La mise en balance « définitionnelle » conduit le juge à définir une norme relativement abstraite qu'il pourra ensuite appliquer dans d'autres affaires, sans procéder de nouveau à la mise en balance. La mise en balance *ad hoc* implique un raisonnement par cas prenant en compte les circonstances particulières de chaque affaire dans le choix de la norme à appliquer[7]. Les adeptes de la théorie alexyenne préconisent ce deuxième type de mise en balance. Le modèle qu'ils proposent implique une confrontation du juge à la configuration particulière des valeurs en jeu dans l'af-

« Cambridge studies in constitutional law », 2012 ; M. Klatt et M. Meister, *The constitutional structure of proportionality*, Oxford, OUP, 2012 ; X. Contiades et A. Fotiadou, « Social Rights in the Age of Proportionality : Global Economic Crisis and Constitutional Litigation », *International Journal of Constitutional Law*, 2012, n° 10, p. 660-686 ; C. Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 3e éd., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007 ; J. Rivers, « Proportionality and Variable Intensity of Review », *CLJ*, 2006, vol. 65, n° 1, p. 174-207 ; M. Kumm, « What Do You Have in Virtue of Having a Constitutional Right ? On the Place and Limits of the Proportionality Requirement », New York University Public Law and Legal Theory Working Papers, Paper 46, 2006 ; M. 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*, 2004, vol. 2, n° 3, p. 574-596.

4 R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, Baden-Baden, Nomos, 1985 ; *A theory of constitutional rights*, trad. Julian Rivers, Oxford ; New York, OUP, 2002.

5 R. Alexy, « On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison », *Ratio Juris*, 2003, vol. 16, n° 4, p. 433-449.

6 V. K. Möller, *The global model of constitutional rights*, *op. cit.*, p. 181.

7 A. Aleinikoff, « Constitutional Law in the Age of Balancing », *op. cit.*, p. 948.

faire sur laquelle il doit statuer. Ainsi, la théorie alexyenne de la proportionnalité exclue toute hiérarchie préétablie entre normes constitutionnelles ainsi que, plus généralement, l'application d'un raisonnement de dogmatique juridique classique, fondé sur des catégories ou des précédents.

Cela résulte de la vision particulière du droit que partagent ces auteurs. Le raisonnement juridique est perçu comme un « cas spécifique » de raisonnement pratique, obéissant à des contraintes formelles et institutionnelles particulières[8]. La proportionnalité vise à libérer les juges de ces contraintes et à orienter les décisions juridictionnelles vers la justification matérielle. Sa fonction est en effet de permettre aux juges de développer un raisonnement structuré et transparent fondé sur les droits fondamentaux. Lors de son application, le juge assume une mission de « contestation socratique » de la volonté politique des autorités publiques[9]. Si l'application du modèle alexyen présuppose une évaluation des degrés de satisfaction et de non satisfaction des droits en conflit, les auteurs insistent sur le fait qu'il ne s'agit pas d'un bilan coût-avantages prenant la forme d'une quantification benthamienne des valeurs. Au lieu de cela, la proportionnalité implique une confrontation des arguments relevant de la morale et de la raison pratique ; elle impose aux juges de rendre explicite l'échelle de valeur qui sous-tend leurs décisions[10].

---

[8] R. Alexy, *A theory of legal argumentation : the theory of rational discourse as theory of legal justification*, trad. Ruth Adler et Neil McCormick, 2e éd., Oxford ; New York, Clarendon Press ; OUP, 2010, p. 212 s. ; M. Klatt et M. Meister, *The constitutional structure of proportionality*, *op. cit.*, p. 51 s. ; M. Kumm, « What Do You Have in Virtue of Having a Constitutional Right ? On the Place and Limits of the Proportionality Requirement », *op. cit.*, p. 3 s. et 12 s. Pour une présentation du concept de droit qui sous-tend cette théorie, V. R. Alexy, « On the Concept and the Nature of Law », *Ratio Juris*, 2008, vol. 21, n° 3, p. 281-299.

[9] M. Kumm, « The Idea of Socratic Contestation and the Right to Justification : The Point of Rights-Based Proportionality Review », *Law and Ethics of Human Rights*, 2010, vol. 41, n° 2, p. 141. Dans le même sens, A. Barak, *Proportionality : constitutional rights and their limitations*, *op. cit.*, p. 472 s. ; K. Möller, *The global model of constitutional rights*, *op. cit.*, p. 108.

[10] R. Alexy, *A theory of constitutional rights*, *op. cit.*, p. 13, 99, 409. Sur le raisonnement de mise en balance, V. K. Möller, *The global model of constitutional rights*, *op. cit.*, p. 137 s. Les droits et les principes constitutionnels ne jouissant pas de la même importance, avant de procéder à la comparaison des degrés de satisfaction ou de non-satisfaction des différentes valeurs en cause dans l'affaire devant lui, le décideur doit assigner des poids à ces valeurs à un niveau plus abstrait, selon leur importance respective dans la société. V. R. Alexy, *A theory of constitutional rights, op. cit.*, p. 105 ; M. Kumm, « What Do You Have in Virtue of Having a Constitutional Right ? On the Place and Limits of the Proportionality Requirement », *op. cit.*, p. 21 s. ; M. Klatt et M. Meister, *The constitutional structure of proportionality*, *op. cit.*, p. 22 s. ; S. Tsakyrakis, « Proportionality : An Assault on Human Rights ? », New York School Jean Monnet Working Paper Series, Paper 9, 2008, p. 5 s. Pour Robert Alexy, la constitution offre un point de référence commun qui rend les valeurs en cause dans chaque affaire commensurables. V. R. Alexy, « On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison », *op. cit.*, p. 442. D'autres auteurs ont davantage développé ce point. V. M. Klatt et M. Meister, *The*

En raison du rôle central qu'elle attribue au cas, la théorie alexyenne accorde une importance particulière à l'application des quatre étapes de l'analyse de proportionnalité. Chacune de celles-ci est en effet censée remplir une fonction spécifique, permettant la prise en compte de différents éléments du cas dans le processus de décision normative. Ainsi, l'application de la proportionnalité n'est pas destinée à être exceptionnelle ni résiduelle ; la proportionnalité devrait s'appliquer à tout litige pouvant s'analyser comme un conflit de droits. Si la légitimité et l'expertise de l'autorité contrôlée affectent l'intensité du contrôle juridictionnel, cela n'exclut pas pour autant l'application du modèle alexyen, qui autorise la prise en compte de ces facteurs au sein des différentes étapes du raisonnement. Sur ce point, l'œuvre de Robert Alexy a été enrichie par des développements postérieurs notamment autour du concept de déférence[11].

Le rôle des sources formelles du droit dans l'argumentation juridique varie selon les auteurs. David Beatty, par exemple, rejette tout argument résultant d'une interprétation stricte des textes ou des précédents et propose de se focaliser sur les faits de chaque cas[12]. Différemment, la majorité des auteurs accordent un rôle plus ou moins important aux sources formelles et à la sécurité juridique. Suivant Robert Alexy, par exemple, un système mature de contrôle de constitutionnalité construit au fil des cas « un réseau relativement complet et dense de normes », censées guider le raisonnement du juge et la répartition de la charge de l'argumentation et de la preuve entre les parties[13]. Les textes de la constitution ou de la loi peuvent aussi être pris en compte lors de la délimitation du pouvoir discrétionnaire de l'autorité contrôlée, afin de déterminer l'intensité du contrôle du juge.

Il est largement accepté que la proportionnalité est « l'un des transplants juridiques les plus réussis de la seconde moitié du vingtième siècle »[14]. Les dernières décennies, elle s'est propagée partout dans le monde, jusqu'au point d'être désormais considérée comme « un critère universel de constitutionnalité »[15], « un élément fondateur du constitutionnalisme global »[16], ou le « potentiel candidat

constitutional structure of proportionality, *op. cit.*, p. 58 s. ; J. Waldron, « Fake Incommensurability. A response to Professor Schauer », *Hastings Law Journal*, 1994, vol. 45, p. 813-824.

11 V. notamment M. Klatt et M. Meister, *The constitutional structure of proportionality, op. cit.*, p. 4 et 6 ; J. Rivers, « Proportionality and Variable Intensity of Review », *op. cit.*

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

13 R. Alexy, *A theory of constitutional rights*, *op. cit.*, p. 376.

14 M. Kumm, « Constitutional rights as principles », *op. cit.*, p. 574, 595. V. aussi K. Möller, « US Constitutional Law, Proportionality, and the Global Model », in V. Jackson et M. Tushnet (dir.), *Proportionality : New Frontiers*, New Challenges, Cambridge ; New York, CUP, 2017, p. 103. Cet auteur parle du « succès mondial » de la proportionnalité.

15 D. Beatty, *The ultimate rule of law*, *op. cit.*, p. 162.

16 A. Stone Sweet et J. Mathews, « Proportionality Balancing and Global Constitutionalism », *Columbia Journal of Transnational Law*, 2008, vol. 47, p. 160.

pour construire une grammaire globale de la constitutionnalité »[17]. David Beatty a été jusqu'à voir dans la proportionnalité la règle ultime sur laquelle le raisonnement juridique est fondé[18]. La jurisprudence de la Cour de Justice et de la Cour européenne des droits de l'homme (Cour EDH) a été décisive en la matière. En effet, depuis les années soixante-dix, la proportionnalité est un des mécanismes juridiques fondamentaux contribuant à la protection des droits issus du droit européen et à la promotion des objectifs supranationaux. Ces juridictions supranationales encouragent les acteurs nationaux à raisonner dans les termes de la proportionnalité et, dans certains cas, imposent même l'application de la proportionnalité comme une obligation juridique.

Cela étant, l'étude de la pratique montre que l'application de la proportionnalité n'est pas uniforme, et ce, même dans le champ d'application du droit européen. La forme que prend l'analyse de proportionnalité, ainsi que le rôle du cas dans celle-ci, diffèrent en fonction du contexte discursif et culturel dans lequel les juges décident. Différents éléments de la proportionnalité et différents aspects du cas sont accentués selon la fonction qui est assignée à la proportionnalité dans chaque système[19]. Les spécificités des pratiques juridiques locales en la matière se perçoivent bien lorsque l'on étudie l'application de la CEDH par le Conseil d'État et par la Cour de Strasbourg. La jurisprudence du juge administratif français et de la Cour européenne peut utilement être contrastée avec le modèle de Robert Alexy, que nous utiliserons comme un *tertium comparationis*. Alors que, pour le Conseil d'État, la disproportion est conçue comme un trait exceptionnel, spécifique au cas d'espèce porté devant le juge (I), dans la jurisprudence de la Cour EDH, le cas d'espèce est le signe d'un défaut de proportionnalité qui caractériserait, plus globalement, la pratique des autorités nationales soumise au contrôle européen (II).

I. La disproportion comme caractéristique du cas d'espèce

La première application du principe de proportionnalité en France concernant des obligations découlant de la Convention a eu lieu en 1991, dans les affaires *Belgacem* et *Babas*[20]. Dans ces arrêts, décidés le même jour, le Conseil d'État a annulé pour la première fois un acte administratif en se fondant sur l'article 8 de la Convention. Depuis, le standard de disproportion est utilisé dans le cadre du droit

---

17 M. Klatt et M. Meister, *The constitutional structure of proportionality*, *op. cit.*, p. 3.

18 D. Beatty, *The ultimate rule of law, op. cit.*, p. 176.

19 Pour une présentation plus développée de la méthode employée dans cette recherche, V. A. Marketou, *Les sens locaux de la proportionnalité. Une étude comparée du discours juridique en France, en Angleterre et en Grèce*, Thèse de doctorat, Institut Universitaire Européen, Florence, 2018.

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

de mener une vie privée et familiale normale, source d'un contentieux toujours croissant en droit des étrangers. Le Conseil d'État a étendu ce type de contrôle à l'application d'autres droits de la Convention, comme la liberté d'expression[21]. Ce qui caractérise la jurisprudence en la matière est son caractère *in concreto* (A), ce qui rapproche la proportionnalité à la française d'un raisonnement d'équité (B).

A. Le caractère in concreto *de l'examen de proportionnalité*

Si elle a parfois conduit le juge à un contrôle plus poussé de l'action publique, la proportionnalité telle qu'elle est appliquée par le Conseil d'État ne ressemble pas à la structure de raisonnement professée par Robert Alexy. L'exercice d'un contrôle en étapes, autrement dit, d'un *proportionality analysis*, est incompatible avec le style formel et laconique de la motivation des décisions à la française. Dans la jurisprudence administrative, la proportionnalité correspond plutôt à l'application du standard unitaire de disproportion. Ainsi, sa réception en matière de protection des droits fondamentaux européens n'a pas apporté de changement radical dans les méthodes traditionnelles du juge administratif. C'est ce que révèle la perception commune de la proportionnalité en France comme synonyme de méthodes plus classiques, telles que la nécessité ou l'erreur manifeste[22]. Ces observations restent valables malgré l'annonce des exigences d'adaptation, de nécessité et de proportionnalité dans la jurisprudence récente du juge administratif, puisque le Conseil d'État ne structure le plus souvent pas son raisonnement sur la base des différentes étapes de la proportionnalité[23].

Dans le domaine de la Convention, la proportionnalité définit une exigence de seuil, dont le respect est évalué dans les circonstances de l'espèce. Concernant le contrôle des mesures d'éloignement imposées aux étrangers en particulier, le

---

[21] Sur la portée de la proportionnalité dans la jurisprudence administrative, V. P. Cassia et E. Saulnier, « Le Conseil d'État et la Convention européenne des droits de l'homme », *AJDA*, 1997, p. 411 s. Dans les années quatre-vingt-dix, la Cour de cassation a aussi adopté le vocabulaire de la proportionnalité dans l'application de la CEDH. V. Cass. comm., 1er octobre 1996, n° 94-18845 ; Cass. civ. 3, 19 juin 1996, n° 94-70323 ; Cass. comm., 8 décembre 1992, n° 90-20258.

[22] À titre d'exemples, les affaires *Belgacem* et *Babas*, précitées, sont communément considérées comme les premières applications de la proportionnalité en matière de CEDH (V., par exemple, J.-M. Sauvé, « Le principe de proportionnalité, protecteur des libertés », Aix-en-Provence, 2017). Toutefois, il est intéressant de remarquer que ce n'est que dans l'affaire de Mme Babas que le vocabulaire de la proportionnalité est utilisé. Dans l'arrêt *Belgacem*, c'est un contrôle classique de nécessité qu'exerce le juge. Sur ce point, V. A. Marketou, *Les sens locaux de la proportionnalité*, *op. cit.*, chapitre 1.2.1, chapitre 5.2 et chapitre 6.2.

[23] CE (Ass.), 16 octobre 2011, *Association pour la promotion de l'image et autres*, n° 317827, ECLI:FR:CEASS:2011:317827.20111026. V. J.-M. Sauvé, « Le principe de proportionnalité, protecteur des libertés », *op. cit.* L'auteur souligne que le changement apporté par l'application du triple test de la proportionnalité est « plus formel que substantiel ».

Conseil d'État prend en considération la durée et l'importance des liens familiaux invoqués par les requérants, l'attachement de ceux-ci à leur pays de nationalité et le risque pour l'ordre public que provoque leur présence sur le territoire français. Dans l'affaire Babas, par exemple, avant de conclure à la proportionnalité de la mesure de reconduite à la frontière prise à l'encontre de la requérante le juge a tenu compte « de l'ensemble des circonstances de l'espèce, et notamment de la durée et des conditions de séjour de Mme [Babas] en France[24] ». Il faut d'ailleurs relever que, pendant longtemps, le juge n'avait accès à ces éléments factuels qu'indirectement, au moyen du dossier de l'affaire constitué par l'administration. Dans le raisonnement du Conseil d'État, la proportionnalité est donc une question de fait, en premier lieu traitée par l'administration.

Cette prépondérance des faits dans l'analyse de proportionnalité à la française l'éloigne nettement du modèle alexyen. L'utilisation du terme « disproportionnée » n'implique pas la mise en balance explicite de valeurs antagonistes. Dans l'affaire Babas, le Conseil a évalué la proportionnalité de l'arrêté contesté par rapport « aux buts en vue desquels [il] a été pris[25] ». Pour autant, ces buts n'ont été mentionnés nulle part dans la motivation de l'arrêt. L'application de la proportionnalité par le Conseil d'État ne remet pas en question les jugements de valeur qui sous-tendent les mesures litigieuses. On est loin de l'entreprise de « contestation socratique » imaginée par les théoriciens de la proportionnalité. En tant que standard négatif, la disproportion fonctionne comme une exception et ne remet que rarement en cause le pouvoir discrétionnaire que la loi accorde à l'administration. Dans leur étude, Paul Cassia et Emmanuelle Saulnier décrivent la jurisprudence du Conseil d'État en matière de mesures d'éloignement comme reposant sur « l'idée peu réaliste » que ces mesures « ne porteraient pas, par nature, atteinte à la vie familiale de l'étranger, puisque rien n'interdit à sa famille de quitter le territoire pour le suivre »[26].

Ces caractéristiques de l'analyse de proportionnalité dans la jurisprudence administrative sont liées à la perception plus générale de la proportionnalité en droit public français. Plus qu'à une structure de raisonnement imposée par la jurisprudence européenne, en France, « la patrie des droits de l'homme », la proportionnalité renvoie à un principe général du droit qui puiserait sa source dans la Révolution de 1789 et la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen. En tant que principe, la proportionnalité exige des solutions matérielles concrètes et sous-tend par définition la législation républicaine. Ainsi, les juridictions nationales refusent le plus souvent de déclarer la loi, « expression de la volonté

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

25 *Ibid.*

26 P. Cassia et E. Saulnier, « Le Conseil d'État et la Convention européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, nb 71 ; les auteurs citent M. Denis-Linton, Conclusions sur CE, 10 avril 1992, *Aykan, Marzini et Minin, RFDA*, 1993, p. 543.

générale », contraire à la Convention. Les cas de disproportion sont présentés comme le résultat, non pas de la législation elle-même, mais des circonstances particulières de l'espèce. Il s'agirait en ce sens de cas exceptionnels, atypiques, dans lesquels la loi produirait des effets pervers, liés à son application dans les faits[27]. Le standard de disproportion joue *in concreto*, dans les circonstances de l'affaire devant le juge. L'application de la proportionnalité dans la jurisprudence administrative est donc très différente du raisonnement *ad hoc* que professent Robert Alexy et les adeptes de sa théorie. D'ailleurs, le terme « *ad hoc* » ne fait pas partie du vocabulaire juridique français.

Ainsi, l'analyse de proportionnalité à la française prive le cas de toute dimension normative. Le rôle des sources formelles du droit demeure central dans le raisonnement juridictionnel. La nature *in concreto* du contrôle de proportionnalité en France traduit en effet une séparation stricte entre la norme et son application dans le cas. Cela peut être illustré au moyen de l'analyse de l'affaire Meyet, concernant la compatibilité de l'interdiction de la publication des sondages pendant la semaine précédant les élections européennes à l'article 10 de la CEDH[28]. Dans sa jurisprudence antérieure, le Conseil avait déclaré la restriction en question conforme à la Convention, puisqu'elle était prévue par la loi et répondait à l'objectif légitime de garantir la sincérité du scrutin, ce qui, selon le Conseil, relevait de la protection des droits d'autrui[29]. Toutefois, à partir du milieu des années quatre-vingt-dix, les sondages effectués dans des pays voisins étaient accessibles en France sur internet. La législation française était donc constamment transgressée par la presse. Les requérants faisaient valoir un changement de circonstances qui devait, selon eux, remettre en question la nécessité de l'interdiction dans une société démocratique.

---

27 Dans ce sens, D. Girard, *La France devant la Cour européenne des droits de l'homme*, Thèse de doctorat, Université Paul Cézanne, Aix-en-Provence, 2011, p. 25. Sur l'application de la proportionnalité dans le contrôle de la loi plus généralement, V. J.-P. Markus, « Le contrôle de conventionnalité des lois par le Conseil d'État », *AJDA*, 1999, p. 99, section « Les manifestations d'un contrôle de proportionnalité ». Depuis la décision *Association Ekin* de la Cour EDH (V. *infra*, partie II), le Conseil d'État exerce un contrôle de proportionnalité vis-à-vis du Parlement. V., par exemple, CE (Ass.), 30 novembre 2001, Diop, n° 212179, ECLI:FR:CEASS:2001:212179.20011130 ; CE, 24 février 2006, n° 250704, ECLI:FR:CESSR:2006:250704.20060224, sur la loi anti-Perruche, décidé à la suite d'une condamnation par la Cour de Strasbourg (Cour EDH, *Maurice c. France*, 6 octobre 2005, n° 11810/03). Les juridictions du fond écartent également l'application des dispositions législatives qu'elles considèrent disproportionnées et, dans des affaires importantes, peuvent renvoyer une question au Conseil d'État sur la proportionnalité de la loi. V. CE (Ass.), 27 mai 2005, n° 277975, ECLI:FR:CEASS:2005:277975.20050527. Toutefois, l'application de la proportionnalité à l'encontre du législateur reste rare.

28 CE, 2 juin 1999, n° 207752, ECLI:FR:CESJS:1999:207752.19990602.

29 *Ibid.*

Le Conseil n'en a pas été convaincu. En réponse à ces arguments, il s'est borné à affirmer que ce n'était pas la conventionnalité de la loi elle-même qui était contestée mais celle de son application ineffective. Selon les termes utilisés dans la décision :

> « les limites auxquelles se heurte l'application effective de l'article 11 de la loi du 19 juillet 1977 ne constituent pas un changement dans la situation de droit engendrant entre les stipulations de l'article 10 de la convention et la loi nationale une incompatibilité qui ferait juridiquement obstacle, en vertu de l'article 55 de la Constitution, à l'application de cette loi ; […] un changement dans la situation de fait – qu'invoque en réalité le requérant –, s'il peut conduire le législateur, dans l'exercice de son pouvoir d'appréciation, à reconsidérer certaines modalités de la loi du 19 juillet 1977 ou même son principe, ne saurait avoir d'incidence sur la portée de la loi et sur l'obligation qu'a l'autorité administrative d'en assurer l'application[30] ».

La séparation entre la norme législative et son application dans les faits a privé la proportionnalité de toute fonction dans cette affaire. Celle-ci étant un raisonnement *in concreto*, c'est le caractère exceptionnel du cas d'espèce qui la fait jouer. En d'autres termes, pour conduire le juge à écarter l'application de la loi en raison de sa disproportion, le cas ne doit pas relever de l'application habituelle de la norme en question, il doit comporter des traits particuliers qui le rendent exorbitant.

B. La proportionnalité comme raisonnement d'équité

La proportionnalité à la française est donc proche d'un raisonnement d'équité. Dans son application, c'est la conscience du juge plus que la qualité de son argumentation qui fonde la légitimité de la décision juridictionnelle. D'ailleurs, comme l'équité, la proportionnalité accomplit une fonction corrective : elle supplante les défaillances du contentieux administratif en matière de droits de l'homme. Elle ne sert qu'à « nettoyer » le droit français « des défauts, des scories et des anomalies qu'il a accumulés avec le temps »[31]. Cela est plus évident quand la norme appliquée par le juge est trop générale ou absolue. Par exemple, en matière d'urbanisme, la législation française a frappé certaines propriétés de servitudes, tout en excluant l'indemnisation des propriétaires concernés. Une personne affectée par cette disposition a contesté son application dans son cas en invoquant le droit de propriété garanti par l'article 1 du Premier Protocole

---

30 *Ibid.*

31 Y. Madiot, « La protection internationale de la personne », *Les petites affiches*, 23 juin 1993, p. 8 ; cité par P. Cassia et E. Saulnier, « Le Conseil d'État et la Convention européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, nb 45. Les auteurs se réfèrent à l'application directe de la CEDH plus généralement.

Additionnel à la Convention. En réponse, le Conseil d'État a décidé que la loi devait être interprétée comme n'excluant pas, contrairement à sa lettre, l'indemnisation des propriétaires dont les biens ont été frappés de servitudes. Ceux-ci doivent être indemnisés « dans le cas exceptionnel, où il résulte de l'ensemble des conditions et circonstances [de l'affaire] que ce propriétaire supporte une charge spéciale et exorbitante, hors de proportion avec l'objectif d'intérêt général poursuivi[32] ». L'exception de disproportion appliquée au cas par cas a été jugée suffisante pour garantir la compatibilité de la loi à la Convention *in abstracto*.

L'application de la proportionnalité dans l'affaire *Gonzalez-Gomez*, qui a tant suscité l'intérêt et les débats doctrinaux, semble donc en continuité avec les modes de raisonnement classiques du juge administratif en la matière[33]. Dans cette affaire, Mme Gonzalez-Gomez a demandé l'exportation des gamètes de son défunt mari en Espagne pour procéder à une insémination *post-mortem*, autorisée par la législation espagnole pendant l'année qui suit la mort de l'un des époux. La loi française interdisant cette exportation, l'hôpital a rejeté la demande de Mme Gonzalez-Gomez, qui a introduit un recours selon la procédure des référés-libertés. Elle arguait notamment que l'interdiction de la loi française constituait une violation de son droit de mener une vie familiale normale, garanti par l'article 8 de la Convention. Suivant sa jurisprudence en matière de proportionnalité, le juge administratif n'a pas remis en cause la légitimité de la loi *in abstracto*. Il a simplement exclu le cas particulier de Mme Gonzalez-Gomez du champ d'application de celle-ci, au moyen d'un contrôle concret de proportionnalité[34]. Le standard de disproportion a été appliqué comme une exception à la conventionnalité de la loi, qui s'est révélée dans les circonstances particulières du cas d'espèce. La fonction de la proportionnalité a été corrective du caractère trop général de la législation en cause. En effet, la Rapporteure de l'affaire a mis en exergue que les dispositions en cause introduisent une « interdiction absolue » sans nuances[35].

---

32 CE, 3 juillet 1998, n° 158592, ECLI:FR:CESJS:1998:158592.19980703.

33 CE (Ass.) ord., 31 mai 2016, *Gonzalez-Gomez*, n° 396848, ECLI:FR:CEASS:2016:396848.20160531. Pour quelques analyses de la doctrine, V. P. Delvolvé, « Droits subjectifs contre interdit législatif », *RFDA*, 2016, p. 754 ; P. Deumier, « Contrôle concret de conventionnalité : l'esprit et la méthode », *RTD civ.*, 2016, p. 578 ; L. Dutheillet de Lamothe et G. Odinet, « Contrôle de conventionnalité : *in concreto* veritas ? », *AJDA*, 2016, p. 1398.

34 V., en ce sens, É. Crépey, Conclusions sur CE, 28 décembre 2017, *M. Molenat*, n° 396571, ECLI:FR:CECHR:2017:396571.20171228.

35 V. A. Bretonneau, Conclusions sur CE Ass., 31 mai 2016, *Gonzalez-Gomez*, *RFDA*, 2016, p. 740, cité par P. Delvolvé, « Droits subjectifs contre interdit législatif », *op. cit.*, n. 8.

La fonction corrective de la proportionnalité explique l'utilisation résiduelle du vocabulaire s'y rapportant dans la jurisprudence administrative, qui contraste avec la perception communément partagée en France de la proportionnalité comme un principe général du droit. Il est indicatif à cet égard que, parmi les 11 050 arrêts du Conseil d'État qui mentionnent le terme « disproportionné » ou des termes proches, plus que 8 700 concernent le droit de mener une vie familiale normale de l'article 8 de la CEDH[36]. D'ailleurs, s'il a souvent été dit que la proportionnalité est consacrée dans la jurisprudence du juge administratif du moins depuis les années trente, ce n'est qu'après les arrêts *Belgacem* et *Babas* qu'elle a acquis un contenu spécifique dans les motivations du Conseil d'État[37]. Il semble que, dans l'argumentation du juge administratif, la proportionnalité ait un rôle beaucoup plus limité que celui qui lui est attribué tant par la doctrine que par les théoriciens de la proportionnalité. Sa fonction principale est d'aligner, au cas par cas, le droit interne sur la jurisprudence de la Cour de Strasbourg tout en préservant les structures traditionnelles du contentieux administratif français[38].

II. Le cas d'espèce comme signe d'un défaut général de proportionnalité

La portée de la proportionnalité dans la jurisprudence de la Cour EDH est beaucoup plus importante que dans la jurisprudence administrative française[39]. Appliquée depuis 1976 pour ce qui concerne la limitation des droits protégés par les articles 8 à 11 de la Convention, elle constitue un des moteurs principaux de l'intégration européenne au sein de la Convention. En contraste avec son utili-

[36] Basé sur une recherche de termes dans la base de données de la jurisprudence du Conseil d'État, sur le site officiel de cette juridiction, effectuée le 7 avril 2019 : http://www.conseil-etat.fr/Decisions-Avis-Publications/Decisions/ArianeWeb. Plus de 9,100 arrêts concernent le droit de mener une vie familiale normale plus généralement.

[37] Sur ce point, V. A. Marketou, *Les sens locaux de la proportionnalité*, *op. cit.*, chapitre 1, section 1.

[38] Cette lecture de la jurisprudence est confirmée par les Conclusions de Ronny Abraham sur les arrêts *Belgacem* et *Babas*. Derrière l'application du contrôle de proportionnalité dans le domaine des mesures d'immigration se trouve la crainte que, si les juges internes refusaient d'exercer ce contrôle, cela serait la jurisprudence européenne qui prévaudrait en la matière. V. R. Abraham, Conclusions sur CE Ass., 19 avril 1991, *Belgacem* et *Babas*, *RFDA*, 1991, p. 502 ; sur ce point, V. J. Andriantsimbazovina, *L'autorité des décisions de justice constitutionnelles et européennes sur le juge administratif français*, Paris, LGDJ, 1998, p. 437.

[39] Sur l'application de la proportionnalité dans ce contexte, V., entre autres, J. McBride, « Proportionality and the European Convention on Human Rights », in E. Ellis (dir.), *The principle of proportionality in the laws of Europe*, Oxford ; Portland, Or, Hart, 1999, p. 23-35 ; S. van Drooghenbroeck, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme : prendre l'idée simple au sérieux*, Bruxelles, Publications Fac St Louis, 2001 ; Y. Arai-Takahashi, *The margin of appreciation doctrine and the principle of proportionality in the jurisprudence of the ECHR*, Antwerp ; Oxford, Intersentia, 2002 ; J. Christoffersen, *Fair balance : proportionality, subsidiarity and primarity in the European Convention on Human Rights*, Leiden ; Boston, Martinus Nijhoff Publishers, coll. « International studies in human rights », 2009 ; B. Pirker, *Proportionality analysis and models of judicial review : a theoretical and comparative study*, Groningen, Europa Law Pub, coll. « European administrative law series », 2013, p. 202 s.

sation résiduelle dans la jurisprudence du Conseil d'État, dans la jurisprudence européenne la proportionnalité tend à s'établir comme un principe général[40]. L'approche de la Cour de Strasbourg est très différente de l'approche *in concreto* des juges français. D'ailleurs, la Cour a parfois critiqué la tendance de ces derniers à présumer la proportionnalité abstraite de la loi (A). Dans le raisonnement du juge européen la dimension normative du cas est accentuée, ce qui rapproche son contrôle de proportionnalité du modèle alexyen (B).

A. La critique du contrôle in concreto par la Cour EDH

La critique du contrôle de proportionnalité *in concreto* se perçoit bien dans l'affaire *Association Ekin* de 1998, concernant l'interdiction du livre basque *Euskadi en guerre*[41]. L'interdiction trouvait sa base dans une loi datant de 1881, modifiée en 1939, qui donnait, sans aucune autre précision, le pouvoir au Ministre de l'intérieur d'interdire la diffusion de journaux ou d'écrits rédigés en langue étrangère. L'association éditrice du livre a contesté la compatibilité de ces dispositions à la Convention, notamment à la liberté d'expression. En réponse, le Conseil d'État a affirmé la conventionnalité de la législation en cause, tout en se réservant le pouvoir de contrôler *in concreto* les mesures restrictives du ministre. Ainsi, le juge a annulé l'interdiction de diffusion de *Euskadi en guerre*, puisqu'elle n'était pas justifiée dans les circonstances de l'espèce.

Saisi de la même affaire, la Cour EDH a aussi constaté une violation de la Convention. Pour autant, à la différence des juges français, les juges de Strasbourg ont remis en question la légitimité de la loi elle-même. En effet, la Cour a relevé que la loi permettant l'interdiction de la publication des écrits étrangers « semble heurter de front le libellé même du paragraphe 1 de l'article 10 de la Convention, selon lequel les droits qui y sont reconnus valent "sans considération de frontière" »[42]. La Cour a par ailleurs souligné que, en principe, des restrictions préalables sur la presse ne sont pas incompatibles avec la Convention, pourvu qu'elles soient strictement encadrées. Concernant la loi de 1881 modifiée, la Cour a constaté que « l'application de cette réglementation a, dans certains cas, donné lieu à des résultats pour le moins surprenants, voire confinant à l'arbitraire »[43]. Toutefois, ce n'est pas ces cas eux-mêmes qui ont conduit à la déclaration de l'incompatibilité de la loi à la Convention. C'est le fait que, à l'époque, il n'existait pas de recours juridictionnel effectif pour

---

40 S. van Drooghenbroeck, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 148 s.

41 CE, 9 juillet 1997, n° 151064, ECLI:FR:CESJS:1997:151064.19970709.

42 Cour EDH, 17 juillet 2001, *Association Ekin c France*, n° 39288/98, para. 62.

43 *Ibid.*, para. 60.

la protection de la liberté de la presse. La Cour a relevé à cet égard que la requérante avait dû attendre neuf ans avant la décision du Conseil d'État, que la procédure juridictionnelle n'avait pas d'effet suspensif et que la requérante n'avait pas eu l'occasion de se défendre pendant la procédure administrative préalable à l'interdiction. La Cour a donc conclu que le contrôle juridictionnel sur les décisions du ministre « ne réunit pas des garanties suffisantes pour éviter les abus »[44].

Cette affaire illustre bien que, dans l'examen de proportionnalité de la Cour européenne, les circonstances du cas d'espèce sont prises en compte dans la mesure où elles indiquent une défaillance plus générale de la législation contrôlée. Si le contrôle du juge européen impose la prise en compte des faits, il ne se réduit pas à un contrôle *in concreto* ; il porte « à la fois sur la loi et sur les décisions qui l'appliquent »[45]. Dans la jurisprudence de la Cour de Strasbourg, le défaut de proportionnalité n'est pas seulement une caractéristique du cas d'espèce mais un trait plus général de la pratique institutionnelle soumise au contrôle du juge.

B. La dimension normative du cas dans la jurisprudence européenne

Dans la jurisprudence de la Cour EDH, le cas est généralisé et sa dimension normative accentuée. Les circonstances prises en compte lors de l'examen de proportionnalité ne relèvent pas seulement du litige sur lequel le juge européen doit se prononcer mais aussi du contexte social, politique et institutionnel plus large dans lequel il décide. D'ailleurs, la proportionnalité ne se réduit pas à une exception de disproportion mais constitue une exigence positive qui s'impose à l'action publique de façon globale. Le raisonnement de la Cour se rapproche du modèle alexyen, en ce qu'il comprend une argumentation relativement structurée sur les valeurs en cause dans l'affaire portée devant le juge.

La première étape de l'analyse consiste en un contrôle de la légitimité du but poursuivi par les autorités nationales. À ce stade, le raisonnement du juge ne concerne pas le cas particulier du requérant, puisque les mesures contestées trouvent souvent leur base légale sur une règle de portée plus générale. En effet, suivant une jurisprudence constante, seules les ingérences « prévues par la loi » sont soumises à un test de proportionnalité. L'affaire *Leyla Şahin*, par exemple, concerne l'interdiction de porter le foulard islamique dans les établissements d'enseignement supérieur turcs. Le gouvernement arguait que cette restriction avait pour but de faire face à la menace de mouvements politiques extrémistes[46].

---

44 *Ibid.*, para. 61.

45 Cour EDH, *Leyla Şahin c. Turquie*, 10 novembre 2005, n° 44774/98, paras 109-110.

46 *Leyla Şahin*, précité, para. 70 s.

Après avoir constaté une ingérence à liberté de pensée, de conscience et de religion, garantie par l'article 9 de la CEDH[47], la Cour a déclaré que l'interdiction du port de symboles religieux dans l'université poursuit « pour l'essentiel les buts légitimes que sont la protection des droits et libertés d'autrui et la protection de l'ordre »[48]. Si les juges se montrent déférents vis-à-vis des buts poursuivis par les autorités nationales, dans certains cas ils n'hésitent pas à remettre en question la qualification du besoin social auquel répondent les mesures contestées[49].

À la suite de l'identification des valeurs concurrentes dans l'affaire portée devant elle, la Cour énonce quelques considérations d'ordre déontologique sous le titre de « principes généraux ». Ces principes concernent l'importance du but poursuivi par les autorités nationales, l'importance et la portée du droit invoqué, l'évolution des mœurs en la matière et la nature de la restriction contestée. Dans l'affaire *Leyla Şahin*, par exemple, la Cour déclare que « la liberté de pensée, de conscience et de religion représente l'une des assises d'une "société démocratique" au sens de la Convention », avant de définir la portée de cette liberté et les possibilités laissées aux autorités publiques pour limiter son exercice[50]. Quelques lignes plus tard, elle souligne que : « [p]luralisme, tolérance et esprit d'ouverture caractérisent une "société démocratique" »[51]. Les principes généraux sont construits à partir des cas concrets dont le juge est saisi, selon la méthode d'interprétation dynamique de la Cour. Toutefois, leur portée ne se limite pas à ces cas. C'est ce que montre la cristallisation de formules-type au fil de la jurisprudence européenne : concernant la liberté d'expression, par exemple, les juges déclarent classiquement qu'elle « constitue l'un des fondements essentiels d'une société démocratique et l'une des conditions primordiales de son progrès et de l'épanouissement de chacun »[52].

Si le raisonnement de la Cour EDH est proche d'une pesée de valeurs, il reste plus formel que la mise en balance *ad hoc* professée par les théoriciens de la proportionnalité, notamment en raison du contexte institutionnel dans lequel s'exerce le contrôle européen. Depuis les premières applications de la proportionnalité, la Cour déclare que « le mécanisme de sauvegarde instauré par la Convention revêt un caractère subsidiaire par rapport aux systèmes nationaux de garantie des droits de l'homme »[53]. La subsidiarité du contrôle supranational est

47 *Ibid.*, para. 78 et 98.

48 *Ibid.*, para. 99.

49 V., par exemple, Cour EDH, *Open Door et Dublin Well Woman c. Irlande*, 29 octobre 1992, n° 14234/88, para. 61 s.

50 *Leyla Şahin*, précité, para. 104.

51 *Ibid.*, para. 108.

52 V., par exemple, *Association Ekin*, précité, para. 56.

53 Cour EDH, *Handyside c. RU*, 7 décembre 1976, n° 5493/72, para. 48.

assurée par la doctrine de la marge d'appréciation qui, dans ce contexte, exprime le relativisme normatif qui sous-tend la jurisprudence strasbourgeoise[54]. Ainsi, dans l'affaire *Leyla Şahin*, les juges ont statué que,

> « [l]orsque se trouvent en jeu des questions sur les rapports entre l'État et les religions, sur lesquelles de profondes divergences peuvent raisonnablement exister dans une société démocratique, il y a lieu d'accorder une importance particulière au rôle du décideur national ».

La Cour s'est finalement bornée à exiger « un rapport raisonnable de proportionnalité »[55]. La déférence vis-à-vis des autorités nationales est encore plus évidente dans certains cas où, après avoir affirmé la légitimité du but poursuivi, le contrôle de la Cour consiste seulement à s'assurer qu'il a été « dûment tenu compte » du droit en cause[56].

Le poids que la Cour accorde aux évaluations des décideurs initiaux dépend de l'existence d'un consensus parmi les États signataires sur les intérêts ou les valeurs en cause. Le juge sera déférent lorsqu'il s'agit de notions comme la morale, dont « on ne peut dégager […] une notion européenne uniforme »[57]. En effet, selon la Cour, l'idée que les législations internes des États signataires de la Convention se font des exigences de la morale « varie dans le temps et l'espace, spécialement à notre époque caractérisée par une évolution rapide et profonde des opinions en la matière »[58]. Au contraire, le contrôle du juge sera plus intrusif lorsqu'il s'agit de la notion, « beaucoup plus objective »[59], d'autorité du pouvoir judiciaire. Encore ici, ce n'est pas le cas d'espèce en lui-même qui est déterminant, mais le contexte juridique plus général dans lequel le juge décide.

Cela étant, déjà dans la décision *Handyside*, la Cour a précisé que la marge d'appréciation ne désignait pas « un pouvoir d'appréciation illimité »[60]. En effet, des circonstances particulières du cas d'espèce peuvent signaler la prise en compte insuffisante des droits fondamentaux dans le processus de décision national, et donc appeler un contrôle plus étendu de la part du juge. Ainsi, même quand il s'agit de questions morales, la Cour peut exiger « des raisons particulièrement graves »[61] pour accepter la légitimité des ingérences de la part des pouvoirs publics,

---

54 V. V. Ferreres Comella, *Constitutional courts and democratic values: a European perspective*, New Haven, Yale University Press, 2009, p. 139 s.

55 *Leyla Şahin*, précité, para. 117.

56 V. not. Cour EDH, *Otto-Preminger-Institut c. Autriche*, 20 septembre 1994, n° 13470/87, para. 56.

57 *Handyside*, précité, para. 48.

58 *Ibid.*

59 Cour EDH, *The Sunday Times c. RU*, 26 avril 1979, n° 6538/74, para. 59.

60 *Handyside*, précité, para. 49.

61 Cour EDH, *Dudgeon c. RU*, 22 octobre 1981, n° 7525/76, para. 59.

quand celles-ci concernent « un aspect des plus intimes de la vie privée », comme l'orientation sexuelle[62]. Dans ce cas, la marge d'appréciation laissée aux autorités nationales est quasi-inexistante, la Cour se réservant pour elle-même l'évaluation de la proportionnalité des mesures contrôlées.

Le contrôle du juge est plus ou moins intrusif selon la nature des restrictions contestées. L'arrêt *Sunday Times* concerne l'affaire du Thalidomide, une affaire similaire à celle du *Mediator* en France. L'instruction de l'affaire pendante devant les juridictions internes, les cours britanniques ont interdit la publication d'un article d'actualité la concernant dans le *Sunday Times*. Ils ont ainsi donné droit à une demande d'injonctions de la part du procureur public, qui voyait dans cette publication un risque grave d'ingérence dans le fonctionnement de la justice. Saisie de l'affaire, la Cour de Strasbourg a souligné que l'injonction de la Chambre des Lords était formulée dans des termes très larges : elle ne couvrait pas seulement la publication de l'article dans le journal *Sunday Times*, mais empêchait aussi les requérants « de communiquer à des commissions gouvernementales et à un parlementaire le résultat de leurs investigations ainsi que de poursuivre ces dernières »[63]. D'ailleurs, la Cour a relevé que l'injonction avait « retardé la publication d'un livre et privé le rédacteur en chef de l'hebdomadaire de l'occasion de consacrer à la question des commentaires ou de répondre à des critiques dirigées contre lui »[64]. Ces considérations ont poussé la Cour à exercer « un contrôle particulièrement attentif »[65] de la nécessité des mesures en cause, avant de conclure que « l'ingérence incriminée ne correspondait pas à un besoin social assez impérieux pour primer l'intérêt public s'attachant à la liberté d'expression au sens où l'entend la Convention »[66].

Les effets des mesures contestées sur les requérants affectent aussi l'intensité du contrôle du juge. On le perçoit notamment dans l'affaire *SAS c. France*, qui concerne l'interdiction du port de la *burqa* dans l'espace public[67]. Entre autres arguments, le gouvernement avançait que cette mesure était justifiée par le besoin de préserver la sécurité des personnes et des biens. Examinant cet argument, la Cour a relevé que les femmes affectées par l'interdiction « se trouvent obligées de renoncer totalement à un élément de leur identité qu'elles jugent important ainsi qu'à la manière de manifester leur religion ou leurs convictions qu'elles ont choisie ». Selon elle, une telle ingérence dans les droits individuels ne peut être justifiée « qu'en présence d'un contexte révélant une menace générale contre la sécurité

62 *Ibid.*, para. 52.
63 *Sunday Times*, précité, para. 63.
64 *Ibid.*
65 *Ibid.*
66 *Ibid.*, para. 67. Contraste avec l'opinion des Juges Wiarda, Cremona, Thór Vilhjálmsson, Ryssdal, Ganshof van der Meersch, Sir Gerald Fitzmaurice, Bindschedler-Robert, Liesch et Matscher.
67 Cour EDH, *SAS c. France*, 1er juillet 2014, n° 43835/11.

publique »[68]. Toutefois, rien n'indiquait que l'interdiction s'inscrivait dans un tel contexte. Au contraire, dans sa décision sur la loi, le Conseil constitutionnel avait mentionné que la pratique concernée par l'interdiction n'était qu'exceptionnelle. Les effets importants de l'interdiction sur le requérantes ont donc mené le juge européen à un examen strict de la nécessité des mesures contestées. La Cour n'a pas hésité à proposer des mesures alternatives à celles choisies par les autorités nationales : selon elle, le but de sécurité publique aurait pu être atteint au moyen de l'instauration d'une simple obligation pour les femmes concernées de montrer leur visage quand les circonstances justifient qu'elles fassent l'objet d'un contrôle de la part de la police[69].

De façon similaire, dans l'affaire *Smith & Grady*, concernant l'exclusion des homosexuels de l'armée britannique, l'effet des mesures contestées sur les requérants a conduit le juge à un contrôle intrusif de leur caractère approprié pour atteindre leur but[70]. Après avoir relevé que le processus d'enquête conduisant à la révocation des requérants de l'armée était « exceptionnellement indiscret » et que cette révocation a eu « une profonde incidence sur [leur] carrière et [leur] avenir »[71], la Cour a exigé que les affirmations du gouvernement concernant le risque que la présence d'homosexuels génère pour l'efficacité opérationnelle de l'armée soient « étayées par des exemples concrets »[72]. Les autorités britanniques invoquaient à cet égard un rapport du groupe d'évaluation du ministère de la Défense sur la politique relative à l'homosexualité. La Cour a toutefois émis des doutes concernant la fiabilité de ce rapport, tant du point de vue de sa méthodologie que du point de vue de ses résultats[73]. Les juges ont rejeté les arguments du gouvernement, en estimant que

> « les problèmes perçus dans le rapport […] comme menaçant la puissance de combat et l'efficacité opérationnelle de l'armée tenaient uniquement aux attitudes négatives des militaires hétérosexuels envers ceux ayant des préférences homosexuelles »[74].

La prise en compte des circonstances particulières de l'espèce dans le contrôle de proportionnalité européen peut donc affecter les contours de la marge d'appréciation des autorités nationales, même quand celles-ci poursuivent des buts légitimes. Pour cette raison, certains auteurs voient la fonction

68 *Ibid.*, para. 139.
69 *Ibid.*
70 Cour EDH, *Smith & Grady c. RU,* 27 septembre 1999, n° 33985/96 et 33986/96.
71 *Ibid.*, para. 91 et 92. V. aussi Dudgeon, précité, para. 60 s.
72 *Smith & Grady*, para. 89.
73 *Ibid.*, para. 95.
74 *Ibid.*, para. 96-97.

de la proportionnalité comme corrective et restrictive de la doctrine de la marge d'appréciation[75]. Cela étant, l'analyse de proportionnalité de la Cour EDH ne se réduit pas à un raisonnement d'équité. Le juge européen fonde ses décisions sur une argumentation relativement transparente, portant explicitement sur les valeurs, dans laquelle la Convention sert comme point de référence. Dans certains cas, la Cour n'hésite pas à substituer sa propre échelle de valeur à celle des autorités nationales.

CONCLUSION

À première vue, les formes différentes prises par l'analyse de proportionnalité et le raisonnement par cas auquel elle donne lieu dans les contextes français et européens peuvent paraître étonnantes, voire frustrantes. Il est, en effet, difficile d'expliquer pourquoi, dans l'application du même texte, la proportionnalité conduit à des modes de raisonnement si différents. Ces divergences éveillent la suspicion de l'observateur : puisqu'elles ne découlent pas directement des textes juridiques appliqués, on a tendance à les interpréter comme le signe de la prise en compte de considérations extra-juridiques. Elles seraient le résultat de politiques jurisprudentielles divergentes ou d'idéologies juridictionnelles opposées. Néanmoins, une fois replacées dans leur contexte discursif et culturel plus large, les différentes versions de la proportionnalité deviennent moins énigmatiques, de même que le rôle joué par le cas au sein de celles-ci.

Une étude plus globale montre en effet que la façon dont les juges utilisent la proportionnalité dépend des discours juridiques dans lesquels la proportionnalité s'insère, des concepts, distinctions et modes de raisonnement qui préexistent à sa réception. S'il est incontestable que la proportionnalité génère un changement dans les modes de raisonnement traditionnelles, sa dynamique est contrainte par les tabous, les mythes et les mentalités propres à chaque contexte juridique. Dans les systèmes dans lesquels elle est utilisée, la proportionnalité revêt une signification et une fonction particulières, selon ce que les juristes locaux attendent de son utilisation et, plus généralement, selon leur conception de l'argumentation juridique et du droit.

Tandis qu'en France, « la patrie des droits de l'homme », la proportionnalité préserve l'image du législateur républicain comme protecteur des libertés, dans l'ordre supranational de la Convention, elle tend à fonctionner comme un principe d'intégration, imposant la prise en compte systématique des droits de

[75] F. Matscher, « Methods of Interpretation of the Convention », in R. Macdonald, F. Matscher et H. Petzold (dir.), *The European system for the protection of human rights*, Dordrecht ; Boston, M. Nijhoff, 1993, p. 63-81.

l'homme par les autorités nationales. Le rôle du cas dans l'analyse de proportionnalité varie en fonction de ces considérations. Alors que dans la jurisprudence du Conseil d'État les cas de disproportion sont des cas exceptionnels, privés de toute dimension normative, dans la jurisprudence de la Cour de Strasbourg, ils sont le signe de défaillances plus générales des systèmes nationaux de protection des droits de l'homme.