



HAL
open science

Le contrôle de l'opportunité par le Conseil constitutionnel

Danièle Lochak

► **To cite this version:**

Danièle Lochak. Le contrôle de l'opportunité par le Conseil constitutionnel. Dominique Rousseau et Frédéric Sudre. Conseil constitutionnel et Cour européenne des droits de l'homme - Droits et libertés en Europe, Editions STH, pp. 71-109, 1990. hal-03051940

HAL Id: hal-03051940

<https://hal.parisnanterre.fr/hal-03051940>

Submitted on 10 Dec 2020

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.

Le contrôle de l'opportunité par le Conseil constitutionnel

par Danièle Lochak,
professeur à l'université d'Amiens

rapport au Colloque de Montpellier de janvier 1989.
In D. Rousseau et F. Sudre (dir.), *Conseil constitutionnel et Cour européenne des droits de l'homme - Droits et libertés en Europe*, Éditions STH, 1990, pp. 71-109.

Le droit n'est pas une science exacte. Peut-être est-ce d'ailleurs ce qui en fait le charme et l'intérêt - sinon aux yeux des justiciables, du moins aux yeux de ceux qui font profession d'en disséquer les mécanismes. Et l'observation du droit constitutionnel « jurisprudentiel », marqué du sceau de l'incertitude, ne peut que renforcer cette impression.

Le caractère embryonnaire et lacunaire des dispositions constitutionnelles, dès que l'on quitte le terrain bien balisé du fonctionnement des institutions, confère en effet au juge constitutionnel un pouvoir d'appréciation étendu, dont il use largement. Si bien qu'on peut dire, en exagérant à peine, que face à une disposition législative litigieuse le Conseil constitutionnel a presque toujours le choix entre invalider ou ne pas invalider, et que dans bon nombre de cas il aurait pu, sans que nul en soit choqué ou surpris, aboutir à la décision exactement inverse de celle qu'il a rendue. Son pouvoir est toutefois limité de deux façons, qui l'empêchent de dégénérer en arbitraire:

- il est limité, d'abord, par la prise en compte de **l'opportunité des choix à opérer**. Situé à un carrefour exposé, sinon dangereux, entre le Parlement, le gouvernement, et l'opinion publique, le Conseil constitutionnel ne peut faire totalement abstraction du contexte dans lequel il rend ses décisions non plus que de leurs répercussions à court ou moyen terme. Les considérations qui le guident relèvent moins, au demeurant, de la politique tout court, que d'une politique jurisprudentielle bien comprise, le Conseil constitutionnel se préoccupant moins de plaire à telle ou telle fraction politique que de **s'auto-promouvoir et s'auto-légitimer comme instance indépendante et impartiale**. (D'où sa prédilection, dans les questions les plus délicates, pour les jugements de Salomon, sa tendance à couper la poire en deux, etc... dont la récente décision sur l'amnistie fournit une illustration parfaite) ;

- il est limité, ensuite, par le fait que le Conseil constitutionnel entend jouer **le jeu de la juridiction**. Il doit motiver ses décisions, et les motiver en droit. Il lui faut donc trouver les arguments juridiques qui lui permettront de reconstituer, même artificiellement, un semblant de raisonnement syllogistique, c'est à dire : énoncer un principe à valeur constitutionnelle, préciser le cas échéant sa portée exacte, puis lui confronter la disposition litigieuse pour en "déduire" si elle est ou non conforme au principe ainsi délimité.

Selon que l'on met l'accent sur la première ou la seconde de ces contraintes, on peut être tenté d'apporter deux réponses diamétralement opposées à la question de savoir si le Conseil constitutionnel se livre à un contrôle de l'opportunité :

- si l'on se réfère aux considérations d'opportunité qui guident le Conseil constitutionnel dans les choix qu'il fait - choix d'invalider ou de ne pas invalider, choix d'ériger ou non une règle en principe à valeur constitutionnelle, etc... -, et qui confèrent à sa ju-

risprudence une coloration téléologique difficilement niable, on aura tendance à répondre par l'affirmative ;

- mais on peut aussi prétendre à l'inverse, et avec autant de vraisemblance, que le contrôle de l'opportunité reste introuvable, puisque le Conseil constitutionnel ne dit jamais : « j'invalide cette disposition législative parce que je la juge inopportune » mais : « e l'invalide parce qu'elle ne répond pas aux critères de constitutionnalité » (sous-entendu : tels que je les ai dégagés).

Certains, comme Pierre Delvolvé, ont tenté de réconcilier les deux thèses en apparence opposées, en affirmant que s'il n'y avait jamais de contrôle de l'opportunité, il y avait toujours de l'opportunité dans le contrôle¹.

Si chacune de ces thèses comporte une part de vérité, aucune n'est entièrement satisfaisante. La première pêche par réductionnisme, car elle évacue, ou tout au moins sous-estime la substance juridique des décisions du Conseil constitutionnel. La seconde pêche par excès de formalisme - ce qui est une autre forme de réductionnisme - car aucun juge, quel qu'il soit, ne reconnaîtra jamais qu'il contrôle l'opportunité des décisions qui lui sont déférées. La position "conciliatrice" n'emporte pas pour autant l'adhésion : d'abord, parce qu'en définissant l'opportunité, comme le fait Pierre Delvolvé, comme ce qui, en l'absence de norme, échappe au contrôle du juge, on s'interdit par hypothèse même de trouver où que ce soit la moindre trace de contrôle de l'opportunité, et l'on fausse par conséquent les prémisses du raisonnement ; ensuite, parce que s'il est vrai que les considérations d'opportunité qui guident le juge dans l'exercice de son contrôle sont une chose, et le contrôle de l'opportunité des décisions qui lui sont déférées en est une autre, on ne peut pour autant les dissocier totalement.

Dans tous les cas de figure, on laisse échapper ce qui est au cœur du contrôle de l'opportunité, à savoir **la conversion d'éléments d'opportunité en critères de constitutionnalité** ; ce qu'il convient précisément d'observer, c'est cet entre-deux, le lieu où s'effectue l'aller-retour entre le fait et le droit, les mécanismes par lesquels l'opportunité s'intègre à la norme, permettant ainsi au juge de substituer ses propres appréciations à celles du législateur sans quitter à aucun moment, en apparence du moins, son rôle de juge.

C'est en mettant en lumière ces mécanismes que l'on apportera la preuve qu'il existe bien un contrôle de l'opportunité dans le contentieux constitutionnel ; toutefois, dans la mesure où la notion même reste controversée, un effort préalable de clarification conceptuelle s'impose. La quête de l'essence précédera donc la preuve de l'existence.

I. LA QUÊTE DE L'ESSENCE

La terminologie essentialiste adoptée ici ne saurait faire illusion : il n'y a pas d'« essence » en soi du contrôle de l'opportunité, que l'on pourrait cerner dans l'abstrait et

¹ « Le contrôle de l'opportunité existe-t-il ? », *Conseil constitutionnel et Conseil d'État*, Colloque des 21 et 22 janvier 1988, LGDJ-Montchrestien.

dans l'absolu, indépendamment de ses manifestations concrètes. Et ces manifestations concrètes, c'est d'abord et avant tout dans le contentieux administratif qu'on peut espérer les trouver, c'est sur ce terrain, en tout cas, que la question a été pour l'essentiel débattue, la notion elle-même renvoyant inexorablement aux analyses doctrinales sur le contrôle des motifs. Impossible, donc, de parler du contrôle de l'opportunité, de rechercher à quelles conditions il peut exister, sans faire préalablement le détour par le contentieux administratif.

A. Un détour nécessaire par le contentieux administratif

On ne refera pas ici le *nième* exposé de la théorie du contrôle des motifs et des degrés du contrôle² ; on rappellera simplement dans quels termes se pose en doctrine la question controversée de l'existence ou la non-existence du contrôle de l'opportunité des actes administratifs par le juge, afin de pouvoir examiner par la suite dans quelle mesure les termes de cette controverse sont transposables sur le terrain du contrôle de constitutionnalité.

1/ L'opportunité, exclusive de la légalité ?

Au point de départ, la controverse est **purement nominale** : tout le monde semble s'accorder sur l'étendue et le contenu du contrôle exercé par le juge administratif ; la contestation porte uniquement sur le point de savoir si, dans certaines de ses modalités, ce contrôle doit être ou non *qualifié* de contrôle de l'opportunité. On pourrait même se demander si toute la controverse ne repose pas sur un simple malentendu terminologique, si elle ne traduit pas l'impossibilité de s'entendre sur les mots, si l'on ne savait que les mots ne sont pas neutres, et que la peur des mots est parfois l'indice d'une résistance plus profonde à admettre l'évidence des phénomènes qu'ils désignent.

Car il paraît bien exister **deux définitions de l'opportunité** : celle du sens commun, et celle des juristes, qui ne coïncident pas complètement. Pour le sens commun, est opportun ce qui convient, ce qui vient à propos. En ce sens, une décision sera opportune si elle est adaptée aux circonstances, si elle apporte une réponse appropriée au problème à résoudre, si elle permet d'atteindre l'objectif que son auteur s'est fixé. Si l'on s'en tenait là, le contrôle de l'opportunité consisterait simplement, pour le juge, à vérifier que la mesure litigieuse est effectivement adaptée aux circonstances, qu'elle apporte une réponse appropriée au problème à résoudre, qu'elle permet d'atteindre l'objectif que son auteur s'est fixé.

Mais les juristes, sans rejeter la définition du sens commun, lui surajoutent un élément qui aboutit à rétrécir sensiblement le champ de l'opportunité. L'opportunité, en effet, se définit essentiellement **par opposition à la légalité**, et toute la théorie du contrôle juridictionnel est calée sur cette distinction : le juge contrôle la légalité de l'action administrative, il ne contrôle pas son opportunité. L'opportunité n'est plus alors définie "en soi et pour soi", par référence au contenu de la décision, mais par référence aux pouvoirs de l'administration. L'opportunité, c'est ce qui, en l'absence de normes impératives, de conditions légales, relève du pouvoir discrétionnaire de l'administration, c'est la marge de choix laissée à sa libre appréciation ; **c'est ce qui, échappant à l'emprise des**

² Compte tenu de l'ampleur des références doctrinales en la matière et de l'impossibilité corrélative de les citer toutes, nous avons pris le parti de n'en citer aucune.

normes, échappe corrélativement au contrôle du juge. *Exit*, par conséquent, le contrôle de l'opportunité ...

A cette vision initiale, un certain nombre de nuances ont été progressivement apportées, en fonction de l'évolution des données jurisprudentielles. Ainsi, on reconnaît que si le pouvoir discrétionnaire, synonyme d'appréciation en opportunité, naît initialement de l'indétermination des textes, il arrive au juge de lier le pouvoir de l'administration en imposant de son propre chef des conditions là où la loi n'en prévoyait pas. A tel point qu'une partie de la doctrine préfère définir le pouvoir discrétionnaire non plus comme le pouvoir de libre appréciation que les textes laissent à l'administration, mais, de façon plus réaliste, comme **la marge d'appréciation échappant au contrôle du juge.**

Mais ce constat ne conduit pas nécessairement à admettre l'existence d'un contrôle de l'opportunité : si l'extension du contrôle du juge a fait reculer le domaine du pouvoir discrétionnaire, et donc celui de l'opportunité, si le juge s'est progressivement approprié une partie du pouvoir discrétionnaire de l'administration, il n'a fait, estiment beaucoup d'auteurs, que déplacer la frontière entre légalité et opportunité, sans pour autant englober l'opportunité dans son contrôle. De fait, si l'on définit l'opportunité *essentiellement* comme ce qui échappe au contrôle du juge, l'idée même d'un contrôle de l'opportunité devient, littéralement, impensable. Ce qui nous ramène à notre observation de départ : tout est une question de définition.

Cette présentation de la distinction entre légalité et opportunité part à notre sens d'une idée juste : l'idée selon laquelle il ne peut y avoir de contrôle que sur la base d'une norme. Mais l'idée d'une **antinomie radicale entre norme et opportunité** nous paraît en revanche contestable, car elle repose sur une définition purement formelle de l'opportunité. Or l'opportunité peut parfaitement être incluse dans la norme, comme condition de la légalité de l'action administrative : et dans ce cas, il y aura bien contrôle de l'opportunité, sur la base d'une norme préalablement formulée par le juge.

L'idée qu'en contrôlant la légalité le juge peut être amené à contrôler l'opportunité n'est du reste ni originale, ni nouvelle : la plupart des auteurs la reprennent en effet à leur compte ; mais c'est en général uniquement pour expliquer et faire entrer dans le cadre des schémas connus le fameux contrôle "maximum" exercé sur les mesures de police, qui apparaîtrait sinon comme une anomalie : ces mesures ne sont légales, explique-t-on, que si elles sont adaptées et strictement proportionnées au trouble à l'ordre public qu'elles visent à éviter - autrement dit si elles sont opportunes, ce qui justifie l'étendue du contrôle exercé par le juge. Mais dans les autres hypothèses où le juge exerce un contrôle très poussé, on se contente le plus souvent de dire que le contrôle "confine" à un contrôle de l'opportunité, ce qui revient à jouer - hypocritement ? - sur les mots, sans voir que le même mécanisme d'intégration de l'opportunité dans la norme de référence est encore à l'oeuvre ici, comme nous essaierons de le montrer plus loin.

Mais il convient auparavant d'examiner la construction doctrinale relative aux "degrés du contrôle", qui vient se greffer sur la distinction entre légalité et opportunité, et dont on retrouve la trace dans le contentieux constitutionnel.

2/ Le contrôle de l'opportunité, stade suprême du contrôle des motifs ?

Dès lors que le juge contrôle uniquement la légalité et non l'opportunité des décisions administratives, **l'étendue de son contrôle doit varier en raison inverse de la**

marge de pouvoir discrétionnaire conféré à l'administration. Toutefois, dans la mesure où les règles de compétence, de forme et de procédure ont toujours un caractère impératif, dans la mesure où, même lorsqu'elle dispose d'un pouvoir discrétionnaire, l'administration doit se déterminer sur la base de faits matériellement exacts, de motifs non entachés d'erreur de droit, et en fonction de l'intérêt général, tout se joue, on le sait, au niveau de ce qu'il est convenu d'appeler les "motifs de fait".

Les motifs de fait, ce sont l'ensemble des circonstances qui ont conduit l'administration à prendre une décision, les faits concrets, la situation particulière qui l'ont déterminée à agir dans tel ou tel sens. L'étendue du contrôle exercé sur les motifs de fait dépendra donc de la latitude que lui laissent les textes, de la liberté de choix et d'appréciation qu'ils lui reconnaissent dans une hypothèse déterminée.

Au départ, on peut distinguer deux hypothèses simples et alternatives, correspondant respectivement à un contrôle normal et à un contrôle restreint :

- Lorsque l'administration a une compétence liée, parce que **la loi ou le règlement définissent limitativement et impérativement les motifs pour lesquels elle doit se déterminer**, les conditions auxquelles est subordonnée son action, le juge est logiquement amené à contrôler la réalisation de ces conditions, qui constituent un élément de la légalité de la décision litigieuse. Il vérifie alors non seulement l'existence ou l'exactitude matérielle des faits qui ont motivé cette décision, mais aussi leur **qualification**, opération qui consiste à confronter les faits invoqués aux conditions posées par les textes, à vérifier l'ajustement des motifs de fait aux motifs de droit.

- Il en va différemment **lorsque la loi ou le règlement ne lient pas la décision administrative, ou ne la lient pas dans tous ses éléments**, c'est à dire lorsque l'administration conserve une marge de pouvoir discrétionnaire : soit que les textes n'enserment les pouvoirs de l'administration dans aucune condition préalable et ne prévoient pas les motifs au vu desquels elle doit se déterminer ; soit, plus fréquemment, que la réalisation de certaines conditions ouvre à l'administration une simple faculté d'agir et ne lui impose pas de prendre une décision dans un sens déterminé. Dans ces hypothèses, il n'y a pas place, logiquement, pour un contrôle de la qualification des faits : il est impossible ou inutile de confronter les faits invoqués aux conditions posées par les textes dès lors que ceux-ci soit, précisément, n'en posent pas, soit ne lient pas strictement la survenance de telle condition de fait à telle décision ; **le choix de l'administration relève de l'opportunité**, et le juge ne peut en principe se substituer à l'administration en refaisant ou en censurant ses appréciations. Il n'exercera donc qu'un **contrôle minimum** sur les motifs de fait, en vérifiant uniquement qu'ils n'étaient pas matériellement erronés.

Ainsi, le juge contrôlerait toujours l'exactitude de faits et, s'il y a lieu, leur qualification, mais il s'arrêterait au seuil de l'appréciation des faits, refusant de se prononcer sur le bien-fondé des choix opérés par l'administration ; sauf dans l'hypothèse très particulière du contentieux des mesures de police, où le juge exercerait un contrôle "maximum" incluant le contrôle de l'adéquation stricte de la mesure aux circonstances. Mais en réalité - tout le monde en convient, du reste, mais sans se résoudre pour autant à abandonner la présentation traditionnelle des degrés du contrôle - celui-ci ne se laisse pas enfermer dans cette tripartition rigide. D'une part, parce que la distinction entre "qualification" et "appréciation" des faits est bien plus fragile qu'on ne le laisse entendre ; et d'autre part, parce que dans bien des cas le juge n'hésite pas à contrôler les appréciations auxquelles s'est livrée l'administration dans le cadre de son pouvoir discrétionnaire (ou

de ce qui semblait devoir relever de son pouvoir discrétionnaire) et à lui substituer les siennes propres.

L'opération de qualification des faits permet d'assigner ces faits à des catégories juridiques préalablement définies, de façon à déterminer la règle applicable à une situation donnée. Parfois, cette assignation résulte immédiatement du constat objectif des faits et ne pose aucun problème de qualification à proprement parler : ainsi, lorsqu'une mesure est subordonnée à la réalisation d'une condition d'âge ou de sexe, on peut concevoir qu'elle soit entachée d'inexactitude matérielle, mais non d'une erreur de qualification. Et ceci montre bien, *a contrario*, que **l'opération de qualification, elle, comporte toujours une part d'appréciation**. La question de savoir si un fait constitue une faute, si une opération est d'utilité publique, si un comportement est de nature à troubler l'ordre public, si un médicament est toxique - et l'on pourrait allonger la liste à l'infini - ne peut être résolue sans porter une appréciation sur les faits que l'on veut juridiquement qualifier. Comme le notait très justement Dominique Rousseau dans sa thèse, l'erreur de qualification est toujours la conséquence d'une erreur d'appréciation. La terminologie utilisée par le juge atteste d'ailleurs l'impossibilité de séparer appréciation et qualification, l'une étant le support nécessaire de l'autre, puisque sous le nom d'"erreur manifeste d'appréciation" il ne fait souvent que censurer l'erreur manifeste de... qualification³.

Reste que dans d'autres hypothèses, le recours à la notion d'erreur manifeste d'appréciation témoigne bien de la volonté du juge administratif de contrôler la façon dont l'administration utilise son pouvoir discrétionnaire et d'étendre son contrôle à des éléments qui jusque-là lui échappaient parce que relevant de l'opportunité et non de la légalité. On prétend souvent que lorsque le juge contrôle l'erreur manifeste d'appréciation, il se borne à censurer l'erreur grossière, visible à l'œil nu, l'administration conservant l'essentiel de son pouvoir de libre appréciation. Cela est sans doute vrai pour les appréciations techniques, c'est à dire dans les hypothèses où le contrôle de l'erreur manifeste équivaut à une restriction du contrôle normal, où l'erreur manifeste d'appréciation est en réalité une erreur manifeste de qualification. Mais dans les autres hypothèses, **c'est bien l'inopportunité de la décision que le juge censure**⁴.

Dans ces conditions, dire que lorsque le juge contrôle l'erreur manifeste d'appréciation on reste dans le cadre du « contrôle minimum » - ou mieux : que la simple mention de l'erreur manifeste est l'indice d'un contrôle minimum - paraît bien hypocrite ou bien naïf. A l'évidence, le juge empiète ici sur le domaine de l'opportunité ; simplement, au lieu de censurer toute décision dont l'opportunité est contestable ou douteuse, il cen-

³ En effet, on a vu apparaître cette notion dans des domaines comme le contentieux des mesures techniques ou des mesures de haute police, qui devraient logiquement donner lieu à un contrôle normal, puisque les pouvoirs de l'administration sont ici subordonnés à des conditions plus ou moins précises permettant un véritable contrôle de la qualification des faits. Mais le juge renonce à exercer l'intégralité du contrôle de la qualification juridique auquel il devrait se livrer : il décide qu'il ne censurera pas toute erreur de qualification, mais uniquement l'erreur grossière, l'erreur manifeste, qui est bien indistinctement une erreur d'appréciation et une erreur de qualification.

⁴ En accordant à la SA du lotissement de la plage de Pampelonne le fameux permis de construire qui devait ensuite donner lieu à un arrêt célèbre, le préfet avait-il vraiment commis une "erreur manifeste" dans l'appréciation du caractère des lieux avoisinants comme le dit l'arrêt ? Rien n'est moins sûr (plus probablement, il avait estimé qu'en dépit de l'atteinte au site qui en résulterait, il convenait de délivrer le permis sollicité). Ce qui est sûr, en revanche, c'est que sa décision était manifestement inopportune.

sure uniquement celles dont l'inopportunité est manifeste. Parler de contrôle "minimum" est d'autant plus paradoxal que si, en effet, le juge n'exige pas ici une stricte adéquation de la mesure litigieuse aux circonstances, comme en matière de police, son contrôle n'en va pas moins nettement au-delà du contrôle qu'il exerce « normalement » sur la qualification des faits. **Le terme « manifeste » est surtout là pour respecter les règles de la bienséance**, et non pour limiter le pouvoir du juge, qui y trouve au contraire un moyen supplémentaire pour doser à volonté l'étendue de son contrôle, en décidant librement de ce qui est manifestement erroné et de ce qui ne l'est pas⁵. On peut d'ailleurs se demander si on est encore ici dans le cadre du contrôle des motifs à proprement parler, le contrôle du juge portant moins sur les antécédents de la mesure, sur la pertinence des motifs invoqués, que sur la mesure elle-même qui, replacée dans son contexte, ne doit pas paraître déraisonnable.

La censure de l'erreur manifeste se rattache à une démarche plus générale qui conduit le juge, depuis une quinzaine d'années, à imposer à l'administration, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, de respecter une certaine proportionnalité entre les mesures qu'elle prend et les faits qui les motivent, un certain équilibre entre les intérêts en présence⁶. Il s'agit en somme de **censurer les mesures excessives**, l'idée sous-jacente étant que lorsque l'administration est libre d'agir, elle doit le faire sans excès, sans dépasser certaines limites.

Le juge commence par intégrer ces principes de proportionnalité, d'équilibre, de juste milieu, qui paraissent *a priori* relever de l'opportunité, aux conditions de la légalité de l'action administrative, en subordonnant l'action de l'administration à des conditions que la loi ne prévoyait pas, ou en substituant aux conditions minimales posées par les textes des conditions plus strictes et contraignantes⁷ ; après avoir ainsi lié le pouvoir de l'administration, il lui reste à vérifier qu'au regard de ces nouvelles exigences les faits invoqués justifiaient les mesures litigieuses, ce qui l'amène le cas échéant à contrôler les appréciations de l'administration.

Doit-on, dans ce cas, parler ou non d'un contrôle de l'opportunité ? Si l'on s'en tient à une vision purement formelle des choses, on dira que le juge ayant lié la compétence de l'administration, il a de ce fait limité la marge de pouvoir discrétionnaire dont elle disposait, et qu'il ne fait donc que contrôler ce qui désormais échappe à son apprécia-

⁵ En témoigne ce « considérant » de l'arrêt Maspero, dans lequel on lit que « le ministre s'est livré à une appréciation de fait qui n'est pas susceptible d'être discutée par la voie contentieuse dès lors qu'elle n'est pas entachée d'erreur manifeste » : phrase hypocrite s'il en est ! Car avant de refuser la discussion il a bien fallu que le juge jette au moins un coup d'œil sur ladite appréciation, et donc sur les faits eux-mêmes, pour constater qu'elle n'était pas entachée d'erreur manifeste...

⁶ La jurisprudence *Lebon* (1978) marque bien la parenté entre les deux démarches, puisque ce que le juge censure ici, c'est l'erreur manifeste de proportionnalité entre la sanction et la faute commise.

⁷ Ainsi, en matière d'autorisation de licenciement de salariés protégés, le Conseil d'État, dans l'arrêt *Bernette* (1976), s'est longuement attaché à expliciter les conditions auxquelles était subordonné l'octroi de l'autorisation - et sur lesquelles la loi est muette -, avant d'ajouter, pour finir, que même si ces conditions étaient remplies l'autorisation de licencier pouvait néanmoins être refusée pour des motifs d'intérêt général, sous réserve qu'il ne soit pas porté d'atteinte excessive à l'un ou l'autre des intérêts en présence.

De même, dans l'arrêt *Ville Nouvelle Lille-Est* (1971), le Conseil d'État concrétise le contenu d'une condition légale formulée en termes très vagues - l'utilité publique -, en indiquant les éléments dont l'administration doit tenir compte dans son appréciation et qui conditionnent la légalité d'une mesure d'expropriation, ce qui l'entraîne ensuite à vérifier que dans l'opération projetée les coûts ne l'emportaient pas sur les avantages - autrement dit, que l'opération n'était pas inopportune.

tion en opportunité pour tomber sous le coup de la légalité. Mais on peut aussi estimer qu'il y a contrôle de l'opportunité à chaque fois que le juge se donne les moyens de vérifier que les mesures prises par l'administration sont opportunes, c'est à dire, selon la définition qu'on en a donnée plus haut, appropriées au problème à résoudre, adaptées aux circonstances et à l'objectif à atteindre. Et dans ce cas, on admettra qu'il y a *aussi* contrôle de l'opportunité lorsque le juge opère ces vérifications sous le couvert d'une norme qu'il a préalablement posée, et qui intègre l'opportunité, sous ses différentes formes, dans les conditions de la légalité de l'action administrative. **Ce qui importe, ce n'est pas de savoir si, à la base du contrôle exercé par le juge, il y a ou non une règle, mais d'examiner la façon dont cette règle est formulée par le juge** : remarque que l'on développera plus loin à propos du contentieux constitutionnel, dont nous pouvons à présent aborder l'examen.

B. Du contentieux administratif au contentieux constitutionnel

Comme le juge administratif, le juge constitutionnel se défend, cela va de soi, de contrôler l'opportunité des lois. Mais au-delà de cette dénégation rituelle, la question peut effectivement se poser de savoir si la spécificité du rapport de constitutionnalité n'exclut pas, du simple point de vue de la technique juridique, l'éventualité même d'un contrôle de l'opportunité, et si, par exemple, il y a place en matière constitutionnelle pour un contrôle des motifs de fait sur lequel viendrait se greffer le contrôle de l'opportunité .

La tendance aisément décelable à un certain mimétisme du contentieux constitutionnel sur le contentieux administratif paraît fournir un premier élément de réponse à cette question. Il n'en résulte pas, toutefois, que l'on puisse purement et simplement transposer au contrôle de constitutionnalité les constructions élaborées pour rendre compte du contrôle des motifs en matière administrative. Il faut donc s'affranchir, au moins partiellement, de ces constructions pour dégager les conditions de possibilité d'un contrôle de l'opportunité en matière constitutionnelle.

1/ Le mimétisme de la jurisprudence constitutionnelle sur la jurisprudence administrative

La tendance de la jurisprudence constitutionnelle à se mimétiser sur la jurisprudence administrative s'est traduite notamment par l'apparition remarquée, dans le contentieux constitutionnel, de la notion d'**erreur manifeste**⁸, qui a contribué à faire admettre l'idée que **le contrôle de constitutionnalité serait lui aussi susceptible de degrés**.

On retrouve chez le juge constitutionnel la même attitude de principe concernant la nature et l'étendue de son contrôle, accompagnée des mêmes flottements au niveau de la pratique effective du contrôle. « La Constitution ne confère pas au Conseil constitutionnel un pouvoir général d'appréciation et de décision identique à celui du Parlement » : la formule, apparue pour la première fois dans la décision sur l'interruption volontaire de grossesse (15 janvier 1975), et fréquemment reprise par la suite, est souvent citée pour montrer que le juge entend sauvegarder le pouvoir d'appréciation du législateur. Certes... On voit mal au demeurant comment il pourrait prétendre le contraire. Quand on y réfléchit, la formule est pourtant plus ambiguë qu'il n'y paraît : le Conseil constitutionnel veut-il dire que son pouvoir d'appréciation n'est pas *aussi étendu* que celui du législa-

⁸ Voir notamment Laurent Habib, "La notion d'erreur manifeste d'appréciation dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel", *RDP* 1986.695

teur, ou bien qu'il est *d'une nature différente* ? S'agissant du choix de légaliser l'IVG, on peut penser que c'est la seconde interprétation - la seule véritablement orthodoxe - qui est la bonne : il revient au législateur et à lui seul d'apprécier *l'opportunité* de la mesure, le Conseil ne pouvant en apprécier que la *constitutionnalité*.

Mais la décision « Sécurité et liberté » (19-20 janvier 1981), loin de lever l'équivoque, accroît la perplexité du lecteur non averti : le Conseil constitutionnel, y lit-on, a « seulement compétence pour se prononcer sur la conformité à la Constitution des lois déférées à son examen » ; il ne lui appartient pas « de substituer sa propre appréciation à celle du législateur en ce qui concerne la nécessité des peines (...), *alors qu'aucune disposition (...) de la loi n'est manifestement contraire* au principe posé par l'article 8 de la Déclaration de 1789 ». Cet « alors que » est bien énigmatique. D'un point de vue strictement syntaxique, la phrase semble signifier que le Conseil ne peut substituer sa propre appréciation à celle du législateur aussi longtemps que, ou parce que l'inconstitutionnalité - ici, la non nécessité des peines - n'est pas manifeste - ce qui, si l'on y réfléchit bien, est assez étrange, puisqu'on en déduit, *a contrario*, que dans l'hypothèse où l'inconstitutionnalité est manifeste le juge peut substituer son appréciation à celle du législateur... En réalité, on mélange ici l'appréciation de l'opportunité et l'appréciation de la constitutionnalité (ce qui, soit dit en passant, pourrait bien constituer un premier indice de l'existence d'un contrôle de l'opportunité en matière constitutionnelle) : ce qu'il faut comprendre, c'est qu'aussi longtemps que l'appréciation n'est pas manifestement erronée, elle ne sera pas censurée par le juge. Mais, reconnaissons-le, seul le familier du contentieux administratif est à même de déchiffrer le sens de ces formules sibyllines.

Par la suite, l'emprunt aux notions classiques du droit administratif se fait plus franc. Dans la décision sur les nationalisations (16 janvier 1982), le juge constitutionnel utilise pour la première fois explicitement la notion d'erreur manifeste d'appréciation⁹ : l'appréciation portée par le législateur sur la nécessité des nationalisations ne saurait, déclare-t-il, en l'absence d'erreur manifeste, être récusée par le Conseil constitutionnel. La notion apparaît à plusieurs reprises dans les décisions ultérieures, où elle vient à chaque fois compléter et nuancer l'affirmation du pouvoir d'appréciation du législateur¹⁰. Elle semble donc *a priori* remplir la même fonction qu'en droit administratif : **permettre au juge de surveiller la façon dont l'organe contrôlé utilise son pouvoir de « libre » appréciation**. Reste à savoir si le terme de « contrôle minimum », parfois utilisé par les commentateurs, rend fidèlement compte de l'ensemble des hypothèses où apparaît la notion d'erreur manifeste et, plus généralement, si l'on peut transposer au contentieux constitutionnel la théorie des degrés du contrôle.

⁹ L'utilisation de la notion est d'autant plus remarquable que, comme l'ont noté les commentateurs, elle répondait implicitement à l'argumentation en défense du groupe socialiste, qui estimait que le Parlement ne disposant pas d'un simple pouvoir discrétionnaire, mais d'un pouvoir souverain, le Conseil constitutionnel n'était pas par rapport à lui dans la même position que le juge administratif par rapport à l'administration et ne pouvait donc, à l'instar de ce dernier, censurer l'erreur manifeste d'appréciation.

On peut donc penser qu'en affirmant de façon cette fois très explicite l'inclusion dans son contrôle de l'erreur manifeste, le Conseil entend bien marquer, à ce moment-là et quitte à nuancer sa position par la suite, le parallélisme entre les deux situations.

¹⁰ « Il appartient au législateur de décider », ou encore « d'édicter », « de définir », « d'apprécier », « il est loisible au législateur » : telles sont les formules le plus couramment employées pour marquer l'existence de ce pouvoir d'appréciation en opportunité du législateur, qui s'exerce sous la surveillance du juge. Le mot « opportunité » lui-même apparaît dans la décision sur les privatisations des 25-26 juin 1986, dans laquelle il est dit que, s'agissant du transfert de propriété d'entreprises du secteur public au secteur privé, la Constitution « laisse au législateur *l'appréciation de l'opportunité* des transferts ».

La notion d'erreur manifeste apparaît dans deux contextes. Elle a fait son apparition pour la première fois dans des hypothèses où les textes de valeur constitutionnelle subordonnaient l'exercice du pouvoir législatif à une condition : la nécessité des peines (puisque la loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires), la nécessité des nationalisations (car nul ne peut être privé de sa propriété, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment) . Si l'on se réfère à la théorie générale du contrôle des motifs, on pouvait penser qu'il y avait place pour un contrôle "normal" , puisque le problème de savoir si les nationalisations décidées par le législateur ou les peines attachées à certaines infractions sont nécessaires est, à strictement parler, un problème classique de qualification juridique. En affirmant la faculté pour le législateur d'apprécier librement cette nécessité, sous réserve d'erreur manifeste, le Conseil constitutionnel indique pourtant qu'il n'entend exercer qu'un **contrôle restreint** sur cette appréciation (qualification) : hypothèse très proche de celle où le juge administratif limite volontairement son contrôle à l'erreur manifeste d'appréciation (en réalité, à l'erreur manifeste de qualification), alors que la rédaction des textes indique que l'on est dans un cas de compétence liée.

Dans d'autres décisions, en revanche, la notion d'erreur manifeste est utilisée dans un contexte où aucune disposition de valeur constitutionnelle ne liait le pouvoir du législateur. Ainsi le législateur pouvait-il définir (sous-entendu : librement) les catégories de personnes admises à concourir pour la « troisième voie » de l'ENA, aussi longtemps que cette définition ne procédait pas d'une appréciation manifestement erronée (14 janvier 1983), tout comme il pouvait fixer librement, sous les mêmes réserves, le seuil à partir duquel les parts ou actions acquéraient la nature de biens professionnels et ne devaient pas être pris en compte pour l'assiette de l'impôt sur les grandes fortunes (29 décembre 1983).

Le recours à la notion d'erreur manifeste correspond ici non pas à une restriction, mais bien à une **extension de la sphère de contrôle du juge**, dans la mesure où celui-ci porte une appréciation directement sur la mesure décidée par le législateur sans la confronter à une norme constitutionnelle préexistante (sinon la norme implicite selon laquelle le législateur doit user de son pouvoir d'appréciation avec tact), en vue de vérifier qu'elle n'est pas déraisonnable, excessive, disproportionnée¹¹. Il paraît donc paradoxal de parler dans ce dernier cas de « contrôle restreint », comme on le fait généralement, alors que précisément le juge s'attribue ici de son propre chef le pouvoir de surveiller l'utilisation que fait le législateur d'une compétence que la lecture des textes (ou plus souvent l'absence de dispositions constitutionnelles contraignantes) laissait apparaître comme discrétionnaire : les remarques que nous faisons plus haut à propos du contentieux administratif valent aussi en matière constitutionnelle.

Ce qui ressort de ces premières observations, c'est qu'à l'instar du juge administratif **le Conseil constitutionnel « dose » son contrôle librement**, sans se sentir lié par la façon dont les textes sont rédigés¹². De façon plus générale, on constate qu'il existe ef-

¹¹ Alors que dans le premier cas l'erreur manifeste affecte les motifs de l'acte, note Pierre Delvolvé, elle affecte ici le contenu même de l'acte, et signifie que le seuil du déraisonnable a été franchi (*op. cit.* p. 287). L'idée que le contrôle de l'erreur manifeste se rattache au contrôle du raisonnable, couramment émise (voir aussi en ce sens Laurent Habib dans son étude précitée), sera reprise et affinée plus loin, à propos de la mise en œuvre du contrôle de l'opportunité par le juge constitutionnel.

¹² Pierre Delvolvé remarque lui aussi que le juge est maître de l'étendue de son contrôle, les critères présidant au choix du contrôle restreint, normal ou maximum restant à sa discrétion et ne dépendant pas de la

fectivement des degrés dans le contrôle de constitutionnalité comme il en existe dans le contrôle de la légalité - constat que les auteurs ont systématisé en parlant de contrôle normal, de contrôle restreint, voire même de contrôle maximum¹³.

Nous hésitons, pour notre part, à parler ici de **contrôle normal**, et plus encore à affirmer, avec Bruno Genevois, que « dans la plupart des cas le contrôle exercé par le juge constitutionnel est assimilable à un contrôle normal ». En effet, la notion de « contrôle normal », empruntée au contentieux administratif, renvoie au moins implicitement au contrôle de la qualification des faits ayant motivé la mesure contestée, en vue de vérifier s'ils étaient de nature à justifier la décision prise au regard des conditions posées par les textes. Or la relative rareté des dispositions constitutionnelles précises liant le pouvoir du législateur - sur laquelle on reviendra plus loin - diminue d'autant la possibilité pour le juge d'exercer un « contrôle normal » ainsi entendu (sans compter que, même en présence de telles dispositions, le Conseil constitutionnel peut décider, comme on l'a vu plus haut à propos de l'erreur manifeste, de n'exercer qu'un contrôle restreint sur les lois qui lui sont déferées). En réalité, ce que les auteurs désignent par « contrôle normal » est tout simplement un contrôle plus poussé que le contrôle restreint, qui conduit le Conseil constitutionnel à vérifier les appréciations faites par le législateur, soit, mais c'est rare, au regard d'une norme constitutionnelle préexistante, soit au regard de la norme implicite ou explicite qu'il a lui-même dégagée; et dans ce dernier cas on éprouve quelque réticence à qualifier de "normal" le contrôle exercé dans la mesure où il témoigne d'une **avancée du contrôle au-delà de ce que la formulation des textes permettait d'envisager**¹⁴.

Reste qu'au-delà la querelle terminologique, l'existence d'une **gradation dans l'exercice du contrôle de constitutionnalité** n'est pas douteuse : certains éléments ne font l'objet d'aucun contrôle, et relèvent donc du seul pouvoir d'appréciation du législateur¹⁵, d'autres sont intégralement contrôlés, d'autre enfin sont soumis, on l'a vu, à un contrôle restreint qui aboutit à n'invalidier une disposition législative que si elle est entachée d'une erreur manifeste d'appréciation.

Cette gradation peut exister à l'intérieur d'une même décision, comme en témoigne la décision sur les privatisations des 25-26 juin 1986. Le Conseil constitutionnel y affirme d'abord la liberté pour le législateur, à l'intérieur des limites posées par la Constitution, d'apprécier *l'opportunité* des transferts du secteur public au secteur privé et de déterminer les biens ou entreprises sur lesquels ces transferts doivent porter : lui-

formulation des textes (*op. cit.* p. 300 s). Bruno Genevois, de son côté, parle d'"autolimitation du contrôle", en notant que dans certains cas le Conseil ne pousse pas son contrôle aussi loin que cela serait défendable en droit strict (*La jurisprudence du Conseil constitutionnel. Principes directeurs*, Ed. STH, 1988, p. 293).

¹³ Voir notamment en ce sens P. Delvolvé, *op. cit.* p. 285 s.; Bruno Genevois, *op. cit.* p. 290 s. ; Louis Favoreu et Loïc Philip, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 4^e éd., Sirey, 1986, notamment pp. 536, 555 et 694.

¹⁴ P. Delvolvé assimile ainsi à un « contrôle normal » de la qualification des faits le contrôle auquel se livre le Conseil constitutionnel dans sa décision des 10-11 octobre 1984 sur les entreprises de presse, où il censure la disposition qui aboutissait à remettre en cause des situations existantes, parce qu'elle n'était pas *nécessaire* pour assurer la réalisation de l'objectif constitutionnel poursuivi, c'est à dire le pluralisme. Mais contrairement à la nécessité des peines ou à la nécessité des nationalisations, la condition de nécessité résultait ici d'une norme énoncée par le Conseil constitutionnel, et non d'un texte.

¹⁵ Ainsi, « c'est au législateur de décider si les biens nécessaires à l'exercice d'une profession doivent ou non être pris en compte pour l'assiette de l'impôt sur les grandes fortunes ». En revanche, le Conseil vérifie à quelles conditions les parts et actions peuvent être effectivement considérées comme des biens professionnels (Décision 83-164 DC du 29 décembre 1983).

même n'a donc pas à se prononcer sur ces choix. Mais les auteurs de la saisine contestaient la détermination des entreprises destinées à être privatisées en s'appuyant sur les termes du préambule de 1946, qui dispose que « tout bien, toute entreprise dont l'exploitation a ou acquiert les caractères d'un service public national ou d'un monopole de fait doit devenir la propriété de la collectivité ». On était alors ici typiquement devant un problème de *qualification* des faits : les entreprises visées revêtaient-elles soit le caractère d'un service public national, soit d'un monopole de fait, ce qui aurait rendu leur privatisation inconstitutionnelle ? Or la rédaction de la décision montre que sur le premier point le Conseil constitutionnel a exercé un contrôle « normal », et sur le second un contrôle minimum. Après avoir précisé ce qu'il faut entendre par « service public national », le Conseil en déduit qu' « aucune des entreprises qui figurent sur la liste (...) ne peut être regardée comme exploitant un service public dont l'existence et le fonctionnement seraient exigés par la Constitution » ; mais après avoir de même précisé comment doit s'entendre la notion de « monopole de fait », il se borne à constater qu' « il n'est pas établi, en l'état, que ce soit par une erreur manifeste d'appréciation que les entreprises (...) aient été regardées comme ne constituant pas des monopoles de fait ». *A priori* curieux, ce sort différent tient à la difficulté qu'il y a d'apprécier, dans les conditions mouvantes du marché et de la concurrence, si une entreprise détient ou non un monopole de fait. Le juge constitutionnel, donc, se limite au contrôle de l'erreur manifeste, exactement comme le fait le Conseil d'État face aux mesures qui exigent des appréciations techniques complexes.

Dans la décision sur les nationalisations, de même, on relève un contraste marqué entre le contrôle exercé sur la nécessité des nationalisations et le contrôle exercé sur le caractère « juste » de l'indemnisation. Sur le premier point, on le sait, le Conseil reconnaît au législateur un pouvoir d'appréciation étendu, alors que sur le second il se livre à un examen minutieux et détaillé du dispositif prévu qui débouche finalement sur un verdict d'inconstitutionnalité : ce qui a fait dire à certains auteurs que l'on était ici « aux bornes du contrôle de l'opportunité et du contrôle de constitutionnalité »¹⁶ - bref, bien proche d'un contrôle « maximum ».

En revanche, saisi des modalités du découpage des circonscriptions électorales, le Conseil constitutionnel a explicitement refusé, dans sa décision du 18 novembre 1986, d'exercer sur le texte qui lui était déféré un contrôle aussi poussé que celui qu'il avait exercé sur les modalités d'indemnisation. En déclarant qu'il ne lui appartenait pas de rechercher « si les circonscriptions ont fait l'objet de la délimitation *la plus équitable possible* », et qu'en l'occurrence il n'apparaissait pas, « en l'état du dossier et compte tenu de la variété et de la complexité des situations locales pouvant donner lieu à des solutions différentes dans le respect de la même règle démographique, que les choix effectués par le législateur aient *manifestement méconnu* les exigences constitutionnelles », il a clairement affirmé le principe d'un contrôle restreint. Cette prudence se comprend aisément compte tenu du caractère techniquement délicat et politiquement sensible des appréciations sous-jacentes aux opérations de découpage électoral ; mais la rédaction de la décision suscite un certain embarras, dans la mesure où il en ressort que si les exigences constitutionnelles n'ont pas été « manifestement méconnues » en l'espèce, il n'est pas non plus certain qu'elles aient été parfaitement respectées¹⁷... Remarque qui renvoie à

¹⁶ L. Favoreu et L. Philip, *op. cit.* p. 555.

¹⁷ Cet embarras ne fait que refléter l'embarras du Conseil constitutionnel lui-même, qui semble s'excuser de sa timidité en expliquant que « pour l'examen des situations de fait, le Conseil constitutionnel saisi d'une loi votée et en instance de promulgation se prononce dans des conditions différentes de celles dans lesquelles

l'inconsistance du mot « manifeste », lequel laisse au juge constitutionnel toute latitude pour invalider ou non la disposition qui lui est déférée.

Ainsi, donc, il existe un ensemble de points communs qui donnent au contentieux constitutionnel et au contentieux administratif **un incontestable « air de famille »** : depuis la distinction entre contrôle poussé et contrôle restreint fondé sur la notion d'erreur manifeste, jusqu'à la façon qu'a le juge de lier le pouvoir d'appréciation de l'organe contrôlé en reformulant les normes existantes ou en énonçant des règles nouvelles. Et si le Conseil constitutionnel est ainsi à même de doser l'étendue de son contrôle, on peut penser qu'il est également à même, à l'instar du juge administratif, de repousser les frontières de la constitutionnalité et de restreindre le cas échéant la sphère de libre appréciation du législateur. Mais on ne saurait s'en tenir à ce premier constat : on ne peut, en effet, ni assimiler purement et simplement le contrôle de l'opportunité à une sorte de contrôle « maximum », ni prétendre qu'à chaque fois que le juge lie de son propre chef l'action de l'organe contrôlé il en arrive à contrôler l'opportunité de ses décisions. Le contrôle de l'opportunité peut parfaitement prendre place dans le cadre d'un « contrôle minimum » (ou réputé tel), tandis qu'à l'inverse, toute avancée du contrôle du juge ne débouche pas nécessairement sur un contrôle de l'opportunité.

2/ Les éléments constitutifs du contrôle de l'opportunité

Les similitudes que l'on observe dans les démarches respectives du juge administratif et du juge constitutionnel ne dispensent pas de s'interroger sur ce que peut recouvrir spécifiquement la notion de contrôle de l'opportunité en matière constitutionnelle. Elles permettent toutefois de lever un certain nombre d'objections qui, en se fondant sur la **spécificité du rapport de constitutionnalité**, conduiraient à nier a priori la possibilité même de tout contrôle de l'opportunité dans ce domaine.

Une première objection pourrait naître de la comparaison entre la façon dont la Constitution lie le législateur et la façon dont la loi lie l'administration. Alors que l'administration ne peut agir que sur le fondement d'un texte, d'une habilitation préalable, le législateur est libre de faire tout ce que la Constitution ne lui interdit pas : il en résulte que **la sphère d'appréciation en opportunité du législateur est structurellement beaucoup plus étendue que celle de l'administration**, et le Conseil constitutionnel prend souvent soin, au demeurant, de rappeler ce pouvoir de libre appréciation du législateur¹⁸. De surcroît, la structure de la norme qui lie l'administration est habituellement du type « si ... alors », subordonnant l'action administrative à la réalisation de certaines conditions : le juge administratif est ainsi amené à contrôler l'ajustement des motifs de fait aux motifs de droit, et plus généralement la pertinence des motifs invoqués par l'ad-

la juridiction administrative est appelée à statuer sur la légalité d'un acte administratif ». Cette phrase un peu énigmatique n'est nullement, pour le Conseil, une façon de se démarquer de la jurisprudence administrative et de dire qu'il ne lui appartient pas de contrôler les motifs de fait ; elle signifie simplement, si l'on en croit un commentateur autorisé, que ses moyens d'investigation ne sont pas comparables à ceux du juge administratif, qui dispose d'un délai plus long pour instruire le dossier (Voir B. Genevois, *op. cit.* p. 251).

¹⁸ Voir *supra*, note 10. Le souci de ne pas empiéter sur les prérogatives du législateur s'exprime également dans la décision du 12 septembre 1984 sur la limite d'âge des fonctionnaires, qui rappelle que le législateur peut fixer "les règles qui lui paraissent les plus appropriées" pour chaque corps, ou encore dans la décision du 25 février 1982 sur le statut de la Corse, où il est dit que le législateur peut effacer certaines conséquences pénales d'agissements que la loi réprime ; « il lui appartient alors d'apprécier quelles sont les infractions et le cas échéant les personnes auxquelles doit s'appliquer le bénéfice de ces dispositions ».

ministration, ce qui l'entraîne parfois sur le terrain des appréciations d'opportunité. Cette structure normative se retrouve à l'inverse rarement dans les textes constitutionnels : dès lors, s'il est vrai que le contrôle de l'opportunité se greffe sur le contrôle des motifs, on pourrait douter qu'il y ait place pour un tel contrôle en matière constitutionnelle.

Cette première objection est relativement aisée à réfuter. Il est de fait, d'abord, que l'étendue et la nature du contrôle exercé par le juge ne dépend que très partiellement de la façon dont les textes sont rédigés au départ, le juge prenant, on l'a vu, une large part dans la reformulation des règles auxquelles il soumet l'organe contrôlé. Et la comparaison entre les méthodes du contentieux administratif et celles du contentieux constitutionnel a montré que dans plusieurs hypothèses la démarche du juge constitutionnel s'apparentait à un véritable contrôle des motifs : soit que, exceptionnellement, les textes à valeur constitutionnelle subordonnent l'utilisation par le législateur de ses pouvoirs à des conditions (telle la "nécessité des peines" en droit pénal, ou la "nécessité publique" en matière de nationalisations), soit que le juge pose lui-même des conditions qui n'existaient pas directement dans les textes et contrôle ensuite leur respect par le législateur.

Reste qu'on peut se demander s'il est loisible de **parler des « motifs de fait » d'une décision à portée générale et impersonnelle comme on parle des motifs d'une décision individuelle**. Contrairement au juge administratif, en effet, le Conseil constitutionnel contrôle toujours des normes, jamais des décisions individuelles. Or la plupart des exemples attestant l'existence, dans le contentieux administratif, d'un contrôle de l'opportunité se rapportent à des décisions individuelles : appréciation du caractère fautif des faits pouvant entraîner une sanction disciplinaire et du caractère non disproportionné de la sanction appliquée ; contrôle de l'absence d'erreur manifeste dans la délivrance d'un permis de construire ou de l'octroi d'une dérogation en matière d'urbanisme, contrôle de l'utilité publique d'une opération en matière d'expropriation, etc... Et ceci se comprend bien : la décision individuelle est prise au vu d'une situation déterminée, ses effets sont relativement aisés à circonscrire ; le problème de son opportunité ou de son inopportunité se pose en des termes plus clairs que dans le cas d'une décision à portée générale.

Les « motifs de fait » d'un acte normatif existent, sans doute, mais ils sont beaucoup moins explicites, beaucoup plus imprécis. Car l'acte normatif vise à régir des situations dont certaines ne sont pas encore nées et se produiront seulement dans l'avenir. Ses effets sont moins clairement et moins immédiatement perceptibles, et son opportunité ne peut s'apprécier que globalement, par rapport à l'ensemble des situations auxquelles elle trouvera à s'appliquer. Mais ceci ne signifie pas que la notion d'opportunité soit inopérante dans ce cas. On trouve, au demeurant, dans le contentieux administratif des hypothèses où le juge exerce un contrôle approfondi sur des mesures à portée générale : on pense à la réglementation en matière de police - dont la jurisprudence sur les photographes-filmeurs fournit l'archétype - ou encore aux circulaires réglementant le droit de grève dans la fonction publique ; dans ces deux cas, le juge vérifie que les mesures prises sont proportionnées aux difficultés de la circulation ou à la gravité des atteintes portées à la continuité du service public. Et même s'il s'agit ici de mesures réglementaires dont la portée générale est, si l'on ose dire, limitée : à une zone géographique ou à un service déterminés, cela montre au moins qu'il n'y a pas d'incompatibilité *a priori* entre le contrôle des motifs et la nature réglementaire des mesures contrôlées.

Le contrôle de l'opportunité, au demeurant, ne se laisse pas exclusivement ramener à un contrôle des motifs. Peut-on encore parler, en effet, de contrôle des motifs lorsque l'organe contrôleur ne se borne pas à confronter les motifs de la mesure con-

testée à des conditions posées préalablement, mais porte directement un jugement sur la mesure elle-même, sur son caractère raisonnable, sur sa pertinence au regard de l'ensemble du contexte dans lequel elle intervient ? Un contexte qui est constitué conjointement et indistinctement par la situation initiale qui pousse l'auteur de la décision à agir et les objectifs qu'il poursuit.

Car l'opposition que l'on a coutume de tracer entre les motifs d'une mesure, théoriquement antécédents, et le but qu'elle vise à atteindre, est loin d'être aussi évidente qu'on veut bien le dire (qu'est-ce, au demeurant, que l'exposé des motifs d'une loi, sinon l'exposé des objectifs que le législateur se propose d'atteindre...?). Sans doute peut-on distinguer analytiquement les faits qui motiveraient la décision en amont et les objectifs en aval ; mais dans le processus concret de la prise de décision, « motifs » et « objectifs » se court-circuitent : l'appréciation portée sur la situation est nécessairement fonction des buts que l'on souhaite atteindre, et inversement les objectifs font partie intégrante des "motifs", si l'on entend par là l'ensemble des éléments qui poussent le décideur à agir et déterminent le choix de la mesure à prendre. En ce sens, est opportune la mesure qui apporte une réponse adéquate au regard d'une situation et d'un objectif donnés. Et le contrôle de l'opportunité, plus encore qu'un contrôle des motifs, apparaît comme le contrôle global que le juge exerce sur l'existence d'un rapport adéquat entre la mesure litigieuse, la situation de fait, et le but poursuivi par l'auteur de la décision¹⁹.

Si, par conséquent, il existe bien une spécificité du rapport de constitutionnalité, elle n'est pas en soi de nature à exclure *a priori* la possibilité même d'un contrôle de l'opportunité. Il reste alors à examiner, de façon positive cette fois, dans quels cas et à quelles conditions on sera autorisé à parler d'un contrôle de l'opportunité. Nous avons récusé plus haut, comme s'appuyant sur une vision excessivement formaliste des choses, la thèse selon laquelle le contrôle de l'opportunité serait dans tous les cas radicalement impensable, le juge ne contrôlant que ce qui est régi par des règles et qui de ce fait a été retranché de la sphère de libre appréciation du législateur ou de l'administration.

Car s'il est exact que le juge se réfère toujours à une règle, au moins implicite, la façon dont cette règle est formulée peut le conduire, voire l'obliger à exercer le cas échéant un contrôle sur l'opportunité des mesures qui lui sont déférées. L'exemple du contentieux administratif le montre parfaitement. Le juge, on l'a rappelé,

¹⁹ Ainsi, dans le contentieux des mesures de police, la légalité de la mesure s'apprécie au regard de l'ensemble des circonstances, sans qu'il soit possible de distinguer clairement entre l'objectif poursuivi et la situation de fait : l'appréciation portée sur la gravité de la menace pesant sur l'ordre public est indissociable de l'appréciation portée sur la nécessité plus ou moins impérieuse de maintenir l'ordre et sur l'équilibre à respecter dans des circonstances données entre le maintien de l'ordre et la préservation des libertés.

De son côté, lorsqu'il examine la constitutionnalité des dispositions destinées à limiter la concentration dans la presse écrite, le Conseil constitutionnel vérifie qu'elles sont nécessaires, compte tenu de la situation existante, pour maintenir ou rétablir l'objectif de pluralisme (10-11 octobre 1984).

Il en va de même lorsqu'est en cause le principe d'égalité. En effet, si, aux yeux du Conseil constitutionnel, des situations différentes peuvent justifier une différence de traitement, l'édiction de règles spécifiques n'est toutefois possible que si la différence de traitement est compatible avec la finalité de la loi, cohérente avec l'objectif poursuivi par le législateur. Ainsi, bien qu'il existe une différence de situation entre les entreprises selon le nombre de salariés qu'elles emploient, le législateur ne pouvait se fonder sur cette différence de situation pour accorder un vote plural à certains employeurs pour la désignation de leurs représentants aux conseils de prud'hommes, car cette différenciation était incompatible, dit le Conseil constitutionnel, avec la finalité de la loi (17 janvier 1979) : l'objectif poursuivi rétroagit, on le voit, sur l'appréciation de la situation elle-même .

en l'absence de conditions légales mises à l'exercice d'une compétence administrative, ou lorsque celles-ci sont énoncées de façon excessivement vagues, n'hésite pas à formuler ou reformuler lui-même, de son propre chef, les motifs qui pourront légalement justifier les décisions prises²⁰. Parfois, ces conditions sont impératives, d'apparence "dogmatique" : on peut, ou on ne peut pas, mais le plus souvent elles sont de nature pragmatique, du type : on peut, dans la mesure où... Et ce « dans la mesure où » va servir de fondement aux vérifications faites par le juge : formellement, il contrôle uniquement que la règle qu'il a posée a été respectée ; mais en réalité, c'est bien l'opportunité de la décision qu'il est amené à contrôler. Les deux arrêts célèbres *SAFER d'Auvergne contre Bernette* (1976) et *Ville nouvelle Lille-Est* (1971) illustrent parfaitement cette démarche du juge. Avant de donner l'autorisation de licencier un salarié protégé, l'inspecteur du travail doit s'assurer que la faute commise était d'une *gravité suffisante*, que le licenciement n'est pas motivé par son activité syndicale, et même si ces conditions sont remplies il peut refuser l'autorisation pour des *motifs d'intérêt général*, sous réserve qu'il ne soit pas porté d'*atteinte excessive* à l'un ou l'autre des intérêts en présence : il n'est pas un de ces éléments qui n'implique de porter des appréciations complexes dans lesquelles l'objectivité ne peut avoir qu'une part limitée. Et on peut en dire autant de l'évaluation du coût et des avantages respectifs d'une opération, dont on sait qu'elle conditionne l'appréciation de son utilité publique.

L'équilibre, la proportionnalité, le « non-excès » deviennent ainsi des conditions de la légalité de l'action administrative. Autant de notions qui sont de simples standards insusceptibles de définition *a priori* : car si l'on peut, dans une situation donnée, dire que quelque chose est excessif ou ne l'est pas, on ne peut définir par avance ce qu'est l'ex-cès... Dans ce genre d'estimation, rien ne garantit que l'appréciation de l'organe contrôleur va coïncider avec celle de l'organe contrôlé : le flou de la règle confère à ce dernier un pouvoir d'appréciation étendu, tout en justifiant simultanément le contrôle que le juge exercera sur cette appréciation, et donc sur l'opportunité de la décision litigieuse.

De ce premier constat, on peut tirer des enseignements plus généraux, et notamment celui-ci : il ne suffit pas que le juge substitue son arbitraire à celui de l'organe contrôlé pour qu'apparaisse un contrôle de l'opportunité ; **il faut encore que la formulation de la norme laisse subsister un pouvoir d'appréciation au profit de l'organe contrôlé**, sur lequel se greffera le pouvoir d'appréciation de l'organe contrôleur. Il faut donc distinguer le fait pour le juge de limiter ou de supprimer le pouvoir discrétionnaire en posant des règles nouvelles plus contraignantes, et le fait de pouvoir exercer un contrôle sur les appréciations de l'organe contrôlé.

Sans doute est-il exact qu'à chaque fois qu'il crée des règles nouvelles le juge réduit le pouvoir discrétionnaire de l'administration ou du législateur, empiète sur la sphère de libre appréciation que la loi ou la Constitution leur réservait, et donc restreint le domaine de l'"opportunité". Et à cet égard, le pouvoir du juge - aussi bien du juge constitutionnel que du juge administratif - est immense : c'est lui qui choisit les règles qui accéderont à la dignité de principes à valeur constitutionnelle, c'est lui qui détermine

²⁰ Même en matière de police, il existe une règle implicite qui fonde le contrôle du juge : la liberté est la règle, la restriction l'exception, d'où l'on déduit que tout ce qui va un tout petit peu plus loin que ce qui est nécessaire est illégal ; or la nécessité, contrairement à ce que l'on pourrait penser, n'est qu'un des avatars de l'opportunité, dès lors que la nécessité d'une mesure ne ressort pas d'un constat objectif mais d'une appréciation subjective portée sur l'ensemble d'un contexte.

la portée de ces principes, qui décide de la façon dont ils doivent se combiner avec d'autres. Tout a été dit de ces dispositions constitutionnelles ambiguës, vagues, contradictoires, de ces principes insaisissables, à géométrie variable, au contenu élastique et aux effets aléatoires, qui laissent en définitive au juge dans l'exercice de son contrôle une marge de choix immense, un choix qu'il exerce, forcément, en opportunité. Mais **juger en opportunité est une chose, contrôler l'opportunité en est une autre** ; les deux démarches ne sauraient être confondues, même si elles peuvent interférer et se conforter mutuellement, notamment lorsque le juge formule les règles de façon à se réserver la possibilité d'apprécier au cas par cas la constitutionnalité des mesures qui lui sont déférées sans épuiser d'un seul coup son pouvoir discrétionnaire.

Lorsqu'il lie complètement le pouvoir de l'organe contrôlé par des règles qui excluent toute marge d'appréciation, et donc toute prise en compte de considérations d'opportunité, le juge se prive lui-même de la possibilité d'exercer un contrôle sur l'opportunité des mesures contestées, et d'apprécier si, dans le contexte où elles sont intervenues ou compte tenu de l'objectif poursuivi, elles étaient ou non justifiées. Car - c'est presque une lapalissade mais il convient néanmoins de le rappeler - **il ne peut y avoir contrôle de l'opportunité d'une décision que si l'auteur de la décision a lui-même obéi à des considérations d'opportunité.**

Pour que le contrôle de l'opportunité puisse s'exercer, il faut : soit que la règle posée par le juge fasse de l'opportunité une condition de la constitutionnalité, à l'image de ce qui se produit en matière de police municipale, soit que la norme applicable soit suffisamment souple ou indéterminée pour que la vérification de son respect ou de son non-respect laisse place à une appréciation en fonction des circonstances : il faut que la Constitution, ou le juge, ait subordonné l'action du législateur à des conditions dont la réalisation ou la non réalisation ne se décide pas en termes de oui/non, mais en termes de plus ou moins, à partir d'une pesée, d'une comparaison, d'une opération d'ordre quantitatif plus que qualitatif ; il faut, en somme, **que la règle soit formulée de façon pragmatique, et non dogmatique**, laissant le champ ouvert à une discussion cas par cas.

C'est ainsi qu'en érigeant des critères d'opportunité en normes de constitutionnalité, le Conseil constitutionnel, sans sortir de son rôle de juge et en ne faisant que contrôler la conformité des décisions du législateur à ces normes, en arrive à contrôler leur opportunité.

II. LES PREUVES DE L'EXISTENCE

Le Conseil constitutionnel, comme tout juge, doit motiver ses décisions en droit, et respecter, au moins formellement, les règles de la logique déductive, dont la forme canonique est le syllogisme. Toute décision comporte donc l'énoncé d'une norme, à laquelle le juge confronte ensuite la disposition litigieuse pour vérifier si elle est ou non conforme à cette norme. Ceci ne veut pas dire que la norme ne puisse être le cas échéant formulée en fonction de la solution souhaitée, ni que le verdict de constitutionnalité découle toujours de façon évidente de la confrontation ainsi opérée : la motivation dans la forme syllogistique paraît parfois bien artificielle et peut camoufler une démarche purement téléologique. Mais, artificiel ou non, le rattachement à une norme est inévitable. Et, comme on l'a rappelé plus haut, le contrôle de l'opportunité s'effectue lui-même sous le couvert d'une norme préalablement posée par le juge : contrôler l'opportunité, ce n'est pas contrôler ce qui échappe à l'emprise des normes, mais vérifier l'adéquation de la décision

contestée aux circonstances et à l'objectif poursuivi par son auteur; le contrôle de l'opportunité n'est pas lié à l'absence de norme, mais à la façon dont est formulée cette norme. Par conséquent, si l'on veut prouver que le contrôle de la constitutionnalité d'une loi inclut - ou implique -, parfois, le contrôle de son opportunité, il faut préalablement montrer **comment la formulation de la norme constitutionnelle**, ou plus souvent sa reformulation par le juge, **offre prise à ce contrôle de l'opportunité**.

A. Les bases normatives du contrôle de l'opportunité

A la base du mécanisme de contrôle de l'opportunité, il y a donc **l'intégration d'une part de flou, d'indétermination, dans l'énoncé de la norme**. Il faut, comme on l'a dit plus haut, que d'une façon ou d'une autre la formulation de la norme laisse place, pour son application, à une appréciation au cas par cas, par le législateur d'abord, par le juge ensuite. A l'inverse, lorsque la norme est formulée de façon dogmatique, de sorte que la réponse à la question posée est déjà tout entière contenue dans l'énoncé de la norme, elle n'offre aucune prise à un contrôle de l'opportunité. Et cela, quelles que soient les considérations d'opportunité qui ont guidé le juge dans le choix qu'il a fait d'invalider ou non, quel que soit également le jugement qu'on puisse soi-même porter - de façon toute subjective - sur l'opportunité de ce choix.

Ainsi - ce ne sont là que quelques exemples - **il y a formulation dogmatique de la norme, exclusive de tout contrôle de l'opportunité**, lorsque le Conseil constitutionnel déclare que le pouvoir donné au préfet de surseoir à la délivrance du récépissé de déclaration d'une association dont l'objet paraît illicite porte une atteinte inacceptable à la liberté d'association (16 juillet 1971) ; ou que le principe d'égalité s'oppose à toute division par catégories - en l'occurrence par sexe - des électeurs ou des éligibles (18 novembre 1982) ; ou encore que le statut des DOM doit être le même que celui des autres départements, les mesures d'adaptation prévues par la constitution n'autorisant pas à les doter d'un statut particulier (2 décembre 1982)²¹. Dogmatisme encore lorsque le Conseil constitutionnel affirme que l'indépendance des professeurs d'université est un principe de valeur constitutionnelle auquel on porterait atteinte en faisant élire leurs représentants dans les conseils des universités par un collège unique composé de professeurs *et* de maîtres-assistants (20 janvier 1984) : quel que soit l'arbitraire de cette affirmation (c'est le propre de toute affirmation dogmatique...), elle exclut tout pouvoir d'appréciation dans la mise en œuvre de la norme énoncée, tant de la part de l'organe contrôlé que de l'organe contrôleur, donc tout contrôle de l'opportunité²².

Sur la longue durée, si l'on porte un regard rétrospectif sur la jurisprudence du Conseil constitutionnel, on note une **tendance à formuler les normes d'une façon de moins en moins dogmatique et de plus en plus pragmatique**. Preuve de modestie ou d'humilité de la part d'un organe qui court toujours le risque d'être accusé de vouloir gouverner à la place des autorités légitimes ? Peut-être. Mais aussi instrument d'une influence plus subtile, par le biais d'un contrôle tout en nuances. De fait, le Conseil consti-

²¹ En revanche, il y aurait eu place pour un contrôle de l'opportunité si le Conseil constitutionnel avait posé le problème autrement, et avait vérifié que les mesures d'adaptation votées par le législateur étaient effectivement nécessitées par la situation particulière de ces départements.

²² Là encore, il en aurait été différemment si la constitutionnalité de la mesure avait été subordonnée à une condition de mesure, à un pourcentage minimum de représentation des professeurs dans le collège unique par exemple.

tutionnel omet rarement, lorsqu'il formule ou reformule les "principes à valeur constitutionnelle", de réserver une part d'appréciation dans la mise en oeuvre du principe ainsi dégagé, préservant ainsi la liberté du législateur, certes, mais aussi son propre pouvoir de contrôler l'opportunité des choix opérés par le législateur.

Cette formulation pragmatique de la règle peut revêtir en gros deux modalités distinctes : soit la norme fait place à une notion de mesure, d'équilibre, et le jugement porté sur la constitutionnalité dépendra d'une évaluation d'ordre quantitatif ; soit l'opportunité, ou l'un de ses équivalents fonctionnels, est érigée directement, sans médiation, en critère de constitutionnalité.

1/ L'intégration d'un élément de mesure

Le quantitatif mué en qualitatif : point trop n'en faut...

Dans cette hypothèse, le juge fixe bien une norme, mais une norme dont il ne peut vérifier le respect qu'en se livrant à l'appréciation globale, nécessairement empreinte de subjectivité, du contexte dans lequel la disposition législative contestée intervient. Cette norme, parfois implicite, parfois explicitement formulée, est en substance la suivante : c'est inconstitutionnel si c'est disproportionné, excessif, insuffisant, si c'est trop, ou pas assez ; à l'inverse, c'est constitutionnel dans la mesure où le législateur reste dans les limites du raisonnable, où il ne va pas trop loin.

L'intégration du flou dans la norme se manifeste ici par une **surconsommation de standards** de la part du juge constitutionnel. De fait, les standards, instruments d'évaluation des situations concrètes, sont insusceptibles d'une définition *a priori* ; ils comportent nécessairement un élément de relativité et ne peuvent donc donner lieu qu'à autant de jugements d'espèce. Il n'y a pas, en particulier, de critère de l'excessif ou de l'insuffisant : une mesure n'apparaîtra comme excessive ou insuffisante qu'au regard d'un contexte déterminé. Est excessive ou insuffisante la disposition qui va au-delà ou reste en-deçà de ce qui était utile ou nécessaire, qui apporte par conséquent une réponse inadaptée au problème posé - bref, qui est inopportune.

Ainsi, le Conseil constitutionnel déduit de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme posant le principe de la légalité des délits et des peines la règle selon laquelle le législateur doit « définir les infractions en termes *suffisamment clairs et précis* pour exclure l'arbitraire ». Cette règle, énoncée pour la première fois dans la décision Sécurité et liberté (19-20 janvier 1980), a été réaffirmée à plusieurs reprises par la suite (10-11 octobre 1984, à propos de plusieurs dispositions figurant dans la loi sur la presse, 18 janvier 1985 à propos du délit de malversation, dans la loi relative au redressement des entreprises). Sans doute les dispositions insuffisamment claires et précises ne sont-elles pas condamnées comme inopportunes ; mais le l'appréciation par le juge du caractère suffisamment clair et précis des dispositions litigieuses, dont dépend la décision d'invalider ou non, intervient toujours après coup et de façon assez subjective, en fonction de l'idée que lui-même se fait du degré de précision qu'il est possible ou souhaitable d'atteindre dans la matière concernée.

On pourrait tenir un raisonnement analogue à propos de la décision sur les perquisitions fiscales (29 décembre 1983), dans laquelle le juge pose en principe que les perquisitions, pour ne pas porter d'atteinte inconstitutionnelle à l'inviolabilité du domicile, doi-

vent être entourées de garanties suffisantes. Toutefois, le Conseil constitutionnel se livre, dans cette décision, à une énumération minutieuse des insuffisances du texte litigieux²³, et indique par conséquent *a contrario* à quelles conditions les perquisitions fiscales peuvent être considérées comme constitutionnelles : de sorte que, liant assez étroitement le pouvoir du législateur, il limite d'autant sa propre marge d'appréciation subjective pour l'avenir.

On retrouve en revanche le même flou normatif lorsque le juge énonce la règle selon laquelle, en matière de détention, la liberté individuelle ne peut être tenue pour sauvegardée que si le juge intervient dans *le plus court délai possible* (9 janvier 1980, Sécurité et liberté) - ce qui lui permet ensuite d'apprécier dans chaque cas, s'agissant notamment de la rétention des étrangers en instance de départ forcé, si le délai prévu par le législateur est suffisamment court. Appréciation de durée, également, lorsque ayant à se prononcer sur la disposition législative portant de trois à six mois le délai dans lequel il doit être procédé à une élection cantonale partielle, le Conseil déclare que s'il appartient à la loi de fixer ce délai, il ne doit pas en résulter pour l'autorité administrative une possibilité de choix telle qu'elle puisse engendrer l'arbitraire (5 janvier 1988, élections cantonales). Derrière la question de mesure, c'est bien l'opportunité de la disposition litigieuse qui est en cause, et cette fois directement, car l'allongement du délai est critiqué non pas en raison de son caractère intrinsèquement excessif mais en raison des éventuels détournements de pouvoir qu'il risquerait d'engendrer.

Le comble de l'indétermination semble atteint dans la décision sur la Nouvelle Calédonie (8 août 1985), dans laquelle le Conseil constitutionnel affirme que pour être représentative une assemblée doit être élue sur des bases essentiellement, quoique non exclusivement démographiques, le législateur pouvant tenir compte d'autres impératifs d'intérêt général, mais seulement *dans une mesure limitée*. En quoi peut consister ici la juste mesure ? Mystère : le juge ne fournit pas le moindre élément d'appréciation objective, la moindre indication positive à ce sujet, il se borne à enjoindre au législateur de refaire sa copie et de la lui soumettre à nouveau une fois corrigée. On retire la même impression de la récente décision sur le Conseil supérieur de l'audiovisuel (17 janvier 1988), où il est dit que si le législateur peut confier à une autre autorité que le Premier ministre le soin de prendre les règlements d'application d'une loi, c'est « à la condition que cette habilitation ne concerne que des *mesures de portée limitée* tant par leur champ d'application que par leur contenu ». Où passe la frontière entre l'habilitation constitutionnelle parce que limitée et l'habilitation inconstitutionnelle parce qu'excessive, nul n'en sait rien : on verra plus tard, à mesure que les cas d'espèce se présenteront et en fonction des circonstances.

La constitutionnalité : simple question d'équilibre

Il s'agit là d'une démarche bien connue, que le juge administratif pratique lui aussi fréquemment : l'établissement d'un compromis entre deux normes contradictoires, permettant **un dosage souple établi par le juge à l'occasion de chaque espèce**. La juris-

²³ Les dispositions litigieuses, dit-il, ne précisent pas l'acception du terme infraction, qui peut être entendu en plusieurs sens et ne limitent donc pas clairement le domaine ouvert aux investigations en question ; elles n'assignent pas de façon explicite au juge ayant le pouvoir d'autoriser les investigations des agents de l'administration la mission de vérifier de façon concrète le bien-fondé de la demande qui lui est soumise ; elles passent sous silence les possibilités d'intervention et de contrôle de l'autorité judiciaire dans le déroulement des opérations autorisées, etc...

prudence relative à la grève dans les services publics en fournit un exemple typique, d'autant plus notable que dans ce domaine le Conseil constitutionnel a repris purement et simplement à son compte la position du Conseil d'État : il faut concilier la défense des intérêts professionnels dont la grève est l'expression avec la sauvegarde de l'intérêt général - et notamment la continuité du service public - auquel elle peut être de nature à porter atteinte. Sur la base de ce principe le Conseil d'État a élaboré une jurisprudence nuancée, collant de très près aux circonstances. On peut faire la même remarque à propos de l'obligation de réserve, qui doit permettre de concilier la liberté d'expression du fonctionnaire avec les nécessités du service public et de l'action gouvernementale, ou encore à propos du contentieux des mesures de police qui illustre l'idée selon laquelle des limites ne peuvent être apportées à l'exercice d'une liberté que dans la mesure où elles sont nécessaires à la sauvegarde de l'ordre public. Cette conciliation entre deux impératifs contradictoires est par excellence une question d'espèce qu'on ne peut trancher qu'en fonction des circonstances de fait.

Or le Conseil constitutionnel utilise lui aussi très fréquemment cette méthode. Reprenant une idée classique de la jurisprudence administrative, il a par exemple répondu à ceux qui contestaient la constitutionnalité de la proclamation de l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie qu'il appartenait au législateur « d'opérer la *conciliation nécessaire entre le respect des libertés et la sauvegarde de l'ordre public sans lequel l'exercice des libertés ne saurait être assuré* » et qu'il pouvait donc prévoir un régime d'état d'urgence en vue d'opérer cette conciliation, bien qu'un tel régime ne fût pas prévu par la Constitution (25 janvier 1985)²⁴. C'est pour la même raison que, lorsqu'il régleme les contrôles d'identité, le législateur doit *concilier la liberté d'aller et venir et la liberté individuelle avec les besoins de la recherche des auteurs d'infractions et de la prévention des atteintes à l'ordre public*, notamment à la sécurité des personnes et des biens, nécessaires l'une et l'autre à la sauvegarde des droits de valeur constitutionnelle (19-20 janvier 1981).

A propos du droit de grève également, le Conseil constitutionnel a affirmé que la reconnaissance du droit de grève ne saurait avoir pour effet de faire obstacle au pouvoir du législateur d'apporter à ce droit *les limitations nécessaires en vue d'assurer la continuité du service public* (25 juillet 1979, à propos de la radio et de la télévision), et que ce droit devait être également *concilié avec les nécessités de la protection de la santé et de la sécurité des personnes et des biens* (22 juillet 1980). Concilier, en l'occurrence, veut dire accepter un certain nombre d'atteintes à un droit constitutionnellement reconnu ; et seul le Conseil constitutionnel sera juge, en dernière analyse, du caractère équitable de l'équilibre réalisé par le législateur. La constitutionnalité se résume ici encore à une **question de mesure**.

En matière de liberté, toujours, il appartient au législateur de « *concilier*, en l'état actuel des techniques et de leur maîtrise, *l'exercice de la liberté de communication (...)* avec, d'une part, les contraintes techniques inhérentes aux moyens de la communication audiovisuelle et, d'autre part, les objectifs de valeur constitutionnelle que sont la sauvegarde de l'ordre public, le respect de la liberté d'autrui et la préservation du caractère plu-

²⁴ Cette décision illustre également le recours à la notion de nécessité pour légitimer des mesures dont la constitutionnalité n'est *a priori* pas évidente. Voir *infra*, et Philippe Terneyre, "Les adaptations aux circonstances du principe de constitutionnalité. Contribution du Conseil constitutionnel à un droit constitutionnel de la nécessité", *RDP* 1987.1489.

raliste des courants d'expression socioculturels auxquels ces modes de communication, par leur influence considérable, sont susceptibles de porter atteinte » (17 janvier 1989)²⁵.

On pourrait poursuivre encore longtemps l'énumération des décisions dans lesquelles le Conseil constitutionnel met en balance soit deux libertés ou principes constitutionnellement consacrés (la liberté d'entreprendre et le droit de propriété d'un côté, le principe des nationalisations posé par le Préambule de 1946 de l'autre), soit, plus librement encore, un principe constitutionnel avec des « objectifs de valeur constitutionnelle », voire tout simplement avec des « impératifs d'intérêt général » (comme en matière électorale, où le découpage des circonscriptions doit avoir une base essentiellement démographique, mais peut tenir compte, dans une mesure limitée, d'autres impératifs d'intérêt général). La récente décision sur l'amnistie, du 20 juillet 1988, montre bien **la liberté dont dispose le juge pour soupeser ces exigences contradictoires** et aboutir à la solution qui lui paraît, simplement, **la plus opportune ou la moins inopportune**. Partant du principe qu'il faut établir la « *conciliation nécessaire entre les droits et libertés de chacun et les droits et libertés d'autrui* » (ce qui est assurément un sain principe de vie en société mais manque un peu de densité juridique...), le Conseil constitutionnel en déduit la possibilité pour le législateur de décider que l'amnistie comportera exceptionnellement la remise en l'état de la situation de ses bénéficiaires, sous réserve qu'elle ne soit pas contraire aux droits et libertés des personnes tierces. S'agissant de la réintégration des représentants du personnel et délégués syndicaux licenciés, il faut mettre en balance d'un côté les difficultés particulières de leur mission, qui découle d'exigences constitutionnelles, de l'autre le risque de porter atteinte à la fois à la liberté d'entreprendre de l'employeur, qui doit pouvoir choisir ses collaborateurs, et à la liberté personnelle de l'employeur et des salariés de l'entreprise auxquels on impose la fréquentation sur les lieux de travail des auteurs d'actes dont ils ont été victimes. Le législateur est donc invité à doser soigneusement les modalités de cette réintégration en fonction de la gravité des fautes qui ont motivé le licenciement.

On notera toutefois que la conciliation entre deux principes ou objectifs opposés ne débouche pas nécessairement sur un contrôle de l'opportunité. Il existe en effet des exemples de formulation dogmatique de la norme « conciliatrice », dispensant précisément le législateur de ce type de dosage sur lequel prend appui le contrôle de l'opportunité. Ainsi, s'agissant de réglementer l'entrée et le séjour des étrangers, le juge laisse au législateur le soin d'apprécier les conditions dans lesquelles *les droits de la famille peuvent être conciliés avec les impératifs d'intérêt public*, et affirme qu'il ne transgresse aucune disposition constitutionnelle en faisant prévaloir les nécessités de l'ordre public sur les droits de la famille en cas d'expulsion (3 septembre 1986) : dans ce cas, la constitutionnalité des mesures législatives n'est subordonnée à aucune condition de proportionnalité ou d'équilibre.

2/ L'opportunité érigée en critère de constitutionnalité

²⁵ On remarque la sophistication croissante de la formulation utilisée par le Conseil constitutionnel, qui reflète la complexité elle aussi croissante des conciliations à opérer. Dans les premières décisions rendues dans ce domaine, il était question uniquement de concilier la liberté de communication avec "la sauvegarde de l'ordre public, le respect de la liberté d'autrui et la préservation du caractère pluraliste des courants d'expression socioculturels" (27 juillet 1982 et 18 septembre 1986). A ce niveau d'enchevêtrement des exigences les plus contradictoires, il est bien difficile de prévoir à coup sûr ce qui passera le cap du contrôle de constitutionnalité et ce qui ne le passera pas.

Les mots « opportunité » ou « opportun » sont presque totalement absents du vocabulaire du Conseil constitutionnel, et lorsqu'il les utilise, c'est toujours pour rappeler qu'il appartient au législateur d'apprécier librement l'opportunité des choix qu'il fait. Jamais le juge ne dira explicitement : « c'est constitutionnel parce que c'est opportun » ou « c'est inconstitutionnel parce que c'est inopportun » ; il reste que cette norme implicite, ou formulée différemment, est bel et bien sous-jacente à bon nombre de décisions rendue par le Conseil.

Les façons de transmuier les éléments d'opportunité en critères de constitutionnalité sont multiples, la finalité de la disposition litigieuse jouant ici un rôle déterminant. Selon les cas, la norme sera : c'est constitutionnel parce que c'est **inévitable** ou parce que c'est **préférable, plus pratique** : on est alors dans l'ordre du pragmatique pur ; ou bien, c'est constitutionnel parce que c'est justifié par **l'intérêt général** : sous l'apparence d'une affirmation dogmatique, on est en fait encore ici dans l'ordre du pragmatique, car l'intérêt général ne peut être apprécié qu'au regard des circonstances concrètes, et jamais dans l'absolu, de façon abstraite. La notion d'intérêt général apparaît finalement comme une sorte de notion-balai, destinée à légitimer des mesures dont la constitutionnalité n'est *a priori* pas évidente.

Ainsi, la notion d'intérêt général a été introduite dans le contentieux constitutionnel pour **atténuer la rigueur du principe d'égalité** et justifier des différences de traitement que la seule prise en compte des différences de situations n'aurait pas suffi à justifier. C'est ainsi que le législateur a pu, sans méconnaître le principe d'égalité, exclure de la nationalisation les banques à capitaux étrangers en prenant motif des *risques de difficultés* que la nationalisation de ces banques aurait pu entraîner sur le plan international et dont la réalisation aurait à ses yeux *compromis l'intérêt général* qui s'attache aux objectifs poursuivis par la loi de nationalisation (16 janvier 1982). Derrière cette formulation alibi transparait l'adage « **nécessité fait loi** ».

C'est encore la prise en considération du but poursuivi qui permet au Conseil constitutionnel d'affirmer qu'en soumettant certains crimes et délits de droit commun à des règles particulières lorsqu'ils sont en relation avec le terrorisme, et en faisant notamment juger leurs auteurs par une cour d'assises composée de magistrats professionnels, le législateur n'a pas violé le principe de l'égalité devant la justice ni institué une discrimination injustifiée, car il *a voulu déjouer l'effet des pressions ou des menaces pouvant altérer la sérénité de la juridiction de jugement* (3 septembre 1986). Le verdict de constitutionnalité découle en somme du constat que **toute autre solution eût été impraticable**.

De l'inévitable, on passe assez vite au **préférable** ou au **souhaitable**. Ainsi, une amnistie fiscale n'est pas inconstitutionnelle du seul fait qu'elle porte atteinte au principe d'égalité devant l'impôt, dès lors que le législateur se détermine pour *des motifs d'intérêt général* qu'il lui appartient d'apprécier et qui tendent par exemple à éviter que le contribuable ne persévère dans un comportement irrégulier ou à susciter le rapatriement des avoirs détenus à l'étranger en vue d'en faire bénéficier l'économie (3 juillet 1986). De même, on peut admettre que les chefs de service hospitalier soient traités différemment selon qu'ils étaient ou non encore en fonction au moment du vote de la loi rétablissant l'organisation par services, car le législateur a pu trouver *expédient* que, « *dans l'intérêt de la continuité du service public et d'une prompt application de la loi nouvelle* », soient maintenus en fonction, par une nomination automatique, les chefs de service restés en place après l'entrée en vigueur de la loi supprimant les services, alors que cette procédure dérogoire à la procédure de nomination applicable à l'avenir aurait présenté de *graves*

inconvenients si on l'avait appliquée pour les chefs de service ayant fait entretemps l'objet d'une mutation (22 juillet 1987). Et ce sont encore des *impératifs d'intérêt général* qui justifient de ne pas respecter une stricte représentativité démographique, gage de l'égalité devant le suffrage, dans le découpage des circonscriptions électorales.

Ces contraintes pratiques, déguisées ou non sous le nom d'intérêt général, sont invoquées pour justifier des atteintes à d'autres principes constitutionnels que le principe d'égalité. Par exemple au droit de grève : bien que le droit de grève soit un droit constitutionnellement consacré, qui implique qu'on ne puisse pénaliser les grévistes, le Conseil admet que le législateur puisse dans certains cas prévoir des retenues plus que proportionnelles à la durée de la grève *pour éviter le recours répété à des grèves de courte durée affectant anormalement le fonctionnement régulier des services publics* (28 juillet 1987). C'est encore pour des raisons pratiques, et « *dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice* », que le législateur peut décider d'unifier au profit de la juridiction judiciaire le contentieux de la concurrence, en dépit du principe constitutionnel selon lequel la juridiction administrative est seule compétente pour annuler les décisions prises par des autorités publiques usant de prérogatives de puissance publique (23 janvier 1987). Et c'est de façon plus prosaïque encore que le Conseil constitutionnel répond, à ceux qui contestaient la limitation des catégories de personnes admises à concourir pour la troisième voie de l'ENA, qu'une telle limitation était nécessaire, car sinon le nombre des participants, trop élevé, en aurait rendu l'organisation et le fonctionnement *pratiquement impossibles* (14 janvier 1983).

L'ensemble de la jurisprudence sur les **validations législatives** illustre de façon tout aussi éclatante l'érection de l'opportunité en critère de constitutionnalité. L'atteinte flagrante au sacro-saint principe de la séparation des pouvoirs et à l'autorité de la chose jugée est ici légitimée par des considérations purement pratiques, que le Conseil constitutionnel camoufle (mal) en invoquant une fois encore **l'intérêt général, implicitement érigé en objectif de valeur constitutionnelle**. Le principe de la validation est admis dès lors que le législateur, en prenant des dispositions rétroactives en vue de régler, *comme lui seul en l'espèce pouvait le faire*, les situations nées de l'annulation d'un décret, a entendu *préserver le fonctionnement continu du service public et le déroulement normal des carrières du personnel* des conséquences d'éventuelles décisions contentieuses (22 juillet 1980).

Dans la décision rendue à propos du Conseil supérieur des universités, c'est encore « l'impérieuse nécessité d'assurer la continuité du service public et de l'État, quels que soient les dégâts occasionnés à l'autorité de la chose jugée »²⁶, qui justifie la validation extrêmement large admise par le Conseil constitutionnel. Admettant le bien-fondé des raisons invoquées par le gouvernement au cours des travaux préparatoires, le Conseil note que la disposition a pour objet de permettre, dans l'attente d'une nouvelle réglementation, de prendre de nombreuses *mesures urgentes* concernant la carrière de fonctionnaires et d'agents publics en service dans les universités, que les conditions de la prochaine rentrée universitaire seraient *gravement compromises* si les décisions de recrutement et d'affectation nécessaires ne pouvaient être prises en temps utile, et que dans ces conditions le maintien en fonction des membres de l'ancien CSU pendant le délai nécessaire à la mise en place d'un nouveau conseil est *indispensable pour assurer la continuité et la bonne marche du service public* (24 juillet 1985). Les mêmes arguments conduisent à reconnaître la constitutionnalité de la loi organique validant des nominations de magis-

²⁶ La formule est de Philippe Terneyre, dans son article précité.

trats entachées d'un vice qui eût été de nature à entraîner leur annulation par le Conseil d'État, compromettant ainsi le déroulement normal de la carrière de nombreux magistrats, et créant une situation susceptible *d'affecter le bon fonctionnement et la continuité du service public* de la justice : le législateur « a uniquement pourvu, comme il avait seul pouvoir de le faire, à une situation qui, quelles que soient les erreurs administratives résultant d'une pratique ancienne, doit être réglée *conformément aux exigences du service public et de l'intérêt général* » (26 juin 1987).

Enfin, il est tout à fait évident que la décision fort contestée et fort contestable du strict point de vue juridique sur le vote personnel ne peut s'expliquer que par des considérations de pure opportunité. Si le Conseil constitutionnel a accepté de donner de l'article 27 de la Constitution qui dispose que « le droit de vote des membres du Parlement est personnel », que la délégation de vote ne peut être autorisée qu'exceptionnellement, et que dans ce cas « nul ne peut recevoir délégation de plus d'un mandat » une interprétation manifestement contraire à la lettre du texte et qui la prive de toute portée utile, c'est parce qu'il lui est apparu que le respect strict de cette disposition était impossible à imposer au regard des mœurs parlementaires. D'où une interprétation qui transforme cette règle en une sorte de formalité non substantielle dont le non-respect n'entache de nullité la procédure d'adoption du texte que s'il est établi d'une part qu'un ou des députés ont été portés comme ayant émis un vote contraire à leur opinion et d'autre part que sans la prise en compte de ce ou ces votes la majorité requise n'aurait pu être atteinte (23 janvier 1987, DMOS).

Dans toutes les hypothèses que l'on vient d'analyser, le Conseil constitutionnel met en somme en œuvre l'excuse de nécessité, et forge de toutes pièces une sorte de « droit constitutionnel de la nécessité pour temps paisibles », selon l'expression de Philippe Terneyre, qui vise à régler des situations que le jeu normal des règles constitutionnelles ne permettrait pas de régler de façon satisfaisante. Cette référence implicite à la nécessité pour légitimer des atteintes à certains principes constitutionnels se distingue *a priori* des hypothèses où la nécessité est une condition mise explicitement à l'action du législateur (telle la nécessité des peines ou la nécessité publique justifiant l'atteinte à la propriété privée dans le cas des nationalisations) ; dans un cas, la nécessité se rapporte au but poursuivi, dans l'autre elle se rapporte aux motifs. Mais en réalité les deux situations sont plus proches qu'il paraît dans la mesure où, comme on l'a montré plus haut, l'objectif poursuivi par le législateur fait bel et bien partie des motifs de fait qui déterminent le décideur à agir, et il arrive même fréquemment qu'il soit érigé en motif de droit par le juge. C'est ce dont témoigne la décision sur les entreprises de presse, dans laquelle le Conseil constitutionnel énonce que le législateur, lorsqu'il organise l'exercice d'une liberté publique, peut adopter pour l'avenir des règles plus rigoureuses que celles qui étaient auparavant en vigueur, mais qu'il ne peut remettre en cause des situations existantes intéressant une liberté publique que dans le cas où cette remise en cause serait *réellement nécessaire* pour assurer la réalisation de l'objectif constitutionnel poursuivi - en l'occurrence, l'objectif de pluralisme (10-11 octobre 1984).

La proximité entre les deux situations incline même à penser que **la nécessité est bien souvent un équivalent fonctionnel de l'opportunité**, que derrière l'invocation de la nécessité c'est l'opportunité qui est en jeu. Qu'est-ce qu'une peine « nécessaire », sinon une peine appropriée et proportionnée à l'infraction commise, autrement dit une peine opportune - ou disons : non inopportune ? Qu'est-ce qu'une nationalisation nécessaire, sinon celle que l'on juge souhaitable ? La nécessité ne se définit pas dans l'ordre de l'inéluctable, mais bien plutôt dans l'ordre du souhaitable et de l'opportun : sinon, la liberté -

même surveillée - que le juge reconnaît au législateur pour apprécier la nécessité de certaines mesures n'aurait aucun sens, car si l'on conçoit qu'on puisse apprécier librement ce qui est souhaitable, il est plus difficile de l'admettre en ce qui concerne l'inéluctable.

B. La mise en œuvre du contrôle de l'opportunité

Dès lors que la norme reformulée par le juge intègre dans son énoncé la prise en considération des données de fait et des objectifs poursuivis par le législateur, le juge, sous couvert de contrôler la réalisation des conditions posées par la norme constitutionnelle (revue et corrigée par lui) va pouvoir se livrer à un contrôle de l'**adéquation de la loi** à la situation qu'elle entend régir et aux objectifs qu'on lui assigne. Le mot « adéquation » doit être pris aussi bien au sens qualitatif - la mesure est-elle justifiée ?, autrement dit : est-elle utile, nécessaire, appropriée à son objet ? - qu'au sens quantitatif - la mesure est-elle adaptée, proportionnée, raisonnable ?, ce qui conduira à censurer **les mesures excessives** ou insuffisantes. Bien entendu, appréciation qualitative et appréciation quantitative peuvent interférer et se fondre en une appréciation globale conduisant à déclarer injustifié ou inapproprié ce qui est excessif.

1/ La censure des mesures injustifiées

Le caractère injustifié d'une disposition législative peut résulter de son inadéquation soit aux circonstances, soit à l'objectif poursuivi par le législateur, étant entendu que les deux appréciations sont difficilement dissociables l'une de l'autre, comme on l'a montré plus haut. **Pour décider qu'une mesure est ou non appropriée, le juge doit en effet tenir compte de sa finalité** et vérifier que, dans le contexte où elle intervient, elle est utile, voire indispensable pour atteindre cet objectif.

La jurisprudence relative à la mise en œuvre du **principe d'égalité** illustre parfaitement la démarche du juge, et la façon dont le contrôle qu'il exerce sur le caractère justifié ou non d'une différence de traitement peut le cas échéant déboucher sur un jugement d'opportunité. Toute la jurisprudence du Conseil constitutionnel repose ici sur l'idée que des situations différentes peuvent justifier des règles différentes²⁷, ce qui signifie *a contrario* que si les situations sont semblables aucune différence de traitement n'est envisageable. Il lui revient donc de vérifier que les situations sont effectivement différentes ; or le caractère semblable ou non de deux situations ne découle pas, comme on pourrait le penser, d'une recherche purement objective, mais suppose une appréciation nécessairement empreinte de subjectivité²⁸. En effet, si le législateur a pu édicter des règles distinctes applicables à des situations distinctes, c'est, par hypothèse, qu'il existait entre les situations une différence conceptualisable ; de sorte qu'en réalité la question n'est pas tant de savoir si deux situations sont différentes que de déterminer dans quelle mesure et à quelles conditions cette différence peut légitimement être prise en compte par le législateur et fonder l'application de règles différentes.

Or, en dehors des hypothèses où une différence de traitement serait en elle-même radicalement inacceptable (ainsi, une différence fondée sur la race ou le sexe aura toutes

²⁷ Pour une analyse de cette jurisprudence sous l'angle indiqué ici, voir D. Lochak, « Réflexions sur la notion de discrimination », *Droit social*, novembre 1987, p. 778.

²⁸ Comme le rappelle François Luchaire dans son étude « Un janus constitutionnel : l'égalité », *RDJ* 1986, p. 1229.

les chances d'être jugée inconstitutionnelle²⁹), le juge se déterminera en fonction d'une appréciation à la fois relative et inévitablement subjective portant non pas tant sur le caractère intrinsèquement différent ou semblable des situations que sur **la pertinence de la distinction opérée** au regard du contenu des règles litigieuses, de l'objet de la législation. Et c'est ici qu'intervient nécessairement, implicitement ou explicitement, la prise en compte de la finalité de la loi, du but poursuivi par le législateur. Car on ne peut juger de la pertinence d'une différence de traitement sans tenir compte des raisons qui ont conduit le législateur à l'instaurer.

Le contrôle effectué par le juge dans ce domaine ne peut, il est vrai, être systématiquement assimilé à un contrôle de l'opportunité. Certaines distinctions sont en effet récusées par le juge sur le fondement d'une règle formulée de façon strictement **dogmatique**, ne laissant prise à aucune marge d'appréciation. Ainsi en va-t-il lorsqu'il censure la discrimination opérée entre les citoyens selon le niveau de leurs revenus au regard de la possibilité d'apporter la preuve contraire à une décision de taxation d'office (27 décembre 1973), ou encore lorsqu'il affirme que le principe d'égalité fait obstacle à ce que des citoyens se trouvant dans des conditions semblables et poursuivis pour les mêmes infractions soient jugés par des juridictions composées selon de règles différentes (Juge unique, 23 juillet 1975).

De même, lorsque le Conseil, prenant pour la première fois expressément en considération l'objet de la loi, déclare que le vote plural accordé aux gros employeurs pour les élections prud'homales est inconstitutionnel, en dépit de la différence de situation qui existe entre petits et gros employeurs, parce qu'elle n'est **pas compatible avec la finalité de la loi** qui vise uniquement à organiser la désignation des membres d'une juridiction (17 janvier 1979), le jugement est encore de nature dogmatique. L'incompatibilité invoquée ici par le Conseil constitutionnel est en effet d'ordre éthique, et nullement d'ordre technique, de sorte qu'elle revêt, sous la forme où elle est édictée, un caractère absolu.

En revanche, lorsque le Conseil constitutionnel, sous couvert de compatibilité, exige en pratique un **rapport de nécessité** entre la différence de traitement instituée par le législateur et l'objectif poursuivi, c'est bien l'opportunité de cette différence de traitement qu'il est conduit à contrôler, comme le montre parfaitement la décision sur les nationalisations. Après avoir dégagé des travaux préparatoires ce qu'il estime être le but de la loi : faire face à la crise, promouvoir la croissance et combattre le chômage, le juge décide que l'exclusion des banques à caractère mutualiste ou coopératif du champ de la nationalisation méconnaît le principe d'égalité ; or comme ces banques présentaient à l'évidence des caractères spécifiques, et comme on voit mal en quoi la dérogation édictée en leur faveur était incompatible avec la finalité des nationalisations, il faut bien admettre que ce qui sous-tend la décision du Conseil, c'est l'idée que la dérogation n'était pas nécessaire, et que n'étant pas nécessaire elle n'était pas justifiée. Mais la nécessité ne peut s'apprécier que de façon pragmatique et non dogmatique, comme on l'a montré plus haut,

²⁹ Encore que même dans ces hypothèses la considération du but doive parfois intervenir. En effet, le législateur peut être amené, exceptionnellement, à prendre en compte ces données dans un but parfaitement légitime : c'est évident pour le sexe, puisqu'on voit mal comment la législation pourrait éviter totalement une catégorisation de la population en fonction du sexe ; mais c'est vrai aussi pour les distinctions fondées sur la religion ou l'appartenance ethnique. Ainsi, dans la décision du 8 août 1985 rendue à propos de la Nouvelle-Calédonie, le Conseil, non sans un certain embarras et tout en évitant soigneusement de prononcer le mot tabou, dit néanmoins que le législateur peut, dans la délimitation des régions dans un territoire d'outre-mer, tenir compte "de tous les éléments d'appréciation, notamment de la répartition géographique des populations".

de sorte que **le juge se livre ici, sous couvert de nécessité, à un véritable contrôle de l'opportunité**. Dans la même décision, le Conseil constitutionnel censure également la méthode d'indemnisation retenue par le législateur, parce que les inégalités de traitement auxquelles elle conduit sont d'une ampleur qui ne saurait être *justifiée* par les seules considérations pratiques de rapidité et de simplicité, et qu'en particulier le refus de verser les dividendes de 1981 ampute *sans justification* les indemnités dues aux intéressés : là encore, par "sans justification" il faut entendre "sans nécessité".

A l'inverse, et corrélativement, le régime d'exception instauré pour certains crimes de droit commun en relation avec le terrorisme, et qui conduit à les faire juger par une cour d'assises composée de magistrats professionnels, ne constitue pas une discrimination injustifiée dans la mesure où cette différence de traitement était nécessaire pour déjouer l'effet des pressions ou des menaces pouvant altérer la sérénité de la juridiction de jugement (3 septembre 1986).

On retrouve encore le même lien entre le caractère justifié - donc constitutionnel - d'une mesure, et sa nécessité, dans bien d'autres hypothèses que l'application du principe d'égalité, et notamment dans plusieurs décisions concernant le droit de grève. Ainsi, est jugée inconstitutionnelle la disposition qui permettrait aux présidents des sociétés de radio et de télévision de faire obstacle à l'exercice du droit de grève dans des cas où son interdiction *n'apparaît pas justifiée* (sous-entendu : par la nécessité d'assurer la continuité du service public)(25 juillet 1979). De même, le juge censure le mécanisme de retenue automatique sur la rémunération des agents des services publics en cas de grève, parce qu'il ne prend en compte ni la nature des divers services concernés, ni l'incidence dommageable que peuvent revêtir pour la collectivité les cessations concertées du travail, et risquerait par conséquent dans de nombreux cas de porter une *atteinte injustifiée* (i.e. non nécessaire) à l'exercice du droit de grève (28 juillet 1987). On remarque, toutefois, que dans ce dernier cas le caractère injustifié de la mesure est étroitement lié à son caractère disproportionné, de sorte que l'hypothèse est très proche de celles où le juge censure les mesures excessives.

On peut enfin citer la décision sur le statut de la presse des 10-11 octobre 1984 : "En ce qui concerne les quotidiens nationaux, dit le Conseil constitutionnel, il ne peut être valablement soutenu que le nombre, la variété de caractères et de tendances, les conditions de diffusion de ces quotidiens méconnaîtraient actuellement l'exigence de pluralisme *de façon tellement grave qu'il serait nécessaire*, pour restaurer celui-ci, de remettre en cause les situations existantes". On a bien là une nouvelle illustration de l'adage : c'est inconstitutionnel parce que ce n'est pas nécessaire.

2/ La censure des mesures excessives ou insuffisantes

Le contrôle s'effectue ici sur la base d'une norme qui, implicitement ou explicitement, fait de la constitutionnalité **une question de juste mesure, d'équilibre**. Le contrôle exercé est donc très proche de celui auquel nous a habitués le juge administratif lorsqu'il vérifie l'adéquation des mesures de police à la situation qui les a motivées. A l'instar du Conseil d'État, le Conseil constitutionnel fait sienne l'affirmation du commissaire du gouvernement Josse qui, dans ses conclusions sur l'affaire *Action Française*, déclarait : "tout est question de mesure, d'appréciation des circonstances". Dans certains cas, le verdict d'inconstitutionnalité prend la forme d'une pétition de principe du type "trop, c'est trop" ; dans d'autres cas, en revanche, l'excès s'apprécie relativement et se fonde sur le constat d'une disproportion ou d'un déséquilibre.

Il arrive assez fréquemment que le législateur fixe **un seuil ou un plafond**, le cas échéant sous la forme d'un **pourcentage** : l'excès - ou l'insuffisance - peut alors faire l'objet d'une appréciation strictement quantitative. Ainsi, le Conseil constitutionnel admet que le législateur puisse prélever une contribution de solidarité sur les revenus des retraités qui exercent une activité professionnelle, et en fixer le taux à 10% lorsque ces revenus n'atteignent pas 2,5 fois le montant du SMIC ; mais il estime que la fixation de ce taux à 50% des revenus lorsqu'ils dépassent cette somme constitue une rupture caractérisée de l'égalité devant les charges publiques (15 janvier 1986)

De même, il estime que la vocation spécifique du Crédit agricole pouvait justifier, pour la désignation des membres des conseils d'administration des caisses régionales, un aménagement approprié des droits de vote au profit des organisations syndicales agricoles ; mais en leur assurant la majorité au sein des conseils au détriment des autres sociétaires, voués à une représentation minoritaire, le législateur a porté une atteinte au principe d'égalité dépassant manifestement ce qui était nécessaire pour faire droit à la situation particulière de certaines catégories de sociétaires (7 janvier 1988, Mutualisation du Crédit agricole).

En revanche, le législateur, qui pouvait décider que les biens nécessaires à l'exercice d'une profession seraient pris en compte pour l'assiette de l'impôt sur les grandes fortunes, pouvait également décider que les parts sociales seraient considérées comme des biens professionnels dès lors qu'elles représentent une part substantielle du capital lors des votes sociaux ; et en fixant à 25% de la propriété du capital le seuil à partir duquel ces parts sociales seraient prises en compte, il n'a pas commis d'erreur manifeste d'appréciation (29 décembre 1983).

Dans ces différentes hypothèses, on le voit, les mesures décidées par le législateur ne sont pas injustifiées en soi, car elles ont été édictées en vue d'atteindre un objectif légitime ; mais elles le deviennent le cas échéant s'il apparaît qu'elles sont excessives... ou insuffisantes. Dans sa décision du 29 juillet 1986, par exemple, le Conseil constitutionnel censure les dispositions de la loi sur la presse parce qu'elles ne permettent pas d'assurer à la protection du pluralisme un caractère effectif : en effet, si la loi interdit l'acquisition d'une publication ou de la majorité du capital social lorsqu'elle aurait pour effet de permettre à l'acquéreur de détenir plus de 30% de la diffusion totale sur l'ensemble du territoire national des quotidiens d'information politique et générale, elle n'applique pas cette prohibition lorsque l'acquéreur est une personne juridiquement distincte, quoique sous l'autorité ou la dépendance d'une entreprise éditant des publications dont la diffusion excède déjà ce seuil ; de sorte qu'elle ne fait pas obstacle à ce qu'une personne physique ou un groupement puisse, par des procédures parfaitement licites au regard du droit des sociétés, se rendre effectivement et pleinement maître de nombreux quotidiens existants, sans que le seuil de diffusion de 30% lui soit opposable. Ce seuil de 30% est en somme érigé en seuil de constitutionnalité, que le législateur n'a pas ici respecté.

L'excès peut aussi s'apprécier par rapport à un **chiffre** que le législateur a fixé **en valeur absolue**. L'exemple de la rétention des étrangers en instance de départ forcé, qui a donné lieu à plusieurs décisions successives dont on peut comparer les solutions (9 janvier 1980, Loi Bonnet ; 19-20 janvier 1981, Sécurité et liberté ; 3 septembre 1986, Loi Pasqua), fournit une bonne illustration de ce type de contrôle . Le juge qui, on s'en souvient, a posé comme condition de la constitutionnalité de la rétention l'intervention rapide du juge judiciaire, vérifie en premier lieu que le délai prévu pour que le juge intervienne est suffisamment court, et il décide qu'un délai de 48 heures répond à cette condition mais

pas un délai de sept jours. Il vérifie en second lieu que la durée de la rétention elle-même n'est pas excessive, estimant que sept jours sont acceptables, mais que la possibilité de prolonger la rétention pendant trois jours supplémentaires porte une *atteinte excessive* à la liberté individuelle³⁰. C'est une démarche analogue qui conduit le juge à décider que l'obligation de s'acquitter d'un droit d'inscription de 150F pour se présenter aux concours de la fonction publique ne porte pas atteinte au principe d'égal accès aux emplois publics dès lors que son montant *n'a pas un caractère excessif* et que des exonérations sont prévues au profit des personnes sans emploi (3 juillet 1986, Loi de finances rectificative).

On ne peut s'empêcher de penser que tous ces critères de constitutionnalité « chiffrés » sont bien arbitraires et que leur fixation est bien aléatoire. L'arbitraire et l'aléa se trouvent encore accrus lorsque **l'appréciation de l'excès ou de l'insuffisance ne s'appuie plus sur aucune base chiffrée**. S'agissant du découpage électoral de la Nouvelle Calédonie, on s'en souvient, le Conseil constitutionnel commence par poser en principe que le congrès doit, pour être représentatif du territoire et de ses habitants dans le respect de l'article 3 de la Constitution, être élu sur des bases essentiellement démographiques, ce qui ne veut pas dire, ajoute-t-il aussitôt, que cette représentation doit être nécessairement proportionnelle à la population de chaque région et qu'il ne puisse être tenu compte d'autres impératifs d'intérêt général ; mais ces autres impératifs ne peuvent intervenir que *dans une mesure limitée, qui a été en l'espèce manifestement dépassée* (8 août 1985). On retrouve le même type d'affirmation en forme de pétition de principe lorsque, à propos de l'habilitation donnée par la loi au Conseil supérieur de l'audiovisuel pour prendre des mesures réglementaires le Conseil constitutionnel décide qu'en raison de sa *portée trop étendue*, cette habilitation méconnaît les dispositions de l'article 34 de la Constitution (17 janvier 1989). Et on ne sait pas non plus, bien qu'en l'occurrence le juge ait rendu un verdict de constitutionnalité, à partir de quel moment la loi sur l'interruption volontaire de grossesse, jugée constitutionnelle "en l'état" parce qu'elle n'autorisait à porter atteinte au principe du respect de la vie qu'en cas de nécessité et dans des conditions et des limites déterminées, eût été jugée inconstitutionnelle (15 janvier 1975). Si, dans ces différentes hypothèses, le juge ne fournit pas d'indications plus précises sur les critères de constitutionnalité, c'est sans doute pour ne pas lier par avance son propre pouvoir d'appréciation, mais c'est aussi parce que la fixation de critères est par essence impossible dès lors qu'on pose en principe que tout est question de mesure, question de circonstances, et finalement d'opportunité.

Dans la décision sur la fouille des véhicules (12 janvier 1977), c'est également l'habilitation *trop générale et trop imprécise* donnée aux forces de police que censure le juge. Mais l'impression d'arbitraire est ici atténuée, du fait que le Conseil constitutionnel, dans une décision assez longuement motivée, indique les points qui font problème, et relève que les pouvoirs attribués aux officiers et aux agents de police judiciaire pourraient s'exercer sans restriction dans tous les cas, compte tenu de l'imprécision de la portée des contrôles et de l'absence de définition de l'objet exact de la fouille et de ses buts. La démarche ressemble beaucoup à celle qu'observe le Conseil d'État lorsqu'il contrôle les mesures de police : pour que l'habilitation soit valable, il aurait fallu qu'elle soit limitée dans le temps, à une période exceptionnelle, ou bien, si elle était permanente, qu'elle soit limi-

³⁰ On trouve toutefois déjà ici une idée de disproportion, car il ressort de la rédaction de la décision que si le législateur s'était borné à permettre cette prolongation uniquement dans les cas d'expulsion en urgence absolue, comme cela était d'ailleurs prévu dans le projet initial, au lieu de l'étendre à tous les cas d'expulsion et de reconduite à la frontière pour séjour irrégulier, le Conseil en aurait admis la constitutionnalité.

tée à des hypothèses déterminées. La décision Sécurité et Liberté est construite en apparence sur le même modèle : le juge, après avoir fait l'inventaire des dispositions qui limitent les pouvoirs de l'administration, estime que la gêne apportée à la liberté d'aller et venir par les contrôles d'identité n'est *pas excessive* dès lors que les personnes interpellées peuvent justifier de leur identité par tout moyen et que les conditions relatives à la légalité, à la réalité et à la pertinence des raisons motivant l'opération sont, en fait, réunies. Pourtant, la comparaison entre les solutions opposées auxquelles aboutit le juge, à quatre ans d'intervalle, dans deux domaines extrêmement proches incite à penser que l'appréciation portée sur le caractère suffisant ou non des garanties offertes reste très subjective, pour ne pas dire arbitraire, en dépit de l'explicitation par le juge des éléments sur lesquels il fonde cette appréciation.

Par ailleurs, on voit apparaître ici en filigrane **l'idée d'équilibre**, que l'on retrouve de façon plus explicite dans d'autres décisions. Le Conseil constitutionnel est ainsi amené, par exemple, à censurer la *disproportion manifeste* entre l'infraction commise et la peine prévue lorsque le législateur décide qu'en cas de divulgation illicite des revenus d'une personne, l'auteur de la divulgation se verra infliger une amende fiscale égale au montant des revenus divulgués (30 décembre 1987).

De façon plus caractéristique encore, le Conseil constitutionnel, dans sa décision sur la loi d'amnistie, est amené au nom de la même **exigence de proportionnalité** à traiter différemment le problème de la réintégration des salariés protégés selon qu'ils ont ou non commis une faute lourde : les contraintes découlant de la réintégration d'un représentant du personnel ou d'un responsable syndical qui, à l'occasion de l'exercice de fonctions difficiles, a commis une faute, ne dépassent pas les charges que, dans l'intérêt général, la société peut imposer à ses membres et ne sont *pas manifestement disproportionnées* par rapport à ce but d'intérêt général ; en revanche, s'agissant de représentants du personnel licenciés à raison de fautes lourdes, qui traduisent un abus certain de fonctions ou mandats protégés, la contrainte que la réintégration ferait peser sur l'employeur *excéderait manifestement* les sacrifices d'ordre personnel ou d'ordre patrimonial qui peuvent être demandés aux individus dans l'intérêt général (20 juillet 1988). Ce dosage très arbitraire ne peut se fonder que sur une évaluation parfaitement subjective des avantages et des inconvénients de la réintégration. En l'occurrence, il est vrai, la solution choisie a dépendu surtout d'une évaluation des avantages et des inconvénients respectifs de l'invalidation ou du maintien des dispositions litigieuses, dont l'adoption avait été fort controversée. Contrôle de l'opportunité, certes, mais plus encore contrôle en opportunité, qui a abouti comme on pouvait s'y attendre à un jugement de Salomon.

Conclusion.

Le contrôle de l'opportunité, tel que nous en avons cerné ici les contours et les modalités, est sans doute **inéluçtable**. S'il s'en était tenu strictement à la lettre des textes constitutionnels, même en y incluant la Déclaration de 1789 et le Préambule de 1946, il est clair que le Conseil constitutionnel aurait dû normalement rejeter la quasi-totalité, sinon la totalité des recours formés devant lui sur le fondement d'une violation de la Constitution : car si nombre de textes votés par le législateur depuis 1971 ont pu sembler critiquables, voire dangereux pour les libertés, aucun ne violait la Constitution de façon si évidente et immédiate qu'il méritât d'être invalidé sans hésitation. Sauf à se cantonner dans un contrôle purement formel et parfaitement inutile, le Conseil constitutionnel était donc contraint de s'engager, à l'instar de ses homologues étrangers, dans la voie d'une jurisprudence "constructive" - joli euphémisme, qui sert en général à camoufler l'arbitraire

du juge derrière la volonté présumée du législateur, et qui a en l'occurrence permis au Conseil constitutionnel d'affermir son contrôle, en interprétant les textes, en les sollicitant, en y découvrant sans cesse de nouveaux principes, voire même en les inventant quand il le fallait.

Ces principes, le Conseil constitutionnel, comme tout juge qui se défend d'exercer un pouvoir normatif, a eu tendance à les formuler de façon souple, de plus en plus souple même à mesure que le temps passait. En effet, un regard rétrospectif sur la jurisprudence du Conseil constitutionnel permet de constater que, pour reprendre la distinction esquissée plus haut, la formulation pragmatique l'emporte désormais nettement sur la formulation dogmatique, dominante dans les années 70. Or ce changement, qu'on l'attribue à une suprême habilité du Conseil constitutionnel ou à une dérive inconsciente, est loin d'être neutre : il modifie à la fois l'image et les pouvoirs du juge constitutionnel. Une dose moindre de dogmatisme donne l'image d'un juge moins sûr de lui, plus humble, et permet d'atténuer, à défaut de la désarmer, la critique visant le juge qui gouverne. Mais cette humilité apparente n'est nullement le signe d'une timidité accrue dans l'exercice du contrôle ; elle représente en réalité un atout supplémentaire entre les mains du juge. Grâce à la souplesse de la règle il peut pratiquer une politique du juste milieu qui lui permet de ne mécontenter personne à long terme et de faire la preuve à bon compte de son impartialité et de son indépendance - fondements de sa légitimité. Mieux encore, le Conseil constitutionnel, en intégrant l'indétermination dans la norme, en n'épuisant pas d'un coup l'intégralité de son pouvoir discrétionnaire, en conservant par conséquent la maîtrise d'une source d'incertitude, pour parler comme Crozier, renforce sa position face au pouvoir politique.

Reste que ce jeu subtil, qui a si bien réussi au juge constitutionnel, contribue à accroître le sentiment de **malaise** que suscite inévitablement toute jurisprudence « constructive ». Car il faut bien se rendre à l'évidence : ce contrôle de constitutionnalité qu'on se plaît à nous présenter comme le symbole et le garant de l'État de droit consiste bien souvent à substituer l'arbitraire du juge à celui du législateur. Et dans ce contexte, la formulation pragmatique des règles, l'intégration systématique du flou dans le contenu des normes applicables, qui concourent à affaiblir la rigueur et la vigueur juridiques des décisions du Conseil constitutionnel, ne peuvent que renforcer encore cette impression d'arbitraire. Il est bien rare, en effet, que ces décisions procurent au lecteur le sentiment d'évidence que devrait idéalement procurer une sentence juridictionnelle. Le droit constitutionnel jurisprudentiel pousse jusqu'à ses plus extrêmes limites le concept d'un **droit sans rigueur** : un droit non seulement flexible, mais mou, dans lequel il est parfois bien difficile de trouver ses repères³¹.

³¹ On pourrait ajouter aux deux précédentes une dernière source de malaise, qui se rapporte plus spécifiquement aux hypothèses où, au nom de considérations d'opportunité difficilement récusables, le Conseil constitutionnel accorde un label de constitutionnalité à des pratiques dont précisément la conformité aux principes constitutionnels est des plus douteuse (on pense aux validations, par exemple). On se prend en effet à penser que, si de telles pratiques sont inévitables, la crédibilité de notre système juridique n'a rien à gagner à leur légitimation officielle.