

**Licence 2**

**Année 2022/2023, Premier semestre**

**DROIT ADMINISTRATIF**

Travaux dirigés

**Cours de Monsieur Jean François BRISSON, Professeur de droit public**

**Séance 7 :**

**Le contrôle des mesures de Police**

**Doctrine**

Document n°1**:** Cédric Roulhac, La mutation du contrôle des mesures de police administrative - Retour sur l'appropriation du « triple test de proportionnalité » par le juge administratif, RFDA 2018 p.343

Document 2 : Nil Symchowicz, ,Etat d'urgence sanitaire et contrôle juridictionnel des mesures de police, Regard critique sur l'office du juge administratif, AJDA 2020 p.2001,

Document 3 : Sophie Roussel, Le contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence administrative ; AJDA 2021 p.780

**Jurisprudence (annexes) :**

1. TA Lille12 octobre 2022 Secours catholique et Caritas France

2. CAA Douai 1er octobre 2019 Cne d'Annoeulhin

3 CAA Nantes 31 mai 2016 Ligue des droits de l'homme

4. D. Katz, La légalité des arrêtés anti-mendicité, analyse de jurisprudence, AJCT 2016.

**Document n°1**

**Cédric Roulhac, La mutation du contrôle des mesures de police administrative - Retour sur l'appropriation du « triple test de proportionnalité » par le juge administratif, RFDA 2018 p.343**

*L'essentiel*

*L'appropriation récente par le juge administratif français du « triple test de proportionnalité » pour le contrôle des mesures de police administrative incite à s'interroger sur les vertus concrètes de son utilisation. L'analyse de la jurisprudence depuis l'arrêt Association pour la promotion de l'image (APIM) rendu par le Conseil d'État en 2011, par lequel la Haute juridiction a pour la première fois eu recours explicitement à la trilogie des critères de proportionnalité (adaptation, nécessité, proportionnalité), montre que cette grille d'examen donne lieu à des emplois à la rigueur variable et débouche sur des résultats contrastés.*

Si la technique de contrôle dite du « triple test de proportionnalité » est communément appréhendée comme la plus « perfectionné[e] » et « moderne » (1) en matière d'examen de la légalité des mesures restrictives des droits et libertés, le juge administratif français ne l'exerçait pas consciemment jusqu'à récemment (2). Il ne vérifiait pas, ou du moins pas explicitement, que toute mesure de police administrative attentatoire à un droit ou une liberté soit à la fois « adaptée », « nécessaire » et « proportionnée ». Parfois mobilisée par les avocats ainsi que les rapporteurs publics pour présenter leurs conclusions (3), cette trilogie des critères n'avait pas en tant que telle été mise en oeuvre par les juridictions de l'ordre administratif.

Tel est désormais le cas depuis que le Conseil d'État, trois années après son introduction en droit français par le Conseil constitutionnel en 2008 (4), a franchi à son tour le pas de l'utilisation de l'« heureuse trilogie » (5) des critères de proportionnalité. À l'occasion de l'arrêt d'assemblée du 26 octobre 2011, Association pour la promotion de l'image et autres (6), relatif à l'affaire des passeports biométriques, il s'est approprié le triple test d'une façon discrète, en se référant aux notions en conclusion de son examen. Le changement a été confirmé avec plus d'assurance par une nouvelle décision de la formation solennelle en 2012, Société Groupe Canal Plus (7), articulée plus nettement autour de ces critères. Dans le prolongement de ces arrêts, les décisions se multiplient qui étendent le contrôle ternaire de proportionnalité à de nouveaux domaines de la police administrative. L'évolution ne se présente certes pas comme pleinement novatrice, dès lors qu'un contrôle réputé exigeant s'exerçait jusque-là sur l'action du pouvoir de police.

À défaut de se livrer à un examen exprès de l'adaptation, de la nécessité et de la proportionnalité au sens strict des mesures de police, le juge administratif procédait en effet à un contrôle d'apparence moins raffiné. Dans la lignée en particulier du célèbre arrêt Benjamin (8) rendu par le Conseil d'État en 1933, il veillait évidemment à ce que l'administration réglemente par ses mesures de police les activités privées en assurant une conciliation appropriée entre l'ordre public et les libertés (9). Cette tension dialectique est inhérente aux démocraties modernes : si d'un côté l'État constitue le cadre idéal de la liberté individuelle et s'apparente en cela à une « magnifique expérience » (10) selon Hauriou, d'un autre côté les nécessités de l'intérêt général ne peuvent se réaliser sans que soit restreint l'exercice des droits et libertés des individus. Depuis les origines du contrôle exercé sur les mesures de police administrative, le juge s'est employé à vérifier leur adéquation aux finalités qui les inspirent, ainsi qu'à la gravité des faits qui ont justifié leur édiction. Il était donc acquis que l'exigence de proportionnalité (11) se trouvait inscrite « au coeur de la démarche logique du juge de l'excès de pouvoir » (12).

Appliqué dorénavant par le Conseil d'État, le triptyque des critères a été initialement théorisé par les juges allemands (13) et consacré ensuite en substance par ceux de l'ordre de l'Union européenne (14). Les juridictions d'outre-Rhin ont originellement façonné un « principe de proportionnalité » qui se présente comme l'exigence d'une « modération du pouvoir » (15) destinée à préserver les droits et libertés des empiètements de la puissance publique, et ont développé une méthode de contrôle pour en assurer l'effectivité. Elles ont pour ce faire entrepris de dépasser l'indétermination de la notion de proportionnalité (16) en l'appréhendant au travers de ses implications techniques concrètes. Dans sa décision fondatrice dite des « Pharmacies », du 11 juin 1958 (17), la Cour constitutionnelle allemande a défini matériellement le principe de proportionnalité, en systématisant son contenu par sa décomposition en trois sous-principes qui fondent ensemble le « test » de proportionnalité. Première étape, la mesure doit être apte à contribuer à la réalisation de l'objectif poursuivi, autrement dit adaptée à celui-ci. Seconde étape consistant à apprécier cette fois son caractère nécessaire, la mesure doit être celle qui parmi les moyens envisageables pour satisfaire cet objectif limite le moins l'exercice des droits et libertés. Troisième et ultime étape, l'examen de la « proportionnalité au sens strict » (18) se traduit par la véritable mise en balance des différents intérêts publics et privés en principe antinomiques : la mesure ne doit pas, au regard des charges qu'elle crée, être hors de proportion avec le résultat recherché.

Réputée la plus approfondie, cette méthode d'examen de la proportionnalité manifesterait plus précisément ses vertus à deux niveaux en droit administratif français. En premier lieu, le « bon sens » (19) que reflète la trilogie, comme le relevait Guy Carcassonne, produirait ses effets sur le plan de la clarté des raisonnements juridictionnels. Puisque sa mise en oeuvre suppose non seulement d'expliciter le raisonnement, mais surtout de le structurer en trois étapes complémentaires, sa mobilisation se présenterait comme la garantie d'une décision de justice claire. En second lieu, le triple test serait propre à permettre un renforcement du contrôle par une prise en compte plus effective d'une pluralité de paramètres relevant du droit ou du fait. Il conduirait à un examen optimal, le passage au contrôle ternaire rendant possible, comme l'a souligné Jean-Marc Sauvé, « d'exercer de manière plus fine et plus ciblée le contrôle de la décision administrative contestée » (20), ce qui favoriserait la réalisation du principe de l'État de droit auquel le principe de proportionnalité serait indispensable (21).

Il ne peut alors être anodin que le Conseil d'État « retouche » (22) l'arrêt Benjamin, pièce centrale d'un édifice qui a permis au juge administratif de « construi[re] une part importante de sa légitimité sur la protection des grandes libertés contre les intrusions excessives de l'autorité administrative » (23). Loin de remettre en cause l'héritage libéral que représente le principe d'une « tutelle contentieuse » (24) sur l'activité de police administrative, selon l'expression de Jean Romieu, le changement viendrait la conforter et avec elle, l'idée selon laquelle « la liberté est la règle et la restriction de police, l'exception » (25). L'arrêt Benjamin, qui tend à symboliser cette construction, ne perd lui-même rien de son aura particulière : il semble consolidé dans sa portée contemporaine dès lors que l'impératif ancien contraignant l'administration à n'apporter que des restrictions indispensables à la jouissance des droits et libertés se trouve exprimé via le standard réputé le plus rigoureux. Si l'exigence de proportionnalité était envisagée comme une trame de contrôle juridictionnel propre à permettre d'« arbitrer a posteriori entre des principes antinomiques » (26), ne remplissant qu'une fonction contentieuse, elle pourrait dès lors être élevée avec le triple test en « véritable principe général » (27) : dépassant la seule dimension procédurale, la proportionnalité pourrait contribuer pleinement à orienter a priori l'action de l'administration (28). À l'opposé, des auteurs relativisent néanmoins les conséquences de l'application du triple test par les juges administratifs en ramenant l'évolution à un simple « alignement cosmétique » (29).

À l'heure où les réflexions se développent dans le champ du droit privé autour de l'apport du contrôle de proportionnalité, mais aussi de ses inconvénients potentiels (insécurité juridique et arbitraire du juge en particulier) (30), la nouvelle formulation qu'il a reçue en droit administratif ne peut donc manquer d'interroger quant aux mutations concrètes du contrôle exercé. En effet, le triple test a été appliqué dans d'importants d'arrêts et a été appelé à jouer un rôle central dans certains développements parmi les plus significatifs ces dernières années : la concrétisation de l'ouverture de l'ordre public général à la protection de la dignité humaine (affaire Dieudonné, arrêtés « anti-burkini »), ainsi que le contrôle des mesures édictées dans le cadre du régime de l'état d'urgence remis en vigueur après les attentats du 13 novembre 2015. Or le fait qu'une méthode de raisonnement soit utilisée ne permet pas nécessairement d'en déduire sa pertinence. De ce point de vue, il convient de distinguer les qualités de l'instrument lui-même, déjà explorées (31), de celles de ses usages. C'est sur ces derniers qu'il s'agira en l'occurrence de porter l'attention. Puisque le triple test s'est trouvé inscrit au coeur de l'actualité du contentieux administratif, il importe d'étudier la jurisprudence pour appréhender l'apport effectif de cette nouvelle grille d'examen des mesures de police attentatoires aux droits et libertés.

L'analyse de la jurisprudence par laquelle est mis en oeuvre le contrôle de proportionnalité « à trois têtes » (32) montre en réalité qu'il est pour l'heure à l'origine de progrès limités. Instrument à la disposition des juges, la grille d'examen donne lieu à des emplois à la rigueur variable et débouche sur des résultats contrastés. Six années d'application révèlent en effet des ambiguïtés sur le plan aussi bien de la clarification du contrôle juridictionnel que d'un renforcement de ce dernier.

(….)

Pour que le recours à la trilogie des critères assure l'intelligibilité des décisions du juge, il conviendrait qu'à ceux-ci correspondent effectivement trois étapes du contrôle, du moins quand il n'est pas mis un terme à l'examen dès le premier échec (lorsque la mesure est par exemple jugée non adaptée, le juge peut choisir de ne pas apprécier les deux autres critères). Le cheminement suivi devrait, quoi qu'il en soit, être limpide à la lecture de la décision. Or l'étude de la jurisprudence montre que les juges omettent souvent de distinguer formellement les étapes, qui semblent parfois se mêler dans le raisonnement juridictionnel.

L'absence de systématicité dans la distinction formelle des étapes du contrôle

Les juges administratifs ont illustré à diverses reprises le potentiel de la grille d'examen pour la clarté de leurs raisonnements. La décision Société Groupe Canal Plus (68) rendue par le Conseil d'État constitue à cet égard une référence pour le moment inégalée. La Haute juridiction était en l'espèce saisie d'un recours contestant la légalité de plusieurs injonctions de l'Autorité de la concurrence. De façon particulièrement pédagogique, elle a choisi d'aménager son examen de proportionnalité en répartissant ces injonctions en sous-groupes en fonction de leur objet puis en déployant pour chacun des tests la même démarche, présentée en cinq temps bien distincts : un exposé précis de l'objet des injonctions d'abord, l'appréciation ensuite de la capacité des mesures à satisfaire l'objectif de libre concurrence (critère de l'adaptation), puis de leur nécessité au regard d'autres mesures envisageables (critère de la nécessité), de leur caractère non excessif pour les sociétés requérantes (critère de la proportionnalité au sens strict), pour, enfin, afficher dans un dernier paragraphe conclusif que les requérants « ne sont pas fondés à soutenir que les injonctions ne sont pas adaptées, nécessaires et proportionnées ». En dépit de l'équivoque qui affecte de façon générale le vocabulaire de la proportionnalité (69), les conceptions à l'oeuvre se dégagent avec netteté. La clarté formelle de l'arrêt permet d'accéder sans difficulté au fond des raisonnements et de comprendre pour chacun des contrôles exercés le rôle des éléments de droit et de fait dans la décision.

Cependant, toutes les décisions dans lesquelles les juges administratifs ont mobilisé l'instrument n'affichent pas la même clarté. Tandis que les applications du triple test à l'occasion de l'arrêt du 21 décembre 2012 se présentent comme probantes, l'analyse de la jurisprudence montre que les juges administratifs n'entendent pas s'astreindre à scinder systématiquement la motivation pour distinguer de façon analytique les évaluations propres à chacun des critères.

Particulièrement révélatrice est la tendance des juges à exposer des appréciations que l'on peut dire unitaires en ce qu'elles consistent à conclure, à la suite de l'exposé d'un ensemble de données de droit et de fait, que la mesure satisfait aux trois exigences. À titre d'illustration, le Conseil d'État a structuré ainsi sa motivation dans l'arrêt relatif au décret instituant le fichier « Prévention des atteintes à la sécurité publique » (70). Il y déploie une argumentation qui consiste à énumérer les dispositions réglementaires régissant le type de données que les pouvoirs publics sont autorisés à conserver, en mêlant ces éléments de l'encadrement normatif de l'usage du fichier à diverses appréciations dont le lien avec les critères ne ressort pas sur le plan formel. Dans un considérant conclusif, il juge qu'il résulte de l'ensemble des règles et limitations prises en considération « que le choix, la collecte et le traitement des données enregistrées dans le traitement automatisé sont effectués de manière adaptée, nécessaire et proportionnée au regard des finalités poursuivies par le traitement » (71). La Haute juridiction expose de cette façon un mode d'argumentation qui ne diffère pas fondamentalement de celui qui ressortait des décisions avant l'adoption du triple test. En tout état de cause, il ne permet pas de saisir précisément quelles données parmi celles qui sont exposées se rapportent à chacune de ses appréciations. L'absence d'agencement de la motivation par la formation de paragraphes distincts ou de connecteurs logiques (par exemple : « en premier lieu », « en second lieu », « en troisième lieu ») s'avère sur ce plan nuisible à la clarté des raisonnements. Les ambiguïtés tendent à s'exacerber lorsque ce premier phénomène débouche sur une confusion matérielle entre les étapes du contrôle.

La manifestation d'une confusion matérielle entre les étapes du contrôle

Dans l'absolu, il serait envisageable que le juge administratif, sans prendre systématiquement le soin de dissocier formellement les trois étapes du triple test, s'assure qu'elles soient identifiables à partir de la teneur des raisonnements affichés. Néanmoins, de nombreuses décisions laissent transparaître que des éléments de droit ou de fait et surtout des jugements qui pourraient correspondre à plusieurs des critères se trouvent mêlés, au détriment de la clarté du cheminement exposé par les juridictions. Cet enseignement de l'analyse jurisprudentielle, qui révèle que les pratiques rédactionnelles des juges ont parfois peu évolué, pourrait tendre à accréditer l'idée avancée par Bertrand Seiller selon laquelle la distinction entre les critères serait « probablement plus élégante qu'aisée à mettre en oeuvre » (72).

Confirmée à de nombreuses reprises, l'apparition d'une confusion matérielle entre les étapes du contrôle pourrait s'expliquer au regard de la procédure par laquelle le juge est conduit à se prononcer. Le phénomène est en effet fréquemment constaté lorsque les juridictions sont saisies dans le cadre d'une procédure d'urgence, le plus souvent du référé-liberté. Or la condition légale prévue par l'article L. 521-1 du code de justice administrative d'une « atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale » pose la question d'un nécessaire aménagement du mode d'argumentation. Il serait concevable en effet que celle-ci incite les juges à réunir dans leur démarche les données relatives à l'adaptation, la nécessité et la proportionnalité au sens strict pour, in fine, vérifier la caractérisation de cette condition. La difficulté pourrait cependant n'être pas insurmontable puisqu'il reste possible d'apprécier pour chacune des étapes du test si l'atteinte revêt un niveau de gravité nécessaire. Certaines ordonnances de référé qui portent sur des mesures édictées pour l'état d'urgence isolent en ce sens l'examen de la proportionnalité au sens strict (79), en confirmant alors qu'il est possible d'apprécier chacun des critères sans mêler les étapes du contrôle.

Le corpus des décisions par lesquelles les juges administratifs exploitent le triple test permet donc de faire ressortir des ambivalences qui restreignent la clarté du contrôle de proportionnalité exercé. Des flottements s'y retrouvent, similaires à ceux identifiables à partir de la jurisprudence constitutionnelle (80). L'ambivalence s'illustre aussi sur un autre terrain, celui du niveau du contrôle exercé.

(…)

Les critères de proportionnalité, vecteur opportun d'un renforcement du contrôle

Dans l'optique d'encadrer le pouvoir de décision administrative, le contrôle ternaire revêt, comme le confirme l'analyse de la jurisprudence, une double vertu : il est propre à favoriser l'évaluation la plus fine de la mesure par un examen à la fois complet dans son étendue et concrétisé par une prise en compte optimale des faits.

La pertinence des critères en vue d'un examen complet

Le mérite essentiel de la trilogie des critères consiste à permettre une structuration « horizontale » du contrôle et, par l'explicitation du raisonnement qu'ils supposent, à accroître la réflexivité de la démarche des juges, quelle que soit la marge de pouvoir discrétionnaire attribuée à l'administration (autrement dit l'intensité verticale de l'examen) (81). En offrant un fil conducteur pour explorer dans son entièreté la dialectique de la proportionnalité, elle entraîne le juge à mener un contrôle cohérent autour des différents éléments appelés à intégrer le processus décisionnel de l'administration.

Enfin, le Conseil d'État a depuis fort longtemps établi que la nécessité d'une mesure est en elle-même insuffisante pour assurer sa légalité, celle-ci étant conditionnée de surcroît à l'absence d'une disproportion entre la gravité de la restriction et l'importance du trouble risqué. Il est certain que cette modalité précise d'examen, bien distincte de la précédente (98), a gagné en visibilité avec ses développements progressifs sous l'influence du droit européen. Cependant, elle était clairement identifiable à partir de la production jurisprudentielle de la première moitié du siècle dernier, à travers laquelle une méthodologie elle-même stabilisée était, qui plus est, déjà décelable : le juge administratif vérifiait cette exigence en tenant apparemment compte de la gravité du trouble à l'ordre public encouru (99), puis de la protection conférée par la législation à la situation des individus (100), ainsi que de l'importance du préjudice causé à ces derniers (101). Il était en outre admis en doctrine que les juridictions faisaient varier la fermeté de leurs appréciations en fonction de divers facteurs (102), notamment du contexte social et politique de la décision (103). À côté de nouveaux arrêts bien connus, au rang desquels figurent par exemple les jurisprudences Sieur Morel et Sieur Riviere (104) ou Préfet de Police c/ Guez (105), un grand nombre de décisions concernant aussi bien la police générale que des polices spéciales manifeste l'extension de cette exigence.

Il apparaît en définitive que l'adoption expresse du contrôle ternaire conforte les acquis de la jurisprudence administrative tout en contribuant, par un certain renforcement de l'homogénéité du régime contentieux des mesures de police (106), à rendre plus assurée et systématique la vérification du respect de chacun des critères de proportionnalité. Saisi d'un recours qui contestait la légalité d'une restriction de l'accès à des sites internet liés notamment à des activités terroristes, le Conseil d'État a ainsi, dans un arrêt du 15 février 2016 (107), réalisé son examen en laissant apparaître les différentes étapes : évaluation de l'« adaptation » (108) du dispositif à ses finalités légitimes, vérification de l'absence de mesures qui permettraient d'atteindre les objectifs poursuivis avec une « ingérence moins forte » (109) dans l'exercice de la liberté d'expression, et contrôle du défaut d'une « atteinte disproportionnée » (110) à cette liberté. On mesure dès lors que le triple test, rigoureusement mis en oeuvre, peut constituer l'instrument idoine de la structuration d'un contrôle dénué de lacunes.

Sur ce plan, si la motivation des décisions de justice constitue la matérialisation du raisonnement juridictionnel, elle est pour l'observateur (auteur de la doctrine, ou autre) le moyen d'une évaluation critique du cheminement intellectuel exposé par les magistrats. Comme le relève Gwénaële Calvès, « une motivation détaillée permet de s'assurer que le juge a statué en droit ou, en tout cas, d'ouvrir une discussion sur les raisons de son choix » (111). Mais la trilogie des critères se veut également un instrument pour le juge lui-même, dans une perspective d'auto-évaluation : en suivant méticuleusement les étapes du contrôle, celui-ci peut veiller à la réalisation d'un examen complet dans ses éléments et cohérent dans son développement.

L'utilité des critères en vue d'un examen concret

« Réaliser un dosage méticuleux des sacrifices » (118), pour emprunter la formule du commissaire du gouvernement Teissier, suppose d'investir le contexte non seulement normatif, mais aussi factuel des mesures de police administrative en vue d'assurer un arbitrage dynamique entre les nécessités de l'ordre public et les droits et libertés. À cet égard, alors qu'il est parfois rappelé en doctrine que le Conseil constitutionnel ne pratique pour son contrôle de la loi qu'une « proportionnalité en apesanteur, une proportionnalité sans les faits qui en sont la mesure » (119), le juge administratif quant à lui opère traditionnellement au plus près des faits.

Si le contrôle des mesures de police exercé depuis l'arrêt Benjamin se révélait donc déjà concret, le triple test permet de mieux encore apprécier la singularité des situations à l'origine de chaque litige, en conduisant les juges à intégrer plus systématiquement à leur examen différents types de faits.

Plus précisément, apprécier d'abord l'adaptation de la mesure requiert de la confronter aux situations qu'elle a vocation à régir. Le juge est conduit à se projeter au stade de l'application pour envisager notamment des hypothèses de faits susceptibles de la priver de pertinence. Ce type d'appréhension du rapport qui s'établit entre les caractéristiques des dispositifs contestés et la finalité qui leur est assignée permet de déceler un décalage entre la justification officielle de la mesure et sa finalité réelle, comme l'a fait le tribunal administratif de Lille à l'occasion de son ordonnance relative à l'interdiction pour les associations d'apporter une aide humanitaire aux migrants à Calais (120). C'est en s'appuyant sur des rapports d'experts relatifs à la situation migratoire dans cette ville qu'il a pu considérer que les mesures litigieuses ne sont ni adaptées ni nécessaires ni proportionnées, par la mise en évidence d'une discordance entre leur justification affichée (la sécurité publique) et l'objectif supposé réel de l'auteur (éviter les regroupements de migrants dans cette ville) (121).

Quant aux faits qu'implique ensuite de prendre en considération le critère de la nécessité de la mesure, ils sont bien spécifiques et, comme le relevait Achille Mestre dans son commentaire de l'arrêt Benjamin, « singulièrement complexes » puisque « certains se référ[ent] à un état de choses déjà existant alors que d'autres comportent la prévision d'éventualités... » (122). Or cette modalité classique d'examen, qui suppose de tenir compte des circonstances de temps et de lieux propres à chaque mesure d'interdiction, a été confortée par le triple test qui l'inscrit plus rationnellement entre le contrôle de l'adaptation et celui de proportionnalité au sens strict. Dans un arrêt du 3 juillet 2017, la cour administrative d'appel de Marseille a par exemple conclu de façon notable à la légalité de l'un des controversés arrêtés « anti-burkini » (123). Elle a considéré qu'une mesure moins contraignante que l'interdiction de porter des tenues vestimentaires manifestant de manière ostentatoire une appartenance religieuse, telle que celle consistant à solliciter la présence d'une patrouille de gendarmerie, n'aurait pas permis d'éviter la réalisation de troubles à l'ordre public (124).

Enfin, la vérification de la proportionnalité au sens strict commande d'apprécier la situation du requérant dans ce qu'elle a de plus personnel, en vue de rechercher le degré d'atteinte à son droit ou sa liberté. Le jugement du 14 avril 2016 par lequel les juges du tribunal administratif de Besançon ont statué sur une mesure d'interdiction de marcher pieds nus dans un établissement public (125) en fournit une intéressante illustration. Ils ont pu considérer que l'interdiction, justifiée par l'impératif de sécurité publique, ne constitue qu'une atteinte limitée à la liberté individuelle du choix par chaque usager de sa tenue vestimentaire, après avoir donc tenu compte des convictions intimes du requérant selon laquelle la pratique du « barefooting » correspond « à un mode de vie et d'expression participant d'une forme de philosophie de la liberté permettant à ses adeptes de "faire corps avec leur environnement" » (126).

Au travers alors de l'appréciation plus mécanique d'une gamme de faits variés, la mise en oeuvre explicite du triple test peut améliorer le contrôle dans sa capacité à déboucher sur des arbitrages évolutifs entre les intérêts antinomiques. Permettant dans l'intérêt des individus de ne pas admettre la légalité de toutes les mesures qui restreignent leurs droits et libertés dès lors que l'administration invoque un intérêt public, cette voie présente de la même façon l'avantage de conserver aux autorités la faculté d'apprécier cet équilibre en fonction du contexte. Notons que certains contentieux qui se sont développés devant le juge administratif, dont celui relatif aux arrêtés « anti-burkinis » (127) qui vient d'être évoqué, confirment la capacité du contrôle à déboucher effectivement, pour des mesures similaires, sur des solutions divergentes en fonction du contexte précis de leur adoption et des interprétations plus ou moins exigeantes des juges.

Alors que les vertus du triple test sont déjà avérées en contentieux administratif français, la trilogie des critères n'assure pas en effet le contrôle le plus strict. Elle favorise cette orientation, sans pouvoir garantir un tel résultat, en raison de la liberté d'appréciation des juges dans la définition précise des paramètres de son contrôle.

Les critères de proportionnalité, assise insuffisante d'un renforcement du contrôle

Précieux pour enserrer le pouvoir de police administrative dans les bornes de la légalité, les critères du triple test ne peuvent suffire à provoquer un resserrement du contrôle du juge. Si cette grille d'examen fournit le cadre d'un contrôle optimal, les critères sont en effet inaptes par eux-mêmes à livrer aux juges la solution à retenir pour la résolution d'un litige. Leur mise en oeuvre, comme le révèle l'étude de leurs usages, appelle des appréciations sur des données de droit et de fait qu'il revient aux juges à la fois de sélectionner, d'interpréter et de confronter entre elles. C'est pourquoi, derrière la façade d'un contrôle des plus exigeants, la rigueur de l'examen peut en réalité être tempérée tant par la concrétisation d'une conception restreinte des critères de proportionnalité que par une prise en considération étendue de facteurs pragmatiques.

Une conception restreinte des critères de proportionnalité

Plusieurs contentieux récents ont fait ressortir que l'application des critères n'est pas exempte de subjectivité de la part des juges, et spécialement celui des multiples arrêtés d'interdiction des spectacles de M. Dieudonné M'Bala M'Bala. Alors que les controverses doctrinales sont elles-mêmes révélatrices de l'importance des valeurs dans le débat (128), l'angle technique par lequel cette affaire a été abordée ne masque guère la latitude d'appréciation dont disposent les magistrats, d'où dérive la possibilité pour ceux-ci de se livrer au contrôle à partir de conceptions atténuées des critères.

Ainsi, dans ses conclusions sur l'arrêt Association générale contre le racisme (129), Aurélie Bretonneau a valorisé le rôle du triple test pour l'examen de l'équilibre à garantir entre la visée préventive de la mesure de police et le caractère immatériel des atteintes à l'ordre public. Elle a plus précisément relevé que « la véritable clef pour régler la sensibilité [de ce] dosage se trouve non dans l'interdiction d'interdire, mais dans l'examen en trois temps de la proportionnalité » (130). Le risque d'une dérive « liberticide » que pourrait porter en elle la pratique consistant à interdire a priori un spectacle supposé humoristique (131) serait en quelque sorte compensé par la vérification systématique et concrète de l'adéquation de la mesure au travers la réalisation du contrôle ternaire.

De plus, les ordonnances Dieudonné permettent également d'illustrer qu'une conception restreinte du critère, cette fois, de la proportionnalité au sens strict peut faire obstacle en pratique à un contrôle complet. La lecture des premières décisions rendues par le Conseil d'État permet en effet d'observer que les juges ne se livrent pas à l'appréciation de ce critère. Or le silence des juges sur ce point paraît s'expliquer par leur conception de l'ordre public. Dès lors que le trouble encouru réside dans la prolifération de propos attentatoires à la dignité humaine, il peut apparaître délicat de mettre en balance cette valeur éminente avec d'autres facteurs plus communs, quels qu'ils soient. Comme l'exprime Jacques Petit, le juge peut être pris au « piège de l'absolu » (138). Une telle appréciation de la part des juges, implicite, revient à neutraliser le critère de la proportionnalité au sens strict, en considération d'une conviction axiologique : une atteinte à la dignité humaine ne tolère aucune justification. Si le caractère sensible de l'appréciation est certain, ne serait-il pourtant pas concevable de considérer, au regard de la forte incertitude de la réalisation du trouble, que la solution radicale de l'interdiction pure et simple de la manifestation est excessive en ce qu'elle prive l'intéressé de la possibilité d'exercer son activité professionnelle principale ? À nouveau, il apparaît donc que les critères sont eux-mêmes insuffisants à provoquer un renforcement du contrôle. La prise en compte potentielle par les juges, de considérations pragmatiques renforce cette conclusion.

Une application pragmatique des critères de proportionnalité

Les critères de proportionnalité, par la liberté d'appréciation qu'ils conservent aux juges, leur permettent de se montrer réceptifs à des facteurs pragmatiques dans l'évaluation de l'action administrative (139). Lorsque des circonstances particulières font peser un danger sur la sécurité publique et paraissent imposer une mesure de police, spécialement en période de crise, la tâche des juges pour en apprécier la légalité se présente comme épineuse (140). Ils peuvent faire preuve de pragmatisme en manifestant une certaine déférence vis-à-vis des choix des autorités administratives et du principe de la séparation des pouvoirs. Ils peuvent se montrer réticents à considérer qu'une autre solution que celle adoptée, moins restrictive, serait à la fois concevable et tout aussi efficace pour satisfaire l'objectif poursuivi.

Une question importante sur ce plan réside plus particulièrement dans le traitement de l'argument dont peut se prévaloir l'administration, d'une insuffisance des effectifs de police disponibles. Loin d'être inédite, cette considération est depuis longtemps admise par le Conseil d'État, comme l'illustre l'arrêt classique Sieur Bucard (141) rendu le 23 décembre 1936. La Haute juridiction a accepté à cette occasion que le préfet du Bas-Rhin interdise les réunions publiques et privées du « Francisme », au motif que « le préfet ne disposait pas auxdites dates de forces de police suffisantes pour assurer le maintien de l'ordre, notamment en raison de la multiplicité et de la dispersion desdites réunions » (142). Cette jurisprudence trouve un écho contemporain dans le contexte de l'état d'urgence. De façon implicite dans l'ordonnance Allouache du 9 décembre 2005 (143), puis dans de très nombreuses décisions rendues au sujet de mesures adoptées depuis la fin de l'année 2015, ce facteur a en effet été valorisé par la Haute juridiction. Or, dans la mesure où le triple test a vocation à s'appliquer dans le cadre des régimes de crise, le contentieux de l'état d'urgence constitue le « laboratoire » idoine pour éprouver son apport.

Il importe alors de relever que la Haute juridiction confère une efficacité croissante à cet argument d'une insuffisance des forces de police, pour justifier des mesures restrictives des droits et libertés telles que les assignations à résidence, voire d'autres types de mesures a priori éloignées du terrorisme (144). Relevons-le d'emblée, la prise en considération d'une telle donnée ne heurte pas les exigences de la CEDH, qui elle-même restreint usuellement son contrôle dans de telles circonstances (145). Mais elle n'en tempère pas moins le contrôle qui, confirmé en principe, se trouve atténué dans sa portée.

En particulier, le Conseil d'État a fait montre d'un fort pragmatisme dans l'arrêt Domenjoud (146) relatif à la légalité des mesures d'assignation à résidence, en ce qu'elles ont été appliquées à des individus au profil de militants écologistes. Cette pratique a soulevé de vives critiques de la part des associations de défense des droits et libertés quant à la capacité de la loi du 3 avril 1955 à servir de base juridique aux mesures en cause, et le Conseil d'État a été saisi pour avis de cette question. L'aspect intéressant au regard du triple test tient dans ce cas précis au problème de l'adéquation entre l'objet des mesures (l'assignation à résidence d'un militant écologiste) et leur motif, qui était en l'occurrence le coeur du problème : il est possible de considérer la mesure apte à satisfaire la fin que représente l'ordre public, puisque l'article 7 de la loi de 1955 autorise à cibler toute personne « à l'égard de laquelle il existe des raisons sérieuses de penser que son comportement constitue une menace pour la sécurité et l'ordre publics » (147) ; ou bien il peut être conclu à l'inaptitude si l'on interprète cette condition législative au regard du contexte de sa mise en oeuvre, à savoir la lutte contre la menace terroriste. Or le Conseil d'État a tranché sans ambiguïté en faveur de la première solution (148). Le texte de la décision de même que les conclusions du rapporteur public (149) attestent la prévalence de considérations pragmatiques dans les raisonnements. Ainsi, Xavier Domino exposait dans ses conclusions : « Il nous semble donc qu'en réalité, avec les motifs ayant justifié la déclaration de l'état d'urgence, il doit bien, en quelque sorte, exister un lien, mais un lien non pas idéologique ou politique qui tiendrait à l'origine des troubles auxquels il convient de parer, mais plutôt un lien opérationnel ou fonctionnel, qui tient à l'ampleur de la mobilisation des forces de l'ordre qu'ils pourraient entraîner et à la nécessité de ne pas avoir à mobiliser par trop ces forces dans un contexte déjà difficile, où, rappelons-le, le péril est imminent » (150). En somme, le Conseil d'État aurait « validé » la pratique restrictive de la liberté d'aller et venir pour ne pas faire obstacle à l'efficacité globale de l'action administrative dans un contexte de prévention à l'égard d'attaques terroristes, sans qu'il soit établi que les individus constituent eux-mêmes une menace terroriste ou même une menace pour l'ordre et la sécurité publics d'une gravité telle qu'elle n'aurait pu être habituellement maîtrisée en déployant suffisamment d'effectifs de police. Réduisant alors la portée du critère de l'adaptation, le juge administratif neutralise par ailleurs l'examen de la nécessité des mesures en ne recherchant pas en pratique si une autre aurait permis de sauvegarder l'ordre public. Il renonce ce faisant à un examen pourtant spécialement attendu en raison du caractère qui peut être jugé radical d'une assignation à résidence d'un individu.

De cette façon, les juges administratifs français peuvent sembler relativiser à la fois l'apport de la trilogie des critères et le mouvement d'un rehaussement de l'intensité du contrôle exercé au profit de l'extension du domaine du contrôle « entier ». Tandis qu'il ressort du texte même des décisions de justice que les juges doivent mettre en oeuvre les critères pour leur contrôle de proportionnalité et qu'ils ne limitent plus ce dernier à la recherche de la seule « erreur manifeste d'appréciation » de la part de l'administration, ces évolutions ne traduiraient guère un encadrement accru de l'exercice du pouvoir de police. Leurs usages prêtent à douter de l'intensité du contrôle, voire de la réalité de ce dernier : le juge ne réaliserait parfois pas le contrôle qu'il annonce. De ce point de vue, il conviendrait certainement que le juge administratif s'emploie à adapter pleinement ses modes de raisonnement au triple test afin d'éviter la critique d'une instrumentalisation de cette grille de contrôle (151). Une telle orientation inciterait à prêter attention aux débats actuels dans le champ du droit privé sur les implications méthodologiques du contrôle de proportionnalité (152).

**Document 2 :**

**Nil Symchowicz, Avocat au barreau de Paris, professeur associé à l'université Paris-Panthéon-Assas**

**Etat d'urgence sanitaire et contrôle juridictionnel des mesures de police, Regard critique sur l'office du juge administratif, AJDA 2020 p.2001**

En état d'urgence sanitaire, l'article L. 3131-15 du code de la santé publique (CSP) permet au Premier ministre de prendre des mesures de police affectant notablement les libertés fondamentales. Ce pouvoir a été prolongé par l'article 1er de la loi n° 2020-856 du 9 juillet 2020 organisant la sortie de l'état d'urgence sanitaire, pour une période expirant, pour le moment, le 30 octobre 2020. A l'heure où nous écrivons ces lignes, l'exercice de ce pouvoir de police extraordinaire a donné lieu à un nombre important de décisions rendues par le Conseil d'Etat, à côté d'un nombre non négligeable d'instances engagées, non pour suspendre l'exécution de décisions, mais pour enjoindre à l'Etat d'en adopter d'autres, en revendiquant ce que l'on a désormais coutume d'appeler des « droits-créances ». Ce sont au demeurant ces recours, souvent au coeur de l'actualité médiatique, qui ont le plus défrayé la chronique. A l'exception de quelques ordonnances remarquées (CE, ord., 18 mai 2020, n° 440366 , AJDA 2020. 1733 , note T. Rambaud ; CE, ord., 6 juill. 2020, n° 441257 , Confédération générale du travail, Association SOS racisme, AJDA 2020. 1385 ; AJCT 2020. 324, obs. D. Necib , suspendant l'exécution de certaines dispositions du décret du 31 mai 2020 ; CE, ord., 6 sept. 2020, n° 443750 , Ministre des solidarités et de la santé, AJDA 2020. 1638 ; AJCT 2020. 385, obs. D. Necib ), le contentieux de la légalité des nombreuses décisions prises par l'Etat, dans l'exercice de son pouvoir de police sanitaire d'exception, a été, lui, paradoxalement plus confidentiel.

Concernant ce contrôle, qui retiendra ici seul notre attention, il faut d'abord et avant tout rappeler les principes mêmes qui le régissent.

Le premier touche au fond du droit. L'article L. 3131-15 du CSP précise que les mesures générales susceptibles d'être prises par le Premier ministre ne peuvent l'être qu'aux « seules fins de garantir la santé publique » et qu'elles « sont strictement proportionnées aux risques sanitaires encourus et appropriées aux circonstances de temps et de lieu. Il y est mis fin sans délai lorsqu'elles ne sont plus nécessaires ». Une disposition similaire est prévue concernant les mesures d'application que peuvent prendre les préfets habilités en vertu de l'article L. 3131-17 du même code. La loi du 9 juillet 2020 réaffirme ces règles durant toute la période dite « de sortie de l'état d'urgence sanitaire ». Avant même que ces dispositions ne voient le jour, ces conditions de légalité, qui s'inscrivent dans le sillage du régime classique de la police administrative, avaient d'ailleurs été rappelées par le Conseil d'Etat, dans son ordonnance du 22 mars 2020, Syndicat Jeunes médecins (n° 439674, Lebon T. ; AJDA 2020. 851 , note C. Vallar ; D. 2020. 687 , note P. Parinet-Hodimont ; AJCT 2020. 175, obs. S. Renard ; ibid. 250, Pratique G. Le Chatelier ; ibid. 291, Pratique A. Lami et F. Lombard ; D. actu. 22 mars 2020, obs. J.-M. Pastor ; v. égal., D. Truchet, Avant l'état d'urgence sanitaire : premières questions, premières réponses, RFDA 2020. 597 ). Le second principe tient dans l'existence (heureuse) de recours juridictionnels, l'article L. 3131-18 du CSP et l'article 1er IV de la loi du 9 juillet 2020 prévoyant en effet que ces mesures « peuvent faire l'objet, devant le juge administratif, des recours présentés, instruits et jugés selon les procédures prévues aux articles L. 521-1 et L. 521-2 du code de justice administrative ». Il faut souligner, sur ce point, que la compétence du juge administratif, rappelée par ces dispositions, et un temps discutée, est acquise et ne soulève, aux yeux du Conseil d'Etat, pas de problème constitutionnel (CE, ord., 22 juill. 2020, n° 440149, Lebon T. ; AJDA 2020. 1509 ).

De fait, et dans ce cadre, de nombreux recours ont été introduits contre les mesures édictées en application de ces dispositions, contestant (pour faire simple) leur nécessité. Leurs résultats n'ont le plus souvent pas été à la hauteur des espoirs placés dans les requêtes. Sur tous les recours portés devant le Conseil d'Etat ayant cet objet et qui ont (à la date où ces lignes sont écrites) été jugés, seules trois censures de décrets peuvent être dénombrées (CE, ord., 18 mai 2020, n° 440366 , préc., enjoignant au Premier ministre de modifier les dispositions du décret du 11 mai 2020, en prenant les mesures strictement proportionnées aux risques sanitaires encourus et appropriées aux circonstances de temps et de lieu applicables au début de « déconfinement », pour encadrer les rassemblements et réunions dans les établissements de culte ; CE, ord., 13 juin 2020, n° 440846 , Ligue des droits de l'homme, Confédération générale du travail, AJDA 2020. 1198 , suspendant l'exécution de certaines dispositions du décret du 31 mai 2020). Trois autres concernent (en appel) des arrêtés préfectoraux (CE, ord., 6 sept. 2020, nos 443750 et 443751 , Ministre des solidarités et de la santé, AJDA 2020. 1638 ; D. 2020. 1725, et les obs. ; AJCT 2020. 385, obs. D. Necib ; CE, ord., 8 sept. 2020, n° 443752 ). Ces très rares désapprobations des décisions de l'Etat sont au reste toutes intervenues en phase de déconfinement. Au préalable, pour l'essentiel, c'est le défaut d'urgence qui a conduit au rejet des demandes, souvent, d'ailleurs, comme on le verra, au terme d'une procédure expéditive et non contradictoire, par « ordonnance de tri ». La nécessité et la proportionnalité des mesures prises par l'Etat, prescrites par le législateur, n'ont donc que rarement fait l'objet d'un contrôle juridictionnel.

Il en est allé ainsi parce que le Conseil d'Etat a décidé d'inscrire son contrôle dans le cadre traditionnel des référés classiques prévus par les articles L. 521-1 et L. 521-2 du code de justice administrative (CJA) en appliquant scrupuleusement les solutions jurisprudentielles antérieures et a ainsi restrictivement conçu son office. Une autre voie, garantissant davantage le droit au recours juridictionnel effectif et l'intention du législateur aurait sans doute dû être empruntée.

I - Une conception classique de l'office du juge

En considérant que les décisions réglementaires du Premier ministre peuvent « faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir devant le Conseil d'Etat ainsi, comme le rappellent les dispositions de l'article L. 3131-18 du code de la santé publique issues elles aussi de l'article 2 de la loi du 23 mars 2020, que des procédures de référé prévues par les articles L. 521-1 et L. 521-2 du code de justice administrative » (CE, ord., 22 juill. 2020, n° 440149 , préc.), le Conseil d'Etat a confirmé, ce que les premières ordonnances rendues avaient établi, le fait que son office devait s'inscrire, avant tout, dans le cadre classique des référés traditionnels. Il a donc été conduit à mettre en oeuvre leur régime rigoureux, tel qu'il est habituellement conçu par la jurisprudence.

A. La plus grande place au juge des référés

Tout d'abord, parmi les recours évoqués par le Conseil d'Etat, pour critiquer les décisions prises en application de l'article L. 3131-15 du CSP, mais aussi celles (comparables) prévues par l'article 1er de la loi du 9 juillet 2020, ce sont les référés-suspension et liberté qui occupent la plus grande place.

1. L'inefficacité du recours pour excès de pouvoir

Certes, et même si l'article L. 3131-18 du CSP et l'article 1er de la loi du 9 juillet 2020 ne le mentionnent pas, le Conseil d'Etat a rappelé que le recours pour excès de pouvoir peut bien être exercé à l'encontre de ces décisions de police sanitaire, puisque ce recours existe même sans texte (CE, ass., 17 févr. 1950, n° 86949, Dame Lamotte, Lebon 110 ; RD publ. 1951. 451, concl. J. Delvolvé, note M. Waline). Il peut, au demeurant, viser tous les actes décisoires, quelles que soient leurs formes, ce qui présente un intérêt dans les périodes troublées où l'urgence conduit parfois à quelques approximations (CE, ord., 11 juill. 2020, n° 441466 , à propos de la décision du Premier ministre du 20 juin 2020 maintenant l'interdiction de la pratique des sports de combat, telle que révélée dans le communiqué de presse du même jour ; v. notre tribune, Urgence sanitaire et police administrative : la grande confusion, AJDA 2020. 545 ).

A ce jour, de tels recours ont nécessairement été introduits. C'est au moins le cas de la plupart des requérants qui ont formulé des demandes de suspension de décrets ou d'arrêtés préfectoraux dans le cadre des dispositions de l'article L. 521-1 du CJA puisque la recevabilité de celles-ci supposait l'exercice d'un recours au fond (pour un exemple de rejet d'un référé-suspension « covid » en raison de l'absence de recours au fond, CE 8 avr. 2020, n° 439837 ). Ces recours n'ont, pour l'heure, donné lieu à aucun arrêt du Conseil d'Etat. Compte tenu des dispositions de l'article R. 612-5-2 du CJA qui imposent une confirmation du maintien de la requête au fond en cas de rejet d'un référé-suspension, certains finiront sans doute par ne pas être jugés, l'écoulement du temps n'incitant guère au maintien des requêtes.

Concevable en théorie, et même s'il est historiquement à l'origine de grandes décisions ayant protégé les libertés (P. Delvolvé, Sur deux ordonnances de référé-liberté [22 mars 2020-18 mai 2020], RFDA 2020. 641 ), ce recours, exercé seul, n'est en réalité pas adapté à une protection effective des libertés en période d'état d'urgence sanitaire ou de sortie d'état d'urgence sanitaire, puisque les mesures prises dans le cadre de l'article L. 3131-15 ou de l'article 1er de la loi du 9 juillet 2020 n'ont en principe (du moins peut-on l'espérer) qu'une durée de vie limitée, ne serait-ce que parce que ces dispositions imposent qu'il y soit mis fin « sans délai lorsqu'elles ne sont plus nécessaires ». Cette inadaptation saute aux yeux en présence de mesures initialement prises pour des durées arrêtées à quelques jours ou quelques semaines (comme c'est actuellement le cas des arrêtés préfectoraux édictés dans les « zones d'alerte renforcée » et « d'alerte maximale »). Ceci explique pourquoi l'article L. 3131-18 du CSP, et, par la suite, la loi du 9 juillet 2020, n'ont pas mentionné le recours en annulation, le législateur ayant formulé une exigence d'efficacité des voies juridictionnelles mises en place.

2. Référé-liberté ou référé-suspension ?

Les référés des articles L. 521-1 et L. 521-2 du CJA sont, eux, expressément mentionnés par l'article L. 3131-18 du CSP et par l'article 1er IV de la loi du 9 juillet 2020.

Dans les faits, le référé-liberté a largement supplanté le référé-suspension, pour, à nos yeux, trois raisons majeures.

D'abord, le référé-liberté a pour lui l'avantage de sa dénomination. Le contentieux de la nécessité et de la proportionnalité de mesures de police constituant un contentieux des libertés, le recours à l'article L. 521-2 du CJA est logiquement apparu comme la mise en oeuvre d'une procédure ad hoc, d'autant plus en présence de libertés aussi massivement affectées.

Ensuite, cette procédure a été considérée comme plus efficace que le référé-suspension, puisque seul le référé-liberté permet en principe de garantir l'intervention d'une décision de justice dans un délai très court. Certes, la protection des libertés peut aussi être assurée par le juge du référé-suspension. Mais ce dernier est seul maître du temps, le CJA ne lui impartissant aucun délai pour statuer. Dans les faits, le Conseil d'Etat ne s'est pas souvent soumis au respect de ce bref délai du référé-liberté, mais l'injonction législative de statuer rapidement a tout de même joué son rôle puisque les décisions ont toutes été rapidement rendues, souvent en moins d'une semaine.

**(….)**

**Document 3 :**

**Sophie Roussel, Maître des requêtes au Conseil d'Etat**

**Le contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence administrative**

**AJDA 2021 p.780, extraits**

L'essentiel

*Le contrôle de proportionnalité occupe une place centrale dans la jurisprudence administrative. Ses différentes manifestations obéissent à des logiques différentes mais consistent toutes à effectuer la mise en balance d'intérêts contradictoires. La recherche du « juste équilibre » est ici analysée dans les champs respectifs du contrôle des mesures de police, de la « théorie du bilan » et du contrôle des sanctions. En ressort l'actualité d'une technique de contrôle en adéquation avec les mutations de l'office du juge administratif.*

Impossible de parler de greffe lorsqu'on évoque la place du contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil d'Etat. Cette technique de contrôle juridictionnel ne peut être regardée comme un élément extérieur importé dans le contentieux administratif comme conséquence nécessaire de l'invocabilité accrue des normes internationales, dont le respect est, en dernier lieu, vérifié par d'autres juridictions. Aussi le contrôle de proportionnalité n'a-t-il pas émergé dans la jurisprudence administrative sous l'effet d'une politique jurisprudentielle volontariste visant à la reconquête d'une certaine souveraineté juridictionnelle. Il précède, de loin, le contrôle de conventionnalité, autant qu'il le dépasse. Ses applications sont multiples. Sous le pavillon du « contrôle de proportionnalité » sont en réalité rassemblées des techniques de contrôle présentant certes une dynamique commune - la mise en balance d'intérêts contradictoires - mais obéissant à des logiques assez différentes.

La matrice de cette diversité est à rechercher dans la multiplicité des compétences du Conseil d'Etat : tantôt juge de premier ressort ou juge de cassation, tantôt juge de situations individuelles ou juge de la norme, réglementaire mais aussi législative dont il apprécie, depuis l'arrêt Nicolo, la compatibilité avec les traités et, depuis la création de la procédure de question prioritaire de constitutionnalité dans laquelle il joue un rôle de filtre, la conformité à la Constitution. Chacune de ces compétences obéit à une logique propre. A la nécessité de garantir contre l'arbitraire administratif, en matière de police et, de façon plus récente, de sanction ou encore de régulation économique, sans pour autant se substituer à l'administration, répondent des impératifs invitant à la retenue juridictionnelle : le respect de la marge d'appréciation de l'auteur de la norme, en particulier lorsqu'il s'agit du législateur dont la légitimité procède de l'élection, ou le rôle particulier du juge de cassation. Le contrôle de proportionnalité est traversé par ces dynamiques aux effets contradictoires. Par sa plasticité, il permet au juge d'adapter sa réponse juridictionnelle. Et si les offices diffèrent, les magistrats qui les exercent sont les mêmes, si bien que le contrôle de proportionnalité est, y compris dans les champs où il s'est exprimé ou a été systématisé plus récemment, toujours, pour le juge administratif, un standard de contrôle familier.

Trois avatars du contrôle de proportionnalité en matière administrative peuvent être distingués : le contrôle de proportionnalité des mesures de police ; le contrôle de proportionnalité par la « théorie du bilan » ; le contrôle de proportionnalité des sanctions. Chacun a connu un développement qui lui est propre, dont les présentes lignes ne visent qu'à restituer les évolutions les plus récentes.

I - Police : la matrice d'un contrôle devenu familier

Appliqué lorsqu'une décision individuelle ou réglementaire a pour effet, au nom de la prévention des atteintes à l'ordre public (entendu au sens large), de porter atteinte à une liberté ou un droit protégé, ce type de contrôle de proportionnalité est le plus ancien. Il est traditionnellement associé au célèbre arrêt Benjamin (CE 19 mai 1933, n° 17413 , Benjamin et syndicat d'initiative de Nevers, Lebon 541 ; GAJA, 21e éd., n° 43), par lequel le Conseil d'Etat a annulé l'interdiction d'une réunion par un maire au motif que « l'éventualité de troubles [...] ne présentait pas un degré de gravité tel qu'il n'ait pu, sans interdire la conférence, maintenir l'ordre en édictant les mesures de police qu'il lui appartenait de prendre ».

Mise en oeuvre de façon empirique, sans même que le mot proportionnalité ne figure dans les décisions, cette méthode de contrôle n'a pas fondamentalement changé de nature depuis cet arrêt reconnu comme fondateur. Elle consiste toujours, en substance, à vérifier l'adéquation des moyens aux fins, au vu d'une situation donnée. Sous l'influence des juridictions européennes et du Conseil constitutionnel (21 févr. 2008, n° 2008-562 DC, Loi relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental, AJDA 2008. 714 , note P. Jan ; D. 2008. 2025, obs. V. Bernaud et L. Gay ; Constitutions 2010. 235, obs. M. Disant ), cette technique de contrôle s'est affinée. Le Conseil d'Etat en a séquencé les étapes en s'appropriant explicitement, par sa décision d'assemblée du 26 octobre 2011, Association pour la promotion de l'image et autres (n° 317827, Lebon 505 avec les concl. ; AJDA 2012. 35 , chron. M. Guyomar et X. Domino ), le standard international du contrôle en trois temps consistant à rechercher si la mesure est adaptée, nécessaire et, enfin, proportionnée. Adaptée, c'est-à-dire à même de permettre la réalisation d'un but d'intérêt général, dont l'existence est appréciée de façon concrète ; ce critère est toujours satisfait, de façon abstraite, avec un motif d'ordre public mais la réalité du risque d'atteinte à l'ordre public ne l'est pas toujours. Nécessaire, ce qui signifie que l'objectif ne pouvait être atteint par d'autres moyens moins attentatoires à la liberté. Proportionnée, autrement dit qu'elle ne crée pas de charges excessives par rapport au résultat escompté.

Ce séquençage ne doit pas être interprété comme un resserrement du contrôle qui, lorsqu'est en cause une atteinte à une liberté ou un droit dont la légalité est conditionnée par sa nécessité, est toujours un contrôle entier. Il a seulement conduit le juge administratif à être plus précis.

Le test de proportionnalité peut achopper dès la première étape. Le Conseil d'Etat a, par exemple, admis qu'une mesure telle qu'un couvre-feu visant les mineurs de moins de treize ans puisse être de nature tant à contribuer à leur protection qu'à prévenir les troubles à l'ordre public qu'ils pourraient être susceptibles de provoquer (autrement dit, une telle mesure est potentiellement à même de satisfaire des motifs d'intérêt général). Mais il juge, au terme d'une appréciation concrète, que ces motifs ne sont pas suffisamment établis en l'espèce, faute d'éléments de nature à étayer l'existence de risques particuliers liés à ces mineurs dans la commune (CE 6 juin 2018, n° 410774, Ligue des droits de l'homme, Lebon T. 685 et 803 ; AJDA 2018. 2155 , note H. Avvenire ; AJCT 2018. 524, obs. C. Otero ). Une censure analogue a été prononcée à propos d'un arrêté municipal interdisant l'accès aux plages aux personnes portant une tenue manifestant de manière ostensible une appartenance religieuse, en l'absence de risques avérés de troubles à l'ordre public ou de motifs d'hygiène ou de décence (CE, ord., 26 août 2016, n° 402742, Ligue des droits de l'homme, Association de défense des droits de l'homme collectif contre l'islamophobie en France, Lebon 390 ; AJDA 2016. 2122 , note P. Gervier ; D. 2016. 1704, et les obs. ; et 2017. 935, obs. REGINE ; AJCT 2016. 508 , obs. G. Le Chatelier ; 529, tribune M.-A. Granger ; 552, étude C. Alonso ; et 2019. 489, étude A. Fitte-Duval ; RFDA 2016. 1227, note P. Bon ).

Dans d'autres cas, c'est le caractère non nécessaire, ou excessivement restrictif, de la mesure qui conduit à son annulation. Le Conseil d'Etat a, sur ce critère, annulé des dispositions du décret n° 2020-384 du 1er avril 2020 interdisant, pour les personnes décédées du covid-19, les soins de conservation sur le corps des défunts et la pratique de la toilette mortuaire (CE 22 déc. 2020, n° 439804, Lebon T. ; AJDA 2021. 6 ). Il a encore suspendu, en référé-liberté, l'exécution de la recommandation du 28 janvier 2021 du ministre des solidarités et de la santé prescrivant d'interdire de façon générale et absolue les sorties des résidents des établissement d'hébergement pour personnes âgées dépendantes pour lutter contre la propagation de nouveaux variants du SARS-COV-2 (CE, ord., 3 mars 2021, n° 449759 , AJDA 2021. 481 ).

Il est plus rare que le Conseil d'Etat s'arrête spécifiquement sur la dernière étape du test, celle de la proportionnalité. Lorsque la mesure a pour objet de limiter l'exercice d'une liberté donnée et que ses effets se cantonnent à la restriction apportée à cette liberté, il est vrai que le contrôle du caractère pertinent et nécessaire d'une mesure conduit presque mécaniquement à la conclusion de ce que le critère de la proportionnalité est satisfait, d'où certaines critiques sur le fait que ce test en trois temps, forgé dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, elle-même inspirée par la cour constitutionnelle allemande, est redondant. Il existe pourtant des configurations où ce dernier critère, qui vise en quelque sorte à faire entrer dans l'appréciation de la légalité l'ensemble des effets externes de la mesure sur d'autres droits et libertés que ceux directement visés par les motifs, joue pleinement. Une illustration en est donnée dans la décision du 15 novembre 2017, Ligue française des droits de l'homme et du citoyen (n° 403275, Lebon T. 488 et 710 ; AJDA 2018. 62 , concl. L. Marion ; AJCT 2018. 222, obs. P. Jacquemoire ), à propos de la légalité d'un arrêté municipal interdisant la fouille des poubelles, dont le Conseil d'Etat a vérifié, pour en apprécier la proportionnalité, qu'il ne portait atteinte à aucun droit ou situation légalement constituée et ne visait pas toute appropriation d'objets placés dans les poubelles. On peut aussi mentionner le contentieux des décisions d'éloignement des étrangers, qui constituent des restrictions à la liberté d'aller et venir au nom de l'ordre public : celles-ci peuvent être à la fois adaptées, c'est-à-dire pertinentes pour satisfaire cet objectif, et nécessaires par rapport à celui-ci mais encore faut-il, pour que le juge en admette la légalité, que leurs effets sur d'autres droits ou libertés, en particulier le droit à mener une vie familiale normale, ne soient pas excessifs.

La visibilité accrue du contrôle de conventionnalité et du contrôle de proportionnalité concret qu'il implique lorsque sont en cause des atteintes à des droits que la convention n'érige pas comme absolus n'a pas vraiment été un sujet pour le juge administratif, sans doute parce que le catalogue de droits protégés par la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (conv. EDH) n'est que l'écho de principes généraux du droit et de garanties énoncées dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, très fréquemment invoquée devant le juge administratif depuis qu'elle a été reconnue comme partie intégrante du bloc de constitutionnalité (Cons. const. 16 juill. 1971, n° 71-44 DC ). Le spectaculaire arrêt d'assemblée Gonzalez Gomez (CE, ass., 31 mai 2016, n° 396848 , Lebon 208 avec les concl. ; AJDA 2016. 1398 , chron. L. Dutheillet de Lamothe et G. Odinet ; D. 2016. 1472, note H. Fulchiron ; et 1477, note B. Haftel ; RFDA 2016. 740, concl. A. Bretonneau ; et 754, note P. Delvolvé ; RTD civ. 2016. 578, obs. P. Deumier ; 600, obs. J. Hauser ; ibid. 802, obs. J.-P. Marguénaud ; et 834, obs. J. Hauser ; RTD eur. 2017. 319, obs. D. Ritleng ) (1) ne doit pas occulter l'essentiel. D'une part, l'appréciation concrète des ingérences de l'Etat dans les libertés individuelles constitue autant la matrice de l'excès de pouvoir que celle du contrôle, par la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH), du respect de la convention. D'autre part, les allers-retours entre le contrôle abstrait de la norme - lorsqu'il en est directement saisi, par la voie de l'exception ou dans le cadre de questions prioritaires de constitutionnalité - et le contrôle concret de situations individuelles sont le lot quotidien du juge administratif. On peut mentionner à cet égard la jurisprudence sur le retrait de naturalisations obtenues par fraude, organisé par l'article 27-2 du code civil, dont le Conseil d'Etat a admis la compatibilité avec le droit de l'Union in abstracto sans que cela le dispense pour autant de procéder, dans chaque affaire, à une appréciation concrète, au regard du droit de l'Union et du droit au respect à la vie privée garanti par l'article 8 de la Conv. EDH, des effets de ce retrait sur la situation du requérant, ce contrôle étant susceptible de le conduire à juger que l'application de la loi, pourtant compatible avec la convention, constitue en l'espèce une ingérence disproportionnée (CE 9 nov. 2017, n° 409782, Lebon T. 503 et 602 ; AJDA 2018. 255 ).

Cette familiarité du Conseil d'Etat avec le contrôle concret de proportionnalité, pratiqué de longue date dans le cadre de sa compétence de premier ressort, l'a dispensé de toute réflexion systémique de même nature que celle conduite à la Cour de cassation depuis plusieurs années sur le contrôle de proportionnalité des atteintes aux droits fondamentaux protégés par la convention. Le test de proportionnalité du juge administratif n'est de ce fait pas calqué sur celui de la CEDH et n'inclut ainsi pas, de façon systématique, la vérification de l'existence d'un but légitime ni celle de la prévisibilité de la mesure. Lorsqu'il statue au regard de la convention, le Conseil d'Etat en adopte toutefois les standards de contrôle (par ex., CE 3 juin 2020, n° 421615, Association Pouvoir citoyen, Lebon T. ; AJDA 2020. 1588 , sur le contrôle, au regard de l'article 10 de la Conv. EDH, du refus de communication de la liste nominative des entreprises sanctionnées pour non-respect de l'égalité salariale entre femmes et hommes).

Deux évolutions peuvent être relevées.

La première tient à l'approfondissement du contrôle des faits en cassation, par la diffusion du contrôle de qualification juridique des faits. Cet approfondissement n'est pas limité aux hypothèses où est en cause la compatibilité de décisions individuelles avec la convention (pour citer un exemple bien connu, CE, sect., 11 juin 1999, n° 185545, Ministre de l'intérieur c/ El Mouhaden,Lebon 117 ; AJDA 1999. 840 ; et 789, chron. P. Fombeur et M. Guyomar , à propos de la proportionnalité entre l'atteinte portée à la vie privée et familiale et la nécessité de la défense des intérêts publics d'une mesure d'expulsion ; pour des précédents plus récents, CE 16 oct. 2019, n° 420230, Lebon ; AJDA 2019. 2085 ; D. 2019. 2299, obs. L. Carayon ; AJ fam. 2019. 654, obs. M. Saulier ; et 615, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; RDSS 2019. 1101, note F. Monéger ; RTD civ. 2020. 75, obs. A.-M. Leroyer , à propos de la proportionnalité de l'atteinte portée au droit à la vie privée et familiale d'un enfant né sous X et souhaitant connaître ses origines et le droit à l'anonymat garanti à la mère biologique, ou encore CE, ass., 12 juin 2020, n° °422327, M. Graner, Lebon ; AJDA 2020. 1416 , chron. C.Malverti et C. Beaufils , à propos de la proportionnalité de la limitation qu'apporte à l'exercice du droit d'accès aux documents d'archives publiques, protégé par l'article 10 de la convention, le refus opposé, en application de l'article L. 213-4 du code du patrimoine, à une demande de consultation anticipée des archives publiques émanant du Président de la République, du Premier ministre et des autres membres du gouvernement). On l'observe aussi indépendamment de l'invocation de la Conv. EDH par les requérants, ainsi que l'illustre la décision Lecomte et Association AC Conflent (CE 9 juill. 2003, n° °229618, Lebon T. 888 et 961 ; AJDA 2003. 2110 ) qui consacre un contrôle de qualification juridique en cassation sur le caractère légalement justifié par les nécessités de l'ordre public d'un arrêté interdisant la mendicité sur la voie publique (v. aussi, CE 6 juin 2018, n° 410774 , Ligue des droits de l'homme c/ Commune de Béziers, déjà mentionné, à propos du couvre-feu appliqué aux mineurs).

La seconde évolution concerne l'effectivité accrue de ce contrôle grâce à la création en 2000 du référé-liberté, qui permet au juge administratif d'ordonner toutes mesures nécessaires à la sauvegarde d'une liberté fondamentale à laquelle une atteinte grave et manifestement illégale aurait été portée. La période de l'état d'urgence anti-terroriste puis celle de l'état d'urgence sanitaire ont particulièrement mis en lumière cette procédure, qui permet au justiciable d'obtenir à très bref délai une réponse du juge sur une mesure qu'il estime illégale. Peut-être parce que le juge des référés, qui statue sous quarante-huit heures, est très proche, temporellement, de la situation ayant justifié la mesure restrictive contestée, sans doute parce que les critères de l'atteinte à la fois grave et manifestement illégale sont particulièrement exigeants, cette procédure a néanmoins pu nourrir des incompréhensions ou des déceptions quant à l'effectivité, ou du moins la rigueur, du contrôle de proportionnalité des mesures de police exercé par le Conseil d'Etat dans ce cadre. Il faut ici rappeler que le contrôle de l'atteinte manifestement illégale à un droit ou une liberté fondamentale, par le législateur, correspond à un contrôle de la critère fixé disproportion manifeste (pour une formulation de ce critère, CE, sect., 30 oct. 2001, n° °238211, Ministre de l'intérieur c/ Mme Tliba, Lebon 523 ; AJDA 2001. 1058 ; et 1054, chron. M. Guyomar et P. Collin ; RFDA 2002. 324, concl. I. de Silva ), ce qui ne le prive pas pour autant de son utilité.