

Le discernement du juge constitutionnel dans le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation

André Roux

► **To cite this version:**

André Roux. Le discernement du juge constitutionnel dans le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation. in “ Le discernement en droit public ”, dir. Urbain Ngampio, 2017. hal-01831828

HAL Id: hal-01831828

<https://hal-amu.archives-ouvertes.fr/hal-01831828>

Submitted on 6 Jul 2018

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.

Colloque « Le discernement en droit public »

Aix en Provence, le 4 décembre 2015

Le discernement du juge constitutionnel dans le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation

André Roux

Professeur à l'IEP d'Aix en Provence

« *Filtrer le moustique et laisser passer le chameau* ». C'est, on s'en souvient, la formule tirée de l'Évangile de Matthieu que Jean Rivero avait utilisée dans l'intitulé de son commentaire de la décision du Conseil constitutionnel « *Sécurité et liberté* » du 20 juin 1981.¹

Jean Rivero se demandait alors si la protection des libertés par le Conseil constitutionnel « *ne s'avérait pas inversement proportionnelle à la gravité des atteintes que leur porte la loi : efficace contre les éraflures, elle serait impuissante contre les mises en question* ».

La formule évangélique a été reprise récemment à propos de la décision rendue le 23 juillet 2015 par le Conseil constitutionnel sur la loi relative au renseignement. Décision par laquelle le juge constitutionnel censure trois dispositions relativement mineures de cette loi, tout en validant celles qui soulèvent le plus de problèmes au regard de la protection des libertés.

On pourrait multiplier les exemples de décisions où le Conseil constitutionnel fait preuve d'un discernement particulièrement aiguisé pour censurer des dispositions législatives secondaires ou accessoires, celles dont la portée s'avère en définitive très limitée, et où il fait preuve par ailleurs de ce que certains qualifient de manque de discernement (ou d'excessive frilosité...), en refusant de censurer des dispositions législatives dont la remise en cause aurait des répercussions politiques, sociales ou financières d'une tout autre ampleur. La jurisprudence constitutionnelle en matière fiscale, ou encore celle relative à la libre administration des collectivités territoriales, notamment, pourraient en fournir maints exemples.

Il est évident que le Conseil constitutionnel, comme il se plaît à le rappeler régulièrement, « *ne dispose pas d'un pouvoir d'appréciation comparable à celui du législateur* » qui lui permettrait de substituer sa propre volonté à celle de la majorité parlementaire. En principe, le contrôle de constitutionnalité ne saurait se transformer en contrôle d'opportunité, au risque de voir se profiler à l'horizon le spectre du gouvernement des juges.

La question du « discernement » du juge constitutionnel peut donc se poser à différents niveaux et son analyse pourrait déboucher sur une vaste fresque de la politique jurisprudentielle du Conseil constitutionnel.

Nous nous attacherons plus modestement ici à évoquer cette question du discernement dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel relative à l'erreur manifeste d'appréciation, car elle paraît assez représentative des problématiques qu'elle soulève. Rappelons que dans le contentieux constitutionnel, l'erreur manifeste d'appréciation constitue une erreur flagrante d'appréciation commise par le législateur sur les faits ou les motifs qui sont à la base de ses lois et qui, de ce chef, entraîne leur invalidation.

Il s'agit donc en quelque sorte pour le Conseil constitutionnel de « *filtrer le chameau et de laisser passer le moustique* »...

¹ AJDA 1981, p.275.

Au demeurant, c'est justement dans la décision *Sécurité et liberté* de 1981, évoquée précédemment, que le Conseil constitutionnel utilise pour la première fois cette méthode de contrôle, directement transposée du contentieux administratif en jugeant « *qu'aucune disposition de la loi n'est manifestement contraire aux principes de la nécessité des peines imposées par l'article 8 de la Déclaration de 1789* ». L'expression d'« erreur manifeste » apparaît expressément dans la décision *Nationalisations* du 16 janvier 1982 aux termes de laquelle « *l'appréciation portée par le législateur sur la nécessité des nationalisations (...) ne saurait, en l'absence d'erreur manifeste, être récusée...* ».

Le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation conduit donc d'une part à sanctionner le manque de discernement du législateur (I), mais on peut se demander s'il ne conduit pas, d'autre part, à l'affirmation d'un excès de discernement de la part du Conseil constitutionnel (II).

I. La sanction du « manque de discernement » du législateur

Ce « manque de discernement » peut être ici défini comme l'incapacité du législateur d'apprécier la juste nature et la juste portée des dispositions qu'il a adoptées au regard des exigences constitutionnelles.

La sanction de ce manque de discernement résultant du contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation par le juge constitutionnel a connu des développements remarquables tout en étant présentée comme l'expression d'un contrôle restreint.

A. De l'erreur manifeste à la disproportion manifeste

Le Conseil constitutionnel a développé son contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation dans des domaines très variés. Ce contrôle s'est ainsi appliqué au regard du principe de la nécessité des peines (décision *Sécurité et liberté* 127 DC du 20 janvier 1981, décision 176 DC du 25 juillet 1984), au regard du principe de la nécessité des nationalisations (décision 132 DC du 16 janvier 1982), au délai pendant lequel des dispositions validées restent provisoirement applicables (192 DC du 24 juillet 1985), ou encore au découpage des circonscriptions électorales (196 DC du 8 août 1985 ; 197 DC du 23 août 1985 ; 208 DC du 2 juillet 1986 ; 218 DC du 18 novembre 1986 ; 227 DC du 7 juillet 1987). C'est d'ailleurs à l'occasion de l'examen d'une loi fixant le découpage de la Nouvelle-Calédonie en quatre régions que le Conseil constitutionnel admet pour la première fois l'existence d'une erreur manifeste d'appréciation du législateur, s'agissant de l'écart démographique admissible entre les différentes circonscriptions (196 DC du 8 août 1985). Le Conseil constitutionnel s'est également attaché à vérifier si l'évaluation des dépenses de santé ne procédait pas d'une appréciation manifestement erronée (508 DC du 16 décembre 2004) ou si les prévisions budgétaires étaient bien sincères et non « entachés d'une erreur manifeste » (441 DC du 28 décembre 2000 ; 464 DC du 27 décembre 2002 ; 489 DC du 29 décembre 2003).

Ce moyen de contrôle est également utilisé pour vérifier si le législateur n'a pas commis une erreur dans l'appréciation des différences de situations qui peuvent justifier une atteinte au principe d'égalité : le Conseil constitutionnel a ainsi contrôlé l'appréciation du législateur relative à la fixation du seuil à partir duquel les biens professionnels sont exclus de l'impôt sur les grandes fortunes (164 DC du 29 décembre 1983) ou encore à la fixation d'une limite d'âge différente suivant les corps de fonctionnaires (179 DC du 12 septembre 1984).

Il est arrivé à plusieurs reprises que le Conseil constitutionnel censure les dispositions législatives au motif qu'elles lui paraissent entachées d'erreur manifeste. Outre la décision précitée du 8 août 1985, on peut mentionner la décision 232 DC du 7 janvier 1988 qui considère que la situation particulière faite par le législateur à certaines catégories de sociétaires du Crédit Agricole « *apporte au principe d'égalité une atteinte qui dépasse manifestement ce qui serait nécessaire* ». Dans la décision 237 DC du 30 décembre 1987, il juge que le législateur a édicté une sanction qui revêt « un caractère manifestement disproportionné » en prescrivant que l'amende fiscale encourue en cas de divulgation du montant du revenu d'une personne sera égale au montant des revenus divulgués. Dans la décision du 377 DC du 16 juillet 1996, il considère que faire entrer dans la catégorie des actes de terrorisme les aides directes ou indirectes à l'entrée, à la circulation et au séjour en France d'un étranger en situation irrégulière repose sur une erreur manifeste d'appréciation. Plus récemment, dans la décision 543 DC du 30 novembre 2006, il déclare contraire à la Constitution une disposition législative manifestement incompatible avec la directive qu'elle a pour objet de transposer.

Comme le souligne Dominique Rousseau ² « *depuis quelques années cependant, le Conseil évite d'utiliser l'expression « erreur manifeste » quelque peu désobligeante à l'endroit des parlementaires...* ». La dernière référence explicite à la notion « d'erreur manifeste d'appréciation » se trouve, sauf erreur, dans la décision 638 DC du 28 juillet 2011, *Loi de finances rectificatives pour 2011*, où il est jugé que les évaluations n'apparaissent pas entachées d'une erreur manifeste d'appréciation de nature à fausser les grandes lignes de l'équilibre déterminé par la loi de finances.

Le contrôle de l'erreur manifeste peut en effet poser problème en contentieux constitutionnel car il ne s'agit pas de sanctionner un acte réglementaire pris par une quelconque autorité administrative, mais une loi expression de la volonté générale votée par des parlementaires élus démocratiquement. Si l'on peut concevoir qu'une autorité administrative puisse commettre une « erreur manifeste », il est plus difficile d'admettre qu'une telle erreur puisse émaner de l'ensemble de la représentation parlementaire, au terme de débats publics et contradictoires.

En réalité, même s'il n'utilise plus l'expression « d'erreur manifeste », le Conseil constitutionnel continue de vérifier, et le cas échéant de sanctionner, le caractère « déraisonnable » de l'intervention du législateur³. Le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation se confond par la même fréquemment avec le contrôle de proportionnalité.

Ainsi, le Conseil constitutionnel, utilisant un vocabulaire assez varié, contrôle les « *atteintes excessives* » à un droit constitutionnellement protégé (325 DC du 13 août 1993), ces atteintes pouvant déboucher sur la « *dénaturation* » du droit en cause, notamment le droit de propriété (172 DC du 26 juillet 1984 ; 436 DC du 7 décembre 2000) ; il vérifie s'il existe des « *disproportions manifestes* » entre une disposition législative et un principe constitutionnel (334 DC du 20 janvier 1994 ; 341 DC du 6 juillet 1994) ; il censure les « *ruptures caractérisées d'égalité* » (200 DC du 16 janvier 1986) ; il évoque les « *modalités (non) manifestement inappropriées à l'objectif poursuivi par le législateur* » (280 DC du 6 décembre 1990), ou encore les « *dispositions qui*

² *Droit du contentieux constitutionnel*, Monchrestien –Lextenso, 2010, page 148.

³ Thibaud Caffoz, Le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation dans la procédure de la question prioritaire de constitutionnalité, communication au 9^o Congrès Français de droit constitutionnel, Lyon, juin 2014 (droitconstitutionnel.org).

dépassent manifestement les limites que le respect de la Constitution impose au législateur » (244 DC du 20 juillet 1998) .

Le contrôle de l'erreur manifeste, sous ses différents avatars, est également très largement pratiqué dans le cadre de la question prioritaire de constitutionnalité. Comme le souligne Thibault Caffoz⁴, le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation, tel qu'il est exercé en QPC, reprend largement les grandes lignes de la jurisprudence traditionnelle établie dans le cadre du contrôle de constitutionnalité *a priori* , qu'il s'agisse des formules utilisées, des raisonnements développés et des domaines où cette technique de contrôle trouve à s'appliquer de façon privilégiée.

Il se présente aussi, comme dans le cadre du contrôle *a priori*, comme un contrôle restreint.

B. Un contrôle apparemment restreint

Le contrôle de l'erreur manifeste qu'il s'agisse du contentieux administratif ou du contentieux constitutionnel, est le plus souvent présenté comme un contrôle restreint ou un contrôle minimum. Le juge se contente de sanctionner les erreurs les plus grossières commises par l'administration ou par le législateur.

Pierre Mazeaud, alors président du Conseil constitutionnel expliquait ainsi les raisons de ce contrôle restreint : *« Parfois, le Conseil entend volontairement laisser au législateur une marge d'appréciation large : il n'est pas législateur et il n'entend pas jouer le rôle d'une troisième chambre. C'est pourquoi il rappelle régulièrement qu'il « ne dispose pas d'un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement ». Dans d'autres occasions, le Conseil se borne à tirer les conséquences des contraintes aussi bien matérielles que juridiques dans lesquelles il exerce son office : il prend alors acte de ce qu'il ne dispose pas des moyens de contrôler efficacement toutes les défaillances du législateur. Il peut aussi tenir compte du fait qu'il partage avec d'autres instances juridictionnelles le pouvoir de faire application de certaines normes. Dans l'un et l'autre cas, le Conseil constitutionnel décide de ne rechercher et de ne sanctionner que l'«erreur manifeste d'appréciation», autrement dit les erreurs les plus graves et, en tout cas, les plus évidentes (...) Ainsi, le contrôle de la seule erreur manifeste, qui peut être dénoncée comme le paravent de la paresse du juge ou célébrée comme une manifestation de sa modestie, est aussi, tout simplement, l'expression de son réalisme »*⁵.

Ce qui pourrait être aussi considéré, en quelque sorte, comme une marque de discernement de la part du juge constitutionnel...

Par ailleurs, comme l'a montré Laurent Habib, le recours à « l'erreur manifeste d'appréciation » s'inscrirait dans une stratégie d'évitement des conflits politiques et institutionnels : *« Le Conseil doit parfois freiner ses audaces pour éviter les conflits frontaux avec les institutions concurrentes et (ou) avec la majorité, et subit donc une contrainte concurrentielle et une contrainte politique »*⁶. Il suffit d'évoquer, à titre

⁴ Etude précité.

⁵ L'erreur en droit constitutionnel, Intervention au Colloque à l'Institut de France : « L'erreur », 25 et 26 octobre 2006 (Site internet du Conseil constitutionnel).

⁶ La notion d'erreur manifeste d'appréciation dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, *RDP* 1986, p.712.

d'illustration, la décision « Nationalisations » de 1982 : la notion d'erreur manifeste a permis au Conseil constitutionnel de valider les nationalisations dans leur principe, évitant ainsi un conflit frontal avec la nouvelle majorité de gauche, tout en censurant à la marge les modalités de l'indemnisation des actionnaires privés donnant ainsi partiellement satisfaction aux parlementaires de l'opposition. Ce n'est évidemment pas la seule fois où le Conseil constitutionnel s'en est tenu à un contrôle restreint, dès lors que les textes qui lui étaient déférés avaient une densité politique particulière.

Par ailleurs, le recours au contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation peut être aussi la conséquence des limites du contrôle de constitutionnalité lorsqu'il s'agit de dispositions législatives qui ont un caractère technique prononcé. Le Conseil constitutionnel va alors laisser au législateur une marge de manœuvre importante dans la détermination des moyens destinés à atteindre les objectifs qu'il s'est fixé. Il en va ainsi notamment, comme le relève Valérie Goesel-Le Bihan, dans les cas « où la loi recourt à un seuil quantitatif, par exemple un pourcentage, pour définir la frontière entre deux catégories différentes, ce qui est souvent le cas en matière d'impositions »⁷. Ainsi, dans la décision du 29 décembre 2005, loi de finances pour 2006, s'agissant de l'impôt de solidarité sur la fortune, le Conseil considère « qu'au regard des objectifs d'intérêt général qu'il s'est assigné, le législateur, faisant usage de son pouvoir d'appréciation, pouvait fixer aux trois quarts de la valeur des parts ou actions le seuil de la nouvelle exonération ».

Plus récemment, se prononçant en QPC sur une loi de validation accompagnée d'une indemnisation forfaitaire destinée aux communes ayant eu à leur charge des dépenses relevant de l'État, le Conseil constitutionnel a pu considérer que « compte tenu des difficultés d'évaluation de ces dernières, les dispositions contestées ne fixent pas une indemnisation dont le montant serait entaché d'une erreur manifeste d'appréciation » (29/37 QPC du 22 septembre 2010).

On peut d'ailleurs se demander si le recours à la technique de l'erreur manifeste a la même portée dans le cadre du contrôle *a priori* et dans celui de la QPC.

Comme le relève Thibault Caffoz, si dans le cadre du contrôle de constitutionnalité *a priori*, il est difficile au Conseil constitutionnel d'appréhender les conséquences concrètes que la loi peut produire, ce qui peut justifier la limitation de son contrôle à l'existence ou non d'une erreur manifeste d'appréciation, la situation n'est pas identique dans le cadre de la QPC puisque la loi soumise à son examen a déjà produit ses effets, de sorte que « l'appréciation portée par le législateur sur les faits s'est plus ou moins vérifiée en pratique. De ce point de vue, en dépit du caractère abstrait du contrôle de constitutionnalité, la procédure de l'article 61 - 1 de la Constitution semble donc plus favorable à l'examen renforcé des lois, ou en tout cas moins circonscrit à la sanction des seules erreurs manifestes »⁸.

En tant qu'expression d'un contrôle restreint, le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation dans le cadre de la QPC peut s'avérer insuffisant au regard de la protection conventionnelle des droits fondamentaux ; ce qui peut placer le Conseil constitutionnel en porte-à-faux. Ainsi, dans la décision 217 QPC du 3 février 2012, *Mohamed Akli B.*, le Conseil constitutionnel a jugé que les peines applicables au délit d'entrée ou de séjour irrégulier en France n'étaient pas « manifestement disproportionnées » et ne méconnaissait pas l'article 8 de la Déclaration de 1789. Alors que la Cour de cassation a par la suite jugé que les mêmes dispositions étaient contraires

⁷ *Contentieux constitutionnel*, Ellipses 2010, p.182.

⁸ Etude précitée.

à la directive communautaire « retour » du 16 décembre 2008 (Cour de Cassation, 1ère Chambre civile, 5 juillet 2012).

Apparemment donc, le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation peut être considéré comme un contrôle restreint. En réalité, le recours à cette méthode de contrôle peut-être aussi un facteur de renforcement des pouvoirs du Conseil constitutionnel, au point que l'on peut se demander s'il ne peut pas conduire à l'expression d'un « excès de discernement » de sa part.

II. L'expression de « l'excès de discernement » du juge constitutionnel

Il convient ici d'entendre la notion de « discernement » comme la capacité de l'esprit de distinguer ce qui est bien, vrai, permis, de ce qui est mal, faux et défendu.

En premier lieu, lorsqu'il est combiné avec le contrôle de proportionnalité, ce qui est souvent le cas, le contrôle de l'erreur manifeste peut conduire le Conseil constitutionnel à exercer un contrôle particulièrement intrusif, proche du contrôle d'opportunité.

En second lieu, le contrôle de l'erreur manifeste, quelles que soient ses formes, comprend une part plus ou moins large de subjectivité.

Comme si, dans tous les cas, le discernement du juge constitutionnel apparaissait supérieur à celui du législateur.

A. Opportunité du contrôle et contrôle d'opportunité

L'erreur manifeste d'appréciation a pu être présentée comme un facteur de renforcement des pouvoirs du Conseil constitutionnel, notamment parce qu'elle permet à celui-ci, dans certaines circonstances, d'alléger le poids de la contrainte juridique⁹. Ce qui signifie que le Conseil constitutionnel se réserve la possibilité d'un contrôle sur une matière. Il évite ainsi de se lier par un refus d'examiner la conformité d'une loi à tel ou tel principe. Mais l'erreur manifeste d'appréciation n'est pas seulement un moyen pour le Conseil constitutionnel de réserver la possibilité d'un contrôle, c'est aussi une technique qui lui laisse une marge d'appréciation très large dans l'exercice de son contrôle. L'opportunité du contrôle peut donc se combiner avec un contrôle d'opportunité. Cette forte marge d'appréciation se vérifie notamment lorsque le Conseil constitutionnel doit appliquer des normes « indéterminées ». Face à une norme indéterminée, il peut décider de « *s'auto-contraindre en précisant les implications qui lui semblent découler de la norme indéterminée* » épuisant ainsi une partie de son pouvoir d'interprétation dès sa première application, mais il peut aussi « *maintenir l'indétermination de la norme et réserver, par conséquent, son pouvoir. Qu'elle soit d'origine jurisprudentielle ou textuelle, la norme donnera alors lieu à une application au cas par cas à partir des faits de l'espèce et selon l'appréciation portée sur eux par le juge* »¹⁰. Ce sera donc au juge constitutionnel de faire preuve de discernement... dans la mesure notamment où, comme le souligne Stéphane Rials à propos du juge administratif, « *le standard textuel est, même si le juge en refuse parfois les conséquences, un moyen de délégation à son profit du contenu de leur pouvoir normatif de la part des autorités qui l'édicte* ».¹¹

⁹ Laurent Habib, La notion d'erreur manifeste d'appréciation dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, *RDP* 1986, p. 722 et ss.

¹⁰ *Ibidem*, p.723.

¹¹ *Le juge administratif français et la technique du standard*, LGDJ 1980, p. 57.

Par ailleurs, en se confondant de plus en plus avec le contrôle de proportionnalité, même s'il ne lui est pas réductible¹², le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation conduit le Conseil constitutionnel à vérifier l'adéquation entre les objectifs poursuivis par le législateur et les moyens mis en œuvre pour atteindre ses objectifs et à sanctionner par là même l'inadéquation manifeste des moyens aux objectifs. Le contrôle exercé par le Conseil constitutionnel devient ainsi celui « *de l'aptitude de la loi à atteindre l'objectif que le législateur s'est donné* »¹³. Dans ce cas de figure, le Conseil constitutionnel ne confronte plus directement le contenu des dispositions législatives aux règles et principes de valeur constitutionnelle. Il « cloisonne » son contrôle « *dans le périmètre de la norme contrôlée à travers l'examen de la relation qui unit le moyen – une disposition particulière de la loi – à l'objectif poursuivi* »¹⁴.

Et, alors que dans un premier temps (1959-1990)) le Conseil constitutionnel n'avait déployé son contrôle de la proportionnalité interne de la loi que dans les rares matières qui étaient expressément autorisées par la Constitution, il a, dans un deuxième temps élargi son contrôle d'adéquation des moyens aux objectifs en dehors de toute habilitation constitutionnelle, si bien qu'on le retrouve dans l'ensemble de sa jurisprudence¹⁵. Il a même, plus récemment intégré dans son contrôle l'appréciation des conséquences attendues de la loi en jugeant par exemple dans une décision du 16 août 2007 que si le législateur pouvait pour des motifs d'intérêt général prévoir l'octroi d'avantages fiscaux, c'est à la condition que l'avantage fiscal consenti « *ne soit pas hors de proportion avec l'effet incitatif attendu* ».

Certes, le Conseil constitutionnel ne recherche pas si les objectifs que s'est assignés le législateur auraient pu être atteints par d'autres voies. C'est en ce sens que l'on peut dire qu'il ne contrôle pas l'opportunité de la mesure qui a été retenue. Citons à titre d'exemple récent la décision 660 DC du 17 janvier 2013 dans laquelle le Conseil constitutionnel rappelle qu'il ne saurait rechercher si les objectifs que s'est assignés le législateur (en l'espèce la réalisation de la mixité sociale et l'accroissement de la construction des logements locatifs sociaux) « *auraient pu être atteints par d'autres voies dès lors que les modalités retenues par la loi ne sont pas manifestement inappropriées à l'objectif visé* ».

Mais il n'en demeure pas moins que lorsque le Conseil constitutionnel vérifie que les moyens mis en œuvre par le législateur ne sont pas manifestement contraires aux objectifs qu'il poursuit, il est conduit à porter une appréciation sur les choix du législateur en s'assurant que celui-ci « *n'a pas manqué de discernement, autrement dit que l'option choisie par lui figurait bien parmi le champ des possibles compte tenu des objectifs retenus* »¹⁶.

On conviendra aisément que l'on est proche alors d'un contrôle d'opportunité. Et la question se pose naturellement de savoir en quoi la capacité de discernement du Conseil constitutionnel peut-être supérieure à celle du législateur ?

¹² Voir en ce sens Valérie Goesel-Le Bihan, *Réflexion iconoclaste sur le contrôle de proportionnalité*, RFDC, n°30-1997, p. 244.

¹³ *Ibidem*, p. 230.

¹⁴ Jean-Baptiste Duclercq, *Les mutations du contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 49, octobre 2015, p. 121.

¹⁵ *Ibidem*, p.122.

¹⁶ *Ibidem*, p.125.

Quoiqu'il en soit, il apparaît bien que «... par son actuel objet, le contrôle de l'erreur manifeste dans le contentieux constitutionnel, doit se comprendre non comme une forme atténuée de contrôle des motifs mais bien comme un contrôle du raisonnable portant sur l'opportunité des choix opérés par le législateur.¹⁷»

Cette forme de contrôle comporte en outre une part inévitable de subjectivité.

B. L'inévitable subjectivité du contrôle

On pourrait dire, pour paraphraser une formule célèbre, que l'erreur manifeste d'appréciation est en réalité celle qui apparaît comme telle aux yeux du juge constitutionnel.

Dans la mesure où c'est le Conseil constitutionnel lui-même qui détermine, avec une part de subjectivité inévitable, le caractère manifestement erroné d'une appréciation du législateur, le contrôle de l'erreur manifeste traduit une extension sensible des pouvoirs du juge constitutionnel en matière d'interprétation.

Comme nous l'avons souligné, le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation a pénétré l'ensemble du contentieux constitutionnel (économique, pénal, financier, électoral...) quel que soit le principe constitutionnel en cause. Le caractère subjectif du contrôle, le discernement particulier dont fait preuve le juge constitutionnel en la matière peut donc s'exprimer dans des domaines très variés.

On se contentera d'en mentionner quelques exemples.

Le premier concerne le contrôle de l'équilibre démographique des circonscriptions électorales. On sait que le Conseil constitutionnel, sur le fondement du principe d'égalité devant le suffrage, exige que les découpages électoraux reposent sur des bases essentiellement démographiques et que les écarts de représentation entre les circonscriptions ne soient pas disproportionnés de manière excessive. Ainsi, dans une décision du 8 août 1985, il censure pour erreur manifeste d'appréciation les dispositions de la loi attribuant à la région de Nouméa 18 sièges sur 48 au Congrès de la Nouvelle Calédonie, soit un représentant pour 4727 habitants, alors que les régions Nord et Sud disposaient chacune de neuf sièges et les îles Loyauté de sept sièges, soit environ un représentant pour 2400 habitants. Il s'agissait à l'évidence de permettre à la population kanak d'être surreprésenté au Congrès. Puis, le législateur ayant remis son ouvrage sur le métier, le Conseil constitutionnel dans une décision du 23 août 1985, considère que la nouvelle loi est cette fois-ci conforme à la Constitution, alors qu'elle s'était contentée de porter la représentation de la région de Nouméa de 18 sièges sur 48 à 21 sièges sur 46, soit un représentant pour 4052 habitants.

Il apparaît ainsi que l'erreur manifeste d'appréciation est retenue lorsque l'écart démographique entre circonscriptions est de 2,13 et qu'il n'y a en revanche pas d'erreur manifeste lorsque cet écart est réduit à 1,83. On peut dire évidemment que le Conseil constitutionnel fait preuve ici de pragmatisme. On peut dire aussi qu'il fait preuve de subjectivité.

Le deuxième exemple concerne la célèbre décision « *Nationalisations* » du 16 janvier 1982, dans laquelle le Conseil constitutionnel considère que le législateur a commis une erreur d'appréciation dans la fixation du montant de l'indemnisation des actionnaires privés. N'y a-t-il pas là encore une part de subjectivité dans l'appréciation de la notion de « juste indemnité » de l'article 17 de la déclaration de 1789 ? D'autant que, en l'espèce,

¹⁷ Laurent Habib, art. précit., p. 710.

le législateur avait en réalité suivi la solution d'indemnisation proposée par le Conseil d'État...

Le troisième exemple concerne la jurisprudence du Conseil constitutionnel relative au principe d'égalité qui peut se résumer dans le considérant de principe suivant : « *le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport avec l'objet de la loi qui l'établit* » (232 DC du 7 janvier 1988).

Le contrôle des justifications des atteintes au principe d'égalité, qu'il s'agisse du contrôle des différences de situation, ou du contrôle des raisons d'intérêt général, conduit nécessairement le Conseil constitutionnel à faire dans certains cas prévaloir sa propre conception sur celle du législateur, comme s'il était doté là encore d'une capacité supérieure de discernement. Le plus souvent, il est difficile en effet de déterminer *a priori* à partir de quel seuil, de quels critères, de quelles caractéristiques, des personnes physiques ou morales peuvent être considérées comme ne relevant pas de situations semblables. Il n'existe pas, en réalité, de réponse objective. Comme le souligne Dominique Rousseau : « *tout est question de choix, d'appréciation, d'évaluation, de jugement sur l'opportunité ou non d'une différence de traitement, tout repose en définitive sur la subjectivité de celui qui décide de la nécessité, de la pertinence d'une distinction, même s'il s'efforce, par un travail de mise en forme, de rendre son choix objectif, neutre ou rationnel. (...) En substituant son appréciation des différences de situation ou des raisons d'intérêt général à celle du Parlement, le Conseil ne substitue pas une appréciation objective, qui serait la sienne, à une appréciation subjective, qui serait celle du législateur. Il lui oppose seulement sa propre conception des discriminations légitimes (...)*¹⁸».

Ainsi, même si le Conseil constitutionnel, pour des raisons que l'on peut qualifier de « diplomatiques », ne fait plus expressément référence dans ses décisions à la notion d'erreur manifeste d'appréciation, il n'en demeure pas moins que ce type de contrôle, combiné le plus souvent avec le contrôle de proportionnalité, est utilisé régulièrement dans toutes les matières du contentieux constitutionnel. Il est vrai qu'un tel contrôle, même s'il est présenté comme une forme de contrôle restreint, conduit nécessairement à faire prévaloir l'appréciation du Conseil constitutionnel sur celle du législateur, comme si la capacité de discernement du juge constitutionnel était dans tous les cas supérieure à celle de la représentation parlementaire. Mais il s'agit là d'une situation inhérente au contrôle de constitutionnalité des lois et par là même inévitable, la situation française ne constituant pas de ce point de vue une exception.

Tout au plus pourrait-on souhaiter que, à l'instar de celles de ses homologues étrangers, les décisions du Conseil constitutionnel en la matière soient davantage motivées et argumentées plutôt que de procéder par affirmations lapidaires comme c'est trop souvent le cas. Cela permettrait d'éviter que l'on puisse écrire, comme l'un de ses anciens membres, François Luchaire, qu'en définitive « l'arbitraire du Parlement est remplacé par celui du Conseil constitutionnel »¹⁹.

¹⁸ *Droit du contentieux constitutionnel*, précit., p. 494.

¹⁹ François Luchaire, *Le Conseil constitutionnel*, Economica, 1998, p.250.

