

Constitution du risque et risque constitutionnel

MATHIEU CARPENTIER*

Enviado em 14 de dezembro de 2023 e aceito em 18 de dezembro de 2023.



* Professeur à l'Université Toulouse Capitole. Codirecteur de l'Institut Maurice Hauriou. Membre de l'Institut universitaire de France/Doktor der Philosophie an der Universität Paris 1 Panthéon-Sorbonne.

Nous¹ vivons dans ce que le sociologue allemand Ulrich Beck a appelé la société du risque² : les sociétés contemporaines sont soumises à divers risques – environnementaux, climatiques, technologiques, de santé publique – alors même que les grands fléaux du passés (guerre, famine) semblent s'estomper. La constitution ayant tout à la fois pour objet de réguler la société et, en un sens, de constituer la société elle-même, il n'est pas étonnant qu'elle puisse être conçue comme un outil juridique de gestion des risques par excellence.

Quelques éléments de définition sommaires tirés de la théorie des jeux et de la théorie de la décision peuvent être utiles³. Il convient de distinguer les notions de risque, d'incertitude, et d'ignorance. Le *risque* est, pour une action ou plusieurs actions données, le fait d'attribuer des probabilités à un ensemble de résultats ou de conséquences possibles à l'utilité négative. Si une ou plusieurs actions peuvent produire deux résultats, un résultat à utilité positive (par exemple améliorer l'environnement) et un résultat à utilité négative (par exemple le licenciement de 500 employés) et que la probabilité assignée au second est plus importante, votre décision sera soumise à un risque. L'*incertitude* est le doute que peut

éprouver l'agent au moment d'attribuer à un résultat une probabilité : on ne sait pas si tel résultat de notre action est plus probable que tel autre, et dans quelle proportion. L'*ignorance* se définit comme l'ignorance des résultats eux-mêmes : on ne sait pas quels résultats seront susceptibles d'être produits par telle ou telle action. Toute décision prise sous l'empire du risque n'est pas forcément grevée d'incertitude, voire d'ignorance : une compagnie d'assurances ne peut exister que si elle est capable d'une part de prédire avec un degré très limité d'ignorance les conséquences possibles d'une action donnée et de leur assigner de manière assez certaine des probabilités. De la même manière, si vous vous promenez au bord d'une falaise les yeux bandés, le risque de votre décès peut être évalué avec un degré assez certain de probabilité.

De manière générale la prise de décision procède de compromis (*trade-offs*) entre différents résultats en fonction de probabilités parfois incertaines et de résultats à l'utilité parfois controversée.

Venons-en maintenant à la Constitution. Comment la Constitution envisage-t-elle le risque ? Dans un ouvrage désormais classique⁴ Adrian Vermeule, distingue entre d'un côté les risques politiques (qu'il appelle *risques de second ordre*) et les risques de premier ordre (environnementaux, de santé publique, etc.). Selon Vermeule, le rôle d'une constitution est avant tout de réguler les risques de second ordre, à avoir les risques associés à l'activité politique elle-même : l'incompétence des gouvernants, l'abus de pouvoir, le despotisme...

¹ Les lignes qui suivent correspondent au support d'une communication orale effectuée le 24 novembre 2023 à l'occasion du colloque « Droit et Risque » organisé par la *Procuradoria Geral do Município de Rio de Janeiro*. Ce texte n'a été que marginalement repris et modifié, et il est publié dans un état brut qui est très éloigné des canons d'un article scientifique. Les propos qui y sont tenus seront développés dans les travaux futurs de leur auteur et ne sont donc ici présentés que sous une forme très largement inaboutie.

² U. Beck, *La Société du risque*, Paris, Champs-Flammarion, 2008

³ V. notamment M. Peterson, *An Introduction to Decision Theory*, 2e éd., Cambridge, Cambridge University Press, 2017, p. 81-96. V. également A. Tversky et C.R. Fox, « Weighing Risk and Uncertainty », *Psychological Review*, 102, 1995.

⁴ A. Vermeule, *The Constitution of Risk*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013.

Vermeule distingue alors deux approches du constitutionnalisme du risque: une approche précautionneuse et une approche optimisatrice.

L'approche précautionneuse se définit ainsi : lorsque plusieurs options sont possibles, il convient choisir celle qui minimise au maximum le plus mauvais résultat, même si cela rend moins probable la survenance du meilleur résultat global. L'approche précautionneuse met en œuvre la règle du *maximin* qui pousse à choisir l'action qui rend le plus probable la survenance du meilleur des mauvais résultats possibles (des résultats à l'utilité négative). Ainsi en matière de gestion de risque l'application du *maximin* consiste à choisir l'action où la probabilité que le résultat le plus mauvais se produise est minimisée et où la probabilité que le moins mauvais résultat se produise est maximisée. C'est typiquement ce que fait le principe de précaution : lorsque vous avez une avancée scientifique avec deux mauvais résultats possibles – une dégradation de l'environnement en cas de poursuite de cette avancée et une stagnation scientifique/technologique en cas d'arrêt – le deuxième est le meilleur des mauvais résultats vous devez choisir l'action qui rend ce résultat le plus probable, alors même que les bénéfices de l'avancée scientifique pourraient largement contrebalancer l'utilité négative de l'impact sur l'environnement (en termes de croissance économique par exemple).

L'approche optimisatrice vise à optimiser le *trade-off* – le compromis – en retenant l'action qui rend probable le résultat le plus avantageux, même si la probabilité plus mauvais résultat possible (ou en tout cas un

résultat négatif qui n'est pas le moins négatif) n'est pas forcément minimisée.

Dans son ouvrage, Vermeule se concentre essentiellement sur les risques de second ordre : il tente de montrer que le constitutionnalisme libéral tend à une approche précautionneuse de ces risques inhérents à l'exercice du pouvoir politique (corruption et incompétence des gouvernants, abus de pouvoirs) et il se détourne essentiellement de la question des risques de premier ordre, à savoir la manière dont les constitutions envisagent les risques environnementaux, technologiques, de santé publique, risques pour l'ordre public. Or ce que je vais tenter de montrer ici, dans les deux premières sections de cette présentation, est que les deux questions sont liées et qu'il y a une symétrie – un chiasme – entre la régulation des deux sortes de risques par le constitutionnalisme moderne. Je vais tenter de suggérer – plus que de démontrer – que le constitutionnalisme classique a retenu une approche optimisatrice des risques de premier ordre (risques pour l'ordre public notamment) qui va de pair avec une approche précautionneuse des risques de second ordre, motivée par une méfiance du pouvoir politique. A l'inverse, avec la montée du constitutionnalisme social, environnemental et aujourd'hui numérique/digital, l'approche désormais précautionneuse adoptée pour la régulation constitutionnelle des risques de premier ordre va de pair avec une approche optimisatrice des risques politiques.

Enfin, dans une troisième – et plus brève – section, j'essaierai de déplacer le terrain de l'analyse en montrant que non seulement la constitution régule les risques, mais qu'elle crée des risques spécifiques pour l'action des

pouvoirs publics et des organes constitutionnels.

1/ Le constitutionnalisme libéral classique et le risque

Le constitutionnalisme libéral classique retient souvent une approche optimisatrice des risques, avec l'idée qu'existe un bien à forte utilité, à savoir la liberté (ou le respect des droits fondamentaux) qui doit être maximisé même si cela ne minimise pas nécessairement la probabilité de la survenance de résultats à l'utilité fortement négative. Cette approche est liée à une méfiance vis-à-vis de la régulation politique des risques c'est-à-dire une approche précautionneuse des risques de deuxième ordre.

Le cas d'école est la fameuse « formule de Blackstone »⁵ en matière de procédure pénale, clé de voûte du constitutionnalisme de *common law* : il vaut mieux 10 coupables acquittés qu'un innocent condamné. Il fait peu de doute que la libération de 10 coupables est, pour l'ordre public, un résultat négatif (non seulement pour des raisons de justice rétributive, mais aussi pour le danger pour la société etc.), dont une approche précautionneuse tendrait à minimiser la probabilité de survenance. Or la formule de Blackstone affirme que laisser vivace une telle probabilité pourvu qu'aucun innocent ne soit condamné est un bon *optimum* (les choses seraient sans doute différentes s'il y avait 100 ou 1000 coupables laissés en liberté). Partant la Constitution comprend souvent des dispositions garantissant des règles de procédures pénales ne permettant pas de réduire le risque de réalisation de l'option la

plus mauvaise, car l'optimisation de la liberté (et du droit à ne pas être condamné à tort), qui est un bien à forte utilité, implique de laisser vivace le risque que, par l'utilisation de ces règles de procédure pénale, 10 coupables soient acquittés.

Cette approche optimisatrice des risques se retrouve encore dans la lutte contre le terrorisme aujourd'hui, même si elle cède progressivement le pas à une approche précautionneuse. Plus le régime de liberté est grand (liberté d'aller et venir, respect de la vie privée etc.) plus le risque d'un attentat de grande ampleur est grand. Un régime sans liberté – où tout le monde est assigné à résidence et placé sur écoute – garantit un risque beaucoup plus sporadique d'attentat. Les régimes libéraux doivent donc faire un *trade-off*, une balance. Certains pays, notamment les Etats-Unis après le 11-Septembre, ont penché vers une approche précautionneuse (restriction de la liberté d'aller et venir, mise sur écoute massives de la population, zones de non droit type Guantanamo, etc.), avant que diverses jurisprudences de la Cour suprême n'aboutissent à rétablir une sorte d'équilibre. L'approche libérale tend néanmoins à retenir une approche optimisatrice, même si, comme l'affirme le juge Posner à l'appui d'une approche plus précautionneuse : « la Constitution n'est pas un pacte de suicide collectif »⁶ : la plupart des Constitutions tentent de maintenir un niveau élevé de liberté, qui ne minimise pas complètement le risque d'un attentat potentiellement important. La raison en est que la liberté est considérée comme un bien à forte utilité. Les Constitutions sont donc prêtes à prendre le

⁵ W. Blackstone, *Commentaries on the Laws of England in Four Books*, vol. 2, Philadelphie, Lippincott, 1893, p. 358.

⁶ R. Posner, *Not a Suicide Pact. The Constitution in a Time of National Emergency*, Oxford, Oxford University Press, 2006.

risque d'actes terroristes potentiellement nombreux, en choisissant l'action qui rend certes possible un résultat qui n'est pas le moins mauvais mais qui optimise le *trade-off* en maximisant l'utilité globale. Bien entendu l'optimum est instable et chaque attentat aboutit au retour d'une approche optimisatrice du risque.

Le constitutionnalisme libéral est donc avant tout un constitutionnalisme d'optimisation du risque par la maximisation du *trade-off* en faveur d'un bénéfice particulier, à savoir la liberté. La liberté étant un bien à forte utilité (ce qui peut d'ailleurs être contesté), il faut envisager la situation globale dans laquelle les risques de résultats mauvais étant constants, la liberté est maximisée, et l'utilité globale est donc optimisée. Le constitutionnalisme libéral tente donc d'optimiser le risque du premier ordre en raison de la forte utilité positive attachée à un bien en particulier : la liberté. C'est donc ce qui explique que, selon Vermeule, l'approche des risques de second ordre (des risques inhérents à l'exercice du pouvoir politique) retenue par le constitutionnalisme libéral soit précautionneuse. Les deux vont de pair : c'est parce qu'on se méfie du pouvoir politique – en raison des risques de deuxième ordre – que l'on va tenter de maximiser la liberté, et donc d'optimiser les risques de premier ordre, car on ne fait pas confiance au pouvoir politique pour les réguler. C'est parce qu'on craint l'impact du despotisme sur les libertés que l'on préfère laisser vivace la probabilité de résultats à forte utilité négative (un attentat politique par exemple) plutôt que de renforcer les prérogatives du pouvoir politique.

Selon Vermeule, la raison d'être d'une constitution est de réguler ces risques de deuxième ordre. On retrouve d'ailleurs cette idée chez Jon Elster avec l'idée selon laquelle les Constitutions sont des garanties contre le mauvais gouvernement, des *securities against misrule*⁷. Typiquement les rédacteurs d'une Constitution sont confrontés au problème suivant : d'une part, l'exercice de l'activité politique comporte des risques pour les individus, pour la société : typiquement on peut en retenir deux : l'incompétence des gouvernants ; la possibilité de l'abus de pouvoir (selon la formule classique de Montesquieu, « tout homme qui a du pouvoir est porté à en abuser »). D'autre part, l'exercice de l'action politique produit des résultats à utilité positive : la réalisation de l'intérêt général ou du bien commun qui ne peut pas être laissée à la seule initiative privée.

On a donc un *trade-off* à réaliser entre ces différents résultats de l'action politique. D'un côté le constitutionnalisme libéral va tenter de limiter l'incompétence, la démagogie, ce que Madison appelle le risque des factions en introduisant par exemple des éléments aristocratiques au sein d'une organisation démocratique du pouvoir (l'élection était ainsi conçue au 18^e siècle comme un palliatif à la démocratie) : dans un grand Etat républicain (plutôt que dans une petite cité démocratique) « il sera plus difficile pour des candidats indignes d'employer avec succès les manœuvres vicieuses auxquelles les élections sont trop souvent soumises, et les suffrages du peuple, étant plus libres, se porteront plus certainement sur des hommes aux mérites

⁷ J. Elster, *Securities against Misrule*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013.

reconnus et aux caractères estimés »⁸. Quant au risque d'abus de pouvoir, on le sait, la solution du constitutionnalisme moderne est ce que l'on appelle la séparation des pouvoirs, c'est-à-dire en réalité l'ensemble des mécanismes constitutionnels qui, en répartissant les différentes fonctions de l'Etat entre plusieurs organes différenciés, préviennent le risque de concentration des pouvoirs (Montesquieu, toujours et encore: « pour qu'on ne puisse abuser du pouvoir, il faut que par la disposition des choses le pouvoir arrête le pouvoir »). Le fédéralisme (la séparation « verticale » des pouvoirs) est souvent également conçu de la sorte.

2/ Les mutations du constitutionnalisme à l'âge du risque généralisé.

Le chiasme étudié dans la section précédente (approche optimisatrice des risques de premier ordre liée à une approche précautionneuse des risques de second ordre) s'est dans une certaine mesure inversée au cours du XXe siècle, en dépit des coups de butoir que le néo-libéralisme a pu faire subir à ce nouveau constitutionnalisme.

Les Etats modernes se sont aperçus que les *trade-offs* réalisés auparavant dans la gestion constitutionnelle des risques de second ordre aboutissait à un déséquilibre, avec un coût pour la réalisation de l'intérêt général et du bien commun. Les constitutions contemporaines disposent d'un certain nombre d'éléments qui vont venir renforcer les prérogatives de certains organes, principalement de l'exécutif, aux fins d'un renforcement du pouvoir politique en tant

que tel. Le New Deal en est un exemple classique : après avoir regimbé, la Cour suprême des Etats-Unis a accepté de déclarer conforme à la Constitution un renforcement sans précédent des pouvoirs du Congrès et du Président américain en matière d'interventionnisme économique. De la même manière le Préambule de 1946, en venant consacrer un certain nombre de droits qui supposent l'intervention active de l'Etat dans une sphère d'activité jusqu'alors comprise comme privée, suppose le renforcement des prérogatives du pouvoir politique aux dépens, parfois, de certaines libertés (comme par exemple le droit de propriété ou la liberté d'entreprendre...).

L'approche libérale classique du risque politique est, on l'a vu, précautionneuse : on va choisir l'arrangement constitutionnel qui est le plus propre à minimiser le risque d'incompétence ou d'abus de pouvoirs, en limitant les excès de la démocratie et en limitant l'action des pouvoirs. Ce faisant on minimise le risque que le plus mauvais résultat (à savoir le despotisme se produise). Mais le constitutionnalisme d'après-guerre, et à fortiori avec la montée en puissance du constitutionnalisme social, du constitutionnalisme environnemental, du constitutionnalisme digital ou numérique aujourd'hui, a une approche différente du risque, relevant davantage de l'approche *optimisatrice* : étant donné les résultats à forte utilité qui résultent du renforcement de l'action du pouvoir politique, on va choisir l'arrangement constitutionnel qui ne minimisera pas le risque d'abus de pouvoir et ne cherchera donc pas à rendre le moins probable possible le résultat le plus mauvais (le despotisme, l'abus de pouvoir), mais qui, si l'on envisage le *trade-off* dans sa globalité,

⁸ J. Madison (Publius), « Le Fédéraliste n° 10 », trad. D. Mongoin, *Jus Politicum* (en ligne), n°8, 2012 (<https://juspoliticum.com/article/Publius-Madison-Federaliste-n-10-22-novembre-1787-540.html>)

permet davantage d'optimiser l'utilité globale du système politique. On choisira donc l'arrangement constitutionnel qui donnera plus de pouvoir au pouvoir politique et ne réduira donc pas autant qu'il est possible la probabilité d'un détournement de pouvoir ou de despotisme, dès lors que cela permettra l'épanouissement du bien commun, parfois aux dépens de la liberté.

Il en résulte, par effet de symétrie, le retour d'une forme de gestion précautionneuse des risques de premier ordre, c'est-à-dire qu'on se concentre sur un risque particulier, sans s'intéresser à l'utilité globale. Il en va ainsi par exemple en matière de santé publique et d'environnement où l'on confie aux pouvoirs publics d'importants pouvoirs pour minimiser ses risques. En droit de l'environnement, le principe de précaution (inscrit par exemple à l'article 5 de la Charte de l'environnement française) qui est l'application claire de la règle du *maximin*. Lisons le texte constitutionnel français : « lorsque la réalisation d'un dommage, bien qu'incertaine en l'état des connaissances scientifiques, pourrait affecter de manière grave et irréversible l'environnement, les autorités publiques veillent, par application du principe de précaution et dans leurs domaines d'attributions, à la mise en œuvre de procédures d'évaluation des risques et à l'adoption de mesures provisoires et proportionnées afin de parer à la réalisation du dommage. » On ne s'intéresse pas ici à la situation globale où les bénéfices de l'innovation scientifique ou technologique pourraient le cas échéant contrebalancer une plus forte probabilité de dommage pour l'environnement) en essayant de trouver un point d'optimum. Les éléments autres que la minimisation de la probabilité du dommage

lui-même n'entrent pas en ligne de compte dans la détermination de la stratégie du régulateur (à savoir les pouvoirs publics).

Il en va de même en matière de santé publique, la crise du Covid l'a bien montré. Les options pour limiter le risque de production du résultat le plus mauvais (saturation des hôpitaux, mortalité importante, etc.) sont choisies en fonction du seul objectif de limiter le risque du pire – mais les autres paramètres, en matière de libertés, ne sont pas pris en compte de sorte que l'utilité globale du dispositif de santé publique n'est pas optimisée, et qu'on ne cherche pas à l'optimiser. Et ici encore, la Constitution n'y fait pas obstacle et exige même un tel *trade-off* précautionneux, si on prend en compte le fait que les objectifs de protection de la santé sont constitutionnellement protégés.

On ne porte ici nul jugement de valeur sur cette évolution, mais on s'aperçoit que le chiasme s'est en quelque sorte inversé, avec une approche optimisatrice du risque de second ordre – on renforce les pouvoirs de l'autorité politique en vue de la réalisation du bien commun – qui entraîne une approche précautionneuse de plusieurs risques de premier ordre. Bien entendu, dans les deux cas (constitutionnalisme libéral v. constitutionnalisme contemporain/du bien commun) on a surtout souhaité dégager des *tendances*, qui ne sont que rarement pleinement réalisées dans les systèmes constitutionnels actuels. Ceux-ci combinent bien souvent des éléments du constitutionnalisme libéral et du constitutionnalisme du bien commun sans nécessairement que les outils juridiques mis en œuvre présentent une grande cohérence.

3/ Vers un risque constitutionnel?

Dans cette dernière partie on va s'intéresser à la Constitution non pas comme régulateur des risques – objet des deux précédentes sections – mais à la Constitution comme risque. Le point de départ de l'analyse est le développement dans la plupart des démocraties constitutionnelles du contrôle de constitutionnalité des actes de pouvoirs publics, et notamment du législateur. Il ne s'agit pas ici de faire le procès du contrôle de constitutionnalité des lois, dont la légitimité est très souvent remise en question aujourd'hui. En revanche il convient de souligner que le contrôle de constitutionnalité des lois – tout comme, dans une certaine mesure, le contrôle de conventionnalité – fait peser un risque – que l'on appellera un risque constitutionnel – sur l'action des pouvoirs publics et du législateur.

Force est de constater que jusqu'à un certain point l'activisme des juges constitutionnels existe grâce aux indéterminations, aux ambiguïtés du texte constitutionnel. Rien dans les textes du bloc de constitutionnalité français ne mentionne les droits de la défense ou le droit à un procès équitable : cependant le Conseil constitutionnel les déduit de l'article 16 de la Déclaration de 1789. Et non seulement les normes constitutionnelles applicables sont sujettes à incertitude, mais la manière dont le juge va les appliquer l'est également. Bien entendu toute décision de justice est imprévisible jusqu'à un certain point, mais ce n'est pas mon propos principal ici. L'idée est que si on se met à la place du gouvernement, qui rédige les projets de loi et du législateur qui les vote, parmi les multiples risques qui devront être pris en compte (les multiples résultats probables à utilité négative) il y a le risque d'une censure par le juge

constitutionnel. Ce risque peut être accompagné d'un degré plus ou moins important d'incertitude, mais qui sera pris en compte dans la balance des différents risques.

Ce qui importe pour le présent propos est donc moins l'incertitude dans lequel la jurisprudence instable du juge constitutionnel peut plonger le législateur, mais dans le risque que celle-ci fait peser sur son action. Le législateur sera donc amené parmi plusieurs actions possibles (plusieurs lois possible) à choisir celle qui minimisera la probabilité d'une censure par le juge constitutionnel, dans la mesure où celle-ci met fin à l'opération de la loi et aux résultats positifs qu'elle pourrait produire : il n'y a donc aucun *trade-off* possible ici, dès lors qu'on a un choix binaire : si le risque de censure se réalise, il ne peut pas être pesé avec d'éventuels bénéfices, puisque la loi étant rendu inapplicable (voire disparaissant de l'ordre juridique), elle ne produira aucun résultat (bénéfique comme non bénéfique). La minimisation du risque constitutionnel est donc absolument nécessaire dans la mesure où la censure vient ramener à zéro l'ensemble des probabilités de l'ensemble des résultats (positifs comme négatifs) de l'adoption loi. Il en résulte une approche nécessairement précautionneuse (puisque en l'absence de *trade-off* possible l'optimisation est impossible) : le législateur cherchera donc à minimiser le risque constitutionnel avant toute chose, même si cela aboutit à une nette diminution de la probabilité de résultats positifs de son action.

La conclusion de ces brèves divagations relatives aux relations entre la constitution et le risque est donc la suivante : la Constitution

prétend réguler les risques inhérents aux activités de l'homme – et notamment les activités *politiques* des gouvernants – mais en confiant au juge le soin de contrôler la conformité des actes des pouvoirs publics à la Constitution, elle fait peser un risque supplémentaire sur l'exercice du pouvoir politique.